

Acotaciones a la visión orsiana de los fundamentos jurídicos del sistema económico capitalista

Notes on Álvaro d'Ors Visión of the Legal Fundaments of Capitalist Economic System

Miguel Alfonso MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA

Universidad de Navarra
mamechevarria@unav.es

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

Universidad de Málaga
brm@uma.es

RECIBIDO: 19/03/2016 / ACEPTADO: 02/12/2016

Resumen: D'Ors no escribió muchas páginas sobre economía, pero tenía ideas muy claras al respecto. Entendía que el derecho era autónomo con respecto a la economía, o más bien que ésta debería estar condicionada por él. Los autores consideran que su oposición al sistema capitalista es una de las consecuencias de abordar la economía desde una perspectiva jurídica, aunque no cabe negar la razonabilidad de sus argumentos. Hay dos puntos básicamente, que le suscitan problemas: la percepción de un interés por el préstamo de dinero y la confusión entre préstamo y propiedad en el caso de las sociedades anónimas

Palabras clave: Álvaro d'Ors; sistema capitalista; derecho y economía; préstamo a interés; propiedad; dinero; corporaciones.

Abstract: D'Ors did not write many pages about economics but had very clear ideas about it. He understood that law was autonomous with respect to economy, or rather that economy should be conditioned by law. The authors consider that his opposition to the capitalist system is one of the consequences of approaching the economy from a legal perspective although it should not be ignored the reasonableness of d'Ors arguments. There are basically two issues that are problematic for him: the perception of an interest in the loan of money and the confusion between loan and property in the case of corporations.

Keywords: Álvaro d'Ors; capitalist system; law and economy; interest loan; property; money; corporations.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la polifacética actividad académica de don Álvaro d'Ors, uno de los ámbitos que no puede pasar inadvertido es el de sus particulares puntos de vista frente al pensamiento económico vigente. Ciertamente, entre sus numerosísimos escritos apenas son unos pocos los que abordan esta materia, y siempre de una forma un tanto introductoria¹. Sin embargo, a lo lar-

¹ Los más importantes son, quizá, «Premisas morales para un planteamiento de la economía», en *Revista chilena de Derecho*, vol. 17-3 (1990), pp. 439-448. También «La función de la propiedad

go de todo su magisterio escrito y oral es fácil captar las líneas básicas de una reflexión constante sobre los fundamentos jurídicos de la realidad mercantil².

Parece indudable que d'Ors tuvo una clara percepción de que el derecho está íntimamente relacionado con la actividad económica³. De alguna manera consideraba el derecho como la forma que encauza y da sentido a la complejidad de la actividad económica haciendo así posible el ordenamiento civil. Algo que se hace patente de modo más concreto en sus comentarios sobre la estructura jurídica de la llamada empresa capitalista moderna.

A quien se aproxime a analizar la postura adoptada por d'Ors ante el sistema económico dominante, puede ser conveniente advertirle que esa postura sólo puede ser entendida en el contexto del pensamiento jurídico del autor. De otro modo, su exposición podría llevar a la falsa impresión de que se trata de una invectiva tradicionalista y, por así decir, fisiocrática, una especie de arbitristo sin el adecuado fundamento racional. En cambio, cuando el lector se sitúa en su adecuado contexto, las objeciones de Álvaro d'Ors al sistema económico actual, y más en concreto al capitalismo, resultan originales, lógicas, y en cualquier caso muy sugerentes. Ciertamente que sus propuestas son difícilmente encuadrables en los moldes al uso: él mismo se declara ajeno tanto al liberalismo capitalista como al socialismo colectivista⁴; a la vez, cualquier intento de situarle en una neutra «posición intermedia» choca con la propia coherencia de su pensamiento.

En una primera y superficial lectura cabría el peligro de asignarle a d'Ors la etiqueta de conservador, e incluso retrógrado, en lo que se refiere a las cuestiones económicas. Esto puede ser debido a su enfoque histórico, tanto del derecho como de la misma economía, pero sin que en ningún caso sea un historicista, como tampoco un tradicionalista. Así, cuando por ejemplo afirma

en la historia del ordenamiento civil», en *Historia del Derecho privado – Trabajos en homenaje a Ferrán Valls i Taberner*, X, Barcelona, 1989, pp. 2841-2865; y «Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa», en la revista argentina *La Ley*, año XLIV, n° 74.

² En particular, vuelve reiteradamente sobre estas cuestiones en dos escritos suyos que él mismo llamó «de recapitulación final»: *Derecho y sentido común*, Madrid, 1995, especialmente pp. 149 ss.; y *Nueva introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1999, en particular pp. 118 ss.

³ *Vid.*, por ejemplo, la relación que establece entre la evolución económica y desarrollo jurídico en Roma en su trabajo «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», cit., pp. 2851 s.

⁴ D'ORS, *Nueva introducción al estudio del derecho*, cit., p. 137 s. También en «Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía», cit., p. 439 (donde reconoce, con todo, que desde un plano puramente económico –no en otros aspectos ideológicos– el capitalismo le resulta incluso más rechazable que el comunismo).

que la situación presente se caracteriza por «la exaltación de la fraternidad humana a costa de la paternidad», podría tal vez pensarse que d'Ors añora el pasado, como un tiempo mejor⁵. Pero nada más alejado de la realidad, pues esa defensa de la paternidad, o más bien –en su propia terminología– de la autoridad, es a su juicio lo que hace posible que el derecho pueda proseguir su tarea de compaginar la estabilidad del ordenamiento civil con el inevitable crecimiento de la actividad económica.

En su opinión, la crisis del derecho tiene que ver con lo que llama tendencia actual a la «exclusividad de lo sincrónico»⁶, o, dicho de otra manera, al rechazo del carácter histórico del derecho. «Una mentalidad sincrónica se resiste a tener que buscar los principios aplicables al nuevo hecho real, condicionados tantas veces por cambios sociales profundos, en leyes o libros antiguos, escritos en unas circunstancias radicalmente distintas, y, a veces en un lenguaje que resulta poco inteligible»⁷. Un verdadero jurista no puede olvidar la diacronía, o anterioridad de los principios sobre las situaciones y los hechos de cada momento histórico, sin que, por otro lado, pueda dar la espalda a la novedad de esos hechos y situaciones, sino que debe prestarle suma atención, pues es precisamente esa novedad la ocasión para ahondar en la riqueza de los principios conceptuales y racionales de los que parte todo buen jurista.

En su trabajo sobre «La función de la propiedad y la historia del ordenamiento civil» pone d'Ors de manifiesto la relación tan estrecha que el derecho ha mantenido desde sus orígenes con situaciones nuevas surgidas de la creatividad de lo que de un modo un tanto vago acostumbramos a llamar economía. Sostiene, por ejemplo, que «para el derecho correspondiente a una época primitiva de la economía principalmente agraria, como es la de la Roma más antigua, se comprende que el derecho se ocupe principalmente de esa potestad respecto de la propia finca, con su instrumental servil y animal, y mejorada con esos usos de la servidumbres rústicas [...]. Solo la expansión del dominio romano impuso una visión más comercial del derecho»⁸. Es evidente que el paso desde una pequeña república agraria a un imperio solo fue posible mediante la creación de una poderosa fuerza militar permanente como fueron las legiones romanas. El problema es que entonces ya no cabían modos de vida

⁵ Vid. «Objetividad y verdad en historia», en *Verbo*, serie XXIII, 1984, p. 317.

⁶ Vid. *ibid.*, pp. 317 y ss.

⁷ Vid. *ibid.*, p. 317.

⁸ Vid. D'ORS, «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», cit., pp. 2851-2852.

como los de Cincinato, que podía pasar del arado a la lanza, o la inversa, ya que las legiones solo podían ser mantenidas mediante un esfuerzo impositivo creciente. Se daba lugar así a una espiral de influencias entre las conquistas militares, el aumento del comercio, la monetización de la economía, y la mayor facilidad para recaudar impuestos con los que mantener los ejércitos. En ese nuevo marco político y social –como señala d’Ors– «las cuestiones de propiedad pasaron a segundo término, y los juristas se fueron preocupando cada vez más [...] de la materia de las obligaciones, y en especial de los préstamos pecuniarios y de los contratos»⁹.

2. UNA VISIÓN JURÍDICA DE LA ECONOMÍA

Como ya hemos tenido ocasión de decir, los postulados críticos que d’Ors formula al sistema económico vigente –al capitalismo– vienen determinados por su modo de entender la relación entre lo jurídico y lo económico. Podría decirse que son las objeciones y perplejidades expresadas por un jurista que desde su perspectiva se acerca a las bases teóricas del sistema económico¹⁰. Si hoy muchos juristas han asumido los postulados del llamado «análisis económico del Derecho», pretendiendo que el estudio de las instituciones jurídicas y la propuesta de soluciones a los conflictos venga determinada por un criterio de maximización del beneficio, d’Ors parte en su análisis de la economía de una posición inversa, que bien podría llamarse «análisis jurídico de la economía»: se trata de enjuiciar la coherencia jurídica de los fundamentos del sistema económico. Esa concepción, más allá de un deseo de coherencia sistemática, se basa en el convencimiento de que sólo el respeto a las categorías jurídicas puede permitir poner las bases estables a un progreso económico justo.

Una última apreciación preliminar, antes de adentrarnos en el objeto de nuestro presente trabajo. Dada la ya mencionada originalidad de las posiciones de d’Ors, y su propia actitud, sería un error analizar su pensamiento económico como si se tratase de un *corpus* doctrinal acabado: en ningún caso ha pretendido formular un sistema económico completo, tarea que deja a los economistas, sino sólo confrontar, desde el punto de vista jurídico, la coheren-

⁹ *Vid.* D’ORS, *ibid.*

¹⁰ En ese sentido, él mismo resume su actitud diciendo que sus reflexiones son las de alguien que penetra «con la inocencia de un jurista en la maraña urdida por el capitalismo» («Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa», cit., p. 1).

cia interna del sistema económico vigente. Como él mismo ha sostenido «el hallazgo de nuevas soluciones económicas, que superen tanto al capitalismo como al socialismo radicales es un reto para los economistas, pero incumbe al jurista detectar los respectivos errores jurídicos de aquéllos»¹¹. En ese sentido, no pretendemos ir más allá de una aproximación jurídico-económica a los que consideramos los elementos básicos de la crítica orsiana al sistema vigente. A nuestro juicio, éstos pueden resumirse en tres: la impugnación del carácter fructífero del dinero, la denuncia de la confusión en las sociedades mercantiles de las posiciones de prestamista y propietario y la crítica a la actual configuración de las sociedades mercantiles.

2.1. *La impugnación al carácter fructífero del dinero*

Se trata de un punto esencial del pensamiento económico de Álvaro d'Ors, y uno de los elementos clave en su crítica al fundamento del llamado capitalismo –paralela, aunque no vayamos a tratarla aquí, de su crítica al comunismo–¹². Para entenderlo hay que partir del concepto jurídico de frutos, y de la peculiaridad que en relación con éstos presentan los bienes consumibles. Conforme a la tradición de derecho privado, son frutos «los rendimientos a cuya producción periódica está principalmente destinada la cosa que los produce»¹³. Dentro de ese concepto se engloban tanto los frutos naturales como los civiles, diferenciados según se deriven de la propia naturaleza de la cosa o de la cesión temporal de su uso. Así, son frutos naturales los productos vegetales, así como la leche, la lana o las crías animales, mientras que son ejemplo típico de frutos civiles las rentas derivadas de la cesión del uso temporal de un bien en arrendamiento¹⁴.

A su vez, los frutos son resultado de los actos de disfrute, uno de los tres contenidos que, junto al uso y la disposición o consumición, comprende el dominio. Si el resultado del uso es el mero empleo del bien sin provecho o merma del objeto mismo, ni extracción de utilidad tangible alguna, y la disposición entraña siempre la consunción total o parcial del objeto, el disfrute

¹¹ *Nueva introducción al estudio del derecho*, cit., p. 137.

¹² A su juicio, la atribución de carácter fructífero al dinero es el primer fundamento del capitalismo («Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía», cit., p. 444).

¹³ Así, D'ORS, *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 1997, p. 138; también, en parecido sentido, *Nueva introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 73.

¹⁴ D'ORS, *Derecho y sentido común*, Madrid, 1995, 154.

extrae sus aprovechamientos sin variar la naturaleza de la cosa que los produce¹⁵. De ahí se deduce que los bienes consumibles, caracterizados frente a los no consumibles por el hecho de que el primer uso es ya necesariamente consuntivo –de forma que no puede distinguirse en ellos actos de uso y de disposición–, presenten la peculiaridad de ser en sí mismos no fructíferos: el propio uso provocará la disposición o consumición del bien, siendo así que la percepción de frutos exige la intangibilidad de la cosa productora¹⁶.

Pues bien, si se acepta lo anterior, y se tiene en cuenta además que el dinero representa el ejemplo paradigmático de bien consumible, pues no puede usarse sin disponer de él, no cabe dudar que los intereses obtenidos por la cesión del uso de un capital monetario no pueden tener nunca la categoría de frutos, pues su percepción exige en todo caso un acto de disposición o consumición jurídica de ese capital¹⁷. Quien presta un dinero pierde su titularidad, dispone de él, adquiriendo a cambio un derecho de crédito sobre la cantidad prestada: el prestamista no es «dueño» del dinero –como si lo es, en cambio, el arrendador del bien cedido en arrendamiento–, sino acreedor de ese capital. En consecuencia, los intereses percibidos sobre ese capital no podrán nunca conceptuarse como fruto (*pecunia non paret pecunia*), ya que exigen previamente la disposición jurídica del supuesto «bien productor»¹⁸.

De todo lo dicho concluye d'Ors la necesidad de poner en tela de juicio la legitimidad misma de que la cesión de un capital dinerario dé lugar al cobro de intereses (*usurae*, en terminología clásica, independientemente de su carácter excesivo o no). «El dinero mismo no tiene más precio que su propio valor, y la cesión de su consumo da lugar a un crédito por la cantidad prestada, pero sólo abusivamente a una renta consistente en la «usura». Porque las rentas que una cosa no-consumible puede producir se llaman frutos civiles, pero el dinero es una cosa consumible que, por serlo, no puede producir frutos. Ha sido una invención de la economía capitalista el considerar frutos civiles las usuras del dinero prestado»¹⁹.

¹⁵ Sobre estos tres tipos de actos, *Derecho privado romano*, cit., pp. 136 ss.; también *Nueva introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 90.

¹⁶ La disposición o consumición puede ser física (matar a un animal, talar una árbol para leña) o jurídica (vender un objeto). En uno u otro caso, realizado el acto, se pierde para su titular el bien objeto del derecho.

¹⁷ D'ORS, *Nueva introducción al estudio del derecho*, cit., p. 95.

¹⁸ Pasará lo mismo con la carne extraída de los animales, que no podrá tener la categoría de fruto pues exige la consumición física de la cosa productora (*Derecho privado romano*, cit., p. 138).

¹⁹ *Nueva introducción al estudio del derecho*, cit., p. 96.

Es por tanto plenamente coherente con lo anterior que d'Ors sostenga, de acuerdo con la mejor doctrina civil, el carácter naturalmente gratuito del préstamo de dinero. La cesión de su uso, que entraña un acto de disposición, no debe en principio dar lugar sino a la devolución del capital prestado²⁰. El cobro de intereses habrá de pactarse expresamente y ha de fundarse en un título extrínseco. A su juicio «se puede considerar como contrario al derecho natural que una persona se enriquezca a costa del que necesita dinero, más allá de lo que pueda ser una indemnización por no poder disponer, quien la presta, de la cantidad prestada durante un cierto tiempo»²¹. Fuera de esos casos ordinarios de préstamos gratuitos, o sin pretensión al menos de ganancia, quedará todo lo más el préstamo del inversionista, concebido sobre las bases romanas del antiguo «préstamo a la gruesa», en que «quien presta dinero corre el riesgo de perderlo, por infortunio de su deudor»²². Será ese carácter en cierto modo aleatorio, y la participación en el riesgo o ventura de la operación mercantil, el que justifique en estos casos el cobro de intereses.

La posición expuesta, que al lector actual puede parecer sorprendente, resulta en realidad plenamente coherente con el pensamiento clásico. Platón, Aristóteles y Santo Tomás ya habían escrito contra la percepción de intereses en el préstamo, pues entra en contradicción con el carácter no fructífero del dinero y con la imposibilidad de separar en él uso y disposición²³. Pero eso no significaba que el cobro de intereses se considerase en todo caso injustificado,

²⁰ Vid. «Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía», cit., p. 444.

²¹ *Derecho y sentido común*, cit., p. 165.

²² *Ibid.* Sobre el llamado «préstamo a la gruesa» y su origen en el *fenus nauticum* romano, vid. *Derecho privado romano*, cit., p. 392.

²³ Vid. PLATÓN, *Las leyes*, V, 742 (Madrid, 1983, traducción de Pavón y Fernández-Galiano, p. 183). También Aristóteles, que en su *Política* declara que «con tanta más razón se aborrece la usura, porque en ella la ganancia se obtiene del mismo dinero y no de aquello para lo que éste se inventó, pues el dinero se hizo para el cambio, y en la usura el interés por sí sólo produce más dinero. Por eso se llama en griego *tokos*, pues lo engendrado es de la misma naturaleza que sus generadores, y el interés viene a ser dinero de dinero; de suerte que de todas las clases de tráfico éste es el más antinatural» (*Política*, traducción de Julián Marías, Madrid, 1983, p. 19). Por su parte, Santo Tomás establece que «percibir interés por un préstamo monetario es injusto en sí mismo, porque implica la venta de lo que no existe, con lo que manifestamente se produce desigualdad contraria a la justicia. Para evidenciarlo, debe recordarse que hay ciertos objetos que se consumen por el uso; así, consumimos el vino utilizándolo para la bebida, y el trigo al emplearlo para la comida. En éstos casos no deberían computarse separadamente el uso de la cosa y la cosa misma, sino que a quien se conceda el uso se le conceda también la cosa misma. De ahí que, tratándose de tales objetos, el préstamo transfiere la propiedad de los mismos. Luego, si alguien quisiera vender de una parte el vino y de otra el uso del vino, vendería dos veces la misma cosa» (*Suma teológica*, II-2, q. 18, 1).

por más que restringiese ampliamente su ámbito: excluida la condición de fruto del dinero, se hacía necesario fundamentar en cada caso su percepción. La doctrina católica tradicional, con la que enlaza d'Ors, sólo justificaba el cobro de intereses o *usurae* por la existencia de un título extrínseco –daño emergente y lucro cesante– que legitimase su percepción. «El *interesse* no es ganancia ni debe serlo. El *interesse* es siempre, conceptualmente, compensación de pérdida»²⁴. Esa posición llegó hasta los autores de la escuela española de Derecho natural, pero fue puesta en entredicho por el pensamiento económico de raíz protestante²⁵.

Esa impugnación del supuesto carácter natural del cobro de intereses por la cesión de un capital monetario representa, como ya se ha dicho, una impugnación de uno de los puntos centrales del pensamiento capitalista, basada en la inversión de dinero «rentable» en una empresa, y d'Ors es plenamente consciente de ello²⁶. Aparentemente, puede parecer una concepción antieconómica o «imprudente» del capital. En realidad, esconde un cambio de paradigma sobre el propio concepto de dinero.

2.2. *La confusión en las sociedades mercantiles de las posiciones de prestamista y propietario*

Se trata de un punto estrechamente relacionado con el anterior, y que también impugna un elemento esencial de la teoría económica capitalista. En ésta, las sociedades mercantiles desempeñan un papel fundamental, siendo el instrumento a través del cual se canalizan los capitales hacia el mercado. Los inversores aportan dinero a una sociedad por acciones o participaciones, con idea de poder obtener de ello un rendimiento económico, y se convierten por

²⁴ CLAVERO, *Usura: del uso económico de la religión en la Historia*, Madrid, 1984, p. 71. Para un estudio detallado de la antropología y la teoría moral y jurídica que impregnaba a los pensadores católicos al condenar el cobro de intereses o *usurae*, del mismo autor, *Antidora – Antropología católica de la economía moderna*, Milán, 1991.

²⁵ Vid. todavía Luis DE MOLINA, *Tratado de los préstamos y la usura*, Madrid, reedición, 1989, p. 189. Sobre el devenir posterior de esta concepción escribe Clavero que «con el protestantismo se iniciará el cambio de paradigma social que, entre otros efectos, ulteriormente implicaría la quiebra y el abandono, con todos sus corolarios, de la doctrina de la usura» (CLAVERO, *Usura: del uso económico de la religión en la Historia*, cit., p. 20).

²⁶ *Nueva introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 95, donde recoge que «el calvinista Demoulin (1506-1566) fue quien parece haber introducido la idea de que el dinero, al no ser físicamente consumible, podía producir frutos civiles».

esta vía en dueños de la sociedad: su titularidad se haya repartida entre los accionistas, mientras que los gestores o trabajadores de la empresa, en la medida que no son socios, son terceros ajenos a ella.

Sin embargo, a juicio de d'Ors, no puede decirse que el inversionista aporte a la sociedad un bien productivo, pues ya hemos visto que el dinero prestado no es susceptible de producir frutos, ni tienen por tanto tal consideración los intereses; en consecuencia, no resulta apropiado otorgarle la condición de socio, «siendo así que solo es un prestamista, un acreedor que queda fuera de la sociedad empresarial»²⁷. De ahí concluye que el accionista no debe ser considerado dueño de la empresa. En su opinión, el origen del beneficio de la empresa no reside en el dinero, sino en la capacidad de la organización de prestar un servicio útil y lícito a la sociedad. Considera además un error pensar que el fin de la empresa es proporcionar rédito a los accionistas, ya que eso supondría, como él mismo dice, la existencia de un préstamo sin límite establecido a la cantidad a devolver; un préstamo en el que cuanto más se «devuelva», mejor.

A su juicio, por tanto, la actual estructura de la empresa desfigura la realidad, y se haya basada en una confusión entre las posiciones de acreedor y socio: quien aporta dinero a la empresa es prestamista de ésta, pero no socio de ella, pues los socios deben tener *affectio societatis*, entendido como voluntad de anteponer el interés común al propio, mientras resulta que los inversionistas buscan únicamente su lucro individual y están dispuestos a especular con su participación sin preocuparse por el bien ulterior de la empresa. «La empresa capitalista se funda en la inversión rentable de los socios capitalistas, que no aportan trabajo, sino sólo dinero: en realidad, no son propiamente «socios», sino «prestamistas», y, como tales, no deberían participar en el gobierno de la empresa; sin embargo, la práctica de la economía capitalista es la contraria: son los inversionistas los que deciden, y son sólo jornaleros, los que trabajan»²⁸.

Por ello, Álvaro d'Ors plantea volver a una posición que considera jurídicamente más coherente, en la que los inversionistas sean considerados como lo que realmente son, acreedores de un capital prestado, por más que el hecho de participar en el riesgo o ventura de la operación justifique el cobro

²⁷ Ver D'ORS (2000), p. 396.

²⁸ *Nueva introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 96. También «Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía», cit., p. 443.

de intereses. Entiende que «lo que ha desfigurado este negocio de préstamo aleatorio del inversionista ha sido la conversión de éste en socio de la empresa, con intervención en las decisiones de ésta, aunque sea en perjuicio de los trabajadores, sean éstos socios o meros asalariados. De ahí el conflicto constante entre «capital», es decir, el dinero prestado, y «trabajo», que ha sido causa de enfrentamientos violentos, una de cuyas manifestaciones es el despido de los trabajadores, y otro, la huelga de éstos en perjuicio de la empresa. Toda esta patología de la vida económica procede del error jurídico de convertir en socio al que sólo es un prestamista»²⁹.

Además de este problema, la conversión del inversor capitalista en socio da lugar a un segundo problema, al que d'Ors hace mención aludiendo a la equiparación funcional entre las modernas sociedades mercantiles y la institución de la esclavitud. En efecto, por un lado, observa d'Ors que las sociedades cumplen hoy una función de limitación de la responsabilidad de los socios, por vía de la atribución exclusiva de responsabilidad al propio capital social, tal como en la antigua Roma sucedía con los negocios realizados por los esclavos, en que el dueño sólo respondía por el peculio atribuido al esclavo gestor o por el propio beneficio obtenido (acciones «de peculio» y «de in rem verso») ³⁰. Pero más allá de ello, considera en sí mismo abusivo que un ente dotado de personalidad pueda ser «propiedad» de otras personas, los accionistas, como sucede en las actuales sociedades mercantiles. A su juicio, «ya el hablar de dueño de la empresa es contrario a la idea de que las personas, tampoco las personas jurídicas, como es la empresa, no pueden estar sometidas a un dueño, pues en eso consistía la esclavitud. Pero ese dominio resulta más inapropiado todavía cuando esos dueños no son los que aportan bienes productivos o trabajo, sino los que prestan dinero a la empresa y se convierten, sin serlo propiamente, en socios, y socios propietarios»³¹.

Lógicamente, asumir toda esta serie de críticas lleva consigo un total replanteamiento de la actual estructura empresarial. Implica trasladar el peso de la empresa del capital al trabajo y a la aportación de bienes, y configurarla de modo que el aumento de riqueza de los inversionistas no sea su fin esencial. De ello trataremos a continuación.

²⁹ *Derecho y sentido común*, cit., p. 166.

³⁰ Sobre esa posición del esclavo, en particular, *Derecho privado romano*, cit., p. 231.

³¹ *Derecho y sentido común*, cit., p. 164. En el mismo sentido, «Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa», cit., p. 1.

2.3. *La crítica a la actual configuración de las sociedades mercantiles*

En el pensamiento de d'Ors está muy presente, conforme a lo hasta ahora dicho, una reformulación de la idea de empresa. Puede decirse que ésta viene actualmente basada en la finalidad de enriquecimiento de los inversionistas, la atribución a éstos de su titularidad y la amplia concesión de personalidad jurídica. En su pensamiento, en cambio, se hace necesario partir de otros puntos de vista, que llevan a una rehumanización de la institución.

El punto de partida de su pensamiento sobre la empresa viene dado porque el hombre no está destinado a producir, sino a llevar a cabo un servicio a favor de los demás, desarrollando así su propia vocación personal y profesional. En consonancia con ello, d'Ors considera que la empresa, como asociación de personas que realizan conjuntamente un servicio, tampoco está destinada a la producción y al enriquecimiento de los socios o de los inversionistas, sino a buscar el mantenimiento y mejora de los que en ella trabajan³². Así, él concibe la empresa «como sociedad de personas que trabajan en común, no para producir, pues, como hemos dicho, los hombres no tienen como fin producir cosas, sino para asegurarse un mantenimiento económico y, a poder ser, un mejoramiento de él: una comunidad de trabajadores que se ayudan recíprocamente a compartir, aunque sea de manera desigual, las ganancias por los bienes que produzcan con su colaboración laboral, y a mejorar humana y razonablemente su tenor de vida, y el ahorro, con vistas a asegurar la economía de su descendencia»³³. En consonancia con ello, entiende lógico que sea la propia empresa, y sólo subsidiariamente el Estado, quien ejerza las funciones asistenciales en relación con los socios, atendiendo las contingencias de enfermedad, jubilación y gestionando otras ayudas, pues la finalidad de la empresa es la atención de los socios, y no el enriquecimiento de los inversionistas³⁴. De ahí que señale a la cooperativa como la forma actual que mejor se ajusta a su concepción de la empresa³⁵.

De esa finalidad de interés general, en cuanto que busca el bien del entero conjunto, se deriva a su vez la posible justificación de atribución de personalidad jurídica a la empresa³⁶. En su pensamiento late claramente la idea de

³² «Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía», cit., p. 442.

³³ *Derecho y sentido común*, cit., p. 159 s; también, en parecidos términos, pp. 163 s.

³⁴ *Derecho y sentido común*, cit., p. 161; también, «Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa», cit., p. 1.

³⁵ *Derecho y sentido común*, cit., p. 159.

³⁶ *Derecho y sentido común*, cit., p. 156. También en «Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa», cit., p. 2.

que la mera finalidad de facilitar la contratación con terceros, y el conceder una autonomía y separación patrimonial respecto a los socios no justificaría por sí misma esa concesión de personalidad. Es más, puede decirse que Álvaro d'Ors comparte con otros civilistas modernos su suspicacia ante el posible abuso de la personalidad jurídica que puede permitir a los socios evadirse de la responsabilidad por las deudas sociales³⁷. Sólo el hecho de que la empresa colabore al bien común promoviendo el bien integral de sus socios justifica en su pensamiento el que goce de personalidad jurídica.

3. D'ORS EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA MODERNA

Nos queda por último establecer un contraste entre las ideas de d'Ors sobre los fundamentos jurídicos de la economía y lo que se ha dado en llamar análisis económicos del derecho, que no son sino los fundamentos filosóficos que están detrás de la teoría económica elaborada en los dos últimos siglos.

Según d'Ors la concepción primitiva y pagana del derecho romano suponía un sistema de poderes, pues no se trataba solo del acto puramente intelectual de la prudencia –propio del juez– de determinar lo suyo, lo de cada uno, sino que conllevaba unas potestades capaces de imponer por la fuerza la decisión prudencial. Se trataba, por tanto, de un sistema de potestades privadas, o para decirlo de manera más técnica, de *acciones*.

No obstante, la propia dinámica del acto prudencial en que se funda el derecho romano supo encontrar la racionalidad jurídica de los sucesivos cambios políticos y sociales que se fueron produciendo en la historia de Roma. Con la aparición del cristianismo, se reforzaría la tendencia a dar primacía a los deberes sobre las potestades, al *rectum* sobre el *ius*. Es decir, se comenzaría a entender el derecho no tanto como un sistema de potestades, sino más bien como un sistema de deberes socialmente exigibles.

Este cambio de enfoque llevaría a distinguir más netamente entre la moral, ámbito de lo que la conciencia exige de cada persona, y el derecho, ámbito

³⁷ *Derecho y sentido común*, cit., p. 158. Muchas concomitancias en este punto con el pensamiento de d'Ors pueden verse en la postura defendida por Federico de Castro: cfr. su trabajo «La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica», ahora en *La persona jurídica*, Madrid, 1984, pp. 21 ss.

de lo que es socialmente exigible a todos los miembros de una comunidad. Sin que esa distinción implique ni separación, ni confusión entre la potestad y el deber³⁸.

Por surgir de la conciencia –lo propio de cada persona– el deber no es siempre socialmente exigible. No cabe por tanto confusión entre moral y derecho. Por otro lado, la sociedad u ordenamiento civil requiere un mínimo de exigibilidad de deberes o servicios prestables por parte de los miembros de una comunidad. Un mínimo que, ciertamente, puede variar, ser distinto según culturas y tiempos. En cualquier caso, ni la moral puede llegar a convertirse en derecho, ni el derecho puede prescindir de su base moral, pues en caso contrario el origen de la obligación solo puede provenir de la pura violencia, de un influjo externo a cada hombre.

Si el derecho se entiende como un sistema de puro poder, de violencia lícita, no es fácil ni la continuidad ni la distinción entre la moral y derecho. En tal caso el orden social será siempre imposición de lo que conviene a los más poderosos que, por definición tienden a ser una minoría cada vez más reducida. Con el agravante de que la moral queda entonces reducida a prejuicio o, en el mejor de los casos, a una tendencia natural.

Cuando se define la justicia como «dar a cada uno lo suyo», la primera idea que viene a la mente es que «lo suyo» es su propiedad, concebida como un derecho. Por contra, para «la genuina mentalidad romana, lo que hoy llamamos propiedad era la cosa misma en cuanto que es nuestra, y no un derecho, no algo parecido a lo que los modernos han concebido como un derecho subjetivo de propiedad»³⁹. Para el derecho genuinamente romano la propiedad no aparece espontáneamente como un «derecho», transferible y diferenciado de la corporeidad de la cosa misma que se pretende tener como propia; la palabra *res*, cosa, sin más, quería decir lo que hoy llamamos propiedad.

Con la aparición de la llamada economía moderna o capitalista que tuvo lugar a lo largo del siglo XVIII, el proceso histórico de evolución del derecho romano hacía los deberes y las obligaciones fue interrumpido, provocando un retroceso. No tuvo lugar la supuesta recuperación del concepto original romano de propiedad, sino más bien de una anacrónica y falsa visión de la propiedad radicalmente individualista.

³⁸ Sobre la relación entre el derecho y la moral resulta muy sugerente el trabajo de d'Ors, «Liberalismo moral y liberalismo ético», *Razón Española*, 75 (1996), pp. 9 ss.

³⁹ *Vid.* «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», cit., p. 2842.

No son pocos los historiadores de las ideas económicas que sostienen que el capitalismo moderno tuvo sus raíces teóricas en el supuesto individualismo posesivo que tenía el antiguo derecho romano. Postura que d'Ors no comparte ya que, en su opinión: «aunque el propietario sea siempre una persona individual, y no existía nada parecido a lo que podríamos llamar un patrimonio familiar, en el sentido moderno, sin embargo, la concepción romana, tanto aquí como en otras manifestaciones, no fue individualista, como llegó a serlo a través de la reelaboración liberal del moderno Derecho de Pandectas; y no lo era la propiedad precisamente porque el *dominus* figuraba siempre como jefe de un grupo familiar»⁴⁰.

Para d'Ors el sentido primitivo del *ius* romano consistía en «actos de violencia de quien tiene un poder lícito», ya fuese sobre personas o sobre cosas. Ahora bien, con la generalización del comercio y el uso cada vez más amplio de la moneda se llevó a cabo una primera relativización de este modo de entender el *ius*. Así, por ejemplo, el poder sobre las personas o las cosas pasó a ser representada por una cierta cantidad de dinero. Dando lugar así al principio de que la condena judicial ha de consistir siempre en una cantidad de dinero, *condemnatio pecuniaria*. El «ius» se convertía así en último término en una deuda potencial tasada: de un dominio real se pasaba a una relación obligacional.

Lo más interesante es que los modernos dejaron de considerar que la propiedad era sobre todo la de la tierra, en el sentido de *mancipium* familiar, para entender que ésta radicaba sobre la propia corporalidad, y de modo muy particular sobre la propia labor. En este sentido destaca la postura de John Locke al que se podría considerar el fundador más remoto del análisis económico del derecho⁴¹. En lugar de fundar el derecho en la prudencia, influido por Descartes, trató de deducirlo a través de una especie de razonamiento cuasi matemático. Su punto de partida fue la idea abstracta de que el trabajo del propio cuerpo constituía no solo la propiedad natural de todo hombre, sino la moneda «natural» que permitía a cada uno de ellos «comprar a la naturaleza» la «propiedad» de las cosas que necesitaba. Entendiendo el trabajo, o más propiamente la labor, como el fruto natural del cuerpo. Algo muy importante

⁴⁰ «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», cit., p 2849.

⁴¹ Vid. el Capítulo V «Sobre la propiedad» del *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, p 55 y ss. De todos modos conviene advertir que el pensamiento de Locke sobre el dinero es muy confuso y con frecuencia contradictorio. Basta leer, por ejemplo, los llamados «Escritos monetarios» y de modo especial «A letter to a Friend concerning Usury» (impreso en 1621) y que Keynes (1936, p. 305) cita como ejemplo de ese tipo de confusiones.

para tratar de entender el sentido moderno del dinero y la justificación del préstamo con interés.

En el marco del derecho romano eran ciertamente pocos los actores – solo los propietarios de la tierra tenían realmente capacidad jurídica– pero sin que eso implicara ningún tipo de individualismo. En el marco del nuevo derecho subjetivo e individualista de la modernidad se pretendía que todos los individuos tuviesen capacidad jurídica, quedasen constituidos en «caput»⁴².

Ahora bien, con la aparición de la figura teórica del individuo moderno –supuesto propietario de su cuerpo–, se procedería a la demolición jurídica de la propiedad comunal. Esto provocaría como consecuencia inevitable la cosificación del dinero. Ya no se trataba de algo comunal y relacional, estrechamente ligado a la contratos y obligaciones, basado en el ejercicio prudente de la confianza mutua, sino que pasó a ser una cosa, inmutable y homogénea, la labor que brotaba del cuerpo de cada hombre, sin contar para nada con los demás.

Como muy bien señala d’Ors fue precisamente el jurista Charles Demoulin, el primero en defender esta cosificación moderna del dinero, sobre la base de que la moneda no desaparecía al usarla. Una postura tan crudamente materialista que no se sostuvo por mucho tiempo. En un segundo intento, John Locke, identificó el dinero con la labor, una supuesta sustancia homogénea y medible que emanaba de la corporalidad humana individual.

Con el planteamiento de Locke no solo se debilitaban los fundamentos de la propiedad común, sino también los del intercambio y los contratos. Según su planteamiento, el valor de las cosas no tendría nada que ver con la vida de una comunidad, con la necesidad común, sino con algo objetivo, ínsito en la cosa misma, que no era otra cosa que la cantidad de labor incorporada mediante un proceso radicalmente individual.

Si se identifica el dinero con la labor –algo corporal e individual– realizado en la más estricta soledad, entonces tanto el trabajo como el dinero pierden su carácter relacional y subjetivo. El intercambio se convierte entonces en una especie de balanza física: dos cosas son intercambiables cuando contienen la misma cantidad de labor. Un planteamiento que pone de manifiesto que Locke no era un jurista sino un médico, un físico como se decía entonces. A partir de ese momento la economía quedaba desgajada de la moral y el derecho, pues

⁴² Es probable que este sea el origen más adecuado del nombre de capitalismo o individualismo posesivo que ha recibido la economía moderna.

en ese ámbito no habría nada que se pudiera parecer a un negocio jurídico. El intercambio, por ejemplo, quedaba explicado físicamente, pero no jurídicamente. En lo sucesivo, en el marco de la economía solo tendría consideración una extraña e inexplicable justicia conmutativa, basada en la igualdad de una sustancia universal objetiva y estable llamada labor.

Tanto los juristas romanos, como Aristóteles, se habían dado cuenta de que el dinero no podía ser una cosa, pues en tal caso no podría actuar como medida de la necesidad común de todos los hombres⁴³. En relación con eso señala d'Ors que sobre el dinero no cabe propiedad, precisamente por no ser una cosa. En este sentido explica que «la reivindicatoria, acción del propietario, exige la identificabilidad específica de una cosa, la posibilidad de decir 'esto es mío'», y ello no cabe sobre el dinero»⁴⁴. Como han puesto de manifiesto las recientes crisis financieras, nadie puede reivindicar señalando con el dedo, «este era mi dinero».

Por otro lado, tanto la posesión como el verdadero trabajo no son algo individual, sino que siempre han sido un acto colectivo. La idea de un trabajador aislado, que sólo cuente con su corporalidad, resulta inviable, pues no puede enfrentarse con la naturaleza. Con la figura del Robinson Crusoe de Defoe, tan usado por los economistas, se ha tratado de popularizar la idea moderna de la posesión y el trabajo como algo radicalmente individualista. Pero conviene no olvidar que Robinson era un oficial de la marina británica, y que toda una cultura, formada a través del transcurrir de multitud generaciones, le acompañaba en su naufragio; especialmente la lengua inglesa con todas las riquezas que encierra.

La propiedad se sigue en último término de la condición de persona de todo hombre, lo cual se manifiesta en que el hombre es un ser cultural, dotado de lenguaje, mano y dinero. En otras palabras, sin comunidad, sin tradición, no había cultura, y el hombre no tendría la capacidad de *posesio*. Luego la propiedad es siempre y primariamente un acto cultural o colectivo. La llamada propiedad privada –que no es lo mismo que la propiedad individual–, no es más que un instrumento para que la propiedad en común no deje de estar al servicio de la dignidad de cada persona⁴⁵.

⁴³ Lo mismo ocurre con la mente o *nous* que no puede ser una cosa, pues entonces no podría hacerse todas las cosas.

⁴⁴ D'Ors, «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», cit., p. 2853.

⁴⁵ Sobre el origen e historia de este término ver D'ORS, «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», cit., p. 2844.

En sentido opuesto al individualismo robinsoniano de los modernos señala d'Ors que «una tradición, quizá legendaria, atribuye al primer rey de Roma, Rómulo, la asignación a cada uno de los *patres familias* de Roma, de una pequeña parcela de terreno de dos yugadas –es decir, lo que pueden arar en un día dos parejas de bueyes–: el llamado *heredium*, objeto principal del *mancipium* familiar. Este hecho de un sobrevenido reparto de porciones del suelo para su aprovechamiento privado ha sido, en una forma u otra, algo común a todos los pueblos, así como la conservación de una gran extensión del suelo en propiedad común, de colectividades más o menos grandes»⁴⁶.

Pero la raíz última de los problemas que plantea el enfoque de Locke consiste en que, como muy bien señala d'Ors, «la revolución liberal vino a considerar la propiedad privada como el fundamento de la libertad, y de ahí ese mito del individualismo posesivo que aquella vino a imponer, a la vez que eliminaba en lo posible todo tipo de propiedad comunitaria, sobre todo el de las comunidades intermedias entre el Estado y los individuos»⁴⁷.

Al reducir la acción humana al plano de los hechos externos o empíricos, los modernos se vieron obligados a sostener que ser libre solo podía consistir en algo externo al hombre, en la extensión universal del supuesto derecho de enriquecimiento a título individual, es decir, en una vuelta al paganismo ya que: «el deseo de riqueza es una forma típica de idolatría»⁴⁸.

Desde la perspectiva de los modernos, todo grupo intermedio –incluido por supuesto la empresa– venía a ser un obstáculo para la realización de ese supuesto derecho de libertad individual, o posibilidad de enriquecimiento individual. Eso explica, que la empresa capitalista, la llamada sociedad anónima, se justifique en tanto en cuanto remite en último término a una supuesta propiedad estrictamente individual, la de los llamados «accionistas», o «socios capitalistas».

La gran paradoja es que de esta interpretación individualista y retrógrada del antiguo concepto romano de propiedad, se siguió la necesidad del poder absoluto del Estado moderno, pues, en caso contrario, esa idea moderna de la propiedad no es sostenible. En este sentido resulta muy aleccionador lo que expone d'Ors sobre la evolución del llamado *ius aedificandi* y los problemas doctrinales que plantea la llamada propiedad horizontal y la copropiedad. La

⁴⁶ Vid. D'ORS, «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», cit., p. 2845.

⁴⁷ Vid. *ibid.*, p. 2850.

⁴⁸ Vid. D'ORS, «La nueva idolatría», *Verbo*, Serie XII, n° 217-218 (1983), p. 804.

paradoja de que la propiedad del suelo se «convierte en un simple lugar de imputación de facultades y deberes impuestos por la Administración»⁴⁹.

Al contrario de lo que se suele pensar, la modernidad no creó la propiedad privada, inseparable de la propiedad comunal, sino más bien la propiedad individual que se supone tiene su fundamento en el cuerpo de cada hombre. Con este modo anacrónico de entender los principios del derecho romano, la modernidad quedaba atrapada en el insoluble problema epistemológico de la relación individualista entre el sujeto y el objeto. De modo más concreto, planteó la propiedad como una estricta relación jurídica entre un sujeto y un objeto, y no como una potestad personal de un cabeza de familia, del que está al frente de una comunidad.

Resulta muy significativo que una vez «cosificado» el dinero, la economía moderna se convirtiera también en una supuesta «economía real», ocultada por lo que llamaban el «velo monetario», que dificulta la visión de esa supuesta economía de valores individualistas y objetivos. Solo en los años treinta del siglo pasado J. M. Keynes en su «*The Treatise on Money*» sostuvo que pretender que el dinero podía ser rentable por sí mismo suponía algo parecido a un intento de reeditar el milagro de Elías con la alcuza de aceite de la viuda de Sarepta, que nunca llegó a vaciarse mientras duró la sequía⁵⁰. Una conclusión que unos pocos años después también alcanzaría d'Ors, esta vez por vía de un razonamiento estrictamente jurídico⁵¹. No obstante, las consecuencias que cada uno de ellos obtuvieron de la misma conclusión son muy distintas. En este trabajo, como es lógico, solo hemos prestado atención a las de Álvaro d'Ors⁵².

La propuesta más fundamental de d'Ors es que la economía no puede ser entendida como la técnica de acumular riquezas para uno mismo, de modo egoísta, confiando en que el Estado se encargue de paliar las consecuencias negativas de ese modo tan individualista de entender la sociedad. En su opinión la economía debe ser entendida como un modo de administrar con prudencia el deber de ayudar al prójimo. Usando sus propias palabras la economía debe ser entendida como la «recta administración de la pobreza»⁵³.

⁴⁹ Vid. D'ORS, «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», cit., p. 2857.

⁵⁰ Vid. KEYNES, *Treatise on Money*, vol 1 (1930), p. 139.

⁵¹ Ver por ejemplo KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*. (1936) pp. 310 a 312.

⁵² Para ver las conclusiones de Keynes se puede consultar *The General Theory of Employment, Interest and Money*, cit., pp. 330 a 337.

⁵³ Vid. D'ORS, «La nueva idolatría», cit., p. 804.

Eso implica volver a colocar a la familia, y no al individuo, en el centro de la sociedad y de la economía, de modo que el sentido de la propiedad privada recupere su auténtico sentido. Mientras que el individuo aislado de los modernos solo puede experimentar la escasez, la familia, que es otro modo de llamar a la persona humana, experimenta la pobreza, que quiere decir el dominio y cuidado de todas las criaturas. En absoluto la pobreza es lo contrario de la riqueza, sino expresión de que la libertad humana, que solo es posible en el servicio mutuo de una comunidad, es fuente de una riqueza basada en la dignidad de todos.

Mientras Keynes propuso como remedio a las crisis de la economía el recurso a lo que llamó la «eutanasia del rentista», que no deja de ser una forma de violencia, la propuesta de d'Ors fue dar un verdadero fundamento jurídico al imprescindible uso del préstamo monetario, y en consecuencia a la estructura misma de la empresa mercantil. Una solución que no solo es propia de un gran jurista sino de un auténtico humanista.

BIBLIOGRAFÍA DE ÁLVARO D'ORS

- *Nueva introducción al estudio del Derecho*, Madrid (1999).
- *Derecho privado romano*, Eunsa. Pamplona (1997).
- «Liberalismo moral y liberalismo ético», *Razón Española*, n° 75 (1996), pp. 9-19.
- *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Civitas, Madrid (1995).
- «Premisas morales para un planteamiento de la economía», *Revista chilena de Derecho*, vol. 17-3 (1990), 439-448.
- «La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil», en *Historia del Derecho privado. Trabajos en homenaje a Ferrán Valls i Taberner*, X, Barcelona (1989), pp. 2841-2865.
- *Objetividad y verdad en historia*, Verbo, serie XXIII, Madrid (1984).
- *La nueva idolatría*, Verbo, Serie XII, n° 217-218, Madrid (1983).
- «Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa», revista argentina *La Ley*, año XLIV, n° 74. (1979).

BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA

- ARISTÓTELES, *Política*, traducción de Julián Marías, Madrid (1983).
- CASTRO, F. DE, «La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica», en *La persona jurídica*, Madrid (1984).

- KEYNES, J. M., *Treatise on Money* (1930), citado por la edición española de Ediciones Aosta, Madrid (1996).
- *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Harcourt New York (1936). Se cita por la edición española del FCE México (1991).
- CLAVERO, B., *Usura: del uso económico de la religión en la Historia*, Tecnos, Madrid (1984).
- *Antidora – Antropología católica de la economía moderna*, Giufre, Milán (1991).
- LOCKE, J., *The Second Treatise of Civil Government. An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government* (1690). Se cita por la edición española de Alianza Editorial Madrid (1990).
- MOLINA, L. DE, *Tratado de los préstamos y la usura*, Madrid, reedición (1989).
- PLATÓN, *Las leyes*, traducción de Pavón y Fernández-Galiano, Madrid (1983).