

LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA
JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
ANDRÉS RECALDE CASTELLS
FRANCISCO LEÓN SANZ
(Eds.)

LIBER AMICORUM
PROF. JOSÉ MARÍA GONDRA ROMERO

DAVID PÉREZ MILLÁN
STELLA SOLERNOU SANZ
(Coords.)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
SEMBLANZA	13
I. METODOLOGÍA Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO MERCANTIL	
A PROPÓSITO DE LA CRÍTICA DEL PROFESOR GONDRA AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (L&E) <i>José María de la Cuesta Rute</i>	29
CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA <i>Justino F. Duque Domínguez</i>	53
CIVIL LAW: LA VIGENCIA DE UNA CATEGORÍA CONVENCIONAL <i>Jose Maria de Eizaguirre</i>	63
II. CONTABILIDAD	
LA DISTINCIÓN ENTRE INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO NETO E INSTRUMENTOS DE PASIVO EN EL DERECHO MERCANTIL Y EN LA REGULACIÓN CONTABLE ESPAÑOLA. UN ASUNTO CONFUSO Y NO CONVINCENTE <i>José Luis Cea García</i>	75
III. MERCADO Y COMPETENCIA	
LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD MATRIZ POR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS REALIZADAS POR SUS FILIALES <i>Ricardo Alonso Soto</i>	109
EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES <i>Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano</i>	119

	<u>Pág.</u>
MERCADO Y EMPRESA ANTE EL DERECHO MERCANTIL (APUNTES PROVISIONALES EN EL MARCO DE LA CRISIS ECONÓMICA)	
<i>José Miguel Embid Irujo</i>	135
LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN UNIFORMES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO <i>ANTITRUST</i>	
<i>Stella Solernou Sanz</i>	155
IV. DERECHO DE SOCIEDADES	
DESREGULACIÓN, CRISIS SISTÉMICA Y MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES	
<i>Luis Fernández de la Gándara</i>	175
LA CREACIÓN DE FILIALES Y EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO (A PROPÓSITO DE LA STS DE 10 DE MARZO DE 2011)	
<i>Alberto Empananza Sobejano</i>	201
POSIBLES DESTINOS DE LAS ACCIONES DE LA SOCIEDAD ABSORBENTE QUE SE ENCUENTREN EN LA CARTERA DE LA SOCIEDAD ABSORBIDA	
<i>Guillermo J. Jiménez Sánchez</i>	215
PROCESO FORMATIVO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL	
<i>Aurelio Menéndez Menéndez</i>	227
PARTICIPACIÓN DE LOS ACCIONISTAS EN LAS JUNTAS GENERALES A TRAVÉS DE LOS DENOMINADOS «INTERMEDIARIOS FINANCIEROS» (LA FALLIDA TRANSPOSICIÓN DEL ART. 13 DE LA DIRECTIVA 2007/36/CE)	
<i>Fernando Rodríguez Artigas</i>	233
LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES EN LA ESCISIÓN	
<i>Sonia Rodríguez Sánchez</i>	247
V. CONTRATO DE SEGUROS	
LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS SEGUROS DE GRANDES RIESGOS, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS SEGUROS DE TRANSPORTE TERRESTRE	
<i>Pablo Girgado Perandones</i>	277
REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO	
<i>Mercedes Vérguez Sánchez</i>	293
VI. DERECHO DEL MERCADO DE VALORES	
ABUSO DE MERCADO. NORMATIVA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA	
<i>Gonzalo Jiménez-Blanco y José Ramón del Caño Palop</i>	313
EL ANUNCIO DE OPA VOLUNTARIA	
<i>Fernando Juan y Mateu</i>	341

VII. TÍTULOS-VALORES

REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL CONCEPTO AMPLIO DE TÍTULO-VALOR <i>David Pérez Millán</i>	363
LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE EN LAS REGLAS DE ROTTERDAM <i>Andrés Recalde Castells</i>	395

VIII. DERECHO CONCURSAL

RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS Y FASES DEL CONCURSO EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO <i>Alberto Díaz Moreno</i>	419
EL PRIVILEGIO REFACCIONARIO DE LOS TRABAJADORES EN EL CONCURSO <i>Ignacio Farrando Miguel</i>	445
LOS EFECTOS DE LA RESCISIÓN <i>Francisco J. León Sanz</i>	465
APROXIMACIÓN A LOS EFECTOS DE LA APERTURA DE LA LIQUIDACIÓN EN EL CONCURSO DE ACREEDORES <i>Aurora Martínez Flórez</i>	493
REFORMA CONCURSAL Y CRISIS ECONÓMICA <i>Manuel Olivencia Ruiz</i>	521
LA REFORMA CONCURSAL DE 2011: UNA VISIÓN DE CONJUNTO <i>Jesús Quijano González</i>	531

SEMBLANZA J. M.^a GONDRA

I. VIDA ACADÉMICA Y PROFESIONAL

José María Gondra Romero nació en Bilbao el día 27 de julio de 1940. Cursó la licenciatura de Derecho en la Universidad de Deusto entre los años 1957 y 1962, obteniendo la mención de Premio Extraordinario por esa Universidad. De esa época data el primer contacto con el magisterio del profesor José Girón Tena, aunque fuera mediato, por cuanto las enseñanzas impartidas en la Universidad de Deusto se basaban en textos y apuntes procedentes de la Universidad de Valladolid, a cuyo distrito pertenecían quienes estudiaban en aquel centro universitario de los jesuitas.

Terminada la licenciatura, José María Gondra viaja a Madrid en 1963 con la idea de trabajar en una tesis doctoral en Derecho marítimo, buscando con ello una especialización en este campo del Derecho, al que su origen bilbaíno le llamaba. Es entonces cuando conoce al profesor Rodrigo Uría, quien acepta asumir la dirección de la tesis y le ofrece además la posibilidad de integrarse en su cátedra como profesor ayudante de clases prácticas.

Al año siguiente inicia su andadura docente en la Facultad de Económicas de la Universidad Complutense de Madrid. Unos años más tarde, en 1967, es nombrado profesor adjunto. Y en 1969 defiende su tesis sobre el régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo.

En estos años se fragua una amistad profunda con los profesores Juan Luis Iglesias, Aníbal Sánchez Andrés y Rafael García Villaverde, con los que formaría un grupo que transcendía rivalidades y adscripciones de escuela, a la manera del que en los años de la posguerra formaron Uría, Girón y Polo, bajo el magisterio del profesor Garrigues.

En 1970 se presenta a su primera oposición de cátedra, que obtendrían los profesores Bercovitz y Jiménez de Parga. De aquella oposición Gondra conservaría un grato recuerdo, pese al resultado adverso. Como él mismo ha confesado muchas veces, había sido una buena carta de presentación, pero debía reconocer que «todavía estaba verde».

A los pocos meses de dicha oposición, el profesor Garrigues, que había presidido el tribunal de la misma, le invita a trabajar con él en las tareas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), en el que nuestro país participaba con una delegación presidida por don Joaquín. Desde entonces y hasta principios de los ochenta, participa en diferentes sesiones plenarias, grupos de trabajo (con especial intensidad en el dedicado al Derecho del transporte), y sesiones de preparación de diferentes convenios internacionales (sobre la prescripción de acciones en la compraventa internacional, la representación en la compraventa internacional, etc.).

Entre tanto, en 1975 accede por concurso de méritos a la cátedra de la Universidad de Zaragoza, incorporando a su compañero y amigo Luis Fernández de la Gándara como profesor agregado interino. De esta época merece reseñarse la asistencia a un Congreso celebrado en Roma en 1976, sobre «La moderna *Lex Mercatoria*», en el que participó con una comunicación en torno a las condiciones generales de la contratación en el comercio internacional, y donde tuvo ocasión de comprobar con satisfacción la influencia en la disertación de uno de los ponentes principales, el profesor Popescu, de algunas de sus ideas, plasmadas en un trabajo que había publicado poco tiempo antes sobre el fenómeno que daba título al Congreso.

El año 1978 se trasladaba a la Facultad de Económicas del País Vasco en Bilbao, acompañado de sus dos primeros discípulos: José Miguel Embid y José Luis Hernández. Ese mismo año asiste como jefe de la delegación española a la Conferencia internacional que sobre el transporte marítimo se celebró en Hamburgo. Y el año siguiente participa en la preparación de un convenio sobre la representación celebrado en Bucarest. Sin embargo, en 1980 decide dejar los trabajos relacionados con UNICTRAL, para dedicarse más de lleno a las tareas docente e investigadora, compatibilizándolas con un incipiente ejercicio profesional de la abogacía.

En 1982, siguiendo el consejo del profesor Garrigues, accedía por concurso de traslado a la cátedra de la Universidad de Alcalá de Henarés, en la que coincidirían sus tres discípulos, hoy en día catedráticos, José Miguel Embid, Andrés Recalde y Francisco José León.

En 1989 se incorpora como catedrático al Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense. Entonces inicia sus cursos de doctorado sobre cuestiones metodológicas en el Derecho mercantil, que el profesor Gondra siempre ha considerado fundamentales para su maduración intelectual, y en los que también solía participar su amigo el profesor García Villaverde.

En diciembre de 1992 es nombrado consejero de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para ocupar el puesto que dejaba vacante el profesor Aníbal Sánchez Andrés, como consecuencia de asumir éste la vicepresidencia de dicho organismo. Ciertamente, le tocó vivir tiempos difíciles en aquella institución. Apenas se incorporaba a la misma, se produjo la crisis de Banesto. La serena y firme dirección de la institución por el *tandem* formado por Luis Carlos Croissier y Aníbal Sánchez, presidente y vicepresidente respectivamente, que habían puesto en rodaje la institución, fue decisiva en la superación de las dificultades. Esta etapa le proporcionó al profesor Gondra la ocasión de ver de cerca la dinámica del mercado de capitales desde la perspectiva del regulador y comprobar las dificultades que encierra la función de éste, en su papel de supervisor que mira por el buen funcionamiento del mercado, sin sofocar

su intrínseca autonomía. De esta etapa profesional siempre guardará un grato recuerdo, además de Luis Carlos Croissier, presidente de la Comisión hasta octubre de 1996, de Francisco Luis de Vera y Narciso Andreu, ambos consejeros, así como de los miembros de los servicios jurídicos, en especial, los abogados del Estado José Ramón del Caño, secretario de la comisión, y Gonzalo Jiménez Blanco.

Tras dos años de excedencia forzosa, el profesor Gondra volvía a la Universidad Complutense en el curso 1999-2000, retomando sus clases de licenciatura y de doctorado, y se jubilaba en el año 2010 al haber alcanzado la edad reglamentaria. Durante estos últimos años don José María se veía profundamente afectado por el fallecimiento de sus queridos amigos y compañeros los profesores Rafael García Villaverde, Aníbal Sánchez Andrés y Juan Luis Iglesias Prada, con los que mantuvo una intensa relación en distintos momentos de su vida, como muestra de los puentes que pueden existir entre distintas escuelas. En la actualidad prosigue con su labor investigadora.

II. OBRA CIENTÍFICA Y PERFIL INVESTIGADOR

Es imposible resumir en estas líneas el significado y alcance de la obra del profesor Gondra en el panorama del actual Derecho mercantil español. La variedad de temas que ha tratado, y la profundidad y seriedad con que lo ha hecho siempre, le convierten, sin duda, en uno de los mercantilistas más importantes que nuestro país ha dado en la segunda mitad del siglo pasado y lo que llevamos del presente. De su prestigio no hace falta más prueba que la opinión que merece a cualquiera de sus colegas de profesión. Los tiempos universitarios que vivimos no invitan al optimismo, pero sus trabajos deberían constituir referencia obligatoria para las futuras generaciones de estudiosos de nuestra materia. Un análisis mínimamente riguroso de lo que habrá de constituir su legado a la comunidad científica requeriría, en cualquier caso, de más tiempo y no podría ser nunca completo, máxime teniendo en cuenta que, pese a su jubilación, continúa plenamente dedicado a la investigación.

Con todo, en su obra puede apreciarse una clara progresión marcada por el continuo ensanchamiento del horizonte de su mirada y por la creciente complejidad de los temas abordados. Esta evolución, aunque debería ser ocioso señalarlo, es lógica consecuencia del avance en la formación y madurez del investigador. Sólo tras años de riguroso estudio se está en condiciones de afrontar cuestiones que requieren considerar cada vez más numerosas y complejas relaciones entre distintos sectores de una misma disciplina y descubrir así las conexiones de sentido que subyacen a la misma en una visión de conjunto. Esta propensión se antoja inherente al verdadero científico del Derecho, pero, en cualquier caso, es lo que los jóvenes investigadores deberían exigir de sus maestros.

Ahora bien, en cualquiera de los trabajos del profesor Gondra se encontrará una constante, que viene a demostrar la coherencia de toda su trayectoria investigadora: la preocupación permanente por el tratamiento de las cuestiones nucleares que suscita nuestra disciplina y por el empleo de una metodología rigurosa, en la línea de las generaciones de maestros que lo precedieron y en la tradición de la mejor dogmática jurídica.

En una primera etapa, sus orígenes le llevan a cultivar el Derecho marítimo, en su tesis doctoral y en alguna otra contribución, como la que se refiere al Proyecto de reforma del Convenio de Bruselas de 1924, sobre transportes marítimos en régimen de conocimiento. No obstante, ya se ocupa en ese momento de temas, aun relacionados con el mar, como el de las conferencias marítimas, cuya relevancia está en otro campo, el Derecho de la competencia, y además escribe asimismo sobre cuestiones relacionadas con el Derecho cambiario, en el que la Historia y el Derecho comparado juegan un papel relevante en apoyo de sus conclusiones, que a la postre se verán confirmadas en la reforma legislativa de este sector del Derecho.

Más tarde amplía su ámbito de estudio al Derecho mercantil internacional, motivado por la invitación del profesor Garrigues a participar en UNCITRAL. De esta época son sus trabajos sobre la moderna *Lex Mercatoria* y sobre las condiciones generales de la contratación internacional, si bien continúa con el cultivo del Derecho marítimo, dirigiendo cursos sobre esta materia en Bilbao. Precisamente en estos años publica un trabajo sobre la controvertida figura del *time-charter*, que contribuirá a un cambio en la concepción de este contrato, ya apuntado por otros (Ferrari, Uría, Ruiz Soroa), y que sería acogido en el malogrado Proyecto de Ley General de la navegación marítima.

Luego nacería su interés por el Derecho europeo, llevado por la preocupación de comprender la lógica interna que informaba el enorme acervo comunitario que había de incorporarse al ordenamiento español. Como contrapunto a la tendencia analítica dominante en los trabajos doctrinales de ese momento, Gondra intenta descubrir en los fines del proceso europeo de integración económica el sistema que explica y vertebra aquel agregado normativo. Ése fue el propósito de un trabajo sobre el proceso de integración económica y jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea, al que prestó mayor atención la doctrina internacionalista que la mercantilista. Relacionados asimismo con el proceso de asimilación del Derecho comunitario europeo, verían la luz posteriormente sendos trabajos en materia contabilidad, en torno al significado y función del principio de «imagen fiel», y sobre la sociedad limitada, y en concreto su posición en el marco de la reforma del Derecho de sociedades.

Por esos años de la década de los ochenta, prende en Gondra la idea de comenzar a esbozar las líneas de una posible obra sistemática de carácter general. Piensa que ha de ser una obra de nuevo cuño, más moderno, en la que, frente a una mera finalidad informativa, llamada, por lo demás, a ser desbordada por la ingente masa del material normativo, cada vez más disgregado, se hiciera visible la arquitectura fundamental de las instituciones y su proyección funcional. Para ello piensa que se ha de trabajar en cierto modo con el método y la manera en que lo hacen los comparatistas, que tienen que dominar la inmensa masa de datos jurídicos sobre los que operan entresacando las líneas de tendencia en el tratamiento normativo de los problemas que previamente se aíslan en su sustrato funcional. No se le escapaban, sin embargo, las enormes dificultades que cumplir ese sueño entrañaba. Por eso pensó que lo mejor sería ensayar con unos apuntes o esquemas que solía repartir en clase y en los que apoyaba sus exposiciones.

Pero, al mismo tiempo, sabía que, para clarificar la clave de todo el sistema, se había de afrontar la empresa desde el ángulo de la teoría general del Derecho, un fenómeno unitario en la realidad social y económica pero que en

el Derecho se presenta de modo caleidoscópico, con irradiaciones en planos jurídicos, en principio antitéticos. Al cabo de los años, esa investigación dará como precipitado un trabajo sobre la estructura jurídica de la empresa.

Y respondiendo a ese plan de ir tejiendo el entramado de una obra general, Gondra se adentrará en el estudio de diferentes sectores (contabilidad, registro, competencia, propiedad industrial, representación), tratando de verificar la posibilidad de generalizar esa técnica constructiva. De ese planteamiento derivan, directa o indirectamente, toda una serie de trabajos sobre los temas más dispares: signos y nombre comercial, contabilidad, Derecho concursal, apoderamiento mercantil, tipología de sociedades, algunos de ellos publicados y otros esbozados en numerosas páginas de apuntes para sus estudiantes que permanecen sin publicar.

En 1992 publica una Introducción al Derecho mercantil, que habría de constituir el pórtico de entrada a la obra sistemática general que tenía en mente. En ella se aprecia un estilo novedoso, en el fondo y en la forma, muy distinto al de los manuales al uso, un planteamiento en el que el pensamiento en sistema y la proyección funcional del Derecho están en un primer plano, y la información, incluso bibliográfica, está cribada selectivamente.

Con el ingreso en la CNMV se produce una lógica ralentización de su investigación, pero nunca la abandona del todo; es más, entra en una etapa en la que se siente moralmente implicado en algunos desarrollos que tanto él como su buen amigo Aníbal Sánchez ven con especial aprehensión desde un faro que domina el proceloso mar de la economía financiera. Nos estamos refiriendo a esa orientación metodológica que, bajo la aséptica denominación de «análisis económico del Derecho», plantea una revolución radical de la forma de pensar el Derecho, a la que Gondra plantará cara, por razones no sólo de índole intelectual sino también ético, en particular en su trabajo sobre el sentido de impartir justicia con criterios de economía, que, sin duda, supuso una importante llamada de atención, aunque algunos de sus recelos estuvieran ya apuntados en un trabajo de comienzos de los ochenta.

En este mismo orden de preocupaciones se sitúan sus últimas aportaciones, suscitadas por la actual crisis económica, en la que las huellas de aquellas ideas son demasiado visibles para ser negadas. En su trabajo relativo al control del poder de los directivos en las grandes corporaciones trata, así, de mostrar el proceso de desarrollo del Derecho de la sociedad anónima hasta el momento en que se abre paso, de la mano de la referida corriente de pensamiento económico-jurídico neoliberal, la idea de que aquél ha devenido un obstáculo costoso a la par que inútil para controlar al poder del aparato gerencial de la gran sociedad anónima. La solución estaría en la supuesta capacidad de los mercados para disciplinar la conducta de los directivos. La teoría económica que soporta esta conclusión será objeto de incisivo análisis crítico en su trabajo en torno a los fundamentos teórico-económicos de la teoría contractual sobre la sociedad anónima, donde se viene a mostrar la escasa consistencia científica de aquélla, al tiempo que se evidencia el componente ideológico que la alimenta.

Es de agradecer que Gondra nunca haya rehuído el compromiso científico y ético de realizar aportaciones, desde la parcela de conocimiento a la que ha consagrado su vida profesional, a debates en el que todos nos jugamos tanto. Esa actitud constituye una muestra más de la talla académica y moral de

José María Gondra. Sólo cabe lamentar que esté tan poco acompañado en ese empeño.

III. PERSONALIDAD UNIVERSITARIA Y DOCENTE

Si no es posible hacer justicia aquí a la obra del profesor Gondra, se entenderá que lo mismo suceda respecto de su personalidad como universitario y maestro. En cualquier caso, cabe señalar, sin temor a equivocarse, tres notas que han distinguido su quehacer universitario: ambición científica, constancia e independencia.

Como se ha dicho, y puede observarse sin más en su obra, José María Gondra ha tendido a enfrentarse con los temas de mayor complejidad y profundidad que puede plantearse el estudioso del Derecho mercantil. Ese tipo de ambición es inherente al científico, también al del Derecho, porque no es sino corolario de la curiosidad y el afán de superación que lo motiva, de su ansia por entender el porqué de las cosas y el espíritu de emulación de aquellos que lo precedieron. Para ello hace falta, además, creer en la dignidad de aquello a lo que uno se dedica. Él, en efecto, lo hace. Y mucho.

Obviamente, alcanzar en cualquier campo del saber los niveles que el profesor Gondra ha conseguido en sus estudios sobre el Derecho mercantil requiere, además, una enorme constancia, pues las cualidades intelectuales que puedan adornar a cualquier persona no bastan si no se acompañan de una alta dosis de esfuerzo y trabajo. La tenacidad con que don José María se ha empleado en su labor de investigación y los muchos años que pacientemente ha invertido en algunos de sus trabajos, redundan en la seguridad o certeza de los resultados a que ha llegado. Esa clase de perseverancia no es tan sólo fruto de la voluntad y la disciplina. Como él mismo ha dicho alguna vez, difícilmente podrá encontrarse una vocación temprana por el estudio del Derecho como las que despierta la medicina o la astronomía, pero la continua dedicación al objeto de estudio acaba por atrapar al verdadero investigador. Hasta el punto de que, por seguir usando sus palabras, esta profesión precisa de un carácter ligeramente propenso a la obsesión, que se manifiesta al despertarse en medio de la noche por la necesidad irrefrenable de plasmar en papel una idea o localizar alguna cita perdida.

La independencia ha marcado asimismo en todo momento la carrera universitaria del profesor Gondra, en el bien entendido de que se trata de un rasgo que en su caso nada tiene que ver con el individualismo ni el deseo de afirmar la propia personalidad o significarse frente a los demás, sino, al contrario, con el intento de no caer en la dialéctica de aquellas escuelas que imponen filias y fobias en cuanto a sus referentes coartando la libertad de criterio de sus miembros. Porque las auténticas escuelas, en su opinión, se deberían definir por la metodología o la forma de pensar el Derecho y por la autenticidad, en un cierto sentido moral, que, sin perjuicio de la fidelidad a los criterios y valores en que dicha escuela se fundamenta, obligue a enjuiciar a toda persona y obra de la manera más objetiva posible.

Sólo así puede entenderse, por otra parte, la relación que ha mantenido con sus maestros y discípulos, de suma importancia, pues si algo resume la concepción que sobre el magisterio universitario tiene don José María es la idea de

transmitir de unas generaciones a otras la herencia recibida, enriqueciéndola en la medida de lo posible, pero en todo caso sin estropearla.

Ello explica, además, que la fuerte personalidad del profesor Gondra no haya estado nunca reñida con el profundo agradecimiento a los maestros de la generación anterior. Tan es así que en alguna de sus recensiones, como la del Derecho cambiario de Rubio, el tremendo respeto por el autor de la obra comentada le llevara a un juicio cuya ponderación haya permitido que algunos lo adscribieran, quizá de manera precipitada, a ciertas tesis, en aquel caso las teorías causalistas sobre los títulos-valores, de las que en realidad no participaba.

En cualquier caso, si la influencia de sus mayores debiera concretarse en algunos nombres, sin duda habría de señalarse a los profesores Garrigues, Uría y Girón. Con cada uno tuvo un tipo de relación distinta, pero a todos ellos les ha profesado siempre una inmensa admiración que ha sabido contagiar a cada uno de sus discípulos.

De don Joaquín no sólo subrayó, en general, su papel fundamental en la transformación y modernización del Derecho mercantil español, sino que destacó, en concreto, que se desprendiera del estilo retórico y expositivo dominante en su época, que gracias a su formación civilista procediera a ordenar dogmáticamente nuestra disciplina reivindicando el valor de la teoría general del Derecho o que en el plano metodológico se adhiriera a la jurisprudencia de intereses, hasta el punto de afirmar que fue él quien hizo posible que nuestro oficio adquiriera dignidad científica. A todo ello se unen las confidencias de los largos viajes con ocasión del trabajo en el seno de UNCITRAL que acercaron en lo personal a Gondra al maestro de maestros.

Con Rodrigo Uría tuvo la relación más estrecha, puesto que fue su maestro formalmente. Además de admirar las proporciones y calidad de su obra científica, le reconoció un papel decisivo en lo que calificara como «milagro colectivo» del Derecho mercantil español. En particular, alabó su adhesión a la moderna concepción de la empresa para la exposición sistemática de nuestro Derecho mercantil y la depuración del lenguaje jurídico más allá incluso de la que alcanzara Garrigues. También ha recalcado en todo momento su prudencia, necesaria, si cabe en mayor medida, en una ciencia como la nuestra: no sólo le preocupaba poder desviarse en la práctica profesional de lo afirmado en su famoso Manual, sino que ante las propuestas de cambios por parte de sus discípulos, siempre atentos a las últimas modas en la materia, era partidario de dejar pasar el tiempo para comprobar lo que de verdad quedara de ellas y pudiera aprovechar a una obra general de esa naturaleza. De su relación personal basta con afirmar que estaba más cerca del modelo paterno-filial que del profesional, y que Gondra lo consideraba el amigo perfecto al que recurrir ante la necesidad de consejo o en quien apoyarse cuando uno se encontraba en apuros.

Finalmente, pero no por ello menos importante, el profesor Girón, al que conociera ya por sus exámenes de licenciatura, ha influido tanto en toda su formación y en el conjunto de su obra científica, que no es de extrañar que algunos, ciertamente por error, lo hayan considerado discípulo suyo o que otros, probablemente sin error, lo hayan tildado sin más de «gironiano». Al margen de la intención que se persiga con esa etiqueta, no es de esperar que a Gondra le haya nunca molestado lo más mínimo. De la conexión de tipo intelectual que existía entre ambos supone prueba suficiente que Girón le confiara una

recensión de su *Derecho de sociedades*, y, a la inversa, lo que en ella se opina de dicha obra, a la que se considera llamada a marcar una época, y de la entera producción científica de su autor, de la que se resalta la firmeza en el armazón dogmático o la maestría en la utilización del método histórico-comparado.

Las relaciones de don José María con sus alumnos y discípulos también vienen marcadas por la impronta de su talante académico y personal. El profesor Gondra ha entendido siempre que la enseñanza del Derecho, antes que procurar conocimientos de utilidad tan sólo hasta la próxima reforma legal, debía poner orden en la cabeza del estudiante o el joven investigador enseñándole a pensar conforme a la lógica con que se opera en este campo del conocimiento, y es lo que ha intentado conseguir hasta el final de su carrera docente. Mucho se ha hablado de su exigencia, pero cualquiera que lo conozca mínimamente sabrá también de su cercanía. Pocos profesores han compartido tantos cafés con sus alumnos de licenciatura y doctorado como Gondra, lo cual en nada afectaba a la seriedad con la que preparaba e impartía sus clases. Quien haya asistido a alguna de ellas habrá podido comprobar los ejemplos con que ilustraba las cuestiones más complejas y las anécdotas con que amenizaba las explicaciones sin que se vieran menoscabados en ningún momento el rigor y la profundidad de su discurso.

Con sus discípulos mantenía el mismo nivel de exigencia, nada que no se impusiera a sí mismo, pero probablemente más de lo que pedía a otros, por el simple hecho de que así suele suceder con aquellos que en alguna medida están bajo nuestra responsabilidad, máxime si pretendemos, como sin duda quería Gondra, que también ellos puedan algún día ser independientes. En sus propias palabras, aspiraba a que los suyos fueran lo suficientemente buenos como para no deberle en el futuro demasiado por sus logros académicos.

De vieja escuela, como había aprendido de sus maestros, ha sido más de fruncir el ceño cuando algo no le convencía y de aportar su visión sobre cierto asunto que de impartir instrucciones minuciosas, programando y controlando hasta el último detalle el trabajo de sus discípulos. No obstante, cuando era necesario, no escatimó tiempo y esfuerzo si había de ayudar a uno de ellos página a página. Y, en cualquier caso, jamás se reservó conocimiento alguno, al contrario, en todo momento ha compartido generosamente con quien estuviera dispuesto a escucharle los avances de sus trabajos y las dudas que se le planteaban, enriqueciendo mucho más a aquél al que se dirigía de lo que éste podía aportarle con su opinión.

En cambio, no ha impuesto nunca sus ideas ni consejos, que por lo demás no suele dar sino cuando se le solicitan, dejando que cada cual asuma la responsabilidad de sus obras o decisiones. Respeta y confía siempre en el criterio de los suyos, aunque él pueda ser de otro parecer. Y, con ese mismo sentido de la necesaria autonomía propia y ajena, nunca pidió escritos de ningún tipo ni siquiera a sus colaboradores más cercanos. Como tampoco reclamó demostraciones de lealtad por mucho que pudiera necesitarlas y las aceptaba sólo si provenían del propio convencimiento y no suponían un coste para quien quería manifestarle su apoyo.

En el trato personal con sus discípulos bien podría decirse que ha sido como un padre, pues a su vez aquellos que han estado a su lado constituyen una suerte de pequeña familia a su alrededor, si no fuera porque propicia una confianza tal que, pese a la diferencia de edad en algunos casos, difícilmente

puede darse salvo con los mejores amigos, sorprendiendo a muchos que un profesor de su prestigio permitiera ciertas licencias a sus discípulos más jóvenes. Esa clase de relación sólo es posible porque lo que primero que siempre ha valorado Gondra en los demás ha sido el ser «persona»; es decir, *a mensch*. Y él lo es con mayúsculas.

Pero si hay algo que aún merece ser destacado es que su actitud haya sido la misma, sin hacer la menor distinción, para con todos los que han buscado en él a un maestro, con independencia de que su concreta filiación fuera por naturaleza o por adopción o se produjera incluso ya cumplida la mayoría de edad que da la cátedra. Pues igual que admiró y apreció tanto a los maestros de la generación anterior como a los amigos y compañeros de la propia sin reparar en ideologías, creencias o escuelas, ha tratado con aquellos que han querido seguirle.

Porque, en definitiva, hay escuelas que se construyen con adscripciones formales y cuyos confines se trazan con rígidos criterios que requieren de concesión para la entrada o que imponen la adhesión a ultranza para la permanencia. Pero también hay escuelas que, como el concepto de Derecho mercantil, no son, sino que están siendo, y cuyas fronteras imprecisas se resisten a la compartimentación en estancos porque sólo entienden de comunidades o afinidades en las ideas y en las formas de pensamiento por encima de los nombres de las personas que en cada momento las encarnan. Y de una escuela de ese tipo forman parten, sin duda, los que han recibido el magisterio del profesor Gondra.

Al parecer decía Girón que la independencia tiene un precio: la soledad; pero que, a cambio, se duerme muy tranquilo. No se sabe que don José María Gondra tenga problemas de insomnio. Lo que podemos asegurar sus amigos es que nunca estará solo.

IV. CURRÍCULUM VITAE

I. Títulos académicos

Licenciado en Derecho por las Universidades de Valladolid y Deusto (1962).

Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid (1969).

II. Puestos docentes

Profesor agregado de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid (1973-1975).

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza (1975-1978).

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad del País Vasco (1978-1982).

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares (1982-1989).

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense (1989-2010).

III. Cargos académicos

Vicedecano de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad del País Vasco (1979-1981).

IV. Publicaciones

1. *Obra general*

Derecho Mercantil. Introducción, Madrid, 1992.

2. *Trabajos monográficos*

a) *Metodología*

«Del Derecho de la Economía a la moderna Economía del Derecho (Viejas y nuevas perspectivas de colaboración interdisciplinar entre las Ciencias Económica y Jurídica)», en *Ensayos de Economía*, Bilbao, 1981, pp. 49 y ss.

«¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (A propósito de una Teoría del Derecho que postula una orientación de la Jurisprudencia por el valor de la “eficiencia económica”)», en *RDM*, núm. 226, 1997, pp. 1545 y ss.

b) *Derecho mercantil internacional*

«Condiciones generales de la contratación y protección de la parte “más débil” en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 233 y ss. (una versión extractada, en lengua inglesa, de este trabajo fue publicada en *New Directions in International Law*, Actas del Segundo Congreso sobre Derecho privado celebrado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado [UNIDROIT], Roma, 9-15 de septiembre de 1976), vol. II, pp. 571 y ss.).

«La moderna Lex Mercatoria y la unificación del Derecho del comercio internacional», en *RDM*, num. 127, 1978, pp. 765 y ss.

c) *Derecho económico-comunitario*

«Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistémico-funcional)», en GARCÍA DE ENTERRÍA/GONZÁLEZ CAMPOS/MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1986, t. I, pp. 275 y ss.

d) *Derecho de la empresa*

«La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría general del Derecho)», en *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 493 y ss.

e) *Contabilidad*

«Significado y función del principio de “imagen fiel” (“True and Fair View”) en el sistema del nuevo Derecho de balances», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en homenaje a José Girón Tena)*, Madrid, 1991, pp. 553 y ss.

«El nuevo rumbo del Derecho de balances europeo: las opciones que se abren al legislador español», en *RdS*, núm. 23, 2004, pp. 19 y ss.

«Los mercados internacionales de capitales marcan el nuevo rumbo del Derecho europeo de balances: ¿Hacia dónde nos llevan?, en *Responsabilidad social corporativa (Aspectos jurídicos-económicos)*, Castellón, 2005, pp. 99 y ss.

f) *Representación*

«La contribución del Derecho mercantil a la dogmática general de la representación», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004, pp. 195 y ss.

g) *Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*

«Las Conferencias Marítimas ante el Derecho de la Competencia», en *RDM*, num. 113, 1969, pp. 345 y ss.

«Teoría general de signos de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Madrid, 1996, pp. 829 y ss.

«El nombre comercial», en *RdS*, núm. 8, 1997, pp. 13 y ss. (también publicado en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid, 1998, pp. 987 y ss.).

h) *Derecho de sociedades*

«Hacia una renovación de los estudios de Derecho de sociedades en la doctrina española (En torno a la obra del profesor Girón Tena: *Derecho de sociedades*, tomo I. *Parte general, sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976), en *RDM*, núms. 140-141, 1976, pp. 349 y ss.

«La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de Sociedades», en *La reforma del Derecho español de Sociedades de Capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid, 1987, pp. 909 y ss.

- «Régimen de la empresa conyugal: Sociedad de Derecho mercantil, Sociedad de Derecho de familia», en *Derecho de sociedades (Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero)*, Madrid, 2002, vol. I, pp. 245 y ss.
- «El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 841 y ss.
- «La teoría contractual de la sociedad anónima: Una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos», en *RDM*, núm. 278, 2010, pp. 1171 y ss (también publicado en *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Madrid, 2010, pp. 173 y ss.

i) *Derecho cambiario*

- «En torno a la validez y eficacia de la cláusula “sin gastos” en Derecho cambiario español», en *RDM*, núm. 115, 1970, pp. 27 y ss.

j) *Derecho concursal*

- «Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema concursal proyectado», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 8, 1985, pp. 145 y ss.
- «Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en *Estudios sobre la Ley Concursal (Libro homenaje a Manuel Olivencia)*, vol. IV, Madrid, 2005, pp. 4577 y ss.

k) *Derecho marítimo*

- «El Proyecto de reforma del Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924, sobre transportes marítimos en régimen de conocimiento», en *RDM*, núm. 96, 1965, pp. 313 y ss.
- Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*, Madrid, 1970.
- «La responsabilidad personal del capitán por la custodia de las mercancías y el problema de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad en el contrato de fletamento», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 341 y ss.
- «El “Time-charter” en el sistema de los contratos de utilización del buque», en *Actas del II Congreso de Derecho Marítimo organizado por el Comité Marítimo de Andalucía*, 1982 (trabajo también publicado en *Il Diritto Marittimo*, 1984, pp. 765 y ss..
- «La labor del intérprete ante el Derecho marítimo», *Boletín de la Asociación Española de Derecho Marítimo*, núm. 3, 1984, pp. 66 y ss.

l) *Otras publicaciones*

- Recensión al *Derecho cambiario* de Jesús Rubio, en *RDM*, núm. 131, 1974, pp. 173 y ss.

Conflictos de competencia entre Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores colegiados de comercio, Madrid, 1984.

«La viabilidad jurídica de la OPA formulada por el Banco de Bilbao a los accionistas del Banco Español de Crédito», dictamen emitido, en colaboración con el profesor Aníbal Sánchez Andrés, y publicado *La OPA del Banco de Bilbao*, Madrid, 1988, pp. 98 y ss.

Prólogo al libro *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte: función representativa* de Andrés Recalde Castells, Madrid, 1992, pp. 23 y ss.

«El pensamiento de Joaquín Garrigues en relación con el método de la ciencia del Derecho», en *Joaquín Garrigues, jurista y universitario ejemplar*, Madrid, 1996, pp. 131 y ss.

Entrada dedicada a Rafael García Villaverde, en *Juristas universales*, vol. IV, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 756 y 757.

«Rodrigo Uría: el hombre que hizo posible el milagro español en el Derecho mercantil», en *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1101 y ss.

«Los riesgos de la contabilidad», en el diario *El País* de 10 de abril de 2005.

V. Dirección de tesis doctorales

J. M. EMBID IRUJO, *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, defendida en la Universidad de Alcalá de Henares (1983).

A. RECALDE CASTELLS, *La función representativa del conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, defendida en la Universidad de Alcalá de Henares (1989).

D. PÉREZ MILLÁN, *Documenti di legittimazione e titoli impropri*, defendida en la Universidad de Bolonia (Italia) (2003).

A. R. DE LA RICA ALMENDRO, *Contratto di factoring e fallimento*, defendida en la Universidad de Bolonia (Italia) (2003).

VI. Participación en organizaciones y congresos científicos internacionales

1. Organizaciones internacionales implicadas en la unificación del Derecho Mercantil Internacional

Miembro de la Delegación española en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) (1971-1978), con participación especialmente intensa en el Grupo de Trabajo sobre transporte marítimo.

Miembro de la Delegación española en la Conferencia diplomática celebrada en Nueva York, para la elaboración de un Convenio sobre la prescripción de acciones en la compraventa internacional (1974).

Miembro de la Delegación española en la Conferencia diplomática celebrada en Hamburgo, para la elaboración de un Convenio sobre el transporte marítimo internacional de mercaderías (1978).

Miembro de la Delegación española en la Conferencia diplomática, para la elaboración de un Convenio sobre el contrato de agencia internacional, celebrada en Bucarest (1980) y Ginebra (1983).

Participación en el «Comité de expertos jurídicos en Derecho mercantil del Consejo de Europa» (1976-1978).

2. *Congresos científicos internacionales (con presentación de comunicaciones)*

Congreso celebrado en Roma, organizado por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), con motivo de su 50º aniversario, en torno a «Las modernas tendencias del Derecho del comercio internacional» (1976).

Congreso celebrado en Neuchatel, organizado por el Consejo de Europa, en torno a «Condiciones generales de la contratación y protección del consumidor» (1978).

3. *Otros*

Curso sobre «Derecho de Mercado de Valores», impartido en Guatemala (2000).

VII. Cargos públicos

Consejero de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (1992-1997).

VIII. Otros méritos

Secretario de la *Revista de Derecho Mercantil* (1966-1976).

Ejercicio profesional de la Abogacía (1980-1989)

Presidente de la Comisión de Defensa del Asegurado del Grupo MAPFRE (2008 hasta la actualidad).

A PROPÓSITO DE LA CRÍTICA DEL PROFESOR GONDRA AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (*L&E*)

José María DE LA CUESTA RUTE
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. UNA ANÉCDOTA REVELADORA DE UNA CATEGORÍA.—II. DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EL DERECHO.—III. DE LA HISTORIA DEL DERECHO Y EL DERECHO.—IV. LA CRÍTICA DE GONDRA AL *L&E*: 1. La creación de normas y el *L&E*. 2. El *L&E* y la interpretación y aplicación de las normas.—V. LA CRÍTICA A LA TEORÍA CONTRACTUAL DE LA EMPRESA.

I. UNA ANÉCDOTA REVELADORA DE UNA CATEGORÍA

Era natural que, tratándose del profesor Gondra, la comisión organizadora de su homenaje decidiera que la mejor forma en que se lo podíamos rendir era participando en un *Liber Amicorum* que es fórmula que ofrece a cada uno la posibilidad de expresar su particular modo de sentir en relación con el *amigo* homenajeado.

Y decididos a conceder un puesto al subjetivismo, a quien como yo —¿habré de decir anciano o bastará con decir sencillamente viejo?— ha corrido hasta agotar la calle que le fue asignada en el estadio de la vida académica y profesional relacionada con el Derecho, se le permitirá demorarse en una contemplación de conjunto acerca del sentido de su quehacer para poder decir con Saulo de Tarso que, después de correr en el estadio, ha «conservado la fe». Creo, por lo demás, que unas palabras de ese estilo casarán admirablemente con la preferente preocupación, más o menos subyacente o explícita, del profesor Gondra por el rigor metodológico propio de nuestro saber de juristas. Me hago la ilusión de que así será comprendido por el homenajeado el núcleo de verdad y de sincera amistad con que participo en su justo homenaje.

En lo que se me presenta como horizonte en el que situar estas modestas palabras mías que son ante todo, repito, las de un viejo, se comprenderá que se

incluya un punto de evocación. Confieso que no han sido pocas las veces que, desde que yo era un muchacho que estudiaba Derecho, he tenido en cuenta aquello de lo que parto en esta ocasión y que es posible que alguno de los lectores recuerde, ya que he solido hacer partícipes del recuerdo a mis alumnos y a quienes no lo han sido.

Corría el mes de febrero de 1954 cuando un hecho determinó que los universitarios de entonces —y decir universitarios de entonces es señalar a los estudiantes de Derecho porque, además de ser muy numerosos, teníamos la sede de la Facultad en la calle San Bernardo de Madrid, aledaña a la Gran Vía— despertáramos del adormecimiento originado por el régimen franquista, iniciando un más o menos patente, digamos que «desencuentro», entre la Universidad y el régimen político imperante. La plena hostilidad en que desembocó ese desencuentro puede datarse; tuvo su manifestación inequívoca en febrero de 1956.

El acontecimiento de aquel 1954 —estaba yo en mi segundo año de Carrera— se puede considerar de prehostilidad dado que lo que comenzamos por cierto como *jarana* en cumplimiento obediente de las instrucciones de la «Jefatura del Sindicato Español Universitario» (SEU) de acudir a la calle Monte Esquinza de Madrid a protestar ruidosamente ante la Embajada de S.M. británica por algo relativo a su Gobierno respecto de Gibraltar, se trocó por nuestra parte, al principio, en estupor y, luego, en no menos ruidoso enfado contra los «grises» que cargaron sin la menor contención contra todos los ilusos *pardillos* que hubimos de disolver nuestra manifestación emprendiendo una carrera en plena Castellana adelante en todas las direcciones que tan hermosa avenida nos procuraba. Como medida del miedo que nos embargaba, de pasada diré que yo, que nunca me he caracterizado ni por mis aficiones ni, menos, por mis condiciones atléticas, me sorprendí, como les sucedió a algunos de mis compañeros, al comprobar que me había tenido que saltar limpiamente el seto de aligustre que entonces embellecía el Paseo y que, sin exagerar, lo aseguro, podría alcanzar los ochenta centímetros de altura. Quizá este dato puede servir de referencia para medir también el grado, no ya de enfado, sino de inquina y rencor que los «grises» concitaron por nuestra parte. De ahí, pasar a la crítica del SEU y del autoritarismo, al discurso relativo a las libertades públicas era fácil, no existía más que un paso que, en efecto, comenzó a andarse en los días sucesivos al de autos mediante manifestaciones que, discurriendo por la Gran Vía madrileña, indefectiblemente eran disueltas a palos contundentes por parte de los odiados e inevitables «grises». Nada más lógico y natural que, ante la carga de las fuerzas llamadas del orden, bueno de algún orden digo yo que serían, buscásemos refugio en nuestra amada Facultad, que entonces, tomando el todo por la parte, concebíamos como la Universidad y en la errónea pero firme creencia de que entre sus tutelares muros nos acogía un «fuero universitario» que, al modo del derecho de asilo medieval, implicaba una dique infranqueable para los representantes del Ejecutivo, que ya empezaba consiguientemente a ser también odiado. El «caserón» de San Bernardo se equiparaba sin saberlo a la barrera del juego de chiquillos de «policías y ladrones», sólo que ahora los ladrones no lo éramos ni los policías representaban otra cosa más que el «desorden» de fondo que políticamente imperaba. Pero lo cierto es que, con fundamento o sin él, el «caserón» era el lugar sagrado al que, acogidos nosotros, se negaba el acceso a los «grises». Pero, dado que nos esperaban a la salida, nosotros permanecía-

mos allí dentro dando así ocasión a que se organizaran y desarrollaran lo que más tarde —cuando la segunda oleada del 56— serían las famosas *asambleas de Facultad*.

Para las reuniones que las anticiparon en la fecha a que ahora me refiero utilizábamos el hermoso «Paraninfo» de San Bernardo. Y allí, a aquel lugar, solía acudir nada menos que el rector para ayudar a curarnos las heridas (por cierto que en los acontecimientos del 56 esta ayuda lo fue en sentido estricto pues, en su condición de médico, intervino el rector para atender a algún compañero lesionado). Era entonces rector magnífico el ciertamente magnífico universitario don Pedro Laín Entralgo. Yo tuve la fortuna de tratarlo como miembro que era de la *tribu* que él gobernaba y que, ya sólo por eso, quizá no puede en justicia denominarse tribu.

Cabalmente el recuerdo del que deseo tomar pie en el presente papel dedicado a mi amigo José María se refiere a lo que nos dijo don Pedro en una de esas mañanas que, acaso con nostalgia, evoco ahora; y quiero pensar que la condición de universitario sin fisuras del profesor Gondra le hará saborear las palabras del rector magnífico con tanto gusto como yo aún las paladeo.

En las asambleas *avant la lettre* a que asistía el profesor Laín Entralgo, comenzaron ya entonces a despuntar «discursos» de quienes venían concienciados de casa acerca del régimen político y que por pertenecer a cursos superiores de la Facultad podían engarzarlos con el, aquí sí que *presunto*, saber jurídico. Discursos éstos que, no hay que decirlo, prendían no ya con simpatía sino con embelesamiento en los escocidos y resentidos pardillos, tanto más de lo primero y segundo, cuanto más también de lo tercero.

Naturalmente que no estoy en condiciones de recordar el contenido de esos tan repetidos discursos y lo siento de veras porque contribuiría a hacer más inteligible todavía lo que el rector nos transmitió, y con tal eficacia para mí que no lo he olvidado jamás y he procurado adecuar siempre mis actos de profesor de Derecho y de abogado a lo que entendí entonces y que ahora, cada vez, se me hace más imprescindible acaso porque su ausencia acredita su carácter inexcusable en la medida en que el subsistema jurídico debe permear todos los demás subsistemas y, en consecuencia, el sistema social en su conjunto.

Seguramente en los sucesos a que me refiero estaríamos discutiendo o, mejor, reafirmandonos, en la crítica del Régimen que nos perseguía contra toda razón y derecho y, por consiguiente, probablemente hablaríamos del «Estado de Derecho» aun sin saber siquiera que lo hacíamos según le ocurría respecto de la prosa al personaje de Molière (entre otras cosas, porque entonces no se hacía recurso a la mencionada fórmula ni aun por los profesores puesto que, al fin y al cabo, tenía un cuño del maligno como se podía deducir de la intervención de alguien como Kant en su formulación). En cualquier caso, supongo que teníamos que estar desarrollando, y apasionadamente como era habitual, un discurso de semejante contenido porque en un debate así es donde encuentran encaje las palabras del rector Laín Entralgo a las que quiero referirme.

Porque la almendra de lo que quiero subrayar es que don Pedro, hablando del sentido de nuestros estudios, nos felicitó a los de Derecho porque el plan de nuestra Facultad incluía —hay que ponerlo en pasado, claro— la formación sobre los fundamentos de nuestro saber así como sobre el proceso de

formación de su materia. Destacaba el rector de este modo el valor que representaba para el saber que podemos llamar técnico-jurídico, esto es, para el conocimiento de la *ciencia del Derecho*, tanto de la *filosofía* como de su *historia*. Es precisamente esta consideración la que me quedó grabada y tengo que confesar que, gracias a las palabras rectorales, palabras de un universitario de cuerpo entero, se me esclareció lo que nunca había pensado a fondo y que, por desgracia, no había logrado captar de las explicaciones de los profesores de las dos mencionadas disciplinas; se me dio explicación, en suma, de lo que en verdad representa una *ciencia humana* como el Derecho y cuál es su estatuto por referencia al de las *ciencias de la naturaleza*, al de las ciencias de la *res extensa* cartesiana.

Parece ésta en que nos encontramos una ocasión magnífica para intentar esbozar al menos la implicación fundamental de la observación rectoral, aunque, por mi parte, no pretenda más que insinuar la conveniencia de un debate que, más que necesario, me parece, sobre todo, urgente. La ocasión es *propicia* puesto que se trata de un espacio que dedicamos a un verdadero amigo que, como ya he dicho, a lo largo de su fecunda vida consagrada al Derecho, ha dado constantes muestras de su ocupación, a veces de su preocupación, por los aspectos metodológicos del quehacer jurídico; particularmente me fijaré en las aportaciones de Gondra en relación al *análisis económico del Derecho (L&E)*¹ y a la *teoría contractual de la empresa*². Pero también la tarea me parece *urgente* porque la limitación que a nuestra condición humana impone su dimensión histórica —para cada uno el «tiempo oportuno» paulino es el de su vida temporal— nos exige que salvemos nuestra *circunstancia* ya que, de no salvarla, no nos salvaremos nosotros mismos, como muy atinadamente nos enseñó otro gran maestro de los muchos que, a Dios gracias, hemos tenido los universitarios de mi tiempo, en contra del tan inexplicable como falso lamento de algunos.

Puestos en esa tesitura, la verdad es que no me gusta nada lo que mi *circunstancia* me dice. Y pienso que eso que no me gusta nada tiene una de sus raíces en la degradación de lo jurídico que todos los días estamos consintiendo todos y, por ello, alimentando. De ahí que considere urgente, insisto, ofrecer un planteamiento, una perspectiva, desde la que poder establecer el debate acerca del sentido que ha de darse al Derecho para que vierta su eficacia como inexcusable remedio para muchos de los, digamos, desajustes de la «circunstancia» actual. Y en este trance es necesario recordar la sabia admonición del maestro Laín Entralgo sobre los aspectos filosóficos e históricos de las instituciones jurídicas.

El presente ensayo se centra en la conexión entre subsistema jurídico y subsistema económico que es la establecida tanto en *L&E* como en la *teoría contractual de la empresa*, tópicos sobre los que, repito, se extendió en atinadas consideraciones el profesor Gondra. La diferenciación entre las dos materias, que se hace expresa con la dedicación de un estudio para

¹ J. M. GONDRA, «¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la "eficiencia económica")», *RDM*, 1997 (226), pp. 1545 y ss.

² J. M. GONDRA, «La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos», *RDM*, 2010 (278), pp. 1171 y ss.

cada una³, se justifica ya que ciertamente *L&E* se refiere muy específicamente al Derecho de contratos por lo que el discurso o argumentación no necesariamente recoge todo cuanto, en cambio, conviene al fenómeno empresarial; pero sin embargo tanto los contratos como la empresa son objeto de consideración jurídica desde la perspectiva del *L&E*. Aquí se mantendrá la diferencia para resaltar lo propio de cada uno de los repetidos tópicos.

II. DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EL DERECHO

Del Derecho se habla en el doble sentido siguiente. De un lado, como conjunto de *normas* que se aplican al hombre y que son de una determinada especie de entre todas las que rigen su conducta; de otro, como *saber* acerca de esas normas; y de saber con rango *científico*.

Por tratarse de *normas de conducta*, el *saber* acerca de ellas no se agota en conocerlas, puesto que su mero conocimiento no proporciona la satisfacción que produce el saber *especulativo*, que se goza en el saber por el saber mismo; en nuestro caso se trata de un *saber práctico*, esto es, dirigido a la *acción*. De ello se deduce que del Derecho se pueda considerar cuanto se refiere, de una parte, a la génesis de las *normas* y, de otra, a su aplicación; en relación al momento de la *aplicación* se afirma sobre todo la importancia del conocimiento científico del Derecho; la ciencia del Derecho tiene sentido en cuanto que sus resultados vierten en la aplicación de las normas. Conviene notar que el momento de generación de la *norma* se distingue del de su aplicación a partir de la aparición de las *normas legales* como fruto que son de un acto deliberado de un sujeto concreto, el *legislador*. Pero que uno y otro momento puedan diferenciarse intelectualmente no significa que tengan una existencia separada; ni la génesis de la norma legal se puede aislar de los efectos que producirá al aplicarse, ni su aplicación puede hacer abstracción del proceso de su generación. Que los efectos de la *norma* hayan de ponderarse al tiempo de su formulación no significa aceptar cualquier suerte de *consecuencialismo*, pues la *norma jurídica*, a diferencia de la *moral*, no se determina en razón del *bien*, la *verdad* y la *belleza* objetivos, sino en vista de la *utilidad*, rectamente entendida y no sólo en sentido material, para el desarrollo de la vida del hombre en cuanto *conviviente* en sociedad. De la inescindible unidad entre los dos momentos de que vengo hablando se sigue que el *saber* acerca del Derecho muestra su virtualidad en relación a uno y otro momento de la vida de la norma.

Sin embargo los hechos no se atienen a semejante consideración. No será necesario insistir en ello siendo suficiente recordar cómo han llegado a separarse y distinguirse los dos *momentos lógicos* a que me vengo refiriendo hasta el punto de eximir a quien formula la norma de cualquier sujeción a las determinaciones del saber jurídico cuya influencia queda entonces reducida al terreno de la aplicación. Ello se debe a la remisión moderna del momento generativo de la norma al campo de la *Política* al que se atribuyen, no siempre justificadamente pero cada vez en mayor medida, sectores o áreas de vida personal del

³ *Vid.* notas anteriores.

hombre. No deja de ser llamativo que incluso se hable de *política jurídica* para designar el aspecto o faceta de la creación de la *norma jurídica* que se mantiene al margen del *saber científico* del Derecho, que se reduce así al terreno de la mera aplicación pragmática⁴. La *política jurídica* se presenta como una irrestricta capacidad de *opción* para el legislador respecto de cuyo arbitrio no cabe sino la más perfecta sumisión del jurista. El abandono del proceso de generación de las normas jurídicas al Poder político, se recubre de una *legitimidad política* ajena en lo esencial a la que resultaría de la conformidad de las normas a su verdadero carácter jurídico. Esto, entre otras cosas, es consecuencia de la exención del saber jurídico de cualquier proyección que pudiera derivarse de la aproximación *filosófica* al mismo asimilándose entonces el conocimiento del Derecho al modo de conocer propio de las ciencias naturales con los errores que de ese magno error se derivan.

Llegados a este punto, importa subrayar que el Derecho hace referencia ante todo a la *acción humana*; las normas jurídicas son reglas del obrar humano. De donde se deduce que por sí mismas las normas no son observables y lo que podemos saber de ellas es lo que se deduce de lo que sobre ellas se piensa y de lo que resulta de su aplicación según las entiende el «agente» llamado a aplicarlas. Esto sería ya por sí mismo suficiente para apreciar la importancia que cabe conceder al conocimiento *filosófico* de las *normas*. Pero existe además otra razón que avala dicha importancia.

Puesto que la norma jurídica se *impone* al sujeto de la acción, no se puede poner en duda que implica un límite al arbitrio del sujeto y, por consiguiente, es por completo necesario conocer el *fundamento* de la norma, su razón de ser, su finalidad. Y, siendo lo propio del saber filosófico el saber por *sus causas* acerca de los fenómenos que, desde otros puntos de vista, son objeto material de otros saberes, el conocimiento del contenido de las *normas jurídicas*, que es el propio de la *ciencia del Derecho*, no podrá ser cabal si se prescinde de la aproximación filosófica a esas normas. Por si todavía fuese poco, esa aproximación resulta imprescindible para discernir las normas que tienen carácter jurídico, es decir, las que pertenecen al Derecho, de entre todas las demás normas que también recaen sobre la acción del hombre pero pertenecen a otros órdenes normativos; baste citar a las normas *morales* y a los *usos sociales* todavía no jurídicos.

Vistas así las cosas, se ha de concluir que procede efectuar una ponderación *filosófica* respecto de cada norma y, en su caso, de cada *institución jurídica*. Pero las cosas en nuestro tiempo no son así. Ni siquiera lo eran cuando el rector Laín nos hablaba de ello, pues ya en mi época estudiantil, no digamos recientemente, el conocimiento del *Derecho Natural* y de la *Filosofía del Derecho* se habían petrificado en asignaturas del currículo, incapaces de permear el conocimiento sobre el contenido de las otras disciplinas, consideradas *positivas* y que vivían

⁴ Sobre *política jurídica*, vid. F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España* t. I, 3.^a ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pp. 48 y ss. Que el saber del Derecho es provechoso tan solo para su aplicación es cuestión que subyace al pensamiento y a las obras de cualquier jurista, pero quizá convenga mencionar aquí que el propio profesor GONDRA, en sus trabajos que son referencia de éste citados anteriormente (notas 1 y 2), trata el L&E como método para la *aplicación* del Derecho tan sólo. Recientemente, el profesor T. R. FERNÁNDEZ acota el ámbito del fin del conocimiento del Derecho por su orientación a la *aplicación* de las leyes (así en su excelente última lección, pronunciada solemnemente en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el día 25 de octubre pasado: *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*. Inédito).

por completo al margen de ellas; por lo demás, tanto el *Derecho Natural* como la *Filosofía del Derecho* habían reformulado sus objetos materiales según los paradigmas del positivismo. Así, el *Derecho Natural* poco tenía que ver con la enseñanza acerca del fundamento de las normas jurídicas en la naturaleza del hombre; a lo sumo, se exponía como un ordenamiento *no positivo* que o bien era fruto del pensamiento católico cuya fe parecía imponerlo o bien era fruto del racionalismo justificador del positivismo que inspira desde los códigos hijos de la Ilustración hasta la legislación de nuestros días.

Por su parte, la asignatura *Filosofía del Derecho* se convertía en *filosofía moral o política*, habida cuenta que ello permitía acotar su objeto por referencia a una teoría *abstracta* nada menos que de la *Justicia* a la vez que así resultaba posible nutrir de aparentes justificaciones a la forma política en que plasma el Poder en cada momento. Poder al que, como antes avancé, se entrega la formulación de las normas jurídicas por antonomasia puesto que, como corolario de ese modo de pensar, la *ley*, que viene a designar una de las fuentes del Derecho, se alza con la primacía al establecer una *jerarquía* ineludible ya entre todas ellas. Las normas y las instituciones jurídicas escapan propiamente del *objeto material* de la disciplina *Filosofía del Derecho*, de la que, por tanto, no se puede decir que se ocupe del conocimiento del Derecho por sus causas, por sus fundamentos. Y es que éstos se han tornado movedizos por arbitrarios al concebirse el Derecho como pura creación del Poder. A lo sumo, en las actuales circunstancias, sólo como instancia desde la que poder ejercer una crítica de las normas *positivas* sería posible articular una verdadera y propia *filosofía jurídica* que se ocupase de categorías tales como el Derecho real o la obligación o el contrato o la actuación por otro o las relaciones de familia o la publicidad de las situaciones jurídicas y su apariencia o la confianza o la buena fe o la responsabilidad civil. Y así podríamos seguir hasta agotar todos los conceptos de la dogmática, todas las instituciones del Derecho llamado *privado* y que ciertamente lo es en cuanto que es el más pegado a las circunstancias de la propia vida humana y de los proyectos del hombre. Pero, aun contando con su valor a efectos de la ponderación crítica del contenido de las normas *positivas*, la aproximación *filosófica* a ellas así como a las instituciones sería inútil para poder aplicar las primeras tanto como para hacer posible que el hombre, cada hombre, pudiera desarrollar su vida sobre las pautas que subyacen a las segundas según los criterios *filosóficos*, dado que lo uno y lo otro se efectúa o se tiene que efectuar por el mero *decisionismo* del soberano; decisionismo que puede determinarse por muchas circunstancias, pero siempre desde luego propicias a la conservación del poder, y, por lo general, ajenas a las verdaderas demandas de lo que a la naturaleza del hombre conviene, pese a que se enmascare bajo el manto de un saber infuso que, al parecer, adorna taumatúrgicamente al gobernante y a los oficiales y oficiantes de la gobernación desde el momento en que comienzan a ejercer su oficio y por ejercerlo, ya que sorprendentemente les durará justo hasta el momento de cesar por cualquier causa en ese ejercicio. La extrapolación de la *legitimidad* que pueda convenir al poder político al campo de las normas jurídicas —obsérvese que no hablo tan sólo de su creación, por entender que la *legitimidad* debe predicarse del origen de la norma tanto como de su aplicación—, es decir, al territorio del Derecho, tiene como consecuencia esencial que las normas jurídicas no merezcan ser entendidas, valoradas y aplicadas por su adecuación a lo que demanda el respeto a la *acción del hombre*; la norma se aplica simplemente porque emana del poder que es capaz de imponerla

por la fuerza. A partir de ese momento, no será posible, ni, sobre todo, tendría consecuencias reales para determinar el contenido de una norma susceptible de ser calificada en verdad de jurídica, atenerse al campo de coordenadas que marca, de un lado, el eje de la utilidad de la acción para el sujeto, y, de otro, el eje del límite del ineludible sacrificio del propio arbitrio que deviene del hecho de que el sujeto sea un ser necesariamente conviviente con otros en sociedad y, al no poder sobrevivir ésta sin ese sacrificio, imponérselo es, en consecuencia, igualmente de utilidad para sus propios fines y proyectos⁵.

Ciertamente, la cuestión de la conversión de la *filosofía del Derecho* en una simple asignatura con el contenido material y formal tan ajenos al Derecho como próximos a la política o a la ética, según acabo de señalar, no sería especialmente grave de no venir acompañada del cambio radical del paradigma que significa el legalismo positivista. Porque si dicho cambio no se hubiera producido, todavía los juristas recurrirían al Derecho *comparado* en la búsqueda del sentido de las normas y de las instituciones; en cierto modo el método *comparatista* supone una aproximación *filosófica* al Derecho, a condición, claro es, de que se trate de un verdadero *método*⁶ y no se convierta, como es habitual hoy día entre nosotros, en recurso para citar el Derecho extranjero como muestra de erudición, porque entonces resulta inútil para conocer la universalidad, *globalidad*, de los fines y motivos que dan origen a las normas quedando, pues, sin justificar o fundamentar las instituciones jurídicas que se aparenta conocer. Anticipemos ya que, de acuerdo con el modo en que se entiende el Derecho desde la afirmación del Estado moderno, las normas sólo se apoyan en determinadas *políticas* que únicamente expresan una voluntad positiva de *dirección* de la vida de los hombres; esto es, sin eufemismos, una voluntad de poder a secas.

La aportación más significativa de la *filosofía del Derecho* —sin duda, la que resaltaba el rector Laín— consiste en atribuir a las *normas* y a las *instituciones* un sentido acorde con la condición humana que es por completo *libre* pero que, por desenvolverse necesariamente en sociedad, postula un cierto grado de *coacción* en cuanto las *normas* se imponen; lo que no quiere decir que no se acepten así como también se aceptan las instituciones que marcan pautas de regularidad para las conductas⁷. No se olvide que *normalidad* viene de *norma* como *regularidad*, de regla, de suerte que, aun cuando se pueda argüir que sobre cada *norma* o cada *regla* no recae el expreso consentimiento de cada sujeto que debe adecuar a ellas su conducta, no por ello debe concluirse que la *norma* o la *regla* no es aceptada. La aceptación va implícita necesariamente en ser *norma* o *regla* de la comunidad en que se vive, en ser,

⁵ La *utilidad* aquí está muy lejos de tener el sentido que le es propio según la concepción del *utilitarismo* de J. BENTHAM; tiene el amplio sentido que le otorga el lenguaje común que, por lo demás, es aquel que le prestan los autores de la Escuela Austriaca de Economía.

⁶ Un modelo en el empleo del *método comparatista* lo tenemos en el gran jurista que fue J. PUIG BRUTAU, que lo utiliza, advirtiéndolo o no, a lo largo de toda su obra, desgraciadamente tan poco frecuentada.

⁷ El principio en este contexto sería el mismo que expresa la razonabilidad jurídica de que el hombre se vincule mediante el contrato. La utilidad de esta vinculación, que explica su eficacia jurídica, no llega sin embargo, según reconoce la jurisprudencia, hasta límites ablativos de la libertad. Por ello, la ponderación o la proporcionalidad entre el sacrificio y el provecho deben ser el criterio tanto en el caso del vínculo del contrato como del que se deduce sin más de la pertenencia a una determinada comunidad.

en suma, una *ley de la ciudad* en sentido socrático, *norma*, por tanto, que debe ser acatada por el bien del ciudadano mismo en cuanto que tal. Puesto que el hombre no puede ser más que «ciudadano» en el sentido de conviviente en una comunidad, la sumisión a las *leyes de la ciudad* es algo perfectamente acorde con su naturaleza humana y, por consiguiente, puede afirmarse, en primer lugar, que es congruente con la *acción humana* el que se encuentre sujeta a *norma*, y, en segundo, que, salvo excepciones, esas *normas*, esas *leyes de la ciudad* son plenamente aceptadas por todos los miembros de la comunidad. Sólo en las excepciones se aplicarán coactivamente por los órganos de la comunidad llamados a esa tarea⁸.

Pero además, de otro lado, la *filosofía del Derecho* nos da razón de la diferencia que marca a la *norma jurídica* distinguiéndola de las de otro carácter, singularmente de las de orden moral. Porque es cierto que el hombre, como *ser de fines*, y de fines que vienen señalados por su naturaleza pero que sólo podrá alcanzar mediante el despliegue de su propia vida, ha de sujetar ésta a normas indicadoras del *bien* y del *mal*, es decir, de normas *éticas* o *morales*. Si bien no puede concebirse que una *norma jurídica* sea opuesta a una *norma moral*, de ninguna manera todas las *normas morales* han de considerarse *jurídicas* a efectos de su aplicación⁹; en este sentido, es bien sabido que las *normas jurídicas*, esto es, el Derecho, sólo traducen a términos jurídicos el contenido de orden moral que viene requerido por el propio fin del Derecho. En nuestros días, no toda norma ética se puede considerar integrada en las *leyes de la ciudad* como antes ocurría. Lo cual, ciertamente, no significa desconocer el fondo de verdad que latía en aquella vieja creencia, que se pone una y otra vez en evidencia tanto más cuanto pretende establecerse una democracia bien arraigada para la que resulta imprescindible una referencia de *valores* no menos arraigados en la comunidad de que se trate. Pero, como es natural, esta cuestión excede de lo que debe ser ahora objeto de nuestra consideración.

Me parece que de lo expuesto se puede extraer la conclusión de que para comprender el sentido de toda *norma jurídica* es menester atenerse a su *utilidad* para el hombre, al que como ser esencialmente *libre* no es posible imponerle determinados comportamientos que no se deduzcan de lo que exige la humana convivencia. De este modo, las *normas jurídicas*, que serán siempre *generales*, han de formularse *negativamente*, en función de lo que se reputa contrario o limitativo para el ámbito de *libertad* personal del otro que es lo que debe ser preservado por el Derecho. Resulta una impostura sin paliativos que el *legislador*, gracias a una *legitimidad* que no tiene que ver con el Derecho privado, se arrogue la facultad de determinar lo que jurídicamente deba venir ordenado e impuesto so capa de supuestos ideales de *justicia* u otros criterios a los que les concede de antemano el carácter jurídico.

⁸ Incluso en nuestros días es copiosísimo el conjunto de *normas jurídicas* que se cumplen voluntariamente; ello sin duda acredita la normalidad o regularidad de la conducta que la *norma* expresa.

⁹ Ello en realidad tiene su punto de partida en la propagación del cristianismo que enseña inequívocamente que «*ha de darse al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios*». Enseñanza determinante de la autonomía de las esferas del conocer sin perjuicio de su jerarquía y de su valor para el hombre así como, en consecuencia, del ámbito propio y valor de lo *laico*. Sobre el particular es muy provechosa la lectura de M. RHONHEIMER, *Cristianismo y laicidad. Historia y actualidad de una relación compleja*. Madrid, Rialp, 2009, *passim*.