

**EL DERECHO SOCIAL Y LOS SUJETOS COLECTIVOS: LA
CONSTRUCCIÓN JURÍDICA FUNDACIONAL DE OTTO VON
GIERKE**

***SOCIAL LAW AND COLLECTIVE SUBJECTS: THE
FOUNDATIONAL LEGAL CONSTRUCTION OF OTTO VON
GIERKE***

JOSÉ LUIS MONEREO PEREZ

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

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESS)¹

Artículo recibido el 15 de mayo de 2020

Artículo aceptado el 27 de mayo de 2020

DOI: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080>

RESUMEN

Otto Von Gierke tuvo una gran influencia su época y en particular en el proceso de elaboración del proyecto de código civil alemán y anticipó elementos importantes de la forma política del Estado Social de Derecho. También de él derivaría una de las grandes corrientes constructoras del Derecho Social que influiría –junto a la determinante de Anton Menger- en la creación del Derecho Social del Trabajo, incorporando una nueva dimensión social en el ámbito de lo jurídico, contribuyendo, así, a la “constitucionalización del Derecho privado”. Esa influencia de Gierke es apreciable en el pensamiento jurídico moderno. Tributarios de él son en gran medida todos los autores partidarios del pluralismo socio-político y jurídico, como Hugo Sinzheimer (su discípulo), H.J. Laski y muy especialmente, E.

¹ Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum.

Ehrlich, el cual defiende la existencia de un Derecho vivo creado por las asociaciones como su orden interno.

PALABRAS CLAVE: Pluralismo social y jurídico, “idea social”, Derecho social, personas colectivas, organizaciones profesionales, sindicatos, Derecho sindical, convenios colectivos de trabajo, Estado Social de Derecho, contrato de trabajo, ideología comunitaria de la relación laboral, concepción institucional de la empresa.

ABSTRACT

Otto Von Gierke had a great influence on his time and in particular in the process of drafting the German civil code and anticipated important elements of the political form of the Social State of Law. It would also result from one of the great construction flows of social law that would influence – together with the determinant of Anton Menger – the creation of social labour law, incorporating a new social dimension in the field of legal law, contributing, thus, to the "constitutionalization of private law". Gierke's influence is appreciable in modern legal thinking. His tributaries are largely all the authors of socio-political and legal pluralism, such as Hugo Sinzheimer (his disciple), H.J. Laski and especially E. Ehrlich, who defends the existence of a living law created by associations as his internal order.

KEYWORDS: Social and legal pluralism, "social idea", social law, collective persons, professional organizations, trade unions, trade union law, collective labour agreements, social rule of law, employment contract, community ideology of the employment relationship, institutional conception of the company.

SUMARIO

- 1.-La persona y las ideas.*
- 2.-Antipositivismo y antiindividualismo. Derecho y moral; crítica del formalismo jurídico.*
- 3.-El “organicismo social” no biológico y su trascendencia. La centralidad de la idea de “comunidad” y su proyección política y jurídica.*
- 4.-Teoría realista de las personas colectivas. El pluralismo social y jurídico públicamente “reconducido y anexionado”.*
- 5.-La cuestión social: la construcción del “contrato social de trabajo” y el papel de las asociaciones colectivas profesionales (“Sindicales”).*
- 6. Gierke y la ideología comunitaria del contrato de trabajo: una controversia de principio.*

Bibliografía

“La concepción social se pone de manifiesto en el actual Derecho del Trabajo. No prescinde ésta de la dependencia del hombre trabajador, sino que la destaca, sustrayéndole al libre juego de las fuerzas y sometiendo a la norma la situación social en que se basa tal dependencia”.

HUGO SINZHEIMER²

“Nuestro Derecho privado será social o no será”

OTTO VON GIERKE³

1.-La persona y las ideas

Frente a aquellos que limitan la importancia de Otto Friedrich Gierke (después se le concedería la condición de Otto von Gierke; 1841-1921) conviene partir como premisa de la opinión de Georges Gurvitch cuando afirmara en su clásico libro: “En la obra extraordinariamente rica y llena de matices del discípulo de Georg Beseler, Otto v. Gierke, se concentran y sintetizan los resultados más importantes de los esfuerzos del pensamiento alemán del siglo XIX acerca del derecho social”, ante todo porque alcanzó a precisar por primera vez, de forma definitiva, el carácter específico de los sujetos del derecho social⁴. Para Gurvitch la teoría jurídica de las personas colectivas complejas (*Gesammpersonen*) de Gierke supuso la consagración definitiva del carácter específico de los sujetos del derecho social. Ello no obstante, se ha podido objetar, en el lado negativo, que la construcción de Gierke presentaría numerosas deficiencias que llevarían a una crítica parcial de sus aportaciones. En este sentido, en Gierke se aprecia una polarización excesiva sobre el problema de la personalidad jurídica y su voluntad, la incapacidad de obtener una síntesis entre la capa inorganizada y la capa organizada del derecho social, la *negación de la existencia de un derecho social extraestatal común, la justificación parcial de las asociaciones de dominación* y finalmente la imposibilidad de vencer definitivamente los prejuicios del subjetivismo y del estatismo jurídicos. Nótese que, en el fondo, Gierke está también condicionado por su época (es tributario de su época), y dichos defectos han de ser entendidos como el límite general de las adquisiciones de la doctrina alemana del derecho social en el siglo XIX⁵.

² SINZHEIMER, H.: “El hombre en el Derecho del Trabajo” (1930), en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, estudio preliminar y traducción de Felipe Vázquez Matero, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, págs. 82.

³ *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke”, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2015, pág. 32.

⁴ GURVITCH, G.: *La idea del Derecho Social*, edición, traducción y estudio preliminar, “La idea del ‘Derecho social’ en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch”, de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005, pág. 591. Y su estudio específico, *Gierke als Rechtsphilosoph*, 1922.

⁵ GURVITCH, G.: *La idea del Derecho Social*, cit., págs. 591-592.

Se ha advertido que Otto von Gierke, en contra de la corriente de su contemporáneo, que exaltaban el papel dominante del Estado, subrayó la influencia de la comunidad y del sentido colectivo de la justicia en la vida del derecho y consideró a los entes colectivos (personas jurídicas) no ya como un artificio jurídico basado sobre una ficción, sino como entidades objetivas, reales, capaces de crear ellas mismas derechos a través de un proceso de auto-normación. Sus construcciones influirían en autores posteriores como M. Hauriou, G. Renard, G. Gurvitch, entre otros muchos. Para él el Derecho procede del pueblo. Pero también entre nosotros, Francisco Giner de los Ríos⁶.

Gierke tuvo una gran influencia su época y en particular en el proceso de elaboración del proyecto de código civil alemán y anticipó elementos importantes de la forma política del Estado Social de Derecho. También de él derivaría una de las grandes corrientes constructoras del Derecho social que influiría –junto a la determinante de Menger- en la creación del Derecho Social del Trabajo, incorporando una nueva dimensión social en el ámbito de lo jurídico, contribuyendo, así, a la “constitucionalización del Derecho privado”. Esa influencia de Gierke es apreciable en el pensamiento jurídico moderno.

Tributarios de él son en gran medida todos los autores partidarios del pluralismo socio-político y jurídico, como Hugo Sinzheimer (su discípulo), H.J. Laski y muy especialmente, E. Ehrlich, que defiende la existencia de un Derecho vivo creado por las asociaciones como su orden interno⁷.

El modo de pensar de Gierke se comprende por referencia a su tiempo histórico: su época está presidida por los problemas sociales –el conflicto social- generados por el capitalismo en expansión y un orden jurídico de presupuestos individualistas. Gierke se esfuerza en comprender la sociedad de su tiempo y se revela contra las injusticias sociales. Él trata de introducir el elemento social en las estructuras del orden jurídico. De tal manera que esa incorporación trascendería la lógica del conflicto subyacente, superando toda idea de lucha de clases. Es éste uno de los ejes de su reformismo jurídico-social. Gierke reivindica la mediación político-jurídica para afrontar la *revisión* en sentido “comunitarista” y organicista-social las fracturas sociales abiertas por el sistema capitalista y que el ordenamiento jurídico-liberal había refrendado e impulsado por su propia lógica interna esencialmente individualista.

⁶ ORESTANO, R.: *Introducción al estudio del Derecho Romano*, trad. y notas de Manuel Abellán Velasco, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/BOE, 1997, pág. 378. Para la posición de Giner de los Ríos, véase GINER DE LOS RÍOS, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, edición y estudio preliminar, “El organicismo social de Giner de los Ríos”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

⁷ Véase GONZÁLEZ VICEN, F.: “La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto Von Gierke”, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna, 1979, págs. 259 y sigs., en particular, pág. 280. Este es un ensayo sobre Gierke de referencia doctrinal. Véase ROBLES MORCHON, G.: *Ley y derecho vivo: la sociología del derecho de Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

2.-Antipositivismo y antiindividualismo. Derecho y moral; crítica del formalismo jurídico

El pensamiento de Gierke es de marcada orientación antipositivista y antiindividualista. Trata de conciliar la idea romántico-estética del espíritu del pueblo y las exigencias ético-sociales de los tiempos modernos. Ello le permitió superar la tradicional contraposición entre la consideración histórica y la moral, la explicación y la justificación. El origen y el fin del Derecho. Pretendió conjugar estas vertientes a través de una concepción unitaria. De este modo, Gierke entendió que la moral y el Derecho son inseparables desde el punto de vista de una unidad histórico espiritual del pueblo. No es que la moral y el Derecho se confundan, sino que para él el Derecho tiene una dimensión ética y encarna en su historicidad un ideal de justicia (lo “justo histórico”). No es de extrañar que Gierke acometiera desde sus inicios una crítica radical del formalismo jurídico encarnado por la jurisprudencia de conceptos (la *padectística* germánica, señaladamente)⁸, que había conducido a un aislamiento genético del Derecho de la realidad histórico-social que constituye la base y razón de su existencia como forma o formalización de esa realidad social. Los conceptos jurídicos –las categorías jurídicas– no son para él meras formas abstractas, sino formas que sólo pueden entenderse a través de su contenido de realidad. Ello se contrapone a la pretensión segregacionista de la “jurisprudencia conceptual” (la llamada por Ihering “Jurisprudencia de Conceptos”) en el sentido de separar “forma” y “contenido”. Ambas dimensiones de lo jurídico tienen que ser objeto de la ciencia jurídica en sentido propio. No puede limitarse a ser una teoría formal del Derecho⁹. Como se ha advertido, “la crítica de Gierke a Laband y a la jurisprudencia conceptual tiene una significación de principio, porque es en lo esencial una crítica del racionalismo en la ciencia del Derecho. A principios del siglo el sentido histórico de una nueva época se había enfrentado con las construcciones abstractas del racionalismo ilustrado en nombre de lo real y dado en la historia”¹⁰. Esto sería subrayado después –y con mayor precisión– por autores como F. Gény, dentro de la llamada libre investigación científica, poniendo

⁸ El segundo Ihering lo había llevado a cabo en obras memorables con *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, revisión técnica y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª ed. 2008, 2ª ed., 2011; *íd.*: *La lucha por el Derecho*, traducción de Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, “Ihering y la idea de la lucha por el Derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008; *íd.*: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, 1987. Puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ihering, ensayo de explicación”, estudio preliminar a la obra de IHERING, R.v.: *El espíritu del Derecho Romano*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1ª edición, 2000, 2ª edición, 2011.

⁹ GIERKE, O.v.: “Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft”, en *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich.*, N.F., 7 Jahrg (1883), 1192-1193.

¹⁰ GONZÁLEZ VICEN, F.: “La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto Von Gierke”, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna, 1979, págs. 259 y sigs., en particular, pág. 327.

de relieve las distintas dimensiones de lo jurídico y la distinción e interconexión entre “lo dado” y “lo construido” en el marco de su condicionamiento histórico-social¹¹.

Desde esta perspectiva construye su “idea de justicia” anclada en el Derecho alemán. Por ello considera que el Derecho perdería su valor íntimo si se rebaja a la categoría de un simple medio, una simple técnica instrumental, siendo así que la idea de lo justo se disolvería en el concepto de lo útil o simplemente funcional. Es así que para él la ciencia jurídica debe preguntarse no sólo sobre qué es el Derecho, sino también qué debe ser el Derecho, y no exclusivamente en un sentido oportunista, sino en el de un ideal propiamente ético. Ese “Derecho justo” no sólo surge de la labor de los juristas profesionales sino que emana también del pueblo. Con todo, lo que postula Gierke es un singular *historicismo ético-social*, cuyo resultado más visible es su percepción del contrato de servicios laborales y su teoría de la realidad de las personas colectivas. Esta última, muestra una realidad social presidida por entes vivos que encarnarían la personificación del espíritu del pueblo. De ahí que dichos entes colectivos formarían parte de un orden existencia superior, que se eleva sobre los órdenes vitales de los individuos singularmente considerados. En esa concepción está la base de su teoría organicista.

En Gierke el Derecho es concebido como fenómeno social, un producto histórico resultante del real agrupamiento de los grupos y colectividades humanas. El Derecho es, pues, una realidad históricamente determinada, por lo que forma parte de su esencia la variedad y el cambio en cada época o coyuntura histórica y su vinculación al impulso imprimido por fuerzas históricas. El Derecho positivo es un producto histórico de la vida y de la acción de los grupos y colectividades humanas. El Derecho verdaderamente vivo nace de las profundidades de la conciencia jurídica colectiva¹². El Derecho no surge ni se desarrolla desde sí mismo, sino por referencia permanente a la realidad social histórica que lo condicionan y determinan el contenido ideal de todo Derecho¹³. Tras todo Derecho positivo existe una comunidad o colectividad creadora¹⁴. En este sentido se inclina por una dirección objetivista en la concepción del Derecho, pues el Derecho es un fenómeno social, manifestación de la vida de la conciencia orgánica de una comunidad¹⁵. El

¹¹ GÉNY, F.: *Fuentes de interpretación y método y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Gény”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000.

¹² GIERKE, O.v.: *Naturrecht und deutsches Recht*, Frankfurt a. M., 1883, páginas 9 y sigs.

¹³ GIERKE, O.v.: “Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft”, en *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich.*, N.F., 7 Jahrg (1883), págs. 1113 y 1115.

¹⁴ GIERKE, O.v.: *Deutsches Privatrecht (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, hrsg. v. Fr. Oetker), Bd. I., Leipzig, 1895, págs.125 y 181.

¹⁵ “Objetivismo jurídico” que sería desplegado ampliamente por León Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., Tomo I, París, 1927, págs. 14 y sigs.; DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, edición crítica y estudio preliminar, “Objetivismo jurídico” y teoría de los “derechos” en León Duguit”, a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; *id.*: *Manual de Derecho Constitucional*, trad. de José G. Acuña, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría jurídica de León Duguit”, a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; *id.*: *Soberanía y libertad*, trad. José G. Acuña, revisión, edición y estudio preliminar, “La soberanía en la modernidad: León Duguit y la “crisis” de la soberanía”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013.

Derecho, siendo una función social, no puede sino formar parte del entramado social e interactuar respecto de las formas de vida de la comunidad. El Derecho, como fenómeno histórico, se encuadra en el contenido total de la cultura de la comunidad en todas sus dimensiones, económicas, sociales, ideológicas, éticas, etcétera. Es decir, el Derecho está estrechamente vinculado a las demás funciones del organismo social en el que se resuelve la sociedad. El Derecho es un hecho histórico social, esto es, constituye una manifestación histórica de la vida del “espíritu de una colectividad humana”¹⁶. El propio Estado es también un producto histórico, como organismo realmente existente que estructura el poder político en la comunidad, como asociación entre asociaciones diversamente concurrentes en la esfera de la sociedad. Lo que, con cierta matización, convierte a Gierke en uno de los grandes predecesores de las corrientes del pluralismo social y jurídico de nuestro tiempo. Ya pesar de su inclinación política hacia la monarquía constitucional se muestra completamente contrario al Estado absolutista, toda vez que, a diferencia de esta forma política, Gierke defiende la legitimidad de una multiplicidad de asociaciones diversas e independientes del Estado y a través de las cuales los individuos pueden desplegar su personalidad e intermediar con el propio Estado. Pluralismo socio-político y jurídico y Estado absolutista son antónimos e incompatibles, pues el Estado absolutista implica una concentración extraordinaria del poder y una negación de las agrupaciones o asociaciones intermedias de libre vertebración de los individuos que ostenten una vida propia e independiente de la realidad estatal¹⁷. Ahora bien: Gierke defiende un pluralismo mitigado, débil y relativo, toda vez que para él el Estado no es cualquier asociación más de la comunidad política, sino la asociación que es superior a todas las demás asociaciones existentes en ese espacio político acotado territorial e individualizado culturalmente. Para él el Estado es el ser colectivo supremo y más amplio detentatario del poder de todas las demás asociaciones existentes en la comunidad (que también ostentan una esfera de poder en su respectivo ámbito de actuación), que goza de una personalidad total no sometida a ningún poder organizado extraño o superior a ella. El ser una entidad superior determina que las demás asociaciones que coexisten en la comunidad política estén sometidas al poder del Estado; un poder que es general y vinculado a fines de realización general de la comunidad como un todo (orgánicamente conformada: “comunidad orgánica”), no obstante presidida por un conjunto de entes colectivos en los que los individuos despliegan su propia personalidad existencial¹⁸.

¹⁶ GIERKE, O.v.: *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* (1874), reimpr. Tübingen, 1915, págs. 8 y sigs.

¹⁷ El propio GIERKE, O.v.: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. I, Berlín, 1868, págs. 641 y sigs. Véase ANDERSON, P.: *El Estado absolutista*, Madrid, Siglo veintiuno, 1987; LASKI, H.J.: *La Gramática de la Política. El Estado Moderno*, edición y estudio preliminar, “La filosofía política de Harold J. Laski” (pp. XV-C), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002, págs. 54 y sigs., y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004.

¹⁸ GIERKE, O.v.: *Grundbegriffe*, cit., págs. 26 y 100-101.

3.-El “organicismo social” no biológico y su trascendencia. La centralidad de la idea de “comunidad” y su proyección política y jurídica

El centro de gravedad de la filosofía del Derecho de Gierke –y que comparte con Krause– es la idea de “organicismo ético y espiritual” (*geistig-stillicher Organismus*), que se contrapone resueltamente al organicismo biológico y que combinada la unidad del todo y la pluralidad; una especie de totalidad en la multiplicidad que encarna una síntesis perfecta entre el individualismo y el universalismo¹⁹. Gierke contempla al individuo como integrado constitutivamente en formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad y esa vida colectiva otorga sentido comunitario a existencia humana. De ahí su lucha contra el individualismo abstracto (tradicción del derecho romano y del derecho natural atomista de los siglos XVII y XVIII) y el universalismo unilateral (los románticos, Hegel). Gierke en su concepción organicista de la sociedad y del Estado, se inspira en la tradición germánica medieval del “cuerpo místico” –como extrapolación política del *corpus mysticum* con base en la epístola de Pablo y en el Estado como organismo política totalizador e integrador²⁰ y la presencia de los “cuerpos intermedios”. Por ello criticará tanto al Estado absolutista (y su pretensión de soberanía absoluta en el interior y en el exterior) como al individualismo liberal que destruyó esa pretensión de ideal comunitario y que condenó y reprobó a dichos cuerpos intermedios (la idea ancilar de la corporación) desvertebrando toda idea de organicismo social comunitario²¹.

Es crítica al “Derecho privado individualista” le permite defender la instauración de un Derecho público social y un derecho privado “en el cual viva, y palpita la idea de comunidad, a pesar de todo el respeto escrupuloso a la inviolable esfera del individuo. En una palabra: nuestro Derecho público debe estar alentado por un soplo del ideal jurídico natural; y nuestro Derecho privado tiene que estar impregnado de una gota de socialismo²². Para Gierke el paradigma de la idea orgánica, de la sociedad como organismo, se localizaba en la Edad Media: “En la media en que el pensamiento medieval

¹⁹ También GURVITCH, G.: “Otto von Gierke als Rechts-philosophon”, en *Logos*, Bd. XI (1922-1923), págs. 99-100.

²⁰ Puede consultarse KANTOROWICZ, E.H.: *Los dos cuerpos del Rey. Un estudio de teología política medieval*, trad. Susana Aikin Araluce y Rafael Blázquez Godoy, Madrid, Ed. Akal, 2012; y en otras diversas perspectivas de explicación, TAUBES, J.: *La teología política de Pablo*, Madrid, Ed. Trotta, 2007; AGAMBEN, G.: *El tiempo que resta. Un comentario a la Carta de los Romanos*, Madrid, Ed. Trotta, 2006; BADIOU, A.: *San Pablo y la fundación del universalismo*, Barcelona, Ed. Anthropos, 1999.

²¹ Véase su libro *Teorías políticas de la Edad Media*, CEPC, Madrid, 1995. Gierke había partido de la influencia del Derecho corporativo sobre la teoría política: “en lo que atañe a la relación entre la teoría política que así se desarrolla y la doctrina de la corporación de romanistas y canonistas, veremos que fue precisamente ésta la que proporcionó a la teoría del Estado sus elementos propiamente jurídicos... A la inversa, la teoría política debía actuar decisivamente sobre la doctrina corporativa. En efecto, ésta estaba llamada desde un principio a reflejar las ideas fundamentales que sobre las comunidades superiores contenía el sistema de pensamiento universalista propiamente medieval. Pero además, y sobre todo, cada avance de la idea antiguo-moderna del Estado prefiguraba la creciente influencia negativa y destructora que los nuevos conceptos ejercían sobre la teoría medieval de la corporación” (pág. 72).

²² *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke”, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2015, págs. 12-13. Y apuesta, en esa lógica interna, por un derecho privado social, págs. 14-15.

parte de la idea de un todo unitario, una concepción organicista de la sociedad le es tan próxima como le resulta naturalmente ajena una construcción atomística y mecánica”. En ella la humanidad en su totalidad es concebida como organismo²³. La teoría moderna del Estado rompe con la teoría comunitaria y transforma radicalmente la teoría medieval de la asociación, pues la soberanía estatal se construye a costa de la desaparición, neutralización o sumisión de todos los grupos intermedios. Por lo demás, frente a la idea de corporación la cuestión del origen y fundamento jurídico del Estado, se va basando lentamente en la doctrina del contrato social. Triunfa cada vez más la presunción de un fundamento contractual del poder del Estado mediante la conclusión de un contrato de sumisión entre el pueblo y gobernante. Así se considera cada vez más con mayor decisión a la propia unión política como un acto humano de voluntad libre y racional. Al tiempo no habrá lugar en adelante para Estados dentro del Estado, y todos los grupos inferiores han de quedar incluidos bajo la rúbrica de municipios y corporaciones. Ya en la Edad Media la teoría avanzaba sin cesar en su exaltación de la exclusiva soberanía estatal hasta llegar a la representación y absorción por el Estado de la toda vida comunitaria. Precisamente a partir de este punto se desarrolla por vez primera la idea de que todo poder público subordinado es una mera delegación del poder soberano. Así las teorías políticas amenazaban de muerte a la propia doctrina de la corporación y a la supervivencia autónoma de los grupos intermedios. Pero, al tiempo, del Derecho natural surgieron también entonces los inicios de una *reconstrucción* de la teoría de la corporación en el espíritu del moderno *Genossenschaftsrecht* de raíz germánica²⁴. La antítesis en la oposición comunidad y sociedad la presentaría Tönnies, que miraba no tanto al pasado como al futuro con su crítica al orden del capitalismo de su tiempo)²⁵.

Según Gierke la ilimitada libertad de contratación se aniquila a sí misma, siendo un “arma formidable en manos del más fuerte, un instrumento embotado en manos del débil; se convierte en un medio de opresión de unos por otros, es la despiadada explotación del mayor poder espiritual y económico... Hoy más bien tiene el Derecho privado la misión de proteger al débil contra el fuerte, y el beneficio de la comunidad, contra el egoísmo del individuo”. En tal sentido, “todavía se ha hecho poco con la garantía de la inalienabilidad de la libertad jurídica, aspirar a una protección material de las capas sociales, amenazadas con la libertad de los contratos, contra el empuje de la prepotencia económica”. En este sentido, afirma, que “cuanto atañe al aspecto *jurídico-personal*, donde la personalidad misma sea comprendida por el vínculo convencional, un sano Derecho privado debe poner en el centro, el concepto de la personalidad. Esto concierne en primer término a la regulación del *contrato de servicios*, en tanto que él produce, no un contacto pasajero, mediante prestación de servicios aislados, sino que clasifique a toda la humanidad en una relación final y en una vocación de vida. Es inconcebible que en esto permanezcamos

²³ GIERKE, O.v.: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, cit., págs. 117-118.

²⁴ *Teorías políticas de la Edad Media*, CEPC, Madrid, 1995, págs. 238 y sigs. Véase GROSSI, P.: *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996.

²⁵ Véase TÖNNIES, F.: *Comunidad y Asociación*, trad. José-Francisco Ivars, edición y estudio preliminar, “La interpretación de la Modernidad en Tönnies: “Comunidad” y “Sociedad-Asociación” en el desarrollo histórico”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.

atenidos perpetuamente al esquema del arrendamiento de servicios, formado según el modelo de arrendamiento de cosas, y que tiene sus raíces en el derecho de esclavitud romano”²⁶. La tutela de los derechos de la personalidad debe enfatizarse tanto más en las “asociaciones de dominación”, como es típicamente la empresa jerárquicamente organizada. Piensa el Gierke maduro –en continuidad con su pensamiento originario- que “Nuestro Derecho privado será social o no será”. Por ello concluirá su famosa conferencia sobre “La función social del Derecho privado” indicando que debe cooperarse “al penoso trabajo que ha de realizarse aún, a fin de que se constituya en el Imperio alemán un *Derecho privado común social alemán*”²⁷.

El “formalismo” expresado en el “positivismo jurídico” constituye el espacio común donde se reencuentran el individualismo y el estatismo jurídicos. El método formalista de Gerber y Laband conduce a la negación de la idea misma del Derecho (la Justicia) de su raíz, pues no existiría Derecho fuera del Estado. Y ese formalismo positivista contribuye a disolver el Derecho en el poder y en la utilidad sin más. Gierke pretende superar el individualismo en el Derecho y pretende excluir la voluntad del ámbito de lo jurídico otorgando al Derecho una base transpersonalista. Para él, la fuente última de todo Derecho es siempre la conciencia común (*Gemeinsbewusstsein*) que pertenece a una realidad histórico-social determinada. El Derecho queda liberado de la dependencia exclusiva del Estado, y realza la realidad existencia de las totalidades inorganizadas como centros generadores de un nuevo Derecho. Gierke llega a afirmar que el mismo derecho positivo es una esfera completamente autónoma en relación al Estado. De este modo, *toda comunidad orgánica tiene para él la capacidad de generar su propio Derecho, ya esté organizada o inorganizada*. Además, esa realidad múltiple en la creación de derecho social trasciende de las fronteras nacionales, pues junto al Estado, los pueblos se unen en comunidades más amplias, a las que corresponde el Derecho internacional. Sin embargo, Gierke, no cree que el derecho surgido de las comunidades inorganizadas merezca ser considerado, en su estructura interna, como una especie particular del derecho social. Gierke no admite que una totalidad inorganizada pueda directamente participar en una relación jurídica basándose en el derecho que ella ha engendrado: para esto es preciso que la totalidad en cuestión esté organizada y se presente como una personal moral. Esta concepción esencial de Gierke es criticable, pues, entre otras cosas, le conduce a no reconocer más que la capa organizada del derecho social, lo cual parece entrar en colisión directa con su esfuerzo para eliminar la voluntad de la sustancia del derecho. El error de Gierke –según le reprocha críticamente Gurvitch- reside en que “no advierte que la separación entre lo “interior” y lo “exterior” en la conducta, de la acción y del motivo, es precisamente un artificio construido por la concepción mecanicista e individualista, contra la que él lucha con tanta energía”. Permanecen en él vestigios de los prejuicios individualistas, “que hacen a su teoría del derecho en cierta medida ecléctica, se

²⁶ GIERKE, O.v.: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, cit., págs. 22 y 24.

²⁷ GIERKE, O.v.: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, cit., págs. 28 a 32.

convierten en la base de varias desviaciones de su doctrina del derecho social, por lo demás tan profunda y tan sugestiva”²⁸.

En el aspecto más positivo de su contribución al derecho social, Gierke entiende que la sociedad no se agota en la realidad estatal, porque el Estado no es más uno de los múltiples cuerpos sociales (*gesellschaftliche Organismen*) de la Humanidad, y su contenido no representa más que uno –aunque muy importante– de los aspectos específicos de la vida social. Es así que el “ser social” no se concentra ni expresa en una única forma de existencia, sino que se manifiesta en una pluralidad de órdenes diversos, específicos (círculos de la familia, de la profesión, de las asociaciones...), cuya riqueza aumenta el punto central de la vida social. Distingue entre asociaciones de colaboración y asociaciones de dominación, pero paradójicamente atribuye al Estado el carácter de un cuerpo intermedio entre estas dos especies de lucha asociativa, y así –piensa Gurvitch– hace desaparecer la nitidez de la separación entre la Sociedad y el Estado. Por lo demás, en clave también crítica, “la atención casi exclusiva que Gierke ha atribuido al problema de las personas morales y de su realidad jurídica, al reemplazar por doquier las relaciones entre los órdenes objetivos por las existentes entre las unidades personificadas, ha contribuido mucho a su vez a debilitar en su pensamiento el conflicto entre la Sociedad y el Estado”²⁹. Ahora bien: quizás Gurvitch minusvaloró en cierta medida la fuerte conexión que en Gierke existe entre su teoría de la realidad de las personas morales, su visión de las asociaciones (incluidas las profesionales) y su concepción de las relaciones de trabajo (en su sentido comunitario-asociativo, no como estructuras de dominación en sentido ideal-típico), con la misma idea del derecho social (y con la idea de Justicia Social, partiendo del Derecho como un instrumento para alcanzar la justicia social). En este sentido su aportación pudiera ser contemplada como más relevante de la percibida por el mismo Gurvitch, como después se indicará en este ensayo introductorio.

Ciertamente, Gierke parte de una concepción organicista cuyo núcleo está en sus concepciones comunitarias y personalistas de las relaciones contractuales y ante todo en su teoría de las personas colectivas. Con ello se contraponía frontalmente a la corriente del positivismo. Para E. Wolf, Gierke sigue en todo momento las doctrinas fundamentales del idealismo metafísico trascendental de Schelling, y no el idealismo lógico-objetivo de Hegel. El problema es que los términos “organicismo”, “vida”, “realidad”, utilizados por Gierke en el sentido que les otorgara Platón, Schelling y Dilthey, fueron interpretados, a menudo, en otra significación distinta, más estrecha, a la querida por Gierke, y que enlazaba con su significación en las ciencias naturales, es decir, en un sentido de organicismo biológico³⁰. Para Gierke el organicismo social y espiritual no es una

²⁸ GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, cit., págs. 597.

²⁹ GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, cit., pág. 598.

³⁰ Que por cierto, entre nosotros, fue rechazado nítidamente por autores krausistas como Francisco Giner de los Ríos cuando reflexionó en su conocido libro, sobre la persona social, y Adolfo Posada, uno de sus grandes discípulos y uno de los mayores iuspublicistas de su época. Puede consultarse, GINER DE LOS RÍOS, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, edición y estudio preliminar, “El organicismo social de Giner de los Ríos”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho),

categoría biológica tomada de las ciencias naturales. En cierta medida, las ideas sintéticas de Gierke le aproximan a los filósofos vitalistas Nietzsche y Bergson, y enlazan con la filosofía existencialista. Para Gierke los grupos humanos (pueblo, asociaciones, Estado...) son “organismos sociales” dotados de vida propia y que despliegan la existencia de la especie por encima de las existencias individuales. Se trata de personas de orden superior, unidades reales y como totalidades orgánicas su esencia no podrá ser nunca aprehendida como un simple agrupamiento de individuos. No son individuos artificiales (*personae fictae*) en el sentido de la ciencia padectista. Esas personas sociales son entes con propia vida e integran individuos y actúan a través órganos como instrumentos visibles de la indivisible unidad de vida del cuerpo social. En su organicismo social hay un rechazo de la concepción naturalista conforme a la cual el organismo social constituiría un ser con sentimiento y voluntad en el sentido biológico. Considerando al Estado como el organismo social supremo asume una concepción metafísica de la realidad estatal³¹.

La filosofía organicista de Gierke se proyecta en el plano político a través de la configuración de un Estado concebido como un organismo superior de la comunidad política, que no es otra que el pueblo. Es el pueblo quien se encarnaría en el Estado. Éste es un organismo que estructura la sociedad política de un pueblo *no homogéneo*, a su vez organizado en colectividades múltiples³². Para él el tipo ideal de Estado democrático es un Estado popular y corporativo, que se contrapone al Estado absolutista. Su enfoque está presidido, como todas sus teorías, por un organicismo social no biologista, sino de carácter ético-espiritual. Para él el Estado es un organismo complejo, un organismo social “natural”, ético-espiritual y jurídico, pues su orden de existencia es un orden jurídico y político. Por ello configura al Estado como una “asociación de asociaciones”, en la que se corporeiza y vertebrata la comunidad política (el pueblo) heterogéneamente estructurada. El Estado es un organismo social que encarna la soberanía popular, pero sin anular las distintas formas de agrupamiento que presiden la vida social. Hace visible la totalidad organizada de la comunidad política, esto es la unidad de la comunidad. Ahora bien, Gierke acaba aceptando la monarquía constitucional –naturalizada– como forma de Estado, fundada en la conservación del principio monárquico puro con algunas concesiones formales al principio democrático. Coincidiendo con Lorenz von Stein³³ afirmará que el principio monárquico es el presupuesto directo e incondicionado de toda Constitución³⁴. Gierke sería un gran

2008; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

³¹ Véase WOLF, E.: *Rudolf von Ihering/Otto von Gierke*, traducción por Antonio Truyol Serra, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, págs. 107 a 109.

³² Véase FISBACH: *Teoría general del Estado*, trad. R. Luengo, Barcelona, Ed. Labor, 1934, pág. 24. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos” (I y II), *Revista de Derecho Constitucional europeo*, núm. 16-17 (2011).

³³ STEIN, L. von: *Movimientos sociales y Monarquía*, trad. Enrique Tierno Galván, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

³⁴ PENDÁS, B.: Estudio preliminar a GIERKE, O.: *Teorías políticas de la Edad Media*, cit., pág. LVIII, con apoyo en Diez del Corral.

admirador de la idea germánica del Estado y el Derecho natural del pueblo alemana que se plasmarían en el régimen del Imperio alemán de Bismarck. En realidad, como se ha advertido, la configuración de Gierke sobre “el Estado como *Kulturstaat* es la lógica conclusión de su teoría jurídico-política. La lucha por Alemania fue, durante siglos, una *Kulturkampf*, puesto que la aspiración unitaria hubo de refugiarse más en los ideales que en las instituciones. Gierke, luterano y anticatólico como Bismarck, apoyo con entusiasmo la política cultural del canciller prusiano; en ella podría encontrar apoyo, sin duda, para su particular batalla en favor del germanismo jurídico y en contra del Derecho romano-canónico. La idea alemana del Estado se hacía realidad, en definitiva, en la obra política de Bismarck”³⁵.

4.-Teoría realista de las personas colectivas. El pluralismo social y jurídico públicamente “reconducido y anexionado”

La teoría jurídico-social de Gierke conduce al pluralismo, el cual implica de suyo cuestionar el dogma propio del positivismo jurídico occidental según el cual el Derecho sería exclusivamente producido –como fuente originaria- por el Estado bajo forma de legislación pública y revalorizar, en contraposición, la realidad jurídico-política existencial de que aquellas formas de producción y expresión jurídico-formal que no tienen su origen en el Estado.

La idea del derecho social (vincula a la justicia social) en Gierke se expresa en su concepción original de las personas colectivas y en la concepción asociativa de las relaciones de trabajo que para él se debería de formalizar en un nuevo tipo contractual (el contrato social de trabajo) que entroncaría con la tradición derecho germánico y no tanto con la teoría de la *locatio conductio operarum* de la tradición general del Derecho romano. Vayamos por partes y abordemos en primer lugar su teoría de la realidad de las personas morales.

Gierke afirma una teoría realista de las personas morales y se centra en una especie particular de estas personas colectivas: las personalidades colectivas complejas, a las que considera sujetos específicos del derecho social. En primer lugar se opone a la teoría de la ficción y de la concesión por parte del Estado, pues esta teoría constituye una expresión tributaria de las concepciones individualistas y mecanicistas, las cuales se muestran incapaces de captar la idea de la totalidad concreta en su expresión organizada. Y pone de manifiesto la realidad de los hechos que cuestionan la teoría individualista de la ficción en un sentido más favorable a la realidad espontánea de las personas morales. Para Gierke las asociaciones humanas son seres que existen realmente y que son desde la perspectiva jurídica “personas reales” como unidades personales. Es más, la realidad de las personas morales o colectivas es una realidad específicamente jurídica y moral, pues, en su opinión, cada sujeto de derecho es un producto del orden jurídico objetivo al que pertenece. Las

³⁵ PENDÁS, B.: Estudio preliminar a GIERKE, cit., pág. LXII.

personas colectivas o morales constituyen unidades reales antes de ser dotadas para su actividad exterior del carácter de sujetos del orden jurídico. De manera que preexisten al orden jurídico que se encuentra ante ellas como algo ya existente. En este sentido Gierke hace referencia a una voluntad colectiva *preexistente a su reconocimiento* como sujeto del derecho. Para él dicha voluntad colectiva se basa en un orden jurídico objetivo que regula la vida interior de los cuerpos en cuestión. Es esta la realidad del derecho social que constituye precisamente esa realidad preexistente, identificada y encontrada a través del orden jurídico. Es este derecho social el que hace nacer la voluntad colectiva de la persona moral o colectiva³⁶. Según Gierke el realismo de las personas colectivas reside en la misma realidad del orden del derecho social, en un orden interior, que se impone al orden del derecho como un elemento primordial y originario. Ahora bien: el derecho corporativo que constituye el orden interior de los cuerpos sociales debe afirmarse como esencialmente distinto del derecho que regula las relaciones exteriores entre unidades reconocidas como sujetos simples. De este modo, el Derecho debe dividirse en dos grandes ámbitos, que se pueden designar como derecho individual y derecho social. Éste último contempla a los individuos no aisladamente, sino como miembros de totalidades superiores, y a las asociaciones humanas, bien como cuerpos efectos, bien como partes integrantes de totalidades corporativas más elevadas. Es así que el derecho social contempla la “comunidad de los individuos”. La fuente principal del derecho social es el estatuto autónomo, en cuyo marco la autonomía engendra un derecho objetivo. Ese estatuto produce un derecho social propio y específico para el círculo en el que es válido y eficaz. Es más, para él cada *grupo social organizado en una persona colectiva o moral tiene por tanto su derecho social objetivo. Un derecho social que tiene existencia jurídica fuera del Estado, pues es un derecho social extra-estatal que se engendra en el mismo interior de la organización del grupo social de que se trate*. La vida jurídica no se reduce al derecho individual que presupone una situación aislada de los sujetos. Entiende que el derecho social puede servir de fundamento tanto para las situaciones de integración como para las situaciones de subordinación³⁷. Como resume Gurvitch³⁸: las personas morales, al mismo tiempo que constituyen en su interior espacios del derecho social, mediante sus relaciones exteriores con otras personas morales o con terceros individuales, entran en el orden del derecho individual; el cual las califica como sus sujetos, que se presentan entonces como unidades simples, como individuos en una dimensión más elevada. En todo caso, para Gierke, el Derecho social interno de los cuerpos autónomos no se disuelve en el orden estatal.

Su teoría de las personas colectivas se inscribe una concepción social del Derecho frente a la cosmovisión individualista de la sociedad. Así, considera que la historia de la ciencia del Estado y del Derecho está presidida por el hecho de la concepción de que toda

³⁶ GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, cit., págs. 599 y 602.

³⁷ Véase GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, cit., pág. 603. Critica Gurvitch que “Gierke no ha logrado asimilar la estructura interna de estas asociaciones de dominación, y, en lugar de reconocer que su derecho subordinador no es más que el resultado de la perversión del derecho social por parte del derecho individual, ¡él la ha proclamado como una especie esencial del propio derecho social!” (*Ibid.*, pág. 608).

³⁸ GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, cit., pág. 604.

sociedad no es más que un agregado de individuos se encuentra en lucha con aquella otra concepción que descubre en los cuerpos sociales un todo autónomo con esencia y vida propia³⁹. Se muestra partidario de la “teoría orgánica” que configura como organismos sociales al Estado y demás asociaciones; por tanto, sitúa la existencia del organismo total, del cual el hombre constituye una parte, por encima del organismo individual. Pero hay que insistir nuevamente en que su concepción no es la propia del organicismo naturalista o biológico, sino social⁴⁰. Habla del reconocimiento de una unidad corporal-espiritual en las sociedades humanas. Constituyendo el Derecho social una ordenación de la vida para los seres vivos sociales, la parte del Derecho social que regula la vida interna de las sociedades, debe ser, en consecuencia, principalmente diferente de todo Derecho que regule las relaciones externas de los seres vivos reconocidos como sujetos. El Derecho debe estar en armonía con la doble naturaleza del hombre, que al mismo tiempo que un todo sustantivo, es parte de un todo más elevado; debe organizarse en dos grandes ramas, las cuales se pueden calificar de Derecho individual y de Derecho social. Pero estima que en el Derecho social deber incluirse el derecho del Estado y todo el restante Derecho público, así como también la organización interior de la vida de las personas sociales privadas, incorporada al Derecho privado: en el Derecho social tienen que prevalecer conceptos que ningún modelo tienen en el derecho individual; pues lo que en relación a la persona individual esta sustraída a una ordenación jurídica, puede aquí ser sometido a organización jurídica mediante dichas reglas⁴¹. La ciencia jurídica tiene que ocuparse de las unidades sociales vivas, exclusivamente en la medida en que producen efectos en el orden jurídico. Por otra parte, debe tenerse presente permanentemente, que las fuerza vivas de los organismos sociales se expresan más allá del derecho en todos los movimientos de cultura y de poder, y que sus resultados más potentes se realizan con independencia del Derecho, cuando no contra él frontalmente. Y reafirma la historicidad y socialidad del hombre y hace una llamada a que se cultive la conciencia de que, en su vida se manifiesta juntamente una parte de la vida de una organización de orden superior a cuya fuerte marea ascendente, sobre la breve existencia individual, es deudora la humanidad de su historia y su importancia. Reconociéndose lo que los individuos y grupos deben a la comunidad como parte de ella, dando a la comunidad lo que a la comunidad se debe en puridad y justicia histórica⁴².

Pero antes de proseguir en esa dirección del derecho social que emerge de las personas colectivas complejas, interesa abordar su misma concepción realista de ellas y el impacto que representó en la ciencia jurídica. Se ha señalado, con razón, que el concepto de persona jurídica continua siendo un campo abierto al combate; las constantes luchas que desde el principio desde finales del siglo XIX, han sido intensamente sostenidas, pero sin aportar significativamente nitidez a las categorías y las teorías jurídicas y sociales

³⁹ GIERKE, O.v.: *La naturaleza de las asociaciones humanas*, cit., pág. 39.

⁴⁰ GIERKE, O.v.: *La naturaleza de las asociaciones humanas*, cit., págs. 40 y sigs.

⁴¹ Véase la confluencia con la concepción orgánica de las asociaciones de GINER DE LOS RÍOS, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, edición y estudio preliminar, “El organicismo social de Giner de los Ríos”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

⁴² GIERKE, O.v.: *La naturaleza de las asociaciones humanas*, cit., págs. 47 y sigs.

(estrechamente vinculadas) que se han venido multiplicando y entrelazando con maravillosa fecundidad, y de este conjunto de discusiones y polémicas las construcciones no han hecho sino hacerse más complejas y embrolladas⁴³.

Como reacción a la teoría de la ficción de la persona jurídica se ha propuesto una teoría de la persona colectiva real, que parte de las premisas (a) de que el concepto de persona no coincide con el hombre, sino con el de sujeto de derecho, por lo que no se excluye que haya sujetos de derecho que no sean hombres; (b) que es necesario ensanchar el concepto de sujeto, sacándolo de la esfera del Derecho privado patrimonial y llevándolo a la del Derecho público; y que, finalmente, (c) todas las personas jurídicas pública o privadas, son realidades tangibles⁴⁴. Entre las direcciones realistas están los partidarios de construir un tipo nuevo de asociación basada en el Derecho alemán, que es llamada *Genossenschaft*, y precisamente el fundador de esa doctrina o teoría de la realidad fue Beseler, seguido más adelante, con aportaciones singulares, por autores como Weiske, Dernburg, el propio Gierke y otros. En esa corriente brilla con luz propia el pensamiento investigador y muy riguroso de Gierke, el cual parte de la noción de la *Genossenschaft* formulada por Beseler. Para él ésta es una corporación de tipo germánico que se cimenta en la libre unión de los individuos. Entiende que en la tradición del derecho germánico el concepto de persona es extenso, de tal manera siendo capaz de comprender también a las colectividades. Por tanto, la persona colectiva no se contrapone a los miembros como un tercero, sino que ésta ligada orgánicamente con ellos. Esa asociación –persona colectiva– tiene una voluntad general propia (*Gesamtwille*) que no se reduce a la simple suma de diversas voluntades autónomas, como tampoco se resuelve en una unidad ideal separada de los particulares, sino una voluntad plúrima y única, la voluntad común de todos ordenadamente declarada y eventualmente formalizada. Lejos de una contraposición entre individuos miembros y persona jurídica que los engloba, lo que existe es una unidad en la pluralidad, la cual se encarna en la voluntad propia y unitaria de la persona colectiva como orden existencial superior que se eleva sobre los órdenes vitales de los individuos singulares. Ésta no es un ser social abstracto, sino una comunidad orgánica social aglutinante sobre una base de realidad social formada por un conjunto de individuos agrupados para determinados fines comunes o colectivos. La corporación –persona colectiva– tiene igualmente una capacidad de obrar propia en términos jurídicos.

Para él, la estructura de las personas colectivas reposa en la constitución de un cuerpo orgánico de individuos coligados y las personas unidas por la constitución asociativa/corporativa son los miembros que integran el cuerpo viviente de la asociación/corporación. Estas ideas contrastaban con las construcciones romanísticas dominantes en la doctrina alemana de su época. Gierke edificó minuciosamente su doctrina en su libro *La teoría de la asociación y la jurisprudencia alemana*, y lo hizo partiendo de una crítica contundente a la teoría de la ficción (la “persona fingida”). En

⁴³ FERRARA, F.: *Teoría de las personas jurídicas*, edición y estudio preliminar, “¿Una persona inerte? De la “teoría” al “problema de la interpretación” de las personas jurídicas”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, C. y Molina Navarrete, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, cap. II, pág. 93.

⁴⁴ FERRARA, F.: *Teoría de las personas jurídicas*, cit., págs. 127 y sigs.

dicha obra fundamental Gierke considera que la corporación es una persona real colectiva (*realer Gesamtperson*) integrada por individuos que se unen y organizan en una existencia corporativa que se encamina a la realización de fines que trascienden de la esfera de los intereses estrictamente individuales, a través de la común y única fuerza de voluntad y de acción. Piensa que todo colectivo, o agrupamiento social, es un *organismo social* que está dotado de una capacidad propia y ser sujeto de derechos como tal y desenvolverse en la vida social. En principio, observa, que dicho cuerpo social (colectivo) tiene una existencia autónoma respecto de cualquier intervención estatal, y que cuando se produce un reconocimiento por parte del Estado, éste no es un acto creador de un sujeto jurídico, sino un acto de valor declarativo, esto es, la constatación de su existencia en la realidad. El orden jurídico acaba por atribuir personalidad jurídica a tales entes colectivos, no tanto porque la necesiten existencialmente, sino porque los considera como portadores reales de una única voluntad que merece ser pertinentemente reconocida. Y en esa voluntad unitaria se localiza el núcleo de la subjetividad jurídica (que para Gierke no es una subjetividad artificial o ficticia sino correspondiente, expresión jurídico-formal, de la realidad de su existencia como agrupamiento social previamente existente a su reconocimiento por el sistema jurídico vigente). Las personas colectivas (asociaciones, corporaciones, fundaciones...) son, pues, un organismo social autónomo, dando forma a un cuerpo que es la colectividad de individuos erigida en realización de esta voluntad unitaria. Según Gierke –y en la lógica interna de su teoría orgánica- la persona colectiva es una unidad supra-individual, de manera que la comunidad, jurídicamente organizada, es un todo, al cual es inherente una unidad real. Es una unidad de vida orgánico-espiritual; un todo social viviente.

Esta construcción, no exenta de fascinación en su exposición, tuvo una inmensa influencia que ha perdurado durante largo tiempo tanto en el Derecho privado como en el Derecho público. En Alemania se percibe en autores tan diversos como Regelsberger, Endemann, Pöster-Eccius, Wundt, Mitteis, Bülow, Rosin, entre otros muchos, y alcanza al Hugo Preuss, el discípulo más prestigioso de Gierke, que con base a ella elaboraría su concepción del Estado democrático constitucional y los cimientos de los entes públicos de carácter territorial. Precisamente su crítica al positivismo no sólo se llevará a cabo mediante una crítica a su carácter mecanicista, formalista (los excesos de la jurisprudencia conceptualista o como la denominaría críticamente Ihering, “jurisprudencia de conceptos” situada en el “cielo” de los conceptos jurídicos⁴⁵) y su descuido de la base ética del derecho (un “Derecho justo” históricamente variable en atención a las cambiantes necesidades sociales, como contemporáneamente lo había defendido R. Stammler, y después el segundo Gustav Radbruch⁴⁶), sino que tendrá como centro de

⁴⁵ Véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ihering, ensayo de explicación”, estudio preliminar a la obra de IHERING, R.v.: *El espíritu del Derecho Romano*, Granada, Ed. Comares, 2ª edición, 2011.

⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Filosofía de Gustav Radbruch. Una lectura jurídica y política* (pp. XVII-CLX), estudio preliminar a RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 1999, en particular págs. XLVII y sigs. (“Segunda etapa. Crítica radical del positivismo y revisión del relativismo democrático”); RADBRUCH, G.: *El hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. Aníbal del Campo, revisión, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el

atención la oposición de la idea del derecho social a la idea del derecho individual imperante en el individualismo liberal que presidía en el positivismo legalista⁴⁷. Esa influencia alcanzaría aunque de forma más parcial a autores como Jellinek, Bernatzik, Karlowa, Listz, Rhomber, Hartwig, Hafter, etcétera. Pero también en otros países europeos. Así, en Francia, Saleilles, Terrat, Epinay, Mestre, Hauriou, Valery, Larnaude. En España, Otero, Giner de los Ríos (*Estudios y fragmentos sobre la teoría de la persona social*, Madrid, 1895)⁴⁸, Adolfo González Posada (“La doctrine des personnes sociales”, en *Revue de Droit public*, 1900). En Italia, Vigliarolo, Bruggi, Filomussi Guelfi, Dusi, Fadda y Bensa, Chironi y Abello, Amadeo, Giuffrida, y Giorgi, entre otros⁴⁹.

No obstante reconocer la agudeza del análisis de Gierke uno de sus críticos más solvente has tratado de poner de manifiesto sus límites e incoherencias. Ferrara entiende que el ente colectivo no es nada más que una agrupación de individuos; una totalidad de hombres que se unen para ciertos fines, sin dar lugar en sí un ser colectivo misterioso con vida propia realmente independiente de ellos. No tiene sentido, piensa, la idea de organismo social, que constituiría, con Tarde, una especie de disfraz positivista estéril en realidad; las personas que se reúnen en colectividad no dan lugar en sí a una persona colectiva indivisible como organismo social. Estima que la noción de organismo es indefinible y es apriorístico considerarlo como un hecho dado (Hugo Preuss): entonces, no se puede afirmar que el ente colectivo es un organismo, si no se sabe lo qué ciertamente es un organismo indefinible, y por tanto no se puede afirmar que la colectividad sea un todo viviente si esa vida del grupo escapa en sí al mundo de los fenómenos observables y verificables. De ahí la crítica por la naturaleza especulativa de esa teoría supuestamente realista de las personas colectivas complejas, pues presupone formas de existencia, entes naturales (pero, anótese como crítica de la crítica, que Gierke hace referencia a entes sociales y rechaza el organicismo biológico), allí donde nadie ve otra cosa que una pluralidad de individuos unidos que no se encarnaría en una voluntad propia de un ente colectivo independiente.

Ferrara entiende que Gierke minusvalora la fuerza constitutiva del reconocimiento por el orden estatal, que no tiene un simple valor declarativo: La intervención del Estado no se reduce a una constatación de un ente ya preexistente, porque, entre otras cosas, es necesario distinguir dos cuestiones: el grupo de individuos que es el sustrato del ente, y la cualidad jurídica de sujeto de derecho que es la persona jurídica. El sujeto de derecho colectivo como tal no existe previamente. Aunque Gierke ha pretendido facilitar la libre

constitucionalismo democrático social”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.

⁴⁷No se olvide que Preuss fue uno de los padres fundadores de la Constitución de Weimar, a pesar de que Gierke consideró que la Constitución de la República de Weimar era contraria al espíritu alemán y una expresión de la escuela formalista del Derecho público germano de su tiempo.

⁴⁸Reeditada contemporáneamente, GINER DE LOS RÍOS, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, edición y estudio preliminar, “El organicismo social de Giner de los Ríos”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

⁴⁹FERRARA, F.: *Teoría de las personas jurídicas*, edición y estudio preliminar, “¿Una persona inerte? De la “teoría” al “problema de la interpretación” de las personas jurídicas”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, C. y Molina Navarrete, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, págs. 144-145.

formación de personas jurídicas, desvinculándolas en cierto modo de aquel poder público a que habían llegado según la concepción del “Estado policía”, su construcción fue demasiado lejos, porque más allá de esa loable intención no se puede reducir la intervención estatal a una función pasiva certificante de una realidad jurídica preexistente al propio reconocimiento en términos simplemente declarativos. Fuera del orden jurídico hay colectividades y grupos pero no organismos sociales jurídicamente autónomos dotados de capacidad jurídica para producir derecho social autónomo. Hay que tener en cuenta que para Ferrara “la personalidad es un producto del orden jurídico, y surge por el reconocimiento del Derecho objetivo. El hombre es persona no por la naturaleza, sino por otra del Derecho. La cualidad natural del hombre, como de un ente racional y capaz de voluntad, es sólo la base ética, para que el Derecho de un cierto estadio de cultura reconozca a todos los hombres personalidad”⁵⁰. Pero a pesar de estas críticas, en no pocos aspectos pertinentes –pero que en algún caso tergiversan su teoría- los propios críticos reconoce que la teoría realista de Gierke ha tenido una repercusión histórica importante para fomentar un movimiento doctrinal y legislativo favorable al desenvolvimiento de las asociaciones (personalidad colectivas complejas), pudiéndose afirmar que dicha influencia beneficiosa en términos generales, pues la concepción de una persona colectiva real ha sido útil para implantar el principio de la libre formación de los entes colectivos para ampliar su actividad legítima, para extender su responsabilidad, y defenderse de tentaciones totalitarias del poder público reinante. Con todo, se afirma, que las personas jurídicas no son, ciertamente, ficciones (en sentido estricto); pero si se hace consistir su realidad en ser seres vivos y organismos dotados de voluntad propia, entonces se puede afirmar que esta teoría realista únicamente tiene de real no ser verdaderamente real⁵¹.

Sea como fuere, y a pesar de sus deficiencias en la construcción, la teoría realidad de Gierke constituyó un revulsivo respecto a la concepción de la persona jurídica como concepto medular de la ciencia jurídica y de su objeto, el Derecho positivo, pues hizo ver también los límites del paradigma dominante de su época, el positivismo conceptualista y racional-formal, que venía impregnando las teorías de la persona jurídica más difundida hasta ese momento. Y, en relación a ello, le permitió defender un difuso pluralismo social y jurídico que bajo el prisma de la idea social del Derecho le conduciría a afirmar la realidad existencial de un amplio conjunto de colectividades sociales múltiples (asociaciones, corporaciones, fundaciones, instituciones y organismos públicos, etc.), capaces de generar desde su interior formas de derecho social autónomo o extra-legislativo. Este pluralismo jurídico y ese derecho social autonómico nacido de los grupos sociales se revelaría contra el paradigma dominante de racionalidad jurídico-formal y el principio de exclusividad estatal del Derecho (principio de estatalidad del Derecho). Gierke, con todas sus limitaciones, hizo hincapié en la dinámica de la realidad social de las personas jurídicas, a pesar de los errores inherentes a la metáfora del organicismo

⁵⁰ FERRARA, F.: *Teoría de las personas jurídicas*, cit., pág. 247 y epígrafe 44, 146 y sigs., que es justo decir que no diferencia adecuadamente ente organicismo biológico y organicismo social espiritual que es el defendido por autores como Gierke y entre nosotros por autores krausistas como Giner de los Ríos y Adolfo González Posada. Véase la referencia bibliografía de las notas precedentes.

⁵¹ Véase FERRARA, F.: *Teoría de las personas jurídicas*, cit., pág. 159.

social que inspiraba su teoría. Tras la persona jurídica se oculta un complejo organizativo que está presidido por una multiplicidad de intereses. Aquí se ofrece la ambivalencia del concepto de persona jurídica. Como hiciera notar el mismo Ferrara, el grupo y la organización subyacente a la persona jurídica es una forma jurídica pero no una invención de la ley, por lo tanto no puede ser ni la pura ficción de Savigny, ni la persona real de Gierke, ni tampoco puro “nombre lingüístico” de Hart, sino algo de todo ello al propio tiempo. La teoría de la persona jurídica es uno de los modelos teóricos a través de los cuales se puede explicar las múltiples y heterogéneas realidades organizativas y de reagrupamiento social que se recubren con la técnica normativa de la persona jurídica. En este sentido la crisis reconstructiva de la persona jurídica no comporta una paralela crisis de los sujetos y entidades colectivas. Por el contrario, la observación del Derecho contemporáneo muestra cómo tales realidades jurídicas constituyen los centros de interés que asumen un papel creciente en el sistema jurídico. Es así que la creciente atención prestada a la realidad social de las personas jurídicas –“personas colectivas”- constituye en gran medida el camino para orientar crítica y reflexivamente la investigación sobre la identidad colectiva de las distintas formas de organización social y económica, en cuanto estructuras dinámicas que interactúan en un medio ambiente relacional que preside la vida económica, social y profesional contemporánea. Al final, la persona jurídica en la construcción categorial de la ciencia jurídica actual sólo puede ser útil si se aprecia como una categoría que hace converger el plano de la regulación normativa con la atención a la realidad socio-económica, mostrando –por utilizar la terminología acuñada por F. Geny, que toda categoría jurídica está presidida por “lo dado” (la realidad subyacente) y “lo construido” (la técnica y la política del Derecho) en una constante interrelación e interdependencia funcional y teleológica⁵². La teoría de la persona jurídica, como la a ella vinculada categoría del “sujeto de derecho” sólo pueden entenderse en una dimensión de comprensión explicativa propia de una “normativismo realista” (o de un realismo normativista), pero desde luego no ya desde una superada perspectiva del formalismo jurídico⁵³.

La teoría realista de las personas colectivas complejas permite discernir la estructura interna de sus relaciones y el derecho social que engendran; permite igualmente diferenciar las asociaciones de colaboración y las asociaciones de dominación (el organicismo de Gierke le conduce a considerar que tanto las asociaciones de colaboración como las de dominación son una variedad particular de las personalidades colectivas complejas). Resulta paradigmática su concepción de la socialización comunitaria de la propiedad en el marco de las personas colectivas complejas, cuando señala que el derecho social penetra, a través de ellas, en el interior de las relaciones de propiedad, y permite

⁵² GÉNY, F.: *Fuentes de interpretación y método y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Gény”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000.

⁵³ Para metodología contraria al formalismo jurídico como corriente de pensamiento jurídico, puede consultarse FERRAJOLI, L.: *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Ed. Fontamara, 2004, *passim*; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 37 (2007), págs. 11 a 52.

así la posibilidad de transformar su naturaleza intrínsecamente individualista. De tal manera que como resumiera Gurvitch el pensamiento de Gierke, “sólo por intermediación de la personalidad colectiva compleja puede la propiedad ser realmente humanizada y transformada de una forma esencial. El socialismo colectivista, que no es más que una variedad mal disimulada del individualismo jurídico, ha cometido el error inexcusable de no darse cuenta de esta situación”. En este sentido, no se puede “dejar de señalar el parentesco de las concepciones de Gierke con las ideas de Proudhon y de Fourier; este parentesco se explica no solamente por la influencia de Krause, sino también por *los múltiples contactos entre los pensadores alemanes del período de 1848, del cual procede Gierke (tales como Marlo, Beseler, Ahrens y otros)*, y el socialismo asociacionista francés”⁵⁴. Según Gierke las asociaciones de colaboración –*Genossenschaften*– están en el desarrollo histórico en una lucha permanente contra las asociaciones de dominación (*Herrschaftsbände*), siendo la empresa capitalista una organización proclive a la dominación, pues en ella existe una asimetría entre los sujetos implicados, no constituyendo una comunidad de intereses basada en la armonía sino en una tensión entre colaboración y conflicto en la producción. Gierke ve en la empresa capitalista una estructura de poder y dominio, que el empleador ejercer sobre los trabajadores a su servicio. Para él la dependencia era una sumisión relación jurídica de sumisión jerárquica que implicaba a la persona del trabajador, cuando –a su entender– debería ser una relación de colaboración comunitaria en la organización productiva⁵⁵.

Para Gierke, la evolución de las instituciones jurídicas se encuentra presidida por esta lucha, que conduce tanto al predominio de un tipo de asociación sobre la otra, como en ciertas circunstancias a un equilibrio entre ellas y su interrelación dinámica. Hasta llegar a principios del siglo XIX se inicia un nuevo período histórico caracterizado por el hecho

⁵⁴ GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, cit., pág. 612.

⁵⁵ SINZHEIMER, H.: “Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht”, en *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie I*, Fráncfort del Meno, 1976, págs. 402 y sigs. Sinzheimer, influido por Gierke respecto a la idea de dependencia como subordinación y sumisión, sin embargo se aparta de su concepción comunitarista de la relación de trabajo, y considera que el contrato de trabajo es un tipo contractual de intercambio patrimonio basado en el conflicto de intereses y que, además, sirve de título jurídico para la dominación del trabajador y la atribución de los resultados patrimoniales del trabajador dependiente. En definitiva, Sinzheimer –bajo el influjo de Karl Marx– consideraba que la relación de trabajo –formalizada jurídicamente a través del contrato de trabajo– era una relación de poder jerárquico entre sujetos privados; y precisamente por ello defendía la necesidad de una democratización de la relación de trabajo, a través de la regulación estatal de los derechos del trabajador (patrimoniales y extrapatrimoniales), la democracia en la empresa (contrapoder e influencia en las decisiones empresariales), la tutela de la libertad sindical, el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva (autorregulación social y codeterminación convencional de las condiciones de trabajo y empleo; una regulación autónoma de creación de un Derecho social colectivo que se apoyaba y construía sobre la base de la legislación heterónoma de mínimos de carácter estatal). Desenmascarar la relación de poder en seno del contrato de trabajo, luchar por la democratización del contrato de trabajo, la democracia industrial y la subjetividad política y social del trabajo (sujetos sindicales) eran objetivos a perseguir por el Derecho del Trabajo Estatal y Colectivo/Sindical. Véase, al respecto, SINZHEIMER, H.: *Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung*. 2 Teile, Leipzig 1907-1908; *Ibid.*, Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland, Berlín, 1914; *Ibid.*, *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der Sozialen Selbstbestimmung im Recht* (1ª edición de 1916), 2 ed., Berlín, 1977; *Ibid.*, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*. Ed. por Otto Kahn-Freund y Thilo Ramm, con una Introducción de Otto Kahn-Freund, 2 vols., Frankfurt a. M-Köln, 1976.

de que el Estado autoritario se transforma paulatinamente en Estado constitucional y democrático, de tal manera que el principio colaborativo de la *Genossenschaft* (asociación de colaboración) penetra en la estructura medular del Estado constitucional, bajo la doble forma de la democratización de los órganos centrales y de la expansión del autogobierno descentralizado local. Pero, desde el momento en que el principio de colaboración (hay aquí una cierta aproximación con el principio comunitario de Ferdinand Tönnies⁵⁶) se infiltra en la organización del Estado, éste no puede ser ya totalmente hostil al desarrollo de los *Genossenschaften* en el sentido estricto del término, de las uniones libres, que se desarrollan como una nueva fuerza⁵⁷.

Es más, para Gierke, la asociación libre de colaboración (*Genossenschaft*) no sólo penetra en las estructuras estatales y públicas en general sino que también va más allá, toda vez que su presencia se irá progresivamente haciendo sentir en el ámbito de la empresa capitalista, la cual encarna típicamente el prototipo de asociación de dominación, y, más ampliamente, en todas las esferas de lucha entre los intereses de los empresarios y los intereses de los trabajadores. En palabras del propio Gierke, la empresa capitalista “no es una simple suma de relaciones individuales, sino una totalidad, una unidad orgánica. Esta unidad no es sin embargo *por su estructura más que una asociación de dominación*, en la cual el representante del capital o del conjunto de los capitales es un jefe absoluto en la esfera económica (*absoluter wirtschaftlicher Herr*)... En las asociaciones de dominación de los tiempos actuales [como la empresa capitalista] no se efectúa ninguna vinculación entre los miembros, no tiene lugar ninguna distribución de derechos, que pueda limitar la arbitrariedad del elemento que representa la unidad de la empresa (el patrón), no se concede ninguna *constitución* que dé influencia a la comunidad, ni siquiera la más modesta, sobre la gestión de la totalidad en cuestión”⁵⁸. Gierke es crítico respecto a las asociaciones de dominación como la forma de la empresa capitalista moderna y entiende que en su estructura interna debe penetrar el principio de colaboración y la participación de todos los sujetos que lo integran siendo partícipes activos de la misma. En este sentido no debe olvidarse que fue uno de los juristas de cátedra –entre los años 1860 y 1870–, que adopta una posición favorable al *sindicalismo*, porque a través de la autoorganización y la acción directa de los trabajadores contribuyen a mejorar las condiciones laborales y a resolver la solución del problema social moderno (la cuestión social). Confiaba más que en la propia intervención del Estado en la asociación libre y su papel creador, en el movimiento profesional y corporativo. Esas son formas de agrupamiento presididas en su interior por el principio de colaboración y comunitario. Por ello, llega a considerar a las asociaciones de dominación (como la estructura de poder autoritario en el seno de la empresa, donde el trabajador se encuentra en una posición

⁵⁶ Véase TÖNNIES, F.: *Comunidad y Asociación*, trad. José-Francisco Ivars, edición y estudio preliminar, “La interpretación de la Modernidad en Tönnies: “Comunidad” y “Sociedad-Asociación” en el desarrollo histórico”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.

⁵⁷ GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, cit., pág. 615, resumiendo la posición de Gierke.

⁵⁸ GIERKE, O.v.: *Genossenschaftsrecht*, cit., pág. 1037, en cita de GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, cit., pág. 616.

económico-jurídica de subordinación a los poderes directivos del empresario) una perversión de la persona colectiva compleja.

El Derecho no se agota en el Estado. El derecho social generado en el seno de los grupos y organizaciones sociales extra-estatales, constituye un nuevo derecho objetivo diferenciado del orden jurídico estatal. Por su parte, es una instancia política capaz de generar su propio Derecho sin disolverse en el mismo. La explicación de Gierke es realista: el Estado ostenta un poder o fuerza metajurídica (*Matcht, Herrschaftswille*) y cuando se trata de la forma de “Estado de derecho” (*Rechtstaat*), el Estado se somete al Derecho por él mismo creado, reforzando su eficacia a través de la coacción estatal. En esta forma política el Estado somete su poder al Derecho por él generado, lo que constituye una especie de autolimitación, que se acentúa en la forma política del Estado constitucional de Derecho. Esta construcción –más allá de ciertas contradicciones en la que incurre Gierke al afirmar el poder absoluto o soberanía absoluta del Estado- conduce coherentemente a que tanto en el exterior como en el interior (donde coexistente con él distintas grupos y asociaciones que crean su propio derecho social específico) la soberanía político-jurídica del Estado no podría ser sino relativa, en la lógica interna de su modo de pensamiento. Por ello, como hizo notar Hugo Preuss (su discípulo más cualificado y uno de los artífices de la Constitución de Weimar), en el pensamiento de Gierke queda relativizada la concepción de la soberanía⁵⁹. Pese a sus contradicciones internas se ha señalado⁶⁰, no sin razón, que la doctrina de Gierke es “la que (a pesar de sus tendencias propias más conservadoras) la *intermediaria* entre el republicanismo político y social de 1848 y el de 1919. Es su doctrina la que ha transmitido directamente la importante herencia de la tradición de Fichte y de Krause a la Constitución de Weimar. En la construcción de una constitución democrática tendría un papel extraordinario su discípulo Hugo Preuss, verdadero artífice de la Constitución de Weimar, y lo hace evidenciando el republicanismo y el carácter democrático *latente* que contenía la teoría del derecho social de Gierke: por mediación de la Constitución de Weimar, impregnada del espíritu de Gierke, la corriente Fichte-krausista, que hasta entonces había permanecido casi desapercibida, triunfó sobre la tradición de Hegel y se hizo visible. Esto se halla

⁵⁹ Veáse PREUSS, H.: *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889, págs. 95 y 118.

⁶⁰ Esas contradicciones internas son expuestas nítidamente en Gurvitch, señaladamente en pág. 623, dígase “la idea de soberanía absoluta no está bien elaborada en Gierke, sino que se apoyo en una contradicción flagrante, debido a una serie de graves errores en su sistema: el dualismo entre el Estado y el Derecho, la rehabilitación parcial de las asociaciones de dominación, el reconocimiento exclusivo del derecho social organizado, la negación de la posibilidad de un derecho social extra-estatal (sic) común, la duda entre el objetivismo y el subjetivismo jurídicos. Todos estos errores le han impedido entrever, junto al derecho social condensado en el Estado, derecho social anexionado, y derecho social puro, pero sometido a la tutela del derecho estatal, la posibilidad de un derecho social puro e independiente (sic.) que equivale al Estado y le hace competencia. Por esto Gierke no ha podido extraer de sus profundos puntos de vista un ideal práctico preciso, y siempre se ha mostrado dubitativo e su posición política”. Ahora bien, matiza, que se debe ser justos con la aportación de Gierke, pues su doctrina, a pesar de todas sus oscilaciones, no sólo es una de las teorías más precisas jurídicamente y la más detalladas del derecho social, es también el único sistema jurídico alemán que ha sabido, durante los largos años de reacción política y científica, conservar la inspiración de las ideas de 1848 y de la Asamblea Constituyente de Francfort. Es su doctrina la que ha sido la intermediaria entre el republicanismo político y social de 1848 y el de 1919. Cfr. GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, cit., pág. 623.

confirmado señaladamente en virtud de la idea de la “*constitución económica*”, relevante en la Alemania de Weimar, y a través del desarrollo de la doctrina alemana del *derecho del Trabajo*, en la cual, incluso los observadores menos partidarios de las nuevas corrientes, perciben, con toda justicia, la influencia victoriosa de la “*genossenschaftliche Rechtstheorie*” de Gierke y de sus predecesores⁶¹.

Ahora bien: suele olvidarse –y Gurvitch incurre en ello- que en la Constitución de Weimar influye de modo determinante una tradición tan importante como la del “socialismo jurídico” de Anton Menger (que tendría discípulos tan eminentes como Karl Renner), que siendo el verdadero fundador intelectual del “Derecho Social del Trabajo”, aunque austriaco de origen, pertenece a la tradición germánica y que no se limitó a criticar la situación de las clases trabajadoras –clases desposeídas-, sino que dio un paso más proponiendo la instauración de un “Estado democrático del Trabajo”, que es innegablemente la construcción más precisa de lo que en la Constitución de Weimar de 1919 sería configurado como “Estado Social de Derecho” por Herman Heller (al cual precisamente Gurvitch también hace alusión alguna, aunque es cierto que él quiere acotar su análisis hasta finales del siglo XIX, pero acaba, sin embargo, por buscar los orígenes de la Constitución de Weimar de 1919 y entonces en el análisis sería obligado hacer referencia a otros autores posteriores a Menger influyentes en la dicho texto constitucional de la tradición del socialismo, como Radbruch, Sinzheimer y el propio Heller)⁶².

Esta crítica –por reduccionismo- no impide coincidir con Gurvitch en señalar –no obstante esa parcialidad en la falta de una atención mayor de la dirección del pensamiento jurídico del socialismo jurídico; quizás condicionado por su orientación, nunca ocultada por él, más próxima al socialismo anarquista y autogestionario de Proudhon- que, efectivamente, “el desarrollo de la doctrina del derecho social después de Gierke transita de Alemania a Francia. Los juristas franceses del siglo XIX y del primer tercio del siglo XX más eminentes, como León Duguit, Raymond Saleilles y Maurice Hauriou (y antes que ellos los solidaristas como Secrétan, Fouillée y los solidaristas puros como León Bourgeois, que es el fundador del movimiento solidarista propiamente dicho), procedentes de otra tradición diversa, donde la influencia proudhniana no ha tenido ningún papel, retoman la idea del derecho social precisamente allí donde la había abandonado Gierke. Ellos liberan la teoría jurídica del derecho social de todo tipo de subjetivismo y de “jerarquismo”, y profundizan en ella mediante concepciones consecuentemente objetivistas y de gran rigor técnico⁶³.

⁶¹ GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, cit., pág. 624.

⁶² Véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

⁶³ Véase GURVITCH, G.: *La idea del derecho social*, cit., pág.624.

5.-La cuestión social: la construcción del “contrato social de trabajo” y el papel de las asociaciones colectivas profesionales (“sindicales”)

Pero, con todo, el pensamiento de Gierke –y de otros autores críticos respecto del individualismo- se insertaría en esa reacción ideológico-jurídica y política contra el individualismo y el formalismo jurídico dominante en el Derecho privado de su época vinculado el liberalismo de los orígenes (esencialmente individualista; inserto en el individualismo posesivo), reivindicando frente al dominio exclusivo y excluyente de la “idea individual” la presencia concurrente de la “idea social”. Es una culminación a finales del siglo XIX de esa reacción contra el individualismo jurídico y político surgida ante todo a partir de corrientes minoritarias del siglo XVIII con diversas formas y direcciones. Se trataba de la reintegración del individuo en la sociedad en los diversos sistemas filosóficos, jurídicos y políticos del siglo XIX, en el idealismo, el socialismo jurídico y en el materialismo histórico, aunque también en otras direcciones más controvertidas como la dirección organicista, biológica y psicologista. Aunque en una perspectiva más general Gioele Solari realzaría con lucidez que si por una parte la revolución francesa consagraba en el orden político y jurídico el ideal individualista, por la otra provocaba un movimiento de reacción dirigido a reinstalar al hombre en la naturaleza y en la sociedad. Esta reacción no fue planteada exclusivamente por los excesos revolucionarios, o por motivos afectivos y políticos, sino sobre todo por una nueva orientación del pensamiento filosófico, determinada por un profundo cambio en las mentes, respecto del modo de concebir al hombre en sus relaciones con los demás y con el mundo exterior⁶⁴. En ese sentido, las más productivas energías del siglo XIX se dedicaron, más que comprimir la individualidad y comprometer sus conquistas, a integrarla, a restablecer los vínculos y las relaciones íntimas fundamentales, y no sólo exteriores, que *ligan el individuo a los organismos de que forma parte*, a coordinar sus fines, actividades y cualidades éticas e intelectuales con las condiciones de la vida en común, a rehabilitar los valores humanos y sociales como valores en sí, que tienen no sólo razón de existencia sino también de preeminencia sobre los mismos valores individuales comprendidos en ellos y por ellos ennoblecidos y robustecidos. Y esta nueva conciencia abría nuevos caminos a la especulación. Al yo como fuente del conocimiento, como principio de valoración, le desplaza la conciencia colectiva. Ciertamente, para poder encontrar formas de reacción progresiva, fecundas e innovadoras en nuevas aplicaciones en el derecho privado, hay que recurrir a esas corrientes de pensamiento que, superando el punto de vista individual, se esforzaron en reintegrar al individuo a la sociedad, no a base de consideraciones de índole moral o religiosa o revocando la ficción del contrato, sino *a través la reconstrucción, a los efectos jurídicos, del término mismo de sociedad, entendiendo como término autónomo distinto del Estado, contrapuesto al individuo, fuente de derechos y de deberes*. Desde distinta dirección de pensamiento jurídico se asentaba una concepción social del derecho y del Estado. Sin embargo, como apuntaba Solari, si en el siglo XI los destinos del derecho privado no se pueden separar

⁶⁴ SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado. II. La idea social*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1950, págs.1 a 3.

de los del historicismo, no puede decirse que la especulación haya igualado en relevancia y resultados alcanzados a la investigación histórica. Es innegable la extensión del movimiento histórico en el derecho privado y con sus limitaciones la contribución de las direcciones metafísicas (idealismo y materialismo histórico) y empíricas (biologismo y psicologismo), aplicadas a los resultados de la crítica histórica, ha sido muy desigual, pero han contribuido a una renovación en sentido social del derecho privado, y proporcionado, al mismo tiempo, principios y argumentos para la crítica y la reforma en sentido socializador o incluso socialista de las relaciones de índole privada⁶⁵.

El contexto histórico viene marcado visiblemente por la crisis del liberalismo político y jurídico como elementos de la organización de la sociedad moderna. En particular, en la dimensión jurídico-política se va produciendo un paulatino derrumbamiento y la derrota del positivismo, con el derrumbamiento de la unidad ideal del Derecho privado (realizado a imagen de la burguesía triunfante tras las llamadas revoluciones “liberales burguesas” y sus sistemas de codificación) y la degeneración manifiesta y los excesos del positivismo legalista. Ello hace emerger nuevamente el problema de la “justicia material” (ahora señaladamente como “justicia social”) y un debate sobre la codificación y su revisión en un sentido de racionalización jurídica no sólo formal sino también material. Pero con todo, se plantean nuevas tareas de la ciencia del Derecho privado y público donde tendrán una intervención relevante –y en algunos aspectos decisiva autores como Gierke y Menger (aunque a este deliberadamente se intentó marginal a pesar de sus contribuciones decisivas). Se abordaba la crítica de la *ideología jurídica* y de los principios del sistema del Derecho privado de los orígenes. Se afirmó que tras la pretensión generalizada de unidad del Derecho civil subyacía, como lo muestra la historia previa de la codificación de ese Derecho en el primer Reichstag, la búsqueda de unidad de una burguesía nacional y liberal, que se presentaba como representante de toda la nación. En el Derecho económico de urgencia o emergencia de la primera guerra mundial y en el pluralismo económico y político de la democracia de Weimar se rompió esa pretensión originaria. A la decadencia del antiguo liberalismo económico clásico correspondió el derrumbamiento de su gran creación jurídica, la unidad ideal y racional del Derecho civil⁶⁶. Ese fracaso en la unidad interna del Derecho privado refleja que el mundo de ayer quedó hecho añicos⁶⁷. En la experiencia jurídica, la significación de la vivienda para la conservación de la vida de las personas y la del alquiler para la renta convierten al Derecho de viviendas en núcleo del desarrollo del Derecho social, aún más se puede afirmar esto del Derecho del Trabajo, cuya plena autonomía es una de las más relevantes y significativas aportaciones de la cultura jurídica del pasado siglo veinte. El Derecho social anterior a la primera guerra mundial todavía se entendía como el caso especial más relevante de la contratación de

⁶⁵Véase, ampliamente, SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado. II. La idea social*, cit., págs. 11 y sigs.

⁶⁶ WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. del alemán de Francisco Fernández Jardón, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000, epígrafe 27, pág. 491.

⁶⁷ IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, Barcelona, Ed. J. M. Bosch, 1992, y en la literatura de memorias el magnífico libro de ZWEIG, S.: *El Mundo De Ayer*, Barcelona, Acantilado, 2002.

servicios del Derecho civil, en contraposición con el Derecho del Trabajo, que con los seguros sociales (la Seguridad Social) se le adelantó significativamente, especialmente en el Derecho de la protección del trabajo. Sin embargo, después del triunfo parcial de los trabajadores alemanes, de sus partidos políticos y de sus sindicatos de clase después de 1919, el Derecho del Trabajo se desprendió totalmente del Derecho privado codicístico. El reglamento del contrato de tarifica de 1918 (convenio colectivo) admitió una organización laboral ante la que pudieran plantear las asociaciones de trabajadores y organizaciones de empresarios sus conflictos para dirimirlos el Estado. Elevó a principio fundamental la conclusión del contrato de trabajo colectivo y sometió la libertad contractual de los particulares, con el principio de no negociación, a la supremacía contractual de los grupos, cuyos miembros individualmente ya no podían sustraerse al carácter vinculante del acuerdo colectivo alcanzado. La Ley del Consejo de Empresa reprodujo la organización pluralista del trabajo en el interior de cada empresa y vinculó la denuncia del contrato a la intervención del Consejo. La Ley del Tribunal del Trabajo amplió los antiguos tribunales mercantiles e industriales con una singular y original jurisdicción con asesores legos de representación paritaria. La consecuencia práctica fue *una lucha laboral constreñida y limitada por las reglas y pacificada por la intervención del Estado*. Esta realidad de inserción e integración político-institucional del movimiento obrero acabó triunfando después de la experiencia nacionalsocialista y tampoco condujo totalmente a la invención de nuevas formas de organización⁶⁸. Más que la causa, sin duda, la crisis que se produjo en el sistema del Derecho privado encontró una expresión jurídico-política en amplio despliegue del Derecho Social que progresivamente iría penetrando en centro neurálgico del sistema jurídico, el orden constitucional.

Al mismo tiempo un debate intenso sobre la construcción de una nueva forma de Estado que culminaría en la construcción del moderno Estado constitucional y su conformación como Estado Social de Derecho⁶⁹. El punto de partida de los iussocialistas era que el trabajo no era una mercancía, ya que es inseparable de la persona del trabajador. Pero el hombre se somete al poder del empleador, puede devenir en esclavo si no existen garantías de libertad (sistema de limitaciones jurídicas de los poderes empresariales): Somete su cuerpo y no sólo su energía, operándose una suerte de implicación en la relación de trabajo (sujeto y no objeto del contrato de trabajo) en su cuerpo y energía. De ahí que ante ese modo de desenvolvimiento la actividad laboral (en el paradigma típico que es el trabajo *en* la empresa) sea necesario introducir un componente estatutario en el

⁶⁸ WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. del alemán de Francisco Fernández Jardón, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2000, epígrafe 27, págs. 496-498.

⁶⁹ Véase, WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. del alemán de Francisco Fernández Jardón, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000, Quinta Parte (“El derrumbamiento y la derrota del positivismo”); LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009; *id.*: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013; *id.*: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

contrato de trabajo para hacer valer en él los *derechos de la personalidad del trabajador*, pero sin sustituir la figura del contrato como mecanismo de formalización jurídica de las relaciones sociales de tipo económico cuyo objeto es el trabajo⁷⁰.

Pues bien, autores como Gierke —e incluyo en mayor medida, sin duda Antón Menger— fueron juristas comprometidos con su tiempo, que reaccionaron lúcidamente ante la situación crítica y cultural de su tiempo. Estos autores no se limitaron a formular una moral más allá del Derecho positivo (que aun siendo tal podría ser un derecho injusto), sino que trataron de proponer una “justicia legal” de base material, basada en una racionalidad jurídico-material, que especialmente en el caso de Menger conduciría expresamente a la defensa del “Estado democrático del trabajo” (formalizado jurídicamente tiempo después en el Estado Social de Derecho, esto es un Estado constitucional basado tanto en una racionalidad formal —justicia formal, si se quiere ver así de manera simplificadora, ciertamente— y en una racionalidad sustancia —justicia social materia; idea material de Derecho—. Una democracia que combina las dimensiones formales y sustanciales).

Desde su concepción del Derecho social moderno, Gierke toma en consideración la cuestión social de su época. Históricamente, y desde postulados bien diferentes, en esto coincidieron Anton Menger (desde la corriente del “socialismo jurídico”) y Gierke (desde la dirección de un historicismo jurídico social que continuaba críticamente la corriente de la llamada Escuela Histórica del Derecho⁷¹). Es significativo que ambos autores convirtieran en centro de sus críticas al primer Proyecto de Código civil alemán (B.G.B), fuertemente inspirado en los postulados de la ciencia pandectista y en la jurisprudencia de conceptos. Menger escribiría un famoso y lúcido libro *El Derecho civil y los pobres* que daría nacimiento al Derecho Social del Trabajo, y Gierke escribiría varios, conocidos e influyentes ensayos y conferencias muy críticos respecto del proyecto de código civil alemán. Para ello reclama la idea de justicia y del derecho social y defendió “*la función social del Derecho Privado*” (*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*). Desde su concepción historicista del Derecho alemán y su intento de elaboración de un Derecho social moderno, Otto von Gierke llevaría a cabo —en paralelo a Anton Menger, pero en una perspectiva ideológico-jurídica bien distinta a la aquél— una lucha político-jurídico por un derecho anclado en el espíritu del pueblo y la idea germánica de “comunidad”, que, en su opinión, era extraña a la tradición romanista, porque se cimentaba en una concepción individualista y atomizada.

Ambos, Gierke y Menger, pondrían de relieve que la reconducción de la relación jurídica de trabajo al esquema regulativo del arrendamiento de servicios suponía la consagración jurídica del trabajador como mercancía y la entronización de la relación de trabajo como

⁷⁰MONEREO PÉREZ, J.L.: “La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 96 (1999), págs. 489 y sigs., en particular pág. 505, y la bibliografía allí citada. Véase también sus inferencias en la contemporaneidad ante las políticas neoliberales, GALLINO, L.: *Il lavoro non é una merce. Contro la flessibilità*, Bari, Editori Laterza, 2007.

⁷¹ En una perspectiva general, GONZÁLEZ VICENT, F.: “La Escuela histórica del Derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 18-19 (1978), págs. 1-48.

una relación jerárquica del poder omnímodo detentado por el empresario (una “dependencia” o “subordinación” jurídica prácticamente ilimitada e incondicionada), sin garantías de los derechos de la persona del trabajador a pesar de su directa implicación personal en la realización de la prestación de servicios, como prestación de hacer de carácter personalísimo. De ahí que no se trate exclusivamente de un simple contrato de intercambio de servicios patrimoniales (de trabajo subordinado/asalariado, por retribución), y con ello de la visibilidad de la insuficiencia técnica y de política del Derecho de la reconducción a una categoría contractual como el arrendamiento de servicios romanista que desconocía en sí mismo el fenómeno socio-jurídico de la subordinación o dependencia en las modernas organizaciones productivas (las empresas capitalistas) y que por su misma lógica contribuía a reforzar la relación de sometimiento o sujeción jurídico-social del trabajador al poder del empresario contratante. La reconducción de la relación de trabajo en el esquema del arrendamiento de servicios había propiciado que se hiciera prevalecer los aspectos patrimoniales de su contenido (efectivamente concurrentes, sin duda) en perjuicio de la dimensión jurídica personal, esto es, de la implicación de la persona en la ejecución de la prestación de servicios y la exigencia jurídica –de política del Derecho- de proteger sus derechos como persona). De este modo, tras la ficción jurídica de un contrato basado en la igualdad formal de los sujetos contratantes se enmascaraba una relación de poder y de dominio del trabajador como una mercancía (degradado a “cosa productiva *sui generis*”): se oculta la realidad de las relaciones laborales en la organización empresarial como relaciones de poder y control social ejercido sobre las personas que trabajan convertidas en factores de producción: en una relación de tipo económico-patrimonial cuyo objeto es la misma actividad del trabajador (con un nítido componente disciplinario, que los clásicos del iuslaboralismo vislumbraron, y que luego lúcidamente realzarían Michel Foucault, obras como “*Vigilar y castigar*”⁷²). El propio Ludovico Barassi, en su madurez, advertía en gran medida esa realidad de la subordinación jurídica: “Podemos y debemos considerar la subordinación como limitación de autonomía en el trabajador que debe dar sus energías: a) para fines que no le conciernen de modo prioritario, ya que normalmente pertenecen a quien ha estipulado el contrato con él (lo que no basta porque es también cierto para el trabajo autónomo); b) según las directivas impuestas (de acuerdo con el presupuesto anterior) por el contratante a quien se presta el trabajo (pero también el comitente de una obra puede imponer las modalidades de la obra a ejecutarse; art. 1659). Es menester agregar, por ello, c) que el trabajo debe ejecutarse con el control constante y a riesgo del empleador”⁷³.

Derecho social es el que crean las asociaciones en su orden interior. Considera Gierke a las personas individuales como miembros de un todo superior, y a las asociaciones como un todo, como una comunidad, o bien, a su vez, como miembros de asociaciones superiores; el Derecho social se basa, por ello, en la relación de articulación, subordinación o supraordenación, y parte de los sujetos como de una vinculación. Los

⁷²FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo veintiuno, 1986.

⁷³ Cfr. BARASSI, L.: *Tratado de Derecho del Trabajo*, versión castellana Miguel Sussini, Prólogo y notas de Derecho argentino de Mario L. Deveali, Buenos Aires, Ed. Alfa, 1953, pág. 339.

sujetos no son considerados como personas aisladas, sino como personas pertenecientes a distintos órdenes, insertas orgánicamente en un todo. A diferencia del derecho social, el derecho individual descansa en la relación de coordinación, y parte de la independencia y un mayor aislamiento de los sujetos jurídicos. Pero en el marco de un determinado orden jurídico-positivo (que formalizada la totalidad orgánica de un pueblo), el derecho individual y el derecho social pueden coexistir y complementarse en sus diversas esferas societarias y comunitarias⁷⁴.

Para Gierke el derecho social se sitúa en el cruce entre el derecho público y privado, constituyendo una superación de dicha antítesis bajo una nueva forma de Derecho. Esta idea de un derecho social no reconducible a un *tertium genus* refleja una anticipación respecto al dato jurídico posterior consistente en que precisamente el derecho social es típicamente el derecho específico del Estado Social de Derecho. Para él, toda comunidad orgánica es susceptible de crear Derecho, y este poder creador conduce de suyo al pluralismo jurídico⁷⁵. Gierke realiza una apuesta por lo colectivo frente al individualismo posesivo dominante en el ámbito jurídico –y de lo político-. Él se ocuparía precisamente de la teoría y del “Derecho de la corporación” (*Genossenschaftsrecht*), la crítica del individualismo en el primer Proyecto de un Código civil y su contraste con las tradiciones de cultura jurídica del derecho alemán, la naturaleza de las asociaciones humanas y los problemas de las relaciones existente entre la moralidad y el Derecho. La centralidad de esta problemática expresa por sí misma sus preocupaciones y hacen ya intuir la trascendencia de sus aportaciones al Derecho Social y a la ciencia jurídica moderna. Gierke reconoce en el Derecho su función social en el marco de su historicidad y en una perspectiva, organicista, democrática y nacionalista. La realidad social de la época en que le tocó vivir, determinaron su crítica del liberalismo económico y jurídico y la defensa de propuestas de reformas sociales y jurídicas para afrontar la “cuestión social” y la descomposición social a que conducía la aplicación práctica de los dogmas del liberalismo clásico. En este marco lucha contra los postulados mantenidos por la Pandectística como germanista, como pensador histórico de la filosofía de la vida y como decidido partidario de la política jurídica social. Para ello construyó una reflexión original que partía de un organicismo social y de la revalorización del “derecho de la corporación”. A partir de ahí combatiría tanto la omnipotencia del Estado moderno como el individualismo posesivo insolidario propiciado por la Ilustración y consolidado por las revoluciones industriales y burguesas. Estas formas de Estado mecánico –basado en una racionalidad instrumental y absorbente- y el individualismo posesivo deberían ser superadas a través del organicismo social de las distintas formas de las uniones humanas, encarnadas en personalidades colectivas unitarias, en cuyo marco los individuos miembros despliegan toda su personalidad. Para él la sociedad humana es una estructura compleja y plural, pues está formada por un conjunto muy diverso de uniones y

⁷⁴ GIERKE, O.v.: *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887, págs. 176 y sigs.

⁷⁵ GIERKE, O.v.: *Deutsches Privatrecht (Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, hrsg. V. Fr. Oetker), Bd. I, Leipzig, 1895, pág. 119.

agrupaciones sociales, que van desde la base del propio individuo, la familia, la corporación, las organizaciones sindicales, las corporaciones administrativas, alcanzando al Estado como forma corporativa suprema que encarna a todo el pueblo –a toda la comunidad política nacional- y se expresa jurídicamente a través de las diversas formas de Derecho público, de Derecho privado y el subyacente *Derecho social*, que cada vez adquiere una mayor centralidad. De este modo, Gierke lo que construye es una teoría jurídica y social, que pretende insertarse en una tradición comunitaria de la vida social e impulsar una reforma en sentido social. Desde allí lucharía contra el Proyecto inicial de Código civil alemán (B.G.B) inspirado por Windscheid, y precisamente contraponiendo la idea individual de éste con la idea del Derecho social por él defendida. Para él, el derecho social –y no sólo él- tiene la aspiración de realizar la justicia, que es donde estriba la idea del derecho en una sociedad civilizada. Por ello mismo, la ciencia jurídica no puede desentenderse de esa idea del derecho, el problema de la justicia. Según Gierke, el Derecho no es un simple instrumento neutral al servicio del cualquier tipo de fines y con independencia de toda clase de valores a los que debe servir. El Derecho no es degradado a una unilateral tecnología jurídica. Y es que para nuestro autor la idea de justicia –condicionada históricamente con el sentir de la comunidad (lo que da lugar a una especie de derecho natural de contenido variable en cada fase histórica)- constituye un elemento constitutivo del Derecho positivo; y éste con su estructura técnica y su conjunto de garantías debe estar orientado a la realización de la justicia⁷⁶. Aunque el derecho justo es en cada momento históricamente dado; todo Derecho tiene que aspirar la justicia, es decir, a ser un derecho efectivamente orientado hacia justicia de la comunidad⁷⁷. De ahí la proclividad de Gierke de entender la validez jurídica no sólo en un plano formal sino también en una perspectiva jurídico-material (que enlaza con la idea de lo justo histórico; el valor de la justicia en su percepción histórica existencial), aunque sea por entender que el Derecho positivo es la conformación de la idea del Derecho encarnando la conciencia de lo justo de una determinada comunidad histórica⁷⁸.

Con todo, partiendo de una concepción más comunitaria y organicista –que él creía localizar o encontrar en la tradición del derecho germánico-, Gierke defendió una propuesta de elaboración de un Código civil alemán *social y popular*. Todas sus críticas al primer Proyecto de Código Civil y sus propuestas para el código estaban presididas por ese enfoque de organicismo social. Él se inscribía en la tradición del pensamiento

⁷⁶ GIERKE, O.v.: *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik*, 4. Ausg., Breslau, 1929, págs. 317-318.

⁷⁷ La historicidad del Derecho hizo ver a autores como Rudolf von Stammler y Gustav Radbruch (éste en su segunda etapa de madurez posterior a la segunda guerra mundial) que el ideal de comunidad de hombres libres de expresarse en una suerte de “Derecho natural de contenido variable”. Para el primero, véase estudio de GARRIDO GÓMEZ, M^a. I.: *La teoría y filosofía del Derecho de Rudolf von Stammler*, Madrid, Ed. Reus, 2003, especialmente págs. 52 y sigs., y para Radbruch, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Filosofía de Gustav Radbruch. Una lectura jurídica y política* (pp. XVII-CLX), estudio preliminar a RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, 4^a ed., edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 1999, en particular págs. XLVII y sigs. (“Segunda etapa. Crítica radical del positivismo y revisión del relativismo democrático”).

⁷⁸ GIERKE, O.v.: *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* (1874), reimpr. Tübingen, 1915, pág. 103.

conservador –“tradicionalista” en cierto sentido- e imputaba al Derecho romano, al iusnaturalismo, el liberalismo económico, al individualismo y al capitalismo como elementos destructores de las tradiciones orgánicas y sociales del Derecho germánico. Al mismo tiempo se desmarcaba de las teorías socialistas, porque entendía que valoran al hombre exclusivamente como miembro de la sociedad y amenazan convertir todo Derecho en simple ordenación administrativa del Estado, lo cual conduciría a la esclavitud y la barbarie⁷⁹. Frente a las concepciones del liberalismo jurídico individualista y su defensa del contrato de servicios romano como fórmula jurídica abstracta para enmarcar la relación de trabajo asalario, Gierke defendería la instauración de un “contrato social de trabajo”. La inquietud por la cuestión social y la crítica contra el individualismo liberal le unió con su contemporáneo austríaco Antón Menger, “socialista jurídico”, pero le separaba el hecho de que Menger defendía un Estado democrático del Trabajo (un Estado Social de Derecho), que debería evolucionar hacia un Estado socialista democrático intervencionista en materia económica y social, y además la propuesta de un contrato de trabajo que partiendo de la garantía de los derechos de la persona del trabajador redujera al mínimo la situación de dependencia y reconociera al mismo tiempo su derecho al producto íntegro del trabajo. Este ideario de un Estado Social y de un Derecho Social de base y soporte esencialmente estatalista lo defendería en varias obras clásicas *El derecho civil y las clases desposeídas* (1890; 3ª ed.), *El Estado democrático del Trabajo* y *El derecho al producto íntegro del trabajo*). Desde postulados distintos defienden la función social del Derecho, como realizador de la idea del Derecho social y la necesidad de instaurar un socialismo democrático respetuoso con el conjunto de los derechos fundamentales de la persona. Entendía que el Derecho del liberalismo jurídico de los orígenes era un derecho unilateralmente favorable a las clases dominantes en perjuicio de las clases económicamente más débiles y el contrato de servicios laborales – que proyectaba los esquemas del arrendamiento de servicios del derecho romano- era un contrato que conducía a la desigualdad de poder entre los sujetos contratantes. Su planteamiento era enteramente extraño al organicismo social de Gierke y defendía un Estado Social intervencionista que garantizara los derechos de los trabajadores en posición de debilidad social y jurídica y su derecho a autoorganizarse en sindicatos autónomos y de clase. Menger –como en esto sí Gierke- había comprendido que se había destruido la ficción de una supuesta armonía natural en la sociedad burguesa, en los términos defendidos por el liberalismo individualista de su tiempo, también había quedado desenmascarada la realidad jurídica de una libertad de contratación intrínsecamente desigualitaria (basada en el dogma de la autonomía de la voluntad individual y la igualdad formal entre los sujetos contratantes). Por todo lo cual, el principio de igualdad presupuesto en el Derecho privado acabaría convirtiéndose en un poderoso instrumento de las clases más poderosas contra las clases más débiles (Esto lo supieron apreciar también otros autores socialistas jurídicos como Salvioli, y el

⁷⁹ Véase WOLF, E.: *Rudolf von Ihering/Otto von Gierke*, traducción por Antonio Truyol Serra, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, pág.113.

movimiento del solidarismo social y jurídico)⁸⁰. De este modo, la igualdad jurídica debe corresponderse con una igualdad de poder jurídico y con una igualdad social de las partes contratantes. Esto era ya una defensa de la idea social material del Derecho correctora de la idea individualista formal del Derecho de inspiración en el liberalismo individualista posesivo de los orígenes.

La reforma del Derecho debe ser equidistante de esos dos extremos (del individualismo y del socialismo) realizando la idea social y comunitaria en el Derecho privado lo que comporta una cierta socialización del mismo. Desde esta premisa planteó la necesidad de introducir medidas sociales en la legislación y superar la concepción absolutista de la propiedad, funcionalizándola socialmente desde su función social⁸¹. Y esto le llevaría a oponerse resueltamente a la ficción de la absoluta libertad contractual en el Derecho laboral de su época. En este sentido pensaba que un ordenamiento jurídico-privado atento a su vocación social debe hacer frente a la realidad de fuerzas que amenazan la libertad contractual frente a la presión de una prepotencia económica. “Un Derecho de obligaciones que no conozca puntos de vista superiores a la libertad y seguridad del tráfico entrega inermes a quienes carezcan de experiencia comercial en manos del hombre de negocios consumado, al pequeño burgués y campesino en manos del gran empresario, *al trabajador en manos del capitalista*“. De ahí la función social que ha de cumplir el nuevo Derecho privado. Lo cual es consecuencia de su concepción de que el fundamento y el fin del Derecho es la justicia⁸².

La defensa del derecho social, y la dimensión intrínsecamente social del Derecho, encuentra un exponente cualificado en su crítica del contrato de arrendamiento de servicios como instrumento contractual formalizador de las relaciones de trabajo asalariado, dado que dicha categoría contractual ignoraba al menos dos cuestiones: la implicación directa de la persona en el trabajo (una relación de trabajo cuyo objeto es la actividad de la persona que trabaja) y la necesidad de establecer límites precisos a la subordinación o dependencia del trabajador; y, en relación a lo anterior, la ficción de la autonomía privada y de la libertad de contratación cuando se aprecia que en el campo de las relaciones laborales existe un desequilibrio de poderes no sólo económicos, sino también jurídicos entre los sujetos contratantes: el trabajador es un contratante más débil y el empresario es un contratante más fuerte, de manera que el contrato de servicios de trabajo suponía en el sentido más estricto una mercantilización de la persona del trabajador y un puro contrato de adhesión a las condiciones generales de la contratación unilateralmente impuestas por el empleador en todo momento. En este sentido, Gierke defenderá el deber de intervención protectora del Estado en beneficio de las clases trabajadoras (clases desposeídas) y en la autorregulación de los grupos sociales en el

⁸⁰ Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

⁸¹ Véase WOLF, E.: *Rudolf von Ihering/Otto von Gierke*, cit., pág. 115. Hay que tener en cuenta que este autor simpatizó con el nacionalsocialismo, *Ibid.*, pág. 116.

⁸² GIERKE, O.v.: *Naturrecht und deutsches Recht*, 1884, pág. 32. Véase WOLF, E.: *Rudolf von Ihering/Otto von Gierke*, cit., pág. 117, notas 51 y 52 y pág. 124.

mundo del trabajo. Para Gierke el contrato de trabajo es un tipo contractual que engarza que no debe tener las connotaciones peyorativas y de dominio personal de la *locatio conductio operarum*, sino que debe ser coherente con un contrato cuyas raíces residen en el Derecho de las personas y no propiamente en el derecho de las obligaciones en la tradición del Derecho germánico (en cuyo origen estaría el contrato de servicios fiel). Considera necesario establecer un derecho del trabajo de contenido social: un derecho social del trabajo, que sería la expresión cualificada y paradigmática del emergente derecho social del Estado constitucional. Para él trabajador no debería ser una mercancía enmascarada en una simple relación de intercambio de trabajo por retribución, sino una relación social de bases más comunitarias y de colaboración social en el marco de la organización empresarial moderna. Este enfoque le separa nítidamente de los esquemas del liberalismo jurídico individualista y su traslado a las relaciones contractuales cambiarias y justificaría tanto los deberes de protección de la persona del trabajador por parte del Estado como por parte del empresario.

Para Gierke, la organización empresarial moderna es un ente colectivo (organismo empresarial al que no alcance el reconocimiento *legal* de la personalidad jurídica propia e independiente) en el que se incorporan como agentes sociales de la producción los trabajadores. En esa visión del contrato de servicios como contrato de organización y colaboración social intervendrían el derecho social comunitario de base profesional surgido de las corporaciones o asociaciones profesionales⁸³. Sin embargo, Gierke no llega –como si lo hizo sus discípulos tardíos, como Potthoff y ante todo Siebert- a afirmar que la relación laboral no se organiza sobre una base contractual (el contrato social de trabajo), sino a través de una simple relación vehiculizada por la incorporación del trabajador a la empresa (conforme a la que se daría en llamar “teoría relacionista” de la relación de trabajo). Enfoque, éste último, que conduciría a afirmar la armonía de intereses, la comunidad de trabajo y la dirección autoritaria de la empresa por parte del “jefe” o dirigente de la misma investido de poderes o potestades omnímodos y sin las limitaciones propias de los tipos contractuales basados formalmente en el dogma de la libre autonomía de la voluntad individual diseñados en los códigos civiles siguiendo la tradición del Derecho romano.

Gierke cuestionó la reconducción y encuadramiento técnico-jurídico de la relación de trabajo en el esquema del arrendamiento de servicios de la tradición romanística. Así, pone bajo sospecha los orígenes de la *locatio conductio operarum* del Derecho Romano, que –observa- “ha nacido de un desgajamiento del arrendamiento de cosas. Su punto de partida fue el arrendamiento de esclavos, que se consideró como la cesión de animales de trabajo a cambio de una prestación en dinero en el mismo sentido que los arrendamientos de cosas. A partir del momento en que es posible encontrar personas libres dispuestas a trabajar por una remuneración, éstas aparecen alquilando su propia fuerza de trabajo, que, de la misma manera que los esclavos, es puesta a disposición de otro”. Así, el que presta

⁸³ Véase PENDAS, B.: Estudio preliminar a GIERKE, O.v.: *Teorías políticas de la Edad Media*, cit., pág. LV, nota 49, y la nota 51.

su trabajo por una retribución se caracteriza igualmente como un reemplazo del trabajo de esclavos y en consecuencia como un bien material. Por el contrario, el trabajo digno del hombre se prestaba sin retribución⁸⁴. Apunta a que el mejor engarce histórico del contrato de servicios de laborales debería de ser el Derecho alemán, el cual encuentra sus raíces, al contrario, en el derecho de las personas. Su precursor es el contrato de servicios fiel cuya forma más antigua está representada por el que concluían los hombres del séquito con el señor del mismo. Dicho “contrato de servicio fiel consiste en la propia entrega a la prestación de un servicio *sin sacrificio de la personalidad*”. En este marco contractual –relacional entre personas que se reconocían como tales- la persona que trabaja “mantiene su libertad” y capacidad de libre decisión y acción. Ese tipo contractual histórico “es un contrato del derecho de personas y no un contrato de obligaciones. Esto pone ya de manifiesto la forma de su concertación: de palabra y dándose la mano”. Ese contrato de servicios fiel cumplía la función de un contrato de trabajo remunerado sin detrimento –en su opinión- de la personalidad libre del trabajador. Ello fue precisamente lo que insertó en la vida jurídica como complemento del trabajo no libre, el trabajo remunerado de base contractual y libre⁸⁵.

Gierke, hace notar que en el Derecho vigente de su época, la función típica del contrato de servicios es la organización del trabajo mediante su inclusión en un conjunto dirigido por el empleador; el contrato de obra es uno de los medios de utilizar el trabajo independiente para un tercero. Así, “aquél es *predominantemente un negocio de organización, mientras que éste es, en primer lugar, un negocio de intercambio*“. Y discrepa abiertamente de la opinión de Lotmar (expresada en su obra sobre el contrato de servicios de trabajo publicada en 2 tomos, 1902 y 1908) donde defiende un concepto unitario del contrato de trabajo, porque para él Lotmar no resuelve correctamente la cuestión de la oposición interna de los tipos contractuales, dado que fundamenta todo su sistema en la distinción entre contrato remunerado a tiempo y a destajo. En el contrato de servicios de trabajo hay una relación personal, en cuyo marco “es la persona como tal la que se introduce y es aceptada en la relación de trabajo. Este contrato de servicios del Derecho alemán, que se convirtió cada vez más en la forma de vida de amplios sectores del pueblo, no pudo sucumbir ante el arrendamiento de servicios del Derecho romano. Y encuentra finalidades con el contrato de servicios domésticos como expresión de comunidad, bien que lo sean en su fisonomía del derecho de familia. Con este análisis, nuestro autor entendió que “los códigos alemanes crearon su concepto independiente de contrato de servicios, rompiendo con el concepto romano y partiendo de la vida jurídica

⁸⁴ GIERKE, O.v.: *Las raíces del contrato de servicios*, trad. y Comentario Crítico por Germán Barreiro González, Madrid, Ed. Civitas, 1982, págs. 13-14.

⁸⁵ GIERKE, O.v.: *Las raíces del contrato de servicios*, cit., págs. 15 a 18. Gierke, puntualiza, que al tiempo “el contrato de servicio fiel se transformó en un contrato del derecho de las obligaciones. Esa metamorfosis se cumplió tan pronto como el contenido primario del contrato tuvo la forma de una promesa de prestación de servicios frente a la contrapromesa de remuneración. En este proceso, de ninguna manera desapareció el contenido jurídico personal del contrato de servicio fiel... De esta manera nació el contrato de servicios del Derecho alemán. Se trata de un contrato nacido como una especie propia del contrato obligacional que tiene al mismo tiempo efectos jurídico personales”. Cfr. GIERKE, O.v.: *Las raíces del contrato de servicios*, cit., págs. 21-22.

alemana que, con continuidad histórica, proporcionó la idea patria fundamental que permitió su desarrollo”⁸⁶.

Ahora bien: Gierke constata una evolución compleja de la regulación jurídica de las relaciones de trabajo asalariado, aunque apuntara que es cierto que no ha podido superarse aún una regulación jurídica marcada “por la concepción básica del Derecho romano, que ve en el contrato de servicios *únicamente un contrato del derecho de obligaciones destinado sólo al intercambio de trabajo y remuneración*. Esta concepción avanzó triunfalmente cuando en el siglo XIX, al abandonarse la regulación policial-estatal de la relación de trabajo y la introducción de la libertad industrial, alcanzó éxito también una tendencia individualista, incluso en ámbitos jurídicos especiales. Al remitirse el contrato de trabajo a la libre contratación individual, se buscó al mismo tiempo un acercamiento, en lo posible, a un puro contrato del derecho de las obligaciones”. Sin embargo, y significativamente, “las consecuencias negativas que puso de manifiesto este sistema en el marco del moderno desarrollo de la gran empresa y de las *crecientes oposiciones de clase*, dieron lugar a una contracorriente social que condujo a una nueva ordenación de conjunto del contrato de trabajo en el espíritu del Derecho alemán rejuvenecido. De esta manera, *la nueva legislación creó un Derecho del Trabajo, en el que a costa de la libertad contractual, obtuvieron sólida validez, la función organizativa-profesional del contrato de servicio, su valor personal y su fuerza comunitaria*”. Es más, como hace notar, no se trató sólo de la intervención del legislador estatal, sino también de la autonomía colectiva de los grupos sociales: las asociaciones profesionales libres tomaron en sus manos la regulación de los contratos de trabajo y en gran medida crearon un *derecho comunitario profesional*⁸⁷.

La conclusión que alcanza Gierke de ese proceso evolutivo de construcción del contrato de trabajo moderno se acerca a la idea de un contrato “social” de trabajo, pues “frente a tales fenómenos, la teoría jurídica no debe cerrar los ojos. Tiene que reconocer que el contrato de servicios actual, de acuerdo con su esencia, *enlaza contenidos del derecho personal y del derecho de las obligaciones*, lo que le brinda una rica capacidad de desarrollo y tiene que dar cuenta de la enorme cantidad de conformaciones que presenta este elemento contractual”. Y para él, el contrato de servicios actual coincide en su contenido con el contrato del más antiguo Derecho alemán significativamente en el hecho de que fundamenta un vínculo personal de dominio. Con la pretensión de una prestación de servicio, el contrato de servicios crea al mismo tiempo un derecho de dominio (“señorío”, es la expresión utilizada por Gierke), que *otorga un poder sobre la persona como tal*. El receptor del servicio dispone de la fuerza del trabajo del obligado y tiene el poder de dirigir su actividad conforme a su voluntad al fin perseguido. En ello localiza *un poder que alcanza a la personalidad, inseparable de la prestación de trabajo*. En tal sentido, observa, que los contratos de trabajo industrial, *subordinan a los trabajadores a*

⁸⁶ GIERKE, O.v.: *Las raíces del contrato de servicios*, cit., págs. 29 a 33.

⁸⁷ GIERKE, O.v.: *Las raíces del contrato de servicios*, cit., págs. 34-35.

la autoridad de una ordenanza laboral en las grandes empresas y los insertan en la organización autoritaria en las demás empresas.

Este es uno de los hallazgos importantes del análisis de Gierke –en otros aspectos altamente discutible-, pues él percibe nítidamente que tras la relación jurídica de trabajo existe una verdadera “relación de poder” que implica un sometimiento de la persona del trabajador a un poder unitario que organiza su actividad hacia una meta productiva. Y precisamente el sujeto de este poder en la forma capitalista de la empresa sólo puede ser el empresario, a pesar de que sea un poder limitado por el orden legal y por el poder más debilitado de la subjetividad colectiva de los trabajadores. En este orden de ideas, entiende que en los deberes de prestar retribución prometida, proveniente del derecho de las obligaciones, no se agota el deber del empleador. *El poder sobre la persona, por el contrario, se corresponde con una deber de cuidado respecto de la misma.* El Código Civil alemán ha reconocido el *deber de cuidado* que incumbe al empleador del servicio y que emana de la relación jurídico personal del contrato de servicios. Este deber comporta, en todo caso, el acondicionamiento y mantenimiento del lugar de trabajo, de los equipos y aparatos e igualmente en la regulación de las prestaciones del servicio, debe cuidarse, dentro de todo lo que sea posible, por la protección de la vida y la salud del obligado a la misma. Para él resulta obvio el hecho de que el contrato de servicios de su época fundamenta derechos y deberes para el que realiza el servicio de naturaleza jurídico personal. Este contrato, fundamenta e implica, entre otros deberes, un “deber personal de fidelidad”. Para él, un fundamento esencial de la exigencia de regulación heterónoma estatal y del derecho social autónomo reside en que el trabajador compromete su propia persona: el trabajo “fluye inseparablemente de la personalidad” del trabajador⁸⁸. La incorporación del trabajador en una organización ajena bajo condiciones de dependencia o subordinación jurídica comporta un sometimiento al poder directivo del titular de la organización productiva y una exigencia de defender en el interior de dicha organización de dominio los derechos de la persona del trabajador⁸⁹. Una posición de subordinación jurídica que mantiene unas constantes históricas, pero también dibuja los nuevos modelos emergentes que se derivan de las nuevas formas de organización empresarial y del sistema de trabajo. Tras los pasos de Gierke, Sinzheimer –discípulo fiel de Otto von Gierke, pero influido también por el pensamiento de Karl Marx- puso de manifiesto que “la dependencia es el gran problema del Derecho del Trabajo”; “la relación que liga al trabajador con su empresario no es sólo una pura relación obligacional. No pertenece al Derecho de obligaciones. Es, ante todo, una relación de poder. Pertenece al Derecho de las personas”. De manera que “la dependencia del trabajador es una relación jurídica de poder que tiene determinados efectos jurídicos, que se apartan, sin embargo, de los puros

⁸⁸ GIERKE, O.v.: *Las raíces del contrato de servicios*, cit., págs. 34 a 55. Sobre la idea de que el trabajador compromete su propia personalidad en la relación de trabajo es clásica la obra de ALONSO OLEA, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1987.

⁸⁹ Véanse las distintas aportaciones de la obra colectiva, *Autoridad y democracia en la empresa*, Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A. (Dirs), Madrid, Ed. Trotta, 1992; y la obra de referencia de SPAGNUOLO VIGORITA: *Subordinazione e Diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Nápoles, 1968. En la doctrina clásica, MENGGER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares 1998.

efectos jurídicos obligacionales”. Para él, el trabajador está en una situación de sumisión jurídica, lo que dejar claro que en el mundo del trabajo el empleador no sólo ostenta un derecho como acreedor, a la manera del Derecho de obligaciones, sino un derecho de poder, de carácter jurídico personal. Es así que la particularidad de la relación de trabajo estriba en que los derechos y deberes que resultan del contrato de trabajo entre personas están vinculados en una unidad personal en forma de dominio⁹⁰.

Esa constatación de la inseparabilidad del trabajo de la persona que trabaja, que se opondría en sí misma a la tesis de la mercantilización del trabajador, fue una de las fuentes de inspiración para la humanización o civilización político jurídica del trabajo cuyo objeto es el trabajo y la revisión su reconducción al esquema del arrendamiento de servicios de la tradición romanista⁹¹. Aunque ello no impidió la caracterización del trabajo como abstracción objetiva susceptible de valoración económica con la finalidad de determinación de su valor de cambio. Y ciertamente, la relación de trabajo, como típica relación con estructura de intercambio patrimonial, expresa ese valor cambiario, aunque, eso sí, con las limitaciones que imponen la heteronomía legal (garantía de los derechos sociales del trabajador) y la autonomía colectiva negocial. En el trabajo asalariado – trabajo subordinado o dependiente jurídicamente- conviven la consideración del trabajo como objeto de una relación jurídica (trabajo como “actividad”) y su consideración como trabajo expresión de la personalidad del trabajador no objeto en sí de comercio o de mercantilización en sentido jurídico-formal. El Derecho del Trabajo trataría precisamente a través de la subordinación de poner límites a la puesta a disposición del trabajador donde queda inevitablemente implicada la persona que trabaja: trataría de contrarrestar esa asimilación contractualista/patrimonialista de la asimilación del trabajo a un bien mercantil y de contener los proceso de liberalización excesiva de la regulación de las condiciones de trabajo (de puesta a disposición del sujeto que trabajado bajo condiciones de subordinación). De ahí la combinación –más o menos equilibrada- entre “*status*” y “*contractus*” en la ordenación jurídica de la relación de trabajo cuyo objeto es la actividad de la persona que trabaja en la tradición de la cultura jurídica occidental (que en la contemporaneidad es la propia del constitucionalismo democrático-social). El componente estatutario del contrato de trabajo le convierte en un contrato normado que obliga a respetar la *integridad* de los derechos fundamentales del trabajador, tanto los derechos generales o inespecíficos como los derechos específicos sociolaborales de la persona que trabaja. Lo cual no alcanza sino a una “desmercantilización relativa” del trabajo humano bajo condiciones capitalista de organización del proceso productivo. El

⁹⁰ SINZHEIMER, H.: “La esencia del Derecho del Trabajo” (1927), en *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, estudio preliminar y traducción de Felipe Vazquez Matero, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, pág. 74-75.

⁹¹ Sobre esta concepción en su contexto histórico y en su proyección actual, puede consultarse ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: “La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo”, en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 96 (1999), págs. 489-518; *id.*: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, espec., págs. 87 y sigs., 191 y sigs. Para los orígenes y el debate doctrinal sobre el contrato, puede consultarse, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, 2ª ed., Granada, Ed. Comares, 2014, *passim*.

Derecho del Trabajo ha evitado, al menos por el momento, la plena mercantilización del trabajo subordinado, impidiendo que quede sujeto al gobierno o autorregulación por el mercado atribuyendo al trabajador el conjunto de los derechos de ciudadanía que presupone que el rechazo del trabajo como pura mercancía con fundamento último en la dignidad humana⁹². De ahí que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establezca como principio fundamental que “el trabajo no es una mercancía” (Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la OIT). En este sentido, el contrato de trabajo normado debería garantizar la igualdad real entre los sujetos contratantes. El Derecho social del Trabajo nació como respuesta crítica al modelo individualista de la sociedad liberal, del que los códigos civiles realizaron la sistematización jurídica correspondiente. En el origen, al Derecho civil se opone el Derecho “social”, es decir un Derecho cuyo paradigma no es el individuo aislado (sujeto jurídico abstracto), sino un individuo en grupo o colectividad social. Este es un tipo de racionalidad jurídica fuertemente comprometida con los valores superiores consagrados en el orden del constitucionalismo jurídico-social contemporáneo. A través de las instituciones del Derecho del Trabajo se desmercantiza en parte la posición jurídica del trabajador y se introducen los valores extra-patrimoniales (especialmente en “forma jurídica categorial” de derechos fundamentales específicos e inespecíficos o generales) que contrarrestan la clásica concepción de “trabajo abstracto” sometido a una exclusiva y excluyente lógica estrictamente mercantil de cambio. Por su parte, la “juridificación” de lo colectivo (el Derecho sindical, nucleado entorno a las figuras del sindicato, la huelga y el convenio colectivo) se inserta también en esta estrategia político-jurídica de “desmercantilización” relativa del trabajo abstracto (y de la subjetividad jurídica abstracta correspondiente) a través de la garantía constitucional de un principio de autogobierno colectivo⁹³.

El elemento jurídico personal también subyace a la incidencia del derecho público en el contrato de servicio contemporáneo. La misma expansión del Derecho público sobre el Derecho privado se ve impulsada en atención a la parte personal de la relación de servicio. El Derecho público interviene en la medida en que la relación de servicio alcanza a la personalidad como tal y la somete, al incluirla en organismos profesionales supra-individuales, la constituye de esta manera en una parte fundamental de la estructura del cuerpo social. Es destacable la tendencia a convertir la relación jurídico privada de servicio en una relación análoga a la del funcionario en el derecho público. La influencia del Derecho público preside la regulación jurídica del contrato de servicio: el contrato de servicios recibe gran parte de su contenido regulador del Derecho público intervencionista. Esto se comprueba nítidamente en el ámbito de la legislación protectora del trabajador. Pero, además, observa, que junto al Derecho público estatal ha adquirido

⁹² MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996; *Ibid.*, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Ed. Laborum, 2019, espec., págs. 161 y sigs.

⁹³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger”, estudio preliminar a MENGER, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo/El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004, págs. XI-LXXVIII, en particular págs. LX-LXI.

al tiempo significación normativa en relación al contenido del contrato de trabajo industrial el *Derecho privado de las asociaciones*. Se trata de fenómenos que no están enraizados en la configuración jurídica individual del contrato de servicios, sino en su encuadramiento significativo en el “*Derecho comunitario autónomamente producido*”. Ciertamente, son fundamentos de cooperación los que determinan que el acuerdo de disposiciones normativas para contratos de servicios en un ámbito industrial concreto tenga lugar mediante *convenios colectivos*. Se trata formalmente de “contratos” libres de Derecho privado que, por regla general, se celebran entre asociaciones organizadas de empresarios y trabajadores, pero también entre empleadores y trabajadores. Se viene a reconocer en general que tienen carácter jurídico obligatorio y que dan lugar a acciones para su cumplimiento o indemnización. Es así que lo pactado en el convenio colectivo pasa a convertirse en contenido del contrato de servicios, operándose, de este modo, su recepción en el contrato individual de servicios⁹⁴.

Con todo, concluye Gierke que existe un largo camino evolutivo entre el contrato germánico de servicio fiel y el actual contrato de servicios. Si se analiza este desarrollo retrospectivamente, no se puede ignorar la profunda significación interna de este proceso histórico. “El origen de la *locatio conductio operarum* en el arrendamiento de esclavos imprimió al trabajo libre asalariado también el sello de la falta de libertad. El origen del contrato de servicios en el contrato de servicio fiel ennobleció el trabajo asalariado elevando el trabajo no-libre a la esfera de la libertad”. La analogía romanista del arrendamiento de cosas condujo a la equiparación del trabajo con la entrega de un bien para el uso ajeno y determinó la configuración del arrendamiento de servicios en el sentido de un puro negocio jurídico patrimonial de intercambio. El modelo jurídico de la relación de servicio fiel hizo reparar, según Gierke, en que “*el trabajo constituye algo que fluye inseparablemente de la personalidad*”, otorgando al contrato de servicios un contenido jurídico personal y, por consiguiente, la naturaleza de un contrato específico obligacional por encima del puro negocio jurídico patrimonial. La noción romanista del arrendamiento de servicios no presenta ningún aspecto que vaya más allá del marco contractual estrictamente individualista. El contrato de servicios asumió del contrato de servicios fiel *la función jurídico-social* de ser un pilar del orden social y jurídico continuó siendo, en la medida en que introduce a la persona en una asociación más amplia, un instrumento adecuado para buscar el complemento y la corrección del derecho individual y de la idea individual que los preside, regulándolo bajo la cobertura de normas imperativas de Derecho público y privado de las comunidades sociales⁹⁵. Para Gierke el trabajo asalariado moderno es incompatible con la reconducción técnico-jurídico al concepto romanista del arrendamiento de servicios, pues esa relación de trabajo se nos presenta como una actividad de la personalidad libre del hombre.

El camino seguido por Anton Menger había sido distinto, porque partiendo de la reconducción de la relación de trabajo asalariado al arrendamiento de servicios de

⁹⁴ GIERKE, O.v.: *Las raíces del contrato de servicios*, cit., págs. 47 a 54.

⁹⁵ GIERKE, O.v.: *Las raíces del contrato de servicios*, cit., págs. 55-56.

tradición romanista, entendió que la implicación de la persona del trabajador y el sometimiento al dogma de la autonomía de la voluntad contractual suponía un tal grado de sujeción que lo aproximaba en la práctica a una situación de trabajo forzoso. Para Gierke la función del Derecho privado debería conducir a un Derecho privado social, donde se conjugan la legislación estatal y el derecho surgido de la acción autónoma de los grupos sociales (“derecho social”; *Sozialrecht*)⁹⁶. Pero Menger, austriaco de origen, no dudaba de esos orígenes contractuales del Derecho romano de las obligaciones, no obstante la implicación directa de la persona del trabajador en la prestación de servicios, sino que trataba de civilizar la relación jurídica de trabajo mediante la creación de un contrato normado y el reconocimiento de todos los derechos de la persona del trabajador; realizando la importancia de garantía un estatuto jurídico protector de sus derechos de ciudadanía y singularmente de los derechos sociales, que limitaría la dependencia o subordinación del trabajador a los poderes directivos del empleador y asimismo el dominio de la organización del trabajo a través del individualismo jurídico posesivo de los orígenes. Para Menger la relación jurídica de trabajo se basaba en una innata contraposición de intereses, en cuyo marco se producía una relación de colaboración contractual de organización de un intercambio económico-patrimonial de trabajo por salario, a lo que sería completamente ajena una relación de carácter comunitario. Su resultado, aunque por un camino distinto, era solo en parte coincidente al de Gierke: el trabajo no debería ser una mercancía y la relación de dominio (una relación de poder; *Gewaltverhältnis*) que supone la subordinación o dependencia jurídica debe quedar salvaguardada la personalidad del trabajador. Pero la garantía de los derechos de la persona del trabajador, su desmercantilización relativa, no convierte a la relación de trabajo, bajo el modo de producción del capitalismo, en una relación *comunitaria* de carácter jurídico-personal, dada la persistencia del conflicto laboral y de la desigualdad existente entre las partes contratantes y reflejada jurídicamente en la misma lógica interna de la dependencia o subordinación que constituye y formaliza una relación jerárquica de asimetría de poder y de contraposición de intereses entre los sujetos contratantes. El contrato no es sustituido por el *status*, sino que más bien se introduce un componente estatutario en la relación de trabajo, en coherencia con lo que se daría en llamar constitución jurídico-social del trabajo en la empresa. Por ello mismo, Menger –a diferencia de Gierke– no deja de incardinar la relación jurídica de trabajo en el derecho de las obligaciones y no en el derecho de las personas⁹⁷.

⁹⁶ HUGO SINZHEIMER había hecho notar que, pese a su visión conservadora, Gierke había puesto de relieve que el trabajo asalariado no debería ser considerado como una mercancía, semejante a una relación de esclavitud. Cfr. SINZHEIMER, H.: *Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht* (1922), en *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie; gesammelte Aufsätze und Reden*, I, Frankfurt, 1976, págs. 402 y sigs. No es irrelevante señalar que quien esto afirma fue uno de los miembros de la Asamblea Nacional de Weimar, que promulgó la Constitución de Weimar de 1919, influyendo en la regulación de los derechos laborales en dicha Constitución. Por ello ha podido ser considerado como As a major influence on the drafting of the labour law section of the constitution, he is considered to be "the father of labour law" in Germany. “el padre de la legislación laboral” en Alemania.

⁹⁷ MENGER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 1998. Véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.:

Los esfuerzos de Gierke y de Menger determinaron un cambio en el proyecto de Código civil alemán (B.G.B), incluyendo un art. 618, que incluía deberes de protección del empresario hacia la persona del trabajador⁹⁸. En ese avance de la legislación protectora del trabajo Gierke aprecia una creciente penetración del Derecho público en el Derecho privado, determinando, en su opinión, que dicho intervencionismo público supone realzar el contenido jurídico-personal de la relación de trabajo y su creciente regulación externa (como ocurre significativamente con el seguro social obligatorio)⁹⁹.

6. Gierke y la ideología comunitaria del contrato de trabajo: una controversia de principio

La ideología comunitaria del contrato de trabajo, que encontraba sus raíces antes en la tradición alemana (especialmente desde la concepción historicista de Otto von Gierke), había sido reapropiada –sacada fuera de su contexto liberador y protector- por el régimen totalitario nazi. Mucho antes, Gierke partía de la idea de que el trabajador no podía ser considerado como una mercancía, siendo el trabajo un elemento inseparable de la libre personalidad del trabajador. Veía en la empresa una comunidad natural donde se gestaba un sentido de pertenencia, articulada en vínculos personales entre los miembros y provista de un interés común que trascendía de la pluralidad de intereses singulares llamados a confluír en armonía. Para él el contrato de trabajo tiene una naturaleza personal¹⁰⁰. Pero,

Fundamentos doctrinales del Derecho social en España, Madrid, Ed. Trotta, 1999, espec., págs. 34 y sigs., y 206 y sigs. (“La combinación de *status* y contrato en la ‘constitución del trabajo’”).

⁹⁸BAYÓN CHACON, G.: “Grandeza, crisis y renacimiento del laboralismo alemán”, en *RFDUCM*, núm. 1 (1957), pág. 21.

⁹⁹Véase BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “Análisis crítico”, en GIERKE, O.V.: *Las raíces del contrato de servicios*, trad. Germán Barreiro González, Madrid, Ed. Civitas, 1982, pág. 96, quien, con fundamento y en la estela de Alonso Olea, señalaba que “si el Derecho romano “cosifica” tanto el trabajo de la persona hasta olvidarse de la misma, el Derecho germánico “personaliza” tanto la actividad, que la persona, semiconfundándose con aquélla, acaba por “consificarse”, *Ibid.*, pág. 124. Véase también MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2010, donde se expone también el análisis de la relación de trabajo desde el punto de vista del catolicismo social (en su trayectoria histórica), fuertemente inclinado a ubicar la relación de trabajo bajo la idea comunitaria y la forma de un contrato asociativo.

¹⁰⁰ Cfr. GIERKE, O.V.: “Prefacio” de su *Deutsches Privatrecht*, en *Aber ist es nicht zu spat?*, reedición, München-Leipzig, 1936, pág. VI. Pero sería totalmente inexacto e injusto vincular su filosofía iussocial con el nazismo. No es ese precisamente su legado, muy especialmente vinculado con el historicismo y con la defensa del “derecho social” como categorización sistematizadora dentro del ordenamiento jurídico unitario. Basta reparar que Gierke consideró necesario limitar –nunca suprimir- la absoluta libertad de contratación en el Derecho del Trabajo. Nunca negó el carácter constitutivo de la relación de trabajo a través del contrato de servicios. Consideraba la idea de justicia como fundamento de todo Derecho que se tenga por tal. Gierke profesaba un protestantismo social y liberal antiindividualista. Estuvo vinculado a la Asociación de Política Social y participó también activamente en las sesión del Congreso evangélico-social. Aparte de las necesarias garantías constitucionales, un ordenamiento jurídico-privado atento a su vocación social habrá de ir más allá para tender a una protección material de las clases sociales amenazadas por la libertad contractual ilimitada frente a la presión de una prepotencia económica en manos del contratante más fuerte. En tal sentido, un Derecho de obligaciones que no conozca puntos de vista superiores a la libertad y seguridad del tráfico entrega inermes a quienes carezcan de experiencia comercial en manos del hombre de negocios consumado, al pequeño burgués y campesino en manos del gran empresario, al trabajador en manos del capitalista. Cfr. GIERKE, O.V.: *Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Sobre la*

ISSN: 2174-6419 Lex Social, vol. 10, núm. 2 (2020)

sin embargo, de ello deducía una superación del carácter patrimonial y cambiario de la relación de trabajo, fundándola en una relación personal de sujeción y fidelidad mutuas. En la reapropiación instrumentalizadora (manipuladora, ciertamente) hecha por el régimen político nazi, esa concepción sería un modo de enmascarar la pérdida de las libertades personales del trabajador y la puesta en cuestión de la identidad colectiva del trabajo y la consiguiente supresión de los instrumentos sindicales de defensa de intereses colectivos del trabajo subordinado. Es así que para las teorías autoritarias de la relación de trabajo *la situación o posición jurídica del trabajador está (pre)configurada por el orden concreto institucional de la comunidad de empresa, donde sólo cabe la cooperación armoniosa de los elementos que integran la empresa*. Otros autores como Antón Menger, y a su estela, Hugo Sinzheimer, Ernst Fraenkel, Karl Korsch, Otto Kahn-Freund, Gustav Radbruch, Otto Kirchheimer y Franz Neumann), defenderían los derechos extrapatrimoniales del trabajador introduciendo un componente “estatutario” en la ordenación del trabajo asalariado, pero sin desconocer el carácter sustancialmente patrimonial y la mediación del poder asimétrico en las relaciones de trabajo¹⁰¹. Fue también el caso en el mismo año 1917, de W. Ratheau, que en el marco de su compromiso con el régimen democrático había postulado la inserción de la economía en la colectividad y su integración en el espíritu de la responsabilidad colectiva y del bien del Estado¹⁰². Potthoff, Nikisch y Siebert¹⁰³, configurarían la relación de trabajo como una relación

función social del Derecho privado), Conferencia pronunciada el 5 de abril de 1889 en la Sociedad Jurídica de Viena, págs. 29 a 31. Véase la traducción española, GIERKE, O.: *La función social del derecho privado (publicada junto a “La naturaleza de las asociaciones humanas”)*, trad. directa del alemán por José M. Navarro de Palencia, Madrid, Sociedad Editorial Española, 1904 (Reeditada, en edición crítica, por la Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2015). Gierke defendía una vuelta a la noción germánica de arrendamiento de servicios fiel (*Dienstvertrag*), en la que se acentúa el carácter personal de la relación de servicios, sobre el más instrumental y accesorio elemento patrimonial. Véase GIERKE, O.V.: *Las raíces del contrato de servicios*, trad. y análisis crítico de G. Barreiro González, Madrid, Ed. Civitas, 1982.

¹⁰¹ También en Italia Ludovico Barassi defendería una integración entre “colaboración más cambio” en la relación de trabajo. Para él el trabajador ni es un extraño a la estructura de la empresa, ni es un socio del empresario; el trabajador ingresa en la empresa en virtud del contrato de trabajo como un “colaborador” activo. El contrato de trabajo es un tipo contractual singular que combina dos elementos: el cambio patrimonial y la colaboración mediatizadas por la subordinación, dando lugar a una suerte de colaboración subordinada, que Barassi tiene lugar en la unidad de la empresa como comunidad de intereses. Véase BARASSI, L.: *Il Diritto del lavoro*, Milano, 1957, I, págs. 348 y sigs.; *id.*: “Il dovere della collaborazione”, en *Riv. Dir. Lav.*, 1949, I, págs. 1 y sigs.

¹⁰² Véase RATHEAU, W.: *Von kommenden Dingen*, Berlín, 1917, pág. 947.

¹⁰³ POTTHOFF: *Ist das Arbeitsverhältnis ein schuldverhältnis?*, *Arbeitsrecht*, 1922, págs. 275 y sigs.; NIKISCH, A.: *Der Anstellungsvertrag*, en *Ihering's Jahrbücher*, vol. 80, 1930, págs. 1 y sigs., que matizaría después su teoría de la incorporación en *Arbeitsrecht*, 2ª ed., Tübingen, 1955 (y en la 3ª edición de 1961), págs. 133 y sigs., y del mismo, el ensayo “La incorporación y su significado para el derecho del trabajo”, en *Revista de Política Social*, núm. 49 (1961); SIEBERT, W.: *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, Hamburgo, 1935, y del mismo el ensayo “Contrato y libertad de contratación en el nuevo sistema del Derecho alemán”, en *Rev. Der. Privado*, núm. 305 (1942). Todos ellos parten de la inadecuación funcional y estructural del contrato de cambio patrimonial para explicar técnicamente el conjunto de los derechos y deberes que se despliegan en la empresa moderna. Para ellos existe una relación comunitaria de trabajo; una relación de personal de pertenencia del trabajador a la empresa como organización social productiva, en cuyo marco se incorpora el trabajador puesto a disposición del empleador. El trabajador pertenece a la empresa (al servicio de ella se subordina para la realización de su interés objetivo común), y se enmarca en una estructura jurídico-económica de carácter jerárquico y autoritario. Una consideración crítica de estas construcciones, en HUBERT, M.: *La relation du travail comme fondement du Droit du*

personal y comunitaria, en cuyo marco era determinante la *incorporación* del trabajador a la empresa. El resultado fue un reforzamiento de los deberes de subordinación del trabajador, afirmándose una dependencia personal del trabajador respecto del empresario y una *absorción* de su personal en la noción de comunidad e interés objetivo de la empresa *en sí* (*Unternehmen an sich*), donde los intereses particulares se unen entre sí y convergencia en el interés nacional. Ese incremento de la sujeción jurídico-ética del trabajador es correlativa con el fortalecimiento de los poderes del empleador como jefe absoluto de la comunidad empresarial (*Führerprinzip*). La pérdida de autonomía del trabajador conduce a entender que el trabajador se convierte en “gregario o súbdito” del empresario que dirige la organización empresarial en la cual se inserta el trabajador. En consecuencia, la supuesta comunidad de empresa no es precisamente una comunidad democrática, una comunidad de poder de decisión, sino una organización autoritaria de una colectividad de personas sometidas a una estricta disciplina jerárquica y de mando por el Jefe de empresa, como exclusivo detentador del poder de decisión¹⁰⁴.

Travail, Th.,d., Poitiers, 1945, págs. 53 y sigs., especialmente; HUECK.,A.: “Teoria del contratto e teoria dell’ incorporazione”, en *NRDC (Nueva Riv. Dir.Comerciale)*, Padova, Pisa, 1955, I.

¹⁰⁴ Sobre la doctrina comunitaria de la empresa y del contrato de trabajo y asimismo su recepción en nuestro país, puede consultarse PÉREZ BOTIJA,E.: “La nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo”, en *R.G.L.J.*, Julio 1942; BAYÓN CHACÓN,G.: “Grandeza, crisis y renacimiento del laborismo alemán”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Madrid, 1957, t. I.; LEGAZ LACAMBRA,L.: *Introducción a la teoría del Estado nacionalsindicalista*, Barcelona, Bosch, 1940; ID.: *Estudios de doctrina jurídica y social*, Barcelona, Ed. Bosch, 1940; ARRESE MAGRA,J.L.DE.: *La Revolución social del Nacionalsindicalismo*, 1ª ed., 1935, 7ª ed., 1959, Madrid, Ediciones del Movimiento, 1959; GARRIGUEZ DÍAZ-CAÑABATE,J.: *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, Madrid, Ed.F.E., 1939; SUÁREZ GONZÁLEZ,F.: “El origen contractual de la relación jurídica de trabajo”, en *Cuadernos de Política Social*, núm.48; BORRAJO DACRUZ,E.: “La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo”, en *Revista de Trabajo*, núm.1 (1979); RODRÍGUEZ-PIÑERO,M.: *Empresa y contrato de trabajo*, Separata de los *Anales de la Universidad Hispalense*, vol. XX, 1960; ID.: “Contrato de trabajo y relación de trabajo. Balance provisional de una polémica”, en *Anales de la Universidad Hispalense*, vol. XXXVII, año 1967; DE LA VILLA,L.E.: “Relaciones laborales de hecho”, en *RDT*, septiembre-octubre, 1961, págs.69 y sigs.; PRIETO ESCUDERO,G.: “Concepción doctrinal de la organización comunitaria de la empresa”, en *RPS*, núm.102 (1974); MARTIN VALVERDE,A.: “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, en VV.AA.: *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978; SEMPERE NAVARRO,A.V.: *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo (La doctrina nacionalsindicalista de la “relación de trabajo” y sus bases ideológicas)*, Madrid, Akal, 1982, págs.111 y sigs.; MONEREO PÉREZ,J.L.: “La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.96 (1999), págs. 489 a 518. Para la concepción de Antón Menger, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Reformismo social y socialismo jurídico”, Estudio preliminar a MENGER,A.: *El derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998. Sobre la concepción de los iussocialista en la República de Weimar, consúltese la obra recopilatoria VV.AA.: *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella germania prenazista*, a cargo de G.Arrigo y G.Vardaro, Roma, EL edizioni lavoro, 1982 (con aportaciones de Fraenkel, Khan-freund, Korsch, Neumann y Sinzheimer), y NEUMANN,F.: *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, Il Mulino, 1983 (que, entre otros, recoge varios ensayos relativos al ordenamiento laboral del nacionalsocialismo); también me permito remitir a mi monografía, *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999; *id.*: “La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política”, Est.prel., a RADBRUCH,G.: *Filosofía del Derecho*, Granada, Ed.Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999; *id.*: “Estado y democracia en Otto Kirchheimer”, Est.prel., a KIRCHHEIMER,O.: *Justicia política*, Granada, Ed.Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001; *Id.*: “El fascismo y la crisis política de Europa” (pp. VII-LXVI), estudio preliminar a HELLER, H.: *Europa y el Fascismo*, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006; *id.*: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/EL Viejo Topo, 2009.

Pero también otros autores inicialmente defensores de una política social en un sistema democrático de relaciones laborales como Ludwig Heyde (el conocido autor del excelente, para su época, *Compendio de Política Social*, traducido pronta y oportunamente en nuestro país)¹⁰⁵, al final acabaría asumiendo los planteamientos nacionalsocialistas sobre la configuración de la relación de trabajo y la ordenación autoritaria de la empresa¹⁰⁶. Heyde observa que la responsabilidad total de la política social tiene que pasar a los portadores de la regeneradora fuerza nacionalsocialista. Para él, “la Revolución Nacionalsocialista ha franqueado el camino hacia un socialismo de nuevo cuño”. El nuevo movimiento “no veía tal fuerza en una clase o una casta solamente, y por eso se dirigía al pueblo todo; ella formó su voluntad, disciplinó sus energías en unidades combativas, venció todo lo separador y ardió en el fuego del su Führer por Alemania –pero por la Alemania del pueblo grande que despertaba a nueva vida y por el Estado de la comunidad viva y de la justicia social”. Defendiendo la Ley de la Reglamentación del Trabajo Nacional de 20 de enero de 1934, afirma la idea de la “Comunidad de Trabajo del Tercer Reich”. En este sentido, “la unión armónica dentro de la empresa sólo podía dar sus frutos en el sentido de la pacificación humana en caso de que la economía misma en su totalidad estuviera dispuesta a someterse a la ley de la libertad alemana, es decir: a servir con responsabilidad plena y a tomar sobre sí compromisos por decisión voluntaria. Se tenía que apartar de ella por entero el espíritu del clasicismo (sic.) vulgar británico y tenía que considerar la protección al obrero y el seguro social como obra solidaria por todo el pueblo y no como “carga social”; además tenía que abandonar el teorema de las “leyes particulares de la economía”¹⁰⁷.

En la nueva legislación realza Heyde “la concordancia absoluta de los fines de la empresa con el bien general y el interés del Estado”. Haciendo suyas las ideas-fuerzas que presiden la regulación legal nacionalsocialista, señala que “el jefe de la empresa ha de cuidar del bien del personal y éste le ha de guardar fidelidad, fundada en la comunidad del trabajo”. Así, “de la comunidad de la empresa se desprende para el jefe de ella la obligación legal de crear dentro de la empresa las mejores condiciones de trabajo compatibles con los intereses principales de la comunidad del pueblo. El jefe de la empresa está asesorado por un Consejo de Confianza. Éste aconseja sobre mejoras del rendimiento, condiciones generales de trabajo –especialmente también sobre el reglamento interno de la empresa- y su protección al trabajador dentro de la empresa. Afirma la armonía entre el personal,

¹⁰⁵ HEYDE, L.: *Compendio de Política Social* (6ª edición original de 1930), traducción de la sexta edición alemana y anotado por Rafael Luengo Tapia y Manuel Sánchez Sarto, Barcelona-Buenos Aires, Ed. Labor, 1931. Esta obra fue editada por primera vez en Alemania en 1920. En ella se muestra partidario del desarrollo de la legislación protectora de los trabajadores previstas en el art. 137 de la Constitución Alemana de 11 de agosto de 1919, a cuyo tenor: “La energía para el trabajo se halla bajo la protección especial del Reich. El Reich establecerá un derecho obrero homogéneo” (Ibid., págs. 118 y sigs.).

¹⁰⁶ HEYDE, L.: *La situación del obrero Alemán*, no constar el autor de la traducción, Junker und Dünhaupt Verlag, Berlín, 1941, especialmente págs. 34 y sigs. (“El rumbo del Nacionalsocialismo”) y 51 y sigs. (“El Frente Alemán del Trabajo”). Sobre su pensamiento y trayectoria política e ideológico jurídica, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: “LUDWIG HEYDE: “La Seguridad Social en el marco de la política y el Derecho Sociales”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 23 (2020), págs. 357-389.

¹⁰⁷ HEYDE, L.: *La situación del obrero Alemán*, cit., págs. 35 y sigs.

arregla divergencias e interviene en la imposición de sanciones a base del reglamento interior”. Entiende que “en general ha desaparecido aquel ambiente forzado de la época de los grandes antagonismos de intereses”. Y es que para él “en toda economía política socialista (sic.) son imposibles las luchas del trabajo; no tienen ya objeto porque el Estado de intereses ha dejado de existir, y son superfluas porque el Estado autoritario hace también sin ellas lo necesario y lo posible para satisfacer pretensiones justas de los miembros de la comunidad dentro del provecho general”¹⁰⁸.

En este sentido, el modo en que se reglamentan sin conflictos las condiciones de trabajo y se hace frente a las eventuales dificultades y tensiones, se halla establecida, de forma ordenada y armoniosa, por la Ley de la Reglamentación del Trabajo. Los antiguos convenios colectivos de las asociaciones de empleadores y de los sindicatos fueron transformados imperativamente en 1933 en “reglamentos tarifarios”, detrás de los cuales se halla la plena autoridad del Estado, que son desarrollados y sustituidos también por nuevos reglamentos tarifarios más favorables. En su opinión, la ordenación del trabajo nacional debe ser realizada por el Frente Alemán del Trabajo, que interviene en todas partes con su consejo en la legislación y la administración social. Los sindicatos y las asociaciones de empresarios se muestran estériles para tarea constructiva. El Frente Alemán del Trabajo se ocupó de la misión persistente de la lucha contra el liberalismo de la contratación, pero con fuerzas nuevas y fines renovados. La orientación hacia el “socialismo alemán” en el espíritu de la comunidad del pueblo anima toda su fructífera labor. Igualmente las empresas particulares del Frente Alemán del Trabajo están al servicio de este “socialismo de la acción”, con el Banco del Trabajo Alemán, las Sociedades de Seguros, etc. A ello se suma la organización de fin de trabajo de la colectividad nacional sindicalista “Fuerza por la Alegría”. Entiende, por otra parte, que con la actividad cultural y las otras grandes creaciones de la colectividad nacionalsocialista “Fuerza por la Alegría” alcanza la influencia del Frente Alemán del Trabajo mucho más allá de sus miembros, pues sirve así al pueblo en su integridad. A la vez corona la gran obra de la *política social alemana*. Una política social que desemboca de esta manera en el “socialismo” (sic.), y ha llegado más allá de las discusiones sobre la “libertad” en sentido liberal. El movimiento que ha llevado a la realización del “socialismo alemán”, supera a los eternos luchadores por la libertad “proletaria” y a un industrialismo vinculado todavía a anticuadas ideas de libertad individualista. Para él el nacionalsocialismo habría abolido la arbitrariedad de la economía y sobre la base de la idea de libertad colectivizada alemana dio nueva forma al trabajo y a la estructura de la vida. Por haber sido abolida la esclavitud de los hechos económicos y de la ideología proletaria de la lucha de clases, surgió en Alemania la voluntad de trabajar con alegría en beneficio de la comunidad y esta voluntad determina con absoluta validez la situación del trabajador¹⁰⁹.

¹⁰⁸ HEYDE, L.: *La situación del obrero Alemán*, cit., págs. 40 y sigs.

¹⁰⁹ HEYDE, L.: *La situación del obrero Alemán*, cit., págs. 55-6.

7. Bibliografía

ALONSO OLEA, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2ª edición revisada y ampliada, Madrid, Ed. Tecnos, 1987.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, 2ª ed., Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho. Derecho Vivo), 2014.

BARASSI, L.: “Il dovere della collaborazione”, en *Riv. Dir. Lav.*, 1949, I.

BARASSI, L.: *Il Diritto del lavoro*, Milano, 1957.

BARASSI, L.: *Tratado de Derecho del Trabajo*, versión castellana Miguel Sussini, Prólogo y notas de Derecho argentino de Mario L. Deveali, Buenos Aires, Ed. Alfa, 1953.

BAYÓN CHACÓN, G.: “Grandeza, crisis y renacimiento del laboralismo alemán”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol., I núm. 1 (1957).

BÖCKENFÖRDE, E.-W.: *Die Deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jh.*, Berlín, 1961; 2ª edición., Berlín, 1995.

CIMBALI, E.: *La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, trad. de F. Esteban García y Prólogo de D. Sánchez Román, Madrid, 1893.

CONSENTINI, F.: *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, estudio preliminar del G. de Azcárate e introducción de G. Salvioli, trad. A. Aguilera y Arjona, Madrid, 1921.

DILCHER, G.: “Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein “Juristensozialismus” Otto von Gierkes?”, en *Quaderni Fiorentini* 3-4 (1974-1975), págs. 319 y sigs.

DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, edición crítica y estudio preliminar, “‘Objetivismo jurídico’ y teoría de los “derechos” en León Duguit”, a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.

DUGUIT, L.: *Manual de Derecho Constitucional*, trad. de José G. Acuña, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría jurídica de León Duguit”, a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.

DUGUIT, L.: *Soberanía y libertad*, trad. José G. Acuña, revisión, edición y estudio preliminar, “La soberanía en la modernidad: León Duguit y la “crisis” de la soberanía”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013.

FERRARA, F.: *Teoría de las personas jurídicas*, traducción de Eduardo Ovejero y Maury, edición y estudio preliminar, “¿Una persona inerte? De la ‘teoría’ al ‘problema de la interpretación’ de las personas jurídicas, a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Molina Navarrete, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.

GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y españolas*, edición y estudio preliminar, “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

GALLINO, L.: *Il lavoro non é una merce. Contro la flessibilità*, Bari, Editori Laterza, 2007.

GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Gény”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

GINER DE LOS RÍOS, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, edición y estudio preliminar, “El organicismo social de Giner de los Ríos”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

GONZALEZ VICEN, F.: “La teoría del Derecho y el problema del Método jurídico en otto von Gierke, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979.

GURVITCH, G.: “Otto von Gierke als Rechtsphilosoph”, en *Logos* 11 (1922), págs. 86 y sigs.

GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar, “Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

GURVITCH, G.: *La idea del Derecho social*, edición, traducción y estudio preliminar, “La idea del ‘Derecho social’ en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch”, a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005.

HATTENHAUER, H.: *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán*, trad. de M. Izquierdo, Madrid, Edersa, 1981.

HAURIOU, M.: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, traducción, “estudio preliminar”, notas y adiciones, por Carlos Ruiz del Castillo, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003.

HELLER, H.: *Las ideas políticas contemporáneas*, trad. Manuel Pedroso, revisión, edición y estudio preliminar, “Hermann Heller y la “constitución política” de la sociedad”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.

HEYDE, L.: *Compendio de Política Social* (6ª edición original de 1930), traducción de la sexta edición alemana y anotado por Rafael Luengo Tapia y Manuel Sánchez Sarto, Barcelona-Buenos Aires, Ed. Labor, 1931.

HEYDE, L.: *La situación del obrero Alemán*, no constar el autor de la traducción (Atribuida a la propia editorial alemana de procedencia), Junker un Dünnhaupt Verlag, Berlin, 1941.

IHERING, R.von.: *El Espíritu del Derecho Romano*, versión española de Enrique Príncipe y Satorres, edición crítica íntegra en un solo volumen y estudio preliminar, “Ihering, ensayo de explicación”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998 (1ª ed.), 2011 (2ª ed.).

IHERING, R.von.: *El Fin en el Derecho*, trad. de Diego Abad de Santillán, edición crítica íntegra en su solo volumen y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000 (1ª ed.), 2011 (2ª ed.).

IHERING, R.von.: *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

IHERING, R.von.: *Prehistoria de los Indoeuropeos*, trad. y estudio preliminar originario de Adolfo Posada, y estudio preliminar actual, “Ihering, historiador”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

JANSSEN, A.: *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Gotinga, Fráncfort del Meno, Zúrich y Musterschmidt, 1974.

JELLINEK, G.: *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.

KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, traducción y “Nota preliminar” de Jesús Mª. Galiana Moreno, “In Memoriam” por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019.

LUDWIG HEYDE: "La Seguridad Social en el marco de la política y el Derecho Sociales", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 23 (2020), págs. 357-389.

MENGER, A.: *El Derecho al producto íntegro del trabajo/El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, edición y estudio preliminar “Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.

MENGER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, “Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el

socialismo jurídico en España”, a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Anton Menger”, en *Juristas Universales. Justas del S. XIX*, Domingo, R. (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 487-494.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “El ‘Socialismo de cátedra’ de Gustav Schmoller en la construcción de la política social moderna”, en *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, núm. 11 (2017), págs. 33-120.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “El trabajo precario”, en VV.AA.: *El trabajo. Libro en Homenaje a Juan Rivero Lamas*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2011.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 96 (1999).

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Poder y subordinación en las relaciones de trabajo. Las relaciones de trabajo como relaciones de poder asimétrico”, en MEIK, M. (Dir.): *Estudios críticos de Derecho del Trabajo*, Asociación de Abogados Laboralistas, Buenos Aires, Legis Argentina, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín*, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Ed. Laborum, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España*, estudio preliminar a MENGER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, Madrid, Ed. Civitas, 1997.

MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*, 2ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi-Civitas, 2009.

O’ HIGGINS, P.: “‘Il lavoro non è una merce’”. Un contributo irlandese al Diritto del Lavoro”, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 70 (1996).

OJEDA AVILÉS, A.: “Ajeneidad, dependencia o control: la causa del contrato”, en *Tribuna Social*, núm. 195 (2007).

OJEDA AVILÉS, A.: “El trabajo dependiente”, en VV.AA.: *El trabajo. Libro en Homenaje a Juan Rivero Lamas*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2011.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del trabajo e ideología*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.

PEDRAZZOLI, M.: *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1985.

POSADA, A.: *Teoría social y jurídica del Estado. El sindicalismo*, edición, y estudio preliminar, “Sindicalismo reformista integrado y Estado democrático en el republicanismo social de Adolfo Posada”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2018.

RADBRUCH, G.: *El hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. Aníbal del Campo, revisión, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.

RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, 4º en castellano de 1959, sin constancia del traductor (atribuida a José Medina Echevarría), revisión, edición y estudio preliminar, “La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999.

RIVERO LAMAS, J.: *La democracia en la empresa*, edición y estudio preliminar, “Juan Rivero Lamas. Semblanza intelectual”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2010.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M^a.: “Otto von Gierke”, en *Juristas Universales. Juristas del S. XIX*, Domingo, R. (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 501-506.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: *Contrato de trabajo y relación de trabajo*, Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense, Vol. XXVII, 1967.

SALVIOLI, G.: *El Derecho civil y el proletariado*, traducción de Ricardo Oyuelos, estudio preliminar de Bartolomé Clavero, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979.

SANZ Y ESCARTÍN, E.: *El Estado y la reforma social*, edición y estudio preliminar, “Cuestión social y catolicismo social conservador: El pensamiento reformista de Sanz y Escartín”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2010.

SAVIGNY, F.DE.: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Savigny y la nostalgia de la Jurisprudencia como ciencia hegemónica”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008.

SAVIGNY, F.DE.: *Sistema de Derecho Romano Actual*, traducción por Jacinto Messía y Manuel Poley, revisión, edición y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Savigny”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005.

SAVIGNY, F.DE.: *Tratado de la posesión, según los principios de Derecho romano*, edición y estudio preliminar, “Ciencia del Derecho en Savigny”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005.

SCHMIDT, K.: *Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht: aktuelle Betrachtungen zur Wirkungsgeschichte von Otto von Gierkes Genossenschaftstheorie*, Gotinga, 1987.

SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, traducción de Lorenzo Benito, revisión, edición y estudio preliminar, “La ‘Escuela Histórica Nueva’ en economía y la política de reforma social”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, en Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho). 2007.

SINZHEIMER, H.: “Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht”, en *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie I*, Fráncfort del Meno, 1976, págs. 402 y sigs.

SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. de F. Vázquez Mateo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984.

SINZHEIMER, H.: *Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht (1922)*, en *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie; gesammelte Aufsätze und Reden*, Vol.I, Frankfurt, 1976.

SINZHEIMER, H.: *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*. Ed. por Otto Kahn-Freund y Thilo Ramm, con una Introducción de Otto Kahn-Freund, 2 vols., Frankfurt a. M-Köln, 1976.

SINZHEIMER, H.: *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*. Ed. por Otto Kahn-Freund y Thilo Ramm, con una Introducción de Otto Kahn-Freund, 2 vols., Frankfurt a. M-Köln, 1976.

SINZHEIMER, H.: *Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung*. 2 Teile, Leipzig 1907-1908.

SINZHEIMER, H.: *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idea der Sozialen Selbstbestimmung im Recht* (1ª edición de 1916), 2 ed., Berlín, 1977.

SINZHEIMER, H.: *Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland*, Berlín, 1914.

SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho Privado. I. La Idea Individual*, trad. Oberta Caletti, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1946.

SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho Privado. II. La Idea Social*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1950.

SPINDLER, H.: *Von der Genossenschaft zur Betriebsgemeinschaft. Kritische Darstellung der Sozialrechtslehre Otto von Gierkes*, Fráncfort del Meno, 1982.

STEIN, L. von: *Movimientos sociales y Monarquía*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1996.

TÖNNIES, F.: *Comunidad y Asociación*, trad. José-Francisco Ivars, edición y estudio preliminar, “La interpretación de la Modernidad en Tönnies: “Comunidad” y “Sociedad-Asociación” en el desarrollo histórico”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio”, en *Relaciones Laborales*, II (2003).

VON GIERKE, OTTO: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke”, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2015.

VON GIERKE, OTTO: *La función social del Derecho privado/La naturaleza de las asociaciones humanas*, traducción por José M. Navarro de Palencia, Madrid, Sociedad Editora Española, 1904.

VON GIERKE, OTTO: *La raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Ed. Civitas, 1982.

VON GIERKE, OTTO: *La raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Ed. Civitas, 1982.

VON GIERKE, OTTO: *Teorías políticas de la Edad Media*, edición de F. W. Maitland, estudio preliminar de B. Pendás y traducción del alemán y del inglés por P. García-Escudero, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995.

VON GIERKE, OTTO: *Teorías políticas de la Edad Media*, trad. de J. Irazusta, Buenos Aires, Huemul, 1963.

VV.AA.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Baylos Grau, A. y Aparicio Tovar, J. (Coords.), Madrid, Ed. Trotta, 1992.

WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. del alemán de Francisco Fernández Jardón, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

WOLF, E.: *Rudolf von Ihering/Otto von Gierke*, traducción por Antonio Truyol Serra, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.