

# PARA UNA CRÍTICA DEL "ECONOMICISMO" EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA JURÍDICO-LABORAL DE LOS GRUPOS DE EMPRESA

POR JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ\*

"La mayor parte de las historias han sido creídas sin examinarlas, y tal creencia es un prejuicio"

VOLTAIRE (1)

Como es sabido, las teorías económicas dominantes suelen descomponer el concepto de empresa y grupo de empresas en una red organizada de contratos entre poderes de recursos. La participación de una empresa en el gobierno corporativo de los grupos depende esencialmente de los costes de transacción. Los modelos económicos de empresa y grupos empresariales descomponen el concepto de organización empresarial en un conjunto de relaciones contractuales intercambiables entre los portadores de recursos, que evalúan la transacción puntual sobre el mercado hasta la constitución de un grupo, nacional o multinacional (2). Esta teoría del «coste de transacción» (3) contempla el desa-

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Granada).

- (1) VOLTAIRE: *Diccionario Filosófico*, trad. J. B. Bergua, Madrid, 1966, pág. 413.
- (2) ALCHIAN ARMEN, A.: «Uncertainty, Evolution and Economic Theory», *Journal of Political Economy*, núm. 58 (1950), págs. 2111 y sigs.; ALCHIAN ARMEN, A. y DEMSETZ, H.: «Production, Information Costs and Economic Organization», en *American Economic Review*, núm. 62 (1972), págs. 777 y sigs.; JENSEN, M. y MECKLING, W. H.: «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», en *Journal of Financial Economics*, núm. 3 (1976), págs. 306 y sigs.; FAMA, E.: «Agency Problems and the Theory of the Firm», en *Journal of Political Economy*, núm. 88 (1980), págs. 288 y sigs.; FAMA, E. y JENSEN, M.: «Agency, Problems and Residual Claims», en *Journal of Law and Economics*, núm. 26 (1983), págs. 327 y sigs.; WILLIAMSON, O.: «The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes», en *Journal of Economic Literature*, núm. 19 (1981), págs. 1537 y sigs.; Id.: *The Economic Institutions of Capitalism Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, 1985;
- (3) Una exposición sumaria del tema, en AGUILERA REAL, J. A.: «Los costes de transacción», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Madrid, 1996. Véase, en una perspectiva general, COASE, R. H.: *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, 1994.

rollo de la organización industrial en sus diversas manifestaciones como una complejización de las relaciones contractuales. Estas relaciones se distinguen entre sí por la intensidad y la calidad variable del *gobierno de las estructuras* construidas. En muchos casos se puede comprobar que la estructura de grupo no aparece como una simple causa de dominio, sino que encontraría su razón de ser una minimización de costes y en una mejora de la eficiencia económica y tecnológica de las organizaciones productivas integradas en complejos empresariales.

Esta visión no deja de ser relevante para el Derecho de los grupos de empresas, porque permite despejar las reservas planteadas por el Derecho de sociedades y el Derecho de la concurrencia frente a ciertas formas organizacionales de grupo. El problema del traslado (automático) de la teoría económica a la teoría jurídica reside en que la descomposición de la organización económica en un conjunto contractual complejo integrado por las relaciones intercambiables entre diversos portadores de recursos, tiene, entre otros aspectos negativos, el de *diluir*, e incluso hacer desaparecer, completamente los factores «corporativos» y colectivos de la organización (4), porque esta perspectiva contractualista parece desconocer que la acción social (el actuar social) se despliega no sólo a través del cambio y la concurrencia sino también de la cooperación (que en esta perspectiva pasa a un plano cuando menos estrictamente secundario). No es de extrañar que desde este punto de vista económico se desatendan importantes aspectos de la organización formal de los grupos de empresas, tales como los mecanismos decisivos y las estructuras de poder, que constituyen el medio comunicacional de la organización económica.

En definitiva, la visión económica ha aportado importantes precisiones para la elección de una forma racional de organización. Así se hace coincidir las construcciones jurídicas con las económicas en el cuadro del llamado «Derecho de la economía», identificando al fenómeno «grupo» en razón a la unidad de empresa y pluralidad de empresarios que dirigen unitariamente el complejo empresarial. Pero con frecuencia ha permitido simplificar el fenómeno al establecer una doble condición asumida por las singulares entidades que componen la estructura de grupo: autónomas bajo el perfil jurídico, dependientes bajo el ángulo económico. Lo que constituye una simplificación respecto de las estructuras proteiformes que asumen los grupos, con la paradójica «dilución» del elemento central configurador que debe ser el elemento de «dirección unitaria» que traduce la unidad de la empresa articulada de modo flexible. Por lo demás, la visión economicista (y naturalista) suele tender en su proyección en la teoría jurídica a percibir la relación economía-Derecho (forma económica y forma jurídica) como una fractura o divorcio existente entre realidad económica y realidad jurídica, en razón de la autonomía subjetiva de las singulares empresas del grupo y de la correlativa «imposibilidad» de éste

(4) TEUBNER, G.: *Le droit, un système autopoïétique*, París, 1993, pág. 201.

último de ser centro de imputación jurídica. Desde esta perspectiva —ha notar Calabró (5)—, los vínculos de grupo constituirían un mero presupuesto de hecho del supuesto, resolviéndose en un acuerdo organizativo entre las singulares empresas, inidóneo para incidir sobre la reglamentación de las relaciones por aquéllos instaurada. Tal valoración, como indica dicha autora, puede ser compartida. Por lo pronto, las coligaciones entre empresas tienen relevancia jurídica, en cuanto que son capaces de influir en las relaciones de todos los sujetos agrupados. Hay que tener en cuenta la naturaleza negociada de todos los vínculos de agrupamiento (accionarios y contractuales) y la existencia de un interés común ulterior —autónomo respecto al resultado económico que las singulares empresas se proponen—, idóneo para justificar una consideración diversa de la misma actividad realizada por las singulares empresas fuera del agrupamiento.

A la perspectiva del reduccionismo economicista se le puede objetar que su argumentación no es suficientemente idónea para dar cuenta de las nuevas formas de concentración económica que el gran capital ha adoptado para acrecentar su *posición de dominio*. Existen, por lo demás, varias órdenes de motivaciones que inducen a superar la tesis «economicista» prevalente (6).

a) En primer lugar se aprecia un error en el planteamiento del problema cuando se trata de adscribir a campos diversos la relevancia de la unidad del grupo y la pluralidad de sociedades que lo componen (7). Según una difundida opinión la unidad del grupo se revelaría bajo el perfil económico, mientras bajo el perfil jurídico asumiría relevancia la *descomposición* del grupo en la pluralidad de sociedades que lo componen (8).

(5) CALABRÓ, E.: *Lavoro, impresa di gruppo ed effettività della tutela*, Milan, 1991, pág. 22. Considerando también insuficiente la consideración del grupo como mero hecho, MELIADÒ, G.: «Il rapporto di lavoro nell'impresa di gruppo», *Riv. giur. lav.*, 1980, I, págs. 611 y sigs., en particular pág. 613. Un análisis desde este punto de vista, en MOLINA NAVARRETE, C.: *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, cit.

(6) CALABRÓ, E.: *Lavoro, impresa di gruppo ed effettività della tutela*, cit., pág. 23.

(7) En tal sentido, GALGANO, F.: «Unità e pluralità di imprese nei gruppi di società en *Collegamento di società e rapporti di lavoro*, Milano, 1988, págs. 3 y sigs. Un planteamiento crítico de ese punto de vista analítico, en MOLINA NAVARRETE, C.: *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, Bolonia, 1995.

(8) Debe tenerse en cuenta que ni siquiera la «personificación» del grupo tendería a qué eliminar la autonomía jurídico-subjetiva y laboral de los miembros (personas físicas o entidades colectivas) que lo componen. Por otra parte, no debería exagerarse las objeciones a la «personificación» o «subjetivación» del grupo porque no es ya sólo que su reconocimiento no eliminaría por sí mismo las posibles imputaciones de responsabilidad a la pluralidad de empresarios agrupados, sino que *jurídicamente* también sería oportuno recordar que en algunas formas de grupo de coordinación esa subjetividad o cuasi-subjetividad es un dato expresamente atribuido a las estructuras de grupo en el ordenamiento positivo, v. gr., la Agrupaciones de Interés Económico. Vid. infra, apdo. V.

En esta perspectiva, obviamente, la autonomía jurídica de las singulares sociedades constituye una preclusión formal eliminable exclusivamente a través del recurso a la demostración del intento fraudulento en la constitución de las mismas. La jurisprudencia ha demostrado, en más de una ocasión, no ignorar que la unión entre sociedades puede facilitar la elusión de preceptos normativos o derechos de terceros, mediante constitución simulada de sociedades o mediante interposición ficticia (9).

Pero es lo cierto que la unidad económica del grupo y la pluralidad de los empresarios o sociedades que lo componen son relevantes *para la economía y para el Derecho* (10). La unidad económica del grupo es relevante para el Derecho: primero, porque desde hace tiempo el Derecho (en la regulación de los grupos de empresas inciden múltiples ramas del Derecho, privadas y públicas) ha tenido la necesidad de racionalizar el agrupamiento de empresas en distintos sectores del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, en el *derecho de la empresa* suele considerarse inconcebible una fractura entre realidad económica y realidad jurídica, *siendo la categoría jurídica construida «según el método de la economía»* (sic.). Tal método debería pues representar una directiva también para el intérprete (11). El método de la economía quiere que la realidad encuentre verificación en la regulación jurídica y conduce, pues, a una separación de las categorías jurídicas abstractas, buscando conceptos empíricos, diversamente estructurados, fundados sobre datos de la experiencia y en el sistema económico en el cual la empresa está llamada a operar (12).

- (9) Una crítica de este modo de pensar en TEUBNER, G.: *Le droit, un système autopoïétique*, cit. Con independencia de la patología propia del fenómeno fraudulento, la pluralidad de las singulares sociedades es relevante para la economía por la separación de riesgos que la empresa realiza, articulándose en un grupo de sociedades, y por la transformación que se determina en la organización empresarial. Aparte del dato evidente de que la creación de estructuras de grupo constituye una expresión de la libertad de organización económica de los empresarios.
- (10) CALABRÓ, E.: *Lavoro, impresa di gruppo ed effettività della tutela*, cit., pág. 24; VARDARO, G.: «Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali», en *GDTRI*, núm. 38 (1988), pág. 203 y sigs.
- (11) CALABRÓ, E.: *Lavoro, impresa di gruppo ed effettività della tutela*, cit., pág. 25. Para un planteamiento ponderadamente crítico del método de la economía, véase infra en este mismo apdo.
- (12) Para el reclamo del método de la economía, véase SANTORO PASSARELLI, «L'impresa nel sistema del diritto civile», en *Riv. dir. com.*, 1942, I, pág. 376, incluido también en *Saggi di diritto civile*, II, pág. 957. Sobre el problema metodológico en el Derecho mercantil, véase desde una perspectiva general: ASCARELLI, T.: *Introduzione al Derecho comercial y parte general de las obligaciones comerciales*, trad. S. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1947, págs. 35 y sigs. Véase también MOSSA, L.: *Principios del Derecho Económico*, trad. A. Polo, Madrid, 1935, págs. 5 y sigs.; Id.: *Il Diritto alla Impresa* (Ristampa), Pisa, Industrie Grafiche V. Lischi y Figli, 1933 -A. XI. 3; Id.: *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, 1942. Respecto al método de observación y «recepción»

b) La reducción economicista del problema comporta también la negación de la relevancia jurídica del grupo debido a su falta de subjetivación o personificación jurídica. Sin embargo la falta de reconocimiento de una subjetividad jurídica del grupo y la simultánea permanencia de la subjetividad jurídica de las singulares empresas no puede constituir un obstáculo a la eventual incidencia del agrupamiento sobre las relaciones de trabajo, no siendo la subjetividad jurídica de la singular empresa referente necesario para la aplicación de los principios jurídico-generales y, en particular, los principios iuslaborales (13). En la realidad, el problema no es el de atribuir una subjetividad unitaria al grupo, sino de establecer si se producen peculiares efectos jurídicos, cuando a través de la técnica de grupo, en la pluralidad de formas que en concreto puede asumir, el grupo aparece como un complejo unitario frente a las relaciones de trabajo. Aunque carezca de personificación, el grupo puede producir efectos sobre las relaciones de trabajo si se verifican indicios reveladores del comportamiento laboral del grupo como una única empresa articulada entre varios sujetos (14).

En el plano de las relaciones de trabajo, ello se traduce en la primacía del «principio de realidad» de la relación sobre la formalización predispuesta por las partes (es decir, en menoscabo de la titularidad formal misma). En este sentido, la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica y la conservación de la plena autonomía de las singulares empresas no puede servir de obstáculo para la aplicación de estos principios. *El problema es sobre todo el de individualizar el efectivo destinatario de la prestación*. Así, en virtud de vínculos de unión (personales, materiales, organizativos), será posible demostrar que el destinatario de la prestación es distinto del individualizado en el momento de instauración de la relación, pudiendo en tal caso reconducir la relación a su auténtico ámbito jurídico e institucional (15).

de la realidad económica en el Derecho Mercantil, puede consultarse OLIVENC RUIZ, M.: «Derecho mercantil y Derecho de la empresa», en JIMÉN SÁNCHEZ, J. G.: *Derecho Mercantil*, vol. I, Barcelona, 1995, págs. 22 y sigs. Sin embargo, es posible dudar de la bondades de la utilización del método de la economía, pues éste presenta importantes aporías en la construcción de una técnica jurídica de la empresa, a pesar de su mérito innegable en destacar la íntima relación entre el Derecho y la Economía. Véase infra.

- (13) CALABRÓ, E.: *Lavoro, impresa di gruppo ed effettività della tutela*, cit., pág. 24; MONEREO PÉREZ, J. L.: «Aspectos laborales de los grupos de empresas», cit., págs. 95 y sigs.; MOLINA NAVARRETE, C.: «Persona jurídica y disciplina de grupos de sociedades», cit., págs. 145 y sigs.; MELLADÓ, G.: *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa*, Milano, 1991, págs. 32 y sigs.
- (14) CALABRÓ, E.: *Lavoro, impresa di gruppo ed effettività della tutela*, cit., págs. 28. Emerge la exigencia de hacer prevalecer la realidad jurídico-objetiva sobre la apariencia, a través de una valoración de los intereses en conflicto que prescinda de la composición negocial adoptada entre las partes y que tenga como principio de referencia la realidad efectiva de las relaciones de producción.
- (15) De este modo, los principios iuslaborales son el referente necesario para considerar irrelevante el vínculo de unión a los fines de una imputación unitaria de la relación

La legislación (y la doctrina judicial), pero de manera fragmentaria y con intervenciones limitadas a sectores específicos, ha construido una serie de elementos (dirección unitaria, unión de carácter financiero y organizativo, centro decisional) de los cuales es posible obtener el convencimiento de que el grupo representa un modelo de empresa, que puede constituirse en centro de imputación de normas laborales (16).

Por otra parte, los aspectos positivos que innegablemente ha aportado la teoría económica han sido alcanzados a menudo al precio de una reducción considerable de las perspectivas «corporativas» y colectivas en el interior de la empresa o grupo de empresa. Esta insuficiencia reduce su interés para la teoría jurídica de la constitución de la empresa y grupo de empresas. Porque, al menos desde François Géný (17), hay que convenir que el Derecho no está formado sólo por referencia a lo «dado» (aquello que es presupuesto y no ha sido creado por el legislador, sino que es elaborado por la propia existencia humana, por la experiencia social), sino también por referencia a lo «construido» (que es producto de una obra legislativa de construcción normativa de la realidad, que conforma —y puede llegar a «subordinar»— los hechos a un orden de fines). Hasta ahí puede alcanzar el poder de autorregulación del sistema jurídico, inserto con autonomía relativa en el sistema social global.

La visión económica (más allá del ya individualizado «método de la economía», en los términos que después se analizará) adquiere hoy su dimensión más relevante, y «desviante» (por sus excesos), en algunas direcciones de pensamiento de las Escuelas del Análisis Económico del Derecho (AED). Su método analítico ha podido llevar a que se fuerce una ecuación entre el concepto económico y jurídico de empresa, reduciendo y simplificando los elementos normativos de configuración. El AED construye una teoría económica moderna de la empresa entendida como «una organización que transforma factores de producción en producción» (18). Más precisamente, para el AED una empresa «consiste en un sistema de relaciones que aparece cuando la dirección de recursos depende de un empresario» (19). Es ésta una óptica esencialmente individualista (propia del individualismo metodológico jurídico liberal), en cuyo cuadro la empresa es la puesta en práctica combinada de la propiedad de los medios de producción y de la libertad contractual: la red de contratos en

laboral. Véase MELIADÒ, G.: «Il rapporto di lavoro nell'impresa di gruppo», en *Riv. Giur. lav.*, 1980, I, págs. 611 y sigs.; VALLEBONA, A.: «Problemi del rapporto di lavoro nei gruppi di società», en *GDLRI*, 1982, pág. 675.; CALABRÒ, E.: *Lavoro, impresa di gruppo ed effettività della tutela*, cit., pág. 31.; MELIADÒ, G.: *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società...*, op. cit., págs. 60 y sigs., y 75 y sigs.

(16) En parecido sentido, CALABRÒ, E.: *Lavoro, impresa di gruppo ed effettività della tutela*, cit., pág. 31.

(17) GENÝ, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho positivo*, Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1902, págs. 15 y sigs.

(18) COASE, R. H.: *La empresa, el mercado y la Ley*, Madrid, 1994, pág. 12.

(19) COASE, R. H.: *La empresa, el mercado y la Ley*, cit., pág. 39.

la cual se resuelve jurídicamente la empresa tiene por objeto la fijación de relaciones de sus propietarios con los otros operadores económicos incluidos los trabajadores. Desde una valoración positiva del «control corporativo» el control de otras empresas puede constituir un activo valioso por sí mismo e independencia de su interés por las economías de escala que pueden presentarse o de los beneficios de carácter monopolista que puedan establecerse» (20). El AED considera que deben existir un sistema de normas y regulaciones (emanadas de los «organizadores del mercado» y del «sistema legal del Estado») (21) que faciliten su desenvolvimiento. De ahí a dar el paso hacia la «sustracción» de principios y valores constitucionales insertos en las categorías jurídicas y la racionalidad económica, en virtud de la «penetración» del criterio de eficiencia en la solución de los problemas económicos, no existe nada más, que un camino fácilmente transitable, el cual ya ha sido transitado en el plano de la teoría por las Escuelas del Análisis Económico del Derecho y por los partidarios (que en premisas a veces inconscientemente han sido aceptadas por otras corrientes de pensamiento) de la aplicación del «método de la economía» al Derecho de la empresa, y en particular al Derecho de los grupos. Pero también en el plano de la experiencia jurídica y del Derecho legislado a través de las recientes leyes de reforma del «mercado de trabajo» y del sistema de relaciones laborales de la empresa (que ya significativamente rehusó acometer una regulación sistemática de los grupos de empresas favoreciendo formas de flexibilidad por la vía de la autorregulación colectiva y del reclamo de autónomos poderes empresariales de organización del complejo empresarial). Reformismo laboral que, bajo la impronta de la penetración en lo jurídico de la racionalidad económica, viene a situarse en la lógica propia del AED de restricción del papel del sistema regulador garantista, abriendo amplios espacios para el ejercicio de las libertades empresariales y de autorregulación colectiva del gobierno de las funciones de actividad económica.

El AED, como corriente de pensamiento jurídico-económico (especialmente en su versión típica de las teorías norteamericanas de la Escuela de Chicago; *Chicago School of Economics*), postula un modelo de regulación liberal, propio de los dogmas del liberalismo económico, basado en una no desregulación legislativa (una reducción de la acción normativa del legislador en materia económica: empresa y mercado) (22). Parten de la idea de que la mayor libertad para los operadores económicos constituye un medio más idóneo para regular y hacer efectivo el funcionamiento de la empresa

(20) MANNE, H.: «La toma de control. Su mercado», en PUTTERMAN, L. (ed.), *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid, 1994, pág. 241; FAMA, E.: «Problemas de la agencia y teoría de la empresa», en PUTTERMAN, L. (ed.), *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid, 1994, págs. 245 y sigs.

(21) COASE, R. H.: *La empresa, el mercado y la Ley*, cit., pág. 16; FAMA, E.: «Problemas de la agencia y teoría de la empresa», en PUTTERMAN, L. (ed.), *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid, 1994, págs. 245 y sigs.

(22) COASE, R. H.: *La empresa, el mercado y la Ley*, Madrid, 1994.

condiciones de competencia que el Derecho emanado de la autoridad pública (Derecho legislativo de la empresa y legislación «antitrust»). El principio autorregulador de este método analítico es el de la *eficiencia económica* (23), que acaba primando sobre el principio de equidad en caso de colisión o conflicto (24). Esta desregulación legislativa (25) del mercado y de las empresas (de estructura simple y compleja) comporta un mayor protagonismo en la regulación *jurídico-económica* de las empresas y de la ordenación del mercado por los propios sujetos

- (23) Vid. POLINSKY, A. M.: *Introducción al análisis económico del Derecho*, Barcelona, 1985, pág. 11; REICH, N.: «Introducción» al libro «Mercado y Derecho», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 178 (1985), págs. 745 y sigs., en particular pág. 746. Véase también, DENOZZA, F.: «Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust», en *Giurisprudenza commerciale*, 1988, págs. 5 y sigs.; MACKAY, E.: «La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit», en *Revue Internationale de Droit Economique*, t. I, O (1986), págs. 43 y sigs. Un planteamiento más adherente a estas teorías puede hallarse en PAZ ARES, C.: «La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del Derecho», en *Anuario de Derecho Civil*, 1981; «Método y crisis en la ciencia económica», en HUERTAS DE SOTO, J.: *Estudios de economía política*, Madrid, 1994, págs. 59 y sigs. (obra integrada por varios ensayos adherentes a las tesis liberales y a los postulados de la Escuela Austríaca). Recientemente, ALFARO AGUILERA, J.: «Los costes de transacción», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Madrid, 1996.
- (24) Desde una perspectiva crítica, PASTOR, S.: *Sistema Jurídico y Economía. Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Madrid, 1989, págs. 34 y sigs.; MERCADO, P.: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, 1994.
- (25) Advértase que el término «desregulación» no es una noción de Derecho, dotada de una significación precisa y generalmente aceptada. Se trata de un neologismo de origen anglosajón, que significa una reducción de la acción normativa —primaria o derivada— del legislador sobre todo en materia económica (y social, se debe añadir). Cfr. VAN DER ESCH, B.: «Dérégulation, autorégulation et le régime de concurrence non faussée dans la CEE», en *Cahiers de Droit Européen*, núm. 506 (1990), págs. 499 y sigs., en particular pág. 499. Sobre los procesos de desregulación en materia laboral, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, 1996, y la bibliografía allí citada. Sin embargo «el conflicto entre eficiencia económica y distribución social no puede resolverse en favor de uno de los términos, con exclusión del otro. Ambos están constitucionalmente sujetos a conciliarse en una «sociedad democrática avanzada» (como reza el Preámbulo de la Constitución española de 1978). De ahí el reparo de inconstitucionalidad de todo intento neoliberal de idolatrar o «fundamentalizar» la eficiencia económica en detrimento o exclusión de la solidaridad social». Cfr. FONT GALÁN, J. I.: «Legislación constitucional del Derecho mercantil y desafío ético del ordenamiento del comercio competitivo», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, Valencia, 1995, pág. 1333.

económicos privados. En la práctica las políticas de desregulación han operado de *forma selectiva* en atención al tipo de materias objeto de regulación. Ello ha dado lugar a una cierta *diversificación de las políticas de regulación de los procesos de concentración y agrupaciones de empresas*. Es significativa la posición intervencionista del Derecho de la Unión Europea respecto al control público de los procesos de concentración económica (26), sobre todo mediante el Reglamento 4064/89, de control de las operaciones de concentración de empresas. Se trata de un Derecho protector de la competencia que no se dirige precisamente hacia la desregulación, sino hacia la regulación legislativa y ordenación normativa del mercado y de las actividades empresariales por la acción de los organismos comunitarios (27). Este principio regulativo contrasta (reflejando la *opción diversificadora* imprimida a la política del Derecho de la empresa y, en particular, de las

- (26) En este sentido, VAN DER ESCH, B.: «Dérégulation, autorégulation et le régime de concurrence non faussée dans la CEE», cit., págs. 519 y sigs.; y también desde una perspectiva crítica en sentido «liberalizante», DOMINIQUE, M.: «Le contrôle européen des concentrations», en *Revue Pratique des Sociétés*, 89<sup>ème</sup> année, núm. 3 (1990), págs. 145 y sigs.; HAWK, B. E.: «La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne?», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1989, págs. 5 y sigs.
- (27) El objeto fundamental de la legislación comunitaria de control de las operaciones de concentración es «lograr un cierto control de las estructuras competitivas existentes en el mercado que impida la aparición de situaciones de competencia imperfecta, esto es, de aquellas situaciones en las que un producto o servicio es controlado por un pequeño número de empresas de gran capacidad económica, de manera que determinan los comportamientos de mercado. Se destaca así la función preventiva de esta normativa, que lejos de prohibir las concentraciones de empresas trata de evitar, en cambio, que produzcan efectos lesivos para la competencia y por tanto para los intereses económicos generales». Cfr. ROSIGNOLI JUST, J. A.: «Hacia una nueva aproximación al Derecho de la competencia en España», en *Información Comercial Española*, núm. 650 (1987) págs. 9 y sigs., en particular pág. 19. Vid. FONT GALÁN, J. I.: *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, 1986; Id.: *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Madrid, 1987. Para el tratamiento de los grupos de empresas en la Comunidad Europea, véase KEUTGEN, G.: *Le droit de groupes de sociétés dans la CEE*, Bruxelles, 1973 (para la posición originaria) MACH, O.: *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, Genève, 1974; LYON CAEN, A.: «Le contrôle des concentrations: étude de la loi française et de la proposition européenne», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1979, págs. 3 y sigs., 440 y sigs.; PAPPALARDO, A.: «L. règlement CEE sur le contrôle des concentrations», en *Revue Internationale de Droit Economique*, núm. 1 (1990), págs. 3 y sigs.; Id.: «Concentrations entre entreprises et droit communautaire», en *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 2 (1991), págs. 11 y sigs.; VAN DAMME, J. y SIMONS, E.: «Le contrôle de concentrations dans la Communauté européenne», en *Courrier Hebdomadaire*, núm. 1293 (1990), págs. 3 y sigs. VAN DE WALLE DE GHELCKE, B.: «L. règlement CEE sur le contrôle des concentrations», en *Journal des Tribunaux*, 10<sup>ème</sup> année, núm. 5544 (1990), págs. 245 y sigs.; WINCKLER, A. y GERONDEAU, S.

uniones y grupos empresariales) con la actitud más desreguladora en otros sectores, como señaladamente respecto a la incidencia de las concentraciones empresariales y sobre todo por lo que se refiere a la regulación legislativa de las estructuras de grupo en el Derecho social comunitario (28).

Este método analítico del Derecho en su proyección a la teoría jurídica de los grupos de empresas postula una subordinación del Derecho legislativo a las prácticas de autorregulación de los grupos y la funcionalización de la política jurídica al servicio de las categorías económicas; es decir, el dominio de la racionalidad económico-jurídica reflexiva sobre la racionalidad legislativa. De tal modo que las decisiones jurídicas tienden a convertirse en decisiones económicas al mismo tiempo que se libran nuevos espacios para el autogobierno y la autonormación de las fuerzas económicas y sociales.

Es de hacer notar que la visión economicista en su traslado al Derecho de los grupos tiene el efecto de ignorar que el fenómeno de los grupos no aparece solamente como una característica de las exigencias de flexibilidad y adaptación de las organizaciones empresariales a los cambios del ambiente, sino también como resultado de la lucha por la dominación de los trabajadores por el capital y, más ampliamente, de las tensiones de poder emergentes en el mercado y en el sistema de relaciones laborales. Las relaciones intraempresariales y la internalización de actividades en las unidades «relacionales», con sus estructuras de gobierno, no está motivada por el deseo de minimizar los «costes de transacción» y las exigencias de competitividad; existe *junto a ello* un elemento intrínsecamente político relativo a la conformación de las relaciones de poder que incluye la naturaleza interna de la empresa y la relación de empleo. Por lo demás, la visión económica (en esto próxima también a la teoría sistémica) tiende a fragmentar artificiosamente el entramado social: resulta, por el contrario, que la realidad no es el mundo solo, sino algo en que, de uno u otro modo, el Derecho como tal interviene y *está*; el Derecho *está en el mundo*, y es inseparable de él; esta coexistencia necesaria es falseada si se intenta realizar una separación radical (incomunicar) de lo que está íntimamente unido. No es correcto afirmar que «el Derecho no existe más que como comunicación (o como esperanza de comunicación, dirían los psicólogos)» (29). El «economi-

«Etude critique du Règlement CEE sur le contrôle des concentrations d'entreprises», en *Revue du Marché Commun*, núm. 339 (1990), págs. 541 y sigs.; MIRANDA SERRANO, L. M.: *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, 1994.

- (28) Hecha aquí excepción de dos importantes Directivas sociales comunitarias: Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, sobre transmisión de empresas y la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre sobre Comités de Empresa Europeos. Esta Directiva ha sido objeto de transposición por Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.
- (29) LUHMANN, N.: «The Unity of Legal System», en TEUBNER, G. (ed.): *Autopoietic Law: A Law Approach to Law and Society*, Berlín, 1987, págs. 12 y sigs., en particular, pág. 17.

cismo» jurídico incurre fácilmente en el «determinismo» (en una dirección tan extrema como el «fetichismo jurídico» que pretende «aislar» el fenómeno jurídico del sistema social global del que forma parte): la acción del Derecho (y en particular el Derecho de los grupos), por decirlo con Esser y Trubeck (30), estaría gobernada por leyes (vale decir, leyes económicas), en buena medida parecidas a las leyes que gobiernan la rotación de los planetas. Estas leyes (económicas) existirían independientemente de nuestras voluntades y proporcionan a la acción del Derecho una lógica profunda y mítica. El Derecho (como ciencia social), en esta visión, tendría como cometido «revelar las condiciones objetivas que determinan nuestro destino» según la leyes naturales de la economía. Su planteamiento se cimenta, pues, en una «metafísica» de la sociedad y del Derecho regida por leyes determinantes ingobernables por los hombres. A este planteamiento se le puede objetar que el Derecho no es sólo «dado» sino también «construido» y, por ello contingente y variable en función de elecciones humanas de política jurídica (31).

Las teorías económicas de la empresa han tenido la virtualidad de enfatizar la relevancia de su dimensión institucional y, en particular, del elemento organizativo: la empresa remite a una organización de recursos humanos y materiales preordenados a la consecución de unos fines u objetivos económicos. La empresa define sus propios objetivos en un medio ambiente complejo, en el cual prevalece la incertidumbre. Precisamente la economía empresarial se refiere a la *eficiencia* en la empresa (eficiencia económica, eficiencia tecnológica...) (32). En la economía política, la empresa es una organización autónoma que coordina un conjunto de factores (agentes naturales, capital, trabajo), en vista de producir para el mercado ciertos bienes o servicios. Desde esta perspectiva la empresa constituye una *unidad económica* (33). Ella ha permitido comprender ciertos aspectos fundamentales de la *lógica de la empresa indus-*

- (30) ESSER, J. y TRUBEK, D. M.: «Critical Empiricism» in *American Legal Studies*, Paradox, Program, or Pandora's Box?, *Law and Social Inquiry*, vol. 14, págs. 3 y sigs.
- (31) Vid. TRUBEK, D.: «Where The Action Is: Critical Legal Studies and Empirism», *Stanford Law ReW*, vol. 36 (1984), págs. 575 y sigs., en particular pág. 616. En general, éste es un punto de partida asumido por la corriente de pensamiento jurídico conocida como «movimiento Critical Legal Studies», sobre este importante movimiento, véase PÉREZ LLEDÓ, J. A.: *El Movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, 1996, y la amplia bibliografía allí citada. No deja de resultar paradójico que las «leyes del universo» no son tan seguras, existiendo una dialéctica contradictoria entre «orden» y «desorden» («caos»). En este sentido, PRIGOGINE, Y.: *Las leyes del caos*, Barcelona, 1997, págs. 13 y sigs.
- (32) Para las distintas teorías económicas de la empresa, véase SAVAGE, C. I. - SAMALL, J. R.: *Introducción a la economía empresarial*, Barcelona, 1986, págs. 16 y sigs.; BALLESTERO, E.: *Principios de economía de la empresa*, Madrid, 1978, págs. 36 y sigs.
- (33) RIPERT, G. - ROBLLOT, R.: *Traité de Droit commercial*, t. 1, 13ª ed., París, 1989, págs. 238 y sigs.

trial, realzando que la empresa es un organismo complejo, y que se presenta sea como organización técnico-productiva sea como institución económico-social. Es un aparato material, pero es también un *sistema* verdadero y propio. Moviliza los recursos, el capital, el trabajo, los medios, los materiales, las informaciones y los emplea del modo más conveniente para realizar sus fines. La empresa industrial es un lugar o espacio electivo de cooperación y de conflicto (34). Como institución la empresa industrial es también un sistema de relaciones sociales. La empresa es simultáneamente una organización pero es también una institución, y dispone, por tanto, de una propia constitución social, casi un *sistema institucional*, que regula las relaciones internas, pero no se puede hablar de comunidad. En el caso de que la dimensión de la empresa sea grande (esté articulada o no como estructura de grupo), puede ser vista como una «cultura» (la empresa como cultura) (35).

Uno de los aspectos más controvertidos del AED es que comúnmente (la mayoría de los miembros de esta corriente de pensamiento jurídico) parte del postulado de que el sistema jurídico debería tener como fin la eficiencia económica antes que la garantía de cualquier otro valor. Desde esta perspectiva, el principio axial es la *racionalización funcional*, y el modelo regulativo es *economizar* (36). De este modo se funcionaliza el sistema jurídico (además de la teoría jurídica y la enseñanza del Derecho) a las exigencias del sistema-ambiente económico. La realidad jurídica es traducida a simples términos económicos (determinismo economicista del Derecho), vaciando de significado las categorías construidas por los juristas y procediendo a reformularlas (o incluso sustituirlas) por las categorías del discurso económico (37). Este método analítico no se limita a afirmar la unidad profunda que subyace entre los postulados de la economía y los propios del Derecho, sino que encuentra su rasgo constitutivo en una afirmación más incisiva y audaz: se concibe el AED como una teoría del Derecho *adecuado* al mercado (*marktrationales Recht*) (38). La proyección de este modo de pensar en el Derecho de los grupos de empresas, no puede sino suponer que el Derecho queda reducido a un instrumento técnico al servicio de la organización de los grupos tal como se presentan en la realidad económica (sin espacio autorreflexivo para la *dirección político-legislativa de la economía*; un gobierno de la economía en sentido fuerte); un

sistema de Derecho que potencie la libertad de autoorganización empresarial y la autorregulación interna de las estructuras de grupo, y suficientemente flexible como para adaptar o transformar permanentemente las instituciones jurídicas a las exigencias de la eficiencia económica de los complejos empresariales. Con todo, la adopción del método del AED para la construcción del Derecho de los grupos implicaría negar de raíz la posibilidad de un *análisis específicamente jurídico* (39).

El traslado de la teoría económica a la ciencia jurídica presenta el grave inconveniente de que se incurra en la fácil tentación de la visión naturalista de la economía (40) y la reproducción mecanicista por el Derecho de las formas económicas y de las categorías extraídas de la ciencia económica, pareciendo ignorar que el mercado y la empresa contemporánea no pueden subsistir sin previos presupuestos institucionales proporcionados por el sistema jurídico. Es realmente antigua la idea de que las leyes económicas de la sucesión de los fenómenos económicos marcarían la evolución de las instituciones jurídicas. Según este método de análisis la «lógica del sistema industrial» (vale decir en nuestro ámbito discursivo, la lógica de las formas de organización de la actividad económica empresarial) implicaría (y provocaría directamente) necesariamente el establecimiento de determinadas formas jurídicas de organización de dicho sistema. Sin embargo, un análisis más atento del desarrollo del sistema jurídico, pone de manifiesto que es producto de factores históricos de distinta índole que no son ni necesarios ni naturales. Los problemas creados por el funcionamiento de las estructuras de grupo pueden afrontarse desde distintas opciones, como demuestra la experiencia jurídica y los sistemas positivos. Los modelos de regulación jurídica de los grupos empresariales existentes en las legislaciones de los países desarrollados obedecen más a opciones políticas (condicionadas y afectadas —pero no «prefijadas»— por los factores econó-

(39) Ésta es la conclusión que, en general, se puede deducir del análisis económico del Derecho. En este sentido, PAZ-AREZ, C.: «La economía política como jurisprudencia racional», en *ADC*, núm. XXXIV (1979), pág. 609.

(40) Para una crítica a la visión naturalista (vale decir, «economicista» y «determinista») de la economía y de las instituciones económicas, consúltese, la extraordinaria obra de POLANYI, K.: *El sustento del hombre*, Madrid, 1994, esp. págs. 73 y sigs.; Id.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, 1989; GODELIER, M. (dir.): *Antropología y economía*, Barcelona, 1976; Id.: *Lo ideal y lo material*, Madrid, Táurus, 1989; DUMONT, L.: *Homo Aequalis*, Madrid, 1982; Id.: *Ensayos sobre el individualismo*, Madrid, 1987; BRUHOFF, S.: *Estado y capital*, Madrid, 1978. Estos autores realzan la incrustación de la economía en la sociedad jurídicamente organizada del capitalismo.

La visión «naturalista» de la economía es inherente o consustancial ya en el pensamiento económico liberal, que parte del orden espontáneo de la vida económica en la sociedad y de la formación «objetivista» de la empresa. El exponente clásico es, como se sabe, SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*, 3 Tomos, trad. histórica realizada por J. Alonso Ortiz en 1794, Barcelona, 1996.

(34) ACCORNERO, A.: *Il mondo della produzione*, Bologna, 1994, págs. 94 y sigs., espec.

(35) ACCORNERO, A.: *Il mondo della produzione*, cit., págs. 99 y sigs.

(36) Lo que viene a coincidir con el criterio, de más general proyección, mantenido por BELL, D.: *The cultural contradictions of Capitalism*, Nueva York, 1976 (existe trad. cast. Madrid, 1979), pág. 11.

(37) MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, cit., pág. 391.

(38) Una indicación que ha sido puesta de relieve desde posiciones nada sospechosas de ser excesivamente críticas. Véase, señaladamente, PAZ-AREZ, C.: «La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)», en *ADC*, t. XXXIV (1979), pág. 603.

micos, sociales y culturales) que a razones puramente económicas o de carácter técnico-jurídico. La rigidez, la flexibilidad, el mismo modelo de flexibilidad (vía desregulación; vía potenciación de la autorregulación social; etcétera) derivan de una elección fundamentalmente de política del Derecho (en el particular sentido de Giovanni Tarello, que la vincula con la cultura jurídica imperante (41)); moviéndose, pues, en un margen, más o menos relativo, para la decisión política. Por tanto, esta visión más compleja de las transformaciones del sistema jurídico no implica desconocer la influencia del desarrollo económico y de los modos de organización de la actividad económica en el ritmo de los cambios de las instituciones jurídicas (42), sino, al contrario, insertarlos en una dinámica más amplia de factores de causación de muy variada naturaleza (43). Pero lo que deberá quedar claro es que no se puede establecer una proyección directa y mecánica de las estructuras económicas en la ordenación jurídica (incluida la laboral) de las actividades económicas empresariales. Ni la «naturalización» de la economía ni la pretendidamente simétrica «naturalización» del Derecho pueden resistir un análisis riguroso de la dinámica de los procesos sociales. La innegable influencia del funcionamiento de la economía en el sistema jurídico se produce en el cuadro más amplio de todos los elementos constitutivos del tejido social en su conjunto. Debe superarse la apariencia de que el Derecho regulador de los grupos de empresas no sería más que una reproducción de las formas económicas (que es el resultado de una visión naturalista y determinista del Derecho por el «mundo externo» de la economía). Conviene recordar al respecto que la sociedad moderna es esencialmente una *sociedad jurídica*: en la civilización moderna lo jurídico surge con la cualidad de ser un elemento fuertemente caracterizador, y en ciertos aspectos identificador, de la organización social contemporánea (44). La actividad de empresa

(41) TARELLO, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, México, 1995.

(42) LANDES, D. S.: *The unbound Prometheus: technological change and industrial development in Western Europe from 1750 to the present*, Cambridge, 1969, pág. 2.

(43) SUGARMAN, D. (comp.): *Legality, ideology and the state*, Londres y Nueva York, 1983, pág. 223. De este modo, debe avanzarse en el diálogo (colaboración e integración de saberes) entre la ciencia jurídica y la ciencia económica, como ciencias sociales. En esta perspectiva, CHAMPAUD, CL.: «L'apport du droit communautaire au droit économique», en *Cahiers de Droit Européen*, 1970, págs. 557 y sigs., en particular pág. 564-565.; FONTAINE, M.: «Reglamentation des ententes et modèles de concurrence en secteur privé», en *Les ententes dans le marché commun*, en *Colloque de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Rennes*, París, 1967, págs. 39 y sigs., en particular pág. 39; HOUIN, R.: «Synthèse finale du Colloque», en «Les ententes dans le marché commun», *Colloque de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Rennes*, París, 1967, págs. 139 y sigs., en particular pág. 142-143; JACQUEMIN, A.: «Pour une nouvelle approche du Droit Économique», en *Revue du Marché Commun*, 1967, págs. 439 y sigs.; Id.: «Le droit économique serviteur de l'économie?», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1972, págs. 284 y sigs. Vid. supra.

(44) BARCELONA, P.: *El individualismo propietario*, Madrid, 1996, pág. 23.

es conformada jurídicamente. Por lo demás, las actuales políticas de Derecho neoliberales no desconocen esta presencia jurídica en las estructuras económicas; lejos de ello reclaman un nuevo modelo de regulación jurídica de las actividades económicas, el cual se especifica en reducir el papel del Derecho de la empresa a reconocer y garantizar (y reconocer y garantizar también sus efectos jurídicos resultantes) esa esfera de autonomía y autonormación de las estructuras empresariales (simples y complejas). Las políticas conservadoras tratan de reorientar un nuevo Derecho de organización de la empresa. Asimismo, los procesos de concentración empresarial no han sido posibles sin coberturas jurídicas, a la par que su misma existencia requiere de medidas de intervención orientadas precisamente a garantizar el buen funcionamiento de sistema de mercado (como el apoyo público institucional del mercado y la tutela de aquellos objetivos político-económicos generales en desarrollo de las previsiones constitucionales) mediante una ordenación de la actividad económica de la empresa desde la vertiente de la competencia).

Los análisis actuales más elaborados que parten de la reconstrucción jurídica de la empresa utilizando el método de la economía han tenido un papel relevante en nuestra doctrina. Se indica, en este cuadro metodológico, que la referencia del Derecho positivo a la empresa está haciendo alusión a un sector de la realidad económico-social, siendo un vocablo cuyo contenido es extraído de la ciencia económica. Por el contrario, cabe decir, que el «legislador se representa esa realidad desde su específica finalidad ordenadora» (45). El sistema jurídico toma de la realidad socio-económica los aspectos que estima jurídicamente más relevantes desde su particular punto de vista de ordenación, es decir, atendiendo a los fines que persiga la ordenación normativa. Ello remite a la consideración del fin de la norma ordenadora (46), determinando su variabilidad la inexistencia de un concepto jurídico único de empresa con pretensión de validez para todo el campo jurídico, e incluso dentro de cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico. En esta línea de pensamiento se ha afirmado que el concepto jurídico de empresa presenta una estructura tipológica (47). El paradigma de empresa en el Derecho mercantil remite a «una actividad, que fluye de una organización» económico-productiva.

(45) GONDRA, J. M.: *Derecho mercantil*, t. I, vol. 1. Introducción, Madrid, 1992, pág. 127. Como indica este autor el legislador «puede proyectar su ordenación exactamente sobre la realidad descrita, a través de esos conceptos elaborados por dichas ciencias sociales (ciencia económica o la sociología). Pero también cabe que opere con una representación propia, más o menos alejada de esos conceptos económicos y sociológicos. Dicho en otros términos, el legislador no puede prescindir plenamente del lenguaje conceptual de la Economía y de la Sociología pero tampoco tiene que sujetarse al pie de la letra al mismo» (Ib., pág. 127).

(46) Poniendo siempre de relieve la importancia de la consideración del fin en el Derecho realizada por IHERING, R.: *El fin del Derecho*, trad. D. Abad de Santillán, 2 vols., Puebla, México, 1961.

(47) En este sentido, RAISCH.: «Gesichtliche Voraussetzungen...», *op. cit.*, págs. 179 y sigs., cit., por GONDRA, J. M.: *Derecho mercantil*, cit., pág. 129.

tiva (48). Mientras que el «paradigma» de empresa laboral (la empresa en el Derecho del Trabajo) remite a un ámbito de organización y dirección de prestaciones de trabajo dependiente (49); residenciando su centro preferente (no exclusivo) de atención en el ámbito interno de la organización de la empresa.

En efecto, para nuestro Tribunal Supremo el elemento definitorio más cualitativamente relevante de la empresa en el Derecho del Trabajo es la organización y dirección del sistema de prestaciones de trabajo: «lo que es característico de la empresa, lo que la identifica y sustancia, es el elemento de dirección, de la que actúa como objeto» (cfr.STS.30 junio 1993) (50). Desde esta perspectiva, importa hacer notar que la empresa no es configurada tanto como una *universitas iuris* (complejo de bienes organizados, convertido en «un bien» patrimonial susceptible de tráfico jurídico), como ante todo una organización laboral específica dotada de un mayor o menor grado de descentralización técnico-laboral (de ahí la diferenciación legal entre «empresa» y «centro de trabajo»; art.1, apdos 1º y 5º y art.44.1 LET) (51).

Desde punto de vista del Derecho del Trabajo la empresa «es la organización coordinada e independiente de trabajadores para la consecución de un fin técnico laboral propuesto por el empresario, bajo cuya dirección» se realiza el trabajo (52). Es útil, al respecto, indicar la cualidad de la empresa como orga-

(48) GONDRA, J. M.: *Derecho mercantil*, t. I, vol. I. Introducción, cit., pág. 134.

(49) Vid., en este sentido, SUPLOT, A.: *Critique du droit du travail*, París, 1994, págs. 170 y sigs.

(50) En *AL*, núm. 43/1993.

(51) Por lo demás, incluso en un ordenamiento como el italiano (que, no se olvide, dispone de una definición legal relativamente patrimonialista de la «azienda» mercantil) se viene afirmando la irrelevancia práctica del concepto de patrimonio dotado de autonomía en sede de circulación de la «hacienda» mercantil y asimismo la inexistencia de una regla unitaria de circulación para la transmisión de la «hacienda». En este sentido, expresamente, COLOMBO, G. E.: «L'azienda ed il suo trasferimento», en «L'azienda e il mercato», en *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, vol. 3, dir., F. Galgano, Padova, págs. 4-5 y 34 y sigs.

(52) Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Empresa y contrato de trabajo», Separata de *Anales de la Universidad Hispalense*, 1960, pág. 3. El punto de vista iuslaboral es destacado por la doctrina clásica: PÉREZ BOTIJA, E.: «Notas sobre el concepto de empresa. Su especial consideración en el Derecho del Trabajo», en *RDM*, 1948; BAYÓN CHACÓN, G.: «El concepto jurídico-laboral de empresa», en *RFDUC*, 1959-1960 y ALONSO OLEA, M.: «La empresa desde el punto de vista social», en *AA. VV.: La empresa desde el punto de vista jurídico*, Madrid, 1961. En esta línea de pensamiento la empresa se ha podido definir como «un conjunto organizado de trabajadores, dirigidos por un empresario, por cuya cuenta prestan coordinadamente sus servicios». MONTOYA MELGAR, A.: «La empresa y el derecho del trabajo», en *AA. VV.: Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Vol. II, Madrid, 1970, págs. 389 y sigs., en particular, pág. 413. La relevancia definitoria del elemento organizativo de la empresa en el ordenamiento laboral es destacada por MELIADÓ, G.: *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società...*, op. cit., págs. 49 y sigs.

nización de personas bajo un sistema de racionalización; un sistema de racionalización y de organización de los recursos humanos (expresión metafórica que se traduce por «organización de los hombres») (53). Pero teniendo cuenta que la empresa como sistema social racionalmente organizado es en una forma específica de «dominación» (54). El poder se ve reforzado precisamente por la organización social de la empresa y del centro de trabajo, por toda organización social empresarial se resuelve en un *sistema de control*, que es el medio o instrumento mediante el cual el empresario gobierna el centro de trabajo.

Se realiza la idea de la empresa como organización de personas, en cuanto colectividad organizada de trabajo sometida a una unidad de dirección o poder directivo empresarial (no personificada). Es de destacar el rasgo de la «sujeción» o sometimiento, porque en el cuadro de la empresa capitalista las personas están sometidas a relaciones de autoridad, es decir, se dedican a dar y recibir órdenes [cfr.artículos 1.1, 5.c) y 20 LET]. La contemplación de empresas desde el *paradigma jurídico-laboral* no supone un artificioso intento de fragmentar la realidad de la empresa (que en el fondo no es una; ni siquiera desde la perspectiva económica es capaz de acotar y agotar la facticidad de la empresa...), sino que intenta abordar la regulación de la empresa centrandose en la dimensión que más interesa a los objetivos de política del Derecho del Trabajo. Bajo el peculiar prisma del Derecho del Trabajo la empresa es esencialmente un sistema organizado de relaciones jurídicas de trabajo que involucra entre sí a un conjunto o colectividad de trabajadores «personal» de la organización productiva) y a la dirección del complejo empresarial. Para el ordenamiento laboral la empresa (como el centro de trabajo mismo) es el soporte de una organización laboral específica; como sistema social productivo, que es, presupone un poder organizador. Significativamente se ha señalado que el objeto del poder de dirección general (art.1.1 y 20 LET) es la organización laboral de la empresa (siendo cometido del empresario titular del poder directivo el organizar el trabajo en la empresa) (55).

(53) Vid. DAHRENDORF, R.: *Sociología de la Industria y la Empresa*, México, 196

(54) En este sentido, ALONSO OLEA, M.: «La empresa desde el punto de vista social», cit., pág. 97. Siendo una de las finalidades específicas del ordenamiento laboral la de *ordenar el trabajo en la empresa*. En este sentido, básicamente DURAND-JASSAUD: *Traité de Droit du travail*, t. I, París, 1957, pág. 2. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Empresa y contrato de trabajo», cit., pág. 17. Recientemente SUPLOT, A.: *Critique du droit du travail*, París, 1994, págs. 17 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, 1996, págs. 16 y sigs.

(55) En este sentido, MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965, págs. 110-111; Id.: «Dirección de la actividad laboral», en *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de Trabajadores*, t. V, dir., E. Borrajo Dacruz, Madrid, 1985, pág. 132; RIVE LAMAS, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza, 1986, págs. 81 y sigs.

En suma, la empresa en el ordenamiento laboral aparece como una unidad de gestión autónoma de recursos humanos, por lo que hace referencia fundamentalmente a la estructura interna y su evolución (es decir, como estructura de poder o decisión), sin ignorar la persistente y creciente penetración de la «economicidad» de la gestión empresarial también en la perspectiva jurídico-laboral, en cuanto actividad organizada y orientada al mercado en régimen de competencia y en condiciones de incertidumbre. Por consiguiente, la empresa en el Derecho del Trabajo no queda reducida a un conjunto de relaciones contractuales laborales, sino que se atiende especialmente al aspecto o dimensión *organizativa* laboral en la que quedan adscritos un conjunto o colectividad de trabajadores (en términos de «ámbito de organización y dirección» ex arts.1.1 y 20 LET; y unidad dotada de «organización específica» en el sentido del art.1.5 LET) (56): la empresa laboral es organización del trabajo dependiente. Criterio que ha permitido reafirmar la funcionalización jurídico-laboral del concepto de empresa (es decir, la particular forma en que el Derecho del Trabajo aprehende la forma empresa), hasta incluso considerar a los grupos de empresas (empresas con estructura de grupo) a efectos de determinadas instituciones laborales —y bajo la concurrencia de ciertos elementos circunstanciales o indicios— como una empresa unitaria a efectos del Derecho del Trabajo (57) y, respecto, señaladamente, a la consideración del grupo como un ámbito empresarial específico a efectos de la negociación colectiva estatutaria de grupo de empresa, con base al fundamento legal ex art.87.1 LET (58).

En una de estas perspectivas «sectoriales» se ha definido legalmente el grupo de empresas sobre la base de los criterios de «unidad de decisión» y de «control». Efectivamente, según la disposición adicional cuarta de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo, «se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controla directa o indirectamente a las demás. Se entenderá que existe control de una empresa dominada por otra dominante cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del art.42 del Código de Comercio». En este sentido, aunque en relación a otro punto de vista «sectorial» (regulación de los Planes y Fondos de Pensiones), el art.16.5 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los planes y fondos de pensiones, establece que «A efectos de esta Ley se considerarán pertenecientes al mismo Grupo las Sociedades que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controla directa o indirectamente a las demás. Existe control de una Sociedad, dominada por

(56) En verdad, la regulación de fondo (unidad productiva dotada de organización específica laboral) del centro de trabajo puede servir de base de conceptualización de la empresa laboral, si se realiza una interpretación sistemática y finalista del art. 1 en su conjunto, como un todo integrado delimitador de las nociones jurídicas de empresa (y empresario) en sus distintas formas de expresión y organización.

(57) Vid. STS. 18 octubre 1989, *AL*, núm. 1/1990.

(58) Vid. STS. 30 de octubre 1995, P.: Martínez Emperador, *AL*, núm. 5/1996, ref. 216.

otra dominante, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias...». E así que el grupo constituye una combinación entre las notas básicas de «unidad» de empresa y «diversidad» o pluralidad de empresarios (59).

Ciertamente la sociedad moderna se ha construido sobre la formal separación entre el Derecho y la economía: «construyendo» artificialmente la «autonomía de lo económico» (afirmar esto no significa incurrir en un constructivismo artificioso, sino valorizar los componentes político-jurídicos en la conformación de las formas de actividad económica). La constitución económica de la civilización moderna presupone: 1) que la llamada esfera económica se mantenga autónoma de la esfera político-social, y se afirme la primacía de lo económico sobre lo político-social; 2) que lo «económico» sea representado simultáneamente como «contingente» respecto al orden jurídico convencional (las reglas de juego son neutrales respecto al resultado de la competencia); como «natural», es decir, dependiente de la relación necesaria del hombre con la naturaleza; 3) que la socialidad de la actividad de producción y de reproducción (transformación y apropiación de la naturaleza) se exprese sólo de modo indirecto por el mercado (60). Pero en puridad este orden no es sólo dado sino también construido desde el sistema político-jurídico: Desde este artificio la naturalidad de la economía —de las «formas económicas» (61)— permite que entren en juego pretendidas leyes naturales inviolables por la intervención política y por el sistema de Derecho constituido. Sólo así se puede comprender que lo económico valga como «norma» (62). Desde este modo de pensar, el Derecho «legal» de los grupos de empresas está obligado a garantizar el «orden natural» de la economía, vale decir, la reproducción de la forma grupo tal como ésta es construida por las fuerzas económico-sociales con arreglo a los esquemas de autorregulación permitidos precisamente por el sistema jurídico (libertad de empresa, propiedad privada, tipos contractuales, etcétera). Se redescubre así la formalización del Derecho, su conversión (y «degradación») en pura forma, en puro procedimiento, en pura «regla de juego» indiferente a los contenidos materiales de justicia (63). En este sentido, la «terapia» consiste en denunciar el *naturalismo* que se oculta tras esa «autonomización» de lo económico (64), enteramente aislable o aislado del componente institucional.

(59) Vid. STJ. Madrid, 23 enero 1996, en *AL*, núm. 20/1996, ref. 830.

(60) BARCELONA, P.: *El individualismo propietario*, Madrid, 1996, pág. 59. La crítica también a la autonomía sistémica del Derecho de Niklas Luhmann en HABERMAS J.: «Derecho y moral (dos lecciones)», en SOBREVILLA, D. (Comp.): *El Derecho la política y la ética*, México, 1991, espec. págs. 47 y sigs.

(61) POLANYI, K.: *La gran transformación*, Madrid, 1989.

(62) Véase DUMONT, L.: *Homo aequalis*, vol. I: «Génesis y apogeo de la ideología económica», Madrid, 1982.

(63) En general, BARCELONA, P.: *El individualismo propietario*, Madrid, 1996, pág. 61; Id.: «Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento»: *Prassi e Teoria* 2/157 (1974).

(64) El cual, téngase siempre presente, fue un rasgo ya originariamente «construido» desde la instancia político-jurídica del nuevo orden instaurado después del triunfo

jurídico. De ello derivaría la neutralidad del mercado (su cosificación), siendo el Derecho impotente frente a su dinámica: al que sólo cabe «reconocer» y «proteger» desde el «exterior». A este planteamiento hay que oponer que el mercado no es un *locus naturalis*, sino un *locus artificialis*, es decir, un sistema de relaciones gobernado por el Derecho (65). En la sociedad contemporánea se puede afirmar la «construcción artificial del mercado»: el mercado es un espacio artificial, construido por una elección consciente, por una decisión política del Estado o poder público. Ésta es la «mano invisible» de la Ley (66). No se trata de un instituto originario y espontáneo, sino de un instituto también jurídico: en parte «construido» y en parte «dado». El mercado en la sociedad contemporánea está constituido por el Derecho. Así, en esta última perspectiva el mercado pierde su supuesta «naturalidad» y queda exactamente situado como un sistema construido y artificial. El Derecho estatal de los grupos (convertido en sistema de Derecho meramente definidor de abstractas «reglas de juego») se limitaría a «codificar» las reglas del mercado formuladas (prefijadas) por los procesos de autonormación en el seno de las multiformes estructuras de grupo, a los cuales se les ha delegado (expresa o tácitamente) la tarea de realizar el orden y el establecimiento de los equilibrios sistémicos (en cuanto funcionales a la eficacia de la estructura grupal), como específico proceso de institucionalización de los intereses implicados. Más precisamente, la propuesta político-jurídica es orientar la intervención legislativa hacia la máxima eficacia económica, respetando la lógica del mercado (mínimamente reguladora a través de reglas generales del Derecho común y de procesos de autorregulación de los agentes económicos y los actores sociales), a pesar de los costes para la colectividad que de ello pueden derivarse. Este modo de pensar acaba estableciendo una peligrosa «funcionalización» de la empresa privada (de estructura simple o compleja), porque si el empresario desarrolla una función de relevancia pública, los trabajadores deberán de subordinarse sacrificando sus intereses individuales al mitificado interés transpersonal de la empresa (67). Sin

de las revoluciones liberales burguesas. Véase, POLANYI, K.: *La Gran Transformación*, trad. J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, 1989, págs. 215 y sigs.; SOMBART, W.: *L'avvenire del capitalismo*, Roma, 1933. En una perspectiva general, GROETHUYSEN, B.: *Filosofía de la Revolución Francesa*, México, 1989, págs. 212 y sigs., y 233 y sigs.; L'HOMME, J.: *La gran burguesía en el poder (1830-1880). Ensayo sobre la Historia Social de Francia*, Barcelona, 1965, págs. 157 y sigs.

- (65) En sentido análogo, IRTI, N.: *Persona y mercato*, en *Riv. di Diritto Civile*, núm. 3 (1995), págs. 290 y sigs.
- (66) En este sentido, MENGONI, L.: «Forma giuridica e materia económica», en *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pág. 156; IRTI, N.: «Persona y mercato», en *Riv. di Diritto Civile*, núm. 3 (1995), pág. 290; FRANCESCHELLI, R.: «Il mercato in senso giuridico», en *Studi Lenti*, II, Milano, 1979, págs. 207 y sigs.
- (67) Para una crítica de esta concepción, véase MINERVINI, G.: «Contro la funzionalizzazione dell'impresa», en *Riv. di Diritto Civile*, 1958, I, págs. 626 y sigs.; IRTI, N.: «Persona y mercato», en *Riv. di Diritto Civile*, núm. 3 (1995), pág.

embargo, es posible pensar, bajo un planteamiento analítico enteramente diferente, que el orden de la economía debe ser el resultado de una decisión consciente de la comunidad político-económica, y en este sentido se traduce en el concepto de «constitución económica» (68). Esta revalorización del papel del sistema jurídico en la «construcción» de la empresa permite dotar de auténtica relevancia al Derecho de la empresa (y en particular uno de sus componentes más relevantes: el Derecho de los grupos de empresas). Permite, en suma, restituir la plena juridicidad al tema de la empresa, liberando ambiguos e improductivos intentos de unión —y mezcla— entre el análisis económico, sociológico y jurídico del fenómeno, ciertamente propiciado por el insistente reclamo (de vigencia todavía significativa, cuando no claramente dominante en nuestro país) por parte de la doctrina jurídica del denominado «método de la economía» (69). El grupo de empresas, en su calidad de empresa compleja, es una síntesis de «organización-actividad» desplegada por una pluralidad de empresarios agrupados por lazos más o menos penetrantes o intensos. En este sentido, la visión económico-funcional de las instituciones jurídico-empresariales es útil siempre que no suponga confundir la diferente perspectiva de fines del Derecho y de la economía: el Derecho tiene una lógica propia y no tiene por

291; OPPO, G.: «L' iniziativa economica», en AA. VV.: *La Costituzione economica*, Milano, 1990, págs. 65 y sigs.; Id.: «Diritto dell'impresa e morale sociale», en *Riv. dir. civ.*, 1992, I, págs. 15 y sigs.; SPADA, P.: «Gli «scritti giuridici» di Giorgio Oppo: Diritto dell'impresa», en *Riv. di Diritto civile*, núm. 6 (1992), págs. 5551 y sigs.

- (68) Cfr. MENGONI, L.: «Forma giuridica e materia económica», en *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pág. 156.
- (69) Véase las aportaciones de OPPO, G.: «L' iniziativa economica», en AA. VV.: *La Costituzione economica*, Milano, 1990, págs. 65 y sigs.; Id.: «Diritto dell'impresa e morale sociale», en *Riv. dir. civ.*, 1992, I, págs. 15 y sigs.; SPADA, P.: «Gli «scritti giuridici» di Giorgio Oppo: Diritto dell'impresa», en *Riv. di Diritto civile*, núm. 6 (1992), págs. 5551 y sigs. De OPPO debe consultarse los diversos ensayos recogidos en OPPO, G.: *Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, en la que se contienen trabajos tan importantes como «Impresa e imprenditore» (págs. 263 y sigs.) y «Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano» (págs. 56 y sigs.). Id.: «Diritto dell'impresa e morale sociale», en *Riv. dir. civ.*, 1992, I, págs. 15 y sigs. La empresa es configurada por OPPO como un «comportamiento» cualificado, respecto al cual la organización de medios reales y personales constituye un instrumento («L'impresa como fattispecie», en *Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, pág. 245). Este autor intenta pensar (reconstruir jurídicamente, vale decir) la empresa superando la fragmentación de la realidad socioeconómica de las producciones profesionales, en cuanto materia a regular, en los momentos del sujeto (el empresario), de la actividad (la «empresa»-actividad), del objeto (la «empresa»-organización productiva). De ahí el recurso al concepto de «realidad jurídica global de la empresa», como síntesis, en términos funcionales. La organización está en función de la actividad. Como síntesis «organización-actividad» la empresa es una figura cognoscitivamente útil en el contexto de cualquier sistema económico evolucionado.

qué asumir acriticamente la racionalidad económica y su reducción al principio de eficiencia económica (70). Es por ello que el Derecho de los grupos debe superar la disociación entre un pretendido «concepto jurídico» (forma) y un «concepto económico» (sustancia) del grupo (71).

Estas objeciones no se pueden proyectar a la metodología autodenominada «economía del Derecho» —que debe diferenciarse de la corriente metodología del «análisis económico del Derecho» y del tradicional «método de la economía»—, la cual pretende ser una respuesta de análisis de los fenómenos que arranque del comportamiento de los agentes económicos y del «sector privado» o mercado, y que permita una investigación sobre el Derecho usado por los propios agentes u operadores jurídicos, diverso del Derecho codificado y del elaborado por jueces y teóricos del Derecho (72). Es decir, la «economía del Derecho» (en una perspectiva diferente al AED) trata de reconstruir el *iter* formativo de las relaciones e instituciones jurídicas surgidas en el mismo comercio económico-jurídico. Es ésta una orientación metodológica que niega la reducción del Derecho a la economía y pone un especial énfasis en reivindicar la necesidad de estudiar el fenómeno del Derecho no sólo teniendo en cuenta las normas jurídicas y su sistema cerrado (73). Es por ello que se pone especial cuidado en marcar las diferencias entre la economía del Derecho y el análisis económico del Derecho (como instrumento de política del Derecho (74)). Esta metodología tiene, en cambio, la virtualidad de realzar que junto al «Derecho legal» existe un «Derecho extralegal» que regula la actividad económica de los empresarios. El Derecho no se agota en el sistema de Derecho legislado, sino que también emana de fuentes extraestatales que conforman una regulación autónoma de los grupos empresariales (forma de creación privada de Derecho). Este tipo de análisis puede arrojar luz sobre la necesidad de políticas del Derecho de los grupos que promuevan la combinación (coordinación) entre la racionalidad legal y la racionalidad reflexiva rectora de la lógica reguladora imprimida por los propios agentes implicados. Sus aportaciones sobre la construcción de una teoría jurídica de la empresa son notables, al enfatizar en la empresa la dimensión objetiva de actividad económica organizada frente al modelo institucional de empresa (75). Como resume Galgano el método de la «economía del Derecho» «quiere ser, preferentemente, un análisis aplicado a

(70) GONDRA, J. M.: *Derecho mercantil*, t. I, vol. 1. Introducción, Madrid, 1992, págs. 153-154.

(71) En este punto, se coincide con la opinión expresada por MOLINA NAVARRETE, C.: «Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades», cit., págs. 185 y sigs.; Id.: «El Derecho nuevo de los grupos», cit.

(72) SANTINI, G.: *El comercio. Ensayo de economía del Derecho*, Barcelona, 1988, pág. 17.

(73) SANTINI, G.: *El comercio*, cit., pág. 16.

(74) SANTINI, G.: *El comercio*, cit., págs. 15 a 20, espec.

(75) SANTINI, G.: «Le teorie sull'impresa. Civilisti e laboristi a confronto», en *Riv. dir. civ.*, 1970, I, pp. 405 y ss., y en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Joaquín Garrigues*, t. III, Madrid, 1971, págs. 217 y sigs.

las formas de autoorganización distributiva, creadas espontáneamente por los agentes, en vez de hacerlo respecto de las formas de heteroorganización establecidas por la ley. No se dirige a la reconstrucción del sistema legislativo sino que se ocupa, más bien, de la reconstrucción del sistema fáctico (sic), basado sobre los modelos contractuales extraídos de la práctica de los negocios» (76).

El método de la «economía del Derecho» pretende adoptar un signo que ponga de manifiesto la necesidad de estudiar el fenómeno del Derecho; no sólo teniendo en cuenta las normas jurídicas y su sistema cerrado; no sólo teniendo en cuenta las líneas políticas históricamente consideradas como fundamentos de aquellas normas y de las perspectivas de acción política, con la finalidad de variarlas en razón de un cambio social y económico, sino también teniendo en cuenta todo el sistema de normas —el llamado derecho vivo, que prescinde de fórmulas jurídicas muertas aunque siempre recogidas por las leyes— que gravita en torno a fenómenos económicos; o sea, a opciones prácticas precisas que constituyen también un sistema, incluso más real que el que puede desprenderse del código (o de categorías abstractas deducidas tradicionalmente del mismo) (77). Este método se sitúa frente al enfoque del Derecho de la economía en el que prevalece una «óptica estatista». La economía del Derecho quiere ser, en consecuencia, una propuesta de análisis de los fenómenos que parta del comportamiento de los operadores económicos, para permitir un estudio del Derecho usado por los actores mismos, a veces distinto del codificado o elaborado por jueces y letrados. Se podrá ofrecer, de esta manera, por un lado una morfología de los fenómenos económicos de la cual se apartan los propios economistas, y por otro una sistematización de la materia jurídica más real que lo que habitualmente se logra observando sólo las normas y su tradicional aplicación (78). Para evitar —hace notar Santini (79)— la divergencia entre realidad económica (y soporte jurídico correspondiente) y realidad jurídica sería preciso abandonar el punto de partida lógico-abstracto suministrado por nuestro sistema jurídico y los mitos que lo acompañan (como el carácter perfecto y el carácter completo del sistema mismo), y a partir directamente del dato económico, examinando en ocasiones la norma (internacional, comunitaria, estatal, regional, contractual en sus variadas formas o consuetudinaria) que regula el fenómeno y las consecuencias que de él derivan para las decisiones —bien libres (y consecuentes) bien impuestas— del operador económico. Se seguirá de nuevo el mismo camino que éste recorre cuando sigue vías jurídicas precisas en razón de la correspondencia de éstas con los propios fines económicos, abandonando las otras; y se describirá, junto con sus opciones jurí-

(76) GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., 217. La relevancia del Derecho emergente de los agentes ya había sido puesta de relieve por ASCARELLI, T.: *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, pág. 88 (trad. cast. Barcelona, 1970).

(77) SANTINI, G.: *El comercio*, cit., pág. 16.

(78) SANTINI, G.: *El comercio*, cit., pág. 17.

(79) SANTINI, G.: *El comercio*, cit., pág. 16.

dicas, también la regulación que acompaña a las actividades económicas examinadas. Con este planteamiento, la «economía del Derecho» se aparta de la corriente del análisis económico del Derecho (80).

Para el método de la «economía del Derecho» el mercado es el lugar donde convergen los operadores del comercio; es el lugar destinado al comercio, pero esto (y la totalidad de los lugares donde concretamente se desarrolla) da vida a una organización de los mercaderes que termina por institucionalizarlos mediante una serie de estructuras económicas, sociales y jurídicas, en el ámbito del cual operan los sujetos interesados. El estudio de los lugares de mercado y de la relativa organización precederá pues al de los roles típicos asumidos por los sujetos que allí operan, a fin de comprender cómo está regulada la actividad que éstos desarrollan en aquéllos, actividad que se resume bajo el nombre de comercio. De este modo se aparta de una concepción «naturalista» del mercado y de los agentes económicos empresariales que operan en dicho espacio, en tanto que el mercado está penetrado por un entramado institucional y jurídico (81). Esta metodología tiende a situar la problemática de los grupos de empresas en el cuadro de un fenómeno más amplio del «comercio integrado» y vinculando a los grupos con el fenómeno asociativo de los «productores», y a la postre al grupo como una forma de organización colectiva de los empresarios (82).

La «economía del Derecho» se inserta en una lógica explicativa diferente al «método de la economía» tradicional. Su marco de referencia general es que hoy las categorías del saber jurídico se articulan según un criterio metodológico de organizar las diversas formas según las cuales el Derecho puede ser considerado: a las formas clásicas de la filosofía del Derecho y de la historia del Derecho se han añadido la sociología del Derecho, la política del Derecho, la cibernética jurídica, la etnología jurídica y, últimamente, la «economía del Derecho» (83). Este método de análisis jurídico parte más que de la crisis de mediación jurídica en general, de la crisis del modelo *estatal* de regulación jurídica de las empresas y del mercado.

No obstante, se podría objetar que la invitación a estudiar el Derecho desde la «óptica de los agentes» (situándose en un «liberalismo epistemológico») encubre quizás una posición antiestatalista como principio, que no debería entenderse como sustitutivo de la política del Derecho, sino más bien como complementario respecto de la acción de esta última. Desde esta última postura «integradora» se puede decir que a la política del derecho y a la economía del derecho le corresponde «superar la manifiesta contradicción según la cual el centro motor del sistema económico actual es el productor industrial, cuando el

(80) Lo que SANTINI hace explícito (*El comercio*, cit., pág. 20, nota 1).

(81) Véase SANTINI, G.: *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, págs. 23 y sigs.

(82) SANTINI, G.: *Il commercio*, cit., págs. 117 y sigs., donde se realiza un detenido estudio jurídico-económico de las distintas formas de integración.

(83) GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pág. 216.

productor industrial es todavía para el derecho sólo un comerciante, sólo e punto de imputación de una serie, lo múltiple y variada que se quiera, de relaciones de cambio» (84). Por su parte, construir el Derecho de la producción es tarea primordial del «derecho mercantil» y del «derecho de la economía». Pero también es preciso hacer «economía del derecho», tomando en consideración adicionalmente las normas contractuales emanadas de los operadores económicos y de los agentes sociales (85) (en cuyo marco debe incluirse las prácticas de contratación empresarial, los mecanismos de contratación individual y colectiva y los procesos autorreguladores producidos en el cuadro de las estructuras de grupo como formas organizativas de los empresarios y formas empresariales complejas; todo lo cual convierte en pura apariencia mítica la existencia de un verdadero «espacio vacío de Derecho»). Así pues, debe adoptarse una decidida perspectiva pluralista de fuentes reguladoras o de ordenación jurídica de la actividad económica y, en general, de todos los problemas derivados o concernientes a la empresa (simple o compleja en sus distintas manifestaciones jurídico-económicas). De lo que se trata es de «mezclar» la «óptica estatalista» y la «óptica (autorreguladora) de los agentes» económicos y sociales propia del «Derecho vivo» surgido de fuentes privadas.

En una perspectiva más general, cabe indicar que la adopción del llamado «método de la economía» (86) en la mayor parte de las «culturas jurídicas» de los países desarrollados, a pesar de sus sugestivas aportaciones sistematizadoras y conceptuales, no ha ayudado precisamente a una mejor aprehensión

(84) GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pág. 222.

(85) Para esta perspectiva, que gráficamente puede ser considerada como «integradora» de las diversas formas de conocimiento según las cuales el Derecho de la empresa puede ser considerado, véase GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pág. 222-223.

(86) MOSSA, L.: «Scienza e metodi del diritto commerciale», *Riv. dir. comm.*, 1941, I, págs. 97 y sigs. Sobre el método de la economía, sus fundamentos y orígenes, véase la obra clásica de MOSSA, L.: *Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX*, Madrid, 1948, págs. 96 y sigs. De especial interés es su ensayo sobre «Il Diritto alla Impresa», Pisa, Nistri-Lischi-Ed., 1933, A. XI (en la que sigue muy de cerca las construcciones de WIELAND); SANTORO-PASSARELLI, F.: «L'impresa nel sistema del diritto civile», *Riv. dir. comm.*, 1942, pp. 377 y sigs.; ASQUINI, A.: «Profili dell'impresa», en *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pág. 2; OPPO, G.: «Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano», en *Riv. dir. civ.*, 1976, I, pág. 591; GARRIGUES, J.: «Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas», en *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Madrid, 1971, págs. 17 y sigs. La visión de MOSSA es ciertamente más compleja y original: trata de reconstruir un concepto de empresa como organización sistemática de actividad y de medios muy apegada al fenómeno económico y un «Derecho de la empresa» bajo el prisma de una regulación global de las relaciones económicas entre empresas, de las relaciones laborales y de las establecidas entre empresas y consumidores. No se olvide que MOSSA fue uno de los promotores originarios del llamado «derecho económico». Incluso para MOSSA el elevarse del ordenamiento jurídico del trabajo sobre la norma dispersa y fragmentaria del presente, estaba

jurídica del fenómeno desde bases eminentemente jurídicas y menos aún desde la combinación de los puntos de vista «interno» y «externo» al sistema jurídico. Su punto de partida es la correspondencia entre las formas jurídicas y la sustancia económica, determinando que las categorías económicas serían el presupuesto necesario de la ulterior elaboración de las categorías jurídicas (87). La técnica legislativa del método de la economía, consistía (y consiste, porque aún ejerce su influencia, muy especialmente en nuestra doctrina científica) en sostener que las «formas» jurídicas debían corresponder a la «sustancia» económica de los fenómenos regulados por el Derecho y que los conceptos y categorías jurídicas debían tener como punto de partida los conceptos económicos elaborados por la ciencia económica (88). El método parte de una adherencia de la concepción general de la empresa a una visión moderna de la vida económica (89), que remite a la utilización de la concepción económica para definir la empresa en sentido jurídico: lo que se traduciría en la transposición de la considerada definición económica entendida como un organismo económico (u organización económica) que agrupa y combina sistemáticamente actividad y medios, es decir, los factores necesarios para obtener un producto destinado al cambio y a riesgo del empresario (90). El método de la economía centra su

unido al desarrollo decisivo del Derecho de la empresa. Véase su obra, MOSSA, L.: «Il Diritto del lavoro, il Diritto commerciale e il Codice sociale», en *Riv. dir. com.*, 1945, I, págs. 39 y sigs.; Id.: «Il Diritto del Lavoro», *Discorso Inaugurale nella R. Università di Sassari del novembre 1922* (Ristampa), Pisa, 1930, pág. 21. Por otra parte, la centralidad que para MOSSA (que influiría decisivamente en el pensamiento de autores como Cassanova, Asquini, Garrigues, Polo, Uría, Girón Tena y otros autores relevantes de la doctrina mercantilista) tenía la empresa le llevó a defender la opinión de que el Derecho mercantil debería de ser un exclusivo Derecho de empresa. Véase sobre el tema el ensayo de LANGLE, E.: «Las directrices fundamentales del Derecho mercantil», en *RDM*, núm. 9 (1947), págs. 348 y sigs.

Para una sistematización de las distintas teorías sobre la empresa, véase la obra de DESPAX, M.: *L'entreprise et le Droit*, París, 1957. Para el análisis de las construcciones sobre la empresa y el debate en nuestro país puede ser de interés el ensayo de LANGLE, E.: *Las directrices fundamentales del Derecho mercantil*, cit., págs. 372 y sigs.

- (87) ASQUINI, A.: «Profili dell'impresa», *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pág. 6.
- (88) GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., 204. Para la verificación de los fundamentos conceptuales de este método, véase SANTORO-PASSARELLI, F.: «L'impresa nel sistema del diritto civile», en *Riv. del diritto commerciale*, 1942, I, págs. 377 y sigs.; ASQUINI, A.: «Profili dell'impresa», en *Riv. del diritto commerciale*, 193, I, págs. 3 y sigs.; Id.: *Lezioni di diritto commerciale. Titoli di credito e in particolare cambiale e titoli bancari di pagamento*, Padua, 1966, pág. 20.
- (89) Para la utilización del método de la economía véase la excelente exposición de FANELLI, G.: *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, págs. 13 y sigs.
- (90) Vid. FANELLI, G.: *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, cit., págs. 31, con referencia las elaboraciones doctrinales de Vivante, Mossa, Rocco, Navarrini,

interés en el análisis del tráfico económico organizado bajo forma de empresa. Y ello se hace desde el intento —ciertamente loable— de la necesidad de buscar un concepto de empresa que no resulte «apriorístico» (Wieland (91); Mossa (92); Raisch (93); Girón (94)). Para ello se considera indispensable el auxilio de la ciencia económica, porque la materia sobre la que se proyecta el Derecho de la empresa y en la que latan las exigencias a las que responden las instituciones jurídicas es —se dice— de «naturaleza económica» (95). Desde esta perspectiva (con una impronta excesivamente economicista), la evolución histórica del Derecho de la empresa vendría dada por las exigencias de cambio normativo imprimidas por la empresa, como forma característica de actividad organizada. Serían, pues, las exigencias normativas de las empresas las que determinarían, explicarían y darían sentido a los modelos jurídicos de empresa (96). Es evidente que no se puede ignorar la trascendencia de las transformaciones de las estructuras económicas sobre las categorías jurídicas (es decir, la vinculación entre el Derecho de la empresa y el capitalismo, sobre todo

Bolaffio, Picchio y Ferrara, entre otros muchos autores italianos relevantes. La concepción de estos autores ha estado de algún modo siempre inspirada por la visión unitaria e integral del fenómeno económico.

Sobre los antecedentes y desarrollo de la teoría de la empresa, véase ALONSO UREBA, A.: *Elementos de Derecho mercantil*. I. Introducción (concepto, método y sistema), Albacete, 1989, págs. 40 y sigs., quien parte de la «unidad conceptual del Derecho mercantil como Derecho de la empresa» (pág. 74). Desde la teoría jurídica de la empresa se trata de aprehender la realidad económica en una perspectiva histórica. Busca la conexión entre Derecho (mercantil) y materia regulada. La empresa remite a una organización de los medios de producción bajo la racionalidad impuesta por el mercado, creando así unidades organizativas (las empresas). En una visión más completa y compleja se ha subrayado la cualidad de la empresa como organización racional en su vertiente interna (organización del trabajo productivo) y externa (adecuación a las exigencias y variables del mercado). En este sentido, WEBER, M.: *Historia económica general*, México-Buenos Aires, 1983, págs. 236 y sigs.

- (91) WIELAND: «Handelsrecht», vol. I, Munich-Leipzig, 1931, págs. 3 y sigs. y 126 y sigs.
- (92) MOSSA, G.: «Il problemi fondamentali del Diritto Commerciale», en *RDC*, 1926 I, págs. 233 y sigs.; Id.: *Trattato del nuovo Diritto Commerciale*, I, 1942.
- (93) RAISCH, P.: *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatischen Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, 1965.
- (94) GIRÓN TENA: *Tendencias generales en el Derecho Mercantil actual* (Ensayo interdisciplinario), Madrid, 1985, págs. 17 y sigs.
- (95) Sobre la aportación decisiva de Wieland, véase la clara exposición realizar por GONDRA, J. M.: *Derecho mercantil*, t. I, vol. 1. Introducción, Madrid, 1992, págs. 41 y sigs.
- (96) Para WIELAND la empresa es una actividad económica desarrollada mediante el «empleo de fuerzas económicas con el propósito de obtener una ganancia patrimonial indeterminada». GONDRA, J. M.: *Derecho mercantil*, t. I, vol. 1. Introducción, Madrid, 1992, pág. 46.

teniendo en cuenta que la empresa es la forma de organización económica típica de dicho sistema económico (97), por lo que se pone el acento en que el Derecho de la empresa —la forma jurídica empresa— se enmarca en la lógica de un concreto sistema histórico de organización económico-social, esto es, el capitalismo de mercado). Pero también es indudable que la conformación de éstas últimas no obedecen sólo o exclusivamente a exigencias «puramente» económicas (supuestamente...), sino también a razones político-jurídicas de fondo.

De cualquier modo se ha de reconocer —debe dejarse sentado— que la adopción por parte de la doctrina de una tal noción de empresa no se debió sólo a un problema de método (no exenta de impregnaciones o connotaciones ideológicas y políticas, saliendo al paso de que esta actitud reflejaría un natural proceso evolutivo de la formación económica y simétricamente del ordenamiento jurídico), sino que también la influencia de la concepción económica es comprensible en cierta medida por la misma imprecisa regulación de la materia por parte de nuestro legislador y la consiguiente dificultad de construir sobre su base un sistema rigurosamente fundado sobre conceptos estrictamente jurídicos. Sin embargo, hoy existen nuevos elementos normativos para la «construcción» de un concepto jurídico de empresa en sus distintas manifestaciones (simples y complejas). Ciertamente la relativa comprensión de las razones de las construcciones doctrinales no impide la necesaria crítica del método que reclama la concepción económica: una línea de pensamiento que intenta *reproducir* o traducir sin más jurídicamente el unitario fenómeno económico-social (98). Al contrario, se trataría de reconceptualizar el fenómeno de la empresa en términos jurídicos y con instrumentos del Derecho al servicio de sus propios fines. La teoría de la empresa (y con base a ella, el Derecho económico) ha aportado aspectos positivos a la ciencia jurídica y especialmente respecto de una mejor aprehensión de lo jurídico-económico. En última instancia el planteamiento metodológico implícito al método de la economía aplicado a la empresa es partir de que no existe un concepto jurídico unitario que se corresponda con el fenómeno empresa. Así se indica que «el fenómeno económico empresa es aprehendido por el Derecho parcialmente, considerando diversos aspectos del mismo, lo que plantea un tema de relaciones, no sólo entre sectores jurídicos dentro del Derecho Mercantil, sino a la vez de éste con otras disciplinas (laboral, fiscal...)» (99). El método de la economía culmina en un

(97) Vid. ASCARELLI, T.: *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, Barcelona, 1964, págs. 29 y sigs., y RUBIO: *Introducción al Derecho mercantil*, Madrid, 1969, págs. 7 y sigs.

(98) Para la crítica del reclamo de la concepción económica como noción sustitutiva de la categoría jurídica de la empresa, véase la obra clásica de FANELLI, G.: *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, págs. 65 y sigs., y sobre todo págs. 73 y sigs.

(99) ALONSO UREBA, A.: *Elementos de Derecho Mercantil*, cit., pág. 69. «Ello se traduce —añade el autor— en la teoría de la empresa y en el ámbito del Derecho Mercantil, en el desarrollo progresivo, en la doctrina y en el Derecho positivo, de

«Derecho de la Empresa» (100) («Unternehmensrecht») dependiente de la forma jurídica, a través de la evolución diacrónica del Derecho regulador de las sociedades Anónimas hacia un complejo *Derecho de organización de la gran empresa* (cogestión, grupos, etc.). El método de la economía pretende aprehender el fenómeno económico-social empresa teniendo en cuenta que en la misma confluyen entrelazados intereses diversos, internos y externos. Esta es la premisa para interpretar la superación de la separación sociedad-empresa mediante el desarrollo del «aspecto institucional», que parte de la empresa como institución social, propiciando una concepción institucional de la empresa, esto es, implicando en la estructura organizativa de la empresa una multiplicidad de intereses privados y públicos (101). Una concepción institucional que paradójicamente da la mano en algunos extremos a ciertas teorías democratizadoras de la estructura empresarial.

El método derivó hacia el dogmatismo y ha impedido una reflexión más profunda de la empresa desde la teoría jurídica. La idea de que el Derecho se limitaría a recoger las tendencias evolutivas detectadas en el sistema económico autorreferente (y en particular los ciclos del desarrollo de la empresa entendida como unidad de organización económica y social) ha impedido en no poco el

los denominados aspectos objetivo o patrimonial («Unternehmen als Rechtsgegenstand», la «Azienda»), subjetivo (referente a la titularidad y a la actividad empresarial: «Unternehmensträger», «Unternehmensformen», régimen de status, competencia... ) y, más recientemente, el institucional (proceso de personificación de la «Unternehmensverband» en la gran Sociedad Anónima), aspectos a través de los cuales se contempla la estructura interna de la empresa (formas organizativas y su funcionamiento) y su actuación en el tráfico. Lo que cambia en la actualidad es la óptica individual-privatista con que el Derecho Mercantil configurado en el XIX contemplaba esos distintos aspectos, siendo a destacar, además, el especial desarrollo del aspecto institucional» (Ib., pág. 69).

(100) Vid. OPPO, G.: «L' iniziativa economica», en AA. VV.: *La Costituzione economica*, Milano, 1990, págs. 65 y sigs.; Id.: «Diritto dell'impresa e morale sociale», en *Riv. dir. civ.*, 1992, I, págs. 15 y sigs.; SPADA, P.: «Gli «scritti giuridici» di Giorgio Oppo: Diritto dell'impresa», en *Riv. di Diritto civile*, núm. 6 (1992), págs. 5551 y sigs.

(101) ALONSO UREBA, A.: *Elementos de Derecho Mercantil*, cit., pág. 72. Como hace notar Alonso Ureba la teoría institucional pretende superar «la relación sujeto-objeto (sociedad-empresa), lo que a su vez implica una nueva distribución de poderes dentro de la Sociedad Anónima que de forma jurídica organizativa del capital pasaría a ser forma jurídica de la «Unternehmen» (empresa) como «Sozialgebilde» (institución social). El desarrollo de este aspecto institucional plantea, además, serias dificultades sistemáticas respecto de la relación del «Unternehmensrecht» con otras disciplinas y en particular con el Derecho laboral, lo que también sucede, aun cuando en forma distinta, en aquellos países en que no hay un desarrollo del aspecto institucional conectado con la estructura interna de la empresa bajo forma de Sociedad Anónima, sino que la participación de los trabajadores en las grandes decisiones de la política empresarial se canaliza a través de la negociación colectiva (caso italiano)» (Ib., págs. 72-73).

despliegue de las construcciones jurídicas desde una racionalidad jurídica y política propia, no «usurpada» al servicio de los principios y valores consagrados en los textos constitucionales contemporáneos. Desde esta perspectiva, las categorías jurídico-formales se deberían limitar a recoger («reflejar») las categorías formuladas por la ciencia económica. El intento ha encontrado en nuestro país su expresión más nítida en un sector amplio de la doctrina mercantil, para quienes el concepto jurídico unitario de empresa, válido para todas las disciplinas jurídicas, se identifica con el concepto económico de empresa (102). Se trata, pues, de la importación de un modelo construido por la ciencia económica.

De hecho el método de la economía, que con el tiempo invadió otros campos del Derecho, no se puede decir que haya obtenido resultados muy luminosos (103). Su punto de partida originario —que afectó sensiblemente a su contribución— fue la afirmación de la necesidad de reglas de Derecho, no dictadas imperiosamente por la ley escrita, sino, por el contrario, por la economía. Pone un especial énfasis en la necesidad del conocimiento de los factores económicos para la investigación y la creación del Derecho. Pero este modo de pensar manifiesta ya de por sí los aspectos más valiosos y al propio tiempo los más problemáticos del método de la economía (o «método económico jurídico» como lo denomina Lorenzo Mossa (104)). Si el método introduce una renovación metodológica que intenta superar la jurisprudencia conceptual mostrando la vinculación (y la unión) entre la economía y el Derecho, ha podido derivar en una reducción de éste a las consideradas exigencias «inmanentes» de la economía (y de su particular tipo de racionalidad). Lucha contra el método aislacionista de la dogmática tradicional, pero a

(102) BROSETA, M.: «La empresa como objeto del tráfico jurídico. Problemas previos», en *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1965, págs. 13 y sigs.; FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: «Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos», en *RDM*, núm. 95, 1965, págs. 7 y sigs.; GIRÓN, J.: «Sobre las características generales desde el punto de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor A. Polo*, Madrid, 1981, págs. 281 y sigs.

(103) Un juicio que ya emití MOSSA, L.: *Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX*, Madrid, 1948, pág. 96. Para una utilización más general de la técnica legislativa llamada «método de la economía», véase, dentro de la cultura alemana, HEDEMANN: *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, Berlín, 1922, y HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1953-1954, que plantean la necesidad de reorganizar sobre bases nuevas los conocimientos teóricos sobre el Derecho regulador de los procesos económicos. Para su proyección en la teoría general del negocio jurídico, véase desde una perspectiva jurídico-crítica GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, trad. F. de P. Blasco Gascó y L. Prats Albertosa, Valencia, 1992, págs. 46 y sigs.

(104) MOSSA, L.: *Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX*, cit., pág. 97.

menudo a riesgo de incurrir en un determinismo economicista del Derecho y las categorías jurídicas. La afirmada unidad de «forma y materia» —una de las aportaciones más significativas del método que cobró nueva luz con la obra Stammler (105) — en el método de la economía no tendría que traducirse como bien es verdad que ha sucedido en muchas ocasiones, en la virtual negación de un ámbito de autonomía propio del sistema jurídico inserto en sistema ambiente (sistema social global). No obstante, se insiste en que el método ha tenido desarrollos utilísimos no sólo para la investigación y la creación del Derecho, sino también en el plano de la formación de los juristas, a través de que éstos consideren la economía y los economistas consideren a su vez el Derecho. Ello hace aparecer en escena un nuevo tipo de jurista, «jurista de la economía» y una valorización de la exigencia de la ciencia jurídica como Derecho como ciencia social (106).

Bajo el prisma del «método de la economía» la política de construcción jurídica tiende a adecuar las categorías jurídico-formales (repudiando los conceptos jurídicos abstractos en cuanto separados de la concreta tipología histórico-social; es decir, en la medida en que no sean reflejo de la realidad económica), siendo así que las formas jurídicas y la disciplina jurídica de las mismas deberían corresponder y ser reflejo de la sustancia económica de los fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico: las categorías jurídicas tendrían como punto de partida los conceptos utilizados en la economía y, por tanto, el margen de autonomía y autorreflexividad del sistema jurídico quedaría reducido a sus más estrictos límites.

Este economicismo jurídico tiende a separar el Derecho de la política como mero «accesorio» económico de la sociedad, simple técnica reguladora de las relaciones de producción (107). Su visión naturalista del Derecho queda bien reflejada en la aspiración de Goldschmidt de «un Derecho derivado de la ínti-

(105) STAMMLER, R.: *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia*, trad. W. Roces, E. Reus, Madrid, 1929.

(106) MOSSA, L.: *Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX*, cit., pág. 10. En este sentido, SANTORO-PASSARELLI, F.: «L'impresa nel sistema del diritto civile», en *Riv. dir. comm.*, 1942, I, pág. 377 (no sin consideración crítica, cuanto que dudaba de la bondad de una metodología jurídica basada en transposición *directa* de las categorías económicas a la disciplina jurídica y lenguaje del Derecho, desatendiendo las determinaciones de política jurídica que subyacen y fundamentan a toda regulación jurídica); ASQUINI: «Problemi dell'impresa», en *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pág. 2; Id.: *Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 1951, págs. 20-21.

(107) GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pág. 17. Véase también consideraciones de ASCARELLI, T.: *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, trad. E. Verdura Tuells, Barcelona, 1964, págs. 29 a 137. Un planteamiento crítico sobre la técnica legislativa llamada «método de la economía», a propósito de su repercusión en la teoría del negocio jurídico, puede hallarse en GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, trad. F. de P. Blasco Gascó y L. Prats Albertosa, Valencia, 1992, págs. 46 a 55.

naturaleza de las cosas y de las relaciones, igual en todos los tiempos y para todos los lugares» (108). Este tipo de metodologías contribuyó decisivamente a que el economicismo se convirtiera en la filosofía dominante de la doctrina mercantil (109). En efecto, «progresivamente arraiga el convencimiento de que el derecho mercantil no es otra cosa que la sobreestructura legal de la economía de cambio y que de ella y sólo de ella adquiere su razón de ser (una razón de ser «objetiva», como sostiene Paolo Greco al combatir la propuesta de unificación del derecho privado)» (110). Esta metodología sitúa en un segundo plano los aspectos jurídico-políticos en la reconstrucción histórica del Derecho mercantil y, en particular, del Derecho de la empresa. Tales aspectos jurídico-políticos deben ser revalorizados frente a una visión economicista que no ha sido capaz de resolver el problema de los orígenes y sentido de las instituciones jurídicas que disciplinan la actividad económica (111). No existe una coincidencia «natural» de la empresa económica tal como surge de la iniciativa privada y su configuración en el sistema positivo, sino una relación más compleja de mediación de las categorías jurídico-políticas en el ordenamiento de la actividad económica.

La visión economicista del Derecho incurre en un reduccionismo en la construcción, comprensión y explicación de las categorías jurídicas porque «las categorías económicas, por sí solas, son insuficientes para un conocimiento histórico completo del Derecho mercantil» (112). Por sí mismas son incapaces de explicar el desenvolvimiento histórico de las instituciones jurídicas. De este modo las categorías necesarias para el conocimiento del Derecho no pueden ser sólo económicas sino también las propias de otras ciencias sociales (incluidas las jurídico-políticas) que den cuenta de factores de causalidad eminentemente de carácter político-social. Desde este punto de vista metodológico se puede convenir que el Derecho mercantil (vale decir también los otros sectores del ordenamiento jurídico que regulan y organizan la actividad económica del capitalismo) no es una «categoría ontológica», sino «histórica» en cuanto Derecho del capitalismo en su distintas fases o momentos de desarrollo (113).

(108) La cita corresponde a GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pág. 27.

(109) GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pág. 27.

(110) GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., págs. 27-28. Para P. Greco, el Derecho mercantil «deriva siempre de la naturaleza de los hechos mercantiles y de su objetiva diversidad de los hechos civiles» («Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale», en *Rivista del diritto commerciale*, 1934, I, pág. 337, cit. por GALGANO, F.: *Historia...*, op. cit., pág. 28.

(111) Vid. GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., págs. 23 y sigs., y 31 y sigs.

(112) GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., 32.

(113) Vid. ASCARELLI, T.: «La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale», en *Rivista del diritto commerciale*, 1934, pág. 1; Id.: *Appunti di diritto commerciale*, I, Roma, 3ª ed., 1936, págs. 3 y sigs.; *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, cit., págs. 29 y sigs. En el mismo sentido, RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Buenos Aires, 1950.

Incluso desde una posición en absoluto encuadrable en el naturalismo propio del economicismo jurídico (vía método de la economía, vía Escuela del Análisis Económico del Derecho) se ha señalado, en fecha no excesivamente lejana que «La empresa continúa considerándose como institución del Derecho mercantil y no logra convertirse en institución de un nuevo «derecho de la producción». Aquello que la actividad empresarial tiene de específico, y que la ciencia económica define como «combinación» de los factores productivos para crear nueva riqueza, se desarrolla al margen del ordenamiento jurídico, en un «espacio vacío de derecho», estableciendo, de un modo absoluto, la noción burguesa de libertad, y en especial el principio de libertad de industria, como *rechtsleerer Raum*. Este espacio vacío de derecho es una consecuencia «natural» del modo de producción, de la marginación de los trabajadores del control de los medios de producción y de la enajenación de la fuerza de trabajo» (114). Este planteamiento peca de una infravaloración del papel de las reglas jurídicas en la conformación de la estructura de la empresa y le es objetable paradójicamente un juicio de reproche por incurrir en un naturalismo. El sistema jurídico, las categorías jurídico-políticas, influyen más de lo que en apariencia pueda manifestarse en la conformación de las instituciones económicas empresariales. Por otra parte, según la Constitución, el proceso productivo no puede desarrollarse en el «espacio vacío de regulación específica» conforme a la aplicación de los esquemas de Derecho común tradicional que tiende a centralizar la forma empresa en la figura del empresario titular. El texto constitucional se asienta en una concepción pluralista de la empresa como ámbito en el que confluyen una multiplicidad de intereses diversos que han de ser conciliados.

Se ignora que el Derecho puede construir un concepto de empresa al servicio de sus propios fines, sin que por ello pretenda sustituir al prevalente en la ciencia económica y sin que se cuestione, por supuesto, la necesidad de una estrecha colaboración crítica entre juristas y economistas en la formación de un Derecho de la empresa (115). Con sabia prudencia se puso límites precisos a la:

(114) GALGANO, F.: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., 202. Un autor que, sin embargo, reivindica en esta obra la superación por vía de la política del Derecho de la noción clásica de la empresa, por su carácter reductivo que niega el carácter social de la producción y que desde la constitución exigiría ir más allá del simple reconocimiento de la libertad de iniciativa económica, como libertad de los empresarios, para coordinarse con el ejercicio de otras libertades constitucionalmente reconocidas (ib., págs. 210 y sigs.). Abriendo, pues, un amplio espacio para la actividad «constructiva» (o reconstructiva) de la política jurídica.

(115) CASETTA, E.: «Diritto, economia, diritto dell'economia», en *Il diritto dell'economia*, Milano, 1988, págs. 27 y sigs.; GIRÓN, J.: *Tendencias generales e el derecho mercantil* (Ensayo interdisciplinar), Madrid, 1985, págs. 172 y sigs.; CAFFÉ, F.: «Diritto ed economia: un difficile incontro», en *Giur. comm.*, 198, pp. 5 y ss.; Galgano, F. (Dir.): *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, t. I, Padova, 1977.

bondades del «método de la economía» como técnica legislativa, cuando T. Ascarelli advirtió sobre el peligro de que se confundan sin más las categorías construidas por la teoría económica y la reflexión realizada en el cuadro de la ciencia jurídica, ya que asumir «por la economía la reconstrucción tipológica de la realidad con la que debe enfrentarse el jurista, además de negar la autonomía del Derecho, implica que la realidad puede ordenarse *sub specie aeternis*. Quienes quieren recurrir a categorías de la ciencia económica pretenden implícitamente recurrir a un modelo constantemente válido al que se corresponden categorías jurídicas a su vez pretendidamente eternas» (116). Este agudísimo análisis se confirma ante los problemas de la «petrificación» que se detectan hoy en las carencias de reflexión jurídica sobre la especificidad de las empresas en el sector terciario (que tiende a prevalecer en la actualidad) y en los procesos de «despatrimonialización» o «desmaterialización» de la empresa contemporánea (117). Esta situación exigiría una reflexión seria respecto a la corrección de los conceptos recibidos, a veces, acriticamente de la ciencia económica y que han construido las nociones de empresa y establecimiento sobre índices extrajurídicos. Pero también debe advertirse sobre el exceso de una construcción jurídica que pretenda aislarse herméticamente respecto de las elaboraciones de la ciencia económica (118). No es el momento ahora de traer a colación los problemas de identificación de las nociones de centro de trabajo y unidad productiva autónoma de la empresa y las distorsiones que ha supuesto la recepción acrítica de las elaboraciones construidas por la teoría económica al servicio de precisas opciones de política del Derecho «flexible» (119).

Es más, el análisis de los grupos de normas que tienen como centro de referencia a la empresa pone de relieve que la realidad socio-económica de la empresa es abordada por el Derecho «en sus distintos aspectos, haciéndolos objeto de disciplinas diversas» (el Derecho mercantil, el Derecho del Trabajo, el Derecho fiscal, etc.) (120). Pero, con todo, el dato a subrayar es el error de

(116) ASCARELLI, T.: «Norma giuridica e realtà sociale», en *Studi in onore di F. Messineo*, vol. IV, Milán, 1959, pág. 70.

(117) GALGANO, F.: «Le istituzioni della società post-industriale», en AA. VV.: *Nazioni senza ricchezza. Ricchezze senza nazione*, Bologna, 1993, págs. 13 y sigs.

(118) COLOMBO, G. E.: *Il trasferimento dell'azienda ed il passaggio dei crediti e dei debiti*, Padua, 1972, págs. 22 y sigs.; TABELLINI, T.: *Il concetto di azienda*, Nápoles, 1967.

(119) Sobre el tema, MIÑAMBRES, C.: *El centro de trabajo*, Madrid, 1978; ID.: «Empresa», en *EJB*, II, 1995; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, 1987, págs. 202 y sigs.; ID.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Madrid, 1994, esp., págs. 165 y sigs. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.: «El centro de trabajo: configuración legal», en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, dir., E. Borrajo, vol. I, Madrid, 1990.

(120) VICENT CHULIÁ, F.: *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, pág. 71.

base de este tipo de metodologías que condenan al sistema jurídico a ser un «espejo» de las consideradas realidades económicas objetivas («espejo de la naturaleza económica»), sujetas a una apriorística dinámica propia de funcionamiento independiente y obedeciendo siempre a una racionalidad económica químicamente pura. Modo de pensar que, a veces, se traduce en la concepción del Derecho como un sistema «fatalista», que marcaría de antemano su curso a seguir. Sin embargo, en líneas generales, se debe subrayar un aspecto presente en todos los países europeos, a saber: que el Estado reguló las actividades económicas creando instituciones que encuadraron, coordinaron y propulsaron las actividades de las empresas privadas en distintas modalidades. En particular, por lo que aquí interesa más, el Estado, el Derecho estatal, respondía con una *política activa* al fenómeno de la concentración económica y a los problemas que ésta planteaba al sistema en su conjunto. El poder público no ha sido el mero «sostén» del sistema económico sino *también* un factor importante en su conformación específica. De ahí que los cambios producidos en el sistema económico contemporáneo (y señaladamente en el sistema de empresas) pueden y deben ser analizados teniendo en cuenta los cambios observados en el comportamiento del Estado y en el sistema jurídico. El Estado no es reflejo observable de la economía sino parte integrante de la formación económica del sistema capitalista (121). El Estado protege y mantiene el funcionamiento del sistema económico mediante su intervención normativa y mediante su intervención económica garantizando precisamente las condiciones de existencia de dicho sistema. No es difícil observar desde el primer momento que el Estado realizó una intervención normativa positiva para posibilitar e incrementar la concentración económica. Un primer tipo de intervención ha sido de tipo promocional, a través de la concesión de situaciones monopolísticas: patentes, monopolios legales, concesiones administrativas, etc. En fecha más reciente, otro aspecto de la intervención normativa en favor de la concentración se observa en aquellas leyes de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, que, sin embargo, permiten, y a veces estimulan, la racionalización y concentración de empresas («buenos trusts» frente a los «malos trusts»). No obstante, la irrupción más incisiva del poder público en el funcionamiento en la economía se produce bajo la forma de intervención económica en favor de la reestructuración de empresas (122).

El esquema teórico (método) del economicismo jurídico parte en el fondo de postulados esencialmente positivistas, que ignoran que el jurista (observador), se sitúa en el proceso de observación (conocimiento), directamente en

(121) Vid. COMMONS, J. R.: *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981; POLANYI, K.: *La gran transformación*, Madrid, 1989; BOWLES, S. y EDWARDS, R.: *Introducción a la economía: competencia, autoritarismo y cambio en las economías capitalistas*, trad. L. Toharia, Madrid, 1990, págs. 239 y sigs.

(122) VICENT CHULIÁ, F.: *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, págs. 27-28.

el seno de la «cosa» observada, lo que colapsa la distinción entre sujeto (Derecho) y objeto (formas económicas) (123). Por otra parte, el economicismo jurídico incurre en «reduccionismo», por su pretensión de construir «representaciones» de los hechos que fuerzan su «naturalidad»; no sólo dificulta la conciencia crítica de los mismos, sino que también tiende a reducir el Derecho de los grupos a la labor de la reproducción ideal de un «hecho externo» económico-social sobredeterminado causalmente por una realidad objetiva inmanente. Modo de pensar que presupone a su vez lógicamente que el Derecho es también una estructura completamente «externa» que incide de algún modo sobre dicha realidad objetiva de las prácticas de grupo (como si se tratara de hechos «naturales»). Pero en el fondo, sin negar sus respectivos ámbitos de autonomía, ambos mundos no están enteramente separados sino que se interfieren mutuamente en el sistema social global. Desde este punto de vista, el Derecho de los grupos no opera desde una perspectiva puramente externa a la conformación económica de las estructuras de grupo. Por lo demás el tipo de discurso economicista y determinista puede ser reapropiado fácilmente desde perspectivas conservadoras, «porque sugiere que los verdaderos resortes del cambio social se encuentran fuera del individuo o del grupo. Si la sociedad sólo cambia debido a alguna lógica externa, objetiva, profunda, como las *necesidades de la economía* (vale decir, de las exigencias inmanentes a las estructuras de grupo) o la lógica del capitalismo monopolista, entonces parece que no queda espacio para la acción política (y jurídica al fin)». El determinismo de «derechas» reifica el *statu quo*, mientras que el determinismo de «izquierdas» estimula una aquiescente espera al inevitable giro de la rueda de la historia. De manera similar, el reduccionismo es conservador porque niega la posibilidad de lo que los críticos ven como un instrumento central para la transformación social: el cambio de la conciencia a través de la crítica a los sistemas de creencias (124). De este modo, se reifica el sistema jurídico existente y las creencias existentes, aceptando el mundo (vale decir, las prácticas de grupo tal y como son realizadas por los agentes económicos y con técnicas jurídicas indiferenciadas extraídas del Derecho común) tal como parece que es, tanto ante el jurista (observador) como ante los observados (los grupos empresariales). El Derecho no es un elemento «subordinado» de la realidad social ni, en particular, de la economía. Por otra parte, el Derecho de los grupos está inseparablemente unido a la realidad económica de los mismos, porque la experiencia jurídica pone de manifiesto la «juridificación» de los procesos sociales en una

(123) Vid. SILBEY, S. y SARAT, A.: «Reconstituting the Sociology of Law», en GUBRIUM, J. y SILVERMAN, D. (eds.): *The Politics of Field Research. Sociology Beyond Enlightenment*, London, 1989, págs. 159-160; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada (Universidad), 1988; Id.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, 1992.

(124) TRUBEK, D.: «Where The Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism», *Stanford Law Review*, vol. 36 (1984), págs. 575 y sigs., en particular, pág. 617.

sociedad avanzada (no obstante la multiplicidad de modelos de regulación más «rígidos» o más «flexibles»). Las formas económicas y las relaciones económicas en la sociedad del capitalismo tardío están fuertemente juridificadas. En muchos casos —expresa o implícitamente— el Derecho asume una función constitutiva y definitoria de la mayoría de las relaciones sociales, especialmente las de tipo económico (125). Los factores internos a la propia «cultura jurídica» penetran (y se interpenetran) con las otras dimensiones del entramado social: no puede considerarse de manera simplista el Derecho como una variable puramente dependiente de la economía, comprensible y explicable según factores externos que en las sociedades complejas suelen estar precisamente dotados de márgenes importantes de juridicidad (y de normalización jurídica), según modelos filtrados por el sistema político-jurídico. En este sentido, se podría afirmar la *interpenetración o el carácter mutuamente «constitutivo» del Derecho y la sociedad (vale decir, las formas económicas de grupo)*. De este modo las «formas» jurídicas y el sustrato «material» de las relaciones sociales reguladas por aquéllas son interdependientes, con lo que debe situarse en plano distinto la distinción necesaria entre «forma» y «materia» en el fenómeno jurídico (126). Pero esta verificación no significa en absoluto que Derecho y sociedad (economía...) simplemente se confundan: el Derecho «constituye» y «es constituido», siendo así lo normal apreciar el componente jurídico de toda relación económica. Todas las economías avanzadas se hallan relativamente juridificadas, están casi siempre jurídicamente constituidas de algún modo y en alguna medida (siquiera sea parcialmente). En suma, el sistema económico es «dado» sólo relativamente, porque existe como objeto específico, pero no aparte de toda actividad jurídica: El sistema económico es en parte «dado» y «construido» (dato fundamental para eludir el *realismo metafísico, disfrazado bajo el soporte del «cientifismo»*) (127). Por su parte, el sistema jurídico es «construido» en cuanto que «fabricado» o producido por los hombres (el Derecho ha sido instituido, constituido y, por tanto, construido), pero no completamente aparte de las exigencias económicas sociales subyacentes o del ambiente (128). Dato reflexivo este último a tener en cuenta para no caer en la fácil ilusión de la suficiencia del orden jurídico, que la experiencia jurídica pone en su lugar.

(125) Véase KELMAN, M.: *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1987, pág. 243.

(126) Vid. GORDON, R.: «Critical Legal Studies», cit., págs. 102 y sigs.

(127) Sobre estas cuestiones, aparte de las obras citadas de K. POLANYI y L. DUMONT, consúltese DOBB, M.: *Teoría del valor y de la distribución desde Adam Smith. Ideología y teoría económica*, Madrid-Buenos Aires, 1973, que constituye, por lo demás, una aportación importante a la historia del pensamiento económico.

(128) Para el enfoque clásico de la cuestión metodológica en términos de si el Derecho es «dado» o «construido»; objeto de «ciencia» o de «técnica», véase GÉNY, F.: *Science et technique en droit privé positif*, 4 tomos, París, 1914-1925; Id.: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ª ed., 2 vols., París, 1919 (trad. cast. *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Madrid,

En particular, hoy se puede afirmar la penetración del Derecho en la empresa, no siendo, pues, la empresa un espacio privativo donde el empleador ejerce un poder sin límites, sino una *entidad jurídicamente organizada* (129), sea por el Derecho que se aplica a la empresa desde el Derecho legal, sea por el Derecho que emana de los actores operantes en el seno de la empresa. Por efecto, pues, del pluralismo jurídico, la empresa (de estructura simple o de estructura grupal) es un sistema institucional de reglas y relaciones jurídicas (130).

En el caso de los grupos de empresa o empresas de grupo el sistema institucional es gobernado a través de un modelo jurídico flexible, reflejándose aquí el fenómeno —de alcance más general— de desplazamiento del Derecho del Trabajo, de la heteronomía hacia la autonomía (autorregulación). La debilidad de la regulación de los grupos en el Derecho estatal parece obedecer a una precisa elección de política del Derecho dirigida a propiciar mecanismos de máxima flexibilidad por la vía de autorreglamentación de las prácticas de grupo y el «reconocimiento» de sus productos jurídicos por el sistema legal. Sin embargo, es oportuno señalar que desde el Derecho legislado no existe una verdadera política de *promoción* de la autonomía colectiva en los grupos de empresas: su introducción no se ha realizado en nuestro ordenamiento por vía del Derecho legislado, sino que se ha gestado paulatinamente a través de criterios sentados por la jurisprudencia y por las prácticas económico-jurídicas (en cuanto encauzadas jurídicamente a través de técnicas indiferenciadas) de los grupos. Es así que la inexistencia de una política promocional no ha impedido que con frecuencia la empresa de grupo haya sido el centro de gravedad de la negociación colectiva, pero también ha posibilitado formas de autorreglamentación patronal (el recurso al unilateral poder de organización del empresario).

Con todo, se podría decir, parafraseando al neokantiano R. Stammler (131), que el Derecho, en cuanto forma de la vida social, y la economía como forma de vida sólo podrán concebirse bajo una relativa autonomía, como objeto concreto de estudio, arrancando por abstracción del conjunto de la vida social.

Hijos de Reus, Ediciones, 1902. Un análisis general sobre esta controversia en la teoría jurídica moderna en DABIN, J.: *Teoría general del Derecho*, trad. F. J. Osset, Madrid, 1955, págs. 149 y sigs.

(129) Es esta línea de pensamiento SUPLOT, A.: *Critique du droit du travail*, París, 1994, pág. 170.

(130) Los procesos de juridificación pueden producirse por diversas vías de Derecho: Derecho legal o Derecho autónomo, por lo que el sistema jurídico puede combinar ambos caminos de regulación jurídica o puede optar decididamente por primar alguno de los posibles modelos de regulación jurídica (heterónoma o autónoma). Véase, en general, SANTINI, G.: *El comercio. Ensayo de economía del Derecho*, Barcelona, 1988; y, especialmente, GALGANO, F.: «Unità e pluralità di imprese nei gruppi di società», en AA. VV.: *Collegamento di società e rapporti di lavoro*, Milano, 1988, págs. 3 y sigs.

(131) STAMMLER, R.: *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia*, trad. W. Roces, Ed. Reus, Madrid, 1929. Sin que por ello se tenga que asumir su particular punto de vista sobre las relaciones entre Economía y Derecho.

La regulación jurídica es la forma de la vida social. Dicho en otras palabras: la sociedad humana no se desenvuelve en una vida *económica* de por sí y en una existencia *jurídica* como algo totalmente aparte. El orden jurídico y el orden económico, no se identifican, pero son mutua y necesariamente interdependientes. Toda la vida económico-social en la sociedades contemporáneas (sociedad eminentemente jurídica) está regulada en cierta medida dentro del universo del sistema social global. De ahí que se pueda decir que *con* la transformación de las reglas jurídicas por las que se rige cambiará también el modo de ser de la vida social. Pero es una concepción falsa ver en esta transformación el resultado de un influjo ejercitado por el Derecho *desde afuera* sobre una *Economía política con existencia natural*, que *si el Derecho no se preocupase de ella* tomaría cualquier otro giro (132). Los fundamentos determinantes a que responden las transformaciones del orden jurídico, en cuanto forma de toda vida social, hay que buscarlos, en último términos, dentro de la interacción dinámica existente entre Derecho y realidad social regulada (objeto de regulación). Dicho en otras palabras: el Derecho es una parte de la vida humana y debería ser examinado en aquel contexto, con todas sus complejidades de forma y función. Se debe abandonar la idea de que la estructura de la realidad determine mecánicamente (y de modo automático) la estructura del Derecho, subrayando, por el contrario, el carácter formador y conformador de la realidad por el sistema jurídico (al servicio de determinadas opciones de política del Derecho), de tal manera que el Derecho determina nuestra visión de la realidad, porque vemos las cosas a través de él. Cuando una institución es regulada por el Derecho, éste no se limita a realizar una mera ordenación de lo que había antes, sino que acaba imprimiendo una nueva «forma de vida». Esta manera de pensar debería de convertirse en una nueva forma de enfocar los problemas jurídico-institucionales y, en particular, los métodos y criterios de regulación jurídica de las estructuras de grupo empresariales.

Pero hoy la reacción neoliberal, partiendo de una visión idealista del Estado y del Derecho, tiende a recortar la acción del Estado. Las nuevas formas de liberalismo (los pensadores neoliberales) —de modo análogo, pero no idéntico, a los tradicionales modos de pensar de las doctrinas liberales— entienden que el Estado y el sistema jurídico son estructuras separadas de la sociedad. Es por ello, que el Estado debe «retirarse» del campo de la economía, reduciendo su función a garantizar el cumplimiento del Derecho establecido (esto es, «normativamente») y al apoyo de los procesos de autonormación social. Se postula un modelo de «Derecho de la economía» —de este modo «desnaturalizado»— sin intervención pública directa en el sistema económico (relegando el papel de la regulación estatal a una función de cobertura de promoción de los procesos de autorregulación social y de garantía minimalista). Desde este modo de pensar, se operaría una suerte de desplazamiento de la teoría de la estructuración de los grupos de empresas a un marco individualista *aestructurado*

(132) STAMMLER, R.: *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia*, cit., pág. 205.

(aunque no vacío de Derecho, es decir, no ausente de toda regulación jurídica). Tras esta breve consideración se comprenderá la presencia de modelos culturales heterogéneos en la posición metodológica que justifica la elaboración de una teoría de la empresa partiendo de una definición general económica, trasladando («importando») de forma directa o mecánica al sistema jurídico las categorías diseñadas o construidas por la ciencia económica. En esta línea de pensamiento se ha indicado que la empresa no es sólo un fenómeno de la economía sino un fenómeno del Derecho regulado por la legislación estatal, porque en los países de capitalismo avanzado el Estado intenta someter la economía a sus propias reglas (133). Admitida la interpenetración, el problema reside en verificar un cambio de modelo de regulación: del gobierno *político-jurídico* de la economía se tiende cada vez más a acentuar el principio de auto-gobierno de los agentes económicos y sociales.

Es un lugar común afirmar que los grupos de empresas constituyen una forma de cooperación entre las empresas, como consecuencia de exigencias de flexibilidad de gestión y de carácter económico y tecnológico que dan preeminencia a la programación y a la autofinanciación de una multiplicidad de unidades productivas. Frente a este tipo de exigencias «fisiológicas» de los grupos no puede pasar desapercibido tampoco el fenómeno de que la gran empresa pretende la máxima autonomía de los grupos. Las estructuras de grupo a distinto nivel (internacional y nacional) rompen algunos de los tradicionales postulados del capitalismo liberal. El modelo natural del mercado de libre competencia queda en buena parte desmentido por la estructura monopolista y oligopolista y las restricciones voluntarias de la competencia. Las grandes decisiones económicas sobre el qué producir, cómo producirlo y para quién producirlo se adoptan en la actualidad, en términos generales, en la cumbre del poder financiero y de los grandes grupos económicos. La transparencia del mercado desaparece debido al control monopolista de la información por parte de las grandes empresas (normalmente organizadas en estructura de grupo). La atomización y automatismo idealizadas en el pensamiento liberal ceden terreno ante un capitalismo y un mercado de grupos (134) dotados de relevantes y efectivos ámbitos de autonomía consentidos por el sistema jurídico general (135).

Sin embargo, atendiendo al diseño constitucional del modelo económico, el mercado no es contemplado como un «modelo natural», sino como un «modelo jurídico», en el sentido de «juridificado» para tratar de defender y equilibrar los distintos intereses concurrentes en la actividad económica. De

(133) VERDERA Y TUELLS, E.: «La dialéctica empresa-sociedad en el marco de la democracia industrial: experiencia española y perspectivas de futuro», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Valencia, 1995, págs. 3953 y sigs., en particular pág. 3953.

(134) En este sentido, VICENT CHULIÁ, F.: *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, pág. 25; REICH, R. B.: *El trabajo de las naciones. Hacia el capitalismo del siglo XXI*, Madrid, 1993, págs. 46 y sigs.

(135) Vid. CHAMPAUD, CL.: *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, París, 1962, págs. 66 y sigs.

este modo, la realidad existencial de los grupos de empresas,—reflejo de un fenómeno de concentración y cooperación de los actores económicos motivado por una multiplicidad de factores de causación—, siendo una manifestación del principio de libertad de organización empresarial (art.38 CE), *debe ser* organizada jurídicamente de manera que su legítimo desenvolvimiento sea compatible con la tutela de otros bienes e intereses de relevancia constitucional (principio de protección al trabajo; protección de los consumidores, etc.). Esta política de intervención en el marco del Estado social, no impediría «per se» la instrumentación de reformas de la estructura empresarial, en lo que se refiere a ese particular aspecto de las relaciones «externas» de las empresas que constituyen las reestructuraciones, concentraciones y uniones de empresas realizadas mediante procedimientos jurídico-privados, y a partir de la iniciativa privada, estimulada mediante la posible concesión de ventajas públicas de diversa naturaleza, sin desconocer la tutela de los intereses de los ciudadanos. Por otra parte, en las reestructuraciones, concentraciones y uniones de empresas, en el aspecto de sus relaciones internas, se ha de partir de que en la empresa coexiste una pluralidad de intereses específicos y claramente diferenciados, por lo que toda medida de apoyo a las reestructuraciones y uniones de empresas ha de atender a la garantía del principio de ciudadanía en la empresa (art.9.2 CE); a saber: la consagración de los principios de protección y de participación de los trabajadores en la dirección de los complejos empresariales en sus diversas formas de articulación (arts.9.2, 35 y 129.2 CE, señaladamente).

Lo importante es resaltar que el actual esfuerzo de reestructuración permanente de las empresas en España (y en la mayoría de los países europeos a impulso de la Unión Europea) se produce con la perspectiva y dentro del marco institucional preeminente de inspiración liberal. Esto es, se encomiendan las reestructuraciones y uniones de empresas a la iniciativa privada mediante mecanismos jurídico-privados y con políticas de estímulo o alentamiento público institucional, pero sin que hasta el momento se haya atendido satisfactoriamente las exigencias de un sistema de controles públicos y sociales de la actividad económica de los grandes complejos empresariales, tanto desde el punto de vista de las relaciones externas como desde la perspectiva de las relaciones internas (muy especialmente por lo que concierne al sistema de relaciones laborales en las empresas de grupo). Desde un punto de vista jurídico-crítico, se ha de señalar que los mecanismos de tutela de los trabajadores y otros intereses «difusos» en el cuadro de las reestructuraciones y uniones de empresas no puede por más tiempo desempeñar un papel secundario.

Tras este telón de fondo se haya el Derecho de los grupos de empresas —de conformación muy heterogénea y deliberadamente inorganizado, como corresponde a la actual «edad» del Derecho disperso— y el Derecho legal construido para contribuir a la reestructuración de empresas, en cuanto *objetivación en normas de una determinada política del Derecho*. Aquí el Derecho de los grupos —lejos de ser un mero reflejo de la economía y también de una definición positivista como un simple conjunto de normas— formaliza y conforma —con un margen de relativa autonomía jurídicopolítica efectivamente exis-

tente— en normas objetivas, en modelos jurídicos plasmados en grupos normativos, los mecanismos del sistema económico y social y de la política de distintos grupos. De este modo, las categorías extraídas de la ciencia económica no tienen por qué sustituir ni mostrar su «superioridad» respecto de las categorías jurídicas que la toman como referente desde su propio punto de vista y lógica «reflexiva» al servicio de los fines trazados mediatizadamente (es decir, mediatizando el rol de las categorías extraídas de la teoría económica y de las formas económicas) por la política del Derecho. Así el sistema jurídico puede adaptarse a la complejidad creciente (y a la situación de incertidumbre) (136) de la realidad económica en consideración a la realización de los objetivos socioeconómicos atendibles en cada momento por la política jurídica.

## ANTECEDENTES, ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA EXCEDENCIA LABORAL (1)

POR ANA ROSA ARGÜELLES BLANCO\*

**SUMARIO:** I. Los orígenes de la excedencia en la normativa funcional.- II. Antecedentes en el ordenamiento laboral: interrupciones no extintivas y suspensión del contrato de trabajo.- III. La regulación sectorial de la excedencia voluntaria.- IV. Supuestos especiales de excedencia en la normativa de aplicación general.- V. La regulación general de la excedencia voluntaria.- VI. La Constitución de 27 de diciembre de 1978: repercusiones en la excedencia por matrimonio.- VII. La excedencia en la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores.

La función protectora del Derecho del Trabajo se ha manifestado, entre otras facetas, en su propósito de procurar la estabilidad del trabajador que se ve afectado por determinadas circunstancias que le aconsejan dejar temporalmente el trabajo. Dicha estabilidad se consigue a través de diversas técnicas, entre las que se encuentra la excedencia, todas ellas con el objetivo común de mantener la relación laboral durante esa interrupción de los servicios, privando temporalmente al empresario de la facultad de resolver el contrato de trabajo, por más que durante ese período cesen las prestaciones básicas de trabajo y salario.

La excedencia nació en el ordenamiento jurídico español como una situación en la que podían encontrarse los funcionarios públicos. En un primer momento su disciplina se estableció de manera dispersa, en algunos reglamentos de cuerpos especiales, sin aparecer suficientemente delimitada respecto de otras figuras. Será en 1918 cuando alcance una regulación general, más perfilada y sistemática, en la que se recoge ya la tradicional distinción entre excedencia forzosa y voluntaria. Esta regulación servirá de modelo a las bases de trabajo de los Jurados mixtos y, más tarde, a las reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales, que la introducirán en el ordenamiento laboral y propiciarán su aplicación en sectores significativos de las relaciones de trabajo asalariado.

Quien pretenda comprender la regulación vigente de la excedencia laboral voluntaria no puede, pues, prescindir del estudio, siquiera breve, de su origen primero, de ese antecedente que representó la excedencia de los funcionarios.

(136) Sobre la incertidumbre como rasgo fuertemente caracterizador de la sociedad industrial avanzada, véase BECK, U.: «Teoría de la sociedad del riesgo», en BERIAIN, J. (Comp. ): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, 1996, págs. 201 y sigs.

(\*) Profesora de Derecho del Trabajo. (Universidad de Oviedo).

(1) Este trabajo forma parte de la memoria de Tesis Doctoral defendida por la autora en la Universidad de Oviedo, el 8 de marzo de 1996, bajo el título «La excedencia laboral voluntaria», cuya parte central se encuentra pendiente de publicación.