

Aportaciones del revisionismo jurídico a la elaboración conceptual del Derecho del Trabajo

POR EL

DR. JUAN GARCIA ABELLAN

Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo

I. LA INICIACION DEL REVISIONISMO

1. Recepción jurídica de las transformaciones sociales.
2. La presión del progreso sobre el campo jurídico.
3. La actitud de los juristas.

II. CRITICA DE LAS INSTITUCIONES CIVILES

A) BASES CRÍTICAS

4. El hecho de las nuevas técnicas industriales como fundamento crítico.
5. La presión económica.
6. El factor político.

B) ESPECIFICACIÓN

7. Inactualidad de los fundamentos de Derecho romano.
8. Censura de conjunto al espíritu y contenido de las codificaciones.
 - A) El «olvido» del trabajador.
 - B) Carácter «clasista» de los códigos.
9. El contrato de trabajo en el marco del régimen de contratación civil.
10. La recepción jurídica del «intervencionismo» en materia de trabajo por cuenta ajena.
11. Los reparos jurídico-económicos al intervencionismo laboral.



III. EVOLUCION DEL PENSAMIENTO JURIDICO COMO RESULTADO DE LAS NUEVAS SITUACIONES

12. Importancia jurídica del hecho histórico sindical. Aspecto normativo,
13. Del «individuo» a la «persona» como fundamento de la evolución.
14. Revisión jurídica del concepto de libertad individual.
15. Revisión del concepto de responsabilidad por la crisis del concepto clásico de libertad

IV. SITUACION DEL DERECHO CIVIL EN LA CONFIGURACION DOCTRINAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

16. La dicotomía Derecho privado y Derecho público.
17. La legislación de trabajo como «especial» por referencia a la civil.
18. La «legislación social», presupuesto del orden jurídico del trabajo y del Derecho del Trabajo como disciplina.
19. Superación formal del Derecho civil por la idea del derecho profesional: Paralelismo metodológico de los Derechos Mercantil y del Trabajo.

I. INICIACION DEL REVISIONISMO

1. Recepción jurídica de las transformaciones sociales

Cuando el siglo XVII consolida formas políticas y de desarrollo social, e incluso el hecho de la producción industrial encuentra su encaje en el sistema corporativo que por entonces culmina su presión absorbente, iníciase en el campo del pensamiento la gran transformación: los comienzos de la actividad filosófica racionalista corren parejos con la aportación del jusnaturalismo protestante: Hugo GROCIO y Renato DESCARTES. además de contemporáneos son, como ha señalado DEKKERS, hermanos espirituales (1), cuya posterior influencia sobre los juristas que hubieron de intervenir en los trabajos preparatorios del Código civil francés, es notoria, cuando menos, en el modo y hábitos de pensar y concebir la realidad. Lo social, referido al individuo pensante, a la abstracción metódica en que se potencia al hombre, con dejación de la circunstancia, en lo que ésta puede tener de conformadora del individuo, se minimiza al punto de quedar relegado en cualquier orden de especulación. Por otra parte, hacia el fin de este siglo XVII se inicia la transformación del Derecho civil cuya máxima eficacia se revelará con los movimientos de codificación. HERNÁNDEZ GIL, historiando este orden de ideas, registra el hecho de la equiparación del Derecho civil al Derecho privado, que a su vez queda opuesto al Derecho público. Por la razón histórica de la inactualidad del Derecho público contenido en la compilación justiniana, estudiábanse sólo las normas relativas al derecho privado en ésta contenidas: con DOMAT, la identificación del Derecho privado con el Derecho civil, encuentra su más acabada expresión, y aunque este último mantenga re-

(1) DEKKERS, *El Código de Napoleón a los 150 años*, en *Rev. Dcho. Priv.*, 1955, pág. 444.

lación con el Derecho público, la autonomía de ambos es efectiva y, respecto del civil queda constatada como esencial la proposición de que éste implica una relación entre particulares (2). Hasta la explicación de la terminología —Código civil— responde a la decisiva influencia de DOMAT.

Mas, del mismo modo que la filosofía racionalista coincide o determina un pensar jurídico delineado y con rasgos propios, el criticismo kantiano y, de inmediato idealismo y positivismo filosóficos prepararon, en definitiva, la que con frase feliz, e inspirada en otra no menos conocida, ha denominado MORIN *la révolte du droit contre le Code*. BONET RAMÓN ha subrayado el fenómeno de la denominada *reforma social*, expandida durante el siglo XIX, así como sus causas, radicadas en la exaltación de la voluntad por KANT, e incluso el optimismo sociológico que exhalan —aunque contrapuestas coincidentes en este punto— la obra de HEGEL y la aportación sociológica de COMTE (3): idealismo y positivismo tuvieron fe en la perfectibilidad de la sociedad, y en el progreso indefinido como supuesto de la evolución perfectiva. Estas creencias habían de operar, sin duda, en la reflexión jurídica, máximo si ésta era impulsada por la virtual realidad del industrialismo, como progreso. primero y como problema social de inmediato y, sobre todo, como dato histórico llamado a condicionar unas nuevas formas de vida social. Por esto, yerra quien estime que el siglo XIX, culturalmente entendido, constituye en bloque la apología del individualismo: por el contrario, la aceleración histórica que en él se hizo carne contribuyó en buena medida a plantear, en el seno de sus décadas, la crisis del derecho (4): «Toutes les fois qu'une civilisation se transforme —escribe SAVATIER— on assiste donc, non à un «déclin», mais à une crise du droit» (5), y la afirmación es sobremanera constatable a la luz de los sucesos culturales que enriquecen la biografía de la pasada centuria. Esta situación crítica, como mera situación problemática, quedó jurídicamente emplazada en la tendencia codificadora, por la que ésta tuvo, más allá de lo meramente técnico, de afirmación de un sistema jurídico que se producía contemporáneamente a una transformación social de vasto alcance: en aquella, las relaciones de persona a persona eran entendidas casi exclusivamente como relaciones determinadas por la posesión de

(2) HERNÁNDEZ GIL, *El concepto del Derecho civil*, Madrid, 1943, págs. 44 y ss.

(3) BONET, *Las instituciones civiles*, en Rev. Dcho. Priv., 1953, págs. 197 y ss.

(4) Sobre el influjo de la aceleración histórica en el Derecho, ha escrito SAVATIER: «Ce qui embarque le juriste dans l'accélération de l'histoire, c'est le «donnés» sur lequel il travaille. Car c'est le droit d'une société de plus en plus rapidement mouvante doit mettre en forme». *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2.^a ed París, 1952, pág. 9.

(5) Op. cit., pág. 17.

bienes y, en todo caso, junto o en tanto que la transformación de la sociedad iba, tan recta como necesariamente, a evidenciar la insuficiencia de un sistema de derecho tan estrictamente pensado.

2. La presión del progreso sobre el campo jurídico

Es vana toda insistencia sobre la ajenidad total del desarrollo técnico económico respecto del derecho o, cuando menos, respecto de su forma coactiva y de inmediata observancia. Aun cuando resulte problemática la condicionalidad de aquel por los movimientos económicos estrictos, lo cierto es que el conjunto de acontecimientos sociológico culturales que el pasado siglo resumió en la idea de progreso, al configurar unas formas sociales de vida, presionaron necesariamente todo el derecho vigente. Juristas de nuestro tiempo y juristas de la pasada centuria, coinciden en la apreciación, siquiera comulguen principios distintos y aún contrapuestos: miles de años, observaba SAVATIER, preceden a la aparición de la máquina de vapor, y la aparición de ésta señala el comienzo de transformaciones sociales y acontecimientos sometidos en cierto modo a la cadencia de la producción económica: el ritmo de aceleración, en fin, permite al presente, aislar a partir de la edad atómica, la precedente industrial, que no cuenta más de ciento cincuenta años (6). Y el propio RIPERT, pese a su criterio de la prioridad de la presión política sobre cualquier otra en orden a la evolución del Derecho, escribía, no ha mucho la siguiente aguda reflexión: «Les hommes d'autrefois ont pu considérer que le droit était stable parce que la civilisation matérielle ne changeait pas. Alors les grandes époques pouvaient être nommées du nom des grands législateurs, mais Justinien ou Napoleon nous paraissent aujourd'hui éloignés de nous l'un que l'autre. Les ères de la civilisation sont maintenant des ères de vingt ans. Aucun souverain ne saurait prétendre donner son nom à l'une d'elles. Elles sont désignées par les découvertes scientifiques; ère de la vapeur, ère de l'électricité, ère du moteur à explosion, ère de la force atomique» (7). En suma, la energía productora de bienes, más que los bienes mismos y su circulación parecen jalonar las grandes etapas culturales y; por ello, la incidencia sobre el derecho, y aún su rectificación constituyen sendas realidades causalizadas por la idea de progreso.

La recepción sistemática de los imperativos del progreso respecto de las grandes concepciones jurídicas tuvo diversos campos teóricos; dejan-

(6) *Op. cit.*, pág. 16.

(7) *Les forces créatrices du droit*, París, 1955, pág. 342.

do para consideración ulterior la corriente no muy propiamente denominada *socialismo jurídico*, hay que aludir a la importancia que en este sentido ofrece la Escuela histórica: casi al mismo tiempo que se verificaba, hacia la primera mitad del siglo XIX el despertar en el campo económico —tendencias socialista y social-humanitaria— observó D'AGUANO movimiento similar en el orden jurídico: «Se comenzó a concebir el derecho no ya como pura abstracción de la mente, sino como un producto histórico» (8), y junto a las obras de HUGO, de SAVIGNY, de PUCHTA, o más bien como eco de aquellas, surgieron las realizadas en el campo económico por ROSCHER, ARNOLD, KNIES, HILDEBRAND, KRAUZ, SCHON y otros; este movimiento de investigación histórica de la economía, que iniciara Guillermo ROSCHER desde su cátedra de Leipzig en 1838, ya revestía, por su atención al pasado gremial, un significativo criterio en orden a la aportación de materiales para una posterior elaboración de la norma de derecho, de cara a la realidad progresiva del tiempo. Tal actitud científica tuvo su correspondencia francesa en la tarea investigadora de LE PLAY; es significativo el hecho de que la obra *Les ouvriers européens* (9), publicada en 1855, fuese premiada al año siguiente por la Academia de Ciencias de París, y que la edición se agotase en un año. Que la eficacia actual de la investigación histórica de la economía constituyó un hecho lo revela el elogio del propio ROSCHER a la obra de LE PLAY, al afirmar que «Los conservadores alemanes no han producido ninguna obra que pueda compararse en profundidad, moderación y espíritu práctico a la Reforma Social en Francia de Le Play» (10).

Pese al empirismo en que se dice desenvolvió IHERING su concepción finalista del Derecho (11), parece percibirse en el pensamiento de aquél una firme adhesión a supuestos económicos últimos cuya dogmaticidad constituye un eco del evolucionismo social que viviera el gran jurista;

(8) D'AGUANO, *La reforma integral de la legislación civil*, trad. de DORADO MONTERO, Madrid, sin año, pág. 8. Cf. E. DE HISOJOSA, *La Escuela Histórica en Económica Política*, en Rev. G. de Leg. y Jur., t. 58, págs. 352 y ss.

(9) *Les Ouvriers européens. Etude sur les travaux, la vie domestique et la condition morale des populations ouvrières de l'Europe: précédés d'un expose de la méthode d'observation, suivis d'un appendice resumant les conclusions déduites des faits observés*, Paris, 1855.

(10) Apud HISOJOSA, loc. cit., pág. 359.

(11) «Es innegable que la idea de fin, inspiradora de estas concepciones, responde a una verdad científica muy fecunda en consecuencias, y no lo es menos que en la doctrina de IHERING hay enseñanzas inapreciables para la ciencia y la técnica del Derecho. Pero léngase en cuenta, de todos modos, que estas teorías fundamentalmente empiristas, no se elevan a la consideración del fin supremo e ideal del orden jurídico, quedándose en la mera explicación de los fines concretos que el Derecho puede servir». CASTÁN, *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*, Madrid, 1947, pág. 95.

cuando casi burlescamente ponía en gráfica frase su peculiar antropología —El libro de gastos de un hombre dice bastante más sobre su carácter de lo que se aprendería en sus memorias» (12)— prenotaba un sentido social del Derecho con fundamento unitario (13) o, más rigurosamente, fundamentado en su tesis de la *afirmación jurídica de sí mismo*, no identificable con la *afirmación económica de sí mismo*: el fin de esta afirmación, es decir, la adquisición de un patrimonio, escribía, no es el derecho a la cosa sino la cosa misma lo que se quiere (14). Esta tendencia egoísta como rectora de la mecánica social y que IHERING formalizaba en *cuatro motores*, dos de los cuales —los egoístas— vendrían a ser el salario (15) y la coacción, «porque sin salario no hay relaciones posibles; sin coacción no hay derecho, no hay Estado» (16), quedaría sofrenada en su exceso, primeramente por la concurrencia —«la concurrencia es el regulador espontáneo del egoísmo»— y, en supuestos excepcionales, por la coacción, por la ley que constituye el arma de defensa social, siquiera en este último caso, mantuviese IHERING su repugnancia a la interferencia sistemática de las fuerzas sociales motoras —«el éxito del trabajo depende del salario libre» (17). Al considerar la atención prestada por IHERING a la actividad personal laboriosa, en su más amplio sentido, como fundamento de biología social, pretendemos llamar la atención sobre la contemporaneidad del gran jurista respecto de los acontecimientos socio-económicos de su tiempo, aunque el positivismo jurídico que profesara, le impidiese otras conclusiones que las deducidas del creciente ámbito del fin económico: «El fin económico de las cosas no es más que la apreciación subjetiva de su utilidad, ya sea que exista por sí misma o que haya sido creada por el trabajo humano... Los fines de las cosas son los fines

(12) *El fin en el Derecho*, trad. de Leonardo Rodríguez, Madrid, sin año, pág. 45.

(13) «El fin económico de las cosas no es más que la apreciación subjetiva de su utilidad, ya sea por sí misma o que haya sido creada por el trabajo humano... Los fines de las cosas son los fines de los individuos, perseguidos por éstos por medio de esas cosas. La insensible dilatación del horizonte de la finalidad del hombre, se traduce históricamente por el acrecentamiento de la utilidad económica de las cosas». *El fin...*, pág. 48.

(14) *Op. cit.*, pág. 50. «El individuo comprende la persona entera. La afirmación por el individuo, de esta condición de su existencia, constituye lo que llamamos la afirmación jurídica de sí mismo. Comprende ésta todo lo que la persona es, todo lo que tiene; su cuerpo y su vida, su honor, su patrimonio, su familia, su posición pública», *loc. cit.*

(15) Aplicaba IHERING la noción de salario, a los tres casos de prestación de dinero —venta, arrendamiento de cosas y préstamo, y servicios. «Entenderé pues, por salario, en el sentido amplio, no sólo el precio del trabajo, sino también el previo de venta, los alquileres, los intereses del dinero... La noción del salario se ha tomado así en una generalidad tal, que éste puede ser considerado como un móvil determinante de todo el comercio jurídico», *op. cit.*, pág. 86.

(16) *Op. cit.*, pág. 63.

(17) *Op. cit.*, pág. 92.

de los individuos, perseguidos por éste por medio de esas cosas. La insensible dilatación del horizonte de la finalidad del hombre, se traduce históricamente por el acrecentamiento de la utilidad económica de las cosas» (18).

Con todo, la réplica a este espontaneísmo que, bajo una especie u otra subyace en la obra de la Escuela Histórica o en las tesis voluntaristas de IHERING, se dió en las propias décadas que presenciaban el espectacular despliegue de estas tendencias que, pretendiendo acercar la vida del derecho a la vida real no pasaron, en rigor, de ser esto: puro propósito.

3. La actitud de los juristas

Por la vía del método llegó la investigación jurídica al planteamiento revisionista de las codificaciones: tendencias de sociología positiva y derivaciones políticas del historicismo económico condujeron a numerosos juristas, entre los que no fueron minoría los iusprivatistas, por cierto, a la crítica de la legislación vigente, y remontada ésta, a sus propios fundamentos. Sobre las imputaciones de ROSSI y ROMAGNOLI al individualismo del derecho romano, insistióse en la necesidad imprescindible de modificar, en sus cimientos, un orden jurídico que, cual el entonces en vigor, y al decir de DESVERNINE, «no puede ya responder a las corrientes sociales y económicas que tan agítadamente atraviesan hoy nuestras sociedades». Reconocióse que en general, «el derecho clásico, vaciado en los moldes del romano, tiene que modificarse para adaptarse al nuevo sentido de la moderna sociedad» (19).

Importa mucho poner de relieve que la reacción, partiendo de los civilistas, tuvo su causa en la observación de lo anómalo de la regulación jurídica del trabajo y, desde ello, en la necesidad de reforma de la legislación civil, no sólo en materia de relación contractual de prestación de servicios, sino también en lo atañadero a la propiedad y al derecho de familia.

Por otra parte este movimiento de reforma no es confundible con el de intervención administrativa, planteada por vía crítica como última *ratio* ante la contumacia de quienes se empeñaran en la no aceptación de las modificaciones dictadas por la «natural evolución social». Las innovaciones dirigiáanse al legislador y no a la Administración: CIMBALI cuya aportación en este orden de ideas ha de reputarse fundamental, aun

(18) Op. cit., pág. 48.

(19) Pablo DESVERNINE, *Nuevas tendencias del Derecho civil*, en Rev. G. de Leg. y Jur., t. 84, pág. 76.

mantenía tal actitud: «Sea cualquiera la índole de los medios y de los correctivos sugeridos al legislador por la prudencia política y por la conveniencia económica, es lo cierto que no puede permanecer espectador inerte e indiferente ante un nuevo campo de actividad y de lucha entre capital y trabajo, abierto definitivamente por los progresos de la gran industria. Y es vano esperar que las partes contendientes, dejadas a sí mismas, tomando por guía cada una su propio interés y respetando entrambas, como norma conciliadora de los intereses opuestos, la ley de la concurrencia, puedan, por va de libre contratación, regular satisfactoriamente sus relaciones» (20). Ciertamente que la situación intelectual de la segunda mitad del siglo XIX bien puede calificarse de dramática: quedó emplazada la ciencia social en el reconocimiento de los excesos individualistas, la obviedad de las grandes innovaciones técnicas con su repercusión social, y el mantenimiento devoto de los derechos del individuo frente al Estado. Examinando PÉREZ y OLIVA en 1890 las transformaciones del derecho de propiedad, acusaba tamaña incertidumbre (21), a la vista, sobre todo, de la «lucha entre el capital y el trabajo», lucha ésta que diez años antes, conducía al pensamiento de FIORE por más profundos y ciertos derroteros al situar en la filosofía de la historia lo que todavía por algunos seguía entendiéndose como mera lucha social. «No nos hagamos ilusiones escribía FIORE—; estamos atravesando uno de esos períodos críticos en que los destinos de la humanidad se renuevan; vivimos en medio de la gran confusión que precede a las grandes revoluciones; los movimientos variados, distintos, divergentes, que se nombran con la indefinida frase de «reformas sociales», «socialismo», son aspectos del mismo fenómeno moral que se presentó en el siglo XVIII, cuando se luchaba por transformar el pasado y proclamar los derechos del indivi-

(20) CIMBALI, *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, trad. de FRANCISCO ESTEBAN GARCÍA, prólogo de SÁNCHEZ ROMÁN, Madrid, 1893, pág. 40.

(21) «El Estado es un organismo que necesita sus componentes, los individuos; sin ellos no tiene existencia; el individuo aislado nada consigue dada la actual organización, es un simple componente; es pues, indispensable que vivan en armonía, que tanto el individuo como el Estado tengan derechos y deberes, que no pretendan sólo tener derechos; que al individuo se le reconozca su personalidad y que al Estado se le reconozca la facultad de inspeccionar, de regir, de cuidar que el individuo pueda cumplir su fin. Este problema, que es de por sí arduo en general, no lo es menos en materia de propiedad, donde se presenta bajo el aspecto de lucha entre el capital y el trabajo, entre los ricos y los pobres, lucha en que la propiedad es atacada a porfía, calificada de privilegio injusto por unos, de usurpación por otros y de robo por algunos». ISIDRO PÉREZ y OLIVA, *Transformación en el concepto del derecho de propiedad en los últimos veinticinco años*, Memoria leída en el Ateneo de Madrid el 23 de noviembre de 1889, Madrid, 1890, págs. 9-10.

duo. Hoy se trabaja por determinar los derechos de la *Magna civitas...*» (22).

Tampoco pasó por alto la repercusión benéfica del sociologismo insito en las tendencias socialistas aplicadas al derecho; en lo que éstas ofrecían de valor metodológico, con independencia de sus dogmas fundamentales, el jurista apreciaba una aportación positivamente necesaria, sobre todo porque descubrió entidades sociales haciendo descender hasta ellas las construcciones jurídicamente abstractas. En este sentido, CHIRONI, que si por una parte advertía cómo el derecho, por su entidad, por la naturaleza de la asociación que es su razón de ser, «non è la semplice estrinsecazione dell'arbitrio individuale», de otra rechazaba al socialismo por su «concetto contraddicente alla natura dell'uomo e della società»: mas, en todo caso, hubo de aceptar que tanto la tendencia sociológica como el movimiento socialista «rendono un gran servizio alla scienza ed all'arte giuridica; la sociologia ha richiamato gli studiosi della scienza del diritto alla necessità di valutare in ogni istituto l'elemento sociale, ha liberato l'idea del diritto dalle astrazioni puramente metafisiche...» (23).

En puridad, y referidas a la crítica revisionista con fundamento en la situación social determinada por el industrialismo, son fácilmente diversificables dos tendencias jurídicas no siempre individualizadas; la del llamado *socialismo jurídico* y la *sociológica*, especialmente cultivada por los juristas italianos, y en la que cabe integrar la aportación antropológica (24). La primera, de ascendencia germana, vino a completar la prime-

(22) Con trazos sombríos presentaba FIORE la situación provocada por el marxismo, y complicada por «los profesores de las Universidades alemanas, seguidos después por otros que se han denominado socialistas de cátedra» el postular el intervencionismo. He aquí el estado de cosas: «Por lo que al Estado toca, no satisface ningún Gobierno; no puede considerarse estable ningún decreto; en los libros, en los escritos, en los periódicos se siente una inquietud incesante, un descontento general, indicio del secreto malestar de la sociedad en la vida económica, que crea la lucha del pobre contra el rico, del proletario contra la propiedad, del trabajo contra el capital. Apenas termina una crisis, se trasluce otra más seria y amenazadora; ora son las huelgas desastrosas de Inglaterra, ora las de Francia, de Italia, Alemania, ora las agitaciones siniestras y terribles de los nihilistas de Rusia, y en medio de esta confusión general se oyen los lúgubres lamentos de las poblaciones oprimidas, que encuentran intolerables las actuales condiciones sociales y los lamentos que salen de las profundas excavaciones de las minas y de los laboratorios secretos, encuentran su eco en los gritos que salen de las cabañas del desierto ruso y de las empinadas cordilleras de Suecia». FIORE, *El individualismo y el socialismo*, en Rev. G. Leg. y Jur., 1880, t. 57, págs. 92-3.

(23) *Studi e questioni di diritto civile*, Milán, Turín, Roma, 1915, v. I, págs. 30-1

(24) Cf. clasificación de estas direcciones, en VALVERDE, *Los códigos civiles modernos y el Derecho nuevo*, Valladolid, 1923; FEDERICO CASTEJÓN, *Estudio de las nuevas direcciones del Derecho civil en Italia*, en Anales de la Junta para Ampliación de estudios e investigaciones científicas, t. VI; CASTRÁN, *La socialización del Derecho*, en Rev. G. de Leg. y Jur., t. 127, págs. 248

ra fase, negativa, del socialismo (25), con una postulación positiva, anunciando los criterios que debieran presidir la nueva legislación: en ella son filiales GIERKE, STEIN, STAMLER, FLEINER, LABAND, IHERING, BURGEOIS, GABBA, MENGER, y ya entrado el siglo XX, JELLINEK, ENDEMANN, KHOLER, WOLF, DUGUIT, JAURES, SALEILLES, LÉVY, BOUBLÉ, etc. (25 bis).

La corriente sociológica o, como la denominara BURGOS y MAZO, «sociológica-jurídica» (26), tiene su núcleo central en los privatistas italianos. BONET, que ha atendido el fenómeno, señala su penetración hasta el siglo actual, si bien advierte que no puede denominarse propiamente socialista (27). Inicialmente, el grupo encabezado por GIANTURCO, CAVAGNARI y GARLANGA, aun no compartiendo el ideario socialista aceptaba, según observó FERNÁNDEZ VILLAVEVERDE, un socialismo de cátedra, postulando la intervención estatal a los solos efectos de protección del débil (28), pero en todo caso, radicaban el núcleo de la cuestión en la revisión y reforma del Código civil (29), punto éste central en la tesis de CIMBALI, D'AGUANNO, VADALA-PAPALE, POLACCO, CHIRONI, GIANTURCO, CAVAGNARI, etc. (30):

y ss. Últimamente, BONET RAMÓN, en loc. antes cit. Vid. además, las aportaciones de FERNÁNDEZ VILLAVEVERDE, en su Discurso de apertura de curso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, en 1900, sobre *La cuestión social y el derecho*, en Rev. G. de Leg. y Jur., tomos 97, págs. 365 y ss., y 98, págs. 130 y ss., y BURGOS y MAZO, *La socialización del Derecho*, Discurso de apertura de Tribunales, en 1915, publicado en Rev. G. de Leg. y Jur., t. 127, págs. 193 y ss.

(25) En ella, según VALVERDE, encontrábase PROUDHON, STUART MILL, ROBERTUS y LASALLE, cf. *Los códigos...* cit., pág. 57.

(25 bis) Sobre la gama de posiciones del socialismo jurídico alemán, cf. VILLAR y ROMERO, *Las transformaciones del derecho privado en derecho público*, en Rev. Dcho. Priv., 1943, págs. 420 y ss.

(26) Loc. cit., pág. 200.

(27) *Las instituciones* cit., pág. 202. «Hacia la misma época que el socialismo jurídico y perdurando también hasta bien entrado el siglo actual, tiene lugar en Italia, entre los privatistas, una corriente que si bien no puede denominarse propiamente socialista, cabe llamar «sociológica». La tendencia general de muchos de los juristas de esta escuela consiste en examinar el Derecho civil a través de determinados principios de sociología, inspirándose fuertemente en el evolucionismo y el positivismo, o en determinados estudios de Filosofía de la Historia... Todos estos juristas abogan por una reforma, en sentido sociológico, de las leyes civiles; por la prudente evolución del Derecho privado; por la transformación en Derecho público de algunas de las normas que regulan las instituciones fundamentales de aquel». VILLAR y ROMERO, loc. cit., pág. 420.

(28) Loc. cit., pág. 385. La prioridad en el movimiento reformista corresponde, según FERNÁNDEZ VILLAVEVERDE, a GIANTURCO, iniciado con su lección *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale; prolusione al corso di diritto civile letto nella Regia Università de Napoli*, 1891.

(29) Cf. infra.

(30) CIMBALI, op. cit.; D'AGUANNO, op. cit., y *La génesis y la evolución del Derecho civil, según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico-sociales*, prólogo de C. P. CHIRONI, trad. de P. DORADO, 2 vols., Madrid, sin año; VADALA-PAPALE, *Il Codice civile e la scienza*, Nápo-

examinar el Derecho privado a través de determinados principios de sociología, inspirándose en el evolucionismo y el positivismo, o en determinados estudios de filosofía de la historia (31). Todos estos autores juristas observa VILLAR y ROMERO, abogan por una reforma, en sentido sociológico, de las leyes civiles; por la prudente evolución del Derecho privado; por la transformación en Derecho público de algunas de las normas que regulan las instituciones fundamentales de aquel (32), partiendo en todo caso del consenso respecto de la crisis del individualismo romano y, consecuentemente, de la necesidad inaplazable de modificar el concepto de libertad individual (33).

No cabe silenciar, en esta referencia genérica, la actitud de los juristas españoles sobre el movimiento revisionista (34), iniciada en el último cuarto del pasado siglo, y prolongada con insistencia en los diez o doce primeros años del actual: en ella militan los nombres de AZCÁRATE, PÉREZ PUJOL, GINER, COSTA, SANZ ESCARTÍN, COMAS, POSADA, DORADO MONTERO, VALVERDE, SÁNCHEZ ROMÁN, DATO, SERRANO JOVER, etc. (35). A

les, 1881; y también, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia; Diritto privato e Codice privato-sociale*, en *Scienza del diritto privato*, 1903; POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile*, Comerino, 1885; GIANTURCO, op. cit., CHIRONI, *Sociologia e Diritto civile*, Turin, 1886, y *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, en *Studi e questioni cit.*, v. I; CAVAGNARI, *Nuovi orizzonti civile in rapporto alle istituzioni pupillari*, Milán, 1891; CARLE, *La vida del Derecho en sus relaciones con la vida social*, trad. de GINER y FLORZ, Madrid, 1891.

(31) Cf. BONET, op. cit., pág. 302.

(32) «Únicamente cabe señalar una diferente posición entre los escritores que trataron estas cuestiones hacia 1880 y aquellos otros cuyas publicaciones han visto luz hacia 1920, pues mientras los primeros intentan impulsar la reforma del Derecho privado y de la legislación civil, los últimos se esfuerzan, más bien, en presentar como ya realizadas muchas de estas transformaciones en el campo del derecho positivo, y pretenden demostrar que dichas modificaciones se han verificado de acuerdo con los principios científicos por ellos mantenidos, es decir con arreglo a un criterio social o sociológico. En resumen, mientras aquellos propugnaban por la transformación del Derecho privado (en el sentido de un acercamiento de sus instituciones hacia el Derecho público), éstos lo dan ya por hecho o, al menos, en vías de realización» VILLAR y ROMERO, loc. cit., pág. 421.

(33) CIMBALI, VALDALÁ-PAPALE, UNGER, FULD y otros, comparten el mismo punto de vista respecto al carácter individualista del derecho romano, carácter que se explica en el cuerpo jurídico de una época que cifró su grandeza en la emancipación del individuo, en su absoluta libertad y en la exaltación de su personalidad; pero que no cuadra a los tiempos como los actuales, en que muchas de las funciones del individuo que aquellas leyes regulaban, han pasado o están pasando a ser funciones sociales, y en este concepto modifican la libertad individual», DESVÉRNINE, loc. cit., pág. 78.

(34) Ref., en CASTÁN, *La socialización*, cit.

(35) Vid. al respecto: AZCÁRATE, *Leyes del Trabajo*, Madrid, 1893; *Bases para un proyecto de ley acerca del contrato de trabajo*, en colaboración, Madrid, 1904; y la recopilación de Discursos en el Ateneo y trabajo publicados, bajo el título de *Estudios Sociales*, con introducción del Vizcondé de Eza, Madrid, 1933: PÉREZ PUJOL, Prólogo a la enmienda de COMAS presentada al

ellos, como en general a cuantos juristas y sociólogos impulsaron directa o indirectamente la aparición del *derecho nuevo*, haremos cumplida referencia de autoridad a lo largo de este capítulo. Rúbrica general y comprensiva de todas cuantas personalidad contribuyeron desde el campo de la ciencia social a aquel nacimiento, bien pudiera ser la docta opinión de CASTÁN cuando, comprendiendo el vasto movimiento socializador —incluidas tendencias varias, pues como él mismo indica, partidarios de la socialización del derecho privado fueron casi tantos como jurisconsultos de valía registra la ciencia jurídica contemporánea (36)— escribía: «Socializar el Estado será, pues, reformar el Derecho público, fundándolo no sobre una abstracción, el Estado, sino sobre una realidad de vida, la sociedad, y sobre todo, reformar el Derecho privado, basándolo, no en la noción del individuo aislado, sino en la del individuo unido a los demás por lazos de solidaridad familiar, corporativa y humana» (37).

Senado en la discusión del proyecto del Código civil, *Proyecto de Código civil*, Madrid, 1885; y también: Prólogo a las *Instituciones gremiales*, de TRAMAYERES, Valencia, 1889; *La Sociología y la fórmula del Derecho*, Discurso inaugural del Ateneo de Valencia, 1875, public. en Rev. G. de Leg. Jur., t. 47; *Concepto de la sociedad en sus relaciones con las diversas esferas del Derecho*, Valencia, 1884, etc.; GINER DE LOS RÍOS, *Recopilación de diversos estudios, en el volumen La Persona Social. Estudios y fragmentos*, Madrid, 1899; COSTA, cf. los diversos volúmenes que forman la «Biblioteca Costa» y, por citar algunos, *Estudios jurídicos y políticos*; *La vida del Derecho*; *Colectivismo agrario en España*; *El problema de la ignorancia del derecho como culpa y sus relaciones con el sistema individual, el referendum y la costumbre*; *La tierra y la cuestión social*, etc.: SANZ y ESCARTÍN, *La cuestión económica*; *El individuo y la reforma social*, Barcelona, 1900; COMAS, *La revisión del Código civil español*, 6 vols., Madrid, 1895-1902; POSADA, *Sobre el aspecto jurídico del problema social*; *Proyecto de Ley sobre huelgas*; *Ensayo de explicación jurídica del contrato de trabajo*, publicados en la Rev. G. de Leg. y Jur., vols. 92, 99, 100 y 102; DORADO MONTERO, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Valladolid, 1899, y estudios citados precedentemente; SÁNCHEZ ROMÁN, *El materialismo histórico en relación con algunas de las principales instituciones de Derecho Privado*, Madrid, 1905; DAVO, *Justicia Social*, Madrid, 1910; *Significado y representación de las leyes protectoras del trabajo*, en Rev. G. de Leg. Jur., t. 114, págs. 5 y ss.; SERRANO JOVER, *Bases sociológicas del Derecho privado*, Madrid, 1910; FERNÁNDEZ VILLAVEDE, *La cuestión social y el Derecho civil*, en Rev. G. de Leg. Jur., t. 97 y 97.

(36) *La socialización cit.*

(37) *Ibid.*, págs. 279-80.

II. CRITICA DE LAS INSTITUCIONES CIVILES

A) BASES CRÍTICAS

4. **El hecho de las nuevas técnicas industriales como fundamento crítico**

Mediante una indagación de carácter sociológico e incluso económico, ha llegado la ciencia jurídica a severas conclusiones respecto de la invigencia, no ya de la legislación civil nacida en el siglo XIX, sino de los fundamentos filosóficos que la respaldaran. A partir de una consideración sistemática de los efectos del progreso técnico industrial, de las nuevas tendencias económicas y, en suma, de la actitud del pensamiento humano respecto del Poder político, se multiplican los textos doctrinales, exegéticos o de elaboración en donde se postularon modificaciones del derecho, que de suyo, al ser efectivamente realizadas, entrañarían una nueva estructura jurídica de la sociedad, del Poder y de las relaciones entre los ciudadanos.

Por nuestra parte, procuramos destacar, por el momento, la presencia de los supuestos críticos a partir de los cuales penetró el análisis de la ley y del Derecho. Comencemos a tal fin reseñando la actitud adoptada ante las consecuencias de la industrialización y de la incorporación de personas a la prestación de trabajo por cuenta ajena, incorporación peculiarmente demandada por las nuevas formas de producción económica. Ciertamente que la evolución industrial quedó estrechamente vinculada a la estructura económica liberal: reveladoras son las palabras de un representante de cierta sociedad anónima autro-belga, registrada en una encuesta realizada en 1886: «No se pierda de vista que la ciencia industrial consiste en obtener de un ser humano la mayor suma de trabajo útil, remu-

nerándole de la manera más baja posible» (38). Esta cruda aseveración ha sido por mucho tiempo fiel reflejo de una realidad en el tráfico de la producción de bienes, al punto que ella explica por sí sola la incorporación a las fábricas de las denominadas *medias fuerzas*; mujeres y niños, en conexión con las primeras mecanizaciones industriales revelaron, con su ocupación en fábricas, en primer término, los estragos en la salud a que conducían las nuevas formas técnicas de trabajo —el trabajo de pie impuesto a las mujeres durante continuadas horas, apostillaba DESVERNINE, quizá haya enriquecido el ya nutrido catálogo de la patología moderna con nuevos achaques a la maternidad (39)—. Y es claro que a las constataciones copiosísimas del estado físico de estas personas (40), había de responder el jurista replanteando la moralidad y aun juridicidad de la inicial relación vinculante, por lo demás negada en su especie contractual —DATO llegó a hablar acertadamente, de un «derecho preconstituído» al justificar las leyes protectoras de mujeres y niños (41)— por cuanto con el inicio mismo de la industrialización emergió el tema de la crisis de la voluntad como determinación libre en los pactos de trabajo.

Otra amplia zona que determinó el revisionismo jurídico fué la de la alarmante progresión de los accidentes de trabajo ocasionados por artefactos y sustancias nuevas cuyo gobierno y manipulación ocasionaba lesiones o enfermedades, incrementando alarmantemente las estadísticas. Siendo así, observaba DESVERNINE, que los accidentes, aun sin culpa de los patronos, ocurren fatalmente a manos de la gran industria, por las peculiares condiciones en que ésta se ejerce, ello determina el advenimiento de la nueva legislación (42). Ahora bien, los fundamentos últimos de esta *nueva legislación*, o sea, la atribución del resarcimiento al dador de trabajo, emplazaba la cuestión en las zonas más delicadas de los principios

(38) JAY, *La protección legal de los trabajadores*, en Rev. G. de Leg. y Jur. t. 104, págs. 347-8. Hay edic. aparte fechada en Madrid, 1905, y una segunda edic. francesa, ampliada: *La protection des travailleurs*, París, 1910.

(39) *Nuevas tendencias*, pág. 341.

(40) Sobre el trabajo de la mujer, hacia finales del siglo XIX y principios del XX, vid. la referencia bibliográfica especializada, en GONNARD, *La femme dans l'industrie*, París, 1906, págs. 277 y ss.

(41) «Atendido que no procede discusión o debate pre contractual propiamente dicho; atendido que los hechos demuestran que no hay contrato en el riguroso sentido civil de la palabra, el legislador lo establece a priori, formulando reglas y condiciones que estima justas. Trátase de un derecho preconstituído, que esquivo y aleja toda discusión preliminar, que la dá por supuesta, evitando la supremacía de cualesquiera de las partes contratantes, y procurando mantener el equilibrio entre ellas». *Significado cit.*, págs. 17-8.

(42) *Loc. cit.*, pág. 342. De los trece millones de trabajadores que reúnen Austria y Alemania, decía, doscientos mil resultan anualmente víctimas de accidentes.

del derecho privado de contratación, en términos que el autor últimamente citado subraya con elocuencia: el hecho de que, de cada cien accidentes, ochenta y ocho ocurren sin culpa de los patronos, hace imposible que por esta circunstancia cese la responsabilidad de los mismos, pues su causa está en la industria misma. En realidad, el concreto y técnico tema del riesgo constituyó una de las grandes palancas que operaron la remoción del sistema de derecho contractual privado.

Ciertamente que buena parte de la nueva situación, fué debida a causas ajenas a la voluntad maliciosa de los hombres; más allá del abuso, o de la premeditada inmoralidad, etc., el maquinismo impulsó, con sus motores, no sólo la riqueza, sino la evolución jurídica. Decía a principios de siglo el profesor Albert de LAPRADELLE, estudiando las transformaciones del derecho de la guerra marítima determinadas por el progreso técnico que registraba la Conferencia de la Haya de 1907, algo que puede generalizarse: «Ce ne sont pas les philosophes avec leurs théories, ni les juristes avec leurs formules mais les ingénieurs avec leurs inventions qui font le droit et surtout le progrès du droit» (43). Y en verdad que, salvando lo que de absoluto encierra el juicio, tal vez premeditadamente exagerado para resaltar un hecho de notoria importancia, la realidad de la técnica industrial, en su gran eclosión decimonónica, hizo buscar al derecho nuevas conformaciones.

5. La presión económica

Encarecer la importancia del factor económico en las transformaciones jurídicas y sociales, sería ocioso; aun tomando con reservas la afirmación de BALOGH —«l'évolution historique de l'économie a été suivie par celle du droit» (44)— lo cierto es que la presión económica configuró en un cierto sentido la actitud del jurista en relación de la realidad cuestionada por los problemas de producción y distribución de bienes. La constante económica en la evolución del derecho, es un dato que necesariamente ha de contar en la tarea investigadora. En este sentido, y salvando, como anteriormente hacíamos lo que de cerrado tiene el juicio, es razonable la opinión, también de BALOGH expuesta en otro lugar: «L'adap-

(43) ALBERT DE LA PRADALLE, *La guerre maritime après la nouvelle conférence de la paix*, en *Revue des Deux Mondes*, 1908, cit. por COLLIARD, *La machine et le droit privé français contemporain*, en *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Etudes offertes à Georges Rivert*, Paris, 1950, v. I, pág. 114.

(44) BALOGH, *L'adaptation du droit aux conditions économiques dans les droits européens et américains modernes*, en *Recueil d'Etudes en l'honneur de E. Lambert*, Paris, 1938, v. III, pág. 204.

tation du droit à l'économie n'est nullement un phénomène moderne, à notre époque. Elle existait de tous temps; nous la trouvons déjà dans les droits grec, romain, de même que juif et babylonien, se rendra compte de ce phénomène» (45). En realidad, la interacción existe para los valores económicos y los políticos, lo que permite explicar, contemporáneamente, cómo a través de éstos las formas jurídicas registran aquellos, aceptándolos o intentando su rectificación precisamente para salvar por el derecho los superiores valores de la moral: así toda la corriente de la denominada socialización del derecho, cuya potente iniciación coincide con las transformaciones económicas iniciadas en el pasado siglo constituye, salvando escuelas, un radical propósito de superar los inconvenientes del sistema de participación individual libre en la economía (46).

Al hecho económico de la aparición del capitalismo corresponde el nacimiento de nuevas formas jurídicas y, todavía más, observa RIPERT, «une certain conception du droit» (47). Y aunque el ilustre jurista mantenga el criterio, por nosotros respetado de que no se puede atribuir exclusivamente a los cambios económicos de la sociedad las incesantes modificaciones de las leyes, lo cierto es que éstas sufrieron el máximo de rectificación precisamente por causa de la concentración de capitales con fines de explotación industrial. Fue primeramente el tráfico mercantil quien impuso una importante mutación en el campo del Derecho (48), cambio éste que técnicamente estudiado revela la aparición de un nuevo derecho profesional como el propio RIPERT ha reconocido, y cuya concomitancia dogmática con el Derecho del trabajo nos ocupará en su momento la atención. De inmediato, cuando el tráfico de bienes comerciales, incrementado por la realización masiva del comercio a virtud del capitalismo, siguió el de energía humana —segunda fase, o capitalismo industrial— se hizo mayormente visible tanto el influjo de lo económico

(45) BALOGH, *L'influence de l'économie sociale sur l'évolution du droit dans la histoire comparative du droit et dans l'ethnologie juridique*, en *Recueils Lambert*, v. I, pág. 201

(46) «Entendemos por socialismo (palabra inventada por Reybaud en 1840) todo sistema que busca un plan de centralización coactiva de la economía. Está en contradicción con el sistema de participación libre de los individuos en la economía social y significa en su esencia un producto de los tiempos nuevos. La constitución de la antigua Esparta, los proyectos de reforma social de los anabaptistas de Munster, el estado jesuítico del Paraguay, tienen escaso interés como antecedentes sistemáticos del socialismo moderno. La «utopía» del Canciller Tomás Moro, donde la fantasía anticipa una futura estructuración de la materia social, carece de valor científico», STAMMLER, *Cuestiones fundamentales de Filosofía del Derecho*, en *Rev. Dcho. Priv.*, 1922, pág. 135.

(47) *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2.^a ed., París, 1948, págs. 2-3.

(48) Cf. infra

sobre lo jurídico como la necesidad de configurar las relaciones jurídicas no tanto siguiendo a aquel como enfrentándolo, precisamente para salvar las esencias supraeconómicas que realizan la personalidad humana.

En las tareas del Congreso Jurídico Español, de 1886 (49) estudiaronse las «Modificaciones que reclaman en el Derecho civil las nuevas condiciones de la vida económica», y entre las conclusiones formuladas por MONTERO RÍOS, GAMAZO y FERRER, figura la siguiente: «Los conflictos que en la vida económica moderna produce la pugna entre el capital y el trabajo, no son materia propia del Derecho civil, que sólo debe establecer la libertad de contratación y señalar los límites que la circunscriben; pudiendo únicamente esperarse la terminación de aquella lucha por la influencia de la moral, por la intervención moderadora del arbitraje, y por las modificaciones que experimente el actual estado económico, hoy imposibles de prever, dada su situación transitoria». He aquí la denuncia conflictiva de un sistema jurídico necesitado de revisión no sólo en sus técnicas sino en sus propios fundamentos dogmáticos; la exclusión del Derecho civil como cauce jurídico adecuado para la regulación del trabajo por cuenta ajena, tenía por fatal a la vista de la «vida económica moderna». La respuesta polémica a estas proposiciones mantenía en todo caso la problemática situación de la realidad económica, y aun aprovechaba su máximo aspecto conflictivo, el laboral, para postular un reformismo, siquiera salvando la vigencia del Derecho civil. Así, en las Conclusiones antitéticas» formuladas en el precitado Congreso, oponíase a la anteriormente copiada, la que sigue: «Ciertos hechos, ciertos fenómenos, ciertas exigencias económicas, tales como lo que se refiere al trabajo de los niños, a la vida y asistencia de los obreros, a los contratos entre propietarios o empresarios y trabajadores, etc., deben ser normalizados según principios de justicia por el Derecho civil; e importa también introducir en esta rama de la legislación reformas que puedan favorecer el desenvolvimiento económico, como la de rebajar el tiempo preciso para la mayor

(49) Vid. antecedentes, preparación y desarrollo, en reseñas publicadas en Reg. G. de Leg. Jur., t. 69, págs. 435 y ss. y t. 70, págs. 6 y ss. Años más tarde lo valoraba DESVERGINE del siguiente modo: «En España, el Congreso jurídico celebrado en Madrid en el año de 1886, Congreso que reunió en su seno a los más eminentes jurisconsultos de la nación, discutió ampliamente, entre otros temas, el de las personas sociales y el de la adaptación del derecho civil a las modernas condiciones económicas, y con ocasión de tan capitales materias, afirmó que era preciso llevar el sentido orgánico al orden civil, haciéndole responder al modo de ser que la vida humana ofrece en todas sus manifestaciones; que ciertos fenómenos, ciertas exigencias económicas, entre otros los relativos a los contratos entre obreros y empresarios, debían ser objeto del derecho civil, y, por último, un orador ilustre dijo, elocuente y atinadamente, que toda la cuestión social no era otra cosa que la expresión del ansia de un nuevo derecho civil». *Nuevas tendencias*, pág. 79.

edad, suprimir algunas de las distinciones y reglas especiales o insostenibles que rigen la materia de peculios, favorecer los contratos de arrendamiento a largo plazo, etc.» (50). He aquí una cadena de precipitados jurídicos que va desde la transformación económica a la transformación general del Derecho, en efecto, pero determinada —y el dato merece ser valorado— por el hecho laboral.

Es sintomático que, en todo caso, la literatura jurídica del tiempo revela una tendencia crítica, a partir de problemas irresolutos de trabajo por cuenta ajena, y desde ellos la extiende, más o menos ampliamente, a otras situaciones privadas primero, y finalmente a los fundamentos mismos de todo un sistema jurídico. Así, cuando CIMALI insistía en la revisión del Derecho civil, lo hacía partiendo del dato económico y su repercusión laboral: «Si todos los fenómenos de la vida económica bajo el impulso inonvador de la máquina... han sufrido una profunda y radical transformación... y si se encuentra implicado e interesado el hombre como sujeto relativamente a los bienes que produce, como factor relativamente a otro hombre... surge espontánea e inexorablemente la consecuencia que, en perfecta correspondencia con la transformación de las condiciones económicas, deben inevitablemente transformarse, por fatal necesidad de las cosas, las relaciones jurídicas... Las legislaciones civiles, pues, siendo el producto de la necesidad y de las condiciones económicas y jurídicas de otros tiempos; el de la pequeña industria en el orden económico, el de la individualidad en el orden jurídico, vienen a ser incapaces para abrazar y gobernar en su infinita variedad las nuevas necesidades sentidas y relaciones sociales de índole privada derivadas de las conquistas cotidianas de la gran industria, de los triunfos progresivos de la sociabilidad (51).

A partir de tales conclusiones críticas, obviamente quedaba abierta con la necesidad de la reforma, la nueva estructura de la sociedad. A ella correspondería papel predominante, frente a la conformación individualista precedente. Los excesos se produjeron, en efecto, así como las proposiciones de prudente evolución. Pero, en todo caso, la determinante económica cuenta de modo predominante al valorar el nacimiento, con el Derecho del trabajo, de todo un sistema general de Derecho, comprensivo por tanto y por igual, del Derecho privado como del Derecho público.

(50) Rev. G. de Leg. Jur., t. 70, pág. 57.

(51) *La nueva fase del derecho civil*, cit., pág. 21.

6. El factor político

La alusión anterior a la interacción de presiones económicas y factores políticos en lo que se refiere a la revisión del derecho y como presupuesto de la aparición de un nuevo modo de entender la realidad del Derecho, bien puede verificarse al invocar la importancia del que abreviadamente denominaremos *obrerismo* decimonónico, por comprensivo de las múltiples tendencias, actitudes, opiniones y aún movimientos que, tomando por base la situación material de los trabajadores iniciaron, con formidable éxito a la postre, campañas de reforma social, e incluso de subversión radical del régimen de sociedad vigente. El resultado de unas y otras, todavía en el siglo XIX y primeros años del siglo XX ha sido la obtención de un estado de compromiso sobre el que, en nuestro tiempo, parece reobrar, precisamente a imperio de estimaciones políticas, un propósito de moderación o conservadurismo aún en los sectores que legítimamente pueden ser tenidos por descendientes y herederos directos del *obrerismo* primario. No cabe olvidar, como en su tiempo señalara lúcidamente POSADA, que en todas partes, con o sin socialismo organizado, denunciábase —aún inexistente un gran partido político beligerante— la existencia de una «gravísima cuestión jurídica en todo el orden de relaciones que supone la vida económica» (52); contra ella, hubo de alzarse no sólo la protesta del proletariado interesado, sino el sentimiento general de justicia existente en el hombre, cuando no está embotado —apostillaba POSADA— por el influjo de cualquier vicio de los que atacan en su raíz el ser moral.

No es éste momento para intentar dilucidar si el estado de efusión política precedió, y aún primó, desde el plano del partidismo a la tendencia renovadora producto de la reflexión de gabinete e, incluso, de la preocupación de gobernante. Sin embargo, no podrá nunca negarse lo que de eficaz tuvo el planteamiento de los temas laborales en el campo de las reivindicaciones políticas y, por supuesto, en la modificación del sentido individualista del Derecho. VALVERDE, estudioso de la tan decisiva transformación, no regateaba al socialismo su influencia en el sentido de haber dado al Derecho civil un tono diferente del que era fundamental del derecho clásico; con más, llegaba en su análisis a vislumbrar la fundamental presión del sindicalismo al punto de observar cómo el centro de gravedad de los derechos, el hombre, se pretende traspasar al sindica-

(52) «Por motivos muy complejos, que no es posible detallar aquí, las fórmulas del derecho civil, que pudiéramos llamar clásico o, mejor, tradicional, son, cuando no injustas, por lo menos insuficientes para regular cosa tan compleja como el contrato de trabajo», POSADA, *Un ensayo de legislación social*, en Rev. G. de Leg. Jur., t. 99, págs. 465.

to (53), pues para el civilista español la cuestión venía a quedar planteada en llevar al Derecho civil a una socialización más o menos acentuada y a un sindicalismo negador del derecho individual.

En rigor, el planteamiento político de la crisis del Derecho, en su máxima referencia a la situación jurídica de los sectores del trabajo, arranca de la agrupación profesional, del acceso de las masas trabajadoras al ejercicio del poder político por el régimen de sufragio; a la minimización creciente del poder efectivo del Estado ante los grandes sectores en lucha y, en fin, al emplazamiento político del derecho, hecho posible por la ya tónica afirmación del carácter «burgués» del Derecho civil, como años más tarde y extremosamente, sin duda, de la utilidad del Código civil sólo «para los capitalistas» (54). «Opposant —dice SAVATIER— dans leur ensemble, les conceptions «prolétariennes» aux conceptions «bourgeoises», il s'agit bien plutôt, à travers l'architecture de notre droit civil, le déclin des institutions qu s'y inspiraient des conceptions et des modes de vie «bourgeois» et parallèlement, l'avènement d'un droit nouveau, empreint du mode de vie et des conceptions «proletariennes» (55). Tal vez sea en extremo difícil probar científicamente la sinrazón de estos criterios en lo que se refiere al nacimiento efectivo de las tendencias que cuajaron ese *droit nouveau*, lo que, por otra parte, no quiere decir, ni con mucho, que en lo que actualmente se reputa Derecho del trabajo y, más ampliamente aún, tendencia social del Derecho, en general, se mantenga la vigencia de esta dialéctica entre *lo burgués* y *lo proletario*.

Quizá el primer síntoma de la etapa crítica, fuese el que correspondiese con los primeros datos reveladores de la insuficiencia del Estado li-

(53) VALVERDE, *El Derecho civil y el Derecho sindical*, en Rev. G. de Leg. Jur., t. 162, págs. 385-6. Sobre el derecho sindical, como corrector de la economía, cf. André FOURCHAUD, *Du code individualiste au droit syndical*, París, 1929.

(54) «El ambiente que el siglo XIX heredó de la filosofía dieciochesca, al romper el lazo que unía la legislación con el pasado, merced al funesto individualismo de la Revolución, hizo del Derecho civil, que tenía la pretensión de ser aplicado a todos, un derecho típico de clase. Se había exaltado de tal manera el concepto romano de la Glosa, que en el Código no se trataba más que de propiedad y de contrato, es decir, que era un cuerpo legal que venía a ser sólo utilizable por los capitalistas. Ese régimen se extendía a lo penal, donde era más castigado el robo que el homicidio. De esta manera se dió pie para que pudiese decirse del Código civil que era un derecho para los ricos y del Derecho penal que era un derecho contra los pobres... No es pues extraño que al incluirse en categorías jurídicas la regulación del trabajo, sea posible contraponer al Código civil el Código laboral, formándose un derecho de clase frente a otro también de clase. La culpa está en los legisladores que configuraron el Derecho civil de aquella manera miope y manca, señalando después del siglo XIX una nueva Edad Media». BERNARRO, *La construcción histórica del Derecho del Trabajo*, en Rev. G. Leg. Jur., t. 158, pág. 396.

(55) *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2.^a ed. París, 1952, pág. 287.

beral individualista. Ya CHIRONI señalaba, en 1881, que las grandes evoluciones políticas del tiempo prendieron en la familia y en el Estado, rodeando, además de *nouva considerazione* al trabajo humano (56). Mas, por otra parte, la realidad no mostraba tan sólo un posar los ojos de las nuevas tendencias sobre la máquina estatal; su pérdida de eficacia, precisamente denunciada por la inanidad de aquella en relación con los problemas del trabajo, coincide —o dicho más exactamente, va unida— al crecimiento del poder colectivo profesional. FRANCESCO ALIMENA insiste en el desprestigio del Estado por su *assenteismo* en materia de cuestiones sociales: «Si assisto, perciò, nella seconda metà del secolo XIX al formarsi di associazioni professionali o sindacali, sorte per tutela dei diritti del lavoro; mentre le grandi forze dell'industria si coalizzano opponendo ai sindacati i loro gruppi. Da ciò uno stato de lotta gra le parti in contrasto, che ginisce con polarizzarse contro lo Stato il quale da un lato dimostra la sua debolezza con il permettere che altri potere esistano accanto al potere statale, dell'altro viene ritenuto causa di tutti i mali, in quanto non attrae nel suo ordinamento giuridico la regolamentazione dei più importanti problemi sociali-economici. In sostanza la crisi che si determinò negli ordinamenti giuridici moderni verso la fine del secolo XIX é proprio determinata da questo assenteismo dello Stato di fronte al più gravi problemi sociali» (57). Vistas así las cosas, los movimientos empíricos de intervención estatal, como remediadores de la situación creada, con mantenimiento de los dogmas políticos fundamentales, poco más que una mera fórmula de compromiso representaron, si bien es igualmente comprensible que la transformación del Estado habría de ser, en efecto, una mera consecuencia de la transformación de los grandes temas informadores del Derecho —libertad, autonomía, sociedad, etc. El propósito reformador, salvando las esencias de la idea del Estado vigente, todavía hubo de mantenerse en amplios sectores, al igual que acaeciera con las protestas de transformación de la legislación civil aun salvando la esencialidad de ésta. Ejemplo de aquella actitud la ofrece el pensamiento de FERNÁNDEZ VILLAVERDE para quien —son sus palabras— no hay cuestión social que pida la transformación del Estado (57 bis). Todavía la solución templada, que pudo radicarse en la petición de una mayor atención del Estado hacia las cuestiones sociales, a asegurar la vigencia de lo que JAY, tomando la expresión de los esposos WEBB, denominaba el *minimum na-*

(56) CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, en *Studi cit.*, v. I, pág. 34.

(57) FRANCESCO ALIMENA, *Osservazioni sulla distinzione del diritto in pubblico e privato*, Roma, 1931, págs. 68-9.

(57 bis) *Rev. G. Leg. Jur.*, t. 99, pág. 117.

cional (58), garantizable por aquel, mostrábase como razonable y hacedera. En suma, ha de ser reseñada la actitud de sectores propios a la reforma social «desde arriba», esto es, manteniendo los supuestos de un orden político vigente pero rectificando sus efectos singulares: con todo tal planteamiento denunciaba una actitud empírica y transaccional difícilmente mantenible, salvo en momentos históricos concretos como lo fuera para Alemania el período inaugurado por la Política Social del Canciller BISMARCK (59).

La realidad, por uno u otro camino, ha conducido a la necesidad de admitir el alto grado de presión que el factor político ejerciera sobre el sistema de Derecho, genéricamente entendido, al cual, por supuesto, no le fué dado escapar al viejo Derecho privado, expresión, dígame como quiera, de un pensamiento político y filosófico; liberalismo y racionalismo, como reconoce BONET (60), para quien las nuevas tendencias políticas del presente hacen imposible las tentativas de aislar el Derecho civil de las mismas. Por lo mismo y siendo indiscutible la intervención del Poder ejecutivo del Estado en el campo del Derecho privado, se mantiene, a la altura de nuestra época, no una *crisis* o *decadencia*, sino una transformación de aquel Derecho.

Medítese sobre lo que de revelador ofrece el hecho de que el *obrerismo* inicial haya situado, pese a todo, y como factor muy calificado, el trance de la transformación del Derecho a partir de la prestación de atención al mundo social del trabajo. En todo caso, la lucha política, como la investigación de la ciencia social, mantiene todavía aquella meta que vislumbrara nuestro AZCÁRATE al afirmar que se trata de hacer que una cierta clase, el proletariado, que el cuarto estado, llámese como se quiera tenga una mayor participación en los bienes de la vida moderna. Y esta im-

(58) *La protección* cit., pág. 36.

(59) Precisamente la política social del Reich amedrentó a bastantes propugnadores de la «reforma social»; con las leyes de accidentes, seguros de enfermedad y vejez dió el Canciller Bismarck, «si no origen, autoridad peligros», norma y textos atrevidos al socialismo de Estado», FERNÁNDEZ VILLAVARDE, loc. cit., t. 98, pág. 138. DESVERNINI observa empero, que al discutirse en el Parlamento alemán la ley de 1884 sobre el seguro obligatorio, el Comisario del Gobierno anunció «con fruición» las diversas restricciones que desde hacía algunos años venían imponiéndose a la libertad de contratación, «y en voz muy alta se congratuló de que el Proyecto sometido al Reichstag socavara una vez más ese principio fundamental del Estado económico moderno», cf. DESVERNINI, loc. cit., pág. 85. Con todo, los choques entre reformismo y estructura política, fueron reales; a ellos aludía POSADA al destacar el carácter fragmentario y hasta contradictorio que reviste «cuanto se hace en la llamada legislación social», y la desconfianza que se siente ante las tentativas de soluciones a los problemas económicos. Cf. *Un ensayo de legislación* cit., pág. 466.

(60) *Las instituciones* cit., pág. 202.

periodicidad, que desborda, por supuesto, el marco de la investigación jurídica, no es sin embargo ajena a la misma: primaba el aspecto jurídico del *problema social* sobre cualquier otro y junto con el económico, en opinión de AZCÁRATE, porque aquel se relaciona con los demás, «en cuanto cada uno de éstos cabe considerarlos bajo el punto de vista jurídico que todos ellos tienen necesariamente» (61).

7. Inactualidad de los fundamentos de Derecho romano

B) ESPECIFICACIÓN

La reacción jurídica en pro de nuevos sistemas de regulación del trabajo, aun sin proponerse la censura del Derecho romano, vióse irremisiblemente obligada a ella. Mas conviene advertir que, en rigor, no se atacaba tanto al derecho heredado de Roma como a la pretensión de su mantenimiento a ultranza en una sociedad cuyas exigencias en nada podían ni remotamente parangonarse con las que determinó la vigencia de aquel sistema jurídico: muy gráficamente insistía hace algunos años LEVASSEUR en la razón de ser del Derecho del trabajo al recordar que las condiciones de trabajo evolucionaron menos en los veinticuatro siglos precedentes a la revolución industrial que en los cincuenta años que la siguen (62). En la justificación, en el marco de su época, del derecho romano, coinciden los juristas que, por lo demás, postulan a la vez una remoción de principios, aunque contradigan lo que de fundamental envuelve aquel derecho (63), ello precisamente porque el mantenimiento de una situación crítica tenía por presupuesto el respeto a la santidad de los principios romanos informantes del derecho civil, lo que, a su vez, impedía la modificación de éste, en amplio sentido, para introducir en su seno nuevas prescripciones que condujeran a una regulación actual y más justa de las relaciones de trabajo. Esta cuestión entronca con la polémica sobre el carác-

(61) *Historia del Derecho de propiedad*, en Rev. G. Leg. Jur., t. 53, pág. 468. Para AZCÁRATE, más sociólogo que jurista, el «problema social» no podía ser reducido a problema económico, o jurídico, «por tener tantos aspectos como la vida». Posición parecida adoptaría años más tarde FERNÁNDEZ VILLAVERDE, —cf. supra, nota 57, bis— al compartir la conocida expresión de León GAMBETTAH «no hay cuestión social, hay cuestiones sociales».

(62) *Evolution, caracteres et tendances du Droit du travail*, en Etudes Ripert, v. II, pág. 446.

(63) Así, DESVERGINE: «El derecho, y especialmente el romano, que respondió a las necesidades de una sociedad remota y antiquísima, tiene que modificarse hasta el punto de abandonar en el camino de la historia sus más cardinales principios y franquear la entrada a otros que, aunque contradigan lo que envuelve aquel derecho de más fundamental, poseen mejores títulos de gobierno y regulación de las relaciones privadas, porque dimanan de la vida, que es gran legisladora», loc. cit., págs. 563-4.

ter de «legislación especial» y no civil pura que se postulaba para la ley laboral, y en la que se hizo oír incluso la voz de O. GIERKE, quien persistiendo en la necesidad de superar la antítesis entre el Derecho público y el privado, con la formulación de la doctrina del Derecho Social, llevó los fundamentos de esta última a la crítica del proyecto del B.G.B. precisamente para desarraigar la idea de un *derecho especial* social estanco respecto de un derecho civil nuevo todavía individualista.

GIERKE, observando que el espíritu del derecho germánico ya había dado un tinte especial a la legislación moderna, impregnando, además, al Derecho privado, añadía: «Justamente aquella nueva legislación que acostumbra de denominarse legislación «político-social», encaja profundamente en el campo jurídico-privado. Sin embargo, es un error fatal, error que ha cometido el proyecto de Código alemán, osar abandonar la obra social a la *legislación especial*, para dar forma pura individualista al Derecho privado común. Se sustentan pues dos sistemas dominados de espíritu totalmente distinto; un sistema de Derecho civil común, en el cual queda encerrado el *puro* Derecho privado y una abundancia de derechos especiales, en la cual domina un derecho privado impulsado por el Derecho público y mezclado con él. Aquí, un derecho de matiz social, vivaz, nacional, rico en vida interior; allí, un patrón abstracto, romanístico, individualístico, momificado en una fría dogmática. Ahora bien, mediante el herético derecho particular, se puede desarrollar en todo su esplendor el propio y verdadero derecho privado. Empero que vea el derecho particular cómo se acomoda con la lógica jurídico-privada en el suelo de un semejante derecho común... Un derecho privado común que quiera llenar su misión, debe tener hondos cimientos y techumbre suficientemente alta para albergar todos esos derechos particulares en el derecho privado. Además, debe estar impregnado de *arriba abajo* del espíritu de la comunidad» (64). Esta amplia referencia al pensamiento de GIERKE sirve, más que cualesquiera digresión, para advertir cómo quedaba emplazada la crítica del Derecho romano en el seno de la contienda provocada por el nacimiento de la *legislación especial* y su casi dirigida insurgencia respecto de la ley común. Por lo demás la crítica de GIERKE, yendo más allá de lo metodológico, penetró la esencia misma del problema jurídico laboral, denunciado lo que también iba a ser tema central de revisión; la concesión de la prioridad al concepto de persona sobre cualquier otro distinto al momento de conferir estructura jurídica a la rela-

(64) *La función social del derecho privado*, trad. de NAVARRO DE PALENCIA, Madrid, 1904, pág. 27-8

(65) Un sano derecho privado —escribía— debe poner en el centro, el concepto de personalidad. Op. cit., pág. 44.

ción de trabajo. Y ello porque, en relación con esta última, resultaría inconcebible —apuntaba GIERKE— permanecer ateniados perpetuamente al esquema del arrendamiento de servicios, formado según el modelo del arrendamiento de cosas, y que tiene sus raíces en el derecho de esclavitud romano (65):

La crítica al derecho romano por causa de la crítica al sistema de reformas fundamentado en la creación de una legislación especial, para así mantener intacto el Derecho civil, se generalizaba en el último tercio del siglo XIX, abriendo con ello una escisión en el pensamiento de los propios juristas reformadores, todo lo cual dá el profundo grado de inquietud que inundara a los teóricos del derecho a partir de la recepción de los problemas jurídicos del trabajo. En Italia, SALVIOLI, en su *Discurso* de apertura de curso en la Universidad de Palermo, pronunciado en 1890, sobre los defectos sociales del Código civil en relación con los trabajadores y necesitados, entró resueltamente en la demostración de la invigencia del Derecho romano a la luz de sus propios principios, reflejados sobre las nuevas situaciones (66) ante las cuales manteníase el prejuicio tradicional de los juristas con notorio abuso del derecho romano. El mantenimiento del *alternun non laedere* sobre el *suum cuique tribuere*, reduce al Derecho privado actual a una misión puramente negativa: «la ficción irrisoria» del *nemini licet ignorare jus* y del *vigilantibus jura succurrunt*, fué igualmente denunciada por el citado maestro, así como los apotegmas *qui jure suo utitur neminem laedit, in pari casu melior est causa possidentis, preferendus est cujus in lucrum causa tempore proecedit, y nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur*.

La crítica de SALVIOLI remontaba el inicial planteamiento laboral, y desde él, para atacar por su base todo el orden civil de arraigo romano, el derecho a la sazón vigente que atrasaba la vida jurídica al mantener la disciplina del egoísmo para triunfo de los privilegiados, los vigilantes, los fuertes, en suma, como en el derecho de Roma, que tenía por base la esclavitud. Con todo, la insistencia de SALVIOLI sobre la transformación del Derecho civil, apartándose al modo de GIERKE y de tantos otros del sistema de legislación especial como solución, encontró sus más poderosos argumentos en el hecho del trabajo por cuenta ajena. De ahí sus embates al carácter burgués o favorable a las clases poseedoras de la legislación vigente, la preferencia de ésta por la propiedad y la subordinación del trabajo al capital, así como la del hombre a las cosas. SALVIOLI, en fin,

(66) SALVIOLI, *Los defectos sociales de las leyes vigentes en relación al proletario y al Derecho moderno*, trad de HONUELOS, Madrid, 1907.



llegaba a postular, en el marco del Derecho civil, la necesidad de colocar el centro de la vida jurídica en el trabajo, que dado que es el centro de la democracia social, debe serlo del Derecho.

8. Censura de conjunto al espíritu y contenido de las codificaciones

Aun cuando la obra codificadora del derecho privado cuente, cronológicamente, con la aparición del *Landrecht* prusiano, en 1794, el fenómeno codificador cuaja en el Código civil francés de 1804 que, siguiendo a CASTÁN, es por sus caracteres la verdadera iniciación de la codificación moderna: desde aquella fecha a 1811, en que se promulga el Código civil general austríaco, fueron apareciendo el Código para el Reino de las Dos Sicilias, de 1809; el Código del Primer Reino de Italia, de 1806, y el Código para los Estados de Parma, Piacenza y Guartalla, todos los cuales, siguiendo el patrón francés incluyeron en su articulado la regulación de la prestación persona de obra, doméstica y operarios (67). Una ojeada a la realidad histórica y social de esta década escasa, el recuerdo de la tensión política europea inherente tanto al creciente ascenso del liberalismo político como a las consecuencias de la política militar napoleónica, obligan a utilizar el máximo de prudencia en orden a la crítica del contenido de los Códigos por entonces promulgados.

En lo que al Código civil francés se refiere —sobre el que, dado su signo augural se concentra la atención analítica—y teniendo por reproducidas las anteriores observaciones, han de contar otras dos precisiones: la filosófica y la histórico local. Digno hijo del derecho natural, escribe últimamente DEKKERS, el Código de Napoleón gravita alrededor del concepto del hombre racional, que encuentra su encarnación en el Buen Padre de Familia (68), y efectivamente que la presencia del racionalismo abstracto hubiera sido difícilmente evitable en las cercanías del exaltado subjetivismo jurídico de ROUSSEAU, quien observa STAHL, estima que la voluntad del hombre está regulada enteramente por sí (69), voluntad que se manifiesta a partir de un vehemente postulado de igualdad civil, realizado en el orden jurídico a partir de la abolición de privilegios y trabas. En este último aspecto, tal actitud filosófica entronca con el hecho histórico

(67) Referencia al contenido, en el aspecto indicado, de los mismos, en PERGOLES, *Dizionario pratico del diritto privato*, fundado por SCIALOJA, y dirigido por BONFANTE, RUGGERO y MAROI, v. III, p. II, pág. 378.

(68) DEKKERS, *loc. cit.*, pág. 444.

(69) Cf. CASTÁN, *Las diversas escuelas*, *cit.*, pág. 2.

de la Revolución y, coetáneamente, con el abolicionismo gremial cuyo efecto económico máximo —ello es importante— fué la aparición del comercio como actividad profesional libre; esto es, expresión concreta, social e inherente al postulado igualitario, de una sociedad nivelada por la igualdad de posibilidades ante la riqueza.

Dejando a un lado la gran polémica en torno a la codificación que el pasado siglo presenciara (70), importa ahora abordar un aspecto tangencial en cierto modo a la misma, pero cuyas raíces últimas enlazan con una peculiar actitud ante el fenómeno codificador. Múltiples censuras desencadenó el Código civil francés —espécimen, repetimos, del fenómeno— en tiempo todavía muy cercano a su nacimiento. Y de ellas, en principio, tomaron cuerpo y opinión las deducidas del contenido de los artículos 1780 y 1781: el abandono legal de la relación de trabajo y, sobre todo, la irritante desigualdad —que entrañaba un insalvable contrasentido desde los presupuestos jurídico-políticos de la codificación— que el artículo 1781 consagraba a propósito de la prueba, abonaron el movimiento general de repulsa, a partir del cual fueron levantándose críticas no sólo al régimen contractual del trabajo, sino a zonas más extensas como el régimen jurídico de la propiedad, la condición jurídica de la mujer, etc.

Con todo, antes de pasar a la puntualización concreta de las repulsas, conviene situar objetivamente la determinante de la acción codificadora al momento de considerar al trabajo por cuenta ajena. Aludiendo en concreto al citado artículo 1780 del Código francés, FERNÁNDEZ VILLAVERDE, en su interesante estudio al que venimos aludiendo, escribía: «Inspirándose a la vez aquel cuerpo legal en el individualismo igualitario de la revolución francesa, y en la protesta, a la sazón tan popular, contra las corporaciones de artes y oficios, no admitió distinciones fundadas en la profesión, en la edad ni en el sexo; tendiendo a considerar aislado a cada obrero de sus camaradas de trabajo, es inmolado a la igualdad ante la ley, como entonces se comprendía, diferencias, necesidades y condiciones que, puesto que existen en la vida, deben reflejarse en el Derecho» (71): es claro que en aquellos años de la codificación francesa todavía no pudo popularizarse la idea encerrada por el entonces niño COUSIN en su famosa máxima: «La igualdad consiste en tratar desigualmente a personas desiguales», desigualdad ésta que mayores probabilidades ofrece para garantizar la libertad del individuo. No obstante, la codificación francesa

(70) Resume la controversia ALONSO GARCÍA, *La codificación del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1957, págs. 35 y ss.

(71) *Rev. G. Leg. Jur.*, t. 97, págs. 372-3.

ha de ser comprendida a la luz del hecho revolucionario en lo que primeramente había de tener de debelador del *ancien régime*. Nacido de los excesos y abusos de éste, observa JOSSEMAND, el derecho revolucionario francés se colocó al extremo de un individualismo exasperado: su objetivo esencial es libertad al hombre de todas las trabas políticas, jurídicas, económicas o sociales, que la vieja Francia había hecho pesar duramente sobre él: y para lograr este resultado, le reconocía como individuo, haciendo abstracción del medio social. Una concepción tal que se explica históricamente por el juego ineludible de las reacciones sociales, debía tender al absolutismo de los derechos subjetivos (72).

Los propósitos revolucionarios contribuyen a explicar la filosofía jurídica de la codificación francesa producida, cronológicamente, en el momento singular de la exteriorización de las nuevas fuerzas sociales, políticas y económicas. Pellerino Rossi, en su crítica al Código de Napoleón, vino a insistir sobre estas coincidencias, cincuenta y tres años después del nacimiento de la codificación francesa (73). Si a la promulgación del Código la revolución social había sido realizada, la económica, decía Rossi, se hallaba muy lejos del término de su carrera. Se habían producido dos acontecimientos de verdadera importancia: la libertad del trabajo y la emancipación y división de la propiedad territorial (73 bis), pero la industria propiamente dicha era pobre, débil, casi ignorada. Cuando el crédito era casi desconocido y la ciencia económica «sólo existía para un reducido número de ingenios», apareció el Código civil: éste, y en general los hasta el tiempo de Rossi promulgados, se encontraron, según advierte el autor a quien seguimos, «entre dos hechos inmensos, a los cuales uno les ha precedido, y el otro les sigue; la revolución social y la revolución económica». Han regulado el primero, añadía, pero no han podido hacer igual con el segundo. Hay por tanto, sin que de ella quepa acusar a nadie, «una laguna que llenar; hay que establecer la armonía entre nuestro derecho privado y nuestro sistema económico».

La cuestión, al quedar centrada en los términos que Rossi puntualiza hubo de conducir necesariamente a una revisión de la ley civil, y enton-

(72) *El espíritu de los derechos y su relatividad*, Introducción, México, 1946, págs. 10-11.

(73) Pellerino Rossi, *Mélanges d'Economie, d'Histoire et de Philosophie*, París, v. II, págs. 1 y ss.

(73 bis) «Al advenimiento de la Revolución francesa, se legisla mucho a favor de la propiedad inmobiliaria con injusta preferencia de la mobiliaria. La más absoluta libertad privada, legítima el uso y el abuso de la propiedad. La Asociación es letra muerta. Los contratos no reconocen otros tipos que la transmisión de bienes materiales, desconociendo la mano de obra y la relación entre el trabajador y el capitalista», GONZÁLEZ LLANA, *El abuso del derecho*, en Rev. G. Leg. Jur., t. 114, pág. 279.

ces, realizada a la luz de la nueva situación, produjo el estado colectivo de opinión que bien puede simbolizar, en algún aspecto, la Revolución de 1848 pues, como señala RIPERT, «De là date une législation dénommée sociale, pour bien montrer qu'elle est en opposition avec l'individualisme du Code civil» (74). Las críticas al Código resultaron, a partir de entonces, no sólo lícitas sino inaplazables. Por lo mismo, las codificaciones posteriores —cual la española— que pese a la realidad de las nuevas situaciones sociales mantuvieron la vigencia del modelo francés, ya no podían arbitrar, en su defensa, razones parejas a las precedentemente recordadas.

A) *El «olvido» del trabajador.* A nuestros días llegan los ecos de la polémica suscitada en torno a lo que dió en llamarse «olvido del Código civil», de los trabajadores: en realidad se trata de una expresión literaria que sintetiza la actitud del legislador hacia la actividad profesional, pues para PIC, por ejemplo, tal ignorancia no era posible dado que, tanto en 1804 como antes de esta fecha, el trabajo era ya el más frecuente de todos los pactos (75). Aun así, la ausencia de consideración jurídica constituyó lugar común en las reuniones de París, en 1904, para conmemorar el Centenario del Código civil, y más todavía; partióse de este hecho para plantear la oportunidad de una revisión de conjunto, avalada por los nombres de LANAUDE, COLIN, TISSIER, PIC, CRUPPI, etc. Sin embargo, RIPERT, en estos últimos años, al insistir en sus puntos de vista sobre el desequilibrio jurídico que en definitiva ha supuesto la denominada legislación social, ha combatido los aludidos criterios con argumento no por sutil menos parcial, señalando que los civilistas, para justificar la nueva legislación de trabajo invocaron por lo común, tanto el citado olvido como la consideración de que siendo el trabajador la parte débil del contrato, merecía protección especial (76). «Ce n'est pas exact —afirma RIPERT—; le Code civil a prévu le louage de services et il n'a cru nécessaire de le soustraire à l'autonomie de la volonté, et le consentement de celui qui promet ses services, n'est pas forcément l'expression d'une volonté faible». Mas la capciosidad utilizada aquí por el reputado jurista es incuestionable, dado que cabalmente opera sobre la abstracción que re-

(74) *Le régime démocratique...* cit., pág. 179

(75) PIC, *La réforme du Code civil et le nouveau Code du travail*, en *Revue trim. droit civ.*, 1911, pág. 221. Y antes: «La loi civile française ignore presque totalement le contrat de travail. Les rédacteurs du Code civil ne semblent pas s'être doutés que le louage de services industriels nécessitait une réglementation presque aussi étendue que le louage des choses; deux articles, l'article 1780 et 1781, leur ont semblé suffisants, et encore l'article 1781 consacrait-il au point de vue de la preuve, une inégalité si injustifiable entre l'employeur et le salarié, qu'on a dû la faire disparaître de nos lois (L. 2 août 1868)», loc. cit., pág. 718.

(76) *Le régime démocratique*, pág. 179.

presenta, para los legisladores revolucionarios de entonces, la libertad humana, incontaminada aun por una realidad en donde su realización haríase más dificultosa dado el profundo contenido económico que impregna la relación de trabajo, precisamente. Más real parece la justificación del olvido que aporta DEKKERS al apuntar que la legislación liberal no encontraba, en materia de trabajo asalariado, tradiciones liberales (76 bis).

Parece sobre todo explicar el olvido, la extraordinaria atención que en la naciente burguesía acomodada requiriera la ordenación del tráfico de bienes. El acceso a la propiedad, tanto por consecuencia de la derogación de las leyes de privilegio como por el surgimiento del poder comercial y de la industria, en la esfera económica, así como la utilización al máximo de los recursos enajenables, polarizaron la preocupación legislativa, en este caso consecuente con el carácter marcadamente real de las preocupaciones jurídicas heredadas de Roma. Ello explica, por ejemplo, que en tanto dedicara el Código francés los dos consabidos artículos a la regulación del contrato de servicio, ocupase treinta y uno —artículos 1.800 a 1.831— en una institución «tan rara», al decir de DEKKERS, cual el arrendamiento de ganado. Mas en verdad que, dado el valor de una economía fuertemente agraria de los bienes pecuarios; dado igualmente el creciente aprovechamiento industrial de los productos derivados de la explotación de ganado, y dado, en fin, el recio sentido de la propiedad que en todo caso aquella institución presupone, tan minuciosa como singularmente atendida, no cabe la sorpresa.

B) *Carácter «clasista» de los Códigos.* Junto a la condolencia por la omisión recordada, se ha formulado un ataque extrajurídico e incisivo al Código francés al motejarle de *clasista* o *burgués*, ataque que, por extensión, alcanza a aquellos otros que siguieron la ruta por él marcada. Fué el Código expresión de un estado social triunfante, decía PIC, «de la preponderance des classes moyennes et de l'individualisme bourgeois» (77). PLANIOL y RIPERT todavía insisten en la idea de que si bien parte del laconismo del Código en materia de trabajo (78), «en relación con un contrato de superlativa importancia práctica» pudiera imputarse al hecho de que POTHIER, guía habitual de los redactores del Código no aborda tal materia, por otra parte regulada con anterioridad a la Revolución por el

(76 bis) La antigüedad viva de la esclavitud: la Edad Media y la Moderna de la servidumbre y del corporativismo. Ahora bien, ni la esclavitud ni la servidumbre, ni el corporativismo encajaban en el legislador de la Revolución francesa», loc. cit., pág. 449.

(77) PIC, loc. cit., pág. 221.

(78) *Tratado práctico de Derecho civil-francés*, trad. de DÍAZ CRUZ, La Habana, 1946 t. XI, págs. 1-2.

Derecho público, otra razón viene dada porque «los redactores del Código fueron incluidos en su casi total abstención respecto del contrato de trabajo, por su parcialidad en favor de los intereses patronales. El Código civil es un código de los intereses burgueses, añaden, y no se preocupó de proteger al obrero de los abusos de que pudiera ser víctima, estimando sus redactores que, en cuanto a las relaciones de trabajo, ninguna legislación era necesaria» (79). Este criterio, anteriormente compartido por GLASSON, e incluso por el economista liberal LEROY-BEAULIEU —«la ley, decía este último en 1881, ha sido, durante los pasados siglos y más de la mitad del siglo actual, manifiestamente desfavorable al obrero, o cuando menos recelosa y desconfiada respecto de éste» (80)— acusa el régimen de parcialidad que impregnara la confección de la ley civil, y con ello, la existencia efectiva del problema del trabajo, cuya negación enarbolan quienes han pretendido explicar la «laguna» a que aludiera Rossi, con argumentos similares a los que todavía recogía éste. Por ello, Eugene GAUDEMET, para negar la obstinada imputación de «clasismo» del Código —«il est le Code d'une société complète», es su tajante afirmación— pedía realizar la crítica situándose el juzgador en la época en que fué redactado: la economía francesa de 1804, el debilísimo desarrollo de la industria, no permitían advertir las posteriores dificultades jurídicas que agitarían las relaciones entre patronos y obreros (81).

La realidad es que, aun paliando la dureza de las múltiples censuras dirigidas al aspecto «clasista» o «burgués» de la codificación, lo que queda fuera de toda duda, porque así lo revela el posterior movimiento legislativo, reductor de los alcances económicos de las codificaciones civiles, es que las tales tuvieron como preocupación máxima, o casi exclusiva, la defensa y protección de la fortuna adquirida, y ello, dando tono al sistema jurídico establecido, sí que muestra el parcial enfoque de éste. Si al hecho mencionado se une el desmesurado crecimiento de la riqueza que ya contemplara —al menos en los modos de producirla— la primera mitad del siglo XIX, no parece que falten razones justificativas del apóstrofe.

(79) Conclusión idéntica a la sentada por TISSIER, cf. de éste, *Le Code civil et les classes ouvrières*, en *Le Livre du Centenaire du Code civil*, París, 1904, v. I, pág. 90.

(80) En COLLIARD, *La machine cit.*, págs. 117-8.

(81) Eugene GAUDEMET, *Les Codifications récentes et la Revision du Code*, en *Livre centenaire*, v. II, pág. 975.

9. El contenido de trabajo en el marco del régimen de contratación civil.

Existe una bibliografía abundante, que ya puede reputarse clásica, dedicada al examen del arrendamiento de servicios como forma de regulación de la prestación laboral (82). Por otra parte, la discusión —dado por supuesto lo necesario de un régimen detallado y más justo del contrato laboral— en torno a la inserción de éste en las codificaciones civiles o, por el contrario, a su formulación en leyes especiales, constituye igualmente historia, en donde los nombres de PLANIOL, GAUDEMET, etc., representan posiciones opuestas a las de COLIN, DEMOGUE, PIC, TISSIER, entre otros. El notable esfuerzo desplegado por los civilistas para resolver con nuevos dogmas y aún nuevas técnicas el problema jurídico del trabajo, se concentra en la consideración del contrato, a cuyo estudio debemos fecundos resultados que han contribuído, en más de lo usualmente estimado, a la creación de instituciones laborales hoy consolidadas como tales.

Con tanta frialdad como penetración, producto la primera del contacto con la realidad y siendo la segunda expresión de una búsqueda de las motivaciones de esa misma realidad, situaba IHERING en su concepción del «contrato de cambio», entendido a estos fines como el que conviene a todos los valores que se encuentran en el curso de las relaciones sociales —cosas, dinero, servicios—, a la relación de trabajo personal. «El trabajador, escribía, da el fruto de su labor a cambio del dinero; la otra parte da el dinero a cambio del trabajo. Ambos sienten una más urgente necesidad de lo que adquieren que de lo que poseen. El salario es el medio de dirigir el sobrante de la fuerza obrera allí donde ésta puede encontrar su mejor empleo, tanto en interés del obrero como de la sociedad, a falta de cuyo empleo aquella fuerza holgaría o permanecería en parte improductiva»: añadía más adelante que «ninguna cosa se inmoviliza allí donde no se puede realizar su destino económico, que es servir al hombre». Y cerraba IHERING su idea afirmando que el cambio es la providencia económica que conduce cada cosa (objeto o fuerza obrera) a su destino (83). Vió en suma IHERING, en esta dialéctica «un acto de afirmación económica de sí mismo». Ahora bien, en lo que el móvil individual tiene de voluntad, en el sentido indicado, muéstrase una instancia totalmente diversa de la jurídica; el ladrón que roba la cosa —ejemplificaba IHERING— no roba el derecho a la misma. Por ello, diversamente habrá de distinguirse

(82) Acudiendo a la producción francesa, por característica, recordemos a CORNIL, *Du louage de services ou contrat de travail*, París, 1895; BODEUX, *Etudes sur le contrat de travail*, París, 1896; CHATELAIN, *Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat du travail*, en *Rev. trim. deho. civ.*, 1904; PASCARD, *Le contrat de travail*, París, 1903, etc.

(83) *El fin cit.*, pág. 47.

la por el gran jurista denominada «afirmación jurídica de sí mismo», que se patentiza en la persona entera, a la que el derecho comprende. La afirmación por el individuo de su condición de persona es, en suma, la afirmación jurídica de sí mismo, comprendiendo todo lo que la persona es; todo lo que tiene; su cuerpo y su vida, su honor, su patrimonio, su familia (84). El problema de estas proposiciones radica, pues, en conocer la realidad de ambas afirmaciones por igual individuales. Y cabe apostillar que, en rigor, en tanto la primera es, por necesidad ontológica, individual estricta, la segunda, al precisar el respaldo de la norma coactiva, informa a ésta no tanto de un sentido individualista como social, precisamente porque sólo mediante una organización comunitaria, como lúcidamente observa GIERKE (85) el hombre, cualquier hombre, puede jurídicamente realizar su personalidad.

La realidad que con tanto brío penetrara IHERING no fué ordenada por las codificaciones hacia el campo del trabajo; aquellas se limitaron, contrariamente, a recibirla dando de la misma cabal reflejo en los escuetos preceptos reguladores: no otra realidad registra el Código civil francés en sus ya citados artículos, los Códigos que siguieron su trayectoria (86), e incluso el Código civil español (87), siquiera este último pretendiese además, la incorporación de las elaboraciones teóricas patrias: recuérdese que ESCRICHE reduce toda actividad de prestación personal —«alquiler», en su terminología— hasta indiferenciarla (88).

Al momento de pretender el juicio en punto a la carencia que los Códigos tradicionales muestran respecto de la regulación del trabajo, la prudencia aconseja cierto comedimiento, porque, en algún modo, la crítica parece evidenciar sorpresa en orden a las impremeditadas consecuencias

(84) Cf. op. cit., pág. 50.

(85) Loc. cit.

(86) El contraste en las codificaciones vino dado, primeramente por el Código civil alemán y después por el suizo, promulgado en 10 de diciembre de 1907, y completado, por lo que al contrato de trabajo se refiere con la incorporación al Libro V, de la Ley de 30 de marzo de 1911. Cf., GAUDEMET, *Les codifications récentes et la revision du Code civil*, en *Libre du Centenaire* cit., v. II, págs. 967 y ss.

(87) Su filiación gala, al respecto, ha sido últimamente reconocida por MARTÍN BLANCO. *El contrato de trabajo*, Madrid, 1957, págs. 31-2.

(88) Referido al «arrendamiento de trabajo personal», decía ESCRICHE: «Un contrato por el cual se obliga una de las partes a hacer una cosa para la otra mediante cierto precio. Este contrato no es conocido vulgarmente con el nombre de arrendamiento, sino más bien con el de alquiler, locación, logamiento, ajuste, concierto, asiento, y así es que cuando uno se obliga a prestar a otro su trabajo, industria, sus servicios, las obras de sus brazos, no se dice que se arrienda, sino que se alquila, que se lega, que se ajusta, que se concierta, que se asienta». Cf. *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva ed. por VICENTE CARAVANTES y GALINDO Y DE VERA, Madrid, 1874, t. I, pág. 722.

de tal regulación. Es abundante al respecto el conjunto de opiniones que, sin menoscabar el propósito legislativo, en lo que de revolucionario respecto del estado precedente tuvo, advierten sobre las desusadas consecuencias a que condujo el culto a la libertad civil, al no tener en cuenta la propia ley que su recta voluntad podría, y en efecto lo fué, ser desvirtuada por la voluntad del beneficiario de la misma (89). Un orden de cosas anterior, cuyos abusos eran fácilmente constatables, produjo otro orden nuevo que, a la postre había de incidir en pareja situación. Así lo comprendió nuestro SANZ y ESCARTÍN, cuando al tratar de explicarse el estado de anomalía reflexionaba, observando que los *generosos* (90) iniciadores de la revolución económica, impresionados por la vista de los males producidos por el exceso de intervención oficial, creyeron que con apartar en el orden de la producción y del cambio todo obstáculo, con proclamar la libertad de trabajo y la igualdad legal entre patrones y obreros, se había hecho todo lo necesario para que se estableciese la armonía de todas las clases sociales, y las hasta entonces desvalidas e ignorantes se elevaran en bienestar y en cultura al pleno desarrollo de todas sus facultades. Este propósito no se realizó, en efecto, y el propio SANZ hubo de recordarlo: no sucede empero así —decía— y una triste experiencia se ha encargado de probar que el principio de libertad, entendido como apartamiento absoluto del Estado en cuanto toca al orden económico y como abandono del individuo a sus propias fuerzas, es notoriamente insuficiente para fundar una organización social basada en la justicia y en la que todos puedan gozar de las ventajas de la civilización sin menoscabo de la persona y sin el temor constante del mañana.

En la línea que trataba de justificar cuando menos la cortedad de miras de los legisladores, han militado muchos críticos del sistema. Unos —D'AGUANNO, por ejemplo— llegan al sarcasmo (91), imputando a las ge-

(89) Decía GROSS que la ilimitada libertad de contratación se aniquila a sí misma. «Un arma formidable en manos del fuerte, un instrumento embolado en manos del débil; se convierte en un medio de opresión de unos por otros, es la despiadada explotación del mayor poder espiritual y económico. La ley que con desconsiderado formalismo permite eludir los queridos, o supuestos como queridos resultados del libre movimiento jurídico de los negocios es, en forma legal, bajo el aspecto de una legislación liberal, el *bellum omnium contra omnes*. Hoy más bien tiene el derecho privado la misión de proteger al débil contra el fuerte, y el beneficio de la comunidad contra el egoísmo del individuo». Op. cit., págs. 41-2.

(90) Cit. LÓPEZ PUIGERRE, loc. cit., pág. 327.

(91) «El contrato más importante de la vida civil —no habrá quien lo ponga en duda— es el contrato de trabajo. Por él es por el que tiene subsistencia la gran mayoría del pueblo; por eso este contrato debería constituir la principal preocupación del legislador. Y sin embargo, no encontramos más que un solo artículo del Código civil que se ocupe de él, que es el artículo 1628, el cual se limita a prescribir que no se admite la servidumbre perpetua, cosa

neraciones codificadoras cierta cortedad de miras históricas; otros, como POSADA, resaltan la inanidad de los Códigos al pretender la solución, en términos harto simples, de un complicado problema legal (92). Otros en fin —tal, últimamente, LAVASSEUR— relevan la dificultad de encajar los problemas de trabajo en el «cuadro estrecho» de la concepción contractual (93).

La crítica, en términos de derecho, vino casi contemporáneamente realizada por la agudeza de CHATELAIN cuyos fundamentos, no por superados al presente, han perdido fuerza suasoria. Comulgando un criterio extrajurídico difícilmente compartible, observaba este autor (94) que la naturaleza del contrato «llamado de trabajo o de salario», consiste en que el obrero vende al patrono por un precio fijo convenido, a pagar por días, o por quincenas, o de cualquier otra manera, su parte de propiedad en el producto futuro. Propietario virtual, por decirlo así, jamás es efectivamente propietario del producto, de su parte de producto: éste —concluye— le es comprado a destajo por un precio alzado antes de que comienza a producir. Para CHATELAIN, cuya concepción del contrato como venta anticipada no carece de ingenio (95), la falla de su regulación en el Código radica precisamente en la omisión de esa cláusula sobre atribución al empresario, por el obrero, del producto futuro de su trabajo. Se admira de que el Código, que consagra mil doscientos artículos a los «contratos», y doscientos al «contrato de matrimonio», «no mencione en alguna parte un contrato tan extendido y tan importante en sus efectos (96). CHATELAIN explica los motivos de esta omisión; se puede decir que el Código contiene disposiciones generales relativas a todos los contratos: que, en cuanto a aquel que media entre obrero y empresario, no hace falta definirlo, porque afecta una multitud de formas, constituyendo esa misma flexibilidad su mérito; que la ley no tiene por qué formular o presumir las cláusulas rígidas de un contrato cuyo contenido varía hasta el infini-

que significa tanto como decir ¡que no estamos ya en plena Edad Media!, en *La génesis y evolución* cit., v. II, pág. 440.

(92) En *Ensayo de explicación jurídica* cit., vid. págs. 77-8.

(93) *Evolución* cit., pág. 453.

(94) *El contrato de trabajo. Naturaleza de este contrato determinada por el Derecho de propiedad del obrero al producto de su trabajo*, en *Rev. G. Leg. Jur.*, t. 102, pág. 463. En este mismo sentido, cf. *El contrato de trabajo*, en el t. 103 de la cit. rev. También, *Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat du travail*, y *Une application de la nouvelle théorie du contrat de travail*, en *Revue. trim. droit civ.*, 1904, págs. 313 y ss., y 1905, págs. 271 y ss.

(95) En lo que tiene de pronoción respecto del carácter asociativo de la relación de trabajo. La tesis de la venta anticipada del presunto beneficio, fué desenvuelta por CHATELAIN, vid. *De la nature du contrat entre ouvriers et entrepreneurs*, París, 1902.

(96) CHATELAIN, loc. cit. *Rev. G. Leg. Jur.*, t. 102, págs. 231-2

to; que en cada caso la convención es ley entre las partes; que si esas obligaciones dan lugar a litigios, el Juez sabrá aplicarles los principios generales del derecho (97). Según es fácilmente apreciable, CHATELAIN pretendía, no muy ampliamente por cierto, revisar los posibles fundamentos de la regulación que critica mas, con todo, el valor de su censura radica en las conclusiones generales a que arriva: si para resolver cuestiones jurídicas hay que acudir a los principios del derecho, ¿cuáles, se pregunta, son las ideas jurídicas, cuáles los principios aplicables al tema en debate? He aquí, cómo, una vez más se hacía patente que el problema no lo es de mera interpretación, sino que su raíz llegaba a los fundamentos mismos de una concepción dada de lo jurídico. Ahora bien, precisamente esta ideación de la relación jurídica, imperante al momento de la codificación, y mantenida años más tarde, venía dada por un sistema compensatorio establecido por el primado de la voluntad y por su formalización. Fué nuestro GARCÍA OVIEDO quien advirtió las consecuencias que el matiz formalista del derecho de la Revolución acarrearía a la relación de trabajo (98): fué aquella, observaba, una época en que el continente privaba sobre el contenido; el derecho sobre el trabajo, «la envoltura, sobre la materia». Al derecho individualista no le interesaba, propiamente, ni el trabajo, ni el trabajador o profesional, ni, en fin, la función de éste; es el individuo a secas, quien toma la atención del legislador «Y así brilla el concepto de la igualdad humana en la vida civil, y la necesidad inexcusable de que el Derecho, sobre esta base, elabore el tejido de la convivencia» (99), tejido que se forma mediante el contrato, precisamente. ¿Tratábase, en definitiva, de un efecto provocado por el «empleo del derecho», como apreciara GONZÁLEZ LLANA (100). Más bien pudiera imputarse la situación a los fundamentos del derecho mismo legislado, a la exaltación absoluta de los dogmas del derecho privado, a la agudización, en fin, de la escisión dicotómica, prudentemente gestada a partir del siglo XVII y que en Francia, con la obra de DOMAT, llegó a cobrar sentido informante del ordenamiento jurídico. Las implicacio-

(97) Pic señaló cómo la jurisprudencia francesa, «encouragée dans cette voie par une fraction importante de la doctrine», esforzose en combatir el rígido individualismo del código, cf. *La réforme du code civil et le nouveau Code du travail*, Rev. trim. droit civ., 1911, págs. 721-2. A su tiempo resaltaron la importancia de la jurisprudencia en este sentido, Hauriou, *Philosophie du droit et science sociale*, en Rev. Droit public, 1899, pág. 462; GENY, *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*, París, 1900; LABMERT, *La fonction du droit civil comparé*, París, 1903.

(98) *Consideraciones jurídicas acerca del Derecho del trabajo*, en Rev. G. Leg. Jur., t. 164, págs. 9-10.

(99) Id. pág. 8.

(100) Loc. cit., pág. 279.

nes posteriores entre libertad política y libertad contractual bien advierten, junto a la tendencia formalista referida a lo laboral, la insuficiencia de la concepción jurídica misma (101).

La realidad del tráfico de prestaciones de trabajo, más fuerte que el poder jurídico, impuso a éste rectificaciones de naturaleza moral y de técnica jurídica: la incuestionable situación de debilidad del trabajador frente al empresario, de una parte, el estado de subordinación de otra, así como la creciente tendencia económica a producir bienes mediante salario, y no mediante el precedente régimen de arrendamiento de obra, de gran auge en el período pre-industrial, han contribuído en importante medida a la formación de esa *synthèse nouvelle* a que se refiere SAVATIER (102), compromiso, en cierto modo, o solución de compromiso jurídico entre tendencias formalistas y moralizantes, compromiso entre autonomía y limitación, y compromiso económico, en fin, entre sectores sociales fuertemente diferenciados.

10. La recepción jurídica del «intervencionismo» en materia de trabajo por cuenta ajena

No creemos esté suficientemente estudiado, desde el plano de la teoría jurídica, el hecho de la intromisión estatal en las relaciones de trabajo, a partir del último tercio del siglo XIX. Contraopinan los propios contemporáneos; y aun aquellos que admitieron la idoneidad del hecho intromisorio, mantenían ciertas reservas, traducidas en un vehemente deseo de que el Poder penetrase con prudencia en el sagrado recinto de las relaciones privadas (103). BUYLLA, atendiendo a los problemas de la rectificación de las relaciones de trabajo, al reseñar los períodos históricos de intervención, hacía ver cómo la vigente en su tiempo estaba determina-

(101) GIANTURCO señaló cómo el contratante débil, tanto al pactar como al cumplir lo pactado, no sabe qué hacer con la libertad política, que para él se traduce en tiranía económica. Vid. *L'individualismo e il socialismo nell diritto contrattuale*, Nápoles, 1891.

(102) El contrato de trabajo absorbe a la vez que el antiguo arrendamiento de servicios, una fracción importante del antiguo arrendamiento de obra, para formar una síntesis nueva, en la que la situación del asalariado se caracteriza por su debilidad y por su subordinación respecto del empresario. Cf. *Les metamorphoses* cit., pág. 232.

(103) «Sólo en nombre del derecho —decía DURÁN y BAS, en disertación en su investidura de Doctor, en 1852— de sus principios absolutos y eternos, pueden las legislaciones levantar los diques que contengan los desbordamientos del individualismo. Títulos de legitimidad sobran al derecho para ejercer esta dictadura. Todo poder debe ser esencialmente moral; y entre todas las ideas morales no hay otra, después de la Divinidad, que lo sean tan en alto grado como el derecho». *El individualismo y el Derecho*, en *Escritos*, primera serie, escritos jurídicos. Barcelona, 1888, pág. 9.

da por una «prudente y necesaria reacción hacia los procedimientos de intervención del poder político» (104).

En rigor, la justificación teórico jurídica de la intervención se hubo de hacer en extremo difícil, pues sus observadores no abandonaban en modo alguno los fundamentos últimos del sistema político vigente. Y si admitimos con JAY que los representantes más autorizados de la escuela liberal hubieron de declarar, repetidas veces, que no objetaban nada a la intervención de la ley en favor de los niños (105), póngase por caso, todavía exaltábase como triunfo el más destacado de las legislaciones del siglo XIX, el principio de igualdad ante la ley civil (106). Una cosa había de ser, en efecto, la recepción de las nuevas ideas y de las «nuevas contingencias» a que aludía CHIRONI al enfrentar con la realidad la promulgación del Código civil italiano, todavía apegado a la fórmula informadora de las condificaciones de la primera década del siglo, y otra sería la obtención de un equilibrio entre las necesidades sociales del presente y la vigencia de «los principios fundamentales, que fueron honor y gloria de la Revolución». La atención a las nuevas exigencias no podía ser otra, desde el plano del Derecho, que la presencia de una tercera voluntad, superior, informando las desviaciones de las voluntades privadas informantes del contrato. En otros términos; la intervención en lo que tenía de encarnadura del «nuevo derecho» difícilmente encontraría acomodo junto a los dogmas tenidos por inalterables respecto de las relaciones privadas: «C'est l'élément social qui —decía CHIRONI— en tant que force nouvelle, demande à bon droit qu'on reconnaisse sa valeur et qu'on lui fasse sa place en face de l'élément individuel, lequel jusqu'alors avait seul prévalu dans la formation des Codes de droit privé; un nouvel équilibre à établir entre ces deux éléments opposés, tel est le problème actuel qui exige une solution». Las leyes, en materia de accidentes, o protectoras del trabajo de mujeres y niños resultaban, a juicio de CHIRONI, «encore par trop insuffisants à conciler, en une harmonie nouvelle, les deux intérêts, les deux forces rivales, qui constituent la vie même de la société, e dont l'accord est la marque de toute civilisation et de tout progrès continu» (107).

Una situación tal, gráficamente calificable de pendular, denunciaba, junto con una voluntad conciliadora, una ausencia de planteamiento radicalmente teórico, metajurídico en cierto sentido (y es el momento de

(104) BUYLLA, *La cuestión obrera y las leyes*, Rev. G. Leg. Jur., t. 81, págs. 316-7

(105) Loc. cit., págs. 332-3.

(106) DURÁN y BAS, *El derecho en las legislaciones civiles de siglo XIX*, disertación en 1869, en loc. cit., pág. 151

(107) *Le Code civil et son influence en Italie*, en Studi cit., v. I, p. II, págs. 64-5

recordar que la filosofía informante, el sociologismo antropológico adoptado como método, etc., en lo que tuvieron de positivo quedaron contrapropinados por una fuerte incapacidad para remontar sus propios supuestos, llegando así a las razones metafísicas explicativas del entendimiento de la voluntad del hombre en el seno de la sociedad). CASTRO RIAL, estudiando las leyes de previsión, en sus orígenes decimonónicos, también participa de esta opinión como modo de explicar los cortos alcances premeditadamente atribuidos a aquellas; tales leyes, observa el profesor citado, no fueron precedidas de amplias consideraciones filosóficas, sino que por el contrario, su aparición tiene lugar en una hora en la que se advierte, como preocupación fundamental, la de independizarse de cuanto implicara la más mínima adhesión o acatamiento a principios de carácter metafísico. La idea primaria de estas instituciones, más que como manifestación de un elevado propósito de acomodar las normas del Derecho positivo a los supremos dictados de la Etica, debe ser entendida como producto del más perfecto y acabado oportunismo (108).

No resultará desprovisto de interés recordar la polémica sobre el carácter especial de la legislación «nueva», reputada necesaria pero cuya inserción en el régimen de derecho común encontraba fuertes oposiciones. En esta línea, lo que esta nueva legislación tenía de atribución al Estado de poderes hasta el momento no conocidos respecto de las situaciones a las que habían de ser dirigidos, no dejaba de repugnar al mismo Estado: éste, observaba SIEBERT, halló un freno a su ingerencia, en la convicción de que actuaba en forma típicamente contraria a sus principios (109), lo que explica, añade que todas estas intervenciones ni siquiera desde el punto de vista del Estado pudieran dar lugar a un nuevo orden armónico. La ciencia jurídica del tiempo, tuvo a la intervención como contraria al sistema, y siempre como mera corrección de derecho público al principio jurídico privado de la libertad contractual.

Pero en todo caso, la que podría denominarse *permisión* de los juristas hacía el régimen de la presencia estatal en las relaciones de trabajo, contribuyó en grado no despreciable a mostrar cómo, políticamente, el Estado no precisaba de una versión cerradamente socialista para poner mano en las «cuestiones obreras»; explicábase entonces por vía política más que jurídica, la intervención, explicación a la que se acerca un jurista nada sospechoso como LÓPEZ PUIGCERVER con las siguientes razones (110): sea cual fuere la idea que del concepto y fines del Estado se tenga; límitese su esfera de acción a mantener el derecho, o ampliése afir-

(108) *Seguro social y seguro privado*, en Rev. Dcho. mercantil, v. II, págs. 76-7.

(109) SIEBERT, *Contrato y libertad de contratación en el nuevo sistema de Derecho alemán*, en Rev. Dcho. Priv., 1942, pág. 451.

mando que para realizar el bien ha de intervenir hasta en la producción y distribución de riqueza, hay un punto reconocido por todos como de su competencia propia y peculiar: es la facultad inherente al Poder público de velar por la seguridad de los gobernados y evitar los males que amenazan sus vidas. Nadie tiene derecho a producir ocasionando la muerte. Al Estado incumbe procurar que las malas condiciones en que el trabajo se realice no comprometan la existencia de los obreros. La necesidad de las leyes de policía es palmaria; no se niega al Estado competencia para ordenar el derribo de un edificio ruinoso, ni para imponer medidas higiénicas aconsejadas por la ciencia; y por este aspecto examinada la cuestión, es lógico reconocer al Estado la facultad de exigir a los industriales las precauciones oportunas (111).

A la explicación política siguió la económica al entender al Estado como realizador del último grado de la esfera económica. El Estado, decía BUYLLA en 1892, ha debido intervenir y ha intervenido legislando frecuentemente para normalizar la situación económica de ciertas clases sociales (112). Esta actitud enlazaba con el movimiento de escuela (113) que se propuso como fin mostrar las relaciones del derecho con la vida económica, iniciado en Italia por MINGHETTI, y posteriormente sostenido por FRACONE, PUGLIA, y en Alemania por DANKWARDT, BÖNHM-BARWERK, etc., de cuya expresión dejara constancia entre nosotros GONZÁLEZ REBOLLAR (114), y cuya vigencia, e incluso poder informante de futuro hubo de mantener, bastantes años más tarde JOSSEKAND al señalar con «ce

(110) *Los accidentes del trabajo*, Discurso en la sesión de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, en 1891, Rev. G. Leg. Jur., t. 80, págs. 88-9.

(111) CANALBIAS, en solemnidad similar a la de LÓPEZ PUIGCERVER —Discurso en la Academia, en 1905— opinaba del siguiente modo: «A juicio mío el Estado moderno no supe y complementa sino que organiza e inspecciona la actividad social; no es un mero curador cuyo cargo expira en cierto día, sino que perdurablemente le incumbe cuidar de la salud social», *vid. Síntesis de la obra de reforma social* (en Rev. G. Leg. Jur., t. 106, pág. 369). Dato por su parte, apuntaba lo que de freno político entraña la legislación intervencionista: «Cada nueva ley en favor del obrero es una satisfacción a la justicia y un palmo de terreno arrebatado a la anarquía; un nuevo cauce por donde corre canalizada una aspiración que, en otro supuesto, tal vez se desbordaría, destruyendo lo que a su paso se opusiera. El intervencionismo desempeña así una doble misión conservadora y de reforma». *Significado y representación de las leyes protectoras del trabajo*, Rev. G. Leg. Jur., t. 114, pág. 28.

(112) *La cuestión*, págs. 312-3.

(113) Cf. D'AGUANO, *La reforma*, pág. 11.

(114) Al combatir la opinión de FERNÁNDEZ VILLAVEDE —en *La cuestión social y el Derecho civil* cit— según la cual resultaban separables los aspectos jurídico y económico de los problemas laborales, «separación que parece constituir todo el fundamento del criterio conservador, que niega, así en absoluto, hospitalidad en los códigos civiles a los principios orgánicos del socialismo». G. REBOLLAR, *Nuevas orientaciones del Derecho. Cuestiones y leyes sociales contemporáneas, con especial aplicación a España*, Rev. G. Leg. Jur., t. 102, págs. 103-4.

crepuscule de l'autonomie contractuelle», la tendencia continua y acelerada de ésta hacia la socialización, por la publicación de los contratos «sometidos a una política de dirigismo» (115) en el orden de la economía. También sobre fundamento marcadamente económico, aunque teniendo presentes aspectos de salud física, y morales, se explicaba CIMBALI la intervención del Estado «no de simple tutela, sino de integración y de organización entre las varias clases de la sociedad (116).

La tendencia intervencionista en materia de trabajo, que por lo demás encontró en estos temas núcleo expansivo para alcanzar otros campos del tráfico jurídico privado —en general todas las relaciones que ampliamente han venido a denominarse «sociales» con significativa aunque no dilucidante adjetivación— ha tomado una explicación ética a partir de la eticidad que impregna el superior fin del Estado cuya base, advertía en fecha no lejana CIRCU (117) está en la conciencia ética del hombre, en la cual tienen también su base el Derecho, la Moral y la Religión. Esta justificación, ya vigente en la primera década de nuestro siglo, partía de la realización de la equidad por la conversión en jurídicos de muchos deberes hasta entonces tenidos por morales exclusivamente (118). Por esta vía, una verdadera antropología moral fundamenta las causas igualmente morales del hecho jurídico de la intervención: la autoridad social interviene, según MORIN, para asegurar efectivamente, mediante la coacción moral el derecho a todos los seres humanos, y el fundamento doctrinal de éste, «que ne connaissait pas le Code civil, l'on a souvent recours au concept aujourd'hui très répandu de personne humaine», noción de persona que observa el citado autor, «est une notion essentiellement chrétienne qui répond au sens étymologique du terme *persona*» (119).

(115) La prevención de JOSSEBRAND ante el nuevo sistema se manifestaba al observar que el nuevo orden jurídico en estado de elaboración, «será aceptable a condición de ser verdaderamente «un orden» y no un estado de anarquía». *Vid.* *La «publicisation» du contrat* en R. Lambert, v. III, pág. 158.

(116) *La nueva fase*, págs. 38-9.

(117) CIRCU, *Cómo llegué a la sistematización del Derecho de familia*, en *Rev. Dcho. Priv.*, 1952, pág. 191.

(118) «Pero no bastaba legislar; se hacía preciso fundamentar y basar el motivo de esta ingerencia del poder público en un ramo de la actividad humana que hasta entonces había vivido abandonado. Se habló de la derrota de la caridad y del reinado de la equidad; y partiendo de la virtualidad de ésta, se dijo que muchos deberes morales se habían hecho coactivos, no siguiendo las sanas teorías jurídicas, sino apoyados en aquella gran virtud que consiste en la justicia templada por la benevolencia», CASTEJÓN, *Nuevas direcciones*, págs. 153-4. D'AGUANNO, *La reforma*, págs. 156 y ss.

(119) MORIN, *La révolte du droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques*, París, 1945, pág. 112.

11. Los reparos jurídico-económicos al intervencionismo laboral

El cambio de condiciones de vida acaecido a partir de la generalización del régimen industrial, en el siglo XIX, vino a ser una realidad indiscutida y, por lo mismo, sus más evidentes consecuencias en el orden laboral no se hurtaron ni a las mentes liberales de cualificada ortodoxia. Sin embargo, aceptadas estas realidades, la ingerencia correctora del Estado ni fué unánimemente aceptada ni, en rigor, se valoró desde lo que en la zona de los principios venía evidenciándose por múltiples y autorizadas voces. JAY reproduce el juicio de un Diputado francés, AYNARD, quien en 1896 se pronunciaba del siguiente modo: «Esta escuela liberal prueba que admite la intervención del Estado en determinados puntos; admite la protección de los niños, ha votado por la supresión del trabajo nocturno. Pero lo que no quiere es que se limite el trabajo de la gente libre; hay hombres y mujeres que son mayores de edad, y nos negaremos a admitir en ese punto toda intervención del Estado» (120). Estas proposiciones, en definitiva, vinieron a constituir los más significativos rasgos de la crisis del individualismo jurídico, por lo demás todavía defendido con calor.

El espontaneismo optimista, un naturalismo sociológico hacía sentir sus energías incluso en el último cuarto del siglo XIX, arrancando expresiones de este linaje a estudiosos como PÉREZ PUJOL (121), y haciendo exclamar a AGUILERA y VERA: «Quitad al hombre el perfeccionamiento en sus industrias, el mejoramiento en sus labores, la inclinación natural a elevar más sus ideas, y veréis estacionarse a la humanidad en un completo marasmo (122). Todos estos juicios que, en definitiva, trataban por vía indirecta de oponer un orden de principios al empirismo de las leyes que en más de una ocasión se calificaron de *oportunistas*, vinieron a ser expresión de fe en los dogmas de la revolución dieciochesca: con más, se reputaba a la de 1789 por benéfica para los trabajadores porque éstos, argumentaba LÓPEZ PUICERVER, no hallaban garantías ni recursos de previsión en el régimen gremial abolido (123); y ante los movimientos de restricción a la casi recién exaltada libertad de industria, ante las «ingerencias inmotivadas del Estado», invocaba el citado la idea de progreso «que los principios de aquella revolución han realizado». E incluso se avisaba sobre la

(120) Loc. cit., pág. 333.

(121) Vid. *La Sociología y la fórmula del Derecho*, en Rev. G. Leg. Jur., t. 47, pág. 389

(122) AGUILERA y VERA, *Anti-comunismo. Derecho Social*, en Rev. G. Leg. Jur. t. 47, pág. 148

(123) *Los accidentes*, págs. 328-9.

peligrosidad de ingerencias parciales que darían excusas para postular la generalización del sistema: «No hagamos, pedía LÓPEZ PUICERVER, que los obreros sumen a la fuerza del número la de la lógica» (124).

Todavía en los últimos años del siglo, encuéntrase algún rastro de la oposición incluso a las protecciones del trabajo de niños, salvado generalmente de la crítica, según antes hubimos de señalar por algunos sectores liberales. Con tan singular como poco feliz argumentación, llegóse a censurar la intervención del Estado en el trabajo de niños por la especie de que el límite de edad prohibitivo del trabajo de éstos, hacía perder a la familia «durante muchos años un elemento de bienestar, que se traduce necesariamente por privaciones y sufrimientos de los niños mismos y por aumento de mortalidad» (125), observación que conducía a su autor a la duda de si «después de confeccionadas tantas leyes, no serían éstas más nocivas «que aquella libertad cuyos abusos pretendieron cortar» (126).

Por supuesto que si repugnaba hasta el punto señalado, y en aras de un pretendido «mal menor» la intervención en aras del trabajo de menores, las censuras al régimen de intervención en el trabajo de adultos, encontraban sin rebozo alguno fundamento en criterios de orden teórico absoluto. No sólo error, sino «verdadera herejía», parecía al senador francés BERENGUER el empleo de la ley coactiva como reguladora de los contratos «entre personas que gozan de la plenitud de su capacidad jurídica y de sus derechos» (127). Menos radicales en la expresión pero coincidentes en el criterio, se presentaban bastantes juristas españoles del último cuarto del siglo XIX al enjuiciar el tema. En conjunto aceptaban las razones extrajurídicas —sentimientos morales, caritativos, etc. cuya invocación resultara irritante para D'AGUANNO— que impulsaban a gobernantes y particulares a considerar retribuciones equitativas para el trabajador, pero, era opinión de GONZÁLEZ PÉREZ, «a nadie será lícito,

(124) Tal advertencia tenía su premisa en la siguiente apreciación: «Bien sé que la protección al trabajo no es la única ingerencia nociva del Estado; bien sé que los defensores del riesgo profesional y del seguro obligatorio no hacen más que pedir para el obrero lo concedido a otras clases, que esto tiene el abandono de las sanas doctrinas...», *vid. loc. cit.*, pág. 337.

(125) J. DE CARVAJAL, *Cuestiones sobre comercio e industria*, en *Rev. G. Leg. Jur.*, t. 53, pág. 382.

(126) Igualmente dudaba de si «con los arrebatos del sentimentalismo no han salido los pobres niños sufriendo mayor noxa de la que recibían cuando, para remedio de su propia miseria, enviábanles sus padres a las fábricas y talleres antes de que cumplieran la edad hoy marcada legalmente», *loc. cit.*, pág. 383.

(127) JAY, *loc. cit.*, pág. 333.

(128) «Ya empieza a considerarse como degradante para la dignidad del hombre el concepto de caridad individual... El Estado debería garantizar a todos los inhábiles un mínimum de subsistencia, y esto, a título de seguro social, no de limosna». *La reforma*, págs. 195-6.

y menos aún al Estado, imponer por la fuerza limitación alguna a la libertad de los particulares para conseguir aquel fin ni otro alguno» (129). La previsión, por ejemplo, se reputaba «deber moral, no exigencia jurídica», incumbiéndole al individuo y no al Estado, su cumplimiento. Sustituir el juicio del Estado al criterio del individuo en el cumplimiento de deberes morales —decía LÓPEZ PUICERVER— es destruir la libertad y la responsabilidad humanas, restando a la personalidad aquello que es más noble y elevado; la determinación libre y responsable de las acciones para el cumplimiento del fin moral» (130). Estos juristas y observadores —los «espíritus pobres» a que aludiera DORADO MONTERO (131)— llegaron, cuando más, a una admisión condicionada del intervencionismo, bajo especie de legislación supletoria, cuando el régimen de daños al consentimiento consagrado por el derecho civil se hiciera patente en la relación laboral. DURÁN y BAS, en importante Discurso de apertura de Tribunales, en 1899, divulgaba esta doctrina (132) aludiendo a la necesidad de desenvolver el principio de derecho en dos tendencias distintas: la «orgánica y la meramente cooperativa»; daba la primera denominación al conjunto de reglas que «ordinariamente con el carácter de derecho supletorio, y pocas veces como imperativas» se estableciesen con motivo de las relaciones jurídicas que nacen de la organización del trabajo. «El aprendizaje, la remuneración del servicio, la duración del ajuste, etc., pueden tener reglas en el derecho positivo, pero siempre subordinadas a las que establezca la convención libre, salvo en todo aquello que en derecho vicia el contrato, como acontece con lo que es contrario a la moral, a las buenas costumbres y a las leyes prohibitivas, fundadas, particularmente, con ocasión de lo que aquí se trata, en condiciones de edad, de sexo o de estado de familia del obrero; fácil es comprender que estas reglas de carácter supletorio no pueden ser idénticas para todos los casos; la grande y la pequeña industria, el cultivo intenso y el extenso las han necesariamente de diversificar».

(129) A propósito del salario mínimo, mantenía este criterio. El Estado «lo único que puede y aun debe hacer es asignar a todos sus servidores el salario proporcionado a su labor y bastante para las necesidades de su vida». Vid. *Apuntes sobre la cuestión social*, Rev. G. Leg. Jur. t. 101, pág. 15. ▲

(130) *Loc. cit.*, pág. 330.

(131) Por alusión a quienes no columbraban en «lo que se viene llamando legislación social y obrera» un aspecto tan solo de la era de nuevo derecho. Vid. nota al libro de STOCQUART, *Le contrat du travail*, en Rev. G. Leg. Jur., t. 87, págs. 219-20.

(132) *El individualismo en el derecho* —título que, casi a la letra, coincidía con la disertación doctoral del jurista catalán, cuarenta y siete años antes. Vid. Rev. G. Leg. Jur., t. 95, págs. 251-2.

III. EVOLUCION DEL PENSAMIENTO JURIDICO COMO RESULTADO DE LAS NUEVAS SITUACIONES

12. Importancia jurídica del hecho histórico sindical. Aspecto normativo.

En este período a que nos venimos refiriendo y que tan fundamental importancia tiene, tanto en el orden de los principios como en el de los hechos para llegar a comprender la génesis del Derecho del Trabajo como una rama diferenciada del Derecho, el surgimiento del sindicalismo, como entidad coherente y ya individualizada, reviste caracteres de fuerza con influjo bastante como para contribuir en el plano de los sistemas jurídicos a la producción de sensibles variaciones positivas. No cabe olvidar que la especulación jurídica teórica, los propósitos de reforma, bien moderados, bien enérgicos, producíanse paralelamente a la existencia de una fuerza laboral cuya organización arrojaba unos efectivos ciertamente importantes (133). Por otra parte, especies sindicales, cual la anglosajonas, postulaban no tanto programas de acción política como de reforma jurídico social, hecho este último que por vías diversas venía a coincidir con la actitud crítica de numerosos teóricos del derecho: más todavía, la coincidencia de situaciones críticas y aún de actitudes de protesta parece haber contribuido al surgimiento mismo del sindicalismo contemporáneo. Al menos, no faltan observadores en el campo del Derecho que así lo estimen; tal, BESSLING, para quien «Le fait syndical est dû aux consequences résultant de la rupture d'équilibre survenue à un moment donné entre l'ordre juridique et la situation de fait ou, si l'on préfère, entre les anciennes techniques juridiques et les nouvelles techni-

(133) Cf. cifras de afiliación por países, hacia principios del siglo XX, en G. RENARD, *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones*, Madrid, 1916.

ques industriales» (134). Ultimamente, HEDEMAN ha insistido (135) en el paralelismo que dejamos señalado, al contemplar la coincidencia con la acción del Estado, y aún la evolución de este último, como condición de evoluciones futuras tanto del Derecho público como del Derecho privado, que parece estar provocada, en buena parte, por el fenómeno sindical (136).

Precisamente por la vía de las transformaciones del Derecho, consideradas en el amplio plano de las direcciones del pensamiento jurídico, penetra el hecho sindical en las legislaciones positivas, forzándolas a adoptar nuevos puntos de partida, y aún nuevos presupuestos o dogmas de política legislativa. Expresión jurídica producto de estas convulsiones, fué en su momento —y todavía mantiene vigencia— el postulado de un Derecho profesional, consecuencia de la creciente profesionalización de la vida humana, de su inserción masiva en el mecanismo económico social del trabajo para otro. Como observaba RIPERT, en un mundo donde la ociosidad se hace prácticamente imposible, «la profession marque l'homme d'un signe distinctif» (137). En este sentido, cabe aceptar, como alguna vez se ha resaltado (138), que el nacimiento del Derecho del Trabajo se encuentra históricamente ligado a la teoría del derecho profesional. De otro lado, la aparición de «lo colectivo» como valor sociológico incorporado a las categorías rectoras del Derecho, está estrechamente vinculada a la pretensión de un orden jurídico profesional que reclama técnicas de derecho público y, de consecuencia relega el sistema de derecho civil, o más exactamente, lo abandona a sus fundamentos individuales (139).

El máximo interés jurídico del hecho sindical reside en comportar este último la solución al atasco denunciado insistentemente como *osificación* de la ley, esto es, de su pérdida de ritmo respecto de las exigencias de la realidad cambiante. A la imprecación de CHIRONI —«la legge non è dogma del quale sia carattere la immutabilità»— apostrofando a la

(134) BESSLING, *Le fait syndical et les transformations des principes fondamentaux du Droit*, en R. Lambert, v. III, pág. 83.

(135) HEDEMAN, *Traado de Derecho civil*, Madrid, 1959, v. III, pág. 382.

(136) Apreciaba CASSIMATIS, en *El porvenir del Derecho privado*, en Rev. de los Tribunales 1935, págs. 397-8, que el advenimiento de la clase social no puede concebirse al mismo tiempo que la distinción absoluta entre el Derecho público y el Derecho privado, porque el lugar preeminente de la clase social en el Derecho privado supone una transformación análoga del Derecho público por la integración en sus cuadros y, por lo tanto, en los cuadros constitucionales del Estado, de las clases sociales, es decir, del sindicalismo, en el sentido general y científico de la palabra.

(137) *Le régime démocratique*, pág. 366.

(138) BENEYTO, loc. cit., pág. 395.

(139) En este sentido, BERTRAND, *De l'ordre économique a l'ordre collectif*, en E. Ripert, v. I, pág. 160.

ley como «un absoluto sin vida» (140), respondía ya el incipiente derecho profesional creando un nuevo sistema normativo cual el régimen de convenciones colectiva de trabajo en el que los propios civilistas han reconocido un instrumento de reorganización de la profesión (141) cuya importancia no es preciso encarecer.

La incorporación del sistema de convenios colectivos al campo normativo del Derecho ha producido en éste una de las más asombrosas y saludables transformaciones; sus consecuencias «inexplicables desde el punto de vista del derecho privado», al decir de un civilista (142), se reputaron, ya en los comienzos, positivas, por constituir el sistema el único procedimiento eficaz para que sean posibles relaciones equitativas y jurídicas de la producción, así como para garantizar el respeto a los laudos de los tribunales mixtos (143). Por otra parte, en los convenios colectivos se saludó tanto «por la doctrina científica como por la práctica» de modo unánime y como ventaja principal, el carácter regular de la normativización de las nuevas situaciones, al sustraer a la industria de los cambios bruscos e intempestivos (144).

Con la toma de contacto jurídico de los sindicatos, la situación del Derecho, en lo que a su crisis social se refiere, mejoró notablemente. Quedaba liberado en buena parte el régimen de derecho civil de las imputaciones que dictaran las situaciones problemáticas a que abocó el régimen industrial, y aún este mismo entraba en posesión de nuevos instrumentos que, precisamente en lo que tienen de autoreguladores, planteaban a su vez una singular situación de Derecho político. A tal punto el hallazgo había de repercutir en la teoría jurídica, que como es notorio, no han faltado intentos de reducir a especie sindical totalizadora las situaciones jurídicas deducidas tanto de la organización misma del Estado (145) como de las relaciones privadas en su conjunto (146). Contra excesos de esta índole, y situando la evolución del Derecho en los límites de la prudencia y la posibilidad, reaccionó en España VALVERDE, que emplazó la cuestión en su adecuado lugar al expresar que el derecho civil no puede desaparecer, aun cuando el derecho sindical ensanche enormemente su esfera de acción. Los Códigos civiles, decía, han sido redacta-

(140) *Il diritto civile nella sua evoluzione*, Studi, cit., v. I, pág. 34.

(141) Por ejemplo PLANIOL, RUPERT, op. cit., v. XI, pág. 123.

(142) HEDEMANN, op. cit., v. III, pág. 396; para este autor las normas colectivas representan una fuente de derecho propio surgidas sobre la base de una autonomía conferida por el Estado.

(143) CANALEJAS, loc. cit., pág. 610.

(144) VALVERDE, *Los Códigos modernos y el Derecho nuevo*, Madrid, 1923, pág. 76.

(145) HAURIOU, DIGEST, etc.

(146) Especialmente, FOURGEAUB, op. cit., passim.

dos sobre principios jurídicos dominantes en la época anterior, «exagerando, sin duda el sentido individualista», pero no habían aparecido los fenómenos y hechos sociales que posteriormente han determinado la transformación de sus reglas. «Por muy grande que sea la frondosidad de este Derecho nuevo y aun cuando el contrato colectivo de trabajo se generalice a toda la vida económica, nunca podrá absorber al Derecho civil, que tiene su misión perfectamente marcada, distinta, pero no opuesta al Derecho sindical» (147).

13. Del «individuo» a la «persona» como fundamento de la evolución

No sería acertado inferir, de los postulados de un derecho profesional, un intento de disolver lo que el individuo tiene de singularidad jurídica, en aras de propósitos que aun tenidos por socializadores, pretendieron e incluso al presente buscan —salvo supuestos de extremo dogma político— precisamente salvar de los ámbitos de un individualismo insolidario, abstracto, el respeto a la persona, necesariamente inmersa en un determinado ámbito social. No ha mucho que DABIN explayaba la tesis del hombre social al que, recientemente, oponía DEKKERS el «Hombre Racional de 1804 (148). No es confundible —decía DABIN— el hombre aislado, que no existe, con el hombre individual, que es una realidad. Este hombre individual es el que es hombre social, y es individual antes de ser social, como también son hombres individuales e individuales antes de ser sociales, los hombres con los que él entra en contacto, obedeciendo cada uno por su parte la tendencia social de su ser individual (149). En rigor, los movimientos de reforma jurídica, predicados desde la situación de hecho de amplios sectores de trabajadores, en lo que tuvieron de profundos y no meramente transaccionales, iniciaron la reflexión considerando, en la estimación jurídica del «individuo», los valores extrajurídicos inherentes a éste y necesariamente vinculados a la personalidad humana. Si la economía llegó, en un raptó de crudo verismo a capitalizar al hombre como primera riqueza nacional (150), la actitud respondía no tanto a un

(147) VALVERDE, *El Derecho civil y el Derecho sindical*, en Rev. G. Leg. Jur., t. 163, pág. 389.

(148) DEKKERS, loc. cit., pág. 449.

(149) *El Derecho subjetivo*, Madrid, 1955, pág. 49.

(150) CANALEJAS, aludiendo al «primer capital», escribía: «Hoy se capitaliza al hombre medio como la primera riqueza nacional; los ingleses basan por término medio en 160 libras esterlinas cada habitante, y en 200 cada trabajador; valor: en los americanos cada yanqui en 3.500 dollars; representa un obrero medio francés más de 6.000 francos; ilustres economistas patrios no temen exagerar atribuyendo a los españoles un valor medio individual de 5.000 pesetas», loc. cit., pág. 76.

entendimiento reprobable del valor de lo humano como, contrariamente, a la inserción jerárquica de este valor en el panorama de la ciencia económica; sólo partiendo de ésta pudieron muchos juristas *reformadores* postular un derecho acorde a la entidad del «hombre social». En esta línea, CIMBALI podía decir: «El hombre no tiene parte en la producción de la riqueza como un simple cooperador, sino que es el autor, el sujeto de toda función económica. Justo es —añadía— referir todos los fenómenos económicos al hombre y a sus fuerzas intelectivas como la primera causa de éstas, y como último fin, como punto de partida y como meta última» (151).

Semejante actitud conseguía hendir el ímpetu reformador en el sistema categorial de valores jurídicos fundamentales y, desde ellos, como rector de las nuevas situaciones, insistir en un nuevo orden de ideas jurídicas. La verdadera *revolte du droit contre le code* ha consistido, para MORIN, en la subversión de esa jerarquía de valores jurídicos, haciendo que el valor cosa ocupe lugar inferior al valor personal (152). Efectivamente que una de las consecuencias más positivamente constatadas en la evolución del derecho cabe apuntar a la problemática del trabajo, es la de trastocar la estimativa jurídica en lo que de preferencia ofreciera hacia la regulación de la situación jurídica de los bienes económicos. Por lo demás esta consecuencia generalizada, hubo de remansar su efecto más conspicuo en el tratamiento jurídico de la relación laboral: la repugnancia más o menos encubierta a tratarla bajo especie contractual, deriva precisamente de entender a esta última estructurada a partir del «individuo jurídico», ello hasta el punto que los propósitos de explicar filosóficamente los datos jurídicos del contrato de trabajo, como pueda serlo la aguda construcción de CARNELUTTI objetivando la energía humana para así dotar al contrato laboral de objeto (153) conducen, dígase lo que se diga, a una cosificación del hombre mismo —conclusión, por lo demás, no hurtada por el propio CARNELUTTI al afirmar paladinamente que «anche la energia umane, in quanto sono obbietto di un contratto, sono cose» (154).

En resumen, al individuo jurídico, entendido como sujeto de derechos civiles, ejercitables según voluntad y frente a la voluntad de otros, hubo

(151) *La nueva fase*, pág. 20.

(152) *Op. cit.*, pág. 115.

(153) «Non conviene perder di vista infalli questo punto fondamentale; che le energie umane diventano oggetto di contratto solo in quanto si obbiettivano, si esteriorizzano, si distaccano dal corpo, che è l'uomo. Non è un cavillo, è una realtà bella e buona; e non c'è che questa per salvar la concezione del contratto di lavoro del cader sul corpo umano como oggetto di contratto e di diritto». en *Natura del contratto di lavoro*, en *Studi di diritto civile*, Padua, 1916, págs. 230-1.

(154) Conclusión a la que llegaba *senza paura*. Cf. loc. cit., pág. 230.

de suceder la noción de personalidad laboral —con expresión actual— o sea, la de ser humano inserto en una situación dada, abrazada o económicamente impuesta —la de trabajador por cuenta ajena— al que, por de pronto, le han sido inhábiles las técnicas de derecho privado común para realizar su plenitud moral. Esta línea, ya advertida por los estudiosos, gráficamente explicitada por GARCÍA OVIEDO al observar que en las empresas industriales montadas a la moderna, el obrero no es un mero locador de servicios, sino un elemento vital de la empresa, con una posición fija, perdurable en ella, en posesión de un *status* (155), constituía preocupación de juristas de primer orden, observadores de la insuficiencia de la ya promulgada *legislación obrera*, como lo revelan los juicios de nuestro POSADA (156).

El tránsito del trabajador como individuo sujeto de derechos civiles de realización laboral, a su consideración en el sentido indicado, hizo emerger, además, el problema no menos importante de la naturaleza del nuevo derecho; el propósito objetivador de éste, predicado en función del orden social del trabajo, ha supuesto y supone todavía, con la superación del mero carácter clasista y tuitivo de la legislación laboral, una configuración limitativa creciente respecto del ejercicio de derechos laborales. En la medida que sobre el ámbito del entramado social y económico del trabajo proyectase la norma de derecho, ordenadora y correctora de aquel, cede cierto modo de considerar la noción misma de derecho subjetivo, como lo prueba la protección contra voluntad presionando al trabajador y de la que en su día, se hizo eco DUGUIT para resaltar su tesis anti-contractualista respecto de la relación laboral (157). El engarce del valor de la personalidad laboriosa con la naturaleza misma de la norma que la configura jurídicamente, ha sido insistido últimamente por GUASP desde nuevas perspectivas que, por lo demás, refiere al derecho del trabajo y al derecho mercantil precisamente al operar para el esclarecimiento del estado actual de uno y otro con las categorías «capital» y «trabajo» dando así prioridad a éstas sobre las de «comerciantes» y «trabajador» (158), para abocar ambos derechos a campos distintos del *ius privatum*.

(155) *Hacia la emancipación del Derecho administrativo*, Rev. G. Leg. Jur., t. 156, pág. 180.

(156) *Ensayo de explicación cit.*, pág. 74.

(157) El legislador debe intervenir, afirmaba DUGUIT, «no sólo cuando el obrero trabaja para otro, sino también cuando trabaja para sí mismo. El fin esencial de la ley no es tanto proteger al obrero contra el empresario como proteger al trabajador contra sí mismo y a pesar suyo. He aquí la prueba de que no se trata de una cuestión de contratos». *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. de Carlos G. POSADA, 2.ª ed. Madrid, s. a., pág. 61.

(158) «Para mantener al derecho mercantil y al derecho del trabajo en la esfera del dere-

14. Revisión jurídica del concepto de libertad individual

Cuando León DUGUIT resolvíase a estampar su extraordinaria afirmación: «El hombre no tiene derecho a ser libre», hacía culminar, en lo que la frase tiene de insólita, todo un proceso revisor en torno a los efectos jurídico-morales del subjetivismo racionalista cuya consecuencia jurídica estricta el *solipsismo* o ruptura de vínculos entre el hombre y sus semejantes (160)— radicó en la evidencia de la inanidad de la norma jurídica producto de un peculiar entendimiento de la idea de libertad jurídica. Por lo mismo, aun sin ser científicamente válida la singular afirmación de DUGUIT, revela ante todo la situación de la crítica jurídica al cerrar su paréntesis el período de apogeo del individualismo jurídico: Recuérdense que *Las Transformations generales du Droit privé depuis le Code Napoleon*, vieron luz en volumen hacia 1912, vísperas del acontecimiento de la Guerra Europea, fecha notoriamente tenida por «final del siglo XIX».

En rigor, la actitud revisionista sobre la idea de libertad y su ejercicio jurídico, bien pudiera compendiarse afirmando que tratábase de evitar que la libertad se convirtiese en un fin en sí (161), a cuyo servicio arbitrara el derecho los medios adecuados, para restablecer el principio opuesto, esto es; entender la libertad como un medio de realización del derecho. En este punto, no resulta fatalmente necesaria la negación del derecho subjetivo y su correlativa sustitución por la función social (162) en cuanto que ésta no solamente resultará compatible con aquél sino pre-

cho privado, sólo hay una solución posible, a saber, la de insistir en que el individuo, en cuanto individuo tiene aspiraciones no desconocibles con respecto a estos modos económicos de vivir y que esas aspiraciones individuales obligan a conceder un margen de subjetividad, ajena a lo objetivo, en cualquiera de sus formas, tanto en las operaciones de un capital como en los esfuerzos de un trabajador. Si se racionaliza, en cualquier medida, los derechos capitalista y laboral, entonces, por mucho empeño que pongan los cultivadores del derecho privado, la suerte definitiva del derecho mercantil y del derecho del trabajo está echada y no valdrá, históricamente hablando, el subterfugio de la persona...». GUASP, *El individuo y la persona*, Rev. Der. Priv., 1959, pág. 15.

(160) A COSSIO, *El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los «estados» en el derecho actual*, en Rev. Der. Priv., 1943, núm. 1.

(161) SAVATIER, *Du droit civil au droit public a travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, Paris, 1945, pág. 7.

(162) DUGUIT reduce la noción de función social a la idea de que el hombre no tiene derechos, pero tampoco la colectividad. «Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta tarea a ejecutar...» *Las transformaciones* cit., pág. 40.

cisamente realizada por el propio derecho subjetivo en la medida que el ejercicio de éste no contradiga la finalidad socialmente última de la libertad individual (163).

Parece sin embargo quedar fuera de toda duda que, por la revisión del régimen contractual del trabajo, llegóse a la revisión del concepto filosófico determinante de la institución jurídica contractual: la noción abstracta de persona potenciada en la libre determinación de su consecuencia jurídica; el derecho subjetivo. El estado de la cuestión generalizóse (164) al coincidir unos y otros en la repulsa a la que hubo de denominarse *dogmática del egoísmo*. Entendido el Derecho como «reglamentada limitación de la libertad humana», afirmaba DESVERNINE que ni la libertad ni la voluntad podían ya aspirar a determinarse como «criterio esencial de las relaciones contractuales» (165). Y si la crítica al entendimiento peculiar de la libertad arrancaba de la institución del contrato y sus consecuencias jurídicas referidas al trabajo por cuenta ajena (166), sus resultados y conclusiones invadirían el régimen general de las instituciones jurídicas sin que, por lo demás, se concluyera en la negación de la libertad misma: no se trata de encadenar los individuos al Estado —advertía D'ACUANNO— restringiendo su libertad; antes bien es preciso favorecer y desarrollar esta libertad aunque siempre de manera que no cause perjuicio a la libertad ajena. El principio *qui jure suo utitur neminem laedit*, entendido en sentido estricto, habría de representar, no ya la libertad, sino la negación de la misma y la tiranía del individuo (167). Esta relativización de la libertad en el ejercicio del derecho (168) no vino a ser, por otra parte más que la instrumentación del régimen de perseguibilidad del abuso de derechos (169) causa, esta última, como reiteradamente se ha apuntado, de la aparición del derecho del trabajo (170) y apertura moral a una nueva etapa histórica del derecho en donde la revitalización de la idea de justicia exige, sobre todo, la consideración del estado social

(163) Para DAMS, la noción del derecho subjetivo no es sólo defendible, sino indispensable, cf. *El derecho* cit., pág. 64.

(164) SIEBERT determina las tres épocas evolutivas del derecho contractual, haciéndolas coincidir con tres elementos evolutivos de la noción de libertad; carácter absoluto de ésta, primero; limitación de la misma, después; y por último «transformación social del concepto del contrato y de la libertad contractual», cf. loc. cit., págs. 448-9.

(165) Loc. cit., pág. 336.

(166) *Ibid.*, pág. 84.

(167) *La reforma*, pág. 139.

(168) En este sentido, vid. DE PAGE, *De l'interpretation des lois*, Bruselas, París, 1925, v. II, pág. 187.

(169) Cf. CIRIONI, *Studi e questioni*, v. I, pág. 42.

(170) BORRAJO, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del Trabajo. I. Abuso del Derecho, Derecho Social y Derecho del Trabajo*, en *Rev. Iternac. Sociología*, 1954.

de la vida humana: por lo mismo ha podido afirmar Francesco ALIMENA que el concepto de «libertad formal» ha sido sustituido por el de «justicia social», atendiendo a la idea de realización del derecho más que de realización de la libertad individual (171).

15. Revisión del concepto de responsabilidad por la crisis del concepto clásico de libertad.

Si la sucesión de disposiciones legales que iban proveyendo a la emergencia de la situación «social» despertó en los juristas deseos de análisis, crítica o explicación, hay un acontecimiento, en el desarrollo del pensamiento jurídico laboral contemporáneo, que compendia el máximo de interés crítico por lo que de poderoso tuvo a los fines de su explicación teórica. Nos referimos, como en el epígrafe se anuncia, a la problemática deducida de la responsabilidad por accidentes del trabajo, en el marco de la contratación civil y respecto de las primeras modificaciones introducidas en ésta por tal causa. La cuestión, en esta materia, requería mayor esfuerzo dialéctico que la exigida, v. gr., para explicar el régimen de salarios mínimos, o la prohibición del trabajo de niños, pongamos por caso.

Al examinar DUCURR los elementos constitutivos del sistema civilista para constatar la inactualidad de los mismos (172), fijó atención en el principio de la responsabilidad individual por culpa, al que daba por cuarto elemento esencial del sistema, para poner de relieve que la aparición de la idea de responsabilidad objetiva por riesgo, había de ser referida a la «concepción socialista del derecho». Verdad es que en este fundamental cambio de orientación, hubieron de pulular ingredientes extrajurídicos cuya filiación no es realizable sólo a virtud de la tendencia «socialista», sino, en rigor, al nuevo estado de cosas que la mecanización industrial planteaba, problematizando soluciones jurídicas hasta el momento desconocidas por la obvia razón de la ausencia del motivo. En verdad que las transformaciones de la teoría jurídica tradicional, iniciadas con el triunfo de la tesis de la inversión de la prueba respecto de la culpa en el accidente, procedían de los casos planteados por los accidentes ferroviarios (173), en favor de los viajeros, imposibilitados en muchos casos de demostrar la falta de la Compañía explotadora. Aplicóse el criterio des-

(171) *Osservazioni*, pág. 74.

(172) Para DUCURR, además del principio de la responsabilidad, citado, completan los elementos constitutivos del sistema civilista, la libertad individual, el principio de la inviolabilidad del derecho de propiedad, y el contrato, vid. apreciaciones sobre la crisis de todos ellos, en *Las transformaciones* cit., págs. 46 y ss.

(173) L. PUIGCERVER, loc. cit., págs. 332-3.

pués a la industria, bien por disposición legal (174) o por tendencias jurisprudenciales, como en Francia. La subversión del principio clásico tradicional en la materia operó tan radicalmente como para invertir por completo sus términos, haciendo necesaria la prueba de la inocencia que —como observaba DESVERNINE— fuera siempre objeto de presunción legal en el derecho común. Su justificación empírica, por así decirlo, venía dada por la extraordinaria frecuencia con que se repetían los accidentes del trabajo (175), unida a las dificultades, en muchos casos insuperables, en que las víctimas se encontraban de justificar la omisión o negligencia del empresario. Todavía el principio de la inversión sirvió para cubrir aquellos supuestos ajenos a la conducta empresarial, deducidos de la imperfección o deficiencia de la máquina misma.

Ahora bien, el arbitrio de la inversión de la prueba venía a mantener, formalmente al menos, la usual situación sustantiva; no era bastante todo el valladar —tomando palabras de un empeinado defensor de la situación clásica, para salvar las esencias tradicionales (176)— de la inversión de la prueba, en efecto. Y, manteniendo los innovadores la necesidad de explicar la carga del accidente sobre el patrimonio empresarial, siquiera con fundamento de típico derecho privado, invocóse el caso fortuito y, más acertadamente después, la equidad. Tal el argumento de D'AGUANNO: «Nosotros creemos que aquí debe prescindirse del concepto de culpabilidad, y creemos que el empresario está siempre obligado a resarcir a las víctimas del trabajo, por el simple hecho de haber acometido una empresa que lleva consigo riesgo, esto es, que lleva consigo las pérdidas al lado de las ganancias» (177). Este criterio, aun desarrollado bajo «un principio de equidad», ya entraña la recepción de la teoría del riesgo profesional, planteada inicialmente por la doctrina científica, entre cuya pléyade campean los nombres de ESMEIN, WAHL, COLIN, JOSSERAND, LA-COUR, PLANIOL, etc. (178), y recibida por los tribunales franceses aun con

(174) El movimiento legislativo en pro de la inversión de la prueba en materia de accidentes del trabajo se inició en Prusia, haciéndose extensivo a todo el Imperio alemán, en 1871; en Austria fué aceptado en 1869; Suiza lo adoptó en 1875, extendiendo su aplicación a los accidentes en la navegación a vapor. El Senado francés lo aceptó en 1889 y 1890, y la Cámara italiana, en 1885, cf. al respecto, DESVERNINE, loc. cit., págs. 332 y ss.

(175) DESVERNINE, loc. cit.

(176) LÓPEZ PUIGCERVER, loc. cit., pág. 99.

(177) La justicia exige, añadía D'AGUANNO, que entre las pérdidas empresariales se comprenda el resarcimiento a las víctimas del trabajo. Sólo en el caso de que haya habido verdadera culpa por parte de la víctima, es cuando el empresario no debería estar obligado al resarcimiento, pero la prueba debería estar siempre a cargo de dicho empresario y debería tratarse el caso como culpa lata. C. *La reforma cit.*, pág. 195.

(178) Amplia reseña del estado de opinión científica, en CANALEJAS, Rev. G. Leg. Jur., t. 196, pág. 530. Cf. sobre el problema de la responsabilidad civil y la idea del riesgo en los ac-

anterioridad a la legislación sobre accidentes iniciada en 1898, siquiera limitadamente (179). Pese a cierta oposición formulada a nombre de la técnica jurídica, e incluso de la justicia (180), la doctrina del riesgo profesional no sólo abrió brecha en un punto muy sensible de los efectos de la contratación sino que, al establecer el régimen de seguro obligatorio para subrogar la responsabilidad empresaria en la materia, hacía penetrar por el amplio resquicio franqueado al derecho público, y ello no en nombre de las consabidas situaciones de emergencia; ni por «consideraciones sociales», como se dijo (181), sino a imperio de una enérgica— tal vez la primera— rectificación del principio de libertad jurídica al obligar no sólo a asumir la responsabilidad por riesgo de industria, sino de inmediato descargarla —por la vía contractual del pacto de seguro, lo que no deja de ser otro alegato en pro de lo profundo del cambio— en las entidades aseguradoras (182).

Y por la vía del régimen del seguro social obligatorio, doblegose más aún el clásico concepto de libertad jurídica: la aparición de aquel en algunos derechos nacionales, acontecimiento que a CANALEJAS le permitió prever que en fecha no remota tomaría carta de naturaleza en todos (183), culmina, en nuestra opinión, el proceso teórico de transformación del derecho privado y la consolidación doctrinal del Derecho del trabajo. Decía DORADO MONTERO, hablando del seguro obligatorio que, junto con la teoría del riesgo profesional, había producido una modificación «transcendentalísima» (184), una subversión de principios de derecho civil; la misma subversión de que quedara afecto «el concepto de derecho llamado subjetivo (poder de exigir, incluso por la fuerza en caso necesario), el del resarcimiento, la responsabilidad por culpa, etc.», hacía acto de pre-

sidentes. VENIAMIN, *Essais sur les dommages économiques dans l'obligation civile*, Paris, 1931, págs. 395 y ss.

(179) Sobre este punto, Pr.; *La réforme du Code civil et le nouveau Code du travail*, en *Revue trim. droit civil*, 1911, págs. 721 y ss.

(180) Al estimar LÓPEZ PUIGSERVER el riesgo como uno de los conceptos que entran a determinar la cuantía del salario, sobre aplicar al problema una metodología abiertamente económica, arribaba un argumento jurídico capcioso para combatir los nuevos puntos de vista: «Preocupados muchos pensadores por la suerte del obrero y su familia en casos de accidentes, trataron de buscar remedio; y al comprobar que el siniestro más general y frecuente es el fortuito, quisieron echarlo sobre el patrono para encontrar una solución práctica aunque injusta. Se quiso no obstante dar a ésta el ropaje y el aspecto de la justicia con la teoría del riesgo profesional», loc. cit., págs. 311 y ss.

(181) CHAMBER, cit. por L. PUIGSERVER, loc. cit., pág. 316.

(182) Cf. el estudio de la responsabilidad empresarial por accidentes, en VALVERDE, *Los códigos*, cit., págs. 39 y ss.

(183) *Síntesis* cit., pág. 544.

(184) *Hacia un nuevo derecho civil*, *Rev. G. Leg. Jur.*, t. 108, p. 514.

sencia, siquiera en sentido inverso, esto es, penetrando nuevas instituciones. «Esta misma subversión —escribía el jurista español— me parece clara en no pocas relaciones que hoy han entrado ya o están entrando en el derecho civil, y que nunca habían figurado en él por ser incompatibles con los conceptos que le dominaban. Los seguros obligatorios contra la vejez y la invalidez son de esta clase» (185).

(185) *Ibid.*, págs. 515-6.

IV. SITUACION DEL DERECHO CIVIL EN LA CONFIGURACION DOCTRINAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

16. La dicotomía Derecho privado y Derecho público

En un plano de teoría del Derecho, la aparición del Derecho del Trabajo coincide enteramente con la discusión sobre la vigencia o revisión del derecho privado denominado «tradicional»; el *Droit-Soleil* a que aludiera J. PÉRITCH, el profesor de Belgrado (186). Razonadamente puede afirmarse que la polémica misma es una consecuencia fatal de los esfuerzos por la creación científica del derecho nuevo, y así el mantenimiento de la divisoria entre derecho público y privado venía a ser para el orden jurídico del trabajo, pensable como sistema, el gran obstáculo. En este punto, el positivismo metodológico de D'AGUANNO no carece de cierto sentido: al menos es válido para verificar lo ineluctable de la gestación y nacimiento al fin de nuestro derecho laboral a virtud de un proceso evolutivo (187) al que se encontraba afecto el derecho privado, en general.

(186) «Le droit privé est la synthèse de la culture d'un peuple. Le droit privé, en imitant Louis XIV, peut dire; la culture, c'est moi. Le droit privé, c'est le Droit Soleil», PAVEN, *De la matérialisation des droits privés*, Rev. trim. droit civil, 1913, pág. 110. Muy cercano a este criterio es el juicio de KOSCHAKEN, al afirmar que no hay rama alguna de la ciencia del Derecho que tenga un carácter tan europeo como la rama del Derecho privado, y ello porque desde que comienza éste a cultivarse, hace unos ochocientos cincuenta años, en la Escuela de Glosadores de Bolonia, «siempre ha sido la piedra angular de la construcción que llamamos Europa», vid. *Europa y el Derecho romano*, trad. de SANTA CRUZ TRUJANO, Madrid, 1955, pág. 17.

(187) «Las leyes que gobiernan la evolución orgánica y jurídica gobiernan también la evolución del derecho privado. La herencia, el ambiente y la lucha por la existencia, que se convierte en lucha por el derecho, se manifiestan de una manera constante en todo el proceso histórico», *La reforma*, pág. 44.

Tal situación explica las diversas posiciones adoptadas en la discusión jurídica: llamarlas al derecho público, mantenimiento del derecho privado a base de motejarlo significativamente de *social*, e incluso iniciación del criterio de superación de la dicotomía clásica, fueron —y en cierto modo continúan vigentes— criterios arbitrados para la explicación científica de la realidad de las normas de derecho del trabajo. En todo caso, la actitud de disconformidad hacia la dogmática del derecho privado vino a coincidir con la exteriorización y generalización de la problemática jurídica del trabajo.

Los jusprivatistas, al recibir los nuevos hechos enfocaron la cuestión desde diversos ángulos. Y obviamente que el aspecto económico de la misma, por ser el más llamativo, polarizó múltiples atenciones. Ante los «nuevos fenómenos económicos», que para COGLIOLO se formalizaban en la referencia a trabajadores y sindicatos, «il diritto privato ha tale emporio di principii e tale facoltà creativa, che sente di poter rispondere alle più nuove esigenze della società (188). Y trece años antes de estampar COGLIOLO esta optimista afirmación, CHIRONI postulaba una interpretación de la ley —en lo que ésta tiene de transaccional— siguiendo su proceso formativo, determinado a la vez por las circunstancias económico-sociales (189), mas no estrictamente económicas.

En rigor, las invocaciones al fenómeno económico penetraron más certeramente la teoría jurídica al formalizarlas desde el plano del interés jurídicamente individual o social. Desde este aspecto, la cuestión hacía revisar los propios fundamentos de la distinción entre derecho público y privado, bien para aceptarla aunque no por remitir el primero al criterio de la socialidad y el segundo al de las relaciones interindividuales de mero derecho dispositivo (190), bien para —por el mismo criterio del interés— poner de relieve cómo las relaciones de interés particular —derecho privado— transformábanse en relaciones de interés social asentadas en el derecho público, criterio éste de DORADO MONTERO, siguiendo a DUCUIT que, por lo demás, le sirvió de punto de partida para afirmar cómo cada vez se van haciendo más borrosas las «pretendidas antiguas diferencias entre el derecho privado y el público», y de aquí que el tradicional derecho civil individualista tenga que desalojar su puesto y dejar solo al derecho que «ha comenzado por ser privado social, como algunos lo lla-

(188) COGLIOLO, *Il progresso del diritto privato nell'ultimo cinquantennio*, en *Scritti vari*, v. II, págs. 10-11.

(189) «...e non deve far credere chi il solo fenomeno economico debba essere la ragion prima, immediata, degli istituti attenenti al diritto privato ed al pubblico». CHIRONI, *L'individualismo e la funzione sociale*, en *Studi e questioni di diritto civile*, v. I, pág. 23.

(190) D'AGUANNO, *La reforma*, págs. 90-1.

man, y que concluirá por ser completamente social» (191). La tendencia *social* o afirmación del elemento social, al enfrentar los principios clásicos del derecho privado y hallar la resistencia de éstos patenté aún, formalizóse como sistema «especial o de excepción» (191 bis), situación ésta insostenible que, a la postre, arrojaría las leyes de esta naturaleza en brazos del Derecho público (192) para, en posterior fase, más minuciosa ya la legislación de trabajo pero todavía no discriminado suficientemente el fundamento jurídico último del Derecho laboral, arbitrar el criterio mixto (193) que, en suma, representa, con el mantenimiento de la dicotomía clásica, la relegación del derecho privado en general, y especialmente del civil, a segundo término, como ha reconocido un notable tratadista de este último (194), en orden a los temas jurídicos del trabajo (195).

17. La legislación de trabajo como «especial» por referencia a la civil

El análisis jurídico dogmático de las iniciales leyes de trabajo y seguros sociales, condujo a la discusión de la naturaleza de las mismas, en el marco de la dicotomía anteriormente aludida y, desde él, a la consideración de si integraban o no el régimen de derecho privado a través del sistema del derecho civil. Cabe anticipar por lo que a la postre tiene de paradójico, que en la opinión de la mayoría de los estudiosos, la repulsa a la consideración de legislación común, subsumible por lo mismo en el ám-

(191) En nota al libro de E. STOCQUART, antes cit., pág. 219.

(191 bis) CIMBALI, *La nueva fase*, pág. 42.

(192) Aludiendo a la transformación jurídica que supuso la recepción de la doctrina del riesgo profesional en materia de accidentes, opinaba CANALEJAS: «Más o menos audaz o tímida-mente —y no vacilo en aplaudir el amplio espíritu del legislador español— en todas partes se abandona ya el criterio del derecho privado y se piden normas al derecho público», loc. cit., pág. 539.

(193) «Ya se viene hablando con insistencia, fuera de España, de una posible codificación del derecho social, y muy principalmente del obrero, constituyendo una rama independiente, cuanto interesantísima, de la moderna política legislativa; rama que ya no cabe clasificar con toda exactitud en una de aquellas dos grandes categorías históricas del Derecho que fueron la base secular de sus progresos científicos; el derecho público y el privado, de cuyos caracteres participa simultáneamente la legislación social, en virtud del doble principio de la integración jurídica de la personalidad humana, por una parte, y por otra de la intervención activa del Estado, en que aquella tiene su fundamento». GONZÁLEZ REBOLLAR, *Nuevas orientaciones*, cit., pág. 326.

(194) HEDERMANN, op. cit., v. III, pág. 384.

(195) BONET RAMÓN mantiene, en fecha reciente, el criterio de que en el Derecho social y en el económico, se encuentran el Derecho público y el privado, de tal modo que pueden distinguirse, pero no separarse. Cf. *Derecho público y Derecho privado*, Rev. Der. Priv., 1955, pág. 641.

bito y sistema del derecho privado, prevaleció sobre las tendencias de asimilación. Lustros más tarde no habrían de faltar juristas de filiación jusprivatista que recabasen para la disciplina por ellos cultivada el tratamiento y estudio de la ley laboral; una gran parte de la polémica en torno a la sustantividad y autonomía del Derecho del Trabajo, mantenida hasta no hace mucho, ha venido alimentada por esta labor de rescate, provocada, sin duda, por la inicial repulsa a la que de inmediato se alude.

Tópica es ya la frase de GIANTURCO: la cuestión social está casi toda ella en el Código civil. Con todo, tal juicio revela la actitud teórica de quienes, coherentes con la campaña de reforma socializante del derecho civil iniciada, atribuían a éste, en su versión reformada, la regulación de las distintas relaciones deducidas de la prestación de trabajo por cuenta ajena. Tal, por ejemplo, la actitud de COSENTINI: «Se ha considerado injustamente al Código de Trabajo como un código de clase destinado a crear privilegios para un sector social de la sociedad; pero la realidad muestra, por el contrario, que es el elemento fundamental de una reforma general de la legislación civil, y particularmente del derecho de obligaciones (196). Todavía VALVERDE, en 1923, compartía este criterio, dándolo por dominante en la doctrina científica e invocando, además, el aspecto legislativo de la cuestión al observar cómo el Código civil alemán registró en su articulado «los principios fundamentales y las reglas directrices de las reformas sociales, y por ende, del contrato de trabajo», e igualmente el hecho de que Suiza incorporara al Libro V (derecho de obligaciones), su Ley de 30 de marzo de 1911, reguladora del contrato de trabajo (197).

La realidad científica apartóse, sin embargo, de observaciones y criterios similares a los reproducidos. El propio VALVERDE dolíase de ello, y al anunciar la probabilidad de incurrir en el defecto que los socialistas atribuían a los códigos civiles —códigos «burgueses»— imputable a la legislación «social» (198), crítica reciente, por cierto, debida a RÏPERT (199); denunciaba VALVERDE que «por falta de unidad en la obra codificadora y esta inamovilidad y petrificación de los códigos, se está formando un derecho obrero distinto del derecho burgués, y si la pasividad de los civilistas continúa, dentro de poco los códigos civiles serán como las Pirámides de Egipto, hermosos y colosales monumentos de arte y de técnica jurídica, que contendrán solamente restos de un pasado glorioso».

(196) COSENTINI, *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, trad. de AGUILERA, Madrid, s. a., apéndice a la ed. española, pág. 715.

(197) *Los códigos*, cit., págs. 73-4.

(198) *Loc. cit.*, pág. 62.

(199) *Le regime democratique* cit.

La legislación moderna de trabajo, jurídicamente originada en la rectificación de un contrato civil de prestación personal no encontró, al nacer, cuna científica que conformara su crecimiento: para bien o para mal, «pour l'instant—escribía DABIN—et jusqu'à nouvel ordre, le droit ouvrier se content d'être un droit particulier aux individus, hommes o femmes, qui exercent le metier d'ouvrier...» (200). En realidad, fácilmente se advierte que tratábase de problemas de escuelas; para los civilistas ajenos al movimiento socializante, la legislación laboral era tenida por extraña al marco de la ciencia jurídica civil (201) en lo que de cerrada y técnicamente concluida tenía ésta, y de reparar en la nueva legislación, obstinábanse en ver su carácter doctrinalmente ajurídico que, por ejemplo y en el caso de LÓPEZ PUTCERVER le hacía concluir en calificarla de «legislación excepcional y de clase» (202), juicio éste al que cumplidamente contestaba DESVERNINE al observar que, si por base jurídica se entiende la base romana, en sus conceptos de lo absoluto y eterno, esta legislación no tiene base jurídica (203), mas si contrariamente se abandona el criterio clásico, el fundamento jurídico nuevo constituirá una realidad.

De otro lado, los autores que mantuvieron desde el campo del derecho privado la necesidad de la reforma, al contemplar el nacimiento de la ley laboral, la calificaban de *especial*, si bien por causas distintas, toda vez que, en realidad la especialidad venía dada por contraste con «la generalidad» del derecho privado vigente, mantenido aun en sus antiguos cánones: rechazaban la subsunción —es el caso de COSENTINI— precisamente para salvar los efectos buscados por las nuevas leyes, huyendo de la «aplicación analógica de las antiguas reglas» (204). En esta segunda actitud sobre la *especialidad* se está debatiendo, en rigor, la necesidad de una articulación científica diversa para el nuevo orden de relaciones establecido por la ley «social». En esta línea hay que entender toda una serie de alegatos en pro del carácter especial de la ley y, por consecuencia y extensión, del Derecho del Trabajo que, por lo demás, cuidan quienes así operan de advertir no se trata de un derecho de privilegio (205), aunque RIPERT haya insistido últimamente, al extremo de afirmar que «la

(200) DABIN, *Droit de classe et droit commun*, en R. Lambert, v. III, pág. 66.

(201) Así, LAURENT, quien en sus *Principes de Droit civil français* afirmaba: «Il y a aussi des lois particulières qui régissent les rapports entre patrons et ouvriers. Nous renvoyons aux lois qui ont été rendues en France et en Belgique: cette manière est étrange à l'objet de notre travail», op. cit., 3.^a ed., Bruselas, París, 1878, t. 25, pág. 542.

(202) *Loc. cit.*, pág. 311.

(203) En *Rev. G. Leg. Jur.*, t. 84, pág. 35.

(204) *La reforma cit.*, págs. 440-1.

(205) sobre el carácter de derecho especial pero no privilegiado ya discurrió GARCÍA OVIEDO, cf. sus *Consideraciones cit.*, págs. 12 y ss.

classe ouvrière est aujourd'hui, au point de vue juridique, une classe privilégiée» (206).

La actitud de repulsa de ciertos juristas, el empeño insistido sobre los presupuestos económicos que explican el Derecho del Trabajo, llegando al irritante mantenimiento de la dialéctica proletario-burgués, o proletario-capitalista, contribuyeron, más que a hacerlo irreconciliable con el derecho civil, según estima RIPERT (207), a abrir nuevas vías, por el camino de la legislación positiva tan doctrinalmente cuestionada, para una configuración científica cuya consecuencia irremediable ha sido el Derecho del Trabajo como rama singular en el marco de las disciplinas jurídicas.

18. La «legislación social», presupuesto del orden jurídico del trabajo y del Derecho del trabajo como disciplina

Los sentimientos filantrópicos, caritativos o humanitarios que al comienzo de la legislación social pudieron invocarse para dar a ésta respaldo moral, ya que el jurídico teórico le parecía negado, cedieron pronto —al menos en las mentes más atentas— a imperativos más concretos cuya objetividad, sin atacar los mentados sentimientos, los desplazaba en cuanto pretendidas bases de un sistema jurídico en trance de realización efectiva. La legislación social —observaba DESVERNINE, uno de los muchos juristas que acertaron a emplazar el problema en su adecuada sede (208)— tiene como motivo un fundamento social que puede y debe ser elevado a la altura de categoría jurídica. No se presenta la nueva escuela —añadía— con un mero programa de sentimental y generoso vocabulario; alega graves motivos científicos, importantes razones que tienen ante la nueva ciencia considerable peso. Y, en efecto, pronto des-

(206) *Le régime* cit., pág. 382. Y añadía que el espíritu democrático acepta estos privilegios sin advertir que alentan a la igualdad civil.

(207) «Nuestros abuelos y nuestros padres hubieran calificado su tendencia de filantrópica, caritativa o humanitaria», observaba G. REBOLLAN, *cf. loc. cit.*, pág. 337.

DE LA GRASSIERE advierte que no es menos anticientífica la tendencia a considerar a la legislación de trabajo como tutelar o protectora de los trabajadores: «El trabajo no es una cuestión obrera, es una función social; interesa a todos los ciudadanos; a los trabajadores y a los que no lo son; a los proletarios y a la inmensa mayoría de los que, siéndolo también, no se quieren dar cuenta de ello». Y tras estas palabras, la conclusión: «Por lo tanto, somos del parecer que deben rechazarse del tecnicismo de esta importante materia, tanto el particularismo de obrero, como los humanitarismos de tutela, de protección legal de los trabajadores, de caridad, y otras tantas denominaciones tan impropias como inexactas», *Principios sociológicos* cit., págs. 357-8.

(208) *Loc. cit.*, pág. 343.

tacó su carácter supra tuitivo, ordenador objetivo de una relación dada. DE LA GRASSERIE, criticando precisamente la tendencia a señalar una determinante clasista, «obrerista», en suma, hizo observar respecto de la legislación nueva, que las razones que legitiman la acción legal del Estado «en el dominio del trabajo», no se refieren exclusivamente a los obreros y los proletarios, sino que también afectan directa y principalmente a los patronos, y en la acepción más extensa de esta palabra, a los capitalistas (209). Este criterio objetivante hizo caminar a la ciencia jurídica en el sentido de aventurar, con el retroceso del derecho privado, la inmediata aparición de una nueva disciplina, «chaque jour davantage plus éloignée du droit privé» (210), reguladora por consideraciones de interés social, del régimen económico del trabajo (211). El concepto encerrado en el término «legislación social» —observaba PARLATO-ALESSI, en 1909— cobra un carácter más preciso y más claro de naturaleza jurídica (212), relegando así el tutelarismo que inicialmente sirvió de base para someras explicaciones de la intervención.

Podrían multiplicarse referencias y testimonios que acreditan el despliegue, a partir de la legislación social, de unos nuevos supuestos ordenadores del trabajo, planeados doctrinalmente desde la teoría jurídica: postulados del orden jurídico y no simple concesión a exigencias de una clase social era el imperativo que la justificara (213), abriéndose así, por superación de la estimativa clasista, la posibilidad de un entendimiento científico de las leyes de trabajo.

Las alusiones a un nuevo concepto del Derecho, cuya formulación científica pasaba a ser problema (214), vienen a destacar la progresión doctrinal que acompañó a las leyes laborales. Indagáronse las características dogmáticas del «derecho nuevo» (215) por el método de oposición y contraste al denominado ya típicamente «tradicional»: necesario o forzoso el primero, frente al carácter marcadamente voluntario y potestativo del segundo: interés social, francamente público, frente al interés privado y, por lo mismo, renunciabile. Dos derechos distintos, señalaba DATO, moviéndose cada cual dentro de su órbita, teniendo elíptica pro-

(209) Op. cit., págs. 356-7.

(210) COLLIAUD, quien además, llega a afirmar que «el contrato individual de trabajo se convierte en una pieza de museo jurídico», al reemplazarlo el convenio colectivo, que «n'est plus —point n'est besoin d'insister— un contrat au sens technique du terme», cf. E. Ripert, v. I, pág. 119.

(211) GONZÁLEZ LLANA, loc. cit., pág. 217.

(212) PALATO-ALESSI, *La genesi della legislazione sociale*, Palermo, 1909, pág. 93.

(213) GONZÁLEZ LLANA, loc. cit., t. 103, pág. 114.

(214) Vid. G. REBOLLAR, loc. cit., t. 103, págs. 102 y ss.

(215) Así, DATO, loc. cit., t. 114, pág. 15.

pia, «sin ser de esperar ni temer, por tanto, un choque que origine fatal perturbación». El «desarrollo del adolescente», a que con expresión memorable aludiera George SCHELLE, atrajo por fin la atención estudiosa de muchos juristas en tanto que teóricos de la construcción del nuevo derecho.

19. Superación formal del Derecho civil por la idea del derecho profesional: Paralelismo metodológico de los Derechos Mercantil y del Trabajo

La presión de la masa legislativa de signo «social» a que se acaba de aludir ha determinado, en efecto, el que la atención de la ciencia jurídica configure al Derecho Laboral, y ello aunque el proceso configurador presente, en lo que de científico tiene, un primer momento de desatención por los juristas teóricos, según queda precedentemente advertido. HEDMANN, desde el propio campo del Derecho civil, ha advertido también el suceso, señalando cómo a finales de siglo «algunos autores reconocieron que había comenzado a desarrollarse —en forma similar a lo que ocurrió con el Derecho mercantil— una importante materia independiente, una propia «especialidad» de la ciencia jurídica. Y este criterio se transformó después en común de todo el mundo jurídico» (217). La referencia al Derecho mercantil no sólo es válida sino ilustrativa de los alcances de la prioridad de lo profesional sobre las categorías jurídicas patrimoniales estrictas desde la iniciación misma del proceso revolucionario del siglo XVIII, al que en todo caso —implicando el singular fenómeno o hecho de la formulación del Derecho civil— hay que referir el germen psicológico del Derecho del trabajo, como ciencia.

RIPERT señala al Derecho mercantil como el más antiguo derecho profesional, al punto de imponer —al menos su ordenación en Francia— respeto a los legisladores de 1804 en el sentido de la vigencia de las leyes comerciales de Luis XIV (218). Y el prof. GARRIGUES sitúa en los efectos de la Ley Le Chapellier, el tránsito del carácter profesional del Derecho mercantil —derecho de comerciantes— al configurarse como derecho de los actos de comercio (219).

Ahora bien, al referir ambas categorías —Derechos mercantil y del trabajo— a lo profesional, queda señalada una común raíz de orden histórico, destacable frente al Derecho civil común, dominado por las pre-

(217) Op. cit., v. III, págs. 379-80.

(218) *Le régime cit.*, pág. 368.

(219) Vid. *La crisis actual del Derecho mercantil*, Universidad de Dousto, 1944, pág. 7.

ocupaciones de lo patrimonial. Sin embargo, a su vez, debe considerarse en mayor profundidad, la presencia del hecho económico del capitalismo ante el propio derecho civil, observar las progresiones de aquél, su recepción jurídica y, en suma, lo que de influjo tuviera en la configuración formal de los que hemos denominado derechos profesionales. Porque si, como ha observado el prof. CONDE, el Derecho mercantil es, en realidad, el resultado del proceso de transformación del Derecho civil patrimonial en la época del capitalismo (220), hay que remitir a la aparición de la empresa como encarnadura jurídica de la fuerza capitalista, la reconversión de esos derechos *nuevos*. Todo nuestro moderno derecho mercantil e industrial —decía GIERKE observando el problema desde otro plano— ha desenvuelto, en más o menos, una multitud de corolarios que tienen su fundamento en los inconfesados supuestos de la existencia de una unidad de asociación (221), la que, añadimos nosotros, cabalmente realiza el concepto jurídico de empresa.

Empero lo que unitariamente pudo denominarse Derecho de empresa, con amplio contenido, regulando inclusive los aspectos laborales de aquella, no llegó a término doctrinal y positivo por las propias exigencias del capitalismo que, como advierte GARRIGUES, por su propia esencia y sistema, ha dividido en dos el campo del Derecho de la empresa, situando a un lado el Derecho del capital, cuya expresión jurídica más alta es la sociedad por acciones, y a otro, el Derecho del Trabajo cuya expresión jurídica «está en el llamado contrato de trabajo» (222). En rigor, cabría estimar que la existencia paralela de ambos Derechos, producida además por unos y los mismos fenómenos económico sociales, no podía en todo caso concluir en la fusión, en tanto que para el Derecho mercantil su determinante correspondiera al valor económico del capital, y por lo que al Derecho del trabajo se refiere, aquella viniese dada por el valor ético de la prestación de esfuerzo humano.

Ambos Derechos mercantil y laboral, establecen al presente su comunicación extrajurídica, diríamos sociológica, en lo que de permanencia del dato profesional mantienen. Según observa gráficamente GUASP, ambos se preocupan de la ordenación, en términos de necesidad social, de aquello que hacen los hombres «para ganarse la vida»; ahora bien, el medio arbitrado para la obtención del tan problemático fin, si moralmente sigue manteniendo la radicación profesional —actividad humana, en suma, que implica esfuerzo personal, siquiera sea de la más varia índole— difiere totalmente al formalizarse. Por ello, la esencia de ambos derechos —si-

(220) J. CONDE, *La transformación del Derecho patrimonial*, en Rev. Der. Merc., 1947, IV,

(221) *La función social cit.*, págs. 54-5.

(222) *Loc. cit.*, pág. 17.

guiendo el criterio sustentado por el citado profesor— es distinta, pues si la verdadera esencia del derecho mercantil es la de regular jurídicamente un capital, la del derecho laboral es la de regular jurídicamente el trabajo «en sus dos ramas de trabajo liberal y trabajo servil» (223).

Con todo, los movimientos en torno a los Derechos mercantil y del trabajo quedan últimamente definidos por su distanciamiento del Derecho civil e, inversamente, éste puede ser explicado, como hace BONECASSE, entendiéndolo, a partir de la noción del Derecho privado, como «el derecho privado despojado de las reglas que pertenecen al Derecho mercantil y al Derecho del Trabajo» (224), punto de vista casi coincidente con la apreciación crítica de DE BUEN al estimar al Derecho civil como «un resto de desasimilación», integrado por «todos aquellos problemas o instituciones de los que no han querido o no han sabido adueñarse las nuevas disciplinas desgajadas, con vida propia, del viejo tronco» (225). Ahora bien, estas apreciaciones sólo relativamente pueden ser valoradas, pues junto a ellas adquiere mayor entidad el hecho profundo de las nuevas situaciones sociales a las que el Derecho civil mal podía atender por cuanto su expresión positiva quedaba totalmente ajena a las mismas. So pena de confundir el hecho del capitalismo industrial con el de la desesamentización de la propiedad privada, y similarmente el del surgimiento del proletariado industrial con la existencia de regímenes de prestación personal ajenos a las exigencias de la industria como forma nueva, ha de concluirse que los Derechos mercantil y del trabajo, por su motivación profesional, por cuanto, en fin, representan de atención jurídica a la actividad productiva de la persona, entrañan la superación del Derecho civil, cuya raigambre patrimonial no sufrió menoscabo al momento de las nuevas configuraciones.

(223) *El individuo y la persona cit.*, pág. 15.

(224) *Elementos de Derecho civil*, México, 1945, v. I, págs. 65-6.

(225) *Sobre el concepto del Derecho civil*, en *Rev. Der. Priv.*, 1921 pág. 162