



## **Tendencias actuales del análisis económico del Derecho**

# ICE

## INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA

*Secretaría de Estado de Comercio*

### MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO

#### **Consejo Científico**

Fernando Becker, Jaime Requeijo, Pedro Schwartz, Ramón Tamames, Gabriel Tortella, Félix Varela, Juan Velarde.

#### **Consejo de Redacción**

Isabel Álvarez González, Elena Aparici Vázquez de Parga, Óscar Arce Hortigüela, Mikel Buesa Blanco, Marta Corujo Martín, Juan Ramón Cuadrado Roura, Rafael Doménech, Juan José Durán Herrera, José Luis Feito Higuera, Galo Gutiérrez Monzonís, José María Marín Quemada, Luis Martí Álvarez, Pilar Mas Rodríguez, Vicente José Montes Gan, Rafael Myro Sánchez, María Peña Mateos, M<sup>a</sup> Paz Ramos Resa, Teresa Riesgo Alcaide.

#### **Director**

Bernardo Hernández San Juan

#### **Jefa de Redacción**

Blanca Caballero Gabás

#### **Redacción**

Paloma Blázquez Morales  
y Francisco José Bedoya del Arco

#### **Portada**

Eduardo Lorenzo

#### **Diseño gráfico**

César Bobis y Manuel A. Junco

#### **Redacción**

Paseo de la Castellana, 162, 12<sup>a</sup> planta. 28046 Madrid  
Teléfono: 91 349 60 53

#### **Suscripciones y venta de ejemplares sueltos**

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

Centro de Publicaciones.

C/ Panamá, 1. Planta 0, despacho 3.

Teléfonos: 91 349 51 29 – 91 349 51 33 (venta de publicaciones)

91 349 43 35 (suscripciones)

CentroPublicaciones@mincotur.es

La *Revista ICE* se encuentra en las siguientes bases

bibliográficas: *CARHUS PLUS*+, *DIALNET*, *DICE*, *DULCINEA*,  
*EBSCO ECONIS*, *ISOC*, *LATINDEX* y *OCLC*.

Sus índices de impacto aparecen en *IN-RECS*.

**Los análisis, opiniones y conclusiones expuestos  
en los artículos de esta publicación son los de los  
autores y no representan opiniones oficiales de la  
Secretaría de Estado de Comercio, con las que no  
tienen por qué coincidir exactamente**

**Editor:** S.G. de Estudios y Evaluación de Instrumentos de Política Comercial.  
Secretaría de Estado de Comercio

**Composición y maquetación:** LAVEL Industrias Gráficas, S.A.

**Impresión y encuadernación:** Centro de Impresión Digital y Diseño de  
la Secretaría de Estado de Comercio

**Papel:** Exterior: estucado semimate FSC de 300 g  
Interior: estucado semimate FSC de 120 g

**ECPMINCOTUR:** 1<sup>a</sup> ed./250/0820

**PVP:** 15,00 € + IVA

**DL:** M 3740-1958

**NIPO:** 112-19-010-2

**e-NIPO:** 112-19-011-8

**ISSN:** 0019-977X

**e-ISSN:** 2340-8790

**Catálogo general de publicaciones oficiales:** <https://publicacionesoficiales.boe.es/>

Copyright: Información Comercial Española, 2020

# ICE

MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA *Secretaría de Estado de Comercio*

## TENDENCIAS ACTUALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

|                                                                                                                                                                             |    |                                                                                                                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Presentación</b><br>Francisco Cabrillo                                                                                                                                   | 3  | <b>Contratos con referencias a competidores (CRC):<br/>referencias contractuales a terceros<br/>y restricciones a la competencia</b><br>Francisco Marcos Fernández                      | 83  |
| <b>Malas leyes</b><br>Benito Arruñada                                                                                                                                       | 9  | <b>Las acciones con derechos de voto adicionales<br/>por lealtad «acciones de lealtad» desde<br/>el análisis económico del derecho</b><br>María Gutiérrez Urtiaga y Maribel Sáez Lacave | 93  |
| <b>Eficiencia económica y sistemas legales</b><br>Nuno Garoupa y Carlos Gómez Ligüerre                                                                                      | 29 | <b>El teorema de Coase puesto a prueba<br/>en China</b><br>Pedro Schwartz                                                                                                               | 109 |
| <b>La litigación: externalidades e instrumentos<br/>para su racionalización. El caso español</b><br>Juan S. Mora-Sanguinetti                                                | 39 | <b>Derecho, distribución de la renta<br/>y desigualdad</b><br>Francisco Cabrillo y Rocío Albert                                                                                         | 119 |
| <b>Control judicial sobre cláusulas predispuestas<br/>y diseño de contratos de crédito hipotecario<br/>en España</b><br>Fernando Gómez Pomar<br>y Mireia Artigot Golobardes | 53 |                                                                                                                                                                                         |     |
| <b>¿Contratos prohibidos o regulados?<br/>El caso de la prostitución</b><br>José María Aguilar González                                                                     | 69 | <b>Coordinadores: Francisco Cabrillo y Amadeo Petitbò</b>                                                                                                                               |     |



# PRESENTACIÓN

*Francisco Cabrillo\**

**E**n el año 1990 *Información Comercial Española, Revista de Economía* se convirtió en una revista pionera en el campo del AED (Análisis Económico del Derecho) al publicar el primer número monográfico sobre esta disciplina en nuestro país (número 687, noviembre de 1990). Hoy, tres décadas más tarde, *Información Comercial Española, Revista de Economía* presenta un nuevo monográfico dedicado a esta disciplina, ahora mucho más asentada, tanto en el mundo de los economistas como en el de los juristas. Aquel número incluía seis artículos, bajo el título general de «Economía del derecho», que trataban sobre el desarrollo del AED desde sus orígenes, el acceso a la justicia, la propiedad intelectual y los derechos de autor, el derecho y la política de defensa de la competencia, la regulación del control y la propiedad en la empresa española y el papel de los grupos de interés en la regulación de la entonces Comunidad Económica Europea. En esta ocasión son nueve las colaboraciones a cargo de 13 profesores universitarios que han dedicado a estos temas la mayor parte de su obra académica; y tres de los autores de aquella primera publicación contribuyen también a esta: Benito Arruñada, Fernando Gómez Pomar y Francisco Cabrillo.

El AED está considerado en los EE UU como el enfoque más innovador del siglo XX en la interpretación del derecho y las instituciones. Ha sido costumbre durante mucho tiempo distinguir entre el denominado «viejo» y el «nuevo» AED. Mientras el primero se centró en cuestiones relacionadas fundamentalmente con la defensa de la competencia y la regulación del gobierno de la empresa, el segundo tiene un ámbito mucho más amplio, al abordar prácticamente todos los campos del derecho, incluso algunos aparentemente muy alejados de lo que suele entenderse habitualmente como «actividad económica», como el derecho penal o el derecho de familia. Esta segunda fase del AED tiene su origen en la publicación en 1960 del que es, sin duda, el artículo más importante y más citado por los economistas en este campo: «The Problem of Social Cost» de Ronald Coase. Su autor hizo en él no solo una aportación importante para analizar determinados problemas de política económica desde el análisis de los derechos de propiedad, sino que abrió también un campo de investigación que ha resultado —y sigue resultando— muy fructífero en el desarrollo del AED y la economía de las instituciones. En esa misma década vieron la luz otros dos artículos especialmente influyentes que contribuirían en buena medida a definir la nueva disciplina. El primero fue el trabajo de Guido Calabresi «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts» (1961) que fue el punto de partida del moderno análisis económico de daños, uno de los campos más estudiados desde este enfoque

---

\* Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad Complutense.

metodológico. Y el otro es el conocido artículo de Gary Becker sobre el comportamiento racional de los delincuentes y el derecho penal «Crime and Punishment: An Economic Approach» (1968). Es importante señalar también que, en 1973, Richard Posner publicó la primera edición de su libro *Economic Analysis of Law*, que fue, durante muchos años, el manual de referencia de la nueva disciplina. Su relevancia se debe, fundamentalmente, a que en esta obra se abordó por primera vez de forma sistemática una serie de cuestiones muy amplias desde la misma metodología, la del AED; es decir, mediante la aplicación de la teoría económica al estudio de la eficiencia de las instituciones jurídicas, normas y jurisprudencia. Tras introducir al lector al estudio del *Common law*, el libro aborda las cuestiones más relevantes de los derechos de propiedad, contratos, familia, daños y derecho penal. A continuación estudia la regulación de los mercados, con referencias específicas al de derecho de defensa de la competencia, el mercado de trabajo, los monopolios naturales y los servicios públicos. Sigue la obra con un análisis de las normas mercantiles y la regulación del sistema financiero. Continúa con temas de justicia distributiva y tributación. Entra, a continuación, en cuestiones relacionadas con la elaboración de las leyes, el derecho procesal y la aplicación de la ley. Y concluye con un análisis de los principios de la constitución, entre los que se plantean cuestiones como el federalismo, la discriminación racial, el derecho a la privacidad o la libertad de expresión, temas que han generado numerosos debates, especialmente por la interpretación que de estas cuestiones ha hecho el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Otros manuales de AED (como los de Polinsky, Cooter y Ulen o Shavell, por ejemplo) no tratan, ciertamente, de todas estas cuestiones. Pero revisar el índice de la obra clásica de Posner ayuda a entender la ambición del AED.

En las últimas décadas este programa de investigación ha experimentado un gran desarrollo en todo el mundo, especialmente en los Estados Unidos; pero también en Europa y en América Latina. Existen diversas asociaciones académicas, nacionales e internacionales, dedicadas a esta materia; y en nuestro país la Asociación Española de Derecho y Economía (AEDE) celebra un congreso anual desde el año 2010. Por otra parte, en la actualidad hay seis revistas internacionales que, con diversos enfoques, se centran en la publicación de artículos de AED. En 1958 apareció el primer número del *Journal of Law and Economics*; y, entre esa fecha y el año 1999, surgieron el *Journal of Legal Studies*, la *International Review of Law and Economics*, el *Journal of Law, Economics and Organization*, el *European Journal of Law and Economics* y la *American Law and Economics Review*; y muchas otras revistas de derecho y economía —tanto de carácter general como especializadas en temas concretos (competencia, regulación, etc.) publican hoy también artículos relacionados con el AED. El reconocimiento académico de la disciplina ha ido en ascenso; y seis economistas que han dedicado una parte muy relevante de su obra al AED han obtenido el premio Nobel de Economía: R. Coase, G. Becker, E. Ostrom, O. Williamson, O. Hart y B. Holmström; y otros tres (J. Buchanan, R. Fogel y D. North), han trabajado sobre análisis económico de las instituciones, en campos que, en muchos casos, tocan cuestiones básicas del AED.

Un número monográfico como este no puede, naturalmente, pretender abordar la totalidad —ni siquiera la mayor parte de las cuestiones que hoy se estudian en el mundo con esta metodología. Pero los nueve artículos que incluye ofrecen una selección bastante amplia de temas hoy relevantes para el AED.

La inquietud por la baja calidad de la legislación y por sus efectos, a menudo, negativos para un funcionamiento eficiente de la economía que existe en muchos países. Pero, tal y como se plantea en «Malas leyes», el primero de los artículos de este número, no cabe duda de que en España la situación es bastante preocupante. **Benito Arruñada** señala que en nuestro país se observan unas marcadas preferencias estatistas y contrarias a la competencia, que llevan a una reglamentación intervencionista, que afecta de forma significativa a la libertad de contrato. Algunas normas son, de hecho, retroactivas ya que se imponen a contratos pactados con anterioridad a su aprobación; y redistribuyen la riqueza a costa de una parte de la sociedad. ¿Por qué hemos llegado a esta situación? Un factor relevante puede encontrarse en las preferencias de una población que demanda este tipo de legislación; y en el hecho de que los responsables de la «oferta» legislativa han acabado compartiendo sus ideas y se sienten obligados a aplicarlas. El resultado es un marco legal disfuncional, en el que las preferencias ciudadanas hacen muy difícil las reformas del marco normativo que necesitaría una economía eficiente en nuestros días.

Nuestro sistema jurídico plantea muchos problemas, ciertamente. Pero ¿tiene en esta circunstancia algo que ver nuestra tradición en el marco del derecho continental? En la década de los años noventa fue cobrando forma una literatura que suele conocerse con el nombre de «Orígenes legales», cuyo objetivo es analizar si la pertenencia de un determinado país a uno u otro de los dos grandes sistemas jurídicos que existen en el mundo —el *Common law*, de origen inglés, y el *Civil law*, desarrollado en la Europa continental— explica su mejor o peor funcionamiento a la hora de resolver algunas cuestiones económicas básicas. Una de las conclusiones dominantes —aunque no de aceptación general, ciertamente— de esta literatura es que el *Common law* —basado en el precedente judicial— se adaptaría mejor que el *Civil law* —fundamentado en reglas generales promulgadas por el legislador— a las exigencias de una economía de mercado. **Nuno Garoupa** y **Carlos Gómez Ligüerre**, en su artículo «Eficiencia económica y sistemas legales» plantean algunas objeciones a este debate. No intentan discutir hasta qué grado tal idea de la superioridad del *Common law* puede ser cierta o no; sino que afirman que la idea de la eventual mayor eficiencia del *Common law* no puede analizarse en la forma en la que lo ha hecho la literatura mayoritaria en la materia. Su tesis es que la distinción entre ambas tradiciones legales solo puede entenderse como una dicotomía con efectos metodológicos. Defienden la idea de que el análisis sobre la eficiencia económica de una concreta solución legal debe hacerse, en cada caso, analizando el funcionamiento de la institución en concreto, con independencia de su adscripción a una u otra familia legal. Y concluyen que, en el transcurso de la historia, las sociedades de los diversos países no han percibido realmente la superioridad de una

tradición sobre otra, lo que habría llevado, con el paso del tiempo, a la adopción exclusiva de una de ellas.

Junto a la legislación, la Administración de justicia constituye la segunda rama fundamental de un sistema jurídico. Esta es considerada desde el AED como un mecanismo de asignación de recursos, que junto al mercado y al Estado, determina qué se produce, cómo se produce y en qué se invierten los recursos de una sociedad. Por ello, una justicia lenta y una jurisprudencia incoherente pueden ser obstáculos importantes para el crecimiento económico. Y, si veíamos antes, que existe una opinión bastante generalizada con respecto a la baja calidad de las leyes, más extendida está aún la crítica al mal funcionamiento de la Administración de justicia. **Juan S. Mora-Sanguinetti**, en su trabajo «La litigación: externalidades e instrumentos para su racionalización. El caso español» hace uso de los datos estadísticos disponibles para mostrar la elevada carga de trabajo que tienen hoy los órganos judiciales españoles, que ha aumentado en las dos últimas décadas, en parte a causa de la crisis económica. Por otra parte, apunta la idea de que la elevada litigiosidad genera externalidades negativas que pueden limitar el acceso a la Administración de justicia y son perjudiciales para la eficiencia de la economía. Como caso de estudio, apunta la idea de que la aplicación de la denominada «regla inglesa» (posibilidad de condena en costas a la parte que pierde el litigio) en la jurisdicción contencioso-administrativa española parece haber reducido la litigación en esta jurisdicción. Y concluye que la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos podría ser eficiente si aquellos se diseñaran de forma adecuada.

Un caso interesante para analizar el papel que la Administración de justicia desempeña en el funcionamiento del sistema económico es el estudiado por **Fernando Gómez Pomar y Mireia Artigot Golobardes** en su artículo «Control judicial sobre cláusulas predispuestas y diseño de contratos de crédito hipotecario en España». Su punto de partida es el fuerte aumento de los litigios que ha provocado en nuestro país la aplicación de controles judiciales por el abuso de cláusulas en contratos de financiación con consumidores. Esto ha significado entre otras cosas, en el caso de contratos de préstamo hipotecario, cambios en la asignación de las cargas por impuestos y honorarios obligatorios en este tipo de préstamos. Como consecuencia de ellos, se han introducido modificaciones en el diseño de estos contratos. Pero la conclusión a la que llegan los autores es que la evaluación del resultado de tales efectos no permite afirmar que tales cambios se hayan traducido de manera efectiva en una mejora del bienestar del conjunto de la población de consumidores de España.

El fundamento jurídico más importante de la economía de mercado es el principio de la libertad de contrato. Un contrato libre supone, en términos generales, una mejora de bienestar en el sentido de Pareto, ya que ninguna de las partes firmaría el acuerdo si pensara que su bienestar se vería reducido como consecuencia de sus cláusulas. Sin embargo, muchas legislaciones limitan la libertad de contrato y llegan a prohibir determinados tipos de acuerdos, incluso si las partes desean suscribirlos voluntariamente y sin coacción alguna. **José María Aguilar González** estudia en su artículo «¿Contratos

prohibidos o regulados? El caso de la prostitución» un ejemplo interesante de este tipo de contratos, que recibe un tratamiento muy diferente en los diversos sistemas jurídicos. Tras analizar los modelos regulatorios que hoy se aplican —que van de la prohibición total de la prostitución a la legalización de la actividad con regulación— el autor concluye que ninguno de ellos ha conseguido los objetivos que pretendía. Por una parte, el prohibicionismo sueco no ha logrado la reducción de la prostitución que buscaba, sino que ha modificado la estructura del mercado otorgando más poder a los proxenetas y dejando en una situación más vulnerable a las prostitutas. Y, por otra, el modelo de legalización con regulación de los Países Bajos no ha generado los incentivos suficientes como para que las prostitutas se acojan a la ley y se integren en el sistema económico.

El derecho de defensa de la competencia, como se ha señalado anteriormente, se encuentra en los orígenes mismos del AED; y ha constituido desde entonces tema permanente de estudio desde esta metodología. **Francisco Marcos Fernández** en su trabajo «Contratos con referencias a competidores (CRC): referencias contractuales a terceros y restricciones a la competencia» analiza una cuestión específica de esta rama del derecho: los problemas que suscitan las cláusulas contractuales que aluden a competidores para regular determinados aspectos del contrato, especialmente el precio. Estos acuerdos incrementan, en principio, el nivel de bienestar de los contratantes. Pero, debido a los efectos externos negativos que pueden generar, es posible que tengan un impacto negativo en el bienestar social. De hecho, los jueces y las autoridades de defensa de la competencia de muchos países se han pronunciado sobre el posible carácter anticompetitivo de este tipo de acuerdos ya que pueden ser empleados para homogeneizar determinados mercados en perjuicio de los consumidores y pueden ser utilizados como instrumentos de colusión para fijar precios.

Otro tema que ha recibido mucha atención en el campo del AED es el gobierno corporativo en las sociedades anónimas. **María Gutiérrez Urtiaga y Maribel Sáez Lacave** contribuyen a este monográfico con un artículo sobre «Las acciones con derechos de voto adicionales por lealtad “acciones de lealtad” desde el análisis económico del derecho», en el que analizan la posibilidad de que determinadas acciones tengan derechos de voto o derechos económicos adicionales si se han mantenido en manos de su propietario durante un período mínimo de tiempo preestablecido. El objetivo de otorgar ventajas adicionales a los socios ligados a la compañía durante más tiempo sería dar mayor estabilidad al gobierno de la sociedad, que podría así ser gestionada con una perspectiva a largo plazo. Este tipo de acciones plantean, sin embargo, dudas sobre su eficiencia, ya que su introducción puede ser utilizada como un mecanismo para abaratar el control que los accionistas significativos ejercen en algunas empresas cotizadas de propiedad concentrada. Este trabajo estudia las opciones que pueden plantearse para la introducción de las acciones leales en el ordenamiento español de modo que se potencien sus beneficios y se reduzcan al máximo sus riesgos.

El artículo de **Pedro Schwartz** «El teorema de Coase puesto a prueba en China», ofrece una interesante reinterpretación de la obra del economista británico y una crítica

a la visión que de ella se presenta de forma bastante generalizada en los manuales de economía. Es sabido que el propio Coase nunca consideró como propio el famoso teorema que lleva su nombre; y que nunca centró su análisis en un mundo sin costes de transacción, insistiendo, por el contrario, que el derecho y las instituciones surgen para solucionar problemas en aquellos casos en los que los acuerdos contractuales no son posibles precisamente porque los derechos de propiedad no están bien definidos o existen elevados costes de transacción. Este trabajo utiliza el último libro de Coase, *How China Became Capitalist*, escrito en colaboración con Ning Wang, para mostrar cómo el enfoque de Coase puede utilizarse para explicar el nacimiento de normas e instituciones más eficientes cuando no se cumplen las estrictas condiciones del teorema. La reforma china no fue el resultado de una cuidadosa planificación, sino de una política no intencionada, en la que no se delimitaron previamente los derechos de propiedad ni se especificaron reglas institucionales, ya que unos y otras fueron surgiendo de forma evolutiva bajo el impulso del propio desarrollo de la sociedad.

Este monográfico de *Información Comercial Española, Revista de Economía* concluye con una reflexión desde el AED de uno de los problemas más debatidos en nuestros días: la desigualdad en la distribución de la renta y de la riqueza. Hasta fechas relativamente recientes, los sistemas jurídicos desempeñaban un papel poco relevante en los estudios sobre desigualdad; pero, ya en el siglo XXI, ha surgido una literatura que discute la conveniencia de realizar reformas legales como instrumento eficiente para reducir la desigualdad. En el artículo «Derecho, distribución de la renta y desigualdad», **Francisco Cabrillo y Rocío Albert** analizan los efectos que podría tener una legislación y una jurisprudencia que se plantearan como uno de sus objetivos lograr una mayor igualdad en la distribución. Tras analizar normas de diversa naturaleza —que, *prima facie*, pueden influir de forma positiva o negativa en la reducción de la desigualdad—, el trabajo muestra la complejidad del tema y señala que los efectos no buscados de las leyes y las sentencias de los tribunales de justicia que persiguen lograr una mayor igualdad tienden a generar resultados más ineficientes que los que se conseguirían con impuestos progresivos; y que tales normas pueden incluso resultar perjudiciales para los intereses de los grupos de menor renta a los que se intenta proteger.

El lector de este número de *Información Comercial Española, Revista de Economía* tiene así a su disposición una colección de trabajos que constituyen una buena muestra de las numerosas cuestiones relevantes para la economía que se pueden abordar desde la metodología del AED. Los objetivos y el contenido de la política económica han cambiado mucho en el último medio siglo, período en el que las reformas legislativas e institucionales se han convertido en instrumentos fundamentales de los programas de desarrollo. Y Ronald Coase ya había expresado de forma muy clara esta idea cuando señaló que la política económica consiste, en realidad, en la elección de aquellas normas legales, procedimientos y estructuras administrativas que maximicen el valor de la producción.

Benito Arruñada\*

## MALAS LEYES

*Este artículo explora la correspondencia entre las preferencias dominantes en la ciudadanía y varios atributos característicos del Derecho español. En relación con países europeos de similar tamaño, los españoles mostramos en promedio unas marcadas preferencias estatistas y contrarias a la competencia, las cuales favorecerían una concepción finalista de las leyes; así como una tendencia a imponer excesivas reglas imperativas sobre la libertad contractual. En la medida en que las disfunciones estructurales de nuestro marco normativo corresponden a las preferencias ciudadanas, estas podrían explicar la proliferación de las reformas y su reiterado fracaso.*

### Bad law

*This paper explores the correspondence between dominant citizens' values, as observed in two main sets of international opinion surveys, and several key features of Spanish Law. Relative to comparable European countries, Spaniards show on average marked statist and anticompetitive preferences, which arguably favor an idealist conception of legislation as well as a tendency to impose mandatory rules on contractual freedom. To the extent that dysfunctions observed in Spain's legal framework correspond to such values, these could help to explain the proliferation and recurrent failure of reform efforts.*

**Palabras clave:** Derecho, legislación, instituciones, preferencias.

**Keywords:** Law, legislation, institutions, preferences.

**JEL:** K10, K12, K20.

---

\* Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Pompeu Fabra y BGSE.

Deseo agradecer los comentarios y sugerencias recibidas principalmente de Jesús Alfaro Águila-Real, Ignacio Conde-Ruiz, Mircea Epure, Ángel de la Fuente Moreno, Ignacio Gomá Lanzón, Víctor Lapuente Giné, Francisco Marcos, Francisco Marín Castán, Fernando P. Méndez González, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Leandro Prados de la Escosura, Jesús Remón Peñalver, Encarna Roca Trías, María Luz Rodríguez Fernández y un revisor anónimo. Me corresponde, sin embargo, toda la responsabilidad por los posibles errores o juicios de valor que puedan subsistir. Agradezco asimismo el apoyo de la Agencia Estatal de Investigación mediante el proyecto ECO2017-85763-R y el Programa Severo Ochoa para Centros de Excelencia en I+D (SEV-2015-0563).

Versión de julio de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7083>

## 1. Introducción: ¿por qué tenemos malas leyes?

Desde distintas posiciones ideológicas y doctrinales, se mantienen opiniones diversas sobre cuál es el grado socialmente óptimo de intervención regulatoria de la contratación privada y mediante qué tipos de reglas —dispositivas o imperativas—. Consiguientemente, el contenido de las leyes suele ser estar sujeto a considerable controversia. Esta controversia es menor, en cambio, respecto a lo que se ha dado en llamar «calidad técnica» de las leyes y que, si bien no resulta fácil de definir con precisión, podemos entender a nuestros efectos como la cualidad que reduce el coste de aplicar un determinado conjunto de reglas jurídicas.

Por eso, resulta alarmante que en España se suele criticar no solo el contenido de las leyes, señalando una gran diversidad de defectos, a menudo relacionados con el exceso de reglas imperativas, sino también su deficiente calidad técnica, atribuida al mal uso de conceptos jurídicos y la presencia de numerosas contradicciones, ambigüedades y solapamientos.

Además, el problema no es nuevo. Ya en 1995 el informe de la Comisión de Expertos nombrada por el Gobierno para revisar el estado del ordenamiento jurídico económico propugnaba, en cuanto al contenido y tras apuntar numerosos fallos normativos, promulgar leyes de carácter más dispositivo sobre sociedades, contrato de tiempo compartido, franquicia, *factoring* y comercio interior. Esta Comisión también llegó a conclusiones muy negativas en cuando a «la mala calidad técnica de ciertos textos legales, defectos de redacción y concepto, falta de sistemática, mala técnica derogatoria y, como consecuencia, falta de concreción de la normativa en vigor» (Secretaría de Estado de Economía, 1996, p. 43). El informe propugnaba un gran esfuerzo codificador para invertir el proceso de «decodificación» que a su juicio ya se había producido durante el siglo XX (1996, p. 21). Asimismo, el informe recomendaba adoptar toda una serie de «buenas prácticas» para la producción legislativa: ajustar las leyes

especiales a los códigos y las leyes generales; ajustar los reglamentos a las leyes a las que estos se refieren; mantener la coherencia en cuanto al significado de las mismas expresiones en distintas normas; establecer un control de calidad de los anteproyectos; emplear funcionarios especializados y grupos de expertos en los esfuerzos de codificación y actualización de las leyes; encargar el seguimiento de cada proyecto de ley desde sus inicios hasta su publicación a un único funcionario o cargo público; preparar los reglamentos de ejecución antes de la entrada en vigor de las leyes; moderar el uso de las leyes de acompañamiento de la Ley de Presupuestos Generales del Estado; efectuar un análisis económico del impacto de cada nuevo proyecto normativo; prestar mayor atención a las disposiciones derogatorias; y emplear las disposiciones transitorias solo con carácter excepcional.

## La ineficacia del voluntarismo reformista

La ausencia de algunas de estas prácticas ya resultaba sorprendente en 1995, pero la evolución en las décadas posteriores no parece haber sido muy alentadora. Varios gobiernos de distinto signo político han promovido esfuerzos codificadores y Cortes con mayorías políticas diversas han promulgado nuevas leyes en casi todos estos campos. Sin embargo, en contra de lo que ya recomendaba la Comisión en 1995, su contenido parece ser aún más imperativo. Por otro lado, los defectos meramente técnicos siguen aún presentes en el contenido y la elaboración de las nuevas leyes (baste recordar el abuso de las leyes de acompañamiento), si acaso con costosos retoques formales con pocos efectos sustantivos (el caso de las memorias económicas de las leyes). Un informe del Círculo de Empresarios volvía a quejarse en 2018 de la «cada vez más deficiente calidad de las leyes» (Círculo de Empresarios, 2018, p. 13); de la «falta de estabilidad del marco normativo», que impide que se consolide una jurisprudencia de calidad, y requiere normas transitorias de difícil interpretación y aplicación;

de reformas sorpresivas en perjuicio de expectativas razonables; del abuso de decretos-leyes, cuya elaboración proporciona menos posibilidades de control; y de la proliferación de normas contradictorias y redundantes (Círculo de Empresarios, 2018, pp. 15-17)<sup>1</sup>.

Numerosos analistas se expresan en términos parecidos. Así, para Remón Peñalver, la interpretación de las normas «es esencialmente compleja ya sea, en ocasiones, por deficiencias de técnica normativa o por obsolescencia del régimen vigente, cuando no por los frecuentes conflictos entre normas que surgen con creciente frecuencia» (Remón Peñalver, 2012, p. 106). Los promotores del colectivo «Hay Derecho» pintan un panorama aún más desolador en cuanto a la elaboración de las leyes, empezando por señalar cómo algunas de ellas llegan a entrar en vigor antes de ser publicadas y otras son derogadas parcialmente por órdenes ministeriales, mientras que muchas leyes emplean una cláusula derogatoria genérica sin molestarse en explicitar qué normas derogan, lo que impide conocer con un mínimo de seguridad cuáles siguen vigentes (Carrasco, 2014, pp. 77-90). Igualmente, Gómez Pomar ha apuntado numerosas críticas al proceso legislativo. Así, en cuanto a la impaciencia del legislador, afirma que «[n]uestro legislador, que con frecuencia es perezoso y remolón, es también, cuando se pone en marcha, terriblemente impaciente. Toma medidas sin avisar, sin pensar, por impulso» (Gómez Pomar, 2010, p. 2). Critica también Gómez Pomar la diversidad en las actitudes del legislador, pues, mientras que «la legislación civil del Estado, al menos en el ámbito patrimonial, lleva décadas de esclerosis (...) la legislación mercantil se ha[ce] a la carrera y se reform[a] cada trimestre» (Gómez Pomar, 2012, pp. 1-2). Por ejemplo, la Ley Concursal fue reformada casi dos veces *al año* entre 2004 y 2019 (Vázquez, 2019, p. 19), el Código Penal 30 veces desde 1995 y la Ley de Enjuiciamiento

Civil 40 desde 2000 hasta 2014 (Carrasco, 2014, p. 84), y el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) fue modificado cinco veces en sus dos primeros años de vida, y ello por no mencionar avatares tan *sui generis* como los que sufrieron las reglas sobre límites de voto de las sociedades cotizadas o el derecho de separación del artículo 348.bis de la LSC. Por último, Salvador y Gómez (2010, pp. 30-ss.) critican que el legislador suela promulgar reglas confusas, a veces con el fin de desplazar decisiones difíciles al poder judicial, a menudo legislando más en términos de principios o estándares que de reglas propiamente dichas (Salvador y Gómez, 2010, p. 30).

Abundan también las propuestas de solución. Por ejemplo, el mismo Círculo de Empresarios (2018, p. 53) vería «deseable que la consulta pública de los proyectos fuera una práctica generalizada», así como «mejorar los mecanismos judiciales que se utilizan para articular los diversos niveles (autonómico, estatal, europeo) que integran nuestro ordenamiento (...) reformar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para introducir mayor eficacia en el uso de la cuestión de inconstitucionalidad y para precisar sus relaciones con la cuestión prejudicial (...) [y que] los poderes públicos con capacidad normativa [se] compromet[an] a favor de la estabilidad de las normas, evitando cambios sorpresivos que dificultan la planificación de la actividad empresarial. Es especialmente criticable el abuso que se está haciendo del Decreto-ley Ómnibus, para introducir, de un solo golpe, y sin la necesaria publicidad previa, cambios significativos en ámbitos muy heterogéneos». En la misma línea, Remón Peñalver sitúa la solución en la «[a]sunción y cumplimiento por todos los órganos dotados de poderes normativos de un plan de calidad de las normas (...) [y en] racionalizar los cambios legislativos (...) [de modo] que el cambio de los contenidos normativos deb[a] sopesarse con prudencia» (Remón Peñalver, 2018, p. 108). Por su parte, Gómez Pomar ve «necesario que existan en el ámbito del Estado (y también en las comunidades autónomas) órganos de coordinación y control de la

<sup>1</sup> Se estima, asimismo, que el volumen de producción normativa se ha multiplicado por cuatro entre 1979 y 2018 (Mora-Sanguinetti y Pérez-Valls, 2020).

eficiencia y la calidad de la legislación que el Ejecutivo promueve ante las Cortes Generales (o los parlamentos autonómicos) y de los reglamentos que los gobiernos elaboran y aprueban. Es preciso que una unidad administrativa, con rango y personal adecuado, promueva, enseñe, realice y controle con seriedad la evaluación del impacto normativo en la elaboración de leyes y otras normas (el *Regulatory Impact Assessment*)» (Gómez Pomar, 2011, p. 3). De modo similar, la CEOE propone reforzar el papel del Consejo de Estado, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y las memorias de «Análisis de impacto normativo» (CEOE, 2018, pp. 3-4).

### **Hipótesis: ¿tenemos malas leyes porque así lo queremos?**

Resulta un tanto ingenua esta pretensión de asegurar la calidad de las leyes mediante la imposición de filtros de calidad, incluyan o no la creación de nuevos órganos administrativos. Máxime cuando no se explica por qué los filtros preexistentes han dejado de funcionar, de modo que los órganos que habrían de ejercer esa labor se han vuelto ineficaces<sup>2</sup>; cuando se tolera el recurso abusivo a procedimientos legislativos de urgencia que están sujetos a menos controles institucionales y escaso debate parlamentario (Carrasco, 2014, pp. 80-83); y cuando los nuevos exámenes de impacto presupuestario y «de género» de las leyes se han convertido en trámites que se exigen «por protocolo y de modo formulario»<sup>3</sup>.

Dados estos precedentes, cabría más bien prever que la eventual imposición voluntarista de nuevos filtros, incluida la creación de nuevos órganos para analizar de forma exhaustiva los costes y beneficios de los proyectos de ley, seguro que incrementaría el gasto

pero sin garantía alguna de utilidad. En general, estos planteamientos que atacan mediante nuevas leyes los fallos del propio proceso legislativo parecen ser víctimas del mismo tipo de idealismo que padece la demanda general de leyes «finalistas» para resolver todo tipo de problemas sociales.

Por todo ello, si es correcto el juicio negativo acerca de la evolución de la calidad de las leyes promulgadas en las últimas décadas, y si queremos superar esta incapacidad y poner los medios para evitarla en el futuro, debemos preguntarnos por qué no se han aplicado incluso aquellas reformas que, relativamente, parecían suscitar un alto grado de consenso, como son las relativas a la calidad técnica. Es más, en la medida en que la bondad de algunas de estas propuestas de mejora haya sido indiscutible, el hecho de que no se hayan adoptado aconseja ir un paso más allá para identificar o bien qué intereses sirve el *statu quo* o bien a qué factores estructurales responde. Los intereses están siempre presentes, pero en principio uno esperaría que afectaran más al contenido que a la calidad técnica de las leyes. El desprecio que nuestro legislador muestra por esta última, lejos de ser la anomalía que parecen presuponer muchos análisis, podría ser más bien la concreción de unas determinadas preferencias. En resumen: si esta hipótesis es atendible, tal vez *tenemos malas leyes no por casualidad o error sino porque plasman las preferencias de los ciudadanos*, y ello con independencia de que estas puedan o no ser miopes y contradictorias.

Cabe suponer que en una sociedad democrática, los valores dominantes condicionen o incluso determinen las decisiones, tanto de los jueces como de los legisladores. Si es así, uno esperaría que a largo plazo unos valores razonables y coherentes empujasen al legislador a introducir reformas que evitasen los fallos recurrentes que sufre nuestro proceso legislativo. Bajo este supuesto de condicionamiento democrático, identificar mejor esos valores ciudadanos puede ayudarnos a entender las restricciones culturales dentro de las cuales deciden nuestros jueces y legisladores y,

<sup>2</sup> El propio Gómez Pomar señala que «el Ministerio de Justicia ha perdido casi por completo el liderazgo en la promoción de normas jurídicas que afectan al “núcleo duro” del sistema jurídico (buena parte de la legislación mercantil, civil, procesal)» (Gómez Pomar, 2011, pp. 2-3).

<sup>3</sup> Véase Gómez Pomar (2011, p. 3).

en última instancia, algunas de las disfunciones que acaba mostrando nuestro ordenamiento jurídico.

Con este fin, procede analizar qué preferencias exhibimos los españoles en varios asuntos cercanos a tales decisiones. Para ello, tomaré como referencias principales los promedios nacionales de las respuestas obtenidas en las sucesivas rondas de la Encuesta Mundial de Valores (Inglehart *et al.*, 2014), cuya última encuesta para España es del año 2011; y en dos sondeos demoscópicos más recientes encargados por la Fundación BBVA en 2013 y en 2019, en los cuales esta encuestó a 1.500 ciudadanos adultos de cada uno de los principales países europeos. En ambos casos, plantearé una especie de *benchmarking* cultural, comparando los promedios españoles con los de los principales países europeos, así como algunos países menos desarrollados.

En especial, me centraré en explorar cómo las preferencias ciudadanas condicionan una función esencial de las instituciones jurídicas: la relativa a la «regulación» de los contratos — esto es, la provisión de reglas, tanto dispositivas como imperativas, que reduzcan los costes de transacción y eviten los fallos a que pueda dar lugar la libre contratación de las partes en el mercado. En este terreno parece situarse una grave debilidad de nuestro Derecho: su supuesta proclividad a restringir la libertad contractual para responder a problemas que, en principio, sería más razonable abordar mediante herramientas de Derecho público. (Entiendo a estos efectos que el «Derecho privado» se concreta en la introducción de restricciones a la contratación y la competencia, mientras que las soluciones de «Derecho público» se canalizan mediante la política fiscal y la financiación y provisión de bienes y servicios públicos).

### Fallos del mercado y la política en la regulación contractual

En principio, la contratación libre en el mercado es imperfecta y, por ello, puede beneficiarse de intervenciones legislativas y judiciales que le proporcionen

tanto: *i)* reglas dispositivas que hagan innecesario contratar explícitamente más que una parte mínima de las posibles contingencias; como *ii)* reglas imperativas que eviten fallos en la libre contratación (derivados de déficits en la racionalidad o en la información de que disponen las partes, así como de la presencia de efectos externos o la falta de competencia).

El asunto suele plantearse implícitamente con cierta parcialidad. Por ejemplo, señalan Cooter y Ulen que, «cuanto más se alejen los hechos del ideal de racionalidad perfecta y costes de transacción nulos, será más necesario que los jueces regulen los términos del contrato» (Cooter y Ulen, 2016, p. 299). La parcialidad resulta de que, así planteado, se invita al lector a que suponga un regulador ideal (ya sea juez o legislador) que indaga sobre posibles fallos en la contratación libre y que, con su actuación reguladora, puede superarlos. Estos fallos se derivan de si, por ejemplo, un deudor es o no racional y tiene o no capacidad, si sabe a qué se compromete, si sufre asimetría informativa respecto al acreedor, si sufre un estado de necesidad, si una determinada cláusula es o no sobresaliente y por tanto pudiera pasar inadvertida, o incluso si la cláusula es inmoral y ofende la conciencia, y también si existe o no competencia entre los posibles acreedores.

El planteamiento es parcial y, por tanto, insuficiente; y no porque esos fallos no sean reales sino porque la conveniencia de regulación, tanto judicial como legislativa, no depende solo de que falle el mercado. Depende también de la propia eficacia de los mecanismos reguladores, la cual no procede dar por supuesta. El grado óptimo de regulación contractual y su calidad dependen tanto de la eficacia del «mercado» como de lo que por brevedad y simetría podemos denominar como «política», entendida esta última en un sentido amplio, para abarcar todo tipo de intervención institucional y por ello relativamente centralizada, tanto si se ejerce a través de decisiones legislativas como judiciales o incluso administrativas. Solo este planteamiento coasiano (Coase, 1960) propone un análisis comparativo

riguroso. Su clave reside en que, en vez de comparar un mercado real e imperfecto con un regulador ideal, considera que este también es *real* y por tanto está sujeto a imperfecciones, incluyendo la posible manipulación por las partes afectadas por la regla en discusión.

En concreto, para evaluar la eficacia en la regulación del contrato debemos preguntarnos sobre dos aspectos cruciales, relativos a la información de que disponen y los intereses que defienden los regulados y el propio regulador, ya sea este un legislador que dicta una regla imperativa o un juez que decide si ordena o no cumplir una estipulación contractual y por tanto, de forma implícita, contribuye también a crear una regla imperativa que impide aplicar dicha cláusula en todo contrato futuro.

En primer lugar, los afectados por tales decisiones o bien no tienen interés en conseguir decisiones eficientes o carecen de información sobre lo que está en juego. Por un lado, las partes de contratos vigentes que son objeto de litigación o están pugnando por decisiones legislativas que entrañan efectos sobre esos contratos (efectos que, por tanto, en esa medida, son de hecho retroactivos) sí tienen buena información sobre las consecuencias de esas decisiones reguladoras pero su interés es solo que les sean favorables, sin importarles que puedan ser ineficientes y dañar a los contratantes futuros. Por otro lado, las partes de estos contratos futuros sí deberían estar interesadas en que esas decisiones fueran eficientes pero carecen de información e interés en informarse, pues a menudo ni siquiera saben si serán o no parte de tales contratos.

Asimismo, los decisores son jueces y legisladores que tienen su propia ideología e intereses. Ciertamente, deciden dentro de unas instituciones políticas y judiciales pensadas para mejorar su información y alinear sus intereses con el bien común. Se emplean para ello fórmulas muy variadas, que van desde la competencia electoral en política al diseño de carreras profesionales para los jueces, o incluso el propio sistema

de apelación de las sentencias judiciales. Todas estas fórmulas mejoran la eficacia reguladora pero distan de funcionar perfectamente<sup>4</sup>.

Es de esperar, por todo ello, que las deficiencias de información y los intereses particulares de todos estos participantes influyan y distorsionen las decisiones reguladoras de los contratos. En lo que sigue, me centraré en examinar cómo las preferencias dominantes en España, en comparación con las de otros países europeos, pudieran alentar un sesgo en jueces y legisladores que llevaría a exagerar los fallos del mercado y obviar los fallos de la política, sesgo que conduciría además a introducir reglas imperativas ineficientes con efectos económicos retroactivos y una finalidad fundamentalmente redistributiva. Este posible sesgo contrario a la libertad contractual puede explicarse sobre la base de sendas hipótesis complementarias, según las cuales nuestra limitación del Derecho privado, con su doble carga de imperatividad y retroactividad, se apoya tanto en una visión idealista, casi mágica, de las leyes como en un deseo encubierto de usarlas para redistribuir riqueza. A continuación analizo estas dos hipótesis y las consecuencias que se derivan de ellas.

## 2. La hipótesis del idealismo legislativo

De acuerdo con esta primera hipótesis, relativamente benévola, cuando un gobernante desea asegurar —digamos— el derecho a la vivienda, en vez de proporcionar subsidios y proveer vivienda pública a las personas necesitadas o sin techo, promulgaría reglas imperativas para favorecer al inquilino o al deudor insolvente en los *futuros* contratos de alquiler o préstamo hipotecario. Nótese que esta solución no

<sup>4</sup> Además, tanto el poder legislativo como el judicial comparten la posibilidad de imperfección, como bien señalaban Cabrillo y Pastor ya en 2001, y ha confirmado desde entonces nuestra judicatura con sus decisiones sobre, por ejemplo, la reforma laboral de 2012: «si el legislador español optara finalmente un día por una reforma verdaderamente liberalizadora del Derecho privado, los beneficios de las nuevas leyes (...) serían mucho mayores si fueran aplicadas por jueces que entendieran cómo funcionan los mercados» (Cabrillo y Pastor, 2001, p. 85).

CUADRO 1

**PREFERENCIAS DE LOS ESPAÑOLES A LA RESPONSABILIDAD Y LA ACTIVIDAD  
REGULADORA DEL ESTADO, EN COMPARACIÓN CON LAS DE SUS VECINOS EUROPEOS**

| Pregunta                                                                                                                       | España | Demás<br>países* | España /<br>Demás países | Francia | Alemania | Reino<br>Unido | Italia |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|------------------|--------------------------|---------|----------|----------------|--------|
| 1. ¿Quién debe tener la responsabilidad principal en asegurar que todos los ciudadanos puedan gozar de un nivel de vida digno? |        |                  |                          |         |          |                |        |
| — El Estado                                                                                                                    | 76 %   | 51 %             | 149 %                    | 54 %    | 41 %     | 44 %           | 64 %   |
| — Cada persona                                                                                                                 | 20 %   | 43 %             | 47 %                     | 39 %    | 54 %     | 48 %           | 29 %   |
| — Cociente (Estado/cada persona)                                                                                               | 3,8    | 1,3              |                          | 1,4     | 0,8      | 0,9            | 2,2    |
| 2. Porcentaje de quienes creen que el Estado debe tener mucha responsabilidad a la hora de... :                                |        |                  |                          |         |          |                |        |
| — Proporcionar cobertura sanitaria a los ciudadanos                                                                            | 87 %   | 70 %             | 124 %                    |         |          |                |        |
| — Asegurar una pensión suficiente a los jubilados                                                                              | 87 %   | 67 %             | 130 %                    |         |          |                |        |
| 3. Porcentaje de quienes creen que el Estado debe tener mucha responsabilidad a la hora de... :                                |        |                  |                          |         |          |                |        |
| — Controlar los precios                                                                                                        | 60 %   | 40 %             | 150 %                    |         |          |                |        |
| — Controlar los salarios                                                                                                       | 57 %   | 32 %             | 178 %                    |         |          |                |        |
| — Controlar los beneficios de las empresas                                                                                     | 49 %   | 32 %             | 153 %                    |         |          |                |        |
| 4. Partidarios de (en escala de 0, en desacuerdo; a 10, de acuerdo), 2013:                                                     |        |                  |                          |         |          |                |        |
| — Regular más los bancos                                                                                                       | 8,5    | 7,8              | 109 %                    |         |          |                |        |
| — Hacer más flexible el mercado de trabajo                                                                                     | 4,9    | 6,2              | 79 %                     |         |          |                |        |

NOTA: \*Los demás países europeos son Francia, Alemania, Reino Unido e Italia en 2019, más Dinamarca, Países Bajos, Polonia, Suecia y República Checa en 2013.

FUENTE: Elaboración propia con datos de Fundación BBVA (2019), las filas (1) a (3), y Fundación BBVA (2013) la fila (4).

busca contener o evitar un posible fallo contractual, sino simplemente mejorar las condiciones de la parte contractual supuestamente más necesitada. Un ejemplo típico sería la fijación de un precio máximo a los alquileres de las viviendas, una variable sobre la que, en especial para nuevos contratos, difícilmente cabe suponer ni monopolio ni asimetría informativa alguna.

Las encuestas de valores no nos informan directamente sobre qué esperan los ciudadanos de las leyes ni sobre las expectativas que albergan sobre su funcionamiento. Sin embargo, sí nos indican que los españoles responsabilizamos más al Estado de nuestro bienestar que al individuo. Le atribuimos, en especial,

esta mayor responsabilidad en servicios como la sanidad y el aseguramiento de las pensiones de jubilación; y deseamos que controle más el funcionamiento del mercado, desde precios, salarios y beneficios a los bancos y el mercado de trabajo (Cuadro 1). Confirman estas preferencias los resultados de las sucesivas rondas de la Encuesta Mundial de Valores (Inglehart *et al.*, 2014), que muestran cómo somos más propensos a responsabilizar al Gobierno de nuestro bienestar que otros europeos y nos mostramos más favorables a la propiedad estatal de las empresas, justo al nivel de los países menos desarrollados que he tomado como referencia —columna (1) del Cuadro 2—.

CUADRO 2

### ANÁLISIS COMPARADO DE LAS PREFERENCIAS DE LOS ESPAÑOLES HACIA EL PAPEL DEL ESTADO, LA COMPETENCIA Y EL ESFUERZO

|                                    | El bienestar es responsabilidad del Gobierno<br>(1) | A favor de más propiedad estatal de las empresas<br>(2) | La competencia es perjudicial<br>(3) | El rico lo es a costa de los demás<br>(4) | El éxito depende de la suerte y los enchufes<br>(5) |
|------------------------------------|-----------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|--------------------------------------|-------------------------------------------|-----------------------------------------------------|
| <b>España</b>                      | <b>6,18</b>                                         | <b>5,33</b>                                             | <b>4,32</b>                          | <b>5,37</b>                               | <b>4,82</b>                                         |
| <i>Otros países UE:</i>            |                                                     |                                                         |                                      |                                           |                                                     |
| Francia                            | 4,43                                                | 4,39                                                    | 4,73                                 | 4,93                                      | 4,91                                                |
| Alemania                           | 5,11                                                | 4,43                                                    | 3,63                                 | 4,67                                      | 4,70                                                |
| Italia                             | 5,71                                                | 4,41                                                    | 4,25                                 | 4,14                                      | 5,07                                                |
| Reino Unido                        | 4,58                                                | 4,69                                                    | 3,87                                 | 4,98                                      | 4,69                                                |
| Promedio                           | 4,96                                                | 4,48                                                    | 4,12                                 | 4,68                                      | 4,84                                                |
| <b>España/Promedio</b>             | <b>124,67 %</b>                                     | <b>119,03 %</b>                                         | <b>104,80 %</b>                      | <b>114,75 %</b>                           | <b>99,44 %</b>                                      |
| <i>Países menos desarrollados:</i> |                                                     |                                                         |                                      |                                           |                                                     |
| Marruecos                          | 7,28                                                | 5,25                                                    | 3,01                                 | 5,08                                      | 3,99                                                |
| Argentina                          | 5,92                                                | 5,57                                                    | 4,17                                 | 4,54                                      | 4,76                                                |
| México                             | 5,88                                                | 5,38                                                    | 3,66                                 | 3,96                                      | 3,86                                                |
| Venezuela                          | 5,54                                                | 5,29                                                    | 3,72                                 | 4,27                                      | 4,32                                                |
| Promedio                           | 6,16                                                | 5,37                                                    | 3,64                                 | 4,46                                      | 4,23                                                |
| <b>España/Promedio</b>             | <b>100,38 %</b>                                     | <b>99,24 %</b>                                          | <b>118,67 %</b>                      | <b>120,34 %</b>                           | <b>113,86 %</b>                                     |

NOTA: Contenido de las preguntas de la encuesta: (1) El Gobierno debería asumir más responsabilidad en proporcionar un medio de vida a todo el mundo (1-10). (En oposición a «Cada uno debería asumir individualmente más responsabilidad para lograr su propio medio de vida»). (2) Debería incrementarse la propiedad estatal de las empresas (1-10). (En oposición a «Debería incrementarse la propiedad privada de las empresas»). (3) Opinión a favor de que «la competencia es perjudicial. Saca a flote lo peor de las personas» (1-10). (En oposición a «La competencia es buena. Estimula a la gente a esforzarse en el trabajo y a desarrollar nuevas ideas»). (4) Opinión a favor de que «la gente solo puede enriquecerse a costa de otros» (1-10). (En oposición a «La riqueza pueda crecer de manera que haya bastante para todos»). (5) A favor de que «esforzarse en el trabajo no suele llevar al éxito—eso depende más de la suerte y los enchufes» (1-10). (En oposición a «A la larga, esforzarse en el trabajo suele llevar a una vida mejor»).

FUENTE: Elaboración propia con datos de la World Values Survey (Inglehart *et al.*, 2014).

Esta mayor responsabilización del Estado es coherente con que, en vez de contemplar la ley y la justicia como instrumentos para facilitar la interacción libre entre ciudadanos, tendamos a contemplarlos como mecanismos *finalistas*, como si fueran capaces de configurar directamente la realidad, adoptando una concepción voluntarista de las leyes. Si esta interpretación es verosímil, no veríamos la ley como un medio para facilitar la interacción entre individuos, sino como un fin cuya

eficacia damos por supuesta. Lo confirma así especialmente nuestra voluntad de controlar más que otros países europeos los precios, salarios y beneficios, así como los bancos y el mercado de trabajo —filas (3) y (4) del Cuadro 1—. Estas preferencias explicitan qué tipo de intervención regulatoria deseamos: la consistente en limitar la libertad contractual, al fijar normativamente los elementos esenciales de los contratos, en especial en mercados tan esenciales como el financiero y el laboral.

## Consecuencias

En estas condiciones, en ausencia de contrapesos institucionales y tomando como referencia otros países europeos, debemos esperar que se legisle en exceso, con carácter imperativo y con demasiada frecuencia, a veces incluso a sabiendas de que las leyes son nocivas; y a hacerlo sin preocuparse por su aplicación ni por el coste que supone la inestabilidad normativa. Todas estas características se corresponden *grosso modo* con las críticas resumidas en el apartado «La ineficacia del voluntarismo reformista».

Estas leyes finalistas presuponen que sus consecuencias no dependen de ulteriores decisiones de los agentes económicos. En general, tienden a marginar las dificultades para hacer cumplir sus reglas. Más en particular, en el ámbito contractual, suelen olvidar que dos partes no contratan si una de ellas no quiere hacerlo. Este olvido limita gravemente la eficacia de todas aquellas leyes que, en su pretensión de favorecer a una parte supuestamente «débil» perjudican a las demás partes, quienes tienden a reaccionar modificando los precios o absteniéndose de contratar. En vez de considerar la ley en su contexto real, incluyendo la reacción de quienes han de cumplirla (por ejemplo, la de los arrendadores), el legislador idealista concibe la ley como una descripción del objetivo deseado (alquileres bajos). Dicta así, por ejemplo, limitaciones contractuales que favorecen a una de las partes (como pueden ser, en este ejemplo de los contratos de alquiler, la fijación de precios máximos y plazos mínimos), sin considerar que la reacción de las demás partes (desde exigir un pago oculto a retirarse del mercado o contratar solo con los mejores arrendatarios) impedirá conseguir el objetivo.

Ciertamente, no siempre es el idealismo lo que inspira a este tipo de legislador, por mucho que lo use como excusa. En especial, existe un subgénero de legislador más sofisticado a quien puede resultar útil el fallo de estas leyes si generan un círculo vicioso de intervenciones estatales, tal que vaya suplantando a los agentes privados a medida que estos se ven forzados a retirarse

del mercado. Por ejemplo, si el alquiler de viviendas a ciertos grupos de población se torna imposible, los arrendadores abandonan esa actividad, se agrava la escasez y es de esperar que tarde o temprano aumenten la demanda y la oferta pública de ese tipo de viviendas, una provisión pública que proporciona a quienes la organizan notables beneficios privados, desde aumentar su poder hasta posibilidades de negocio. El sector acaba socializado, con la consiguiente expansión del sector público, con más funcionarios y votantes dependientes de los servicios sociales y, por tanto, del clientelismo político. Por estos motivos, existe cierto riesgo de que este tipo de políticas se cronifique y, pese a sus pobres resultados, sea difícil de revertir.

## Indicios empíricos

Esta hipótesis del idealismo legislativo es coherente con diversas paradojas y observaciones empíricas, como el que: *i*) atribuyamos muchas responsabilidades a los gobernantes a la vez que desconfiamos selectivamente de ellos; *ii*) suframos notable inestabilidad normativa; *iii*) mostremos cierta impaciencia regulatoria; *iv*) promulguemos con frecuencia el equivalente a placebos legislativos; y *v*) mostremos escaso respeto por las leyes.

En primer lugar, dentro de esta visión finalista de la Ley, se tiende a dar por supuesta la consecución de sus objetivos (por ejemplo, alquileres más bajos). Parece lógico, que, más tarde, al observar que estos objetivos no solo no se alcanzan o incluso que la situación empeora, los votantes responsabilicen al gobernante, sin entender que los medios eran inadecuados para esos objetivos. El desengaño contribuye a generar que la ciudadanía mantenga una visión ingenuamente crítica del legislador y de la política. La excesiva confianza en la eficacia transformadora de la legislación generaría así —al demostrarse ineficaz— una tendencia a desconfiar de las instituciones encargadas de legislar y gobernar sobre todo cuando la economía es menos boyante.

A la confianza desmedida en la potencialidad transformadora de la ley se une una considerable proliferación e inestabilidad de normas, que ha sido criticada por desatender a los costes de adaptación que entrañan los cambios normativos (e. g., Círculo de Empresarios, 2018, pp. 15-17). Los afectados tienen dificultades para interpretarlos, máxime cuando son frecuentes y hasta contradictorios. Además, en el período inmediatamente posterior a la promulgación de la norma, las sentencias suelen manejar criterios heterogéneos, lo que también perjudica la previsibilidad. Cuanto mayor es la frecuencia con la que se modifican las leyes, se dispone de menos tiempo para asumirlas y consolidar una «jurisprudencia de calidad» que clarifique las dudas de interpretación. Además, este efecto se multiplica por cuanto muchos cambios normativos requieren establecer reglas de Derecho transitorio.

Por su parte, es también coherente con el idealismo legislativo la impaciencia regulatoria apuntada por Gómez Pomar (2010, p. 2). Ante cualquier cambio técnico o ambiental que tensione las relaciones contractuales (piense en la llegada de una nueva tecnología, la materialización de un riesgo o la agudización de una crisis), no esperamos a que se desarrollen mecanismos espontáneos de información y contratación que puedan equilibrar o anular los efectos de las desigualdades informativas entre los participantes en el mercado. Por el contrario, resulta lógico que quien confía en la eficacia finalista de las leyes y desprecia los mecanismos espontáneos de ajuste propios del mercado, tienda a demandar la adopción inmediata de medidas correctoras.

Asimismo, la demanda de leyes finalistas ayuda a explicar la promulgación de leyes-placebo con el fin de aplacarla pero sin esperar que hayan de aplicarse o que puedan desarrollarse de forma más razonable. Sucede a veces que el legislador confía en poder desarrollar la norma de forma suficientemente restrictiva para contener sus efectos más perjudiciales, lo que además contribuye a aumentar su poder discrecional de cara a los sectores afectados (recuerden

la frase que se atribuye a Álvaro Figueroa y Torres, Conde de Romanones: «Hagan ustedes la Ley, que yo haré el Reglamento») o haciendo una aplicación selectiva). A menudo, esta selectividad consiste en tolerar el incumplimiento de reglas ineficientes, lo cual, si bien puede ser un mal menor, contribuye a desprestigiar el Estado de derecho.

Por último, la improvisación en que, a juicio de varios analistas, parece haber derivado la práctica legislativa española encuentra una correspondencia demoscópica en el hecho de que en España se respeta menos la ley que en los grandes países de la Unión Europea. Si las leyes han de funcionar en alguna medida como el mástil de Ulises, sirviendo de ancla al ejercicio de nuestras emociones cortoplacistas, el régimen jurídico español ha de resentirse de que en España se la «sacraliza» así menos que en los países vecinos<sup>5</sup>.

### 3. La hipótesis redistributiva

Además de esta imperatividad prospectiva, aplicable a los contratos futuros, a menudo promulgamos reglas que tienen, de hecho, efectos económicos retroactivos, por mucho que nuestra doctrina y jurisprudencia se esmeren en etiquetarlos como no retroactivos, o hablen de «retroactividades impropias» desde el punto jurídico. Tales efectos se traducen en que el coste de tales medidas lo pagan, en vez de los contribuyentes, los propietarios de los activos y las contrapartes de los contratos vigentes.

Esta pretensión de atajar problemas sociales limitando el derecho de propiedad y reinterpretando los contratos privados ha proliferado en muchos otros ámbitos, además del ya comentado de los contratos ligados al alquiler de vivienda y el préstamo hipotecario destinado a financiar su compra. Por ejemplo,

---

<sup>5</sup> Según la encuesta de la Fundación BBVA (2019, p. 33), respecto a nuestros vecinos, los españoles consideramos que el respeto a la ley es menos fundamental para salvaguardar la democracia.

ante el deseo de facilitar la maternidad y el cuidado de familiares enfermos y dependientes, en vez de ampliar los subsidios por maternidad y dependencia, la Ley Orgánica 3/2007 amplió radicalmente la protección de los trabajadores que soliciten reducción de jornada para atender a hijos o familiares (artículos 37.6 y 53.4.b del Estatuto de los Trabajadores), una ampliación que ocasiona un coste notable para sus empleadores y que genera considerable desigualdad entre trabajadores. Asimismo, justo cuando esto se escribe, la pandemia del Covid-19 ha dado pie a diversas medidas de esta índole, aunque en la mayoría de los casos se presentan como transitorias.

El tipo de intervención jurídica reflejado en estos ejemplos presenta dos características. Por un lado, se vehicula mediante reglas que tienen de hecho carácter retroactivo, en la medida en que se imponen sobre contratos que fueron suscritos bajo reglas diferentes o sobre bienes adquiridos bajo un régimen legal que proporcionaba mayor protección al derecho de propiedad<sup>6</sup>. Por otro lado, redistribuyen riqueza a costa de las contrapartes contractuales de aquellos ciudadanos —no necesariamente nosotros mismos— a los que supuestamente deseamos favorecer.

De este modo, los ciudadanos evitamos pagar por unas políticas redistributivas por las que en realidad mostramos un interés cuestionable. Es cierto que prevalece en España la creencia de que ha aumentado la desigualdad<sup>7</sup>; pero, pese a esta preocupación (quizá infundada)<sup>8</sup>, solo un 45,6 % de los encuestados se

muestra dispuesto a pagar más impuestos para reducirla; y, además, en poca cantidad: un 57,8 % dice estar dispuesto a pagar impuestos adicionales solo hasta un máximo del 10 %. Afirmaciones estas de las que incluso cabe dudar, pues, como revela la misma encuesta, consideramos mucho más prioritario dedicar recursos a crear empleo (un 33 % lo sitúa en primer lugar) y a mejorar la educación (18,3 %) que a reducir la desigualdad, un objetivo que solo encabeza las prioridades asignativas de un exiguo 12,7 % de los encuestados (FUNCAS, 2019).

### El porqué de las reglas retroactivas

Tales preferencias son coherentes con políticas que pretenden reducir la desigualdad sin aumentar el gasto público ni los impuestos. Una posible interpretación es que los españoles queremos hacer política social —ya sea en beneficio propio o ajeno— a costa de los demás. La versión más benigna de esta hipótesis es que deseamos favorecer a personas en necesidad y, careciendo de recursos públicos, optamos por hacer esa caridad a costa de terceros. Pero no es seguro que seamos tan inocentes. Baste observar que, para justificarlo, estamos dispuestos a reclasificar como indignos o inmorales a esos terceros que han de pagar las transferencias. En el pasado remoto, solían desempeñar ese papel los judíos u otras minorías, pero en la actualidad lo desempeñan los bancos, los arrendadores o los fondos «buitres». Esta tendencia a demonizar apunta a un mecanismo más complejo y profundo, enraizado en que una ventaja oculta de usar de esta manera el Derecho privado es que el coste recae automáticamente sobre aquellos que han violado ciertas normas sociales: las contrarias a la actividad productiva, el esfuerzo, el éxito y, a menudo, la competencia. La versión menos benigna y más atendida de la hipótesis puede así concretarse como que *son nuestras preferencias redistributivas y anticompetitivas las que nos inclinan a impedir la libre contratación y violar el derecho de propiedad*.

<sup>6</sup> En efecto, sucede también algo similar en ámbitos no contractuales. Por ejemplo, los poderes públicos niegan protección a los propietarios o incluso escamotean muchos de los componentes de su derecho de propiedad. Pensemos en el tratamiento de la «ocupación» de inmuebles o en las leyes que obligan a ciertos propietarios a alquilar a los ocupantes los inmuebles previamente ocupados por ellos.

<sup>7</sup> Por ejemplo, según una encuesta de la Fundación de las Cajas de Ahorros realizada en septiembre de 2019, un 83,4 % de los encuestados suscribía la opinión de que «las diferencias de ingresos entre unos españoles y otros son demasiado grandes» y un 69,7 % creía que eran mucho o algo mayores que hace veinte años (FUNCAS, 2019, pp. 2-3).

<sup>8</sup> El índice de Gini de la distribución de la renta disponible ha oscilado en torno al 32-33 entre 1994 y 2018, e incluso en los últimos años es algo más alto que veinte años antes (FUNCAS, 2019, p. 4).

El retrato demoscópico de nuestras preferencias es compatible con esta versión menos benigna de la hipótesis. Por un lado, como resume el Cuadro 3, respecto a nuestros vecinos europeos, no solo queremos que los impuestos sean más altos para reducir desigualdades sino que, en especial, deseamos que los ingresos personales se equilibren aunque los de las personas más formadas resulten así similares a los de las menos formadas. Además, estamos dispuestos, en mucha mayor medida que otros europeos, a extender nuestro afán redistributivo a las rentas del trabajo.

Por otro lado, las columnas (3) y (4) del Cuadro 2 ponían de manifiesto unas preferencias más anticompetitivas y una tendencia a ver la economía como un juego de «suma cero», en el que, como es sabido, toda ganancia de unos participantes se corresponde con una pérdida de igual cuantía para otros participantes. Este último dato ha de ponerse en relación con la actitud que revela la columna (5) del mismo Cuadro 2: los españoles (al contrario de lo que sucede en los países menos desarrollados tomados como referencia) no consideramos que el éxito profesional dependa de la suerte o el enchufe más que en otros países europeos. Esta disparidad parece sugerir que el enriquecimiento ajeno nos molesta, pero no tanto porque lo consideremos injusto sino por sí mismo y con independencia de su origen.

Quizá esta relativa desconsideración del éxito socialmente productivo tenga cierto poder explicativo de la aparente anomalía, observable a veces en los medios de comunicación y en las redes sociales, según la cual a muchos españoles parece irritarles más la riqueza de un empresario ejemplar que la de un deportista exitoso o incluso la de un político corrupto. Si esta apreciación encontrara confirmación empírica, deberíamos concluir que el éxito que más molesta es el que procede del esfuerzo y no de la suerte o la corrupción. Tal vez quepa interpretar en esta línea el que tan solo un 34,6 % de españoles crea que en España quienes alcanzan el éxito al iniciar un nuevo negocio disfrutan un alto nivel de estatus social. La cifra, que se sitúa muy por debajo de

Argentina (46,4 %), es muy inferior a la de países vecinos, pues alcanza el 62,9 % en Francia, el 62,1 % en Italia, el 63,3 % en el Reino Unido y el 73,9 % en Alemania<sup>9</sup>.

No parece descabellado pensar, pues, que semejantes valores generen demanda para castigar el esfuerzo ajeno, ya se concrete este en formación, ahorro, inversiones o actividades empresariales<sup>10</sup>. Cambiar las reglas de los contratos en contra de quienes los promueven podría ser una de las vías para conseguirlo.

### Excepciones que confirman el argumento

La economía política de este tipo de intervención regulatoria presenta riesgos notables de que genere decisiones ineficientes. Ello se debe a la presencia tanto de: i) desigualdades en la capacidad de influencia política; como de ii) notables asimetrías informativas que pueden oscurecer a parte de los propios interesados las pérdidas que pueden sufrir como consecuencia de dicha intervención.

Tomemos como ejemplo, una norma que limite los alquileres o una moratoria crediticia. Por un lado, la regulación redistributiva será tanto más probable cuanto mayor sea la influencia política de los arrendatarios y deudores y menor la de los arrendadores y acreedores. De acuerdo con este análisis, este tipo de intervención retroactiva en los contratos será tanto menos probable cuanto más equilibrada sea la influencia política de ambos tipos de ciudadanos. Por

<sup>9</sup> Elaboración propia con datos del *Global Entrepreneurship Monitor* 2016 (variable *sbtatus*). Una encuesta realizada en 2009 describía esta animadversión nacional hacia los empresarios en mayor detalle, pues un mayor porcentaje de población cree que solo piensan en su provecho (64,2 % en España por 50,7 % en los cuatro grandes europeos) y que explotan el trabajo ajeno (56,8 % frente a 43,5 %). Además, por cada persona que tiene una opinión desfavorable, tan solo 3,31 personas la tienen favorable, mientras que entre nuestros vecinos europeos ese número oscilaba entre los 4,40 de Italia y los 8,91 de Francia (según Eurobarometer, 2010).

<sup>10</sup> El argumento conecta así con la larga literatura costumbrista sobre la envidia como pecado nacional (Arruñada, 2020), una característica que, de ser cierta, podría tener sus raíces en la economía «de frontera» propia de nuestra Edad Media (Álvarez-Nogal y Prados, 2013) y, en particular, en el igualitarismo a ella inherente (MacKay, 1977). Agradezco a Leandro Prados de la Escosura esta sugerente idea.

## CUADRO 3

## PREFERENCIAS REDISTRIBUTIVAS Y FISCALES DE LOS ESPAÑOLES, EN COMPARACIÓN CON LAS DE SUS VECINOS EUROPEOS

| Pregunta                                                                                                  | España | Demás países* | España / Demás países | Francia | Alemania | Reino Unido | Italia |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|---------------|-----------------------|---------|----------|-------------|--------|
| 1. Respecto a los ingresos personales:                                                                    |        |               |                       |         |          |             |        |
| — Los ingresos deben ser más equilibrados aunque las ganancias de los más y menos formados sean similares | 49 %   | 29 %          | 169 %                 | 28 %    | 29 %     | 24 %        | 35 %   |
| — Las diferencias en nivel de ingresos son necesarias para que los mejor formados ganen más               | 43 %   | 64 %          | 67 %                  | 67 %    | 67 %     | 69 %        | 55 %   |
| 2. Es preferible que los impuestos sean:                                                                  |        |               |                       |         |          |             |        |
| — Altos para reducir las desigualdades                                                                    | 43 %   | 40 %          | 108 %                 | 50 %    | 42 %     | 49 %        | 20 %   |
| — Bajos, aunque no reduzcan las desigualdades                                                             | 40 %   | 43 %          | 93 %                  | 33 %    | 43 %     | 38 %        | 57 %   |
| 3. Partidarios de subir impuestos...<br>(en escala de 0, en desacuerdo; a 10, de acuerdo):                |        |               |                       |         |          |             |        |
| — A quienes más ganan con sus inversiones (a)                                                             | 7,7    | 6,9           | 112 %                 |         |          |             |        |
| — A quienes más ganan con su trabajo (b)                                                                  | 7,1    | 4,7           | 151 %                 |         |          |             |        |
| — Al consumo, IVA (c)                                                                                     | 1,2    | 2,3           | 52 %                  |         |          |             |        |

NOTA: \*Los demás países europeos son Francia, Alemania, Reino Unido e Italia en 2019, más Dinamarca, Países Bajos, Polonia, Suecia y República Checa en 2013.

FUENTE: Elaboración propia con datos de Fundación BBVA (2019), las filas (1) y (2), y Fundación BBVA (2013) la fila (3).

ejemplo, a igualdad de otras capacidades de influencia, cuanto más numerosos sean arrendadores y acreedores, sufren menos riesgo de que se apliquen reglas retroactivas perjudiciales a sus contratos.

Confirman esta proposición las excepciones que introducimos con frecuencia en las medidas con efectos retroactivos, muchas de las cuales disponen que solo se vean afectadas las empresas (o, incluso las grandes empresas), pero no los particulares. Por ejemplo, las medidas adoptadas a raíz del COVID-19 sobre alquiler de vivienda habitual por parte de personas vulnerables discriminan a aquellos arrendadores que sean «grandes arrendadores», entendidos como los que hayan arrendado diez o más viviendas, lo que excluye a la mayoría de particulares

—Real Decreto-ley (RDL) 11/2020, de 31 de marzo—. Los primeros han de elegir entre reducir la renta a la mitad durante un máximo de cuatro meses o posponer su pago sin intereses durante los tres años siguientes. Los segundos, no, por lo que el arrendatario está obligado a pagar la renta, aunque puede acudir a programas de ayudas públicas<sup>11</sup>. De modo similar, las moratorias automáticas establecidas por el mismo RDL para las deudas tanto hipotecarias como no hipotecarias excluye a los prestamistas que

<sup>11</sup> Aunque no está del todo claro cuando esto se escribe, parece que, con independencia del tipo de arrendador, las entidades financieras han de conceder al arrendatario un préstamo sin intereses avalado por el Estado, lo que, de confirmarse, reduciría la importancia práctica de la discriminación.

no sean entidades financieras (como consecuencia imprevista, se da el caso de que excluye, junto con los particulares, al peor tipo de prestamista: el usurero que actúa al límite de la legalidad). El Tribunal Constitucional incluso ha considerado constitucional la posibilidad de que una ley otorgue trato distinto a las personas jurídicas frente a las personas físicas en la contratación sobre viviendas habituales<sup>12</sup>.

Esta hipótesis ayuda a explicar también el enigma de que apliquemos reglas mucho menos imperativas en el trabajo doméstico que en el resto del mercado de trabajo, reglas que suelen incluir efectos retroactivos sobre los contratos vigentes. Mientras que en España regulamos de forma estricta la contratación laboral general —en muchos extremos, como el coste del despido, más que ningún otro país europeo (LFMI, 2019)—, mantenemos un régimen relativamente libre, con unas reglas imperativas muy atenuadas, para la contratación del servicio doméstico. El despido es prácticamente a voluntad del empleador; la indemnización obligatoria es mucho menor; y la inexistencia de inspecciones permite un alto grado de economía sumergida, sin que las partes hayan de pagar impuestos ni seguridad social. Es de destacar el régimen de extinción, pues para esta relación laboral el legislador permite emplear como «causa extintiva» específica el simple desistimiento del empleador: en cualquier momento, este puede desistir del contrato sin alegar causa justificativa alguna, tan solo con preaviso de entre 7 y 20 días y pagar una indemnización de 12 días por año trabajado hasta un máximo de 6 mensualidades (la indemnización por despido improcedente en el régimen general es de 20 días por año con un tope de 12 mensualidades).

De acuerdo con el argumento que vengo desarrollando, la razón de esta excepcionalidad residiría en que en el servicio doméstico los empleadores no son un pequeño número de «empresarios» sino un enorme

número de ciudadanos «normales y corrientes», inclinados incluso a negar su carácter de empleadores. Es más, los propios reguladores y jueces son ellos mismos empleadores de servicio doméstico y, por tanto, partes afectadas. Lógico que se doten de un régimen que algunos observadores verán como eficiente (y, por tanto, favorable para ambas partes, empleados y empleadores) y otros simplemente como favorable al interés de los propios reguladores-empleadores. Por lo demás, el marco regulador parece ser más eficiente que el general, pues en un país como el nuestro, con tanto desempleo y donde predomina el autoservicio mecanizado en todo tipo de actividades (desde las gasolineras al pedido de comida rápida), el gasto en servicio doméstico por hogar sea muy superior al de otros países europeos, tanto en términos absolutos como relativos (por ejemplo, en 2015, era unas tres veces el de Alemania, según Eurostat).

### El conflicto entre contratantes actuales y futuros

Para evaluar cómo de probable es que los decisores —tanto legisladores como jueces, en la medida en que también estos respondan a demandas de índole política, un riesgo que, en alguna medida, confirma la escasa confianza que depositamos en los tribunales de justicia según la *World Values Survey*— optimicen o no el bienestar social al decidir sobre este tipo de regla, conviene observar cómo cambian los incentivos e información de los afectados según dicha regla sea prospectiva o retroactiva, de modo que se aplique tan solo a los contratos futuros o también a los contratos ya vigentes. La clave reside en la desigualdad informativa que existe entre contratantes actuales y futuros acerca de los efectos de las reglas, lo que suele favorecer que, en su afán redistributivo, los contratantes actuales consigan introducir nuevas reglas ineficientes para regular los contratos futuros.

Por un lado, la parte receptora de las transferencias implícitas en el cambio o reinterpretación de las reglas (por ejemplo, los inquilinos o los deudores

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2018, de 12 de abril, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 124, de 22 de mayo de 2018.

hipotecarios) no solo tiene en ese cambio un gran interés, sino que los beneficios que esperan obtener resultan muy evidentes, lo que facilita su organización y su actividad como grupo de presión. Basta compararlos con los posibles afectados futuros (arrendatarios y deudores). Muchos de estos contratantes futuros incluso ignoran que lo van a ser y, por tanto, carecen de interés para esforzarse en entender las consecuencias y apoyar o no una propuesta regulatoria, amén de que los efectos sobre la eficiencia de los contratos futuros son menos obvios que los efectos redistributivos en contratos vigentes.

Sobre estos efectos redistributivos en contratos vigentes, las contrapartes ya no tienen nada que decidir ni contratar, sino que solo pagan o dejan de cobrar. Por el contrario, los efectos que ejercerán las reglas sobre nuestros contratos futuros dependen de que participemos o no en esos contratos y de cómo reaccionen sus contrapartes potenciales. Incluso desde el punto de vista cognitivo, evaluar las consecuencias de las nuevas reglas sobre contratos futuros requiere resolver un problema mucho más complicado, pues necesitamos imaginar cómo responderán otros agentes económicos —mostramos la importancia de este problema de los «pasos de razonamiento» o *steps of reasoning* en un experimento de contratación repetitiva y anónima en el que quienes representaban el papel de «deudores» instaban a los «jueces» a que fueran blandos y no les hiciesen devolver sus créditos. Al no apreciar los deudores que los «acreedores» dejarían entonces de conceder nuevos créditos, no solo acabaron los tres tipos de participantes en peor situación sino que, de los tres tipos, fueron los propios deudores los que acabaron peor (Arruñada y Casari, 2016)—.

#### 4. Consecuencias de limitar el Derecho privado

En primer lugar, y sea cual sea el origen de este tipo de cambio normativo, es obvio que, en la medida en que, por una u otra vía, se produzcan estos efectos retroactivos, se redistribuye riqueza entre las partes

de los contratos vigentes. Esta redistribución se hace, además, de una manera arbitraria incluso desde el punto de vista de la igualdad social, pues ambas partes de esos contratos suelen incluir tanto individuos ricos como pobres. Sin embargo, otras consecuencias menos obvias resultan más importantes y duraderas.

#### Reglas ineficientes en contratos futuros

En muchos casos, se daña la contratación de todos los contratos futuros del mismo tipo, que quedan sujetos a restricciones ineficientes y riesgos adicionales, lo que redundará en precios más elevados y reduce el volumen de transacciones para aquellos contratantes con atributos similares. Cuando se favorece de esta manera, por ejemplo, impidiendo los desahucios a una clase de individuos (como pueden ser los desempleados en situación de impago), se favorece momentáneamente y a costa de sus contrapartes a aquellos individuos con contrato vigente (desempleados que son arrendatarios o deudores cuando se promulga la regla). Pero se dificulta la contratación futura de todas aquellas personas que por sus características socio-laborales presenten un mayor riesgo de perder su trabajo en el futuro. Al anticipar un mayor riesgo de impago sin recurso al desahucio, acreedores y arrendadores intentarán protegerse, ya sea subiendo el precio o negándose a contratar.

En este caso tiene escaso mérito la posibilidad de que la intervención retroactiva venga a corregir un fallo del mercado. En competencia, los precios habrán estado ajustados al fallo. Este fallo ocurriría si la contratación libre fuese incapaz de anticipar correctamente el riesgo de impago y estructurar eficientemente el contrato de manera que incluyera, por ejemplo, una moratoria de pago para quien cae en desempleo. Sin embargo, por un lado, no se trata de contingencias infrecuentes ni poco sobresalientes. De hecho, en muchos países se pueden contratar seguros de hipoteca para tales supuestos. Por otro lado, la adopción de tales reglas suele coincidir con períodos de

crisis económica que aumentan el poder y capacidad de actuación de deudores e inquilinos, lo cual apoya una explicación en términos redistributivos. Aunque se alegue a menudo la existencia de fallos de mercado para promulgar tales leyes y sentencias redistributivas, se suele tratar de una excusa para disimular lo que parece más bien ser un fallo grave de la política: tanto parlamentos como jueces otorgan mucho peso a la opinión de las partes «vulnerables» con contrato pero ninguno a las partes futuras.

Merece la pena volver a considerar desde este punto de vista de los fallos del mercado cómo el desinterés del contratante futuro conduce a una imperatividad excesiva. Para ilustrar el fenómeno, tomaré como referencia las condiciones para la devolución de un préstamo. En principio, podría ser conveniente introducir a priori una regla imperativa (o incluso, aunque menos probable, regular un contrato a posteriori) si existe un fallo de mercado que impide a los prestamistas ofrecer las condiciones socialmente óptimas (por ejemplo, limitar las posibilidades de cobro). Esa regla imperativa habría de equilibrar los costes y beneficios resultantes de que, si proporciona mayor protección a los deudores, esas mejores condiciones para el deudor provocarán un aumento en la demanda de crédito pero reducirán su oferta (en términos gráficos, ambas funciones de demanda y oferta se desplazarían «hacia arriba»), pues se traducen en peores condiciones para el acreedor (suelen trasladarle riesgos y hacer más probable el impago). Así pues, probablemente, aumentará el tipo de interés (Stiglitz y Weiss, 1981) con efectos más inciertos sobre el volumen de crédito y el excedente total, efectos estos últimos que dependen de si los consumidores valoran esas mejores condiciones más o menos que el coste que suponen para los acreedores (e. g., Umbeck y Chatfield, 1982 o Zywicki, 2015). La ponderación política de estos efectos corre serio riesgo de ser imperfecta pues, como acabamos de ver, las dos clases de afectados —los contratantes actuales y futuros— sufren graves desigualdades informativas. En concreto, es

de temer que las decisiones legislativas y judiciales den menos importancia al interés de los contratantes futuros, cuyos contratos quedarán entonces sujetos a reglas imperativas ineficientes.

En realidad, la asociación de imperatividad y retroactividad es por tanto mucho más estrecha de lo que desde el idealismo legislativo suele parecer. Cuando lo que falla es el mercado y se introduce una regla imperativa para corregir dicho fallo, sería lógico que la regla fuese prospectiva pero que no se aplicase retroactivamente a los contratos vigentes, a menos que una de las partes se hubiese beneficiado de la imperfección al engañar a la otra, lo que no se resuelve con una regla general sino que requiere un examen judicial caso por caso. Además, al considerar los beneficios reales de esas posibles ventajas contractuales (derivadas, por ejemplo, de la presencia inadvertida en el contrato de una cláusula favorable), habrá de tenerse en cuenta si su presencia se compensa o no con una reducción en el precio, máxime en condiciones de competencia. Esta reflexión nos lleva, por ejemplo, a considerar que, en el caso de los préstamos hipotecarios, hubiera sido necesario examinar caso por caso no solo si la presencia de una determinada cláusula o práctica consuetudinaria había proporcionado de hecho una ventaja sino si esa ventaja había tenido o no compensación en términos de un menor precio.

En cambio, cuando lo que falla es la política y, como consecuencia, con el fin de redistribuir riqueza, se promulga una nueva regla o se dicta una sentencia presentada como interpretativa pero que, de hecho, comporta una nueva regla retroactiva, la imperatividad para contratos futuros es necesaria para camuflar la redistribución como una mejora o una reinterpretación correcta del contrato. Me temo que sucede así, por ejemplo, al modificar la interpretación de las condiciones informativas en las que las partes han venido contratando, como quizá ilustran en nuestro país tanto el tratamiento ocasional de la dación en pago como el más general del reparto de los gastos y de los «suelos» al tipo de interés de los préstamos

hipotecarios (Arruñada y Casas-Arce, 2018). La imperatividad a futuro deviene así mera consecuencia de la regulación de los contratos con fines distributivos. Si se reconociera que se hace con fines distributivos y puntuales no necesitaría ser imperativa, de modo que los contratos futuros no se verían sujetos a tales normas ineficientes; pero ese reconocimiento es políticamente inviable. Tanto el juez como el legislador redistributivo necesitan alegar que sus decisiones corrigen un fallo de la libertad contractual en el mercado.

### Retroceso de la especialización productiva

El que a menudo estas reglas retroactivas respondan a una lógica política que lleva a exceptuar a pequeños operadores contractuales entraña una discriminación contra la empresa, sobre todo contra la empresa de mayor tamaño, lo que contribuye a que en sectores enteros de actividad predominen estructuras artesanales e ineficientes, que no alcanzan economías de escala y emplean formas contractuales basadas en relaciones personales. El mercado de alquiler ha sido un paradigma en este sentido. A principios del siglo XX, España contaba con un boyante mercado de alquiler de viviendas, con abundancia de arrendadores de múltiples viviendas y por tanto relativamente especializados. Sin embargo, ese mercado perdió gran parte de su carácter profesional desde mediados de siglo, en paralelo con unas leyes de arrendamientos que, al establecer la prórroga indefinida y congelar los precios en un entorno inflacionario, transferían gran parte del valor de las viviendas a los arrendatarios con contrato vigente en el momento de su promulgación, destruyendo de paso todo incentivo a la inversión, sobre todo por parte de inversores profesionales<sup>13</sup>. Está por ver en qué medida sucederá algo similar con el mercado de crédito, en especial para el segmento de deudores

potencialmente más vulnerables. Deberíamos haber aprendido de la experiencia de los Estados Unidos, donde se estima que un 28,3 % de los hogares estadounidenses tienen dificultades para acceder al crédito (Baradaran, 2013, p. 485), y muchos de ellos han sido expulsados del mercado formal y deben recurrir a casas de empeño y usureros (Hansen, 2004, pp. 222-223), todo ello supuestamente a medida que ha ido aumentando la protección regulatoria de los deudores insolventes (Durkin *et al.*, 2014; Zywicki, 2015). Las consecuencias de este sesgo serían obvias: se favorece el gasto sobre el ahorro, escasea la inversión productiva y se desanima la asunción de riesgos. En especial, la actividad empresarial tiende a ser despreciada, como prueba la negativa imagen de los empresarios.

### Externalidades negativas

Asimismo, la retroactividad sobre algunos contratos genera inseguridad jurídica acerca de todos los contratos, que quedan al albur de posibles reinterpretaciones con fines redistributivos. ¿Qué deudor español puede confiar hoy en que, en medio de otra crisis económica y tras producirse el correspondiente impago, sea ejecutada de forma efectiva una hipoteca firmada al amparo de la flamante Ley 5/2019 de crédito inmobiliario? ¿Acaso en la legislación anterior no existían ya todo tipo de cautelas que fueron desechadas por nuestros jueces como meros formalismos como hizo la STS 241/2013 en materia de suelos hipotecarios? Tras lo ocurrido en el mercado hipotecario, ¿merecen confianza nuestras instituciones jurídicas respecto a cualquier otro contrato que eventualmente pueda ser objeto de una discusión política equiparable a la que sufrieron nuestros bancos tras la crisis de las cajas de ahorros? Piense, por citar un ejemplo que volvió a ser discutido a principios de 2020, en si gozan o no de certidumbre los contratos que rigen la relación entre algunos grandes distribuidores y sus agricultores y fabricantes «cuasi-integrados» verticalmente con ellos (Arruñada, 2000).

<sup>13</sup> Recuérdese, por ejemplo, que la ley permite cancelar el contrato de alquiler a los propietarios que necesiten la vivienda para sí mismos o sus familiares cercanos. Es esta una excepción que favorece en gran medida el tipo de mercado artesanal y retrógrado al que me refiero en el texto.

Por último, es verosímil que esas preferencias se traduzcan en una sobreactuación del Estado, no solo en cuanto a los papeles que deben jugar mercado y Estado en la economía sino, en lo que aquí más nos interesa, en cuanto al peso relativo de la libertad contractual y la legislación imperativa en las transacciones de mercado. Es plausible que estas distorsiones informativas estén retroalimentando nuestros valores dominantes en contra de la libertad de mercado y a favor del intervencionismo estatal<sup>14</sup>.

## 5. Conclusión: ¿qué hacer?

Inicié este artículo poniendo de relieve cómo habían fracasado numerosos intentos de racionalizar el marco normativo incluso en el atributo relativamente menos controvertido, el de mejorar la calidad técnica de las leyes. Tras analizar diversos indicios empíricos compatibles con la hipótesis de que ese fracaso pudiera responder a las preferencias de la ciudadanía española, procede preguntarnos qué consecuencias entrañaría considerar dicha hipótesis para mejorar el diseño institucional. Son pertinentes varias reflexiones.

En primer lugar, a la hora de formular propuestas normativas, debemos evitar la reacción pendular propia de quien pasa de olvidar por completo las restricciones culturales a considerar que estas constituyen una restricción infranqueable. Lo importante es considerar esas restricciones y adaptar el marco normativo en consecuencia, gestionando mejor los incentivos compensatorios que son necesarios para superarlas. Por ejemplo, si en un país se conduce mal y se generan demasiados accidentes, quizá proceda elevar las sanciones, como hicimos no hace mucho España. Cuando menos, esta actitud nos lleva a moderar el voluntarismo reformista y apreciar las lecciones que contienen las experiencias previas.

<sup>14</sup> Este círculo vicioso basado en los fallos de la política vendría a sumarse a los que, sin prestar atención a los aspectos distributivos de la regulación, se han venido analizando en la literatura económica en términos de corrupción y confianza interpersonal e institucional (e. g., Alesina y Angeletos, 2005a y 2005b; Aghion *et al.*, 2010).

El ejemplo de las sanciones de tráfico ilustra la posibilidad de gestionar normas sociales de carácter informal mediante cambios en las reglas formales para favorecer a largo plazo la emergencia de normas más eficientes. Conductas y preferencias individuales a menudo interactúan con dichas normas sociales en un marco de equilibrios múltiples. Por ejemplo, unas preferencias presentistas están mejor adaptadas a un país con normas sociales y reglas fiscales cortoplacistas, como España<sup>15</sup>. Aunque esas normas sociales sean fruto de equilibrios estables, pueden superarse «saltando» a un equilibrio más eficiente como fruto de cambios tanto exógenos (por ejemplo, las varias olas de condicionalidad introducidas por la política europea ya desde antes de entrar España en el Mercado Común), como endógenos, desde liderazgos políticos a cambios institucionales afortunados. Por desgracia, algunos de nuestros cambios más recientes parecen ir en dirección contraria: por ejemplo, hemos sustituido un sistema hipotecario draconiano pero efectivo por reglas laxas que parecen haber destruido gran parte de la eficacia *in rem* de la garantía hipotecaria.

El análisis también ha puesto de relieve la importancia de seguir la recomendación coasiana de tratar en pie de igualdad los fallos del mercado y de la política. Al igual que prestamos atención a los sesgos cognitivos y las asimetrías informativas para regular la contratación en el mercado, habríamos de apreciar la presencia de fallos similares en las decisiones del ámbito político (incluidas entre ellas tanto las legislativas como las judiciales) con el fin de poner los medios para atenuarlas y mejorar la toma de decisiones. Parece relativamente fácil aplicar esta perspectiva en el terreno fiscal, aumentando la transparencia en el pago de impuestos y el disfrute de servicios públicos. Resulta más difícil imaginar medidas equivalentes para corregir nuestra proclividad a restringir la libertad contractual en vez de aplicar soluciones

<sup>15</sup> Cabe imaginar equilibrios de esa índole similares a los descritos, por ejemplo, por Fehr y Falk (2002, pp. 704-ss.).

de Derecho público. En este caso, podemos suponer bien informadas a las partes de los contratos vigentes (por ejemplo, acreedores y deudores) pero no a los principales perjudicados a largo plazo: los contratantes futuros (deudores) que han de contratar bajo reglas imperativas ineficientes cuyo objetivo no es otro que redistribuir rentas entre las partes de los contratos vigentes. Una posible solución pasaría por entender y definir mejor la función social que en un contexto tan hostil al Estado de derecho pueden desempeñar los *lobbies* empresariales si, incluso al precio de reducir la competencia, contribuyen a preservar la eficiencia de las reglas contractuales.

Por último, la mayor parte del análisis se ha ocupado de lo que cabe entender como la «demanda» de reglas jurídicas. Obviamente, es mucho lo que cabría hacer en este terreno en cuanto a la organización de su «oferta», de modo que tuviera en cuenta las características de la demanda para compensar sus sesgos y fallos sistemáticos. Por ejemplo, cabe reproducir a escala institucional la estrategia de Ulises de atarse al mástil para soportar el canto de las sirenas. Si en el momento «constitucional» los ciudadanos fuéramos conscientes de que tendemos a sufrir miopía a la hora de demandar decisiones legislativas y judiciales, deberíamos dotar a estas instituciones de incentivos y salvaguardias que en alguna medida les blinden de nuestra propia demanda cortoplacista. Ciertamente, la resistencia de estos mecanismos a largo plazo no está asegurada si existe una gran distancia entre las preferencias de los ciudadanos y las soluciones que adoptan jueces y legisladores. Los productores de esa oferta no solo acaban compartiendo esas preferencias generales sino que en una sociedad democrática se sienten obligados a obedecerlas y, aún más importante, cuando obedecen son generosamente gratificados. La evolución del mercado hipotecario podría servir de nuevo como ejemplo, tanto de la eficacia durante décadas de esos mecanismos como de su fragilidad terminal ante el impacto combinando de la crisis económica, la quiebra de las cajas de ahorros y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## Referencias bibliográficas

- Aghion, P., Algan, Y., Cahuc, P., & Shleifer, A. (2010). Regulation and Distrust. *Quarterly Journal of Economics*, 125(3), 1015-1049.
- Alesina, A., & Angeletos, G. M. (2005a). Fairness and Redistribution. *American Economic Review*, 95(4), 960-980.
- Alesina, A., & Angeletos, G. M. (2005b). Corruption, Inequality, and Fairness. *Journal of Monetary Economics*, 52(7), 1227-1244.
- Álvarez-Nogal, C., & Prados de la Escosura, L. (2013). The Rise and Fall of Spain (1270-1850). *The Economic History Review*, 66(1), 1-37.
- Arruñada, B. (2000). The Quasi-Judicial Role of Large Retailers: An Efficiency Hypothesis of their Relation with Suppliers. *Revue d'Economie Industrielle*, 92, 277-296.
- Arruñada, B. (2020). Envidia del mérito, muerte de la competencia. *Voz Populi*, 12 de julio. Visitada el 15 de julio de 2020. [https://www.vozpopuli.com/opinion/envidia-merito-competencia-amancio-ortega\\_0\\_1372363206.html](https://www.vozpopuli.com/opinion/envidia-merito-competencia-amancio-ortega_0_1372363206.html)
- Arruñada, B., & Casari, M. (2016). Fragile Markets: An Experiment on Judicial Independence. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 129, 142-156.
- Arruñada, B. y Casas-Arce, P. (2018). Préstamos hipotecarios y limitaciones al tipo de interés. En J. J. Ganuza y F. Gómez Pomar (Coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico* (pp. 285-314). Cizur Menor: Thompson Reuters Aranzadi.
- Baradaran, M. (2013). How the Poor Got Cut Out of Banking. *Emory Law Journal*, 62(3), 483-548.
- Cabrillo, F. y Pastor, S. (2001). *Reforma judicial y economía de mercado*. VII Premio Círculo de Empresarios. Madrid, julio.
- Carrasco, S. (2014). *¿Hay Derecho? La quiebra del Estado de derecho y de las instituciones en España*. Barcelona: Península. (Autores: Fernando Gomá Lanzón, Ignacio Gomá Lanzón, Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado, Fernando Rodríguez Prieto y Rodrigo Tena Arregui).
- CEOE, Confederación Española de Organizaciones Empresariales (2018). *Decálogo: propuestas de mejora legislativa en el ámbito económico*. CEOE, Madrid, julio.
- Círculo de Empresarios (2018). La calidad del sistema jurídico como clave del crecimiento económico y del progreso social. Grupo de Trabajo sobre Seguridad Jurídica. *Círculo de Empresarios*, Madrid, febrero.
- Coase, R. H. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, 3, 1-44.
- Cooter, R., & Ulen, T. (2016). *Law and Economics*, 6th edition. Berkeley Law Books.
- Durkin, T. A., Elliehausen, G., Staten, M. E., & Zywicki, T. J. (2014). *Consumer Credit and the American Economy*. Oxford: Oxford University Press.

- Eurobarometer (2010). *Entrepreneurship in the EU and Beyond. A survey in the EU, EFTA Countries, Croatia, Turkey, the US, Japan, South Korea & China. Analytical Report*. Flash Eurobarometer 283, May.
- Fehr, E., & Falk, A. (2002). Psychological Foundations of Incentives. *European Economic Review*, 46(4-5), 687-724.
- FUNCAS, Fundación de las Cajas de Ahorros (2019). Encuesta FUNCAS sobre la percepción de las desigualdades económicas en España (ASP 19.062). Basada en la encuesta realizada por Analistas Socio-Políticos (ASP) entre el 19 y 30 de septiembre de 2019. FUNCAS, Madrid, octubre.
- Fundación BBVA (2013). Valores políticos-económicos y la crisis económica. Departamento de Estudios Sociales y Opinión Pública de la *Fundación BBVA*, abril. Encuestas realizadas a finales de 2012.
- Fundación BBVA (2019). Estudio Internacional de Valores Fundación BBVA. Primera parte: Valores y actitudes en Europa acerca de la esfera pública. Departamento de Estudios Sociales y Opinión Pública de la *Fundación BBVA*, septiembre. Encuestas realizadas en abril y julio de 2019.
- Gómez Pomar, F. (2010). El legislador impaciente. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2/2010.
- Gómez Pomar, F. (2011). Algunas medidas de reforma de la justicia. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. 4/2011.
- Gómez Pomar, F. (2012). Un cuento de dos legisladores. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. 3/2012.
- Hansen, B. A. (2004). Debt. In Gwendolyn Mink y Alice O'Connor, *Poverty in the United States: An Encyclopedia of History, Politics, and Policy Vol. 1* (pp. 221-225). Santa Barbara, CA: ABC Clío.
- Inglehart, R., Haerpfer, C., Moreno, A., Welzel, C., Kizilova, K., Díez-Medrano, J., ...Puranen, B. (2014). World Values Survey: All Rounds - Country-Pooled Datafile Version. *JD Systems Institute*. Madrid.
- LFMI, Lithuania Free Market Institute (2019). *Employment Flexibility Index 2020: EU and OCDE countries*. Vilnius.
- MacKay, A. (1977). *Spain in the Middle Ages. From Frontier to Empire, 1000-1500*. London: Palgrave Macmillan.
- Mora-Sanguinetti, J. S. y Pérez-Valls, R. (2020). ¿Cómo afecta la complejidad de la regulación a la demografía empresarial? Evidencia para España. *Banco de España*, documentos de trabajo, número 2002.
- Remón Peñalver, J. (2012). La reforma de la Justicia. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 104-110. Número especial sobre reformas estructurales.
- Remón Peñalver, J. (2018). La seguridad jurídica y los sistemas de solución de conflictos. En G. Jiménez-Blanco (María José Menéndez Arias, Directora), *Liber Amicorum*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Salvador Coderch, P. y Gómez Ligüerre, C. (2010). *Reformas para la mejora de la eficiencia de la justicia española*. Informe emitido en interés de la CEOE, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira y Universitat Pompeu Fabra, octubre.
- Secretaría de Estado de Economía, Ministerio de Economía y Hacienda (1996). *Informe final de la Comisión Especial de Ordenamiento Jurídico Económico*. Creada en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de enero de 1995, Madrid.
- Stiglitz, J. E., & Weiss, A. (1981). Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. *American Economic Review*, 71(3), 393-410.
- Umbeck, J., & Chatfield, R. E. (1982). The Structure of Contracts and Transaction Costs: Note. *Journal of Money, Credit and Banking*, 14(4), 511-516.
- Vázquez Albert, D. (2019). La nueva Directiva de insolvencia y su coordinación con el Texto Refundido de la Ley Concursal. *REFOR*, 54, 17-22.
- Zywicki, T. J. (2015). The Law and Economics of Consumer Debt Collection and Its Regulation. *Mercatus Working Paper*. Mercatus Center at George Mason University, Arlington, VA, September.

Nuno Garoupa\*  
Carlos Gómez Ligüerre\*\*

## EFICIENCIA ECONÓMICA Y SISTEMAS LEGALES

*Hace décadas que la literatura económica sobre sistemas legales asume que los ordenamientos jurídicos del Common law promueven resultados más eficientes que los que son propios de las jurisdicciones pertenecientes a la tradición jurídica del Civil law. El fundamento de tal afirmación estaría en una predisposición estructural del Common law para hallar la solución legal que mejor se aviene a las necesidades del mercado. El presente trabajo discute el acierto de esa afirmación. Lo hace desde una perspectiva metodológica.*

### Economic efficiency and legal systems

*The Economics literature about legal systems has assumed for decades that the Common law legal system fosters results that are more efficient than the equivalent results produced by the Civil law legal system. The rationale that backs up this assertion is that Common law has a structural predisposition to find the legal solution that suits better to the markets' needs. This paper challenges the rightness of that assertion. It does so using a methodological perspective.*

**Palabras clave:** derecho comparado, legal origins, análisis económico de los sistemas legales.

**Keywords:** comparative law, legal origins, economic analysis in legal systems.

**JEL:** K40, K10, K15.

#### 1. Introducción: planteamiento del problema, crítica metodológica y plan de trabajo

La metodología habitual en los estudios de derecho comparado distingue dos grandes familias o tradiciones legales (Zweigert y Kötz, 1996). Se asume como criterio básico de distinción el proceso de creación de la norma jurídica y la posición que el juez ocupa respecto de ella. Conforme a ese criterio básico se

distingue entre el *Common law* y el *Civil law*. En el primero, la norma tiene un origen judicial y su reconocimiento como fuente de derechos y de obligaciones viene dado por la eficacia que los sistemas legales pertenecientes a esa tradición legal reconocen al precedente judicial, a la regla ya elaborada por un juez o tribunal y que los posteriores vienen obligados a respetar en casos análogos que resuelvan con posterioridad. En el segundo, la norma jurídica es la expresión de la voluntad popular manifestada en una regla general y abstracta, promulgada por un legislador centralizado cuyos mandatos deben ser aplicados por los jueces. El criterio básico de distinción atiende, por tanto, a la posición del juez en el sistema jurídico: en los ordenamientos jurídicos pertenecientes al *Common*

---

\* Professor of Law & Associate Dean for Research. Antonin Scalia Law School. George Mason University, Arlington (EE UU).

\*\* Profesor titular de universidad, Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. UPF Barcelona School of Management.

Versión de mayo de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7072>

*law*, el juez tiene capacidad de elaboración de criterios legales potencialmente generales, mientras que en los sistemas del *Civil law*, el juez es un mero aplicador —intérprete a lo sumo— de los mandatos emanados de una autoridad ajena a la función judicial (Gordley y von Mehren, 2006).

La distinción entre *Common law* y *Civil law* es una convención metodológica. Todos los comparatistas son conscientes de que se trata de una simplificación que obvia diferencias relevantes entre ordenamientos, incluso entre aquellos agrupados en una misma tradición, pero que permite comparar y analizar realidades jurídicas dispares de una forma sencilla. La dicotomía entre ambas tradiciones, más allá del criterio básico referido, apenas da razón de la configuración de los ordenamientos jurídicos concretos, pero hace posible abstraerse de esas diferencias y efectuar afirmaciones generales sobre los diferentes modos de resolver los conflictos que todo ordenamiento jurídico está llamado a resolver (Glenn, 2001).

Sin embargo, la distinción entre el *Common law* y el *Civil law* ha trascendido las fronteras de los estudios del derecho comparado. Hace décadas que ha sido adoptada por los análisis económicos de los sistemas legales en los que es habitual que las referencias a la distinción se planteen en términos de contraposición entre culturas o tradiciones legales. Así, y de una forma matizadamente diferente a la propuesta del derecho comparado que es solo metodológica, se analizan las dos grandes tradiciones legales en las que se ubican todos los ordenamientos jurídicos del mundo en términos de eficiencia.

El proceso tiene un origen claro en la afirmación que Richard Posner incluyó en la primera edición de su influyente trabajo sobre análisis económico del derecho (Posner, 1972) conforme a la cual el *Common law* promueve resultados más eficientes que el *Civil law*. Según el autor, existe una lógica implícita favorable a la eficiencia económica en el proceso de determinación de la norma que es propio del *Common law*. La cercanía con el precedente y su configuración

con motivo de casos concretos supondría una mayor aptitud del *Common law* para encontrar soluciones coherentes con las exigencias del mercado. Dicho de otro modo, la evolución del *Common law* lo ha convertido en un sistema más cercano a los intereses de las partes potenciales en cualquier proceso judicial y, por consiguiente, más sensible a las exigencias del mercado. El argumento tiene sus orígenes históricos en la obra de Oliver Wendell Holmes (Holmes, 1882) y posteriormente en los trabajos de Rubin (1977), Priest (1977) y Goodman (1978). Aunque el autor no menciona argumentos de eficiencia económica, destaca que el proceso de creación del *Common law*, al ser más cercano a los intereses de la comunidad de justiciables, lo hace más propenso a encontrar soluciones adecuadas para los intereses colectivos y le dota de mayor flexibilidad que un sistema de resolución de conflictos basado en criterios decididos por una autoridad general. La idea que subyace a ese razonamiento es que el sistema de creación de la regla jurídica en los sistemas del *Common law* permite la adopción de nuevas soluciones y la derogación de las menos satisfactorias de una forma más flexible que la propia de los sistemas del *Civil law*, dependientes de la decisión de un legislador centralizado. La evolución del *Common law* sería, de este modo, más propensa a la purificación del ordenamiento y a la expulsión de reglas ineficientes.

Esa afirmación se desarrolla ampliamente en los trabajos que La Porta, López de Silanes y Shleifer publican en la primera década de este siglo (resumidos en La Porta, López de Silanes y Shleifer, 2008) y que han dado lugar a la literatura sobre *Legal Origins*, centrada en el análisis de los efectos que tiene para el desarrollo económico la pertenencia de una economía nacional a alguna de las dos grandes tradiciones legales. Conforme a los estudios indicados y con apoyo en el análisis estadístico que les acompaña, los países pertenecientes al *Common law* son, de media, más ricos —disponen de un PIB mayor y de una renta per cápita más elevada— que los países cuyo ordenamiento

jurídico pertenece a la tradición del *Civil law*. La afirmación atiende a la media de las variables indicadas y su correlación con las dos tradiciones legales señaladas.

Las contribuciones señaladas obvian el debate sobre la principal cuestión de la que tratan, pues no definen conforme a qué criterios comparan la mayor o menor eficiencia de las soluciones legales ni los parámetros conforme a los cuales esa eficiencia debe ser evaluada. Se asume que el seguimiento del precedente judicial permite optimizar la eficiencia de las decisiones judiciales, sin tener en cuenta, por un lado, que la misma cercanía del juez a la comunidad que recibe sus decisiones (que es uno de los rasgos destacados del *Common law*) le sitúa en una posición más frágil en términos de captura del decisor y, por otro lado, que los casos que resuelven los tribunales pueden no ser representativos de los conflictos que ha de resolver un sistema legal: ni todos los asuntos se pleitean, ni los que se pleitean agotan los recursos disponibles (Miceli, 2009). También se obvia que la confianza exclusiva en la existencia de controversias individuales excluye la corrección de acuerdos privados máximamente beneficiosos para sus partes pero muy perjudiciales para terceros. La legislación, tal y como se entiende en los ordenamientos del *Civil law*, parece un instrumento más eficiente para la reducción de las externalidades negativas. Afirmar con carácter general que un sistema de decisión *ex post* es superior a otro de adjudicación *ex ante* desconoce la necesaria interacción entre ambos (Shavell, 1984).

Sin entrar en esas cuestiones, ni en la más general sobre el concepto de «justicia» como objetivo último de cualquier sistema legal de adjudicación de derecho y obligaciones, el presente trabajo quiere contribuir al debate sobre la eventual existencia de una correlación entre la pertenencia de un ordenamiento jurídico a una u otra tradición legal y criticar la conclusión contenida en esos estudios, conforme a la cual los ordenamientos del *Common law* promueven la eficiencia en mayor medida que los ordenamientos jurídicos del *Civil law*. La crítica se plantea en términos

estrictamente metodológicos. No se trata de debatir la supuesta superioridad del *Common law* demostrando sus debilidades o las fortalezas del *Civil law*. El objetivo, en la línea de alguno de los trabajos previos de los autores de este artículo (Garoupa y Gómez, 2011; 2012a; 2012b), es evidenciar que la metodología empleada para concluir una supuesta superioridad de los ordenamientos jurídicos del *Common law* en la obtención de resultados eficientes, no es correcta o, mejor dicho, que la misma metodología serviría para concluir lo contrario de lo que afirma la literatura sobre orígenes legales.

En concreto, en este trabajo se destacarán tres aspectos que permiten dudar de la consistencia de la afirmación conforme a la cual el *Common law* promueve resultados más eficientes que el *Civil law*. En primer lugar, se destaca que la afirmación suele ir acompañada del análisis de ciertas instituciones legales que se escogen como ejemplo paradigmático de la mayor eficiencia de la solución ofrecida por los sistemas legales del *Common law*. Sin perjuicio de la mayor o menor cercanía con los postulados de la eficiencia económica de esas concretas soluciones legales, lo cierto es que en la tradición jurídica del *Common law* existen otros muchos ejemplos cuya eficiencia es discutible. Una selección diferente de ejemplos daría lugar a una conclusión distinta y esto, a juicio de los autores de este trabajo, evidencia la debilidad de la afirmación que se discute.

En segundo lugar, la mayor eficiencia del *Common law* sería una afirmación sesgada por la misma reducción metodológica que supone encajar todos los ordenamientos legales del mundo en los rígidos parámetros de una clasificación doble. Los ordenamientos del *Common law* evidencian una diversidad tan acusada como los que se incluyen en la tradición del *Civil law* y no parece sensato afirmar que todos los que pertenecen a una tradición son más eficientes que el resto, formado por todos los ordenamientos que pertenecen a la tradición del *Civil law*. Existe, de hecho, una progresiva uniformización de ambas tradiciones legales

en muchos sectores legales. En especial, en aquellos más expuestos a los efectos de la globalización de los mercados y los más sensibles en los procesos de uniformización u homogeneización de sistemas legales.

En tercer lugar, el trabajo sugiere tener en cuenta el matiz que aportan las identificadas como *Mixed jurisdictions*, sistemas legales nacionales en los que conviven principios y formas propios de ambas tradiciones legales y en los que coexisten instituciones procedentes tanto del *Common law* como del *Civil law*. Se trata, en general, de jurisdicciones poco relevantes en términos económicos, pero muy importantes en términos metodológicos pues obligan a matizar la rotundidad de la distinción entre ambas tradiciones legales y, en consecuencia, las afirmaciones que toman esa distinción como punto de referencia.

## 2. El sesgo en la elección de los ejemplos

La mayor eficiencia del *Common law* suele justificarse con determinadas instituciones legales propias de esa tradición jurídica que manifestarían estructuralmente un sistema de decisión proclive a soluciones eficientes. Los ejemplos son diversos y su análisis detallado excede del objeto de este trabajo (Mattei, 1997). Lo único que interesa destacar aquí es la crítica a una metodología basada en soluciones concretas que soslaya el análisis de cada institución en el marco general del ordenamiento en que se aplica. Con carácter general, hay que asumir que las sociedades, y los individuos que las forman, no permitirán el mantenimiento de soluciones ineficientes si existen alternativas mejores. La evolución de todo ordenamiento debe entenderse, así, desde la perspectiva de su progresivo perfeccionamiento, por lo que es arriesgado afirmar que una determinada tradición legal ha consolidado soluciones ineficientes y se ha conformado con ellas.

La crítica que se plantea, en general en este trabajo y en especial en este apartado, es metodológica. La selección de determinadas instituciones legales

no puede adoptarse como prueba de la eficiencia de todo el sistema legal, pues en todos existen instituciones legales cuya eficiencia puede ser debatida (o que cede frente a otros valores económicos o sociales). En todo caso, el análisis de una institución legal exige un estudio dinámico y no meramente estático.

Así sucede, por ejemplo, con los remedios frente al incumplimiento contractual. Uno de los rasgos estructurales que diferencia la tradición del *Common law* y del *Civil law* es que el primero parte de un principio general de indemnización de los daños causados por el incumplimiento, *damages*, mientras que el segundo permite al acreedor la exigencia del cumplimiento específico, *specific performance*. La posibilidad de resolver todo contrato mediante la indemnización de los daños causados suele presentarse como una ventaja de los sistemas contractuales del *Common law*, pues permite incumplimientos eficientes del contrato: el deudor puede estar más interesado en incumplir el contrato actual y concluir otro con el que obtenga un mayor rendimiento si este supera la cuantía de la indemnización que debe pagar. La posibilidad legal de exigir el cumplimiento específico del contrato por la parte que padece el incumplimiento impediría incumplimientos eficientes, pues el bien o servicio no podría prestarse a un tercero interesado en pagar más que el acreedor contractual.

La literatura económica (Cooter y Ulen, 2012) ha destacado que la ventaja de un sistema de remedios basado en los *damages* frente a otro que permite la pretensión de *specific performance* es solo aparente. En ausencia de costes de transacción, o en un escenario de equivalencia de su cuantía entre diferentes escenarios, la elección legal es irrelevante, pues nada impide que el acreedor contractual que optó por el cumplimiento específico en un régimen legal del *Civil law* venda o provea el servicio al tercero más interesado que él en el objeto del contrato. La diversidad de soluciones no afecta a la eficiencia del mercado, sencillamente promueve que sea otro el que haga el (buen) negocio.

Existen, además, rasgos característicos de los sistemas legales del *Common law* que son compartidos por algunas jurisdicciones del *Civil law*, por lo que no deberían servir como un criterio de distinción —ni que soporte afirmaciones de una eventual superioridad— entre tradiciones legales. Así sucede con una cuestión central al derecho de la responsabilidad que tiene importantes consecuencias prácticas. Se trata de la posibilidad de acumular en un mismo procedimiento, por los mismos hechos y contra el mismo demandado, una pretensión de responsabilidad contractual con otra por daños extracontractuales. Tradicionalmente, el *Common law* ha distinguido ambas pretensiones. De hecho, la diferencia no es únicamente procesal, pues incide en el ámbito de la pretensión del demandante que puede estar habilitado para pedir el interés positivo, *expectation damages*, o solo el interés negativo, *reliance damages*. Numerosas decisiones en muchas jurisdicciones del *Common law* han relajado esa distinción y es habitual, en la actualidad, que la acumulación sea posible en muchas jurisdicciones pertenecientes a esa tradición legal.

El debate se plantea en términos análogos entre jurisdicciones del *Civil law*. Así, mientras la tradición francesa promueve la distinción del régimen legal y procesal de ambas pretensiones, *non cumul*, los derechos alemán e italiano, por ejemplo, permiten la acumulación. La cuestión tiene importantes implicaciones en la regulación del derecho de daños y afecta a cualquier análisis sobre la eficiencia de las soluciones legales sobre la materia. Resulta, sin embargo, que ese debate trasciende a la distinción entre *Common law* y *Civil law*, pues se reproduce en los mismos términos entre las jurisdicciones pertenecientes a cada una de esas tradiciones legales. No puede, eso es lo que interesa destacar aquí, tomarse como un criterio de distinción en el análisis de los efectos asociados a la dicotomía referida.

Otro ejemplo, marginal desde el punto de vista económico, pero revelador de que el análisis de las tradiciones legales puede dar lugar a resultados diferentes si

se cambian los ejemplos de referencia, es la ausencia de un deber general de socorro, *duty to rescue*, en la mayoría de jurisdicciones del *Common law*. De hecho, suele presentarse la ausencia de un deber general de ayuda como un rasgo característico del *Common law* que lo distingue de las jurisdicciones del *Civil law*, que incorporan mayoritariamente una *Good Samaritan rule* conforme a la cual existe un deber general de ayuda a la víctima de un daño, aunque el obligado a ayudar no haya participado en la causación del perjuicio, cuya inobservancia puede dar lugar a responsabilidad. La diferencia suele justificarse en cuestiones culturales, pero es obvio que la existencia de un deber general de socorro promueve resultados más eficientes que su ausencia. Siempre será más eficiente evitar el daño, sobre todo si es personal, que confiar en la pretensión de responsabilidad de la víctima contra el causante del perjuicio.

Es oportuno insistir en que estos y otros muchos ejemplos imaginables no se plantean como la evidencia de lo contrario a lo que se quiere discutir en este trabajo. No se trata de demostrar que el *Civil law* es más eficiente que el *Common law*. De lo que se trata es de poner de manifiesto que el análisis de instituciones legales concretas no es un método para analizar la mayor o menor eficiencia de las soluciones legales propias de ambas tradiciones jurídicas.

### 3. La evolución de los sistemas legales

Como ya se ha dicho, el criterio básico de distinción entre el *Common law* y el *Civil law* se busca en la posición que el juez ocupa frente a la norma que contiene el criterio de decisión del caso concreto. En el *Common law* la regla jurídica debe encontrarse o subsumirse del precedente judicial, que el juez debe observar salvo que justifique la existencia de motivos que aconsejen apartarse de él. En el *Civil law*, el juez viene obligado a aplicar la regla general abstracta que resulte de aplicación y subsumir el supuesto de hecho del caso que debe resolver en el supuesto de hecho contemplado por la norma aplicable.

Se trata, conviene insistir de nuevo, en una reducción de la que no deberían extraerse más conclusiones que las estrictamente metodológicas, pues tal es el único objetivo de la simplificación que supone reducir la diversidad de todos los ordenamientos jurídicos del mundo a una simple clasificación dual. Al fin y al cabo, como el propio juez Posner reconoce (Posner, 2008), se trata de dos modos diferentes de obtener un mismo resultado, que no es otro que el de anudar la decisión judicial a parámetros predecibles y evitar que la libertad del juzgador sea un pretexto para la arbitrariedad. El *Common law* limita la libertad del juez mediante la sujeción al precedente y el *Civil law* hace lo propio con la sujeción del juez a la ley.

En todo caso, el criterio de distinción entre ambas tradiciones obvia matices muy relevantes. Tanto que impiden asociar con carácter general la inclinación de una u otra tradición hacia los postulados de la eficiencia económica. Por un lado, amplios sectores de los ordenamientos jurídicos del *Civil law* se han desarrollado gracias a la labor de interpretación e integración de la norma jurídica llevada a cabo por jueces y tribunales. La rigidez del derecho positivo y la lentitud de los legisladores en adaptarlo a los cambios sociales han forzado a jueces y tribunales de jurisdicciones del *Civil law* a ampliar los tipos legales, integrarlos mediante la técnica de la analogía y a interpretar la norma en el sentido más adecuado a la realidad social a la que debía aplicarse. De hecho, y asumiendo las restricciones que la existencia de una norma legal puede imponer al proceso de su aplicación, lo cierto es que todos los sistemas del *Civil law* reconocen a sus jueces la función de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico en términos muy similares a como el *Common law* les encomienda la función de creación de la norma jurídica.

En todos los ordenamientos del *Civil law* existen áreas de aplicación del derecho donde los principios y reglas son de creación judicial, bien porque los jueces se han anticipado al legislador o bien porque este, cuando ha decidido legislar sobre la materia, ha tenido

en cuenta su desarrollo judicial previo (Wangenheim, 1993). Un buen ejemplo de este proceso de creación judicial del derecho, a pesar de un contexto de sujeción general a la norma legal abstracta, es el derecho de daños. Todos los códigos civiles europeos dedicaron a la responsabilidad civil extracontractual una atención que se ha revelado inferior a la gravedad y complejidad de los problemas que los jueces europeos pertenecientes a la tradición del *Civil law* han tenido que resolver en las últimas décadas. El desarrollo del derecho de daños en muchas —sino en todas— las jurisdicciones del *Civil law* ha seguido un recorrido similar al proceso de creación de las normas que es propio de la cultura del *Common law*. El derecho de daños es, en definitiva, un derecho que en una medida relevante ha sido de creación judicial y el proceso es común a todas las tradiciones. En algunos casos, como consecuencia de su proceso interno de solución, en otros, a resultas de la función de integración del ordenamiento que se encomienda a los tribunales. La realidad es que todas las jurisdicciones comparten categorías (por ejemplo, las propias de la *remoteness*, *proximate causation*, *objective Zurechnungslehre* o *imputación objetiva* o el reconocimiento de la *strict liability*, *Gefährdungsrisiko* o *responsabilidad objetiva*) que aplican de manera análoga para la solución de problemas equivalentes. En todo caso, el ejemplo, sin perjuicio de las diferencias materiales que puedan existir entre jurisdicciones, evidencia que la distinción radical entre *Common law* y *Civil law* no da razón ni de todos los sectores del ordenamiento, ni siquiera dentro de las fronteras del derecho privado, ni de la convergencia que se produce entre ambas tradiciones cuando los respectivos sistemas legales acentúan el protagonismo judicial.

Por un lado, y en la dinámica de presentación de contraejemplos que esta investigación propone, la afirmación conforme a la cual el *Common law* disfrutaría de una lógica interna más favorable a la adopción de soluciones eficientes que cualquier otro modo de organizar un ordenamiento jurídico, supone que

el *Common law* es un cuerpo unificado y unitario de doctrinas. No es así. Las diferencias entre los ordenamientos jurídicos del *Common law* son tan acentuadas como las que existen entre los sistemas legales del *Civil law*. Tantas y de tanta relevancia que apenas puede emplearse la categoría para otros fines que los metodológicos, sin que sea posible anudar afirmaciones que toman como referencia el contenido material de los ordenamientos que se clasifican en cada tradición.

De hecho, la diversidad existente en los ordenamientos de la órbita del *Common law* muestra que muchos de ellos han adoptado instituciones legales históricamente vinculadas a los sistemas codificados del *Civil law*. Los sistemas registrales del derecho de propiedad y de otros derechos sobre bienes inmuebles, muy extendidos en muchas jurisdicciones del *Common law* (por ejemplo, en Australia y Nueva Zelanda), comparten función, requisitos y objetivos con los sistemas de registro de la propiedad habituales en las jurisdicciones del *Civil law*. Son, conviene destacarlo, mecanismos que promueven la solución de conflictos sobre la titularidad de derechos inmobiliarios al margen del sistema judicial (Arruñada y Garoupa, 2005).

Por otro lado, en todos los ordenamientos del *Common law* es evidente la tendencia por una mayor presencia del derecho positivo, al estilo de las jurisdicciones del *Civil law* (Garoupa y Ogus, 2006). El proceso de creación de la norma en el *Common law* tiene el grave inconveniente del menor grado de seguridad jurídica que supone la confianza en el seguimiento del precedente, en especial, cuando ese precedente no es único ni unívoco. Por otra parte, supone que los cambios legales se producen con motivo de casos que proponen la adopción de nuevas doctrinas legales o la confirmación de las ya existentes. Estos extremos justifican que los legisladores, también en las jurisdicciones del *Common law*, recurran de manera frecuente a la norma legal, general y abstracta que incluye mandatos para los justiciables y que vincula a los jueces y tribunales que deben aplicarla. Ya no se puede decir

que el *Common law* sea un derecho de —exclusiva— creación judicial, aspecto sobre el que pivota la afirmación de su tendencia favorable a soluciones eficientes (Clark, 2006).

En efecto, las diferencias entre ordenamientos del *Common law* son relevantes. En cualquier ámbito del derecho, existen diferencias en la aplicación de las doctrinas tradicionales del *Common law* que han adoptado las jurisdicciones de los Estados Unidos de América y del Reino Unido, por ejemplo. Tantas que parece aventurado afirmar que todas ellas, como consecuencia de un mismo proceso genético de elaboración, promueven la eficiencia en mayor medida que cualesquiera otras imaginables procedentes de jurisdicciones del *Civil law*. Parece oportuno destacar la labor uniformizadora del derecho que lleva a cabo el *American Law Institute* mediante la elaboración de *Restatements of the law*, textos que carecen de una sanción pública pero que promueven una homogeneización en la aplicación de las doctrinas del *Common law* en las jurisdicciones de los Estados Unidos de América de una forma que, claramente, evoca la influencia que el derecho codificado puede tener en los tribunales de las jurisdicciones del *Civil law*.

Por último, en muchos ámbitos del derecho privado, la distinción entre *Common law* y *Civil law* ha desaparecido y ha cedido a normas comunes que de forma unificada regulan amplios aspectos de la vida económica (Garoupa, Gómez y Mélon, 2016). Los ejemplos son numerosos, el más destacado desde el punto de vista legal es, acaso, el de la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena en 1980 (CISG, por sus siglas en inglés). El texto propone una regulación unitaria de la compraventa internacional que ha sido adoptada por la mayoría de jurisdicciones del mundo (con la llamativa excepción del Reino Unido) y que se ha convertido en un texto común a ambas tradiciones jurídicas y de extraordinaria importancia teórica y práctica, cuya regulación supera la distinción tradicional entre familias o grupos legales.

#### 4. Las jurisdicciones mixtas y la hipótesis de la eficiencia del *Common law*

La consideración del *Common law* como un sistema organizado de reglas que promueve soluciones más eficientes que las propias del *Civil law*, obvia la existencia de jurisdicciones, denominadas mixtas, en las que conviven instituciones y doctrinas jurídicas propias de ambas tradiciones legales. Los ejemplos son numerosos en el panorama del derecho comparado (Örücü, 2010). Aunque en su mayoría se corresponden con jurisdicciones de escasa relevancia desde el punto de vista económico, su existencia es reveladora de una posición intermedia entre el antagonismo que sugiere la distinción general entre *Civil law* y *Common law*.

La existencia de jurisdicciones mixtas, *Mixed jurisdictions*, sugiere, en primer lugar, que la distinción entre *Common law* y *Civil law* y sus efectos debería corresponderse con el análisis de instituciones jurídicas concretas, pues la misma propensión a la eficiencia existirá en las instituciones procedentes del *Common law* existentes en esas jurisdicciones mixtas. Dicho de otro modo, pueden existir múltiples equilibrios eficientes, en el sentido en que la teoría de juegos emplea la expresión, en la resolución de cada conflicto jurídico y la concreción de uno u otro obedece a variables que trascienden de la dicotomía entre *Common law* y *Civil law*. Esta consideración refuerza la intuición básica de este trabajo, conforme a la cual existen soluciones legales, más y menos eficientes, cuyo origen no puede entenderse estructuralmente vinculado a la pertenencia de una jurisdicción a una de las dos grandes tradiciones en que se simplifica el análisis del derecho comparado.

Además de la consideración actual, que es metodológica, la existencia de jurisdicciones mixtas sugiere una reflexión desde el punto de vista económico. El carácter mixto de esas jurisdicciones tiene diversas explicaciones históricas. En ocasiones, se debe a los acuerdos o circunstancias en que se produce la anexión de territorios, como es el caso de Escocia.

En otras, es el resultado de diferentes sustratos coloniales, como es el caso de Sudáfrica. En todo caso, el resultado es que en un mismo ordenamiento jurídico conviven instituciones propias de la tradición del *Common law* con otras propias de la tradición del *Civil law*, en un grado que difiere entre jurisdicciones. Lo anterior implica que ha existido cierto nivel de elección en el grado de adaptación a ambas tradiciones. Un nivel de elección que puede asumirse inexistente en ordenamientos en los que son completamente ajenos los elementos procedentes de la tradición legal a la que no pertenecen.

La convivencia de instituciones sugiere, entonces, una reflexión desde la perspectiva de la eficiencia de las diferentes soluciones legales. Si el *Common law* promoviera siempre, y en todo caso, un conjunto de soluciones más eficientes que el *Civil law*, no deberían existir jurisdicciones mixtas, pues estas, una vez conocida la existencia de soluciones superiores, hubieran abandonado progresivamente la influencia del *Civil law* para adoptar por completo las propuestas del *Common law*. Hay que suponer que los individuos y entidades sujetas a ese tipo de jurisdicciones son racionales y que pudiendo optar entre ambos sistemas, lo habrían hecho de manera consistente por el que facilita la obtención de resultados más eficientes. El proceso debería haber finalizado con la inclusión de las jurisdicciones mixtas en la tradición del *Common law*. No ha sido así y la subsistencia de las *Mixed jurisdictions* evidencia que la mayor eficiencia del *Common law* no es asumida como tal, al menos por quienes podrían optar por ese sistema en el marco de jurisdicciones en las que conviven instituciones procedentes de ambas tradiciones legales.

La misma conclusión es posible en contextos en los que la convivencia de ambas tradiciones se produce en el marco de un sistema federal. Algunos Estados de los Estados Unidos de América (por ejemplo, Luisiana) o el Quebec canadiense mantienen principios legales propios de la tradición del *Civil law*, que aplican en el contexto institucional de países mayoritariamente

influenciados por el *Common law* (Du Plessis, 2006). Más allá de eventuales debates identitarios, la cercanía de ambas tradiciones, una vez asumida la superioridad del *Common law* hubiera llevado a una progresiva adaptación de sus postulados en detrimento de las instituciones propias de la tradición del *Civil law*, algo que no ha sucedido.

Un ejemplo concreto de lo dicho en párrafos precedentes puede encontrarse en la regulación que las jurisdicciones mixtas han hecho del *Trust*, una institución de gestión y administración de patrimonios típicamente vinculada a los ordenamientos del *Common law* que existe y actúa en la mayoría de jurisdicciones mixtas. En todas ellas, sin embargo, el *Common law trust* en todas sus manifestaciones (*express*, *resulting* y *constructive*) tanto *mortis causa* como *inter vivos* convive con otras fórmulas de organización patrimonial basadas en la idea de personalidad jurídica propia que es característica de la tradición del *Civil law*, que asocia la existencia de derechos y obligaciones al reconocimiento de su titular como sujeto de derecho. La fórmula mayoritariamente usada por las jurisdicciones mixtas en relación con el *Trust* se ha basado en el reconocimiento o en su adaptación a las formas típicas del *Civil law*. Sin perjuicio del acierto de esas soluciones, lo cierto y que interesa destacar en este trabajo, es que la cercanía con la solución procedente de la tradición del *Common law* no ha desplazado a otras fórmulas típicas de la tradición del *Civil law*, lo que permite concluir que, al menos en lo que respecta a este ejemplo concreto, no puede afirmarse que la solución del *Common law* promueva resultados más eficientes que el *Civil law*. Si así fuera, una solución habría desplazado a la otra.

## 5. Conclusiones

La eventual superioridad del *Common law* en términos de eficiencia no puede plantearse en los términos en que la ha planteado la literatura mayoritaria en la materia. De manera muy destacada, la literatura sobre orígenes legales y sus consecuencias económicas.

La primera conclusión del artículo es que la distinción entre las tradiciones legales del *Common law* y del *Civil law* solo puede entenderse como una dicotomía con efectos metodológicos, de la que no pueden extraerse otras conclusiones que las estrictamente metodológicas. El análisis sobre la eficiencia económica de una concreta solución legal debe hacerse analizando el funcionamiento de la institución en concreto, con independencia de su adscripción a una u otra familia legal. En todos los ordenamientos conviven soluciones más y menos eficientes y, en este último caso, puede haber justificaciones que van más allá de la eficiencia económica que expliquen la pervivencia de una solución determinada.

En todo caso, como segunda conclusión, la diversidad de regímenes legales incluidos en cada una de las tradiciones de referencia es tan acentuada que carece de sentido acudir a las categorías del *Common law* y del *Civil law* como criterio de contraposición entre instituciones jurídicas.

Por último, la convivencia de ambas tradiciones en muchas jurisdicciones, bien sea por la combinación de ambas, bien sea por la cercanía de las dos tradiciones en el marco de un mismo sistema legal, demuestra que las sociedades no han percibido un grupo de soluciones como superior al otro, pues de otro modo, habrían evolucionado hacia la adopción exclusiva de una de ellas.

En consecuencia, el análisis sobre la eficiencia debe llevarse a cabo mediante el estudio de los intereses en juego en cada una de las situaciones que el derecho está llamado a resolver, sin atender a la pertenencia de cada jurisdicción a las categorías que emplea el derecho comparado para simplificar el estudio de los derechos nacionales existentes en el mundo.

## Referencias bibliográficas

- Arruñada, B., & Garoupa, N. (2005). The Choice of Titling System in Land. *The Journal of Law and Economics*, 48(2), 709-727.

- Clark, D. S. (2006). Development of Comparative Law in the United States. In M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.
- Cooter, R., & Ulen, T. (2012). *Law and Economics*, 6th edition. Boston, United States of America: Pearson Education International.
- Du Plessis, J. (2006). Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems. In M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.
- Garoupa, N., & Ogus, A. (2006). A Strategic Interpretation of Legal Transplants. *The Journal of Legal Studies*, 35(2), 339-363.
- Garoupa, N., & Gómez, C. (2011). The Syndrome of the Efficiency of the Common Law. *Boston University International Law Journal*, 29, 287-335.
- Garoupa, N., & Gómez, C. (2012a). The Evolution of the Common Law and Efficiency. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 40(2), 307-340.
- Garoupa, N., & Gómez, C. (2012b). The Efficiency of the Common Law: The Puzzle of Mixed Legal Families. *Wisconsin International Law Journal*, 29(4), 101-123.
- Garoupa, N., Gómez, C., & Mélon, L. (2016). *Legal Origins and the Efficiency Dilemma*, 24. Avingdon, United Kingdom: Routledge Taylor & Francis.
- Glenn, H. P. (2001). Are Legal Traditions Incommensurable? *American Journal of Comparative Law*, 49, 133-145.
- Goodman, J. C. (1978). An Economic Theory of the Evolution of the Common Law. *The Journal of Legal Studies*, 7, 393-406.
- Gordley, J., & von Mehren, A. T. (2006). *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
- Holmes, O. W. (1882). *The Common Law*. Reprint, London, United Kingdom: Macmillan.
- La Porta, R., López de Silanes, F., & Shleifer, A. (2008). The Economic Consequences of Legal Origins. *Journal of Economic Literature*, 46(2), 285-332.
- Mattei, U. (1997). *Comparative Law and Economics*. Michigan, United States of America: The University of Michigan Press.
- Miceli, T. J. (2009). Legal Change: Selective Litigation, Judicial Bias, and Precedent. *The Journal of Legal Studies*, 38(1), 157-168.
- Örücü, E. (2010). *Mixed Legal Systems at New Frontiers*. London, United Kingdom: Wildy, Simmons & Hill Publishing.
- Posner, R. A. (1972). *Economic Analysis of Law*. 1<sup>st</sup> edition. New York, United States of America: Little, Brown and Company.
- Posner, R. A. (2008). *How Judges Think*. Boston, United States of America: Harvard University Press.
- Priest, G. L. (1977). The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules. *The Journal of Legal Studies*, 6(1), 65-82.
- Rubin, P. H. (1977). Why is the Common Law Efficient? *The Journal of Legal Studies*, 6(1), 51-63.
- Shavell, S. (1984). Liability for Harm Versus Regulation of Safety. *The Journal of Legal Studies*, 13(2), 357-374.
- Wangenheim, G. V. (1993). The Evolution of Judge Made Law. *International Review of Law and Economics*, 13(4), 381-411.
- Zweigert, K., & Kötz, H. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Auflage, Tübingen, Deutschland: Mohr Siebeck.

Juan S. Mora-Sanguinetti\*

# LA LITIGACIÓN: EXTERNALIDADES E INSTRUMENTOS PARA SU RACIONALIZACIÓN. EL CASO ESPAÑOL

*La información estadística disponible pone de manifiesto la elevada carga de trabajo de los órganos judiciales españoles. Además, el contexto recesivo impuesto por la pandemia del COVID-19 previsiblemente incrementará la litigación. El análisis económico indica que una elevada litigiosidad genera externalidades negativas. Tras estudiar los datos, este artículo examina los efectos que han tenido sobre la litigación en España la aprobación de un nuevo sistema de costas procesales y las tasas judiciales. Igualmente analiza la información disponible sobre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.*

## **Litigation: externalities and tools for its rationalization. The Spanish case**

*The available statistical information shows the high workload of the Spanish judicial system. In addition, the economic crisis imposed by the COVID-19 pandemic will most likely increase litigation. The economic analysis shows that high litigation generates negative externalities. After studying the data, this article examines the effects on litigation in Spain of the adoption of new systems of court fees and fee-shifting rules. It also analyses the information available on alternative dispute resolution mechanisms.*

**Palabras clave:** eficiencia de la justicia, litigiosidad, tasas judiciales, costas judiciales, mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

**Keywords:** efficacy of justice, litigiousness, court fees, fee-shifting rules, alternative dispute resolution mechanisms.

**JEL:** K41.

---

\* Economista Titulado en el Banco de España-Eurosistema y abogado (ICAM). Contacto: juansmora@gmail.com

Las opiniones y las conclusiones recogidas en este artículo representan las ideas del autor, con las que no necesariamente tiene que coincidir el Banco de España o el Eurosistema. Agradezco los comentarios y sugerencias de Eduardo López-Román y los de un evaluador anónimo. Reconozco igualmente el apoyo de los editores de este número: Francisco Cabrillo y Bernardo Hernández San Juan.

Versión de junio de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7076>

## 1. Introducción: los impactos económicos de la litigación

La litigación es el reflejo del ejercicio de un derecho fundamental: el del libre acceso a la jurisdicción. En España está recogido en la Constitución (artículo 24.1) «*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (...)*». Este derecho también está regulado en el artículo 6.1, «Derecho a un proceso equitativo», del Convenio Europeo de Derechos Humanos —véase también, entre otros, Moreno Catena y Cortés Domínguez (2019)—.

Precisamente por su importancia, es necesario un análisis en profundidad de sus consecuencias económicas, más allá de la esfera jurídica. Ese estudio puede ayudar a mejorar y racionalizar su ejercicio, maximizando sus impactos positivos agregados y ayudando a mitigar sus posibles implicaciones negativas.

A modo de introducción cabe señalar que la litigación no es inocua para la eficiencia económica. Un primer resultado<sup>1</sup>, es que una mayor litigación incrementaría la duración de los procedimientos judiciales (Palumbo *et al.*, 2013a) y la congestión del sistema judicial. Teniendo en cuenta la clasificación de la OCDE en cuanto a las tasas de litigación, que se tratará en el apartado 2, un país doblaría el tiempo de resolución si pasara de situarse en un percentil 25 a un percentil 75.

A su vez la congestión del sistema judicial tiene implicaciones económicas negativas. Diversos estudios han encontrado que una alta duración de los procedimientos se relaciona con impactos perjudiciales en el desarrollo de los mercados de crédito (Jappelli *et al.*, 2005) o con un menor emprendimiento (Ardagna y Lusardi, 2010), entre otras manifestaciones, y que un sistema judicial ineficaz genera distorsiones en las relaciones laborales (Berger y Neugart, 2011)<sup>2</sup>. También

para España se han encontrado impactos negativos en esos mismos aspectos —véanse, respectivamente, Mora-Sanguinetti *et al.* (2017), García-Posada y Mora-Sanguinetti (2015) o Jimeno *et al.* (2020)—.

El enlentecimiento de la justicia, como resultado de la interposición de una demanda estudiado hasta aquí, es una «externalidad negativa» del ejercicio del derecho fundamental. El sujeto que accede al sistema judicial tiene en cuenta sus costes y sus intereses, pero no asume que afecta negativamente a terceros (a otros ciudadanos y al Estado) al provocar un aumento de la carga de trabajo y de la congestión del sistema.

Litigar, sin embargo, no solo genera una «externalidad negativa». También puede generar «externalidades positivas» en terceros como la publicación de jurisprudencia.

El equilibrio, difícil, entre externalidades positivas y negativas del ejercicio de un derecho fundamental y sus posibles efectos agregados, ha llevado a diversas Administraciones a aprobar condicionantes y estrategias relativas a la litigación, como las tasas judiciales, las reformas en el sistema de costas procesales (como la realizada en España en la jurisdicción contencioso-administrativa) o la incentivación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos<sup>3</sup> (*alternative dispute resolution mechanisms*, ADR, por sus siglas en inglés) fuera del sistema judicial. Las tasas judiciales son unos tributos que gravan la interposición de una demanda en algunos órdenes jurisdiccionales. Las costas hacen referencia a la regla que establece quién paga los costes derivados del juicio. Los ADR (o MARC) engloban distintas estrategias como el recurso a un mediador o el arbitraje y pretenden evitar la llegada del conflicto al sistema judicial. Este artículo, tras cuantificar la «litigiosidad» en España hoy, examina esas otras estrategias en España a la luz de la experiencia internacional y la teoría de las externalidades.

El resto del artículo se estructura como sigue: en el apartado 2 se realiza una breve discusión teórica sobre

<sup>1</sup> El resultado se encuentra al 1 % de significatividad.

<sup>2</sup> Véanse Palumbo *et al.* (2013a) o Mora-Sanguinetti y Martínez-Matute (2020) para una revisión más amplia de los efectos y para ampliar las referencias bibliográficas.

<sup>3</sup> En alguna bibliografía en español, estos mecanismos son conocidos con el acrónimo MARC.

las externalidades. En el apartado 3 se cuantifica la litigiosidad en España y se compara con la observada en otros países para las jurisdicciones civil y la contencioso-administrativa. En el apartado 4 se discuten los efectos de las recientes experiencias de aprobación de tasas judiciales y del nuevo criterio de costas procesales en las dos jurisdicciones mencionadas en España así como la posible solución que podría provenir de la utilización de los ADR. Finalmente, el apartado 5 proporciona unas breves conclusiones.

## 2. Análisis teórico de las externalidades de la litigación

La interposición de una demanda o de un recurso en el sistema judicial, es decir, el ejercicio mismo de la litigación y del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, genera un conjunto de efectos externos (externalidades) no buscados tanto en terceros como en la sociedad en su conjunto. Estos efectos externos, no previstos o conscientemente ignorados por el litigante, pueden ser negativos o positivos. Las externalidades negativas son costes ocultos, por lo que para lograr una litigación eficiente esos costes deberían reflejarse (aflorar) en la estructura de costes individual del litigante. Uno de los métodos posibles para lograrlo es el establecimiento de una tasa judicial. Por el contrario, las externalidades positivas se corregirían mediante incentivos o subvenciones a la litigación.

Por el lado de las externalidades negativas, una litigación muy alta puede conllevar la lentitud del sistema judicial con las implicaciones económicas discutidas en la introducción. Paradójicamente, un exceso de litigación puede implicar la reducción o anulación misma del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción debido a que el sistema judicial deja de servir correctamente sus funciones (Shavell, 1997; Esteller-Moré, 2002; Esposito *et al.*, 2014; Mery Nieto, 2015).

Por el contrario, litigar también genera externalidades positivas en terceros: por un lado, la generación

de jurisprudencia y, por otro, el efecto «disuasión» en terceros a la hora de cometer infracciones.

En cuanto a la primera externalidad positiva: la jurisprudencia puede aumentar la seguridad jurídica al proporcionar una solución a todos los conflictos similares que se generen en el futuro (Maher, 2010). Este efecto puede a su vez analizarse desde dos perspectivas: por un lado, la jurisprudencia se configura como un complemento clarificador de las normas. Es decir, establece una guía de uso de la normativa, que la haría más fácilmente utilizable por los agentes económicos. La claridad de las normas es un objetivo perseguido por la acción del sector público y se ha revelado muy importante para la eficiencia económica (véase, entre otros, OCDE, 1999 o Mora-Sanguinetti, 2019a). Por otro lado, la jurisprudencia puede aumentar la predictibilidad del sistema judicial, que es precisamente una de las tres medidas de calidad de la justicia usualmente estudiadas a nivel internacional (junto al coste de uso del sistema y el tiempo de resolución) —véase Palumbo *et al.*, 2013a—. La predictibilidad es importante porque facilita la planificación de la actividad de los agentes económicos y podría reducir la congestión del propio sistema al reducir el número de recursos judiciales que los interesados plantean<sup>4</sup>.

En cuanto a la segunda externalidad positiva (la disuasión): la interposición de una demanda provoca la percepción en terceros de que si cometen una infracción pueden ser también demandados. Esto reduciría la comisión de infracciones en el futuro y con ello, probablemente, la litigación —véanse, entre otros, Becker (1968), Bebchuk y Kaplow (1992), Garoupa (1999) o Shavell (2016)—. En cualquier caso la relación no es siempre directa pues los interesados pueden estar mal informados sobre las resoluciones judiciales o no interpretar correctamente las probabilidades pequeñas de sanción (incluso ignorándolas).

<sup>4</sup> La relación entre los recursos judiciales y la inseguridad no es sencilla en cualquier caso. Véase, a este respecto, Shvets (2013) y Palumbo *et al.* (2013a).

Vistos todos estos efectos positivos, cabe pensar que existan áreas del Derecho en las que los sujetos interesados no litiguen lo suficiente porque esto sea demasiado costoso, es decir, áreas en las que el beneficio privado de litigar sería similar o más alto que los costes. Doménech-Pascual (2017) pone como ejemplo la litigación en el área medioambiental (dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa): la contaminación puede afectar y generar costes en generaciones futuras que normalmente el litigante no tiene en cuenta en sus preferencias. La teoría de las externalidades nos indica que la litigación debería ser favorecida en esos casos, interviniendo para que los costes de litigar se redujeran para el litigante.

### 3. Medición de la litigiosidad en España

El análisis de los datos actualizados provenientes del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en España pone de manifiesto que la justicia en España se enfrenta a unas elevadas cargas de trabajo. En 2019, dentro de la jurisdicción civil se contabilizan 1.419.859 asuntos contenciosos en los juzgados de primera instancia o primera instancia e instrucción (sin incluir los conflictos relacionados con derecho de familia). De ellos, 285.204 fueron juicios ordinarios. Por otro lado, en la jurisdicción contencioso-administrativa entraron 139.311 asuntos.

La evolución en el número de asuntos ingresados en el largo plazo se observa en el Gráfico 1 y puede comprobarse un aumento de la litigación en la jurisdicción civil. Esto es esperable en tanto que el progreso económico se relaciona con sociedades y actividades más complejas y todo ello puede generar más conflictos (Mora-Sanguinetti y Garoupa, 2015). Junto a ello destaca la alta litigación producida durante la última recesión (a partir de 2008). Esta observación es coherente con el análisis de la OCDE para el conjunto del área (Palumbo *et al.*, 2013a): en un contexto de crisis tienen lugar un mayor número de incumplimientos contractuales que pueden terminar siendo litigiosos. En resumen: a más desarrollo en el largo plazo,

más litigación. Pero, sin perjuicio de lo anterior, en el corto plazo las etapas recesivas son más litigiosas que las etapas de expansión económica. Es previsible que el contexto recesivo generado por la pandemia por el COVID-19 aumente la litigación y, por tanto, las cargas de trabajo y la congestión de los órganos judiciales.

Si se calculan las tasas de litigación respecto de la población (véase el Gráfico 2) o el PIB (véase el Gráfico 3), las conclusiones discutidas más arriba se mantienen. En 2018, el ratio de litigación civil en términos per cápita ascendía a 28,4 casos por mil habitantes y a 2,7 casos en la jurisdicción contencioso-administrativa (véase el Cuadro 1).

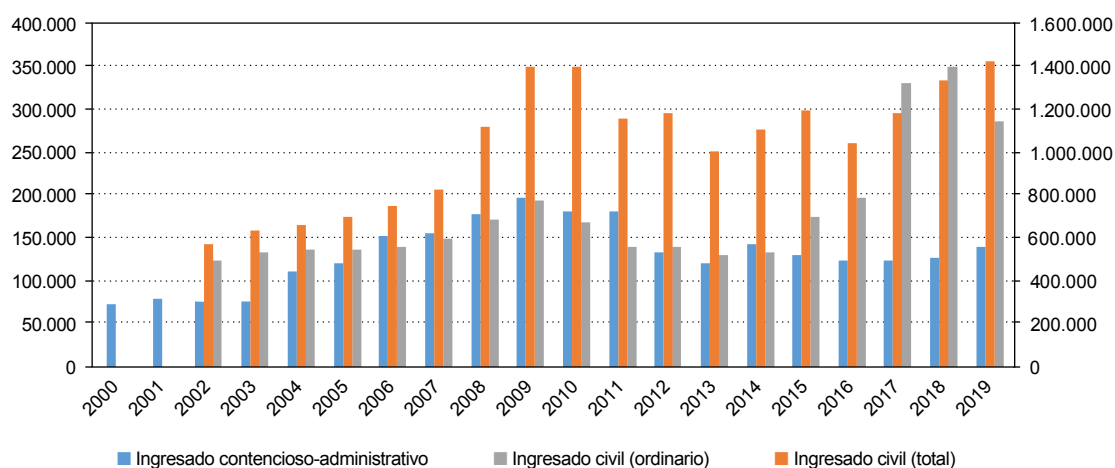
Si desagregamos la información a nivel regional (véanse los Gráficos 4 y 5), se concluye que las regiones más litigiosas, incluso en términos relativos, son las más pobladas o las de mayor PIB, en especial en la jurisdicción civil (Andalucía, Murcia o Madrid).

Una vez analizada la realidad interna española y su comparación regional, parece también conveniente conocer si la litigación en España es alta en términos internacionales. La comparación con otros países de nuestro entorno se puede realizar gracias al trabajo de la OCDE y de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ).

Según los datos de la OCDE (Palumbo *et al.*, 2013a; 2013b), España sería el tercer país más litigioso del área en términos per cápita para los conflictos civiles en 2011, tras Rusia y la República Checa. Es decir, un año que estaría afectado por la crisis económica y, por tanto, habría atraído a los órganos judiciales una alta carga de trabajo. En relación con el PIB, España sería el cuarto país más litigioso de la OCDE<sup>5</sup> (véase el Gráfico 6).

<sup>5</sup> La comparación directa con los datos españoles obtenidos del CGPJ no es posible pues, por ejemplo, el concepto «civil» cambia en la definición española y en la de la OCDE. La OCDE flexibiliza la definición y engloba los casos laborales dentro de los civiles. La OCDE, para la ratio de litigación per cápita, toma como denominador la población del país y, para la litigación respecto del PIB, la riqueza del país en dólares de los EE UU en PPP.

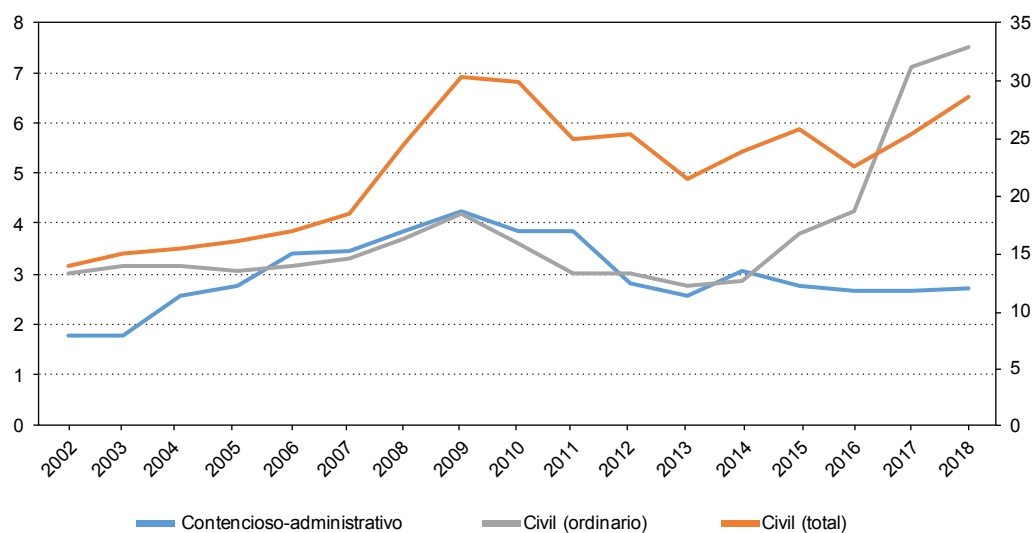
**GRÁFICO 1**  
**ASUNTOS INGRESADOS POR JURISDICCIÓN**



NOTA: El total de asuntos ingresados civiles se representa en el eje derecho.

FUENTE: Elaboración propia a partir del CGPJ (2020).

**GRÁFICO 2**  
**LITIGACIÓN PER CÁPITA POR JURISDICCIÓN**

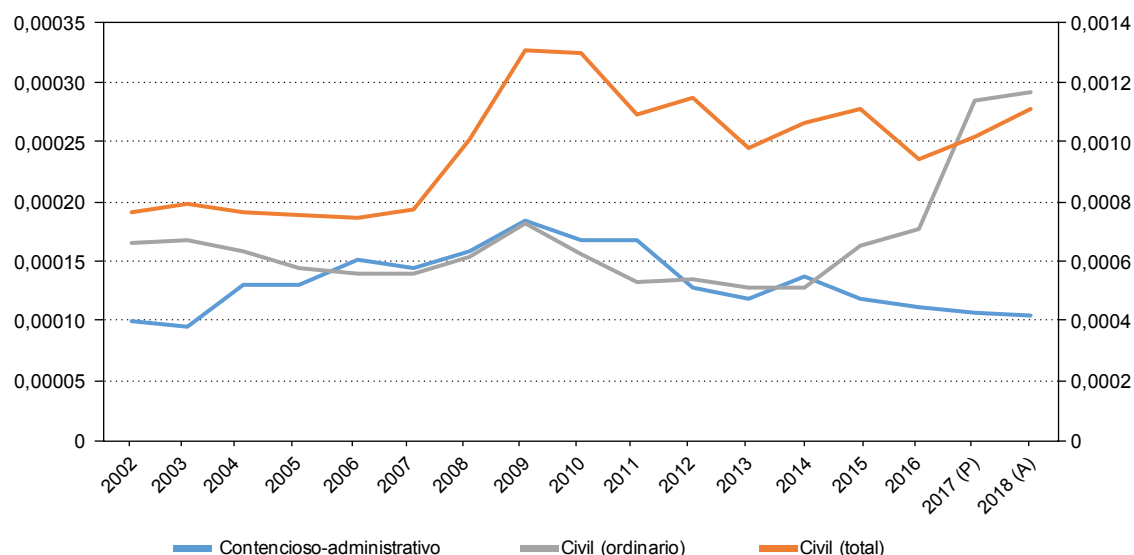


NOTA: La tasa del total de asuntos civiles se representa en el eje derecho. Las cifras de población (a 1 de julio de cada año) se miden en miles de personas.

FUENTE: Elaboración propia a partir del CGPJ (2020) e INE (2020) (Contabilidad Regional de España).

GRÁFICO 3

## LITIGACIÓN RESPECTO DEL PIB POR JURISDICCIÓN



NOTA: La tasa del total de asuntos civiles se representa en el eje derecho. El PIB se calcula a precios de mercado (precios corrientes) en miles de euros.

FUENTE: Elaboración propia a partir del CGPJ (2020) e INE (2020) (Contabilidad Regional de España).

CUADRO 1

## RATIOS DE LITIGACIÓN EN ESPAÑA EN 2018

|                                  | Ratios per cápita | Ratios respecto del PIB |
|----------------------------------|-------------------|-------------------------|
| Contencioso-administrativo ..... | 2,7               | 0,00010                 |
| Civil (total).....               | 28,4              | 0,00110                 |
| Civil (ordinario) .....          | 7,5               | 0,00029                 |

NOTA: La población se mide en miles de personas. El PIB se calcula a precios de mercado (precios corrientes) en miles de euros.

FUENTE: Elaboración propia a partir del CGPJ (2020) e INE (2020) (Contabilidad Regional de España).

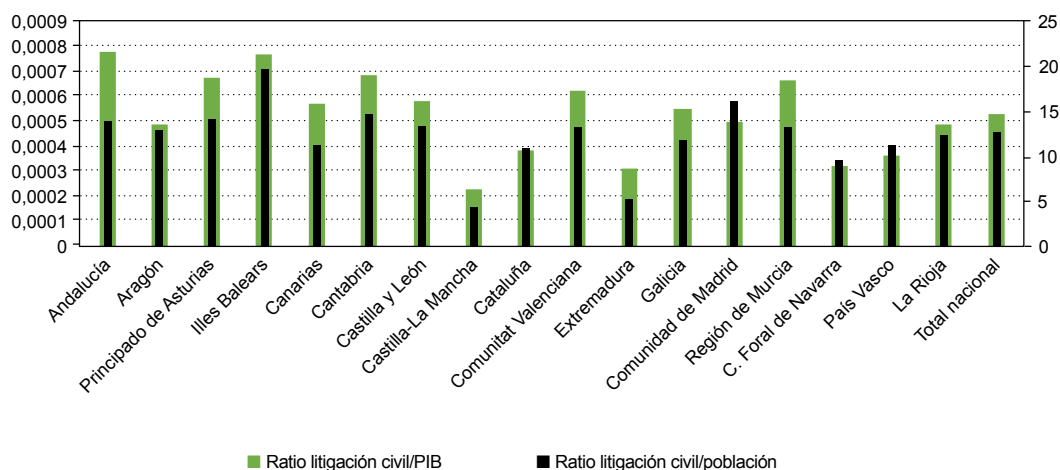
El Cuadro 2 nos proporciona una medición más actualizada, referida a 2016 tanto para los casos civiles como para los contencioso-administrativos. En un año de expansión económica, España mostraba una litigiosidad civil en línea con los países comparables:

inferior al conjunto amplio de países considerado por la CEPEJ, pero superior a la media de Francia, Alemania y Reino Unido. Junto a ello, la litigiosidad contencioso-administrativa fue inferior al del resto de países en media. Téngase como referencia que en el informe de la CEPEJ (2016) con datos de 2014, la media de casos civiles-mercantiles fue 2,7 y la de los casos contencioso-administrativos fue 0,5.

El análisis realizado en este apartado pone de manifiesto la elevada litigación a la que hace frente el sistema judicial español en el largo plazo. Esa litigación parece haber sido significativamente superior al del resto de economías de su entorno en un contexto de crisis económica, dificultando a su vez la salida del contexto recesivo. Con la salida de la última recesión, tras 2013, la litigación parece haberse alineado con la del resto de economías comparables. A falta de mayor información, cabría concluir que la demanda de justicia en España es altamente reactiva (al alza) en tiempos

GRÁFICO 4

## RATIO DE LITIGACIÓN CIVIL EN ESPAÑA

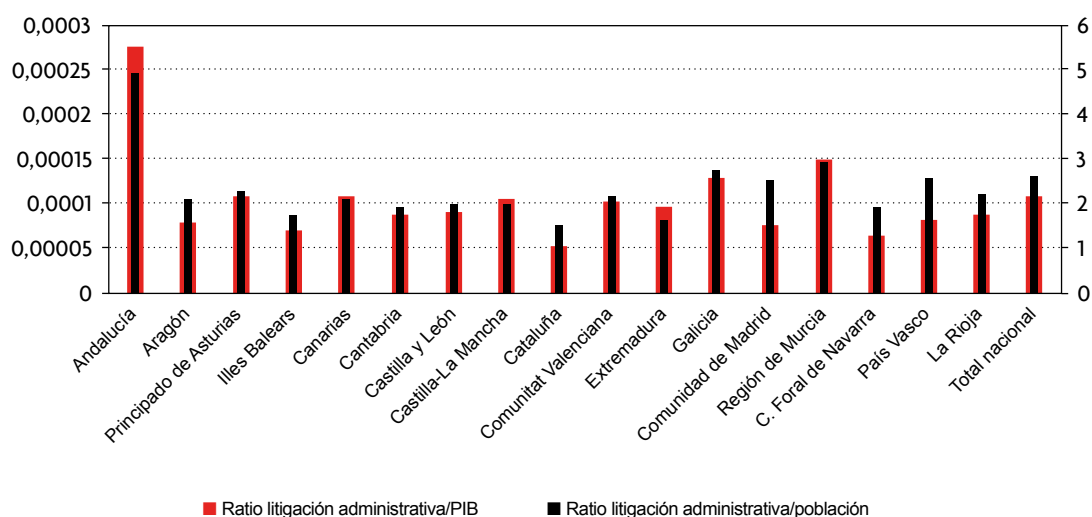


NOTA: Se computan los asuntos ingresados en los juzgados de primera instancia en 2016. La unidad de medida del PIB son miles de euros y la unidad de medida de la población son miles de personas.

FUENTE: Elaboración propia a partir de Mora-Sanguinetti y Martínez-Matute (2020).

GRÁFICO 5

## RATIO DE LITIGACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

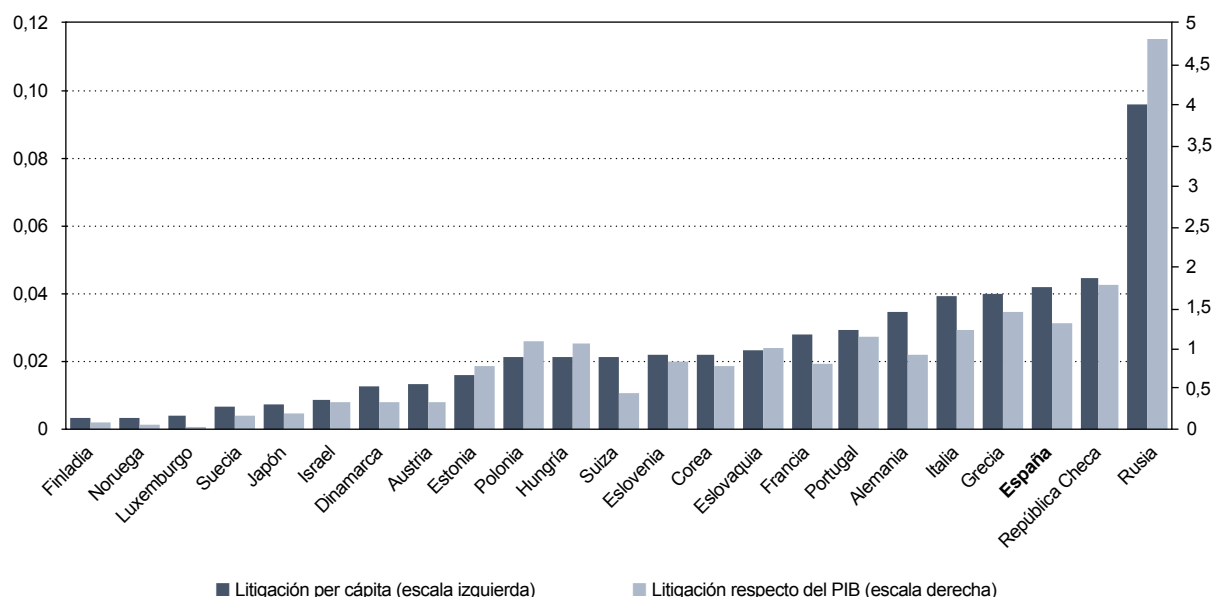


NOTA: Se computan los asuntos ingresados en los juzgados contencioso-administrativos en 2016. La unidad de medida del PIB son miles de euros y la unidad de medida de la población son miles de personas.

FUENTE: Elaboración propia a partir de Mora-Sanguinetti y Martínez-Matute (2020).

GRÁFICO 6

## TASAS DE LITIGACIÓN CIVIL EN LOS PAÍSES DE LA OCDE



NOTA: En color oscuro se representa la tasa de litigación per cápita y en color claro la tasa de litigación respecto del PIB.

FUENTE: Palumbo *et al.* (2013a; 2013b).

CUADRO 2

## COMPARATIVA INTERNACIONAL DE LITIGACIÓN SEGÚN LA CEPEJ

| Tipo de caso                                         | Civil | Contencioso-administrativo |
|------------------------------------------------------|-------|----------------------------|
| Fuente .....                                         | CEPEJ | CEPEJ                      |
| Año de publicación .....                             | 2018  | 2018                       |
| Año de análisis .....                                | 2016  | 2016                       |
| <b>España</b> .....                                  | 2,1   | 0,35                       |
| Francia.....                                         | 2,5   | 0,29                       |
| Italia .....                                         | 2,6   | 0,09                       |
| Alemania.....                                        | 1,6   | 0,90                       |
| Reino Unido.....                                     | 1,7   | 0,82                       |
| Media CEPEJ .....                                    | 2,5   | 0,50                       |
| Promedio de los países seleccionados sin Italia..... | 1,9   | 0,70                       |

NOTA: La CEPEJ mide los conflictos civiles y mercantiles (*incoming cases*) por cada 100 habitantes para los juzgados de primera instancia. En los casos civiles, el Reino Unido está representado por Escocia y, en los casos administrativos, por Inglaterra y Gales.

FUENTE: Elaboración propia a partir de CEPEJ (2018).

de crisis. Al mismo tiempo, es posible que una parte del incremento de litigación en el período 2008-2013 esté derivada particularmente del componente financiero de esa recesión, atrayendo conflictos de carácter bancario y financiero. A modo de ejemplo, siguiendo lo indicado en las Memorias de Reclamaciones del Banco de España (Banco de España, 2006; 2007), los conflictos hipotecarios iban aumentando su importancia rápidamente, con crecimientos porcentuales de 2 dígitos (véase también, Mora-Sanguinetti, 2019b).

#### 4. El efecto de las medidas para racionalizar la litigación

##### Tasas y costas judiciales

Como se ha señalado, el exceso de litigación genera una externalidad negativa y por tanto un coste «oculto». Las tasas judiciales harían aflorarlos y, en

**CUADRO 3**  
**USO DE LAS TASAS JUDICIALES Y TIPOS DE REGLAS DE IMPOSICIÓN DE COSTAS POR PAÍSES**

| Tipo de institución | Fuente                                  | Año de estudio | Subtipo                                | Uso    |
|---------------------|-----------------------------------------|----------------|----------------------------------------|--------|
| Tasas judiciales    | CEPEJ (2018)                            | 2016           | Tasas pagadas por personas físicas     | 93,3 % |
|                     | CEPEJ (2016)                            | 2014           | Tasas pagadas por personas físicas     | 95,5 % |
| Costas judiciales   | OCDE<br>(Palumbo <i>et al.</i> , 2013a) | 2011           | Regla inglesa                          | 23 %   |
|                     |                                         |                | Regla americana                        | 7 %    |
|                     |                                         |                | <i>Halfway rule</i>                    | 7 %    |
|                     |                                         |                | Otros (por ejemplo, libertad del juez) | 63 %   |

NOTA: La proporción se refiere al % de países del estudio que utiliza la institución o ha sido encuestado para la pregunta concreta. En el caso de la OCDE, el estudio hace referencia a la litigación civil.

FUENTE: Elaboración propia.

tanto que añadidas como coste al litigante, estarían ayudando a mitigar la externalidad (Fon *et al.*, 2005; Mora-Sanguinetti y Martínez-Matute, 2019). Según Vereeck y Mühl (2000), las tasas ayudarían a expulsar del sistema judicial las demandas judiciales que podrían considerarse superfluas. Junto a ello, no debemos olvidar que si las tasas fueran muy elevadas y tuvieran un efecto muy restrictivo, también podrían dañar la eficiencia al evitar que las demandas judiciales realmente útiles, «meritorias», lleguen a juicio dificultando que se dicte jurisprudencia (Maher, 2010).

Según Chappe (2012), la relación entre un incremento de las tasas y la reducción de la litigación sería, en cualquier caso, no directa pues también dependería de cómo esté ya de congestionado el sistema judicial. El análisis empírico de los efectos de las tasas u otras medidas debe ser, por tanto, ajustado a casos y períodos concretos y teniendo en cuenta una multiplicidad de factores.

Un elemento distinto del marco institucional es el tipo de regla de costas procesales que se aplique. Según la denominada «regla inglesa» la parte perdedora en un juicio pagaría todos los costes en los que haya incurrido la parte ganadora. Según la «regla americana»,

cada parte pagaría sus propios costes. Según la OCDE (Palumbo *et al.*, 2013a), a nivel internacional un análisis de correlación simple no muestra que exista una relación entre el tipo de regla aplicable y el nivel de litigación. Sin embargo, otros estudios concretos han encontrado algún impacto de la aprobación o la utilización de la regla inglesa: en el Reino Unido la extensión de la regla incrementó los costes de cada procedimiento en un 25 % según Fenn, Grembi y Rickman (2017)<sup>6</sup> y pudo haber aumentado el número de conflictos resueltos extrajudicialmente en el caso de negligencias médicas en Florida (Hughes y Snyder, 1995).

Las tasas y las costas procesales podrían interactuar amplificando sus efectos. En concreto, según Doménech-Pascual (2017) las tasas amplificarían parte de los efectos de la regla inglesa, como desalentar de litigar a los individuos con aversión al riesgo.

El Cuadro 3 resume la extensión en el uso tanto de las tasas judiciales como de los distintos tipos de reglas de costas judiciales a nivel internacional. Como se puede observar, casi la totalidad de los 45 países

<sup>6</sup> Esta extensión se dio conjuntamente con la aprobación de los pactos de «cuota litis».

## CUADRO 4

## EFECTOS DE LAS MEDIDAS NORMATIVAS APROBADAS EN ESPAÑA

| Cambio institucional evaluado                                                    | Jurisdicción evaluada      | Resultado                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Estudios                                                                  |
|----------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------|
| «Antigua» Ley de tasas judiciales (Ley 52/2002)                                  | Civil                      | Caída en la litigación en juicios verbales y cambiarios. Caída de la congestión de juicios ordinarios. Incremento de la litigación en juicios monitorios.                                                                                                                                       | Mora-Sanguinetti y Martínez-Matute (2019)                                 |
| «Nueva» Ley de tasas judiciales (Ley 10/2012)                                    | Civil                      | Caída en la litigación en los monitorios y cambiarios. Caída en la congestión en juicios verbales, monitorios y cambiarios. Aumento de litigación en juicios ordinarios.                                                                                                                        | Mora-Sanguinetti y Martínez-Matute (2019)                                 |
| Aprobación de la «regla inglesa» en cuanto a las costas procesales (Ley 37/2011) | Contencioso-administrativa | Caída en la litigación de asuntos de función pública, actividad sancionadora, urbanismo, administración laboral. Caída de la congestión judicial en asuntos de función pública, actividad sancionadora, urbanismo, contratos administrativos, administración laboral, y «otro tipo de asuntos». | Martínez-Matute y Mora-Sanguinetti (2017); Doménech <i>et al.</i> (2020). |

**FUENTE:** Elaboración propia.

analizados por la CEPEJ cobran algún tipo de tasa judicial a las personas físicas. En la edición más reciente (CEPEJ, 2018) tan solo España, Francia y Luxemburgo no tenían tal tasa. En cuanto a la regla de imposición de costas, hay mucha variabilidad entre países, siendo la regla inglesa, que se utiliza en un 23 % de los sistemas legales, la opción «pura» más extendida.

Varios estudios han analizado el efecto de la imposición de tasas judiciales en la jurisdicción civil y el cambio en la regla de imposición de costas procesales (concretamente en la jurisdicción contencioso-administrativa) en España.

En España, la Ley 53/2002 aprobó un sistema de tasas judiciales pagaderas por las personas jurídicas y la Ley 10/2012 amplió las tasas a las personas físicas. Estas últimas desaparecieron con el Real Decreto 1/2015. En 2016 una parte importante de la regulación sobre tasas judiciales fue declarada inconstitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016). Para más detalle, véase Mora-Sanguinetti

y Martínez-Matute (2019). Por el lado de las costas procesales, la Ley 37/2011 aprobó la utilización de una regla inglesa «atenuada» en la jurisdicción contencioso-administrativa (para más detalle, véase Doménech-Pascual *et al.*, 2020).

El Cuadro 4 resume los efectos de esas medidas normativas en la litigación y en la congestión según diversos estudios de investigación. Estos análisis tienen en cuenta la multiplicidad de factores que afectan a la litigación, como el contexto económico (véase también, Rosales y Jiménez-Rubio, 2017).

La conclusión general es que las tasas judiciales en la jurisdicción civil se relacionaron con caídas en la litigación y en la congestión judicial, pero sus efectos no fueron homogéneos, siendo sensibles tanto al tipo de procedimiento como a las condiciones macroeconómicas.

Por su lado, la aprobación de una regla inglesa «atenuada» en la jurisdicción contenciosa se relaciona también con caídas de la litigación y de congestión

judicial. Los datos provenientes de la CEPEJ (2018) —véase Doménech *et al.*, 2020—, también apuntan a un aumento de la tasa de liquidación en el caso específico de España en esa jurisdicción.

### Los «ADR»

La extensión de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (ADR, por sus siglas en inglés) —o MARC—, es decir, el recurso a la mediación, la conciliación o el arbitraje, podría, en algunas circunstancias, reducir la litigación canalizada hacia el sistema judicial. En consecuencia, en cuanto al análisis de externalidades, los ADR podrían ser beneficiosos en cuanto que podrían reducir la congestión judicial.

Sin embargo, los ADR podrían estar relacionados también con algunos efectos negativos: evitarían el dictado de jurisprudencia, que podría ser útil para terceros y, si se establecen como obligatorios (como paso previo a la interposición de una demanda dentro del sistema judicial) podrían aumentar los costes o las dificultades para lograr la resolución de un conflicto (Djankov *et al.*, 2003).

La imposición fiscal (y, por tanto, también las exenciones o bonificaciones fiscales) son una estrategia clásica para la corrección de las externalidades, tanto negativas como positivas. Por ejemplo, Italia, que según la OCDE (Palumbo *et al.*, 2013a) está igualmente afectada por unos niveles muy elevados de litigiosidad en el sistema judicial, considera que los ADR tienen efectos positivos en la eficiencia y los favorece mediante un *credito d'imposta* (una bonificación fiscal) destinado a la conciliación para la mediación de conflictos civiles y comerciales<sup>7</sup> de hasta 500 euros.

En general, el análisis de los impactos y beneficios del uso de los ADR es limitado por la falta de información estadística (CEPEJ, 2018)<sup>8</sup>. La OCDE (Palumbo

*et al.*, 2013a) solo pudo recopilar información sobre el uso del arbitraje en 8 países y sobre el uso de la mediación en 9 países. España no proporcionó información en ninguno de los dos casos. La información de los países que respondieron indica que los costes de utilización del arbitraje o la conciliación son similares o inferiores a los de la litigación en el sistema judicial, pero que su uso es escaso.

En España existe una normativa general sobre arbitraje (Ley 60/2003). Por jurisdicciones, en la jurisdicción civil, cabe señalar que existe una regulación sobre conciliación contenida en la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria. Históricamente la conciliación previa al juicio fue obligatoria antes de la Ley 34/1984 (con la excepción del juicio verbal). Posteriormente (y también bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000) la conciliación se estableció como voluntaria (Mora-Sanguinetti, 2010). En la jurisdicción social, en los procesos laborales sí es obligatoria hoy en día una etapa de conciliación.

### 5. Conclusiones

Los órganos judiciales españoles hacen frente a una elevada carga de trabajo. A modo de ejemplo, en 2019, los juzgados de primera instancia o primera instancia e instrucción ingresaron 1.419.859 asuntos contenciosos civiles (sin incluir los conflictos relacionados con derecho de familia). El análisis de la litigiosidad, ya se mida en términos brutos o relativos (respecto de la población o del PIB) pone de manifiesto las siguientes conclusiones: la litigación ha ido en aumento en las últimas dos décadas, es mayor relativamente en las regiones más pobladas o con mayor PIB y se incrementa en una situación de crisis económica. El contexto recesivo impuesto por la pandemia del COVID-19 previsiblemente incrementará la carga de trabajo de los juzgados y su congestión.

El análisis económico indica que una elevada litigiosidad genera externalidades negativas, como un aumento de la congestión y de la lentitud del sistema

<sup>7</sup> Véanse el Decreto Legislativo (Italia) de 4 marzo de 2010, núm. 28, (GU Serie Generale núm. 53 del 05-03-2010).

<sup>8</sup> La CEPEJ, a pesar de ello, los apoya.

judicial. Esto, paradójicamente, podría limitar el acceso a la justicia en el largo plazo a los ciudadanos y relacionarse con perjuicios para la eficiencia económica, como un menor acceso al crédito o un menor emprendimiento.

A nivel internacional, la mayor parte de los países han aprobado la aplicación de «tasas judiciales», entre otros motivos para lograr un uso más racional de la jurisdicción. En el caso español, su aprobación, acotada en el tiempo, se relacionó con una menor litigación y con una menor congestión judicial. Sin embargo, sus efectos distaron de ser homogéneos. Su uso en el futuro dependerá de su adaptación a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016.

La regla específica escogida en cuanto a las costas judiciales es mucho más variable a nivel comparado y con resultados variados. La experiencia española, en cuanto a la aprobación de la «regla inglesa» (es decir, que la parte que pierde el litigio paga los costes) en la jurisdicción contencioso-administrativa, indica que la litigación y la congestión judicial se redujeron.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (ADR), tales como la mediación o el arbitraje, podrían ser una alternativa a las anteriores medidas normativas (o utilizarse conjuntamente con ellas) en tanto que previsiblemente podrían detraer carga de trabajo a los tribunales si se diseñan de forma efectiva. La información estadística disponible sobre ellos es todavía escasa, lo que dificulta su análisis.

## Referencias bibliográficas

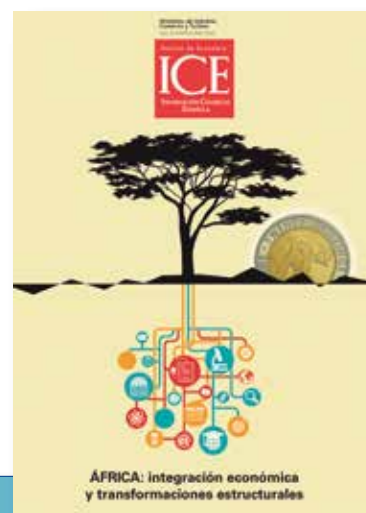
- Ardagna, S., & Lusardi, A. (2010). The international differences in entrepreneurship. En J. Lerner & A. Schoar (Eds.), *Explaining international differences in entrepreneurship: The role of individual characteristics and regulatory constraints* (pp. 17-62). Chicago: University of Chicago Press.
- Banco de España (2006). *Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2005*. Banco de España. Madrid.
- Banco de España (2007). *Memoria del Servicio de Reclamaciones, 2006*. Banco de España. Madrid.
- Bebchuk, L. A., & Kaplow, L. (1992). Optimal sanctions when individuals are imperfectly informed about the probability of apprehension. *The Journal of Legal Studies*, 21(2), 365-370.
- Becker, G. S. (1968). Crime and punishment: An economic approach. *Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.
- Berger, H., & Neugart, M. (2011). Labour courts, nomination bias, and unemployment in Germany. *European Journal of Political Economy*, 27(4), 659-673.
- CEPEJ—European Commission for the Efficiency of Justice (2016). *European judicial systems. Efficiency and quality of justice. Edition 2016 (2014 data)*. CEPEJ Studies No. 23.
- CEPEJ—European Commission for the Efficiency of Justice (2018). *European judicial systems. Efficiency and quality of justice. Edition 2018 (2016 data)*. CEPEJ Studies No. 26.
- Chappe, N. (2012). Demand for civil trials and court congestion. *European Journal of Law and Economics*, 33(2), 343-357.
- Djankov, S., La Porta, R., López de Silanes, F., & Shleifer, A. (2003). Courts. *The Quarterly Journal of Economics*, 118(2), 453-517.
- Doménech-Pascual, G. (2017). Las tasas judiciales a juicio. Comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio. *Indret*, enero 2017.
- Doménech-Pascual, G., Martínez-Matute, M., & Mora-Sanguinetti, J. S. (2020). *Do fee-shifting rules affect plaintiffs' win rates? A theoretical and empirical analysis*. Mimeo.
- Esposito, G., Lanau, M. S., & Pompe, S. (2014). *Judicial system reform in Italy—A key to growth*. IMF working papers 14/32. International Monetary Fund.
- Esteller-Moré, A. (2002). La configuración de una tasa judicial: análisis teórico. *Investigaciones Económicas*, 26(3), 525-549.
- Fenn, P., Grembi, V., & Rickman, N. (2017). 'No Win, No Fee', Cost-shifting and the Costs of Civil Litigation: A Natural Experiment. *The Economic Journal*, 127(605), F142-F163.
- Fon, V., Parisi, F., & Depoorter, B. (2005). Litigation, judicial path-dependence, and legal change. *European Journal of Law and Economics*, 20(1), 43-56.
- García-Posada, M., & Mora-Sanguinetti, J. S. (2015). Entrepreneurship and enforcement institutions: disaggregated evidence for Spain. *European Journal of Law and Economics*, 40(1), 49-74.
- Garoupa, N. (1999). Optimal law enforcement with dissemination of information. *European Journal of Law and Economics*, 7(3), 183-196.
- Hughes, J. W., & Snyder, E. A. (1995). Litigation and settlement under the English and American rules: theory and evidence. *Journal of Law and Economics*, 38(1), 225-250.
- Jappelli, T., Pagano, M., & Bianco, M. (2005). Courts and Banks: Effects of Judicial Enforcement on Credit Markets. *Journal of Money, Credit, and Banking*, 37(2), 223-244.

- Jimeno, J. F., Martínez-Matute, M., & Mora-Sanguinetti, J. S. (2020). Employment protection legislation, labor courts, and effective firing costs. *IZA Journal of Labor Economics*, 9(1).
- Maher, B. S. (2010). The civil judicial subsidy. *Indiana Law Journal*, 85, 1527-1556.
- Martínez-Matute, M. y Mora-Sanguinetti, J. S. (2017). Un análisis económico de la jurisdicción contencioso-administrativa: el efecto del nuevo criterio de costas y las tasas judiciales. *Papeles de Economía Española*, (151), 88-101.
- Mery Nieto, R. (2015). Court fees: Charging the user as a way to mitigate judicial congestion. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, 1(1). Article 7.
- Mora-Sanguinetti, J. S. (2010). A Characterization of the Judicial System in Spain: Analysis with Formalism Indices. *Economic Analysis of Law Review*, 1(2), 213-240.
- Mora-Sanguinetti, J. S. (2019a). La «complejidad» de la regulación española ¿Cómo medirla? ¿Qué impacto económico tiene? *Información Comercial Española (ICE), Revista de Economía*, (907), 147-162. Sección Tribuna de Economía.
- Mora-Sanguinetti, J. S. (2019b). Abogacía, Derecho bancario y banca: ¿Cómo ha influenciado la abogacía española el desarrollo del mercado bancario en los años más recientes? *Sepin*. Anuario de Secciones del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
- Mora-Sanguinetti, J. S., & Garoupa, N. (2015). Do lawyers induce litigation? Evidence from Spain, 2001-2010. *International Review of Law and Economics*, 44, 29-41.
- Mora-Sanguinetti, J. S., Martínez-Matute, M., & García-Posada, M. (2017). Credit, crisis and contract enforcement: evidence from the Spanish loan market. *European Journal of Law and Economics*, 44(2), 361-383.
- Mora-Sanguinetti, J. S., & Martínez-Matute, M. (2019). An economic analysis of court fees: evidence from the Spanish civil jurisdiction. *European Journal of Law and Economics*, 47(3), 321-359.
- Mora-Sanguinetti, J. S. y Martínez-Matute, M. (2020). Los impactos económicos del funcionamiento de la justicia en la Región de Murcia. *Consejo Económico y Social de la Región de Murcia*. Murcia.
- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. (2019). *Introducción al Derecho Procesal 10ª Edición*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- OCDE (1999). *Regulatory Reform in Mexico. Government Capacity to Assure High Quality Regulation*. Paris: OECD Publishing.
- Palumbo, G., Giupponi, G., Nunziata, L., & Mora-Sanguinetti, J. S. (2013a). The Economics of Civil Justice: New Cross-Country Data and Empirics. *OECD Economics Department Working Papers*, No. 1060. OECD Publishing, Paris.
- Palumbo, G., Giupponi, G., Nunziata, L., & Mora-Sanguinetti, J. S. (2013b). Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective. *OECD Economic Policy Paper*, No. 5. OECD Publishing, Paris.
- Rosales, V., & Jiménez-Rubio, D. (2017). Empirical analysis of civil litigation determinants: The Case of Spain. *European Journal of Law and Economics*, 44(2), 321-338.
- Shavell, S. (1997). The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *The Journal of Legal Studies*, 26(S2), 575-612.
- Shavell, S. (2016). *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Shvets, J. (2013). Judicial Institutions and Firms' External Finance: Evidence from Russia. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 29(4), 735-764.
- Vereeck, L., & Mühl, M. (2000). An economic theory of court delay. *European Journal of Law and Economics*, 10(3), 243-268.

**Información Comercial Española  
Revista de Economía**

6 números anuales

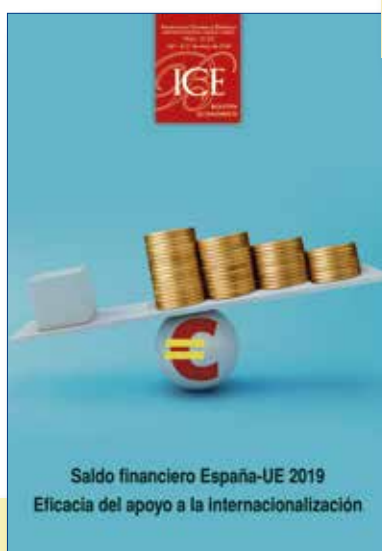
*Artículos originales sobre un amplio  
espectro de temas tratados desde  
una óptica económica,  
con especial referencia  
a sus aspectos internacionales*



**Boletín Económico  
de Información Comercial Española**

12 números anuales

*Artículos y documentos sobre economía  
española, comunitaria e internacional,  
con especial énfasis en temas sectoriales  
y de comercio exterior*



Acceso libre

**INTERNET**  
[www.revistasice.com](http://www.revistasice.com)



**Cuadernos Económicos  
de ICE**

2 números anuales

*Artículos de economía  
teórica y aplicada  
y métodos cuantitativos,  
que contribuyen  
a la difusión y desarrollo  
de la investigación*

Fernando Gómez Pomar\*  
Mireia Artigot Golobardes\*

# CONTROL JUDICIAL SOBRE CLÁUSULAS PREDISPUESLAS Y DISEÑO DE CONTRATOS DE CRÉDITO HIPOTECARIO EN ESPAÑA

*La aplicación de los controles judiciales de transparencia y abusividad de condiciones generales en contratos de préstamo hipotecario con consumidores ha provocado una ola de litigios en España. Un efecto colateral de esta nutrida litigación ha alcanzado al diseño del contrato de préstamo hipotecario y sus términos y ha inducido importantes cambios en ellos. No parece que el efecto en el diseño contractual haya aumentado la transparencia del contrato y el bienestar de los consumidores.*

## Judicial control on standard contract terms and design of mortgage contracts in Spain

*The application of judicial transparency controls on standard contract terms in mortgage contracts with consumers has resulted in a litigation wave in Spain. A collateral effect of this massive litigation has been contract design of mortgage contracts, its terms and important changes in them. It does not seem that the new contract design has enhanced contract transparency and resulted in an increase in the consumers' welfare.*

**Palabras clave:** cláusulas predispuestas, crédito hipotecario, diseño contractual, impuestos, tasas, aranceles.

**Keywords:** standard contract terms, mortgage contracts, contract design, taxes and fees.

**JEL:** K12.

### 1. Introducción

La Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas contractuales abusivas en contratos con consumidores (en adelante, Directiva 93/13) constituye la pieza más importante en el panorama europeo. En los últimos años, su importancia y el uso activo de sus disposiciones por los tribunales nacionales y por el

Tribunal de Justicia Europeo ha alcanzado su punto álgido (Riesenhuber, 2013; Micklitz y Reich, 2014).

Este régimen sobre cláusulas predispuestas por la empresa en la contratación con consumidores tiene el potencial para generar una oleada de demandas privadas de proporciones significativas. Una ola de litigación puede ocurrir cuando las cláusulas no negociadas se utilizan en contratos de magnitud individual no trivial o incluso considerable. Esto ocurre típicamente con el préstamo hipotecario, posiblemente el contrato más importante que un consumidor celebra en su vida, dejando de lado tal vez los contratos de trabajo.

---

\* Universidad Pompeu Fabra.

Versión de julio de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7079>

Al mismo tiempo, la estandarización de las condiciones contractuales afecta a cláusulas que se extienden sobre millones de contratos en una economía: durante los años del *boom* inmobiliario en España (2000-2007) se concedían más de un millón de hipotecas al año.

Esta posibilidad se ha materializado entre nosotros. En relación con estas cuestiones, una parte considerable del PIB español se encuentra bajo enjuiciamiento ante los tribunales quienes deben decidir sobre la base de previsiones legales y conceptos jurídicos poco precisos, como el de «cláusula abusiva». Estas disposiciones legales, además, se han de aplicar por medio de criterios con una textura abierta, y que han sido objeto de una nutrida y compleja reinterpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y por los tribunales españoles<sup>1</sup>.

Sin sorpresa, los costes y la congestión del sistema judicial fruto de la litigación masiva produce grandes perjuicios a las partes, pero, lo que es más importante aún, a la sociedad en general. Dada la cantidad de reclamaciones esperadas (y confirmadas luego en la realidad) que se presentan e inundan los tribunales civiles, el Gobierno español se ha visto obligado a crear y asignar precipitadamente nuevos tribunales especializados en este tipo de casos<sup>2</sup>. De hecho, durante 2017 se presentaron alrededor de 1.000 reclamaciones al día<sup>3</sup>. Aunque el ritmo ha descendido notablemente, sobre todo a partir de 2019, hasta septiembre de dicho año se habían presentado 456.769 asuntos en estos tribunales especializados<sup>4</sup>.

Uno de los efectos colaterales de la litigación masiva sobre cláusulas abusivas en la financiación hipotecaria ha sido sobre el diseño del contrato de préstamo hipotecario. En este trabajo nos ocupamos de cómo la incertidumbre creada por la litigación y las declaraciones de abusividad de ciertas cláusulas contractuales se han traducido, en gran medida, en un rediseño de los términos del contrato que reflejan y distribuyen los costes contractuales entre las partes, para hacerlos más opacos dentro del precio global del contrato o sacrificio económico a cargo del consumidor.

## 2. Controles judiciales de abusividad en los contratos de préstamo hipotecario

Los efectos de los controles judiciales de abusividad de cláusulas predispuestas (incluyendo la transparencia sustantiva de tales cláusulas) son particularmente perceptibles en el contexto de los contratos financieros, específicamente los de préstamo hipotecario. En ellos, una amplia gama de cláusulas contractuales relativas al objeto principal del contrato (tales como las cláusulas suelo<sup>5</sup> en el tipo de interés variable del préstamo) y a otros aspectos del contrato (como por ejemplo, las cláusulas sobre el pago de gastos de constitución del préstamo hipotecario) han sido objeto de litigación. Esta, a su vez, ha resultado en un cambio en la forma en que los prestamistas estructuran los contratos de financiación hipotecaria con consumidores.

Es bien conocido que el mercado inmobiliario español muestra una de las tasas más altas de toda Europa de propiedad de vivienda en comparación con la de alquiler<sup>6</sup>. La mayoría de las compras de bienes

<sup>1</sup> De conformidad con el art. 3.1 Directiva 93/13, una cláusula estándar se considerará abusiva si «[...] contrariamente al requisito de buena fe, causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes nacidas del contrato, en detrimento del consumidor».

<sup>2</sup> Véase *El Economista*, 14 de noviembre de 2017. Los jueces de «cláusulas suelo» solo han resuelto el 7 % de las demandas. <http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas-ss/noticias/8742041/11/17/Los-jueces-de-clausulas-suelo-solo-han-resuelto-el-7-de-las-demandas-.html>

<sup>3</sup> Véase *Cinco Días*, 17 de noviembre de 2017. Los españoles presentan 1.000 demandas contra la banca cada día ([https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/11/16/midinerio/1510850222\\_349769.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/11/16/midinerio/1510850222_349769.html)).

<sup>4</sup> Quinto informe (diciembre de 2019) de la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el Real Decreto-ley 1/2017, en materia de cláusulas suelo.

<sup>5</sup> Las cláusulas suelo, generalmente acompañadas de «techos», son términos contractuales que introducen límites (inferiores y, en el caso de los techos, superiores) a los tipos de interés variable (que en la práctica española generalmente consisten en el euríbor más un diferencial).

<sup>6</sup> En España, aproximadamente el 75 % de los hogares son propietarios de viviendas.

inmuebles en España se han financiado (y todavía lo hacen) a través de préstamos hipotecarios, aunque el número de préstamos otorgados disminuyó significativamente tras la crisis financiera<sup>7</sup>.

Las consecuencias sociales y económicas de la crisis financiera abrieron la espita de un fuerte aumento en el número de impagos de los deudores en los contratos de hipoteca<sup>8</sup> y en las ejecuciones hipotecarias promovidas por parte de los bancos y cajas de ahorro como acreedores hipotecarios. Esto, a su vez, dio lugar a un gran número de demandas de consumidores financieros. Estas demandas esencialmente impugnaron cláusulas contractuales de diversa naturaleza sobre la base de su eventual abusividad que a menudo han terminado delante del TJUE.

La avalancha de demandas en este asunto indujo al Gobierno español a crear nuevos tribunales con competencia especial sobre este tipo de casos. Durante 2017, se crearon 54 tribunales especializados en cláusulas abusivas en contratos hipotecarios con 60 jueces asignados a ellos. Desde que estos tribunales comenzaron su actividad, se han presentado alrededor de más de 450.000 reclamaciones ante ellos<sup>9</sup>. La velocidad de presentación de reclamaciones fue inicialmente superior al

pronóstico inicial<sup>10</sup>, pero ha disminuido en los últimos trimestres.

### Litigación sobre cláusulas suelo

La mayoría de los contratos hipotecarios vivos en el mercado español contienen tipos de interés variable —solo en los últimos tres años ha vuelto con fuerza el interés fijo en los nuevos contratos de hipoteca—. Los tipos variables presentan mayor riesgo para el deudor que los tipos fijos (puesto que existe un riesgo de variación del tipo de interés que determina la cantidad que ha de afrontar cada año el prestatario como contraprestación de la financiación recibida), la oportunidad de establecer algunos límites a esta variabilidad en las tasas finales a pagar por el deudor surge como alternativa potencialmente deseable.

Así, los contratos de préstamos hipotecarios comercializados en los años del *boom* inmobiliario e incluso en los años posteriores por buena parte de las instituciones financieras comenzaron a incluir cláusulas suelo, generalmente —pero no siempre— acompañadas de techos, en los contratos a tipo variable.

Los tipos de interés en la eurozona han disminuido tras la crisis financiera, alcanzando mínimos históricos. A pesar de esta caída, muchos deudores veían cómo sus pagos hipotecarios disminuían solo de forma limitada, resultando en pagos mensuales más altos que los que habrían debido afrontar si hubieran pagado sus cuotas únicamente en función del euríbor más el diferencial, sin el límite inferior marcado por el suelo acordado en el contrato de hipoteca. Algunos consumidores comenzaron a alegar que no habían sido informados (correctamente, al menos) de la introducción de la cláusula suelo en su contrato de préstamo hipotecario y que

<sup>7</sup> En los años de la burbuja de vivienda y de crédito (hasta 2008) hubo más de un millón de nuevos contratos de préstamos hipotecarios firmados en España cada año. Desde 2009, este número fue disminuyendo hasta un mínimo en 2013 y 2014 de menos de 300.000 nuevos contratos de hipoteca.

<sup>8</sup> El número y el impacto social y económico de las ejecuciones hipotecarias disminuyeron después de su pico en 2012-2013, debido a las mejores condiciones económicas y de empleo de la economía española. Además de que a partir de 2013 se ofreció algún alivio legal a los deudores morosos de bajos ingresos. La tendencia decreciente se ha acelerado, puesto que en 2018 la cifra trimestral promedio de ejecuciones hipotecarias que afectan a consumidores por impago de hipoteca fue de alrededor de 2.200, mientras que la cifra equivalente en 2015 fue de 10.000. En esta dramática reducción, las decisiones del Tribunal Supremo español contra las cláusulas de vencimiento anticipado en la hipoteca seguramente han jugado un papel importante. Esta litigación sigue en curso, y su último eslabón ha sido la decisión del TJUE en Abanca, C -70/17 y C -179/17.

<sup>9</sup> Véase <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-Juzgados-de-clausulas-abusivas-dictaron-30-744-sentencias-en-el-primer-trimestre-del-año-un-126-2-por-ciento-mas-que-en-el-mismo-periodo-de-2018>

<sup>10</sup> El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), estimó que durante el primer año de actividad de estos nuevos tribunales especializados se presentarían alrededor de 190.000 reclamaciones. Se presentaron en torno a 210.000 en el primer año, pero luego no se interrumpió el flujo de nuevas demandas, aunque se ha reducido en el 2019, sobre todo a partir del segundo trimestre.

no fueron capaces de advertir y sopesar las consecuencias económicas de la misma.

El Tribunal Supremo español, en una decisión muy relevante y controvertida, el 9 de mayo de 2013, declaró que las cláusulas suelo no eran abusivas en base a su contenido, sino que generalmente no cumplían con los requisitos sustantivos de transparencia que el Tribunal entendió que exigen la Directiva 93/13 y de la normativa legal que la traspone en el derecho español. Las consecuencias de esta sentencia fueron muy importantes. Las cláusulas suelo, aunque no declaradas abusivas *per se*<sup>11</sup>, se sujetaron a requisitos de transparencia formulados en términos tan exigentes que de hecho, resultaron en su desaparición casi por completo del mercado hipotecario español.

El Tribunal Supremo, en esta sentencia de 2013, había tratado de detener la avalancha de demandas que se auguraba se presentarían por los prestatarios que habían estado pagando a sus prestamistas por efecto de la cláusula suelo, cuantías superiores a las directamente resultantes del tipo de interés variable del préstamo. El Tribunal Supremo intentó esta amortiguación a través de una restricción temporal en el efecto restitutorio que acompaña la nulidad de la cláusula (y que constituye el incentivo a litigar de los prestatarios con cláusula suelo y de sus abogados): ordenó la restitución a los consumidores solo de las cantidades que estos hubieran pagado en virtud de la cláusula suelo con posterioridad a la propia sentencia del Tribunal Supremo, y no de las cantidades que se hubieran pagado de más desde la celebración del contrato.

Este intento de limitar el número de litigios fracasó. Varios tribunales inferiores plantearon cuestiones prejudiciales ante el TJUE discutiendo la compatibilidad de la restricción temporal a la restitución ideada por el Tribunal Supremo con las exigencias de la Directiva europea 93/13. El TJUE, en la decisión *Gutiérrez*

*Naranjo* de 21 de diciembre de 2016 sostuvo que el límite de tiempo establecido por el Tribunal Supremo español para restituir las reclamaciones resultantes de la constatación de una cláusula uniforme abusiva no era compatible con el art. 6 (1) de la Directiva 93/13 que establece la no vinculación —sin límites— de los consumidores a las cláusulas abusivas.

Naturalmente, tras este pronunciamiento del TJUE las demandas de los prestatarios aumentaron, pese a que el Gobierno español estableció y alentó a los consumidores y bancos a utilizar un mecanismo de resolución alternativa de controversias, creado expresamente para lidiar con estas reclamaciones de restitución<sup>12</sup>.

### Cláusulas de vencimiento anticipado

Una segunda cláusula de contratos de préstamo hipotecario en España que ha sido objeto de litigación es la cláusula de vencimiento anticipado por impago del préstamo. Estas cláusulas permiten que el prestamista, en caso de incumplimiento del deudor de su obligación de pago, venza anticipadamente todo lo debido y exija el pago inmediato de todo el monto pendiente.

Con anterioridad a 2013, la ley española permitía a los prestamistas instar el vencimiento anticipadamente por el incumplimiento del deudor de cualquier pago mensual, siempre que la cláusula de vencimiento anticipado estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad. No existía una previsión legal estableciendo un requisito mínimo de incumplimiento del deudor en base al cual podía solicitarse el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, ni en términos de número de cuotas impagadas a la entidad financiera ni de una cantidad o porcentaje del préstamo que debía servir de base del

<sup>11</sup> Luego, a toro pasado, cuando ya habían desaparecido del mercado, el art. 21.3 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, las prohibió: «En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés».

<sup>12</sup> El quinto informe (diciembre de 2019) de la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el Real Decreto-ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, indica que hasta septiembre de 2019 se habían presentado por el cauce extrajudicial de resolución 1.204.444 solicitudes, de las cuales se habían estimado 533.633.

incumplimiento. Los bancos, por tanto, podían incluir en los contratos de préstamo hipotecario cláusulas según las cuales un simple incumplimiento mensual conlleva el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo (Miquel González de Audicana, 2017).

Este era el escenario legal hasta 2013, cuando el TJUE, en la sentencia Aziz<sup>13</sup>, exigió al legislador español que modificara las normas de procedimiento civil de conformidad con las exigencias de protección del consumidor en materia de cláusulas abusivas en la Directiva 93/13. En 2013, la Ley de Enjuiciamiento Civil española fue modificada<sup>14</sup> para acomodar la doctrina Aziz, y la misma disposición legal se modificó nuevamente en 2015<sup>15</sup>. Esta reforma posterior conservó el requisito de inscripción para las cláusulas de vencimiento anticipado, pero requirió que el deudor incumpliera, al menos, tres cuotas hipotecarias mensuales, o que, independientemente del número de cuotas incumplidas, el incumplimiento fuera equivalente, al menos, al montante de tres pagos mensuales de la deuda.

Como consecuencia de Aziz y su progenie en el Tribunal Supremo español, las ejecuciones hipotecarias iniciadas en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado (la gran mayoría de las ejecuciones hipotecarias que se practican) se suspendieron o retrasaron significativamente (sin duda un factor entre otros varios que se relaciona con la reducción drástica observada en las ejecuciones hipotecarias desde 2015).

La incertidumbre generada en la litigación relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado se redujo con la adopción de la Ley 5/2019, de 15 de marzo,

reguladora del crédito inmobiliario<sup>16</sup> que estableció reglas imperativas relativas a las cláusulas de vencimiento anticipado y condicionó su efectividad a un incumplimiento significativo del deudor.

Las cláusulas de vencimiento anticipado seguían siendo objeto de litigios ante el TJUE y el Tribunal Supremo no obstante la adopción de la ley. Por un lado, el TJUE analizó dichas cláusulas en el caso Abanca<sup>17</sup> de marzo de 2019. En el mismo año, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de septiembre de 2019, se pronunció sobre este tipo de cláusulas. Esta decisión, sin embargo, se refiere en realidad a los contratos anteriores a la nueva Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario, y en los cuales se hubiera producido un vencimiento anticipado por el prestamista. Para los contratos posteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 se aplica el artículo 24 de la Ley. La Sentencia del Supremo ha establecido una solución compleja para estos casos de vencimiento anticipado «atascados», que permitirá, aunque con retrasos, llevar adelante la mayor parte de ellos, aunque sea con base en los impagos que se estén produciendo ahora, esto es, mucho tiempo después de los primeros impagos.

### Gastos de constitución de los préstamos hipotecarios

Las compras de bienes inmuebles y los contratos de préstamo hipotecario comportan el pago de una serie de gastos de constitución del préstamo hipotecario en forma de, por ejemplo, tasas e impuestos, como el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, así como aranceles de notarios y registradores de la propiedad,

<sup>13</sup> Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (CatalunyaCaixa), C-415/11. En esta sentencia, el TJUE no consideró que las cláusulas de vencimiento anticipado, en tanto que términos contractuales, fueran abusivas *per se*, pero sostuvo que una cláusula de vencimiento a causa de solo un incumplimiento mensual lo sería. El Tribunal Supremo español ha aplicado este criterio emanado de la jurisprudencia del TJUE desde 2015: STS 23.12.2015; STS 18.12.2016.

<sup>14</sup> Los artículos 639.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española fueron modificados en 2013 por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

<sup>15</sup> Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

<sup>16</sup> Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019, páginas 26.329 a 26.399 (71 págs.).

<sup>17</sup> Los asuntos acumulados Abanca Corporación Bancaria S.A., contra García Salamanca Santos (Asunto C-70/17) y Bankia S.A., contra Lau Mendoza y Rodríguez Ramírez (Asunto C-179/17) UE: 2019: 250. Aquí, el TJUE consideró las condiciones para que un tribunal nacional reemplace un término declarado abusivo en un contrato con las reglas dispositivas aplicables en ausencia de cláusula contractual.

puesto que la hipoteca debe ser otorgada en escritura notarial e inscrita en el Registro de la Propiedad para su validez.

La regulación de los aranceles notariales y del Registro de la Propiedad establecen las cantidades correspondientes, pero no asignan de forma totalmente precisa quién ha de proceder al pago.

Además de los aranceles notariales y registrales hay otros gastos en favor de otras partes que intervienen en la transacción: el tasador independiente que valora la propiedad con el propósito de estimar la relación préstamo-valor y el gestor administrativo que, habitualmente, se encarga de tramitar la documentación y el pago de los impuestos inherentes a la transacción (los relativos a la compra-venta y al préstamo hipotecario) y que promueve la inscripción tanto de la transmisión de propiedad como del préstamo hipotecario.

Con respecto a las tasas e impuestos aplicables al contrato de compraventa de bienes inmuebles, no se han suscitado dudas relevantes acerca de que quienes son los que compran el bien y adquieren la propiedad (sean consumidores o no) son los que deben hacerse cargo de estas en su totalidad. Con respecto al préstamo hipotecario, que es un contrato separado del de compraventa y que genera sus propias tasas e impuestos, las reglas legales de fondo han sido, desafortunadamente, poco precisas en España.

Los contratos de préstamo hipotecario contenían de forma universal una cláusula no negociada que repercutía a cargo del prestatario todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario —impuestos, honorarios y tasas inherentes a la transacción. Habitualmente, el contrato de préstamo hipotecario contenía esta cláusula de alcance general sobre asignación de los costes, sin proporcionar el detalle de los gastos que se asignaba. Sin embargo, los prestamistas estaban obligados por normas de regulación de transparencia bancaria a proporcionar al prestatario una estimación del monto total de gastos de constitución del préstamo hipotecario antes de contratar el préstamo. El importe de esta estimación se detraía de lo que recibía el prestatario para pagar al

vendedor en la compra inmobiliaria<sup>18</sup>. Si una vez abonados los gastos e impuestos resultaba una cantidad remanente positiva, esta se entregaba al prestatario.

Al hilo de la litigación hipotecaria, los consumidores españoles comenzaron a cuestionar las cláusulas sobre gastos de constitución del préstamo hipotecario en base a su eventual abusividad. Los consumidores alegaban que dicha cláusula suponía una imposición genérica e indiscriminada al prestatario de todos los impuestos y tasas. El Tribunal Supremo español, en una serie de decisiones, compartió esta visión y sostuvo que esas condiciones generales (al menos aquellas con una formulación amplia que abarcara «todos» los impuestos y tasas) eran abusivas<sup>19</sup>. Esta visión ha sido confirmada recientemente por el TJUE que ha entendido, como previamente hizo el Tribunal Supremo, que la atribución de la totalidad de los gastos de constitución —y cancelación— del préstamo hipotecario al consumidor constituía una cláusula abusiva<sup>20</sup>.

Dado que la cláusula del contrato que asignaba todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario al prestatario había sido eliminada por abusiva, los tribunales españoles tuvieron que emprender una tarea de asignación minuciosa y por separado, a una u otra parte contractual de cada uno de los conceptos integrantes de los tributos y gastos, o a dividirlos proporcionalmente entre ambas partes contratantes.

En una serie de decisiones, el Tribunal Supremo español ha intentado proporcionar orientación con respecto a la asignación de los distintos componentes del

<sup>18</sup> Por lo general, lo que sucedía en la práctica es que el monto del préstamo aumentaba para cubrir estos impuestos y gastos: si el precio de la propiedad a financiar era X, y los impuestos y gastos estimados eran el 10 % de X, entonces el importe nominal del préstamo concedido al prestatario sería (X + 10 % de X). El prestatario obtenía X para pagar al vendedor, y el banco usaba el 10 % de X para pagar todos los costes (impuestos y tasas) en nombre y por cuenta del prestatario.

<sup>19</sup> STS, 23.12.2015; STS, 15.3.2018 (dos decisiones idénticas de la misma fecha).

<sup>20</sup> Véase la sentencia del TJUE en los asuntos CY vs. Caixabank, S.A. (C-224/19) y LG, PK vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (C-259/19) de 16 de Julio de 2020.

conjunto de tasas e impuestos que pesan sobre un contrato de préstamo hipotecario<sup>21</sup>.

La decisión más problemática del Tribunal Supremo fue la del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, que dio lugar en el otoño de 2018 a una extraordinaria polémica judicial en la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con cambios de criterio, desautorizaciones de una sección por el Pleno y fuerte intercambio de criterios.

El punto de partida de la discusión interpretativa en el Tribunal Supremo se encuentra en la interpretación formalista y a la vez expansiva del artículo 89.3 del TRLGDCU (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), una norma «idiosincrática» —ausente de los listados de cláusulas abusivas de otros países— del derecho español, por obra de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Se ha interpretado que la atribución contractual al prestatario del pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD) y otros honorarios y gastos asociados a la celebración del contrato, se incorporaba dentro del ámbito de aplicación del artículo 89.3 TRLGDCU y, por ello, estaría vedado a una cláusula no negociada, puesto que dicha provisión legal prohíbe la imposición al consumidor del abono de gastos derivados de las tareas de documentación y tramitación que la ley atribuye al empresario.

La Ley del IAJD, en su artículo 29, preveía antes de su modificación en noviembre de 2018 que «será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan». A su vez, el Reglamento que desarrollaba la Ley del IAJD, en su artículo 68, interpretaba la fórmula legal —ambigua, ciertamente— aclarando que el adquirente en un contrato de préstamo con garantía

hipotecaria (el sujeto pasivo del impuesto, según la Ley y el Reglamento) era el prestatario.

La práctica de las Administraciones tributarias y la interpretación jurisprudencial habían mantenido, sin discrepancias apreciables, la interpretación de la fórmula legal operada por el Reglamento del tributo. Tras la Sentencia de la Sala Primera de 23 de diciembre de 2015, que cuestionó la validez de cláusulas en condiciones generales de imposición global al consumidor de los gastos e impuestos del préstamo hipotecario, incluyendo el IAJD, comenzaron a surgir dudas. Hasta octubre de 2018, la Sala Tercera del Tribunal Supremo mantenía la posición tradicional que ponía en valor el artículo 68 del Reglamento. Sin embargo, en la jurisprudencia menor de la jurisdicción civil, la cuestión era polémica. Mientras algunos tribunales entendían que el impuesto lo debía soportar el acreedor, es decir, la entidad financiera, otros consideraban que este coste fiscal lo debía soportar el consumidor deudor.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en esta materia, se hacía eco de la posición prevalente en la Sala Tercera en cuanto al sujeto pasivo del IAJD (prevalente, como veremos, hasta octubre de 2018, aunque el cambio de criterio se revelara, finalmente, efímero).

Irrumpió entonces el (efímero) cambio jurisprudencial en la Sala Tercera del Tribunal Supremo por obra de varias sentencias de octubre de 2018. Esta modificación de la doctrina judicial contencioso-administrativa tuvo corta vida. En esas nuevas sentencias, la sección correspondiente de la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo acordó la anulación del artículo 68.2 del Reglamento del IAJD, por contradicción con la interpretación que la propia Sala daba de la fórmula legal que configuraba el sujeto pasivo del tributo en el caso de escrituras de préstamos hipotecarios, según la cual el IAJD debía ser pagado por el prestamista y no por el prestatario. El fundamento argumental del cambio de criterio es que la hipoteca que garantiza el préstamo es el negocio inscribible que determina el obligado al pago del impuesto y que el interesado en la elevación a escritura pública

<sup>21</sup> Decisiones del Tribunal Supremo español 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas con fecha de 23 de enero de 2019. Posteriormente, el legislador, en el art. 14.1. e) de la Ley 5/2019 se ha apartado de lo resuelto por el Tribunal Supremo, especialmente en relación con los gastos notariales y de gestión.

e inscripción es el prestamista y, por lo tanto, debía ser considerado como sujeto pasivo del impuesto.

De forma extraordinaria, sin embargo, pocas semanas más tarde, el Pleno de la Sala Tercera corregía el cambio jurisprudencial operado el 18 de octubre anterior por medio de varias sentencias, de 27 de noviembre de 2018, según las cuales y con base en las exigencias de la «seguridad jurídica», restablecía la jurisprudencia anterior que entendía que el sujeto pasivo del IAJD sobre préstamos hipotecarios era el prestatario. La avalancha de litigios —que hubiera empequeñecido de largo la de las cláusulas suelo— que se temió fue, finalmente, evitada por el Pleno de la Sala Tercera. El episodio fue, sin embargo, revelador de la falta de comprensión de la realidad económica subyacente por parte de nuestro más alto Tribunal (Gómez Pomar y Artigot, 2020).

### 3. Los efectos de los controles judiciales en el diseño contractual

La multitud de demandas relacionadas con cláusulas abusivas en los contratos de hipoteca ha producido varios efectos en distintos niveles. Los cambios en el diseño contractual por parte de los prestamistas pre-disponentes del contenido del contrato están seguramente entre los más importantes.

Una consecuencia general de la ola de litigios, sin duda, aunque difícil de caracterizar con precisión, y mucho menos cuantificar, es la incertidumbre legal creada respecto la validez de las cláusulas de los contratos de hipoteca a lo largo de los últimos años. Tres factores parecen señalar que la incertidumbre contractual es un problema grave en este caso: *i)* la extensión, variedad y amplio espectro de las impugnaciones judiciales a las condiciones generales de contrato prevalentes en el mercado hipotecario español han sido muy importantes (desde las cláusulas de vencimiento anticipado hasta los intereses de demora, desde las de asignación de costes e impuestos hasta las cláusulas suelo); *ii)* los resultados que podía arrojar la

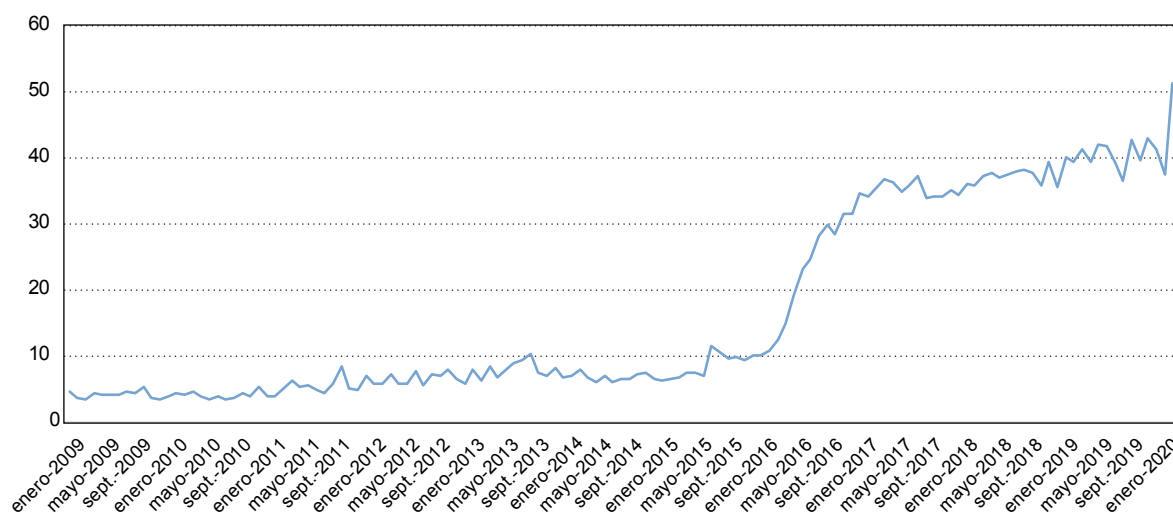
aplicación de los nuevos test y criterios sobre transparencia y abusividad que estaban diseñando e implementando los tribunales para resolver las disputas planteadas eran —y en buena medida continúan siendo— difíciles de predecir con alto grado de fiabilidad; y *iii)* el número de contratos potencialmente afectados era (y es) extremadamente alto. Diseñar los contratos de préstamos hipotecarios para intentar evitar desafíos similares en el futuro no es tarea fácil y, en consecuencia, es razonable esperar costes importantes por efecto de la inseguridad jurídica en este terreno contractual<sup>22</sup>.

Claramente, en algunos casos observamos que los efectos de la intervención de los tribunales al apreciar la abusividad de las condiciones generales de contrato son relativamente predecibles, aunque las consecuencias finales para el bienestar no sean fáciles de discernir y evaluar. Por ejemplo, la cláusula suelo (y su acompañante habitual, el techo) después de haber sido mal vista por el Tribunal Supremo, prácticamente desapareció del mercado hipotecario español, incluso antes de que fuera prohibida por la nueva legislación en materia de contratos de crédito hipotecario, aprobada en marzo de 2019. Aun cuando los tribunales españoles no condenaron *per se* a la cláusula suelo y solo hallaron deficiente su transparencia de cara a la plena comprensión por los prestatarios, los prestamistas parecen haber optado por lo seguro y, con rapidez, abandonaron su uso. Ahora, el mercado está dominado por hipotecas de tipo variable sin suelo o techo y por tipos de interés fijo. El Gráfico 1 muestra el enorme crecimiento de las hipotecas a tipo de interés fijo en el mercado español con posterioridad a 2015.

<sup>22</sup> Merece la pena señalar que la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019, págs. 26.329 a 26.399, ha intentado proporcionar criterios —en algunos casos a través de normas imperativas— para la inclusión de ciertas cláusulas en los contratos. Sin embargo, independientemente de la previsión normativa —dispositiva o imperativa— la distribución de dichos costes entre las partes contractuales y su eventual incorporación en el precio que se analiza en los apartados siguientes se mantiene vigente.

GRÁFICO 1

## PORCENTAJE DE HIPOTECAS DE TIPO DE INTERÉS FIJO EN ESPAÑA (2009-2020)



FUENTE: INE, <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=24456#!tabs-tabla>

Aunque es difícil atribuir causalidad al resultado de la litigación sobre cláusulas suelo, no es una conjetura descabellada pensar que la jurisprudencia contraria a las cláusulas suelo fue un factor que ha contribuido a la disminución de contratos de préstamo hipotecario referenciados a interés variable y, a su vez, al crecimiento de los préstamos a tipo fijo<sup>23</sup>.

Asimismo, la litigación sobre las cláusulas de vencimiento anticipado parece haber disminuido sustancialmente el número de ejecuciones sobre viviendas hipotecadas. Muchos tribunales inferiores reaccionaron a la decisión del Tribunal Supremo de diciembre

de 2015 (que consideró que las cláusulas de vencimiento anticipado tras un solo impago mensual eran abusivas) suspendiendo los procedimientos de ejecución hipotecaria resultantes de las cláusulas de vencimiento anticipado. Una vez más, no podemos hacer una afirmación de naturaleza causal aquí, pero la correlación parece clara.

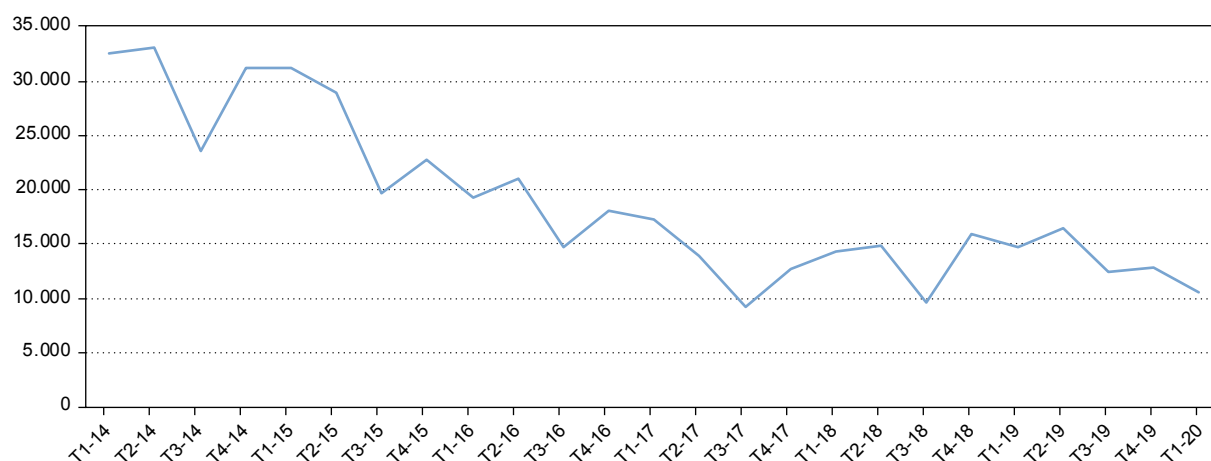
Merece la pena señalar que la disminución de ejecuciones hipotecarias también ha sido posible como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos<sup>24</sup>. Esta Ley creó un Código de Buenas Prácticas al que las entidades de crédito podían adherirse voluntariamente para facilitar la contribución de las entidades financieras en mitigar los efectos de la crisis financiera en deudores con problemas para cumplir con sus obligaciones

<sup>23</sup> Los tipos euríbor bajísimos (incluso negativos) que se observaron desde mediados de 2012 ([http://sdw.ecb.europa.eu/quickview.do?SERIES\\_KEY=143.FM.M.U2.EUR.RT.MM.EURIBOR3MD\\_HSTA](http://sdw.ecb.europa.eu/quickview.do?SERIES_KEY=143.FM.M.U2.EUR.RT.MM.EURIBOR3MD_HSTA)) podrían haber sido un importante factor impulsor del aumento en la cantidad de préstamos hipotecarios con tipos de interés fijo. A la luz del euríbor más bajo de la historia y, por lo tanto, de los costes financieros mínimos de los contratos hipotecarios de tipo variable desde 2012, la expectativa de este tipo de estructura variable a medio y largo plazo solo puede incrementar el coste financiero.

<sup>24</sup> Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, BOE núm. 60.

GRÁFICO 2

## NÚMERO TOTAL DE PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN ESPAÑA (2014-2020)



FUENTE: INE, <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=7709#!tabs-tabla>

contractuales. El Código tiene tres líneas de actuación. La primera, relativa a facilitar la reestructuración de la deuda hipotecaria de forma que sea viable ateniendo a las circunstancias económicas del deudor. La segunda, relativa a que las entidades financieras pudieran, si lo consideran conveniente, ofrecer una quita de la deuda al deudor y, la tercera, prevista para los casos en los que las anteriores no funcionaran, una posible dación en pago para liberar al deudor de su deuda permitiendo a las familias permanecer en la vivienda durante dos años a cambio de una renta asumible por ellos.

No parece posible derivar relaciones causales entre incertidumbres judiciales y la adopción del Código de Buenas Prácticas y la disminución del número de ejecuciones hipotecarias en España que muestra el Gráfico 2. Sin embargo, parece posible afirmar que distintos factores de naturaleza muy heterogénea —normativa y jurisprudencial— han contribuido a esta disminución.

La incertidumbre creada por el exhaustivo escrutinio judicial de las cláusulas sobre constitución del

préstamo hipotecario ha resultado en una alteración de la forma en que se asignan los costes exógenos asociados a la contratación de un préstamo hipotecario.

Anteriormente, los contratos redactados por los prestamistas contenían cláusulas contractuales que colocaban a cargo del prestatario todos los costes exógenos<sup>25</sup> derivados de la firma del contrato de préstamo hipotecario. El examen de abusividad que realizó el Tribunal Supremo español acabó con esas cláusulas. Como reacción, las entidades financieras modificaron el diseño contractual y optaron, principalmente, por absorber inicialmente los costes exógenos al momento de contratar, repercutiéndolos a los prestatarios a través del precio del contrato, bien en forma

<sup>25</sup> Los impuestos y honorarios impuestos directa o indirectamente por ley u otras normas de obligado cumplimiento constituyen costes de la operación o contrato, pero son «exógenos» a las partes, pues estas no influyen acerca de su existencia y cuantía en el contrato, ni a través del diseño contractual pueden reducirlos o eliminarlos, solo determinar en qué proporción han de ser absorbidos por las partes. La distinción entre costes endógenos y exógenos se desarrolla en el apartado siguiente de este trabajo.

de comisiones iniciales más elevadas por la concesión del préstamo, bien en forma de tipos de interés más altos (tipos de referencia más elevados o diferenciales superiores en contratos de hipoteca a interés variable) o mediante una combinación de ambas.

El cambio en la asignación de costes exógenos, que supone reemplazar cláusulas predispuestas *ad hoc* que imponen estos costes desde el inicio del contrato a los prestatarios por otras que los asignan a través del incremento de uno o más componentes del precio del contrato, no es fácil de evaluar desde el punto de vista de su impacto en la transparencia general del contrato. Para determinar el impacto de estos cambios de diseño contractual en la transparencia del contrato, que es uno de los principales objetivos de los controles judiciales *ex post* establecidos por la Directiva 93/13, es necesario realizar un análisis pormenorizado que incorpore dimensiones adicionales.

Desde una perspectiva general, incluir en el precio del contrato (comisiones bancarias por apertura o concesión del préstamo o categorías similares y/o tipos de interés o diferenciales sobre tipos de referencia) otros elementos de coste distintos a los costes operativos y financieros del prestamista, como sucede con los costes exógenos del préstamo, podría, en apariencia, juzgarse de forma positiva para los consumidores. Con ello, se les permite apreciar y comparar más fácilmente el sacrificio económico total que implica el préstamo hipotecario. Independientemente de si el consumidor es consciente de los diversos elementos incluidos en el precio del contrato, tener el coste exógeno dentro de los componentes del precio (comisiones e intereses) podría hacerlos más llamativos, *salient*, destacados y propiciar una toma de decisiones por parte de los consumidores más racional e informada. Desde esta perspectiva, la inclusión en el precio de elementos de coste (los costes exógenos) que previamente se asignaban a través de una cláusula contractual *ad hoc* y separada de las de comisiones e intereses en el contrato podría entenderse que proporcionaría efectos positivos para el bienestar de los consumidores.

Sin embargo, un análisis más detallado de los diferentes ingredientes que forman parte del precio puede diluir esta percepción inicialmente favorable. Para este análisis, se deben considerar dos dimensiones de los costes involucrados en estos contratos. Primero, el hecho de que estamos tratando con un coste exógeno y no endógeno. Segundo, si el coste puede calcularse con precisión en el momento en que se celebra el contrato.

### **Costes exógenos: un elemento contractual razonablemente relevante o un componente más del precio**

Algunos costes del contrato son endógenos: dependen de las acciones de las partes de un contrato, las contingencias a las que se enfrentan y cómo el contrato las concreta para las partes. Otros, en cambio, son exógenos, es decir, independientes de las elecciones y acciones de las partes. Resultan de circunstancias ajenas a las partes, con frecuencia, determinados por las autoridades públicas. Esta segunda es la naturaleza de los impuestos que gravan la contratación hipotecaria como operación fiscalmente sujeta a tributación, pero también de otros gastos e importes impuestos por las normas legales en este ámbito.

Esta diferencia es relevante puesto que los costes endógenos pueden verse influidos por el proveedor de bienes y servicios (el prestamista, en este caso) y una comparación entre ellos permite al consumidor comparar entre diferentes oferentes y elegir al que tiene la estructura de costes más eficiente que, por ello, puede hacer la oferta más atractiva para los consumidores. En cambio, los costes exógenos son, por definición, iguales para todos los oferentes de financiación. Es decir, los impuestos y otros gastos de un crédito hipotecario de un cierto importe no difieren según quien sea el prestamista.

Comparar costes exógenos entre prestamistas es baladí, pues son costes determinados por terceros en modo que no depende de la identidad o las

características del oferente de crédito. No proporciona información valiosa para el consumidor para elegir un prestamista u otro, puesto que todas las transacciones, independientemente del prestamista y del prestatario, generan este tipo de costes idénticos. La única información importante para el prestatario se refiere a la existencia y a la cuantía de tales costes exógenos, a fin de poder comprender el sacrificio económico que comportará contratar la financiación hipotecaria que se le ofrece para la adquisición de la vivienda en comparación con otras alternativas (comprar sin financiación ajena; comprar con financiación ajena pero no hipotecaria, si está disponible o no comprar).

Desde este punto de vista, la inclusión de los costes exógenos como parte del precio, en lugar de una cláusula estándar *ad hoc* que contempla y asigna estos costes, no parece disminuir la transparencia global del contrato para el consumidor. Incluso podría considerarse que se mejora la probabilidad de tomar conciencia sobre la presencia de esos costes exógenos si esa cláusula contractual que los contempla específicamente, aunque sea una cláusula no negociada, corría el riesgo de pasar inadvertida a los prestatarios. Sin embargo, si se tienen en cuenta las particularidades del entorno contractual del caso español, es difícil poner en duda que la existencia e importe de los costes exógenos es conocida por el prestatario, pues es un requisito de información precontractual la comunicación específica al consumidor del total estimado de esos costes exógenos, y la cuantía estimada se deduce en el momento de firmar el contrato del nominal del préstamo que se recibe.

### **Una perspectiva conductual: conciencia de costes inmediatos versus costes a largo plazo e inciertos**

El análisis conductual, *behavioral*, es de gran importancia para la economía del contrato. Esta, de manera esencial, coloca a la elección individual de los contratantes como centro de atención. Al mismo tiempo,

las consideraciones conductuales también son cruciales para la normativa de contratos y de consumidores. La forma en que los individuos realmente deciden, los parámetros que afectan las elecciones que hacen y cómo las hacen, y la conciencia de los individuos con respecto a los posibles resultados de sus decisiones son fundamentales a la hora de diseñar y redactar reglas de derecho y evaluar su impacto potencial (Jolls, Sunstein y Thaler, 2000)<sup>26</sup>.

Las consideraciones conductuales sugieren que la presentación de un coste global en el momento de celebrar el contrato tiene efectos distintos en la decisión del consumidor si se compara con incluirlo como un componente más de un precio que se paga a lo largo del tiempo y convertirlo, por lo tanto, en una variable incierta a largo plazo.

Es un resultado bien conocido del campo de economía y derecho del comportamiento sobre la contratación del consumidor que «[...] mientras las personas perciben con precisión los costes inmediatos y ciertos, tienden a subestimar los costes diferidos y contingentes» (Zamir y Teichman, 2018).

¿Se cumple esta predicción general en nuestro caso? El impacto en la transparencia y en la conciencia del consumidor de presentar los costes exógenos del contrato como un coste separado que se debe afrontar de inmediato e íntegramente en el momento de contratar o como un elemento integrante del precio del contrato que se pagará durante toda la vigencia del mismo (y recuérdese que el préstamo hipotecario es un contrato de largo plazo; en la práctica española, típicamente entre 20 y 30 años, en algunos casos incluso más) depende de una serie de sesgos cognitivos que pueden afectar a los consumidores: el sesgo de proyección, el exceso de confianza, los límites al autocontrol o la fuerza de voluntad limitada y el descuento hiperbólico del futuro.

<sup>26</sup> Creemos que el hecho de que muy a menudo la educación y el análisis jurídico, e incluso la propia legislación, hayan prestado más atención a otras dimensiones (tanto normativas como técnicas) no menoscaban este juicio.

El sesgo de proyección se refiere a la suposición (errónea, como acredita la evidencia empírica disponible) por parte de los individuos de que sus preferencias no cambiarán a lo largo del tiempo. Al tomar decisiones, los seres humanos tendemos a suponer que nuestras decisiones y elecciones, independientemente de si se adoptan en el presente o se adoptarán en el futuro, se ordenarán de la misma manera, suponiendo que las preferencias futuras serán idénticas a las actuales (Loewenstein, O'Donoghue y Rabin, 2003).

El sesgo de proyección es particularmente relevante para las decisiones que se adoptan en un momento específico en el tiempo, pero con un impacto en momentos posteriores, cuando las preferencias de los individuos pueden haberse modificado respecto de las que existen en el momento inicial.

La evaluación de eventos futuros, incluso sobre un futuro cercano, es un área en la que entran en acción importantes sesgos cognitivos y de conducta. Los individuos tienden a confiar demasiado en sus capacidades, habilidades y en la cantidad, calidad, veracidad y fiabilidad de la información que tienen a su alcance. Como resultado, tienden a subestimar la probabilidad y la magnitud de los acontecimientos negativos que pueden afectar a su bienestar. En este sentido, el exceso de confianza se refiere a la subestimación de eventos futuros potencialmente negativos en mayor grado del que sería procedente si utilizáramos la información estadística disponible sobre tales posibles eventos.

Asimismo, los individuos tienden a reaccionar a los eventos inmediatos con más intensidad que a los eventos futuros. Las personas tienden a sobreestimar su valoración del presente en el futuro, por lo que cualquier decisión que pueda proporcionar una recompensa a corto plazo parece preferible a posibles eventos positivos en el futuro. Por esa razón, los mecanismos para implementar el compromiso futuro son importantes y relevantes para las personas, a fin de garantizar que las recompensas a corto plazo no sean el elemento decisivo final y así, los intereses a largo

plazo se persigan de manera consistente (DellaVigna y Malmendier, 2006; Bar-Gill, 2004)<sup>27</sup>.

El descuento hiperbólico se centra en la dirección de la valoración distorsionada de eventos futuros cuando se evalúa desde la perspectiva del presente. Las personas descuentan el impacto en su bienestar de eventos futuros, pero lo descuentan de forma hiperbólica. Este tipo de descuento se refiere al hecho de que los individuos se muestran impacientes a corto plazo pero muy pacientes cuando piensan en el largo plazo (DellaVigna y Malmendier, 2006)<sup>28</sup>. Es decir, los eventos inmediatos se prefieren al futuro próximo, al que se le aplica una elevada tasa de descuento, pero los eventos que podrían tener lugar en el futuro lejano se descuentan muy ligeramente sobre los eventos futuros inmediatamente anteriores.

Estas ideas sobre las regularidades de los sesgos cognitivos y de conducta que aquejan a los humanos y, más concretamente, a los consumidores, cuando actúan en los mercados de bienes y servicios, apuntan en la dirección de que la imposición directa e inicial de los costes exógenos al consumidor al comienzo de la vigencia del contrato puede generar mayor conciencia en los consumidores del impacto del coste que han de afrontar. Por ello, probablemente inciden de manera más aguda en las decisiones de los prestatarios, que la alternativa de elevar (presumiblemente en pequeña cuantía) los pagos futuros de la hipoteca durante 30 o 40 años.

La segunda alternativa en cuanto a la repercusión sobre el consumidor de los costes exógenos sería claramente un tipo de «coste diferido» que la literatura de carácter *behavioral* ha señalado que se ignora con

<sup>27</sup> En DellaVigna y Malmendier (2006), las comisiones o recargos por falta de fondos en una cuenta bancaria o por descubiertos o excesos de disposición en una tarjeta de crédito, o las tarifas anuales, sin cargos por uso, para ser socio de un gimnasio pueden conceptualizarse como «mecanismos de compromiso». En Bar-Gill (2004), cabe señalar que estos mecanismos de compromiso podrían no ser efectivos o no tener el mismo impacto para todos los tipos de consumidores, por ejemplo, tener mayor eficacia para consumidores sofisticados que para consumidores ingenuos o menos conscientes de sus propios sesgos.

<sup>28</sup> Donde se ilustra el descuento hiperbólico a través de un exceso de confianza sobre el futuro en ciertas decisiones contractuales.

mayor facilidad y, por lo tanto, distorsiona el comportamiento del consumidor de más de lo que sucedería con una repercusión inmediata de tales costes. Con la repercusión de los costes exógenos en forma diferida en el tiempo a través de los pagos periódicos al prestamista durante un largo plazo, es más fácil para los consumidores ignorar o subestimar la magnitud de esos costes y, por ende, verse atraídos por un contrato que, por presentarse con costes inmediatos más bajos, parece más atractivo y menos costoso de lo que en realidad es a ojos de un consumidor sujeto a este sesgo de conducta (Bar-Gill, 2012).

Obviamente, los argumentos de economía del comportamiento en favor de los costes inmediatos y no diferidos no implican que multiplicar el número de estos costes o comisiones iniciales en un contrato de consumo (sea un préstamo hipotecario u otra clase de contrato) no se pueda utilizar para distorsionar la percepción de los costes reales para el consumidor, y puede requerir medidas correctivas por el lado del derecho de los contratos o de la regulación financiera (Sarin, 2018; Zamir y Mendelson, 2017)<sup>29</sup>. Sin embargo, este no parece haber sido el caso de los costes exógenos, dado que los prestamistas tenían que ofrecer una estimación global de todos ellos, así como recordarle al prestatario que dicha cuantía se deduciría del nominal del préstamo utilizable para pagar al vendedor de la vivienda.

En resumen, la litigación española sobre condiciones generales de contratos de hipoteca parece haber tenido un profundo impacto en el diseño de este tipo de contratos, tal y como la *praxis* contractual pone de manifiesto. No es del todo evidente que todos los cambios provocados por la interpretación judicial (española y europea) hayan redundado, en último extremo, en beneficio de los consumidores. Especialmente por lo que se refiere a los costes exógenos del contrato de hipoteca, en los que los términos contractuales *ad*

*hoc* (aunque sean predispuestos y no negociados), unidos a la obligación de proporcionar una estimación inicial del importe total de los mismos, se han visto reemplazados por un incremento de los precios (intereses) que a largo plazo transfieren esos mismos costes sobre los consumidores. Especialmente, si somos conscientes de los sesgos cognitivos y de conducta que pueden aquejar al comportamiento de los consumidores financieros, cabe dudar de la bondad de las consecuencias de este nuevo diseño contractual inducido por los posicionamientos judiciales en la interpretación de la normativa de protección del consumidor.

#### 4. Conclusión

La intervención judicial orientada a depurar los contratos de préstamo hipotecario de cláusulas abusivas, ha tenido un impacto más que perceptible en España, en forma de una ola de litigación que aún persiste en los tribunales. También ha tenido efectos menos llamativos, pero no por ello menos relevantes, sobre el diseño del contrato de préstamo hipotecario utilizado en la práctica contractual.

La incertidumbre creada por la litigación sobre las condiciones generales de los contratos de hipoteca ha afectado a muchas de las cláusulas que asignaban costes entre las partes contratantes. Desde los términos del contrato que atribuían al prestatario tributos y gastos hasta otros que asignaban riesgos de evolución de tipo de interés variable entre las partes contratantes, como las cláusulas suelo.

Uno de los efectos colaterales de la litigación hipotecaria en España ha sido el rediseño de los contratos de préstamo hipotecario. El efecto de los cambios en el diseño contractual en la transparencia de los contratos de préstamo hipotecario y, por lo tanto, en el bienestar del consumidor dependen de variables que afectan las distintas cláusulas contractuales de forma heterogénea. Una primera variable hace referencia al tipo de coste contractual que distribuye la cláusula.

<sup>29</sup> Examinan la medida en Israel a través de una reducción en el número y en la complejidad de comisiones bancarias.

Así, el efecto del rediseño contractual no es concluyente en relación a los costes exógenos inherentes a un préstamo hipotecario como serían impuestos, tasas y gastos inherentes a la transacción, que por su naturaleza y definición son uniformes entre los oferentes de préstamos hipotecarios. Por un lado, la inclusión de costes exógenos en el precio del contrato no es necesariamente negativa desde el punto de vista de la transparencia dado que las obligaciones de información precontractual tienen por objetivo que el consumidor deudor conozca los costes inherentes a la transacción. Por su naturaleza, estos contratos son a largo plazo —típicamente de 20 o 30 años— y los individuos, en general, y los consumidores, en particular, tienen limitaciones y sesgos cognitivos que condicionan su toma de decisiones. Dichos sesgos condicionan y dificultan la toma de decisiones en relación a cláusulas y costes que no se explicitan en el momento de la aceptación del contrato sino a lo largo de la vida del contrato.

La heterogeneidad de las cláusulas contractuales y las distintas dimensiones que condicionan su transparencia no permiten concluir un efecto del rediseño contractual que han experimentado los préstamos hipotecarios en España en el bienestar de la población de consumidores en España.

## Referencias bibliográficas

- Bar-Gill, O. (2004). Seduction by plastic. *Northwestern University Law Review*, 98(4), 1373-1434.
- Bar-Gill, O. (2012). *Seduction by contract: Law, economics, and psychology in consumer markets*. Oxford University Press.
- DellaVigna, S., & Malmendier, U. (2006). Paying not to go to the gym. *American Economic Review*, 96(3), 694-719.
- Gómez Pomar, F., y Artigot Golobardes, M. (2020). Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria. *Anuario de Derecho civil*, LXXIII(I), 7-100.
- Jolls, C., Sunstein, C. R., & Thaler, R. (2000). A Behavioral Approach to Law and Economics. En C. Sunstein (Ed.), *Behavioral Law and Economics* (pp. 13-58). Cambridge: Cambridge University Press.
- Loewenstein, G., O'Donoghue, T., & Rabin, M. (2003). Projection Bias in Predicting Future Utility. *The Quarterly Journal of Economics*, 118(4), 1209-1248.
- Micklitz, H. W., & Reich, N. (2014). The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD). *Common Market Law Review*, 51(3), 771-808.
- Miquel González de Audicana, J. M. (2017). Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario. En L. Prats Albentosa y G. Tomás Martínez (Eds.), *Culpa y responsabilidad* (pp. 759-784). Thomson Reuters Aranzadi.
- Riesenhuber, K. (2013). *EU-Vertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Sarin, N. (2018). The Saliency Theory of Consumer Financial Regulation. *SSRN 3197353*. [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/2010](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2010)
- Zamir, E., & Mendelson, T. (2017). Three Modes of Regulating Price Terms in Standard-Form Contracts -The Israeli Experience. *The Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, 17(40), 1-20.
- Zamir, E., & Teichman, D. (2018). *Behavioral law and economics*. Oxford University Press.
- Zamir, E., & Mendelson, T. (2020). Three Modes of Regulating Price Terms in Standard-Form Contracts -The Israeli Experience. In *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts* (pp. 429-450). Springer, Cham.

## Legislación

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. *OJ L*, 95, 29-34. 21.4.1993.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 116.
- López, M. J. M. (2019). Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 65.

## Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, en el caso C-415/11. Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).
- Sentencia del Tribunal Supremo español 705/2015 de 23 de diciembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo español 79/2016, de 18 de diciembre de 2016.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15 y C-307/15 Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U., Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Banco Popular Español, S.A. y Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu.

Sentencia del Tribunal Supremo español 849/2019, de 15 de marzo de 2018.

Sentencias del Tribunal Supremo español 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, de 23 de enero de 2019.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de marzo de 2019, en los asuntos acumulados C-70/17 Abanca Corporación Bancaria, S.A. y García Salamanca Santos y C-179/17 Bankia, S.A. y Alfonso Antonio Lau Mendoza y Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/16 CY y Caixabank, S.A. y C-259/19 LG, PK y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

## ¿CONTRATOS PROHIBIDOS O REGULADOS? EL CASO DE LA PROSTITUCIÓN

*Los dos modelos paradigmáticos que han servido de base para algunas de las propuestas de modificación de la normativa relacionada con la prostitución son dos: el prohibicionismo sueco y el regulacionismo holandés. El objetivo del artículo es analizar brevemente los efectos obtenidos por estos dos enfoques de cara a una posible regulación de la actividad en España. Las conclusiones indican que ninguno de los dos sistemas ha logrado los resultados pretendidos y que quizá un sistema alternativo que contenga elementos de los dos enfoques pueda arrojar algún resultado positivo, entendiendo como tal, la reducción de la actividad y de las externalidades negativas asociadas.*

### Prohibited or regulated contracts? The case of prostitution

*Two paradigmatic models have served as the basis for some of the proposals to modify the regulation of prostitution: Swedish prohibitionism and Dutch regulationism. The purpose of this paper is to briefly analyze the results of these two approaches with a view to a possible regulation of the activity in Spain. Findings suggest that neither of the two systems has achieved the intended results and that perhaps an alternative system including elements of the two approaches could yield some positive results, understanding as such, a reduction in both, the activity and the related negative externalities.*

**Palabras clave:** regulación, prohibicionismo, externalidades, mercados negros, tráfico humano.

**Keywords:** regulation, prohibitionism, externalities, black markets, human trafficking.

**JEL:** K14, K42.

#### 1. Introducción

La libertad de contratación, junto con el derecho a la propiedad privada, es uno de los fundamentos de una economía de mercado. Sin embargo, hay muchos acuerdos privados que son limitados o directamente prohibidos por los ordenamientos jurídicos sin que

exista la posibilidad de que los tribunales reconozcan la celebración de tales acuerdos. Se trata de lo que la literatura económica denomina «contratos prohibidos». Son muchas las razones que justifican esta limitación de la libertad de contratación, pudiéndose clasificar los argumentos principales en cuatro categorías: en primer lugar, los acuerdos cuyo objeto es cometer un *delito* están prohibidos por prácticamente todos los ordenamientos, como es el caso, por ejemplo, del contrato para matar a un tercero o la compra-venta de seres humanos; otros contratos prohíben o limitan la libertad contractual por justificaciones basadas en los denominados *fallos del mercado*, como la

---

\* Universidad Complutense de Madrid.  
Quiero expresar mi agradecimiento a Francisco Cabrillo por sus comentarios y sugerencias.  
Versión de mayo de 2020.  
DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7082>

reserva de actividad (limitación relacionada con los problemas de *información asimétrica*), la prohibición de provisión de drogas recreativas (cuya justificación, en muchas ocasiones, se basa en las *externalidades negativas* que genera) o la prohibición de los acuerdos colusorios (basada en los fallos del mercado que *quiebran la competencia*); también se esgrimen, en tercer lugar, argumentos *redistributivos* para limitar la libertad de contratación, como en el caso de la regulación del mercado laboral, que limita la libertad de pactos al considerar que una de las partes en la relación contractual está en una posición más débil y, por tanto, necesita protección; y, finalmente, hay acuerdos que, aunque no se ajusten a los argumentos mencionados, se prohíben por razones de *índole moral*, como podría ser el caso de la maternidad subrogada. Estas justificaciones no son excluyentes. Así, en el caso que es objeto de análisis de este artículo, la prostitución, se han esgrimido tanto argumentos de índole moral, considerando que el cuerpo de una persona está fuera del comercio de los seres humanos ya que se mercantiliza aquello que no puede ser mercantilizado (Radin, 1996), como argumentos relacionados con los fallos del mercado, en concreto con las externalidades negativas que genera el mercado de la prostitución (fundamentalmente la trata de seres humanos con fines de explotación sexual).

Todas estas justificaciones han dado lugar a una gran variedad de contratos prohibidos por lo que la literatura al respecto es abundante y no ha dejado de aumentar con el paso de los años. Desde trabajos ya clásicos sobre la crisis del derecho contractual en EE UU como los de Gilmore (1974), Friedman (1965) o Atiyah (1979) o el análisis de los principios de la libertad de contratos y su evolución de Buckley (1999), que exploran la limitación de la libertad de contratación, hasta estudios que analizan de manera más específica algunas relaciones contractuales prohibidas o ampliamente limitadas (v. g. venta de órganos, drogas ilegales o prostitución) como son los trabajos de Trebicock (1993)

o Meadowcroft (2008), que ofrecen un panorama general de varias prohibiciones, por poner solo dos ejemplos. Probablemente los trabajos más interesantes son los que analizan, de manera específica, un contrato prohibido determinado. Enumerar los más relevantes no sería posible en un trabajo de estas características ya que cada día aumenta la literatura y los estudios al respecto.

El contrato que se analizará en este trabajo es la compraventa de sexo. El intercambio de sexo por dinero entre adultos es una transacción económica que está prohibida en algunos países o no está reconocida legalmente en muchos otros. Otros ordenamientos, por el contrario, han regulado estas transacciones con el objetivo de eliminar algunos de los efectos que la prohibición o la falta de regulación origina. Se trata de un debate recurrente que no logra conciliar a todas las partes implicadas y en el que, en muchas ocasiones, el rigor científico queda solapado por el debate ideológico. La literatura sobre este mercado es numerosa y a lo largo de este trabajo se mencionarán algunos de los trabajos y estudios más relevantes<sup>1</sup>.

Este artículo analizará brevemente *los efectos económicos* relacionados con dos alternativas legales implementadas en algunos países: la prohibición y la regulación. Para ello se repasará brevemente el debate doctrinal sobre el concepto de prostitución; se analizarán los distintos enfoques económicos del problema y los modelos de regulación propuestos; y, finalmente, se considerarán los distintos efectos que los modelos han generado en algunos países que han aprobado una regulación específica.

## 2. El concepto de prostitución

Podemos aproximarnos al concepto de prostitución desde dos enfoques, uno *legal*, que entiende la prostitución como un contrato, y otro *económico*, que

<sup>1</sup> Una selección de estos trabajos puede encontrarse en Della Giusta *et al.* (2004).

entiende el fenómeno como una fuente de externalidades negativas<sup>2</sup>. Analicemos ambos.

### La prostitución como acuerdo de voluntades

Este enfoque entiende la prostitución como un contrato mediante el cual se intercambia sexo por dinero. Se trataría de un *enfoque legal* en el que la prostitución se configura como un acuerdo entre adultos que, de manera voluntaria, llevan a cabo una transacción comercial. Los distintos trabajos relacionados con este primer concepto difieren en algunos aspectos. Algunas posiciones incluyen la prostitución masculina y transexual en su análisis (Albert *et al.*, 2007) y otras consideran que, aunque la prostitución es ejercida tanto por hombres como por mujeres, es un mercado competitivo en el que la mujer vende y el hombre compra, y el precio de los servicios sexuales está determinado por las oportunidades perdidas por las mujeres en el mercado del emparejamiento en relación con el mercado de la prostitución (Edlund y Korn, 2002). Así, estas autoras, por ejemplo, entienden la prostitución como una actividad bien remunerada si se relaciona con el capital humano de las personas que la ejercen, lo que la convierte en una alternativa al matrimonio. Y esta mayor remuneración se debe a distintos factores como la compensación por el estigma social (Cho *et al.*, 2013; Nussbaum, 1998), el riesgo de la actividad y, sobre todo, por los beneficios perdidos en el mercado del emparejamiento. Por tanto, este enfoque presume la existencia de dos mercados interrelacionados: el del emparejamiento y el de la prostitución. Para Becker (1974) las personas que se emparejan aumentan su nivel de

utilidad y por ello llevan a cabo estrategias de emparejamiento en un mercado competitivo. Y las relaciones sexuales son un elemento sustancial de estas estrategias, diferenciándose del mercado de la prostitución en que en el mercado del emparejamiento se ofrece *sexo reproductivo*, que es un bien diferente y *excluyente* del que ofrece la persona que ejerce la prostitución, que ofrece *sexo no reproductivo o sexo comercial*. En efecto, este enfoque es el que lleva a Edlund y Korn a considerar el *sexo comercial* y el *sexo reproductivo* como actividades *mutuamente excluyentes*: la prostituta vende sexo no reproductivo y la esposa sexo reproductivo (Edlund y Korn, 2002, p. 184)<sup>3</sup>. Si una mujer decide dedicarse a ejercer la prostitución debe considerar el coste de oportunidad de dedicarse a esta en términos de los ingresos a los que renuncia si no se casa. Por tanto, la alta remuneración de la que hablan estas autoras está relacionada con la pérdida de las oportunidades que ofrece el mercado matrimonial. Por su parte, Della Giusta *et al.* (2004) sugieren que la prostitución es una actividad caracterizada por el *estigma* y cuya oferta está determinada por la disponibilidad de otras oportunidades laborales; y Garofalo (2002), explica los diferentes precios en los mercados de la prostitución en relación con las asimetrías en la información de las diferentes partes contractuales.

Estas aproximaciones presumen, por tanto, la existencia de un mercado en el que se intercambia sexo por dinero a través de transacciones voluntarias entre adultos. La persona que ejerce la prostitución lo hace como consecuencia de un análisis de los costes y beneficios asociados a la actividad, que consiste en mantener relaciones sexuales voluntarias y acordadas previamente con otras personas, siempre y cuando medie una contraprestación económica. Se requiere, por tanto, el consentimiento de ambas partes. Esta voluntariedad implica que la persona que ejerce la prostitución pueda negarse a formalizar la transacción

<sup>2</sup> Una explicación más detallada de estos enfoques puede encontrarse en Albert *et al.* (2007). El enfoque legal concibe la prostitución como un contrato y uno de los campos más prolíficos del análisis económico del derecho es el análisis económico del derecho contractual. Que el enfoque se denomine «legal» no significa que no se analicen los incentivos que, desde el punto de vista económico, la norma genera. El otro enfoque que se considerará a continuación, como complemento al enfoque legal, es el *enfoque económico*, que concibe la prostitución como una fuente de externalidades negativas.

<sup>3</sup> Lo que supone que, según este enfoque, una mujer no puede ser a la vez prostituta y esposa (Edlund y Korn, 2002, p. 182).

si hay algún aspecto de la relación contractual que no le satisface o no le resulta conveniente. Se trataría de un acuerdo *eficiente* en el que ambas partes mejoran su situación al llevar a cabo el intercambio, es decir, nos encontraríamos ante una *mejora paretiana* que aumenta el bienestar conjunto<sup>4</sup>. Así, el análisis de la prostitución en virtud de esta perspectiva descartaría cualquier tipo de prostitución forzada<sup>5</sup>.

Uno de los aspectos más controvertidos de este enfoque está relacionado con la voluntariedad del acto. Los análisis de determinadas posiciones feministas<sup>6</sup> consideran que no puede afirmarse que una persona ejerce voluntariamente la prostitución, y que esta siempre se ejerce bajo coacción, lo que pondría en cuestión la legitimidad del acuerdo. Estas aproximaciones ponen en duda que haya verdadera libertad y consentimiento por parte de la prostituta ya que la decisión de vender su cuerpo está mediatizada por un estado de necesidad que tiene su origen en la pobreza o en otra serie de condicionamientos. Contra estas críticas se podría argumentar que, utilizando el mismo razonamiento, cualquier trabajo desagradable o de una especial dureza que se lleva a cabo por la escasez de oportunidades se realiza bajo coacción y, si ello supone la prohibición, deberían restringirse un amplio número de actividades. Tal y como argumentan los enfoques mencionados al comienzo de este epígrafe, la determinación que lleva a una persona a ejercer la prostitución puede ser fruto de un proceso de toma de decisiones en el que se comparen las ganancias que se pueden obtener realizando una actividad laboral determinada con

las ganancias que se pueden lograr en el mercado de la prostitución. Adicionalmente, algunos de los estudios<sup>7</sup> que intentan analizar los diferentes mercados de prostitución, han demostrado que el perfil de la persona que ejerce la prostitución es muy variado y que, efectivamente, en muchas ocasiones la decisión tiene su origen en las mayores ganancias que pueden obtenerse en este tipo de mercado en comparación con otros mercados<sup>8</sup>. En efecto, y es importante insistir en ello, es un hecho comúnmente aceptado que los ingresos que obtienen las prostitutas tienden a ser altos en relación con su dotación de capital humano, y, por tanto, en relación con los ingresos que podrían obtener si no se dedicasen a la prostitución (Cho *et al.*, 2013; Edlund y Korn, 2002). Las críticas a estas posiciones feministas consideran que estas tienen en muchas ocasiones un considerable sesgo ideológico en el que el rigor científico de los estudios queda en un segundo plano<sup>9</sup>. Los enfoques marxistas sobre las relaciones laborales, las relaciones sociales de dominación y subordinación propias del denominado patriarcado o las críticas al libre mercado son algunos de los argumentos que utilizan en muchas ocasiones estas aproximaciones feministas<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Esta mejora es cuestionada por alguna de las concepciones que se analizarán más adelante que consideran que la prostitución lleva aparejada una serie de efectos externos negativos que reducen el bienestar total.

<sup>5</sup> Lo que no significa que este enfoque niegue su existencia, evidentemente, sino que los problemas como el tráfico humano o la prostitución infantil, por poner solo dos ejemplos de variantes que suponen violencia, intimidación o coacción, se estudiarían a través del enfoque *económico*, que se analizará más adelante.

<sup>6</sup> Por ejemplo, Pateman (1988), Satz (1995) y O'Connell (2002) o, en España, Falcón (2003) o más recientemente Posada (2015) o Cobo (2016; 2017).

<sup>7</sup> Por poner solo algunos ejemplos: un estudio de la prostitución en Madrid (España) encontró que el 4,7 % de las prostitutas no tenía estudios, el 49 % tenía estudios primarios, el 38 % secundarios, y el 8,1 % tenía estudios universitarios (Belza *et al.*, 2004). Este estudio sugiere que las prostitutas podían conseguir ingresos sustancialmente superiores ejerciendo la prostitución que en otra actividad. En un estudio de campo de 2007 en Nueva Zelanda, en el que intentan averiguar las razones por las que las prostitutas se dedican a esta actividad, el 73 % declaró que lo hacía por conseguir más dinero para pagar los gastos del hogar, el 61,5 % para poder permitirse un estilo de vida superior y el 58 % para poder ahorrar (Abel *et al.*, 2007). Un estudio de 2006 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España estima que las ganancias de las prostitutas podían alcanzar hasta los 4.000 euros mensuales (Malgesini, 2006). Finalmente, un estudio de 2011 en la Comunidad Valenciana (España) estima que las prostitutas que trabajaban en pisos o clubs obtenían una media mensual de 2.730 euros (Sanchis y Serra, 2011).

<sup>8</sup> Por ejemplo, según datos de la Unidad Técnica de Policía Judicial de la Guardia Civil (Guardia Civil, 2005), al principio de la crisis de 2007, en España el porcentaje de prostitutas de nacionalidad española sobre el total de prostitutas en la demarcación de la Guardia Civil aumentó del 1,76 % a cerca del 11 %.

<sup>9</sup> Levy (2014). Por todas: NSWP (2015).

<sup>10</sup> Uno de los trabajos seminales del feminismo crítico con la prostitución está en el ya mencionado de Carole Pateman, en el que incluye una crítica

En efecto, muchas de las críticas<sup>11</sup> a la consideración de la prostitución como un acuerdo voluntario entre adultos, tienen como base una crítica al sistema económico de libre mercado al que consideran responsable de la generación de una «macroindustria» del sexo asociada con redes criminales que fomentan la explotación sexual de las mujeres. Es innegable que, en muchos casos, existe una vinculación de la prostitución con actividades criminales, cuestión que se analiza desde un enfoque económico, pero no hay ninguna evidencia histórica ni empírica ni de ningún otro tipo que pueda demostrar que la propia existencia del sistema económico de libre mercado sea *la causa directa* de la explotación sexual de las mujeres. Muchos de estos análisis basan sus argumentos en planteamientos fundamentalmente teóricos, de carácter sociológico o político que pretenden demostrar una causalidad directa entre el sistema económico<sup>12</sup>, la pobreza, determinadas situaciones de marginalidad y la prostitución, pero estos argumentos, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, no tienen un fundamento consistente<sup>13</sup>. Ciertamente es posible que, en muchas ocasiones, la desigualdad económica a la que se refieren este

tipo de aproximaciones feministas sea lo que lleve a una persona a vender servicios sexuales precisamente como una manera de abandonar este estado<sup>14</sup>. Pero es importante destacar que la prohibición de este tipo de actividades puede suponer precisamente un aumento de la desigualdad y, por tanto, un empeoramiento de la situación de la persona más vulnerable. Y este punto es digno de destacarse porque, como se mencionará más adelante, algunos estudios<sup>15</sup> sobre los efectos del prohibicionismo, sugieren que este sistema deja en peor posición a los colectivos de prostitutas más vulnerables. En definitiva, aunque la existencia de la prostitución no sea deseable y el papel del varón en este tipo de relaciones pueda ser condenable, en muchas ocasiones las decisiones de las mujeres que optan por vender su cuerpo están basadas en un análisis de los costes y los beneficios asociados a la actividad al margen del sistema económico o de la estructura de determinadas relaciones sociales.

### La prostitución como fuente de externalidades negativas

El *enfoque económico* del fenómeno de la prostitución entiende esta como una fuente de externalidades negativas<sup>16</sup>. Según esta aproximación, la prostitución genera efectos externos negativos en terceros que

---

contra lo que denomina los «contractualistas» (*contractarians*), el enfoque de la prostitución como un contrato (Pateman, 1988, pp. 209-230). En España puede consultarse el reciente trabajo de Cobo (2017). No obstante, no todas las posiciones doctrinales feministas están en contra de la prostitución. Hay corrientes, como por ejemplo la que adopta la asociación de prostitutas estadounidense COYOTE, que consideran que el mercado de servicios sexuales puede interpretarse como una afirmación del derecho de la mujer a su propia autonomía y bienestar económico. En España, el colectivo de prostitutas Hetaira defiende la compraventa de servicios sexuales desde una perspectiva feminista.

<sup>11</sup> Por todas: Cobo (2016).

<sup>12</sup> Así, C. Pateman afirma que la prostitución es una parte integral del «capitalismo patriarcal» (*prostitution is an integral part of patriarchal capitalism*) (Pateman, 1988, p. 209); o R. Cobo, que «la prostitución del siglo XXI es el resultado de la convergencia entre los intereses patriarcales y los neoliberales», añadiendo que «el nuevo capitalismo, con sus políticas económicas neoliberales y sus vínculos con la economía criminal, ha hecho de la prostitución uno de los sectores económicos que más beneficios proporcionan a escala global» (Cobo, 2016, p. 898).

<sup>13</sup> No obstante, al margen del rigor científico de este tipo de aproximaciones o de la solidez de sus argumentos, lo que se trata de destacar en este artículo es que son posiciones fundamentalmente ideológicas al margen de los efectos que las normas generan en los comportamientos de las partes implicadas en la actividad.

---

<sup>14</sup> El concepto «servicios sexuales» también es polémico. Las posiciones críticas a la prostitución como acuerdo de voluntades no consideran que se vendan servicios, sino que entienden que se vende la propia persona, transformando el cuerpo en un objeto, produciéndose por tanto una degradación del individuo que pone en riesgo la dignidad humana (Radin, 1996).

<sup>15</sup> Levy (2014) y NSWP (2015).

<sup>16</sup> También hay numerosos trabajos que han evidenciado que la prostitución genera externalidades positivas. Así, Ciacci y Sviatschi (2016) analizan la relación entre los delitos sexuales y la despenalización de la prostitución encontrando evidencias de una relación entre el descenso de crímenes sexuales y la prostitución de interior en Nueva York entre enero de 2004 y junio de 2012. En la misma línea, Cunningham y Shah (2014) sugieren que la prostitución genera una reducción de las enfermedades de transmisión sexual y de los delitos de carácter sexual. Y un trabajo más reciente de Nguyen (2016) encuentra evidencias de la reducción de delitos sexuales y de las enfermedades de transmisión sexual con la reducción de las restricciones al mercado de la prostitución.

no participan en la venta o en la compra de servicios sexuales, sin que exista ningún tipo de compensación por esos efectos. Entre estos efectos algunas posiciones incluyen lo que se podrían denominar «externalidades morales» pero su misma existencia es controvertida<sup>17</sup> ya que son muy difíciles de cuantificar<sup>18</sup>. Estos últimos efectos incluirían tanto la carga o coste social que la propia existencia de la compraventa de sexo genera en determinadas personas cuyos valores morales se verían afectados, como los efectos que en todas las mujeres origina la existencia de una actividad que es considerada como un modo de violencia sobre la mujer. En efecto, hay otros enfoques que no consideran la prostitución como un libre intercambio entre adultos, sino que entienden que se trata de una actividad directamente derivada de la violencia del hombre sobre la mujer (Farley *et al.*, 1998; Ekberg, 2004). Esta perspectiva concibe que la venta de sexo «cosifica» a la mujer, convirtiendo su cuerpo en una mercancía más, denigrando por tanto la propia concepción de la mujer en una sociedad. Se trataría de una forma de subordinación patriarcal fruto del sistema económico capitalista<sup>19</sup>. Este enfoque, por tanto, rechaza frontalmente la legalización de la prostitución porque, señalan, no se trata de una actividad que afecte exclusivamente a las mujeres que se dedican a ella, sino que tiene consecuencias para todas las mujeres. En definitiva, para estas posiciones, la legalización no es una alternativa aceptable ya que supondría admitir oficialmente que el cuerpo de la mujer pertenece al hombre y que está destinado a proporcionarle placer, todo ello como consecuencia de la inferioridad de esta con respecto al varón. Y esta percepción se trasladaría

al tejido moral de la sociedad perpetuando una concepción de inferioridad de la mujer que afecta a todas ellas.

Contra estos argumentos podría argumentarse que la propia prostitución tiene causas más complejas que la afirmación de que existe un sistema de dominación secular del hombre sobre la mujer en la que los varones consideran intrínsecamente inferiores a las mujeres, que van desde los propios condicionamientos biológicos del varón, que en muchas ocasiones trascienden los culturales, hasta las posibilidades de obtener determinadas ventajas derivadas de la escasez en los mercados del emparejamiento<sup>20</sup>. En este sentido, no obstante, probablemente no es tan importante la consideración moral de la prostitución, como el hecho de que miles de mujeres en todo el mundo tengan que elegir este tipo de actividad entre todas las opciones de carácter laboral que existen. En cualquier caso, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, el enfoque económico de la prostitución debería prescindir de estas consideraciones morales<sup>21</sup>. ¿Por qué regular entonces la prostitución? La respuesta es, como ya hemos mencionado, que es una actividad que puede imponer un coste sobre terceros, es decir, es fuente de externalidades negativas. Y una manera de reducir estos efectos puede conseguirse a través de la regulación de la actividad, de la prohibición o manteniendo una actitud que podemos denominar «pasiva»<sup>22</sup>. Antes de considerar estas alternativas, habría que especificar cuáles son las externalidades negativas que origina la prostitución.

Los efectos externos negativos que el mercado de la prostitución genera, además de las mencionadas externalidades morales, pueden resumirse en los siguientes:

<sup>17</sup> Lo que no significa que no existan.

<sup>18</sup> Los beneficios y los costes de las transacciones en un mercado negro siempre son complejos de determinar por la naturaleza oculta de la actividad; aún así, muchos estudios han estimado los precios y los beneficios en el mercado de la prostitución (véase nota al pie número 7). Sin embargo, es muy difícil cuantificar los daños morales que genera la prostitución a terceras personas a las que les repugna la actividad o les supone una carga. Comparar este coste con las ganancias en utilidad de clientes y prostitutas no parece tener mucho sentido (Albert *et al.*, 2007).

<sup>19</sup> Véase nota al pie número 6.

<sup>20</sup> Como ya se ha mencionado al tratar los distintos conceptos de prostitución.

<sup>21</sup> En este sentido véase: Posner (2002), Kaplow y Shavell (2006) o Albert *et al.* (2007). Una crítica a este tipo de enfoque puede encontrarse en Dworkin (2006).

<sup>22</sup> Se trataría del denominado *modelo abolicionista*.

efectos sobre la salud; delitos y desórdenes públicos; pérdida del valor de las viviendas ubicadas en las zonas en las que se ejerce la prostitución; y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. De todos estos efectos, el de mayor gravedad es la trata de seres humanos. Los efectos sobre la salud de terceros representan, hoy día, un daño muy poco relevante según los numerosos estudios<sup>23</sup> sobre transmisión de enfermedades sexuales o VIH. Tampoco la prostitución tiene, en España, una incidencia relevante en lo que se refiere a los delitos relacionados con esta actividad tipificados en los artículos 185, 187.1, 188.1 y 188.4 del Código Penal con el total de delitos<sup>24</sup>. En cuanto a la pérdida de valor de las viviendas, aunque es cierto que los focos de prostitución pueden afectar a los precios de los inmuebles de las zonas en las que se localizan, no se puede atribuir una relación clara entre los bajos precios o la degradación de las zonas con la aparición de los focos de prostitución callejera, que es la que más puede incidir en este tipo de externalidad negativa. Es posible que, dadas las estrategias que utilizan las prostitutas que ejercen su labor en la calle, las zonas elegidas por estas posean unas características determinadas que sean el verdadero origen de los precios bajos y no la presencia de la prostitución que, eventualmente, sí puede incidir en una mayor devaluación de los inmuebles. La externalidad más grave y que en muchas ocasiones es la causa de que muchos ordenamientos se planteen la regulación de la prostitución, es la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. En efecto, aunque por el carácter ilegal y oculto de este mercado es difícil

conocer con exactitud las cifras del volumen de negocio, precios y número de prostitutas, las estimaciones de diversos estudios<sup>25</sup> han demostrado que la prostitución es un negocio muy lucrativo que genera miles de millones de euros al año<sup>26</sup>. La posibilidad de obtener unas ganancias muy elevadas ha originado la proliferación de mercados negros de prostitución gestionados por bandas criminales que no se limitan a la intermediación entre la oferta y la demanda o a la provisión de seguridad o emplazamientos para el ejercicio de la actividad. La elevada demanda de servicios sexuales ocasiona que estas bandas criminales coaccionen a mujeres mediante distintos métodos, obligándolas a ejercer la prostitución en contra de su voluntad con el fin de aumentar la oferta de servicios sexuales y, por tanto, los beneficios derivados de la compraventa de sexo. Conocer con exactitud el número de víctimas de tráfico humano es complejo. En primer lugar, la propia naturaleza de la coacción hace muy difícil que las víctimas puedan manifestar su condición; en segundo lugar, la estructura opaca de unos mercados negros que operan a través de redes transnacionales hace muy difícil la identificación de las víctimas; y, finalmente, las fuentes sobre las víctimas de tráfico no son uniformes, están dispersas y utilizan diferentes metodologías, lo que complica llevar a cabo un análisis uniforme. A pesar de las dificultades, hay informes y estudios que muestran que efectivamente una parte del total de víctimas del tráfico de seres humanos lo son con fines de explotación sexual<sup>27</sup>. Utilizando el análisis habitual sobre externalidades en economía, puede concluirse que, según este enfoque, la cantidad óptima de servicios de prostitución es inferior a la que provee un mercado libre. Y para conseguir esa cantidad óptima deben arbitrarse mecanismos legales que reduzcan la demanda o la oferta. Como se analizará más adelante,

<sup>23</sup> En España los estudios del Grupo EPI-VIH del Plan Nacional sobre el Sida, la Subdirección General de Promoción de la Salud y Epidemiología y el Centro Nacional de Epidemiología, que pueden consultarse en <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/vigilancia/home.htm> (última consulta 25/06/2020).

<sup>24</sup> Delitos de exhibicionismo y provocación sexual, prostitución de persona mayor de edad, prostitución de persona menor de edad o incapaz y uso de prostitución de persona menor de edad o incapaz. Según la Memoria 2018 de la Fiscalía General del Estado, en 2017 las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales españoles por estos delitos representaron el 2,91 % del total de las sentencias dictadas por delitos contra la libertad sexual y el 0,03 % del total de sentencias por todo tipo de delito.

<sup>25</sup> Véase nota al pie 7.

<sup>26</sup> Según las estimaciones del INE, en España la prostitución supuso en 2010 un 0,35 % del PIB.

<sup>27</sup> Así lo revelan los estudios de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) o las estadísticas de Eurostat, que muestran periódicamente las cifras de tráfico humano en el mundo.

este tipo de soluciones no han conseguido los resultados pretendidos.

Las formas de regulación de la prostitución dependen de los diferentes enfoques que de la misma asuman las políticas públicas y los ordenamientos de los distintos países. En el siguiente apartado se analizarán los dos modelos de regulación antagónicos y sus efectos en el mercado de la prostitución.

### 3. Modelos de regulación de la prostitución

Los modelos de regulación de la prostitución se han clasificado tradicionalmente en tres grupos: *prohibicionistas*, *abolicionistas* y *regulacionistas* (Outshoorn, 2004). Los *modelos prohibicionistas* adoptan dos formas a su vez: prohibición de la prostitución con sanciones para todas las partes implicadas en la relación contractual (prostituta, cliente y proxeneta); y prohibición en la que se sanciona al demandante (cliente) y al proxeneta, pero no a la parte oferente (la prostituta). Existe cierta confusión terminológica que lleva a confundir, en algunas ocasiones, el abolicionismo con el prohibicionismo. La característica común de estos dos modelos es que ambos tienen como finalidad erradicar la prostitución, pero utilizando vías diferentes: el prohibicionismo a través de la criminalización de una o todas de las partes participantes en la actividad, y el abolicionismo negando que esta pueda considerarse como una relación laboral, de modo que no permite la regulación de la actividad, pero no sanciona penalmente a los participantes (con la excepción del proxeneta). Los *modelos abolicionistas* también pueden clasificarse en dos tipos: abolicionismo en sentido estricto, en el que no se sanciona ni al demandante ni al oferente; y el *neoabolicionismo*, en el que tan solo se prohíben los prostíbulos (Transcrime, 2005)<sup>28</sup>. Por tanto, el modelo abolicionista estaría presente en los países en los que

no se criminaliza ni la oferta ni la demanda de prostitución, pero tampoco está regulada, de modo que o solo es ilegal el proxenetismo o se puede considerar legal al no estar expresamente prohibida. Este modelo incluye aquellos países en los que se considera que la prostitución está en un «limbo legal» o la legalidad es difusa, como es el caso de España<sup>29</sup>. Al no estar regulada la prostitución y por tanto no poder implementar mecanismos legales para hacer cumplir los contratos, las partes pueden llevar a cabo un comportamiento oportunista. Y esta es una de las ventajas de este sistema ya que estos incentivos pueden ser aprovechados para que los potenciales clientes nunca sean los primeros en realizar una oferta, aunque es posible que las posibles ventajas de estas estrategias desaparecieran generándose un mercado basado en la reputación<sup>30</sup>. Finalmente, los *modelos regulacionistas* optan por descriminalizar la prostitución considerándola como una actividad laboral más con unas especiales características. Hay una combinación de dos elementos: en primer lugar, la legalización del ejercicio de la prostitución y, en segundo lugar, la implementación de medidas para eliminar los efectos negativos externos del ejercicio de aquella.

En España se ha propuesto abandonar el modelo actual de corte abolicionista y acogerse a otro modelo. Consideremos brevemente los dos sistemas legales más paradigmáticos basados en los otros dos modelos antagónicos de regulación: el prohibicionismo sueco y el regulacionismo de los Países Bajos. Quizá el análisis de algunos de los efectos que a lo largo de estos últimos años se han producido en estos dos países pueda arrojar algo de luz sobre el debate.

#### El modelo prohibicionista de Suecia

Los enfoques partidarios del modelo prohibicionista no conciben la prostitución como un intercambio

<sup>28</sup> No obstante, diferentes trabajos utilizan terminologías diferentes. Por ejemplo, Jakobsson y Kotsadam agrupan los modelos neoabolicionistas en el prohibicionismo (Jakobsson y Kotsadam, 2013, p. 9).

<sup>29</sup> Transcrime (2005, p. 73).

<sup>30</sup> Una explicación más detallada de esta cuestión puede encontrarse en Albert *et al.* (2004, pp. 20-23).

voluntario de sexo por dinero entre adultos que consienten sino que consideran que se trata de una actividad que debe prohibirse porque: *i*) genera un grave daño a quien la ejerce; y *ii*) genera un grave daño a terceros. En primer lugar, el argumento que considera que la prostitución genera un daño en quien ejerce la actividad se basa en la idea ya mencionada de que nadie, libre y voluntariamente, se dedicaría a vender su cuerpo y que toda prostitución en realidad es un acto realizado mediante coacción; y, en segundo lugar, el argumento que considera que la prostitución provoca un daño en terceros, justifica la prohibición por la generación de las externalidades negativas.

A la prohibición basada en estos argumentos se le pueden hacer, al menos, dos objeciones: en primer lugar, aunque, en efecto, numerosos estudios<sup>31</sup> evidencian las consecuencias psicosociales, sanitarias y de otro tipo que la prostitución provoca en quien la practica, la restricción legal de la actividad podría empeorar aún más la situación de la persona que ejerce la prostitución, incrementando el daño que se trata de evitar. Y, en segundo lugar, aunque se aceptara que la persona que ejerce la prostitución pueda mejorar su situación, estas perspectivas consideran que estas posibles ganancias son inferiores a los daños que el ejercicio de la actividad produce ya que la prostitución perjudica a todo el conjunto de las mujeres (Cobo, 2016, p. 898). En efecto, el argumento que considera que la prostitución provoca un daño en terceros, justifica la prohibición por la generación de las externalidades negativas que hemos mencionado en el apartado anterior, pero la evidencia demuestra que, salvo los potenciales efectos sobre el mercado de la vivienda, que recordemos, es posible que no sean tan evidentes como parecen, tales efectos no desaparecen a través de la prohibición. Estas dos objeciones serán analizadas con mayor profundidad a continuación.

Efectivamente, los modelos prohibicionistas consideran que la prostitución es una forma de explotación,

un acto derivado directamente de la violencia del hombre sobre la mujer, o intrínsecamente inmoral y, por tanto, no puede legalizarse. Sin embargo, el prohibicionismo, tanto en la modalidad que penaliza a todas las partes (como el de EE UU), como el que penaliza solo al demandante y al proxeneta (como el modelo sueco), no hace desaparecer el mercado de la prostitución, sino que modifica su estructura trasladándolo a mercados informales<sup>32</sup>.

La ley de prohibición de compra de servicios sexuales que entra en vigor en Suecia en 1999 introdujo un nuevo modelo de regulación de la prostitución en el que se penaliza la compra de servicios sexuales, pero no la venta. El enfoque adoptado es el que considera que la prostitución es una actividad derivada directamente de la violencia del hombre sobre la mujer (Ekberg, 2004, p. 1189). Los primeros estudios de los efectos, detectaron un descenso de la prostitución de exterior como consecuencia de la ley, lo que aparentemente suponía un éxito de la norma<sup>33</sup>, pero otros trabajos<sup>34</sup> estimaron, por un lado, que la norma reforzó el uso de las nuevas formas de comunicación a través de las nuevas tecnologías, en expansión en aquella época, para negociar la transacción de manera privada por temor a la sanción, reduciendo, por tanto, el número de transacciones en la calle, pero no el total, y, por otro, que lo que la nueva norma había originado

<sup>32</sup> Por ejemplo, a pesar de estar prohibida la prostitución en EE UU (salvo en el estado de Nevada) hay numerosos estudios (por todos, Brewer *et al.*, 2000) que muestran que el número de prostitutas en aquel país es mayor de lo que muestran las encuestas y que el tamaño del mercado de la compraventa de sexo es considerable. Esto significa que el mercado está en manos de organizaciones criminales que operan en un mercado negro, lo que produce dos efectos: por un lado, al criminalizar a la prostituta, se reducen los incentivos a solicitar la protección de la ley en los casos en los que las bandas criminales o los clientes utilizan la violencia o la intimidación, lo que lleva, por un lado, a una mayor inclinación por parte de las mafias a utilizar la violencia, y, por otro lado, a que las prostitutas acudan a los proxenetas para que, en defecto de mecanismos legales de protección, sean aquellos los que sustituyan el papel de la ley, lo que refuerza el papel del proxeneta; y en segundo lugar, la criminalización aumenta la información asimétrica de las transacciones en el mercado, incrementando, por tanto, los costes de cada una de ellas.

<sup>33</sup> Ekberg (2004).

<sup>34</sup> Por todos: Working Group on the Legal Regulation of Sexual Services (2004).

<sup>31</sup> Por todos: Farley *et al.* (1998).

era una modificación de la estructura del mercado desplazando la prostitución más visible a emplazamientos de interior. Estudios más recientes como el de Levy (2014) concluyen que la ley no ha conseguido los objetivos que pretendía y que ha tenido un impacto negativo, sobre todo en las prostitutas más vulnerables. Levy detecta que, como consecuencia de la norma, los tiempos de negociación en las transacciones que se llevaban a cabo en la calle habían disminuido con el fin de evitar la posible presencia policial. En efecto, la negociación de la transacción en la prostitución callejera es un elemento fundamental para la prostituta a la hora de evaluar los riesgos asociados a la actividad que supone mantener relaciones sexuales con desconocidos. Un menor tiempo de negociación reduce la posibilidad de evaluar correctamente las potenciales amenazas, lo que puede llevar a un aumento de las agresiones. Además, al tratarse de una actividad que puede acarrear una sanción penal para el cliente, este tiene incentivos para ocultar su identidad más de lo que lo haría si la actividad no supusiera una sanción de este tipo, lo que puede dificultar las identificaciones y dejar impunes las agresiones o violaciones. Como resultado del aumento de las posibles amenazas, las prostitutas en mejor posición económica podrían rechazar una posible transacción si no son capaces de evaluar adecuadamente el riesgo, pero las prostitutas más pobres o vulnerables, debido a su posición más precaria, no podrían rechazar ninguna transacción por lo que estarían más expuestas a posibles agresiones por parte de los clientes.

La situación descrita se puede agravar si consideramos que la sanción puede actuar como un impuesto, de manera que desplace la curva de oferta originando una brecha entre el precio que percibe el demandante y el precio que realmente recibe la prostituta. Esta brecha estaría constituida por el precio no monetario que constituye la sanción. En efecto, tal y como se muestra en la Figura 1, la sanción desplaza la oferta de  $S_1$  a  $S_2$  disminuyendo la cantidad intercambiada de servicios de prostitución callejera. El desplazamiento

supone un aumento del precio que paga el demandante ( $p_c$ ), que está formado por el precio monetario ( $p_v$ ) más el precio no monetario que genera la sanción. Sin embargo, obsérvese que la prostituta asume la mayor parte del precio no monetario ya que la disminución del precio que recibe por sus servicios es mayor que el aumento que experimenta el cliente<sup>35</sup>. Y esto es consistente con los estudios sobre los efectos de la norma en Suecia que han evidenciado que, debido a la menor demanda de prostitución de exterior por el miedo a la sanción, los precios han bajado de manera muy significativa<sup>36</sup>. Y esto es así, porque es probable que la demanda de prostitución en este tipo de mercado sea más elástica que la oferta, asumiendo la oferente todo el coste impuesto por una sanción que recae formalmente sobre el demandante.

A la misma conclusión sobre el perjuicio que sobre las prostitutas más vulnerables genera el prohibicionismo llegan Villacampa y Torres (2013) en un estudio sobre las medidas sancionadoras sobre prostitutas y clientes que se comenzaron a aplicar en 2012 en Cataluña. En su estudio evidencian una precarización de la situación de las prostitutas como consecuencia de la norma, victimizando a las mujeres que ejercen la prostitución, sin lograr abolir la actividad.

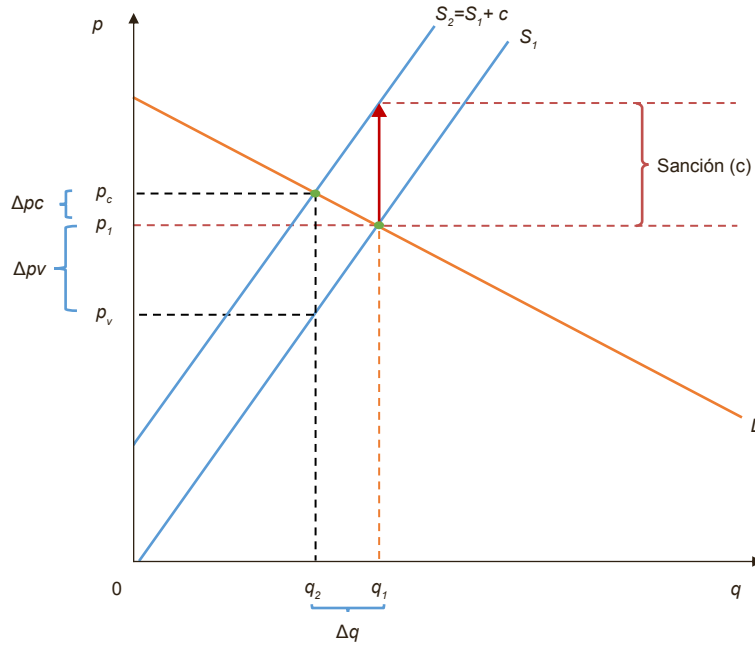
Finalmente, los informes de los años 2003 y 2004 del *National Rapporteur for Trafficking in Women at the National Criminal Investigation Department*, responsable de la recogida de datos y de informar al Gobierno sueco sobre el tráfico de seres humanos en Suecia sugieren que la norma en Suecia puede haber provocado una reducción del tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual aunque otros trabajos sugieren que apenas ha tenido impacto (Levy, 2014). Las causas de la reducción, no obstante, más que obedecer a un efecto de disuasión sobre las mafias

<sup>35</sup> En la Figura 1, la variación del precio para la oferente ( $\Delta p_v$ ) es mayor que la variación del precio para el demandante ( $\Delta p_c$ ).

<sup>36</sup> NSWP (2015).

FIGURA 1

EFFECTOS SOBRE LOS PRECIOS DE LA PROSTITUCIÓN CALLEJERA DE LA PENALIZACIÓN DE LA COMPRA DE SERVICIOS SEXUALES



FUENTE: Elaboración propia.

que se dedican al tráfico, que como consecuencia de los mayores costes que puede imponer la sanción desvían el tráfico a los mercados de otros países, pueden tener su origen en la dificultad de detectar víctimas de tráfico humano en un mercado más opaco que ha modificado su estructura por los incentivos derivados de la norma.

### El modelo regulacionista de los Países Bajos

Los *modelos regulacionistas* lejos de prohibir la prostitución, la consideran una actividad laboral más con unas especiales características, y a las personas que se dedican a ella, trabajadores sexuales. Estos modelos suelen comprender dos elementos básicos: i) la legalización de la actividad; y ii) el establecimiento de medidas y normas para reducir los efectos

negativos asociados a la actividad<sup>37</sup>. Uno de los modelos más controvertidos en cuanto a sus efectos es el adoptado por los Países Bajos.

La regulación de los Países Bajos no ha logrado los resultados deseados (Working Group on the Legal Regulation of Sexual Services, 2004). La cesión de las competencias legislativas en esta materia a los municipios ha producido una falta de armonización normativa que ha provocado una intensa movilidad de las prostitutas de un emplazamiento a otro, dificultando la lucha contra la prostitución forzosa (Brussa, 2004). Tampoco la legalización ha supuesto un incentivo a la contratación: el estudio de Daalder (2007) señala que solo el 5 % de las prostitutas tiene contrato laboral.

<sup>37</sup> Tanto los externos como los relativos a la estigmatización de la prostituta con el objetivo de facilitar su reinserción social.

Este mismo estudio encuentra evidencias de una reducción de la demanda y de la oferta de prostitución tras la aprobación de la norma, pero no por causa de aquella sino por diferentes razones, entre otras, la crisis económica y el aumento del consumo de sexo a través de Internet. Tampoco este trabajo encuentra que la legalización haya supuesto un impacto significativo en la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual<sup>38</sup>. Sin embargo, varios trabajos y estadísticas han evidenciado que la prostitución forzosa y el tráfico humano es muy elevado en los Países Bajos (National Rapporteur on Trafficking in Human Beings, 2010), lo que resulta consistente con lo sostenido por Jakobsson y Kotsadam (2013) que consideran que la legalización aumenta el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual debido a los incentivos que tiene para las organizaciones criminales la posibilidad de obtener más beneficios en aquellos países donde es legal la actividad. En la misma línea, Cho, Dreher y Neumayer en un estudio empírico cuantitativo de 2013<sup>39</sup>, sugieren que la legalización produce dos efectos contrapuestos en el mercado de la prostitución: un *efecto escala* que aumenta el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual; y un *efecto sustitución*, de prostitutas objeto de tráfico humano por prostitutas regularizadas. El estudio concluye que el efecto escala predomina sobre el efecto sustitución lo que puede significar que, si las mafias pueden elegir sin costes relativamente elevados el destino de las personas objeto de tráfico, elegirán aquel mercado en el que puedan obtener mayores ganancias. No obstante, es posible que los controles de la Administración<sup>40</sup> reduzcan la opacidad en estos mercados facilitando la lucha contra el tráfico y ello sea la causa del mayor número de víctimas detectadas en los Países Bajos y no los incentivos que mencionan

estos autores. Un reciente trabajo de Cho (2016)<sup>41</sup> sugiere que la legalización genera un impacto negativo en la lucha contra el tráfico de seres humanos al dar la falsa impresión de una equivalencia entre legalización y protección de las víctimas lo que relaja las medidas contra el tráfico humano, incrementándolo. Por el contrario, y para finalizar esta cuestión, Lee y Persson (2015) consideran que los modelos regulacionistas suponen menos prostitución forzada y más voluntaria que los modelos prohibicionistas.

Por tanto, el modelo regulacionista de los Países Bajos fracasa en su intento de reducir los efectos negativos de la actividad. No solo no ha disminuido el número de prostitutas o, según algunos estudios, la prostitución forzada, sino que, al igual que en los modelos prohibicionistas, la legalización ha supuesto una precarización de las prostitutas más vulnerables. Un gran número de las mujeres que ejercen la prostitución en este país son extranjeras ilegales, por lo que la regularización del ejercicio de su profesión ha duplicado su ilegalidad. Se trata de inmigrantes *illegales* y prostitutas *illegales* (Brussa, 2004), lo que las ha forzado a trabajar en mercados negros, más opacos, no regulados y controlados por mafias organizadas.

#### 4. Conclusiones

Ningún modelo de regulación de la prostitución ha logrado los resultados que pretendía. Prohibicionismo y regulacionismo, contrato prohibido o contrato regulado, los dos sistemas antagónicos analizados brevemente en este artículo, han tenido un efecto negativo en el mercado de la prostitución. El prohibicionismo del modelo sueco no ha logrado reducir la prostitución, sino que ha modificado la estructura del mercado, ha aumentado la información asimétrica en las transacciones, otorgado más poder a los proxenetes, precarizado la situación de las prostitutas más vulnerables y dificultado la lucha contra la prostitución forzada.

<sup>38</sup> Según este estudio solo el 8 % de las prostitutas comenzaron mediante coacción a ejercer la actividad.

<sup>39</sup> Cho *et al.* (2013).

<sup>40</sup> Para verificar que los locales en los que se ejerce la prostitución cumplen con la normativa.

<sup>41</sup> Que utiliza datos de 149 países desde 2001 a 2011.

El modelo regulacionista de los Países Bajos, no ha generado los suficientes incentivos como para que las prostitutas legalicen su situación de modo que el número de estas que se ha acogido a la regularización ha sido muy inferior al deseado. Al igual que el modelo sueco, la legalización ha perjudicado a la prostituta más vulnerable, que tiene que ejercer su actividad en mercados negros controlados por las mafias. Finalmente, tampoco la legalización parece haber tenido un impacto significativo en la lucha contra el tráfico debido a que no hay evidencia de que la norma disuada a los grupos criminales. Conocidas las experiencias en estos países, que son el paradigma de los dos modelos, se pueden extraer interesantes conclusiones que pueden ayudar a configurar un modelo que arroje un resultado positivo, entendiendo como tal la reducción de la oferta y la demanda de prostitución y la eliminación de los efectos externos negativos. Si la prohibición de la prostitución de exterior modifica la estructura del mercado, trasladándola al interior, es posible que una penalización de la prostitución callejera combinada con un sistema de licencias que legalice la prostitución de interior pudiera lograr algún efecto positivo. Para ello sería necesario que este sistema, que combina ambos modelos en la línea que sugieren Lee y Persson (2015), prohibición y legalización, se implementase junto a otras medidas para reforzar el modelo: en primer lugar, un sistema de inspección de los locales con licencia, junto con un régimen de sanciones penales para los que operen sin ella, puede facilitar la lucha contra la prostitución forzosa al introducir más transparencia en el mercado; en segundo lugar, un correcto sistema de incentivos fiscales puede aumentar la contratación y regularización de las personas que ejercen la actividad; y, finalmente, pero no menos importante, unas políticas públicas que actúen, por un lado, sobre la demanda, intentando reducirla a través de la educación y, por otro, sobre la oferta, fomentando la reinserción de las prostitutas en el mercado laboral al margen del mercado de compraventa de sexo, pueden reducir la cantidad

de transacciones sin que los precios de estas cambien sustancialmente, disminuyendo los ingresos totales y, por tanto, reforzando la lucha contra la trata de seres humanos al reducir las posibles ganancias en estos mercados.

### Referencias bibliográficas

- Abel, G., Fitzgerald, L., & Brunton, C. (2007). *The Impact of the Prostitution Reform Act on the Health and Safety Practices of Sex Workers*. Christchurch: University of Otago.
- Albert, R., Gómez, F., & Franco, Y. G. (2007). Regulating Prostitution: A Comparative Law and Economics Approach. *FE-DEA*, documento de trabajo núm. 30 (octubre).
- Atiyah, P. S. (1979). *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. New York: Oxford University Press.
- Becker, G. S. (1974). A Theory of Marriage. En T. W. Schultz (Ed.), *Economics of the Family: Marriage, Children, and Human Capital* (pp. 299-351). Chicago: University Chicago Press.
- Belza, M. J., Clavo, P., Ballesteros, J., Menéndez, B., Castilla, J., Sanz, S., Jerez, N., Rodríguez, C., Sánchez, F. y del Romero, J. (2004). Condiciones sociolaborales, conductas de riesgo y prevalencia de infecciones de transmisión sexual en mujeres inmigrantes que ejercen la prostitución en Madrid. *Gaceta Sanitaria*, 18(3), 177-183.
- Brewer, D. D., Potterat, J. J., Garrett, S. B., Muth, S. Q., Roberts, Jr., J. M., Kasprzyk, D., Montano, D. E., & Darrow, W. W. (2000). Prostitution and the sex discrepancy in reported number of sexual partners. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 97(22), 12385-12388.
- Brussa, L. (Ed.) (2004). TAMPEP 6: *Transnational AIDS/STD Prevention Among Migrant Prostitutes in Europe / Project, Final Report*. Amsterdam: TAMPEP.
- Buckley, F. H. (1999). *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. Durham and London: Duke University Press Books.
- Cho, S. Y. (2016). Liberal coercion? Prostitution, human trafficking and policy. *European Journal of Law and Economics*, 41(2), 321-348.
- Cho, S. Y., Dreher, A., & Neumayer, E. (2013). Does Legalized Prostitution Increase Human Trafficking? *World Development*, 41(1), 67-82.
- Ciacchi, R., & Sviatschi, M. M. (2016). The Effect of Indoor Prostitution on Sex Crime: Evidence from New York City. *Columbia University Working Paper*.
- Cobo, R. (2016). Un ensayo sociológico sobre la prostitución. *Política y Sociedad*, 53(3), 897-914.
- Cobo, R. (2017). *La prostitución en el corazón del capitalismo*. Madrid: Catarata.

- Cunningham, S., & Shah, M. (2014). Decriminalizing Indoor Prostitution: Implications for Sexual Violence and Public Health. *National Bureau of Economic Research, Working Paper Series*, 20281. Cambridge.
- Daalder, A. L. (2007). *Prostitution in The Netherlands since the lifting of the brothel ban* [English version]. La Haya: WODC / Boom Juridische Uitgevers.
- Della Giusta, M., Di Tommaso, M. L., & Strøm, S. (2004). Another Theory of Prostitution. *HENLEY University of Reading*, (13). Discussion Paper.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Edlund, L., & Korn, E. (2002). A Theory of Prostitution. *Journal of Political Economy*, 110(1), 181-214.
- Ekberg, G. (2004). The Swedish law that prohibits the purchase of sexual services: Best practices for prevention of prostitution and trafficking in human beings. *Violence Against Women*, 10(10), 1187-1218.
- Falcón, L. (Ed.) (2003). Monográfico Prostitución. *Poder y Libertad*, 34.
- Farley, M., Kiremire, M., Sezgin, U., & Baral, I. (1998). Prostitution in Five Countries: Violence and Post-Traumatic Stress Disorder. *Feminism & Psychology*, 8(4), 405-426.
- Friedman, L. (1965). *Contract Law in America*. Wisconsin University Press.
- Garofalo, G. (2002). *Towards an Economic Theory of Prostitution*. Mimeo: University of Siena.
- Gilmore, G. (1974). *The Death of Contract*. Columbus, Ohio: Ohio State University Press.
- Guardia Civil (2005). *Tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual. Años 2003 y 2004*. Unidad Técnica de Policía Judicial.
- Jakobsson, N., & Kotsadam, A. (2013). The law and economics of international sex slavery: prostitution laws and trafficking for sexual exploitation. *European Journal of Law and Economics*, 35(1), 87-107.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (2006). *Fairness versus Welfare*. Harvard University Press.
- Lee, S., & Persson, P. (2015). Human Trafficking and Regulating Prostitution. *New York University Law and Economics Working Papers*, (299).
- Levy, J. (2014). *Criminalising the Purchase of Sex: Lessons from Sweden*. Abingdon: Routledge.
- Malgesini, G. (Ed.). (2006). *Impacto de una posible normalización profesional de la prostitución en la viabilidad y sostenibilidad futura del sistema de pensiones de protección social*. Informe ESCODE 2006. <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1d0dad7-f7bc-4040-9436-690f5a0a4d41/5.+Impacto+de+una+posible+normalizacion+profesional+de+la+prostitucion...%28Castellano%29.pdf?MOD=AJPERES&CVID=> (última consulta: 25/06/2020).
- Meadowcroft, J. (2008). *Prohibitions*. Londres: Institute of Economics Affairs.
- Moffatt, P. G. (2005). The economics of Prostitution. In S. W. Bowmaker (Ed.), *Economics Uncut: A complete guide to life, death and misadventure* (pp. 193-228). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- National Rapporteur on Trafficking in Human Beings (2010). *Human Trafficking – ten years of independent monitoring*. La Haya: BNRM.
- Network of Sex Work Projects (NSWP) (2015). *The Real Impact of the Swedish Model on Sex Workers: Advocacy Toolkit*. Edinburgh.
- Nguyen, A. M. (2016). Essays on the Economics of Illegal Markets. *UCLA Working Paper*. <https://escholarship.org/uc/item/0z29v1n1> (última consulta: 25/06/2020).
- Nussbaum, M. C. (1998). Whether from reason or prejudice: taking money for bodily services. *The Journal of legal studies*, 27(S2), 693-723.
- O'Connell, J. (2002). The Rights and Wrongs of Prostitution. *Hypatia*, 17(2), 84-99.
- Outshoorn, J. (2004). Introduction: prostitution, women's movements and democratic politics. In J. Outshoorn (Ed.), *The politics of prostitution—women's movements, democratic states and the globalisation of sex commerce* (pp. 1-20). Cambridge: Cambridge University Press.
- Pateman, C. (1988). *The Sexual Contract*. Cambridge: Polity.
- Posada, L. (2015). *Filosofía, crítica y (re)flexiones feministas*. Madrid: Fundamentos.
- Posner, R. A. (2002). *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press.
- Radin, M. J. (1996). *Contested Commodities*. Cambridge: Harvard University Press.
- Reynolds, H. (1986). *The Economics of Prostitution*. Illinois: Charles Thomas.
- Sanchis, E., y Serra, I. (2011). El mercado de la prostitución femenina. Una aproximación al caso valenciano. *Política y Sociedad*, 48(1), 175-192.
- Satz, D. (1995). Markets in women's sexual labor. *Ethics*, 106(1), 63-85.
- Transcrime (2005). *Study on National Legislation on Prostitution and the Trafficking in Women and Children*. Parlamento Europeo.
- Trebilcock, M. J. (1993). *The Limits of Freedom of Contract*. Cambridge: Harvard University Press.
- Villacampa, C. y Torres, N. (2013). Políticas criminalizadoras de la prostitución en España: Efectos sobre las trabajadoras sexuales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15(06), 1-40.
- Working Group on the Legal Regulation of Sexual Services (2004). *Purchasing sexual services in Sweden and the Netherlands*. Dutch Ministry of Justice and Public Affair.

# CONTRATOS CON REFERENCIAS A COMPETIDORES (CRC): REFERENCIAS CONTRACTUALES A TERCEROS Y RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA

*Este artículo examina la problemática jurídica y las razones económicas que subyacen a las cláusulas contractuales con referencias a terceros, en particular, las que aluden a competidores o rivales de las partes contratantes para regular distintos aspectos de la relación contractual, principalmente el precio. La utilización de este tipo de cláusulas se ha multiplicado con el desarrollo de los mercados plataforma y el comercio digital en internet.*

## **Contracts with References to Competitors (CRC): contractual references to third parties and restrains on competition**

*This article examines the legal problems and the underlying economic reasoning of contractual clauses with references to third parties; in particular, those clauses that refer to competitors or rivals of the contracting parties to regulate different aspects of the contractual relationship, mainly the price. The use of this type of clause has multiplied with the development of platform markets and digital commerce.*

**Palabras clave:** contratos, referencias a competidores, defensa de la competencia, precio, distribución comercial.

**Keywords:** contracts, references to competitors, competition, antitrust, price, commercial distribution.

**JEL:** D86, K21, L14, L42.

### **1. Introducción: Contratos con Referencias a Competidores (CRC)**

Ocasionalmente, los contratos pueden contener referencias a terceros ajenos a la relación contractual para regular las prestaciones y obligaciones de los

contratantes<sup>1</sup>. Esos terceros referidos en el contrato son normalmente rivales o competidores de los contratantes. Estos términos contractuales pueden referirse a elementos esenciales o accesorios de la transacción, pero también a las condiciones de producción o comercialización de los productos/servicios que son objeto del contrato. Pueden aludir a los insumos utilizados en la producción y sus costes, al precio, calidad,

---

\* IE Law School, Madrid.

Un borrador de este trabajo se presentó en la XVIII Jornada Internacional de Derecho de Contratos, La Habana, 23-25 de enero 2019. Se agradecen los comentarios recibidos en aquel acto y los de un revisor anónimo de este trabajo. Versión de julio de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7081>

---

<sup>1</sup> En la literatura jurídico-económica norteamericana se alude a «contratos que se refieren a rivales» (*contracts that reference to rivals* o CRR), por todos, véase Scott-Morton (2013, pp. 72-79).

cantidad de los productos/servicios comercializados o a otras condiciones relevantes de su provisión/adquisición. En todo caso, apelan a datos o *información externa* al contrato, a la que habrá que acudir para determinar el contenido de las prestaciones contractuales u obligaciones de las partes<sup>2</sup>.

La inclusión de estos términos en el contrato suele ser voluntaria y fruto del mutuo acuerdo de las partes contratantes, y busca incluir ciertas pautas que salvaguarden sus intereses, ante la incertidumbre de relaciones contractuales de larga duración porque la realidad y las circunstancias en que se ha de cumplir el contrato pueden variar a lo largo del tiempo (*v. gr.*, avances tecnológicos y otros cambios de mercado que puedan afectar a la oferta/demanda de los productos o servicios contratados). Adicionalmente, su empleo por las plataformas de comercio electrónico, mercados de dos lados (*two-sided markets*) en los que se realizan las transacciones, los CRC responden a la imposición de este término por la plataforma para proteger su negocio del eventual oportunismo del vendedor. En estos casos, para la mayoría de los vendedores (sobre todo las pymes) se trata de cláusulas de adhesión, que son una manifestación del mayor poder de negociación de las plataformas.

Por lo general, esos términos suelen ser eficientes, porque incrementan el bienestar de los contratantes. Sin embargo, su impacto en el bienestar social puede variar, dependiendo de los efectos externos que puedan derivarse de los CRC principalmente por la posición en el mercado de las empresas contratantes; la oferta y demanda de los bienes/servicios en el mercado objeto del contrato pueden verse negativamente afectados a causa del contrato.

Este artículo examina la lógica económica de este tipo de cláusulas contractuales (apartado 2), fijándose en particular en las relativas a la determinación del precio

del contrato (apartado 3). Se presta especial atención a las cláusulas de la parte más favorecida (CPMF), cuya utilización ha aumentado exponencialmente en los mercados plataforma y en el comercio digital. A continuación, se analiza el tratamiento jurídico que estas cláusulas pueden merecer, que estará principalmente condicionado a que se consideren una restricción de la libertad de mercado (apartado 4) y se concluye en el apartado 5.

## 2. Economía de los CRC

La introducción en los contratos de larga duración de hitos o referencias a terceros competidores (*competitor-based contract terms*), con el propósito de determinar o precisar las obligaciones asumidos por las partes, desempeña una función económica. Este tipo de cláusulas se fijan en situaciones o comportamientos de empresas rivales (o de una asociación empresarial) para «rellenar» las obligaciones de las partes. Con ellas se busca proporcionar cierta flexibilidad a la regulación contractual frente a la incertidumbre de sucesos de frutos imprevistos. Según el contexto y el interés de las partes ello puede ser eficiente, para hacer frente a los cambios en las circunstancias del mercado.

En efecto, dada la larga duración de algunas relaciones contractuales, estos términos reducen los costes de transacción en los que las partes incurrirían si tuvieran que negociar cada poco tiempo las condiciones a que en esas cláusulas se hacen referencia. Mediante el empleo de CRC se realiza una determinada distribución de riesgo entre las partes del contrato, respecto de las magnitudes que se anudan a la situación de competidores, pero —a cambio— se garantizan las prestaciones de las partes. Se asegura de este modo la continuidad en los términos pactados y se favorece la realización de inversiones específicas requeridas por el contrato. Suponen un reparto del riesgo relativo a las magnitudes pactadas de forma variable entre los contratantes, frente a las variaciones en las circunstancias referidas que harán cambiar los términos de la relación contractual si aquellas cambian

<sup>2</sup> Scott-Morton (2013, p. 72): «This outside information comes from other transactions to which those same firms are (or potentially be) party. Those references may be either explicit or implicit, and they can involve a host of factors, including price terms, non-price terms, terms pertaining to the buyers' rivals, or terms pertaining to the seller's rivals».

a lo largo de la duración del contrato, lo que también resulta de su mutuo interés. Con la fijación *ex ante* de un término de referencia, tanto desde la perspectiva del vendedor como del comprador estos términos reducen su oportunismo estratégico *ex post*<sup>3</sup>.

Igualmente, en el caso de las plataformas de comercio electrónico, en las que existe el riesgo de que el vendedor se «aproveche» de la publicidad y de los contactos comerciales que la plataforma le proporciona (*free-riding*), concluyendo las transacciones fuera de ella, lo que privaría a la plataforma de la remuneración correspondiente (que suele cifrarse en una comisión por transacción), el uso de CRC desempeña la función adicional de minimizar el riesgo anterior, incentivando la conclusión de las transacciones dentro de la plataforma.

En suma, se trata de cláusulas contractuales que se introducen en el acuerdo que, obviamente, afectan a sus incentivos, pero que pueden ser eficientes en función de cómo se estructuran y de cómo distribuyan el riesgo entre las partes. No obstante, su eventual impacto en el bienestar social dependerá de los posibles efectos externos frente a terceros, que podrían verse adversamente afectados por ellos<sup>4</sup>. Estas externalidades negativas de los CRC suponen la imposición de costes en los terceros, que eventualmente puede motivar una reacción del Ordenamiento jurídico<sup>5</sup>.

### 3. CRC sobre el precio

Es sabido que el Derecho permite que el precio no se concrete de forma determinada y exacta en el

contrato, pero se sienten en él las bases suficientes y necesarias para su determinación en un momento ulterior sin intervención de las partes contratantes (artículos 1447 y 1448 del Código Civil)<sup>6</sup>.

En los contratos de larga duración las cláusulas que hacen el precio variable en función de la referencia a posibles variaciones en el mercado son frecuentes. A diferencia de los términos contractuales que fijan un precio exacto, en este caso, la determinación del precio queda abierta en atención a referencias a la evolución de los precios de competidores de alguna de las partes contratantes que se puedan plantear a lo largo de la vida del contrato<sup>7</sup>.

Este tipo de cláusulas se denominan cláusulas de «protección del precio» y, en principio, presentan una racionalidad y lógica económica análoga al resto de los CRC. De este modo, se reducen los costes de negociación en los contratos de larga duración, y se incentivan las adquisiciones tempranas, al asegurarse el precio del contrato que, de alguna manera, queda al margen de la negociación<sup>8</sup>. Al ajustarse el precio del contrato en función de las variaciones externas a que aquel se refiera, el contrato reflejará los «precios de mercado»<sup>9</sup>.

Hay notables variaciones en los CRC sobre el precio:

- Pueden emplear un índice de referencia o un parámetro determinado que se establece en el contrato, de manera análoga a como el artículo 1447 del CC alude al precio en «bolsa o mercado» cierto día. Sin embargo, en la medida que para muchos bienes

<sup>3</sup> Véase Klein, Crawford y Alchian (1978, p. 303): «*Since every contingency cannot be cheaply specified in a contract or even known and because legal redress is expensive, transactors will generally also rely on an implicit type of long-term contract that employs a market rather than legal enforcement mechanism, namely, the imposition of a capital loss by the withdrawal of expected future business. This goodwill market-enforcement mechanism undoubtedly is a major element of the contractual alternative to vertical integration*».

<sup>4</sup> Véase Trebilcock (1993, p. 58): «*While the individual autonomy of the parties to the Exchange may be enhanced by permitting them to exercise their autonomy in this way, that of third parties may well be violated by external impacts of the Exchange*».

<sup>5</sup> Véase, ampliamente, Bagchi (2015, pp. 211-256).

<sup>6</sup> Son «*contratos con precio determinable son aquellos que carecen de uno inicial y se encuentran sometidos a una fase peculiar pendiente pretio*», como dice Ayllón (2016, p. 277).

<sup>7</sup> Simmons (1989, p. 605): «*Competitor-based formula pricing clauses peg the contract price to the prices charged or paid by the competitors of one or both of the parties to the contract*».

<sup>8</sup> Van der Veer (2013, p. 502).

<sup>9</sup> Véase Vandenborre y Frese (2014, p. 589). Estas cláusulas pueden diseñarse con o sin efecto retroactivo, en función de si su efecto se propaga exclusivamente a las condiciones vigentes o futuras, o se extiende también hacia el pasado, lo que generará un derecho a compensación del beneficiario por las condiciones más favorables.

o servicios puedan no existir referencias objetivas claras en índices actualizados públicamente disponibles a los que el CRC pueda acudir, se utilizan en ocasiones cláusulas de «*igualación o respuesta a la competencia*» (*meeting competition clause*) a través de las cuales el precio varía en función del precio pagado u ofertado por competidores rivales del comprador o del vendedor. Una variación de esta cláusula es conocida como «*cumple o libera*» (*meet-or-release*) que permite al vendedor incumbente, normalmente al final de la relación contractual, conocer las ofertas que el comprador ha recibido de vendedores rivales, y le da derecho a conservar la relación contractual en caso de que asuma como propio el precio ofrecido por terceros.

- También el CRC puede hacer referencia al precio pactado en otra relación contractual, por medio de lo que se conoce como «*cláusula de parte más favorecida*» (CPMF). En función de cómo se redacten estas cláusulas desplazan el riesgo de cambios en el precio del contrato. La versión más típica de la CPMF supone que el comprador se vea beneficiado en caso de que el vendedor/proveedor ofrezca los productos/servicios objeto del contrato a otro cliente a un precio más reducido. El comprador no se verá afectado en caso de subida en el precio, pero estará protegido en caso de que el proveedor ofrezca a terceros precios más bajos<sup>10</sup>. Como ocurre con las «garantías de precios más bajos» («*si lo encuentra más barato, le devolvemos la diferencia*»), en principio, las CPMF sobre el precio en beneficio del cliente buscan garantizar que los precios que el comprador obtiene son los más bajos que el vendedor ha pactado en el mercado, evitando comportamientos oportunistas del vendedor sobre el comprador y también que existan

competidores del comprador que hayan obtenido del vendedor precios más bajos<sup>11</sup>.

- Otra modalidad de CRC sobre el precio hace condicional la obtención del ventajoso precio ofrecido por un vendedor a que el comprador facilite cierta información sobre sus transacciones con otros rivales del vendedor<sup>12</sup>.

- Igualmente, también constituyen CRC sobre el precio las cláusulas contractuales de descuento que premian la fidelidad del comprador si satisface la mayoría de sus necesidades de compra en el vendedor, ofreciéndole así un mejor precio y otros incentivos<sup>13</sup>. Estas cláusulas contractuales de descuento pueden presentar formulaciones alternativas: algunas se estructuran según las cuotas de mercado o del porcentaje de los bienes/servicios adquiridos por el comprador del vendedor (lo que indirectamente incide en los que el comprador puede adquirir de terceros)<sup>14</sup>; otras otorguen beneficios si los productos/servicios del vendedor reciben un tratamiento privilegiado frente a los de sus competidores<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Vandenborre y Frese (2014, p. 589), en la versión «Cliente Más Favorecido +» (*Most Favoured Client Plus*) se obliga al vendedor a ofertar solo precios más elevados a los competidores del comprador.

<sup>12</sup> Scott-Morton (2013, p. 75).

<sup>13</sup> Descuentos de este tipo han sido considerados abusivos y contrarios al artículo 102 TFUE por la Comisión (Decisión de 13/5/19, [Intel COMP/C-3/37.990](#)), pendiente de un análisis «*de la capacidad de los descuentos controvertidos para restringir la competencia requiere un examen de datos de hecho y económicos que corresponde efectuar al Tribunal General*» (147 de la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 6/9/17, *Intel C-413/14 P*, MP: J. L. da Cruz Vilaça, [EU:C:2017:632](#)). En España, la CNMC ha examinado, y considerado ilícitos (en este caso por infringir el artículo 101.1 TFUE), los descuentos por «cuota relativa» en la resolución de 12/12/19 ([S/DC/0617/17 Atresmedia/Mediaset](#)), pendiente de revisión judicial.

<sup>14</sup> Scott-Morton (2013, pp. 74-75).

<sup>15</sup> V. gr., la tabaquera R. J. Reynolds (RJR) ofrece a los minoristas interesados y que voluntariamente se registren el programa de «precio más bajo todos los días» (*Every Day Low Price* o EDLP) que se estructura como un programa preferente de *marketing* frente al programa ordinario que RJR tiene con cualquier vendedor minorista. El programa EDLP permite que el minorista reciba descuentos y otros beneficios de *marketing* adicionales a cambio de que los PVP que establezca para algunas de las marcas de RJR no sean más elevados que los que fija para ciertas marcas competidoras (que son establecidas específicamente en el programa EDLP). Además, se requiere que el minorista dedique un espacio mínimo de estantería y escaparate a las marcas de RJR. Algunos minoristas lo suscriben, otros no. El ejemplo se toma de Liu, Sibley y Zhao (2016, p. 1).

<sup>10</sup> En la práctica se alude con más frecuencia a las «*Cláusulas de Cliente Más Favorecido*» porque se estructuran en beneficio del comprador/cliente, pero se pueden pactar, igualmente, en beneficio del vendedor si la referencia es el mayor precio pagado por el comprador a un tercer vendedor (i. e., «*Proveedor más favorecido*»), en este trabajo se alude a la «*Parte Más Favorecida*» para englobar ambos supuestos (CPMF).

• Finalmente, aunque en apariencia no sean CRC de manera directa y explícita, las cláusulas contractuales de exclusividad también son —indirectamente y en el fondo— CRC porque al atar la totalidad del suministro a un vendedor, impiden al comprador contratar con terceros.

La utilización de los CRC sobre el precio y, en particular, de las CPMF ha aumentado exponencialmente con la implantación y crecimiento de internet para la contratación de bienes y servicios. Como se ha apuntado anteriormente, las plataformas de comercio electrónico de bienes o servicios emplean con frecuencia esta clase de términos contractuales; en este contexto se alude a ellas como «cláusulas de paridad», porque con ellas el vendedor usuario de la plataforma se obliga a no practicar precios más bajos en las ventas que realiza fuera de la plataforma. El carácter bilateral de estos mercados complica el análisis de estas cláusulas, pues la dinámica competitiva de dichos mercados de dos lados es distinta de la de los unilaterales tradicionales y del modelo estándar de oferta/demanda: a la competencia entre los proveedores y los canales de distribución, se añade la competencia de las plataformas entre sí (que no solo compiten en precio, sino también en otras dimensiones) y las cláusulas de paridad pueden presentar eficiencias adicionales en ese contexto<sup>16</sup>.

#### 4. Tratamiento jurídico de los CRC

Todos los supuestos planteados se refieren a relaciones contractuales entre empresas no competidoras (relaciones *verticales*). Un acuerdo de coordinación entre competidores para la fijación de precios o de otras condiciones de comercialización de productos o servicios (*horizontales*) sería un cártel y está prohibido en todo caso<sup>17</sup>. Es más, la referencia a los precios de competidores podría ser un mecanismo de colusión

análogo a la fijación de precios, utilizándose como eficaz instrumento de alineamiento de los precios en el mercado de carácter automático e instantáneo, que se activaría por la actuación de los clientes<sup>18</sup>. Las «garantías de mejor precio» pueden desempeñar un papel similar con lo que sirven también como mecanismo para facilitar la colusión<sup>19</sup>.

Descartando estos supuestos (de relevancia o eficacia horizontal de los CRC), el análisis de estos contratos es más complejo cuando vincula a sujetos *aguas abajo* o *aguas arriba* en la cadena de producción-distribución (relevancia o eficacia vertical de los CRC)<sup>20</sup>. En efecto, el análisis sobre el efecto de los CRC en las relaciones verticales y cualquier enjuiciamiento sobre su eventual ilicitud es un ejercicio casuístico<sup>21</sup>. En línea general pueden ser cláusulas eficientes y pro-competitivas, pero los CRC pueden producir efectos externos negativos si alguno o ambos contratantes tienen posición dominante en el mercado, o simplemente poder de mercado, con cuotas elevadas de mercado, si tienen objeto o efecto anticompetitivo<sup>22</sup>. Esto ocurrirá normalmente en mercados con estructura monopolística u oligopolística, con barreras de entrada y, en tal caso la utilización de estas cláusulas contractuales podría tener efectos perjudiciales para el bienestar social, elevando los precios o impidiendo la entrada

<sup>18</sup> De hecho, pueden emplearse también como mecanismos indirectos de fijación de precios de un cártel o de sanción en caso de desviación del precio fijado por el cártel —Ayres (1987, pp. 316-317)— pero, de igual modo, son pactos ilícitos cuyo cumplimiento no puede ser exigido judicialmente —Ayres (1987, p. 318)—.

<sup>19</sup> Que pueden servir de apoyo a un cártel o facilitar la colusión, véanse Edlin (1997, pp. 528-575), Sargent (1993, pp. 2075-2090) y Kim y Kwon (2018, pp. 899-907).

<sup>20</sup> Son frecuentes tanto en los contratos de distribución mayorista como en los contratos de distribución minorista (en estos últimos sobre todo con el desarrollo de las plataformas digitales), véase Bostoen (2017, pp. 223-224).

<sup>21</sup> Véase un útil listado de los datos y circunstancias relevantes en Smith (2012, pp. 10-14).

<sup>22</sup> Simmons (1989, p. 599): «*Since the competitor-based formula pricing clauses are designed to make long-term contract prices reflect the current competitive market place, that purpose would be frustrated in an oligopolistic market...rather the clauses would facilitate coordinated pricing without the necessity of a "smoke-filled room" conspiracy. Thus, the anticompetitive effects would nullify this justification for entering into the clauses*».

<sup>16</sup> Ampliamente, véanse García y Padilla (2012, pp. 47-49) y Comisión Europea (2017, pp. 612-623).

<sup>17</sup> Véase Simmons (1989, p. 599).

de nuevos competidores en el mercado<sup>23</sup>. En suma, el CRC sería un mecanismo empleado para producir un resultado anticompetitivo<sup>24</sup>.

Aunque la doctrina jurídico-económica diferencia los efectos colusivos/ explotativos<sup>25</sup>, de los efectos exclusionarios o excluyentes de los CRC, ambos pueden coincidir en un mismo caso<sup>26</sup>. De un lado, la explotación derivada del CRC supone que su efecto es elevar el precio de contratación de los productos/ servicios, reduciendo la competencia. De otro lado, la exclusión derivada del CRC implica que como consecuencia se impida la entrada (o crecimiento) en el mercado de contratantes alternativos. En cualquier caso, el CRC provoca una externalidad negativa que en la mayoría de los casos será difusa y no concentrada<sup>27</sup> y, por ello, la protección frente a ella puede requerir reacción de las autoridades administrativas de defensa de la competencia, sin que las herramientas previstas por el Derecho privado resulten suficientes.

En efecto, aunque en abstracto en muchos casos estos pactos constituyan una manifestación de la autonomía de la voluntad privada —pues nada impide que el contrato contenga referencias o hitos a otras empresas rivales que operen en el mercado a la hora de regular su relación. Es obvio que la libertad de contratación de las partes tiene un límite en aquellos pactos que contravengan la ley o el orden público (máxime en aquellos casos en los que no ha existido una genuina negociación de los mismos, tratándose

de cláusulas impuestas por la parte con mayor poder en la relación).

Como es sabido, entre las leyes que se han de respetar por los sujetos que realizan actividades económicas se encuentra la legislación de defensa de la competencia, que prohíbe las cláusulas contractuales anticompetitivas, declarándolas nulas. Puede entenderse que esa nulidad deriva de la contravención de la ley<sup>28</sup> o del quebrantamiento del orden público económico<sup>29</sup>. Un pacto de no competencia en la enajenación de empresas o activos esenciales puede ser eficiente y tener lógica económica, pero si se acuerda en mercados muy concentrados y dependiendo de su redacción puede resultar anticompetitivo<sup>30</sup>. Los pronunciamientos judiciales de este tipo han sido relativamente frecuentes<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Véanse Infante y Oliva (2009, p. 39): «las legislaciones de todos los Estados europeos (y prácticamente de todo el mundo) prevén la invalidez de los contratos o acuerdos entre empresarios que provoquen una restricción de la competencia, que puedan alterar la producción o las condiciones del mercado o falsear la competencia» y Herrero (2017, pp. 223-266).

<sup>29</sup> Infante y Oliva (2009, p. 17).

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, un pacto de no competencia puede perjudicar no solo el interés de los consumidores finales, sino también el de los competidores, Bagchi (2015, p. 213). Véase, por ejemplo, la cláusula de no competencia en el contrato de compraventa de la brasileña Vivo Participações, S.A., celebrado por Telefónica y Portugal Telecom (PT), que fue sancionada por Decisión de la Comisión Europea de 23/1/13 (AT.39839, Telefónica / Portugal Telecom) con multa de casi 67 millones de euros a Telefónica y algo más de 12 a PT (¶29 «Ninth - Non-compete To the extent permitted by law, each party shall refrain from engaging or investing, directly or indirectly through any affiliate, in any project in the telecommunication business (including fixed and mobile services, internet access and television services, but excluding any investment or activity currently held or performed as of the date hereof) that can be deemed to be in competition with the other within the Iberian market for a period starting on the date of Closing until December 31, 2011»). Según la Comisión esto es un reparto de mercado (¶356), la decisión fue finalmente confirmada por STJUE de 13/12/17, Telefónica v Commission C-487/16P EU:C:2017:961 (en el fondo, aunque no en la cuantía de la multa).

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, STS de 3/11/17 (ES:TS:2017:3879) que, citando en su FJ5 la sentencia 634/14, de 9/1/15 («Por esta razón, hemos de partir de que el pacto entre empresas que contiene la cláusula quinta es contrario al artículo 1 LDC y al artículo 1 TFUE. La consecuencia es la prevista en el apartado 2 de ambos preceptos, la nulidad de pleno derecho del pacto contractual. En cuanto la normativa antitrust comunitaria (arts. 101 y 102 TFUE) y nacional (arts. 1 y 2 LDC) tiene carácter imperativo, pues a través de ella se establecen límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público-español o comunitario en el mantenimiento de la Competencia, la nulidad de los pactos contractuales que infringen dicha normativa se justifica por el

<sup>23</sup> Simmons (1989, pp. 617-618): «in a competitive market, where buyers and sellers are price takers, an individual firm or a small group of firms cannot affect price and the clauses can have no anticompetitive effect. In oligopoly markets with barriers to entry, on the other hand, when an individual seller or a small group of sellers can cause prices to rise by restricting output or where an individual buyer or a small Group of buyers can cause prices to fall by restricting purchases, the clauses can have an anticompetitive effect».

<sup>24</sup> Simmons (1989, p. 616): «contracts as well as other devices, may be used, either consciously or inadvertently, to create the sufficient certainty necessary to transform an intermediate market into a market with interdependence».

<sup>25</sup> Smith (2012, pp. 11-12).

<sup>26</sup> Véanse Scott-Morton (2013, p. 73) y García y Padilla (2012, p. 43).

<sup>27</sup> Véase Bagchi (2015, p. 229).

Los jueces y las autoridades de defensa de la competencia de muchos países se han pronunciado en varias ocasiones sobre el posible carácter anticompetitivo de los CRC en la medida en que constituyeran un mecanismo empleado por los operadores para homogeneizar el mercado de ciertos productos o servicios, eliminando la competencia, en perjuicio de los consumidores.

Al margen de los ya mencionados supuestos en los que los CRC operan como mecanismos de facilitación de la colusión tácita o para asegurar el cumplimiento de los precios fijados por un cártel<sup>32</sup>, como se ha indicado anteriormente desde la perspectiva de las relaciones verticales (distribución) los CRC pueden resultar problemáticos si se emplean por los fabricantes/productores como un instrumento para asegurar la fijación de precios de venta minorista<sup>33</sup>.

Las reglas vigentes a nivel UE otorgan una exención por categorías a este tipo de CRC —siempre que no supongan una fijación indirecta del PVP— si las cuotas de mercado relevante del fabricante/proveedor y del distribuidor son inferiores al 30 %<sup>34</sup>. Conviene advertir que la definición del mercado relevante en algunos casos, particularmente cuando se trata de mercados bilaterales (plataforma/digitales), dificulta el análisis. Es más, incluso si las partes contratantes tienen cuotas de mercado inferiores al 30 %, excepcionalmente la Comisión Europea puede declarar la exención no aplicable en aquellos casos en los que cláusulas similares cubrieran más del 50 % del mercado relevante<sup>35</sup> o mediante decisión individual de

retirar la exención de la Comisión o de una autoridad nacional de Competencia<sup>36</sup>. Al margen del hipotético beneficio de la exención por categorías en bloque, los contratantes siempre tienen abierta la posibilidad de argumentar la eficiencia y carácter procompetitivo del CRC si cumplen las condiciones del artículo 101.3 TFUE (*i. e.*, si aumenta el bienestar del consumidor).

Los casos en los que la Comisión Europea ha enjuiciado el carácter anticompetitivo de CRC y, sobre todo de CPMF, son multitud y no se pueden referir aquí de manera exhaustiva. Baste para concluir, un apunte de los más significativos, que puede ilustrar la relevancia de la cuestión.

A nivel UE, uno de los casos más representativo en el que la Comisión Europea ha prohibido las «cláusulas de cliente más favorecido» ha sido el caso de los libros electrónicos de *Apple*. Estos términos contractuales eran introducidos por *Apple* en todos los contratos de agencia con los editores para la distribución de libros electrónicos. En ellos se garantizaba a *Apple* que los editores no ofrecerían precios más bajos a otros distribuidores y se establecía una comisión a pagar idéntica del 30 % del PVP. Según la Comisión el efecto de esta previsión contractual era eliminar la competencia en los precios minoristas de libros electrónicos —*horizontal*—, que era el resultado de la coordinación de *Apple* con los editores para elevar los precios (perjudicando al principal competidor de *Apple*, Amazon, que practica una estrategia de precios bajos muy agresiva). Para la Comisión, se trataría de un ejemplo de un «cártel en red» (*hub-and-spoke*) que implicaría a *Apple* y las cinco principales editoriales<sup>37</sup>. Al final, la Comisión no sancionó a *Apple* y concluyó el procedimiento mediante un acuerdo de terminación convencional por el que *Apple* y las editoras se comprometieron a terminar sus relaciones de agencia,

traspaso de estos límites a la autonomía privada de la voluntad —arts. 6.3 y 1255 CC—», establece la nulidad de pleno derecho del pacto contractual objeto de la *litis* por contravenir al art. 1 LDC y al art. 1 TFUE (contratos de adquisición de derechos audiovisuales de clubes de fútbol con una duración superior a 3 temporadas).

<sup>32</sup> Véase Cooper (1986, pp. 377-388).

<sup>33</sup> Obsérvese el ¶48 de las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales (DOUE C130 de 19/5/10).

<sup>34</sup> Véanse los artículos 3.1 y 4.a) del Reglamento (UE) 330/2010 de 20/4/10, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L102 de 23/4/10).

<sup>35</sup> Véase el artículo 6 del Reglamento (UE) 330/2010.

<sup>36</sup> Véase el artículo 29 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16/12/2, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOUE L1 de 4/1/3).

<sup>37</sup> Lo cuestiona Klein (2017, pp. 423-474).

eliminando la cláusula de cliente más favorecido, y a renegociar sus contratos de conformidad a ciertas reglas establecidas en la decisión<sup>38</sup>.

Finalmente, también las autoridades nacionales de competencia de varios Estados miembros se han pronunciado en varias ocasiones sobre la ilicitud de los CRC que utilizan plataformas digitales (comparadores<sup>39</sup> y otras plataformas de venta en internet) en sus relaciones de distribución de productos *online*<sup>40</sup>, que se introducen para impedir que el proveedor oferte sus productos a un precio más bajo en canales alternativos<sup>41</sup>, asegurándose de esta forma que la plataforma ofrece a sus clientes el precio más bajo. Así ha ocurrido por ejemplo con las agencias de viaje *online*, con los seguros de automóviles, con las casas de subastas, aunque la mayoría de estos casos se hayan cerrado mediante terminaciones convencionales que han eliminado las cláusulas y sin sanción de las autoridades de competencia.

## 5. Conclusiones

La utilización de referencias a terceros es cada vez más frecuente en la contratación comercial (en particular, en la determinación del precio y condiciones económicas del contrato). El empleo de estas cláusulas tiene una explicación económica plausible en la corrección de la incertidumbre en las relaciones de larga duración y en la prevención del oportunismo de las partes contratantes.

<sup>38</sup> Véase la Decisión de la Comisión de 4/5/15 ([AT.40153 E-book MFNs and related matters-Amazon](#)). Este mismo caso fue enjuiciado por los tribunales federales norteamericanos, que utilizaron argumentos parecidos y alcanzaron una conclusión similar, véase sentencia del tribunal de apelación del segundo circuito de 30/6/15, *U.S. v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2015).

<sup>39</sup> Véase, por ejemplo, Competition & Markets Authority, [Compare the Market home insurance deals could deny people better prices](#), 2/11/18.

<sup>40</sup> Pueden consultarse las referencias en Bostoen (2017, pp. 226-227) y Coombs (2018).

<sup>41</sup> En función del ámbito de aplicación de la cláusula se suelen considerar más problemáticas las que despliegan sus efectos en cualquier otro canal de distribución (*i. e.*, «amplias») frente a las que solo aplican a las ventas directas realizadas por el proveedor (*i. e.*, «estrechas»).

Aunque se trate de términos contractuales mayormente eficientes y normalmente lícitos, son varios los casos en los que las autoridades de competencia han evaluado su posible ilicitud al constituir una restricción prohibida de la competencia por su potencial de explotación o exclusión. Hoy en día, las plataformas de comercio electrónico son el principal «terreno de juego» donde se cuestiona la licitud de estas cláusulas, multiplicándose los pronunciamientos de las autoridades de competencia al respecto, alcanzándose soluciones dispares en función del balance en cada caso de sus efectos anticompetitivos y procompetitivos.

## Referencias bibliográficas

- Ayllón, C. (2016). El precio determinable por un tercero en la compraventa. *Revista Foro Jurídico*, 15, 272-302.
- Ayres, I. (1987). How Cartels Punish: A Structural Theory of Self-Enforcing Collusion. *Columbia Law Review*, 87, 295-325.
- Bagchi, A. (2015). Other People's Contracts. *Yale Journal on Regulation*, 32(2), 211-256.
- Bostoen, F. (2017). Most Favoured Nation Clauses: Towards an Assessment Framework under EU Competition Law. *European Competition & Regulatory Law Review (CoRe)*, 1(3), 223-236.
- Comisión Europea (2017). *Staff Working accompanying report from the Commission to the Council and the European Parliament. Final report on the E-commerce Sector Inquiry*. 10/5/2017 SWD(2017) 154 Final.
- Coombs, J. (2018). Most Favored Customer Clause and competition law: An overview of EU and national case law. *E-Competitions*. 25/10/2018.
- Cooper, T. E. (1986). Most-Favoured-Customer Pricing and Tacit Collusion. *RAND Journal of Economics*, 17(3), 377-388.
- Edlin, A. S. (1997). Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices, and Can Antitrust Rise to the Challenge? *Harvard Law Review*, 111(2), 528-575.
- García, A. y Padilla, J. (2012). Los efectos sobre la competencia de las cláusulas de "Nación Más Favorecida". *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (30), 40-50.
- Herrero, C. (2017). La nulidad de las conductas anticompetitivas. En A. Robles (coord.), *La lucha contra las restricciones a la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español* (pp. 223-268). Granada: Comares.
- Infante, F. J. y Oliva, F. (2009). Los contratos ilegales en el derecho privado europeo. *InDret*, 3/2009. Julio.

- Kim, J. Y., & Kwon, J. Y. (2018). Guaranteed lowest prices: do they facilitate collusion?: Revisited. *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, 31(1), 899-907.
- Klein, B. (2017). The Apple E-books Case: When is a Vertical Contract a Hub in a Hub-and-Spoke Conspiracy? *Journal of Competition Law & Economics*, 13(3), 423-474.
- Klein, B., Crawford, R. G., & Alchian, A. A. (1978). Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process. *Journal of Competition Law & Economics*, 21(2), 297-326.
- Liu, F., Sibley, D. S., & Zhao, W. (2016). Vertical Contracts That Reference Rivals. *Working Paper*.
- Sargent, M. T. L. (1993). Economics upside-down: Low-price guarantees as mechanisms for facilitating collusion. *University Pennsylvania Law Review*, 141, 2055-2138.
- Scott-Morton, F. M. (2013). Contracts that reference Rivals. *Antitrust*, 27(3), 72-79.
- Simmons, J. J. (1989). Fixing Price with Your Victim: Efficiency and Collusion with Competitor-Based Formula Pricing Clauses. *Hofstra Law Review*, 17(3), 599-640.
- Smith, W. S. (2012). When Most-Favored Is Disfavored: A Counselor's Guide to MFNs. *Antitrust*, 27(2), 10-14.
- Trebilcock, M. J. (1993). *The limits of freedom of contract*. Harvard University Press.
- Van der Veer, J. P. (2013). Antitrust Scrutiny of Most-Favoured-Customer Clauses: An Economic Analysis. *Journal of European Competition Law & Practice*, 4(6), 501-505.
- Vandenborre, I., & Frese, M. J. (2014). Most Favoured Nation Clauses Revisited. *European Competition Law Review*, 12, 588-593.

*En el próximo número de  
Información Comercial Española. Revista de Economía*

## La Unión Europea tras la pandemia

---

La Unión Europea tras la pandemia

---

El impacto social en Europa de la pandemia

---

La asimetría de impulsos fiscales en Europa

---

Un Fondo de Recuperación europeo para un crecimiento sostenible

---

Tareas pendientes en la política monetaria europea

---

¿Qué fue de la unión bancaria europea?

---

Hacia un nuevo marco de política fiscal en Europa

---

Y el brexit seguía ahí después de la emergencia

---

El Pacto Verde Europeo tras la pandemia

---

Cadenas de valor europeas y autonomía estratégica

---

Geopolítica de la UE en un mundo post-COVID-19

---

La gobernanza europea tras la pandemia

---

Últimos números  
publicados:

***Internacionalización  
de las economías, nuevas  
formas, estrategias  
y actividades***

***ÁFRICA: integración  
económica y  
transformaciones  
estructurales***

Números en preparación:

***La fiscalidad  
internacional ante los  
retos de la globalización,  
la digitalización  
y el envejecimiento***



Coordinador: Enrique Feás

# LAS ACCIONES CON DERECHOS DE VOTO ADICIONALES POR LEALTAD «ACCIONES DE LEALTAD» DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

*La introducción de las acciones de lealtad es una de las medidas que se incluyen en el anteproyecto de ley por el que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para adaptar la normativa española a la [Directiva \(UE\) 2017/828 del Parlamento y del Consejo de 17 de mayo de 2017](#) en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. El propósito de este trabajo es estudiar, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, su funcionalidad y regulación.*

## Shares that confer additional voting rights because of loyalty, *loyalty shares*: a Law and Economics approach

*The incorporation of loyalty shares is one of the measures included in the draft bill that amends the Stock Companies Law to adjust Spanish legislation to the Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 as regards the encouragement of long-term shareholder engagement in listed companies. The aim of this paper is to study, using a Law and Economics perspective, its functionality and regulation.*

**Palabras clave:** acciones de lealtad, estructura de propiedad, gobierno corporativo, cláusulas de puesta de sol.

**Keywords:** loyalty shares, ownership structure, corporate governance, sunset clauses.

**JEL:** G38, K22.

### 1. Introducción

Las acciones con derechos ligados al tiempo de tenencia, *loyalty shares* o «acciones de lealtad», tienen derechos de voto o derechos económicos adicionales

si se han mantenido en manos del actual propietario durante un período mínimo de tiempo preestablecido (generalmente entre dos y cuatro años). La introducción de las acciones de lealtad es una de las medidas que se incluyen en el anteproyecto de ley por el que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para adaptar la normativa española a la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento y del Consejo de 17 de mayo de 2017, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. El propósito de este trabajo es estudiar,

---

\* Universidad Carlos III de Madrid y European Corporate Governance Institute (ECGI).

\*\* Universidad Autónoma de Madrid. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico.

Versión de marzo 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7073>

desde la perspectiva del análisis económico del derecho, su funcionalidad y regulación.

Las *acciones de lealtad* se han propuesto como un mecanismo llamado a limitar —al menos, en teoría— las presiones cortoplacistas que el mercado impondría a los directivos de las empresas con capital disperso, cuyo salario y supervivencia están ligados al valor de mercado<sup>1</sup>. De este modo, al aumentar el poder de voto de los socios más fieles y estables, se facilitaría que la sociedad se gestionara con una perspectiva a largo plazo. Sin embargo, aunque existe alguna evidencia empírica de que la entrada de inversores institucionales con períodos de inversión cortos puede afectar a las decisiones de inversión y rendición de cuentas de los administradores<sup>2</sup>, no existe ninguna evidencia empírica de que las *acciones de lealtad* ayuden a resolver este problema<sup>3</sup>. Además, como explicaremos más adelante, ya existen mecanismos de mercado que podrían premiar la lealtad de los accionistas sin necesidad de alterar la regulación.

En realidad, las *acciones de lealtad* se utilizan en la práctica con otros fines. El primero es como mecanismo para abaratar el control que los accionistas significativos ejercen en muchas empresas cotizadas de

propiedad concentrada<sup>4</sup>. En este sentido son funcionalmente equivalentes a las acciones con múltiples derechos de voto, y muy similares a otros mecanismos que cumplen el mismo propósito, como las estructuras piramidales, las acciones de oro, las acciones cruzadas, o los techos a los derechos de voto, pactos parasociales de control, uso de derivados para crear «voto vacío», etc<sup>5</sup>. Por lo tanto, el debate de mayor calado consiste en determinar si las *acciones de lealtad* ofrecen ventajas respecto a estos otros mecanismos de abaratamiento del control.

Otro propósito que persiguen los países a la hora de introducir las acciones de lealtad tiene que ver con el mercado de productos jurídico-societarios y la competencia normativa entre distintas jurisdicciones. Estas acciones están reguladas en Francia, Holanda, Italia, Bélgica y son aceptadas por el NASDAQ (National Association of Securities Dealers Automated Quotation) y el NYSE (New York Stock Exchange). Sin embargo, hay mercados como Alemania o el Reino Unido que no las permiten. Por lo tanto, hay que entender la regulación de las acciones de lealtad como una manifestación de la competencia entre los mercados de capitales. En Europa esta competencia parece llevar hacia ofrecer mayor flexibilidad y libertad contractual en la protección de los inversores<sup>6</sup>, como forma de atraer a los directivos y accionistas de control —y, consecuentemente, la empresa que controlan— a un mercado determinado.

Teniendo en cuenta todo esto, este trabajo tiene como objetivo analizar la regulación óptima de estas

<sup>1</sup> El primer análisis de este tipo de acciones se debe a Bolton y Samama (2013), y su propuesta inicial se centra en la emisión de acciones con *warrants* no transmisibles que pueden ejercerse si se mantienen las acciones durante un período determinado. Sin embargo, en la práctica, a posteriori, tanto Francia como Italia han regulado por separado las *acciones de lealtad* y los dividendos mejorados. Por su parte, Quimby (2013) propone unas *acciones de lealtad* que combatirían el cortoplacismo sin necesidad de alterar ni los derechos de económicos ni los de voto, simplemente con una imposición diferencial en el momento de vender acciones según el plazo durante el cual se hayan mantenido las acciones.

<sup>2</sup> Cremers, Pareek y Sautner (2018), controlando por problemas de endogeneidad, encuentran que un aumento de inversores institucionales con horizontes de inversión cortos en una empresa es seguido de una reducción en los niveles de I+D, aumentos de los beneficios y sorpresas positivas respecto a los beneficios esperados por el mercado.

<sup>3</sup> De hecho, las decisiones de voto de los inversores institucionales y sus incentivos contrapuestos para votar o no hacerlo, así como los beneficios o costes que el voto activo de los inversores institucionales puede tener para las empresas, son temas que todavía no están resueltos en la literatura. Un buen análisis del problema es presentado por Enríques y Romano (2018).

<sup>4</sup> Croci (2018) encuentra que después de su aprobación en Italia, durante el período de tres años que va de 2015 a 2018, este tipo de acciones fueron adoptadas únicamente por empresas controladas por familias. Dallas y Barry (2015) documentan el mismo fenómeno en EE UU, mostrando además que los socios de control reducen su participación tras la adopción de estas medidas. Ver *infra* apartado 4.

<sup>5</sup> Sobre los distintos blindajes del control minoritario, frente a la regla una acción-un voto, véase Sáez Lacave (2011).

<sup>6</sup> Este sería según Ventrone (2015) el caso de las jurisdicciones europeas. Véase también, Reddy (2019) argumentando que la falta de acciones de voto doble no facilita a las *start-ups* inglesas salir a bolsa en el mercado londinense, LSE (London Stock Exchange), y estas empresas acaban siendo compradas por inversores o competidores extranjeros.

acciones, poniendo el acento en la manera que pueda potenciar más sus beneficios, manteniendo a la vez salvaguardas que permitan a los inversores minoristas proteger su inversión. Para ello, partimos de la regulación actual española y después estudiamos las normativas europeas de los países que permiten este tipo de acciones (Francia, Italia, Holanda y Bélgica). A partir de aquí, y tras un análisis coste-beneficio, examinamos las diferentes opciones regulatorias en referencia al objetivo propuesto.

## 2. Las acciones de lealtad y otros mecanismos para favorecer el mantenimiento de acciones a largo plazo en la regulación actual española

El principio en el que están basadas las *acciones de lealtad* es el de premiar a los accionistas que mantienen sus acciones durante un mayor plazo de tiempo. Este premio puede hacerse bien aumentando los derechos de voto (acciones de lealtad), bien aumentando sus derechos económicos (dividendo mejorado) o bien aumentando ambos, lo cual se haría con una emisión de *warrants* entre el accionariado, otorgando dichos *warrants* derecho a comprar nuevas acciones con la condición de que se mantengan las acciones hasta el período de ejercicio de los *warrants*.

De las tres alternativas, la emisión de *warrants* ya sería posible dentro de la regulación española actual, mientras que los *dividendos mejorados* y las *acciones de lealtad* precisarían de regulación para que puedan ser introducidos en nuestro ordenamiento. Nótese, sin embargo, que mientras la mayoría de los países de nuestro entorno que han regulado las acciones de lealtad, también han hecho lo propio con los dividendos mejorados, el legislador español ha optado por dar cabida a las acciones de lealtad, pero no así a los dividendos mejorados.

Por lo que respecta a los dividendos mejorados, nuestro ordenamiento permitiría que se pactara cualquier privilegio en relación con la distribución del resultado con la condición *sine qua non* de que se hiciera como una clase privilegiada de acciones. No parece

dudoso que la autonomía privada ampararía este tipo de arreglos.

Sin embargo, lo que no permite el ordenamiento es que simplemente se pacte en los estatutos que se mejore a unos accionistas frente a otros dentro de la misma clase<sup>7</sup>. Por lo tanto, un dividendo mejorado no tendría cabida, salvo que se constituya una clase de acciones a tal fin. Desde esta perspectiva, otra interpretación de la regulación española es, en esencia, voluntarista. La clave del razonamiento se sustenta en una petición de principio: «la preferencia en dividendo recompensa al socio y no constituye “un privilegio” de una clase de acciones o participaciones respecto de las de la clase ordinaria». Lo cierto es que por muy legítimo o deseable que nos pueda parecer promocionar la permanencia en la sociedad a través de la entrega de un mayor dividendo, no por ello deja de ser, *stricto sensu*, un privilegio. Como lo sería que se retribuyera (*ergo*, se repartiera beneficios) a unos socios frente a otros socios por cualquiera otra razón, sea o no atendible o merecedora de protección. Por mucho que se hable de «la prestación de lealtad» o de la permanencia como una carga, y se trate de conceptuar el dividendo mejorado como una retribución a esa situación, a nuestro modo de ver, la semántica no cambia el fondo del asunto<sup>8</sup>.

En todo caso, aunque fuese posible crear dividendos mejorados por lealtad a través de acciones privilegiadas, su implementación sería dificultosa. Por lo tanto, si se desea facilitar a las empresas este instrumento de manera similar a cómo lo hacen otros países, sería deseable hacer una regulación específica.

Por último, las *acciones de lealtad* no serían factibles en la actualidad, ya que el artículo 96.2 de la LSC prohíbe la emisión de acciones que «de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal

<sup>7</sup> No obstante, esta es la interpretación de Fernández del Pozo (2018).

<sup>8</sup> La LSC contempla la posibilidad de que parte de los beneficios se pueda distribuir a no accionistas o a personas que, aun pudiendo ser accionistas, son retribuidos en función de otro de sus roles en la sociedad, como pueden ser los directivos o el socio fundador, pero esto nunca implica un reparto diferencial de beneficios entre los accionistas en su calidad de accionistas.

y el derecho de voto o el de preferencia» y el artículo 188.2 de la LSC señala que «en la sociedad anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto».

### 3. Regulación de las acciones de lealtad y otras medidas para favorecer el mantenimiento de acciones a largo plazo en otros países europeos

Tanto las *acciones de lealtad* como los *dividendos mejorados* están regulados en las normativas francesa e italiana y son permitidos en Holanda. Los detalles regulatorios son como sigue.

En relación con los *dividendos mejorados*, tanto en Francia como en Italia, se exige una previsión explícita en los estatutos, lo que precisa la aprobación por una mayoría reforzada (la de modificación de estatutos) en acuerdo de la Junta General de Accionistas, sin contemplarse el derecho de separación. Se establece un período mínimo de tenencia continuada de las acciones para poder beneficiarse del derecho al dividendo reforzado (dos años en Francia y uno en Italia) y se limita el importe máximo por este concepto al 10 % del dividendo ordinario. Además, se establece un importe máximo a percibir por accionista del 0,5 % del capital social, independientemente de su participación total. Esta limitación perjudica a los accionistas significativos (entre los que están los socios de control). En el caso italiano, de manera más radical, se impide que los accionistas que participan en el control accedan al privilegio (aunque la definición del control es un tanto farragosa, porque es complicado definir normativamente todos los supuestos de control)<sup>9</sup>. Además, en el caso italiano se conserva el derecho económico en caso de determinadas transmisiones: *mortis causa*,

fusión o escisión, y puede extenderse a nuevas acciones liberadas.

*Es importante destacar que tanto Francia como Italia excluyen explícitamente a los accionistas significativos de este dividendo mejorado.* La lógica económica de esta restricción es doble. Por una parte, se trataría de evitar que el dividendo mejorado se convierta en un porcentaje de expropiación «legal» de los accionistas minoritarios a manos de los accionistas de control. Por otra parte, se buscaría premiar a los socios que, teniendo la posibilidad de vender sus acciones a precio de mercado, eviten las tentaciones cortoplacistas. *Es importante constatar que los accionistas significativos no sufren tales tensiones dado que sus paquetes accionariales tienen reducida liquidez.* En este sentido puede decirse que el derecho a un dividendo mejorado, excluyendo a los accionistas de control, se ajusta mejor a la idea de premiar a los accionistas externos o de mercado a cambio de mantener la inversión en la sociedad que los derechos de voto por lealtad. Esto importa reseñarlo porque los accionistas externos al estar sujetos a las tentaciones y presiones del mercado, son por naturaleza más cortoplacistas que los accionistas de control, cuyas inversiones son, de por sí, a largo plazo.

Por otro lado, en lo que se refiere a las *acciones de lealtad* propiamente dichas, o acciones con derechos de voto adicionales por lealtad, se exige una previsión explícita en los estatutos que precisa la aprobación por una mayoría reforzada en acuerdo de la Junta General de Accionistas (en Francia las acciones de lealtad son el sistema por defecto, por lo que la previsión estatutaria se requiere para eliminarlas). Además, se establece un período mínimo de tenencia que confiera al accionista el derecho a los votos adicionales y se establece un máximo de desdoblamiento de votos (el doble). Por último, se contempla la extensión a nuevas acciones liberadas y no se pierde el derecho en transmisiones por sucesión *mortis causa*, fusión o escisión, salvo que los Estatutos prevean lo contrario.

La única jurisdicción que introduce las *acciones de lealtad* como opción por defecto es la francesa. Pero,

<sup>9</sup> Es muy difícil encontrar una definición satisfactoria de control. En todo caso, la restricción al 0,5 % ya consigue eliminar cualquier posibilidad de que los accionistas de control pudieran utilizar los dividendos mejorados como mecanismo expropiatorio.

como veremos más adelante, la experiencia demuestra que una opción por defecto no es una solución satisfactoria, ya que no hay una justificación empírica que permita concluir que son una opción superior para los inversores a los que debe proteger el regulador.

Además, aunque en principio cualquier opción por defecto podría ser modificada, la evidencia existente demuestra que esto no siempre es así. En particular, en Francia, con el cambio de opción por defecto a las *acciones de lealtad* en 2014, se observó que, aunque la mayoría de las empresas que no las tenía antes del cambio pudo votar para mantener la estructura de una acción-un voto, esto no pasó en todos los casos. En concreto, esto afectó a aquellas empresas donde el grupo de control tenía una minoría de bloqueo —entre un tercio y dos tercios de las acciones— y en las que, con anterioridad al cambio de opción, se seguía la norma una acción-un voto, ya que no resultaba posible entonces lograr una mayoría de, al menos, dos tercios para aprobar las acciones de lealtad. Tras el cambio de opción por defecto de la ley *Florange* estas empresas no votaron para mantener el sistema anterior, ya que los accionistas de control podían ahora (teniendo más de un tercio de los votos) mantener la nueva opción por defecto. Por lo tanto, hacer las acciones de lealtad la opción por defecto aumenta el poder de los accionistas de control para influir en la decisión sobre qué régimen aceptar<sup>10</sup>.

En los Países Bajos, la regulación mercantil permite desviaciones del principio de «una acción, un voto» siempre que se incluyan en los estatutos (artículos 2:105 sub 1 y 9 del Código civil neerlandés). Además, la jurisprudencia de la corte suprema (Hoge Raad), en su resolución del caso de la introducción de *acciones de lealtad* por la empresa DSM, en 2007, especificó que es posible emitir estas acciones siempre que se cumplan tres condiciones: *i)* que se incluyan en los estatutos de la empresa; *ii)* que se justifiquen con un objetivo válido; y *iii)* que la proporción de votos que se

otorgue a las acciones de lealtad parezca adecuada para la consecución del objetivo y no abusiva.

La propuesta de 4 de junio de 2018 de una nueva ley de sociedades en Bélgica sería la más permisiva con las desviaciones de la norma de «una acción, un voto» vigente hasta ahora en el país. Permitiría a las empresas no cotizadas emitir acciones con derechos de voto múltiples y a las empresas cotizadas emitir acciones de lealtad que duplicarían sus derechos de voto después de un período de tenencia registrado mínimo de dos años. Los dos años se contarían desde el registro, lo cual haría que, ya desde el momento en que se aprobasen las acciones de lealtad o desde que la empresa saliese a bolsa, los accionistas con acciones registradas antes de o durante los dos años anteriores, se beneficiasen inmediatamente de los derechos de voto adicionales. La opción por defecto en el momento de creación de una empresa seguiría siendo «una acción, un voto» y una mayoría de dos tercios sería necesaria para introducir cualquier cambio en los estatutos. Sin embargo, las abstenciones no contarían para el cálculo de los dos tercios y, además, se daría un período especial de seis meses (entre enero y junio de 2020) durante el cual se podría aprobar la introducción de acciones de lealtad por mayoría simple. Adicionalmente, se mantendrían los derechos de voto adicionales si se produce una venta entre empresas de un grupo o entre una empresa y su socio de control. No se cambiarían los requisitos para la consideración de las participaciones significativas o de control, por lo que los derechos de voto adicionales sí computarían para estos efectos, pero no computarían para el umbral del 30 % que obliga a lanzar una OPA (oferta pública de adquisición) obligatoria.

#### 4. El análisis coste-beneficio sobre las acciones con derechos de voto desiguales

No hay duda de que las acciones con derechos de voto desiguales están de moda en las bolsas. Al hablar de manera genérica de las acciones con derechos de voto desiguales nos referimos tanto a las acciones

<sup>10</sup> Véase Becht, Kamisarenka y Pajuste (2018) para un análisis detallado de esta cuestión.

de lealtad que se van prodigando por las jurisdicciones europeas, como a las tradicionales *dual class* americanas, en tanto que son funcionalmente equivalentes<sup>11</sup>. Actualmente, más del 10 % de las grandes sociedades del índice americano S&P (Standard and Poor's) 500 cotizan con acciones con menos derechos de voto, o incluso, sin derechos de voto. Además han aumentado considerablemente las salidas a bolsa con estructuras de clases de acciones con derechos de votos desiguales, llegando hasta el 19 % en 2017. La mitad de las empresas tecnológicas han salido a bolsa con esta estructura dual, estando entre ellas Google, Facebook o LinkedIn. Y, en 2019, siguen sumando, con ejemplos como Lyft, Pinterest y Zoom. La difusión de esta estructura accionarial entre las compañías tecnológicas es un fenómeno muy moderno si pensamos que la primera en hacerlo fue Google, en un momento no muy lejano del presente. Antes ya existían sociedades con doble estructura accionarial, pero estas estructuras accionariales desiguales estaban asociadas a sectores en los que la concentración de propiedad se consideraba endógena: el caso paradigmático es el de las empresas de medios audiovisuales, que suelen proteger la propiedad para garantizar la independencia de la línea editorial.

En buena parte, el debate se plantea en relación con el abaratamiento del control y la estructura de gobierno corporativo que se origina a través de estos mecanismos de separación de propiedad y control. La cuestión de si es deseable o no rebajar los costes del control es, quizás, una de las más controvertidas en materia de gobierno corporativo<sup>12</sup>. Si nos fijamos en las *start-ups* tecnológicas, podríamos pensar que las acciones con votos desiguales son valiosas porque permiten al fundador

desarrollar su visión idiosincrática, rebajando problemas de agencia y poniendo a las empresas a salvo de las presiones de los activistas y otros inversores que busquen obtener ganancias a corto plazo<sup>13</sup>. Esto se lograría permitiendo el control desde posiciones minoritarias, es decir, con reducidos derechos económicos, rebajando de esta forma los costes de falta de diversificación y falta de liquidez que conlleva el control. Pero, la contrapartida es que los riesgos de expropiación para los socios externos, típicos de las sociedades controladas, se verían agravados por el abaratamiento del control<sup>14</sup>. Veamos estos argumentos a favor y en contra con más detenimiento.

En concreto, si tomamos la perspectiva de un mercado de valores, el *lado positivo* del abaratamiento del control vendría de: *i)* un mayor valor de las empresas cotizadas, si se reducen los costes de agencia en general, al facilitar la presencia de socios de control que vigilan a los gestores y evitan el cortoplacismo; y *ii)* aumentar el número de empresas cotizadas, ayudando a las empresas con socios de control a obtener financiación en los mercados de valores, ya que la pérdida del control es una de las razones por las que algunas empresas renuncian a salir a bolsa (independientemente de que ese control tenga efectos positivos o negativos)<sup>15</sup>. De hecho, ejemplos recientes de exitosas salidas a bolsa realizadas en los últimos años podrían no haber tenido lugar, con el resultado de que las empresas no hubieran dado el salto a los mercados de capitales, si los emisores americanos no hubieran contado con la doble estructura accionarial. Esta demanda de las *start-ups*, unida a la competencia y la presión de los mercados para captar emisores, ha provocado que algunos mercados tradicionalmente contrarios a las acciones

<sup>11</sup> Aunque tanto las acciones de lealtad como las duales son mecanismos de voto desigual ligado a acciones, presentan algunas diferencias. De hecho, hay países europeos que ya tenían acciones duales. Adams y Ferreira (2008) encuentran que estas acciones duales son comunes en Suecia (59 % de las empresas cotizadas) o en Holanda (41 %). Por otra parte, también en EE UU existen mecanismos similares a las acciones de lealtad bajo la denominación de *tenure voting*.

<sup>12</sup> Para el lector interesado, que desee un análisis más detallado del ofrecido aquí, Ventoruzzo (2015) discute ampliamente la evidencia empírica existente a favor y en contra.

<sup>13</sup> Como explican Goshen y Hamdani (2016).

<sup>14</sup> Como muestran empíricamente Nenova (2003) y Zingales (1995).

<sup>15</sup> Este parece haber sido el factor clave que habría llevado al regulador italiano a aprobar las acciones de lealtad a la vista del análisis de costes y beneficios que se hace en Alvaro, Ciavarella, D'eraimo y Linciano (2014). Aunque Ventoruzzo (2015) argumenta que la previsión de la salida a bolsa de varias empresas estatales y el deseo de poder controlarlas a un bajo coste fueron un factor importante.

duales se hayan visto obligados a reconsiderar su posición. Es el caso de Hong Kong o Singapur, que han eliminado recientemente sus prohibiciones relativas a las acciones con voto desigual tras comprobar como Estados Unidos permitía la cotización de la empresa china Alibaba. Todas estas jurisdicciones pretenden beneficiarse mediante esta medida de futuras salidas de los llamados «unicornios»: empresas tecnológicas muy productivas que deseen salir a bolsa manteniendo el control que ejercen sus fundadores.

Pero, en el *lado negativo*, cualquier mecanismo que separa derechos de voto y derechos económicos genera incentivos para la expropiación de los accionistas minoritarios, a manos de los accionistas mayoritarios, mediante operaciones vinculadas y otras situaciones de conflicto de interés<sup>16</sup>. Para ilustrar este extremo, imaginemos un accionista que con un 30 % de los derechos económicos puede controlar las decisiones de la empresa A. Supongamos que puede desviar 100 euros del beneficio de la empresa mediante una operación vinculada (por ejemplo, pagándose a sí mismo una mayor compensación en el caso de tener una posición directiva o contratando con una empresa B que le pertenece en un 100 %). El coste de esta operación para este accionista es una reducción de la parte proporcional de su beneficio en A por 30 euros, mientras que el ingreso son los 100 euros que recibe de A por la operación vinculada. Existe amplia evidencia empírica que parece indicar que, si bien la concentración de la propiedad puede aumentar el valor de la empresa, una alta separación entre los derechos económicos y los derechos de voto disminuye el valor de la empresa<sup>17</sup>. Obviamente es posible controlar una empresa grande, aunque solo se tengan un 30 % de los votos, cuando el resto de las acciones está disperso,

con lo cual habría una diferencia grande entre los derechos económicos, el 30 % y los de control, que serían totales. Y, claramente, los mecanismos que separan la participación o inversión en la sociedad de los derechos de voto, como es el caso de las acciones con votos múltiples, agravan el problema. A mayor separación, más fácil resulta monopolizar el control y evitar los mecanismos de rendición de cuentas de los socios de control frente a los accionistas externos. Los socios de control no se someten al mercado (no se arriesgan a perder el control si la sociedad registra malos resultados), ni pueden ser evacuados del control a través de una OPA o por la presión de un inversor activista. Por lo tanto, para un mercado de valores, el abaratamiento del control puede ser negativo si hay un rechazo de los inversores minoristas (especialmente los inversores institucionales) hacia los mercados que permiten las acciones con distintos derechos de voto y que suponen para ellos: i) una posible reducción de la liquidez del mercado; ii) una reducción de la probabilidad de las OPA; y iii) mayores probabilidades de sufrir expropiación a manos de los accionistas de control con un alto ratio de derechos de voto sobre los derechos económicos.

Por eso, no sorprende que grandes inversores institucionales como Fidelity y Vanguard tengan políticas explícitas de gobierno corporativo que rechazan desviaciones del principio de «una acción, un voto». Y, de acuerdo con estos principios, los inversores institucionales tienden a invertir menos en empresas que se desvían del principio «una acción, un voto»<sup>18</sup>. Es más, los inversores institucionales que más rechazan las empresas con estructuras de voto complejas son los inversores con plazos de inversión más largos. Así, por ejemplo, algunos autores reportan que las empresas italianas que contaban con un miembro del consejo de administración nombrado por la minoría (en cuyo nombramiento suelen ser importantes los votos de los inversores institucionales) presentan una menor

<sup>16</sup> Tal como se explica en Bebchuk, Kraakman y Triantis (2000).

<sup>17</sup> Estudios empíricos que muestran esto son Claessens, Djankov, Fan y Lang (2002), que utilizan una muestra de empresas cotizadas de Asia oriental, y Bennedsen y Nielsen (2010), que emplean una muestra de empresas europeas cotizadas. Para sociedades anónimas españolas Gutiérrez, Mariano y Tribó (2012) presentan evidencia de una relación en forma de U entre la rentabilidad de la empresa y la participación del mayor accionista.

<sup>18</sup> Li, Ortíz-Molina y Zhao (2008).

probabilidad de adoptar este tipo de estructuras<sup>19</sup>. En el caso de EE UU, también se establece que la adopción de este tipo de acciones no aumenta el plazo durante el cual los inversores mantienen sus acciones<sup>20</sup>.

Una vez identificadas las ventajas y desventajas de este tipo de doble estructura de acciones, es una cuestión empírica determinar si sus ventajas superan sus inconvenientes. Existen diferentes estudios que han tratado de testar empíricamente si las estructuras de acciones con distintos derechos de voto aumentan o reducen el valor de las empresas. Buena parte de la evidencia empírica con la que contamos pertenece a la época pre-Google en Estados Unidos. Las sociedades que salían al mercado de capitales con este tipo de estructuras accionariales eran típicamente sociedades controladas por familias, y la literatura constató que las estructuras de acciones duales contribuían a agravar los problemas de expropiación de los inversores externos, y por ello, a reducir el valor de la sociedad<sup>21</sup>. Pero, al menos en Estados Unidos, el tipo de sociedades que utilizan la doble estructura accionarial mayoritariamente para salir a bolsa ha cambiado sustancialmente en los últimos tiempos. Ya no son las empresas familiares tradicionales, sino las *start-ups* las que lideran estos mecanismos de abaratamiento del control.

Las empresas tecnológicas son empresas jóvenes, en las que los fundadores y su visión empresarial suelen estar bien valorados por los inversores. Adicionalmente, al ser el mercado tecnológico muy competitivo, los riesgos de expropiación quedan en buena medida conjurados. Los estudios más recientes encuentran que las empresas que salen a bolsa con doble estructura accionarial tienen mejores resultados sostenidos en el tiempo que las empresas que lo hacen con una sola clase de acciones<sup>22</sup>. Pero tam-

bién advierten que el valor que crean las acciones duales en los primeros años después de salir a bolsa, mientras están creciendo e implementando su visión y perspectivas a largo plazo, va desapareciendo con el paso del tiempo. Lo que hace sospechar que, a la larga, los costes potenciales de las acciones duales o leales van incrementándose, mientras sus potenciales beneficios van reduciéndose. Entonces, las sociedades serán menos dinámicas si la visión del fundador se deja de alinear con el crecimiento de la empresa y, naturalmente, si futuras generaciones toman el control de la empresa. Otros estudios establecen que la estructura de acciones dual tiene efectos positivos en innovación, pero que la senda de la innovación se contraerá antes de lo que lo haría en las empresas bajo el régimen «una acción, un voto»<sup>23</sup>.

## 5. Las acciones de lealtad frente a las acciones duales

Hasta el momento se ha tratado de manera conjunta las acciones de lealtad y las acciones duales en tanto mecanismos de abaratamiento del control. Conviene ahora centrarnos en sus diferencias. La estructura doble de acciones o *dual class* se establece como un mecanismo para salir a bolsa y, a la vez, retener los fundadores el control de la sociedad. Se emiten dos clases de acciones con distintos derechos de voto: una clase destinada a los inversores del mercado en condiciones de «una acción, un voto», y otra clase destinada al fundador, con mayores derechos de voto (la proporción suele ser 1/10). Por su lado, las acciones de lealtad dan mayores derechos de voto, normalmente el doble, a los accionistas que retengan sus acciones durante un período de tiempo dado, con el propósito de alinear la gestión de la empresa con los intereses de los accionistas a largo plazo. Adicionalmente, es importante subrayar que las acciones de lealtad se han desarrollado en jurisdicciones de Europa continental,

<sup>19</sup> Croci (2018).

<sup>20</sup> Dallas y Barry (2015).

<sup>21</sup> Véanse los trabajos de DeAngelo y DeAngelo (1985) y Gompers, Ishii y Metrick (2010).

<sup>22</sup> Según Cremers, Lauterbach y Pajuste (2018) tienen mejores resultados que las acciones tipo «una acción, un voto» en los siguientes siete u ocho años. Kim y Michaely (2019) elevan los beneficios a 11 años.

<sup>23</sup> En concreto Baran, Forst y Via (2018).

cuyas sociedades se caracterizan por tener socios de control (que naturalmente son socios a largo plazo) y empresas maduras. En cambio, las acciones duales tienen más presencia en jurisdicciones con estructuras de capital dispersas, como es el caso de Estados Unidos, y se ha popularizado en empresas jóvenes del sector tecnológico que buscan financiación del mercado<sup>24</sup>.

A primera vista, las *acciones de lealtad* parecen tener tres ventajas significativas frente a otros mecanismos de abaratamiento del control. En primer lugar, las acciones de lealtad son más transparentes que otras medidas de abaratamiento del control, y que se venían usando en las jurisdicciones europeas, como por ejemplo, los pactos parasociales. Como segunda ventaja, las *acciones de lealtad* no permiten una excesiva separación entre los derechos de voto y los económicos, pues el número de veces que los votos pueden multiplicarse es reducido<sup>25</sup>. Y, por último, las *acciones de lealtad* son más ecuanímes ya que, en el momento de la emisión o creación, ofrecen el mismo trato a todos los accionistas<sup>26</sup>. En comparación con las acciones duales, no se privilegia al fundador sobre los inversores públicos o externos, y proporciona un blindaje menos estable y desproporcionado.

Todo esto parece indicar que las *acciones de lealtad* proporcionan un compromiso más ajustado entre blindar el control (frente a adquirentes o activistas), y la rendición de cuentas a los inversores externos que las *acciones duales*. Así, se ha puesto de manifiesto que

las acciones de lealtad permitirán blindar el control de manera efectiva en tanto los accionistas de control continúen manteniendo un paquete sustancial de acciones a lo largo del tiempo (entre el 20 % y el 30 %). Lo que significa que mantendrán el control de la sociedad incluso ante las presiones de accionistas disidentes o activistas. En cambio, si los accionistas de control optan por vender parte de su paquete accionario a lo largo del tiempo, de tal manera que su propiedad quede reducida a porcentajes bajos, los inversores institucionales a largo plazo tendrán más peso en las decisiones y en el gobierno de la sociedad (incluido el nombramiento del consejo de administración)<sup>27</sup>.

## 6. Los retos regulatorios de las acciones de lealtad

Aunque las acciones de lealtad puedan parecer un mecanismo de separación de la propiedad y el control más eficiente y menos costoso que mecanismos alternativos destinados a este fin, es importante que su introducción en el ordenamiento jurídico en un país como España, se realice de manera que se refuercen las ventajas de las acciones de lealtad y se reduzcan lo máximo posible las posibilidades de expropiación. Se trata de una cuestión importante porque en el caso de empresas cotizadas, independientemente de sus posibles ventajas, la introducción de acciones de lealtad supone un claro conflicto de intereses entre diferentes grupos de accionistas y, en particular, entre los accionistas significativos y el resto. Existen, en concreto, varias opciones regulatorias que deben ser discutidas.

Como primera cuestión, es obvio que la posición de los socios minoritarios será bien distinta si *las acciones con voto desigual —sean leales o duales— se introducen a través de un procedimiento de salida a bolsa o mediante una decisión de la junta de la sociedad cotizada*. Ambos sistemas son cualitativamente distintos. Si solo se permiten en salidas a bolsa, como sucede

<sup>24</sup> Anand (2018) muestra que en Canadá, entre las empresas con acciones duales, se encuentran empresas icónicas del país como Bombardier, Power Corp., Rogers Communications, Onex y Canadian Tire.

<sup>25</sup> Cuantos más derechos de voto conlleven las acciones de los socios de control, mayores son los riesgos de dilución y de expropiación. Un buen ejemplo lo encontramos en Bebchuk y Kastiel (2019a) que analizan el caso paradigmático de Pinterest. En el momento de su salida a bolsa, la empresa tenía tres fundadores con acciones con fuertes derechos de voto (20 a 1). Después de un período de siete años desde la salida a bolsa, se activó su cláusula de puesta de sol y uno de los fundadores vendió más del 50 % de su participación en la sociedad. Bebchuk y Kastiel calculan que dos de los fundadores siguieron controlando el 50 % del poder de voto de la compañía con aproximadamente el 4,76 % de participación.

<sup>26</sup> Tal como discuten Berger, Solomon y Benjamin (2017).

<sup>27</sup> Como argumentan Edelman, Jiang y Thomas (2018).

en los Estados Unidos en relación con las *dual class*, los nuevos potenciales accionistas, a la vista de toda la información suministrada al mercado, pueden valorar si las acciones de lealtad van a servir como mecanismo de atrincheramiento de los *insiders*, o si, por el contrario, les merece confianza la visión y capacidad de los socios de control para crear valor y el voto múltiple va a facilitar la realización a largo plazo de esa visión del «fundador». Entonces, en función de cuál sea su juicio, los nuevos inversores —muchos de ellos expertos y profesionales— tomarán la decisión de participar en la oferta pública comprando, o, por el contrario, abstenerse de hacerlo<sup>28</sup>.

En cambio, si se permite que sociedades cotizadas puedan cambiar sus estatutos para emitir acciones de lealtad, los accionistas minoritarios sin poder de voto quedarán en buena medida a expensas de lo que decidan los socios de control que ya existan. No se debe olvidar que los socios de control monopolizarían los beneficios del voto doble porque sus acciones son poco líquidas, mientras que otros inversores externos, aunque tengan horizontes de inversión a largo plazo, se enfrentan a problemas bien sabidos de apatía racional (en el caso del capital flotante), o de incentivos y conflictos de agencia (en el caso de los fondos de inversión)<sup>29</sup>. Naturalmente, las consecuencias de esta decisión tendrán distinto impacto en los intereses de los socios minoritarios dependiendo de si la empresa está en crecimiento y en mercados competitivos, con potencial de suponer valor importante para los minoritarios (como es, tal vez, el caso de las tecnológicas), o si, por el contrario, se trata de empresas maduras y con tasas más altas de beneficios privados del control. En este último caso, el abaratamiento del control, como hemos visto, aumentaría la probabilidad de expropiación de los socios minoritarios en manos de los

socios de control, lo que implicaría un grave riesgo para los inversores externos.

En todo caso, la emisión de estas acciones a través de la salida a bolsa se revela como un sistema más adecuado para la protección de los accionistas minoritarios. A fin de cuentas, los inversores conocen las condiciones de la salida a bolsa antes de adquirir las acciones. Si, en cambio, las acciones de lealtad se introducen a través de una modificación de estatutos, como sucede en las jurisdicciones europeas, los accionistas minoritarios podrían ver cómo sus perspectivas como inversores se deterioran.

La segunda cuestión que debe afrontar el regulador se refiere a las *reglas de aprobación*. Debido al conflicto de interés entre socios de control y socios externos, la protección de los accionistas minoristas hace deseable que la aprobación de la creación de *acciones de lealtad* en empresas cotizadas se realice bien a través de un mecanismo MOM (mayoría de la minoría) o bien a través de una alta mayoría reforzada. Nótese que no se trata de una decisión equiparable a otros casos de modificación estatutaria dado que este caso presenta un serio conflicto de intereses de extrema gravedad para los minoritarios: se altera la proporcionalidad y se rebajan, de facto, las reglas de mayoría en favor de los socios de control<sup>30</sup>. Además, otras maneras de tutelar los derechos de los socios minoritarios afectados por la adopción de las acciones de lealtad, como el derecho de separación o el acuerdo separado de la clase de acciones, resultan, por distintas razones, difíciles de articular en este caso.

En tercer lugar, y esto es predicable tanto para las acciones de lealtad como para las duales, sus efectos perniciosos pueden, en parte, contrarrestarse si se acompaña su regulación con un *refuerzo de la protección de los inversores minoritarios a través de mecanismos de gobierno corporativo para los casos de*

<sup>28</sup> La literatura tradicional de derecho y economía asumía que los mercados son eficientes a la hora de valorar y poner precio a las acciones duales en las salidas de bolsa (Easterbrook y Fischel, 1991, pp. 17-19). Sin embargo, hay autores que cuestionan la eficiencia del mercado en la valoración del gobierno corporativo (Daines y Klausner, 2001).

<sup>29</sup> Argumentos desarrollados por Bebchuk y Hirst (2019) y por Nili y Kastiel (2016).

<sup>30</sup> Nótese que esta situación de conflicto de interés se evita en el caso del dividendo mejorado al limitar su disfrute a los socios de control. En consecuencia, no hará falta proteger *ex profeso* a los minoritarios a través de la mayoría reforzada que se propone para el caso del voto.

*sociedades controladas y las reglas de conflictos de interés.* A fin de cuentas, las sociedades que hacen uso de acciones de lealtad suelen ser sociedades gobernadas por socios de control, con los problemas de expropiación característicos de estas sociedades<sup>31</sup>, pero en las que, además, el control a través de posiciones minoritarias tiende a exacerbar los problemas de expropiación y de conflictos de interés. Los efectos negativos de las acciones de lealtad se podrían en parte neutralizar elevando el estándar antiexpropiatorio del derecho de sociedades. Se trataría, en definitiva, de incrementar la supervisión de los socios de control por parte de los accionistas externos y, en particular, en relación con operaciones interesadas o en conflicto de interés. Así, por ejemplo, sería deseable aumentar el número de consejeros independientes y el poder de los accionistas minoritarios en el nombramiento de consejeros, o reforzar los mecanismos de revisión de las operaciones vinculadas.

En cuarto lugar, la última cuestión que debe tenerse en cuenta al regular las acciones de lealtad, la de *introducir en la regulación mecanismos de duración limitada o término* (las llamadas cláusulas de puesta de sol o *sunset provisions*) ha suscitado gran debate y será objeto de un tratamiento más detallado en el siguiente apartado. De momento, baste hacer una aclaración. Estas cláusulas permiten revertir las acciones de lealtad a la vista de los efectos que hayan podido ocasionar su introducción en la sociedad. Son, por lo tanto, mecanismos de protección de los inversores externos. Es claro que, a falta de regulación, tales cláusulas pudieran ser incorporadas en los estatutos sociales en virtud de la autonomía de la voluntad. De hecho, así se han prodigado en algunas empresas estadounidenses que han salido a bolsa con estructuras de acciones duales. Sin embargo, es difícil imaginar que las sociedades españolas, dominadas por socios de control y sin necesidad de hacer atractiva la introducción de las acciones de lealtad a los inversores externos a través de una salida a bolsa, tengan interés en limitar su eficacia temporal

(aún a costa del interés de los inversores externos). Los ejemplos de las jurisdicciones europeas con más veteranía en acciones de lealtad así lo atestiguan. Desde esta perspectiva, la regulación de las «cláusulas de puestas de sol» por parte del regulador español coloca a nuestro país a la vanguardia de la protección de los inversores externos o ajenos al control en esta materia.

## 7. Mecanismos de «puesta de sol» o duración limitada a término

Los beneficios de blindar a un accionista o grupo de control y de evitar el cortoplacismo, en caso de existir, son claramente mayores para las empresas en fase de rápido crecimiento y con necesidades de inversión importantes a medio-largo plazo en entornos de fuerte competencia. Estas empresas, a diferencia de lo que ocurre en empresas maduras y con fuerte riesgo de expropiación, son las que más pueden beneficiarse de una salida a bolsa que permita el abaratamiento del control y, paralelamente, al moverse en entornos competitivos de alto crecimiento, son las menos susceptibles de sufrir problemas de expropiación.

Sin embargo, los estudios empíricos ponen de manifiesto que, con el paso del tiempo, estas ventajas tienden a reducirse cuando, por efecto de la competencia en los mercados de productos y servicios, las tasas de crecimiento e inversión se reducen y los fundadores dejan paso a otros gestores. Adicionalmente, a medida que se reduce el crecimiento y la inversión, los riesgos de expropiación aumentan. Por todo ello, las estructuras pensadas para abaratar el control disminuyen su eficiencia a lo largo del tiempo<sup>32</sup>.

Estas consideraciones han llevado a que el debate académico, centrado inicialmente en la conveniencia o

<sup>31</sup> Como muestran empíricamente Dyck y Zingales (2004).

<sup>32</sup> Esto es consistente con la evidencia empírica que muestra que mientras que la adopción de mecanismos que separan los votos de los derechos económicos no tiene en media un impacto sobre el valor de mercado de las acciones en el momento de su adopción, su eliminación tiene de manera consistente un impacto positivo. Para un análisis de este fenómeno y la literatura empírica al respecto véase Dallas y Barry (2015).

no de permitir las acciones duales o leales, se traslade a los mecanismos de puesta de sol o *sunset provision*. Las cláusulas de puesta de sol establecen que, al cumplirse un plazo o un hecho predeterminado, las acciones con más derechos de votos expiren y se conviertan en acciones simples<sup>33</sup>. Su propósito es que las acciones de voto desigual, en tanto mecanismos que abaratan el control, no sean perpetuos y caduquen con el paso del tiempo. Desde esta perspectiva, se trataría de esta manera de garantizar un equilibrio entre el interés del fundador de perseguir su visión de la empresa sin cortapisas, con el interés de los inversores de contar con algún sistema rendición de cuentas<sup>34</sup>. Así, la visión del fundador puede estar alineada con el interés de la sociedad en el momento de la salida a bolsa, pero, con el paso del tiempo, la visión del fundador puede desactualizarse, o el fundador perder interés por el porvenir de la empresa. Los datos atestiguan que este tipo de límites a las estructuras de acciones duales van popularizándose: el 32 % de las empresas estadounidenses que han salido a bolsa desde el 2010 tienen cláusulas de puesta de sol ajustadas a un plazo temporal, siendo el plazo de duración común de seis o siete años<sup>35</sup>. En esta línea, se discute cómo se han de diseñar estas cláusulas para ser eficaces en su propósito, esto es, para aminorar los efectos perniciosos del mantenimiento en el tiempo de las acciones de voto múltiple o desigual<sup>36</sup>.

Este es el estado de la cuestión en relación con las estructuras de acciones duales en Estados Unidos. No

obstante, la situación es bien distinta en relación con las acciones de lealtad habituales en las jurisdicciones europeas, que, salvo el caso de España, no prevén mecanismos de reversión y, por tanto, garantizan la perpetuidad de estos mecanismos de abaratamiento y blindaje del control. Esto no parece correcto, porque también en este contexto las cláusulas de puesta de sol tienen sentido para, llegado el caso, poder revertir la situación si el valor de la empresa no crece como se esperaba. A fin de cuentas, los inversores externos y financiadores de la sociedad deben contar con alguna garantía de que el control, una vez que no emana directamente de una alta participación en la propiedad, sino que, de alguna manera, está siendo prestado o tolerado, está alineado con la creación de valor.

Por otra parte, se podría alegar que, en el caso particular de las acciones de lealtad, disponer de un mecanismo de reversión automática podría ser contraproducente y exacerbar el riesgo moral. Los socios de control, sabiendo que su posición está sujeta a caducidad, tendrían incentivos para intensificar la extracción de beneficios privados, a pesar de que pueda suponer sacrificar valor para los socios minoritarios, o para impulsar estrategias que reduzcan su participación en la empresa sin perder el control<sup>37</sup>. Para mitigar este riesgo, no conviene que la reversión de las acciones de voto múltiple al estado originario de «una acción, un voto» sea automática, sino que es preferible que la caducidad o la extensión de las acciones de lealtad se sujete a la voluntad de los socios. Esto supondría introducir una regla de limitación temporal predeterminada que revierta automáticamente las acciones a la norma «una acción, un voto» después de un período fijo de tiempo suficientemente largo (10 o 15 años), a menos que una extensión sea aprobada por la junta general de accionistas con la mayoría requerida para su adopción inicial. Esta alternativa no parece objetiva a la vista de que, a su vez, la inclusión de las acciones de lealtad en los estatutos de la sociedad requirió

<sup>33</sup> Véase la propuesta de Bebchuk y Kastiel (2017).

<sup>34</sup> Los inversores institucionales han pedido a las bolsas americanas que impongan a las empresas que salen a bolsa con acciones duales la introducción de cláusulas de puesta de sol, de manera que estas estructuras no se extiendan automáticamente más allá de siete años.

<sup>35</sup> En el estudio de Winden (2018).

<sup>36</sup> La literatura discute si el diseño óptimo debe basarse en el tiempo o en que ocurran determinados supuestos, oponiendo las llamadas *time-based provisions* a las llamadas *event-based provisions* (Fisch y Davidoff Solomon, 2019). También, se rechazan duraciones arbitrarias, argumentando que la duración debería depender de las características de la empresa o de sus fundadores (Moore, 2019) y se presentan argumentos a favor de la libertad contractual y en contra de que las cláusulas de puesta de sol sean imperativas (Sharfman, 2018).

<sup>37</sup> Esta idea es desarrollada por Bebchuk y Kastiel (2019b).

del voto de los socios. Cumplido el plazo predeterminado, los socios se plantearán de nuevo la decisión de facilitar o no el control minoritario.

Esta manera de diseñar las cláusulas puesta de sol presenta varias ventajas. Primero, permitiría disciplinar a los socios de control para que tomen en consideración los intereses de los inversores externos, consistentes con la creación de valor, frente a su interés de obtener beneficios privados. A fin de cuentas, tendrán que rendir cuentas y pueden necesitar su beneplácito para extender el término del control. Segundo, desarbola incentivos perversos de los socios de control con este tipo de acciones de voto desigual, como reducir paulatinamente su inversión en la sociedad hasta el límite en el que tenga garantizado el control. Tercero, permitiría ir calibrando y reevaluando la oportunidad del blindaje del control con el paso del tiempo y en relación con los acontecimientos a los que se va enfrentando. Así, mientras el socio de control puede contar con la confianza de los inversores externos para generar valor, la situación puede cambiar si enferma o pierde cualidades o interés, o muere y sus acciones se transmiten a sus herederos (que posiblemente carezcan del mismo grado de talento empresarial, integridad o motivación que su predecesor)<sup>38</sup>.

## 8. Posible impacto de la introducción de las acciones de lealtad en España

Es interesante analizar el posible impacto que la introducción de las acciones de lealtad puede tener en España. En principio, deberían ser bien recibidas en el mercado español dado que, como podemos ver en el Cuadro 1, la concentración de la propiedad es alta. Este Cuadro muestra el número de accionistas significativos de las empresas del Ibex 35, que, en principio, son las que por su mayor capitalización bursátil

deberían tener de media una menor concentración de propiedad. Así mismo se muestra la estimación del porcentaje mínimo de capital en manos de los accionistas significativos (calculado asignando a cada accionista el valor mínimo dentro de su rango) y la información sobre el porcentaje de capital afectado por pactos parasociales entre estos accionistas.

Con todo, como se requiere una mayoría reforzada para aprobar la introducción de las acciones de lealtad, no es fácil precisar de antemano las empresas que las adoptarán. Pero sí podemos proyectar el impacto que presumiblemente pueden tener las acciones de lealtad en función de la estructura de propiedad de las sociedades del Ibex. A tales efectos, distinguiremos tres grupos de casos.

En primer lugar, podría esperarse que las empresas que ya son empresas controladas (bien por tener un accionista mayoritario o bien por existir un grupo de accionistas vinculados por pactos parasociales con un porcentaje de capital superior al 50 %) se quieran beneficiar del doble voto. La holgura del capital de control les permitiría introducir las acciones de lealtad sin encontrar oposición por parte del resto de accionistas. Para este primer grupo de empresas, parece claro que el resultado de la introducción de las acciones de lealtad será facilitar a los accionistas mayoritarios controlar estas empresas con un menor coste en términos de capital invertido.

Muy interesante es un segundo grupo mayoritario de empresas que, en la actualidad, no son empresas controladas propiamente dichas, pero que fácilmente llegarían a serlo si llegaran a adoptar las acciones de lealtad. En este caso, con la misma inversión actual, el aumento de los derechos de voto que supondrían las acciones de lealtad, permitiría a los accionistas significativos ejercer un control blindado sobre la sociedad. Creemos que dentro de este grupo será donde la adopción de las acciones de lealtad será más polémica y originará mayor resistencia por parte de los inversores institucionales.

Por último, existe un tercer grupo de empresas donde los accionistas significativos tienen un reducido

<sup>38</sup> Véase Bebchuk y Kastiel, 2017, p. 606, trayendo a colación la evidencia de que las empresas gestionadas por los descendientes suelen tener peores resultados.

**CUADRO 1**  
**NÚMERO DE ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES DEL IBEX 35**  
**CON PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA**

| Nombre                     | 3-5 % | 5-10 % | 10-25 % | 25-50 % | 50-100 % | % mínimo de capital<br>de los accionistas<br>significativos | % del capital<br>afectado por pactos<br>parasociales |
|----------------------------|-------|--------|---------|---------|----------|-------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|
| AENA.....                  | 1     | 1      | 0       | 0       | 1        | 58                                                          |                                                      |
| Acciona.....               | 0     | 1      | 0       | 2       | 0        | 55                                                          | 56                                                   |
| Inditex.....               | 0     | 1      | 0       | 0       | 1        | 55                                                          |                                                      |
| Siemens Gamesa.....        | 0     | 1      | 0       | 0       | 1        | 55                                                          |                                                      |
| Bankia.....                | 1     | 0      | 0       | 0       | 1        | 53                                                          |                                                      |
| Endesa.....                | 0     | 0      | 0       | 0       | 1        | 50                                                          |                                                      |
| Mapfre.....                | 0     | 0      | 0       | 0       | 1        | 50                                                          |                                                      |
| Mediaset.....              | 0     | 0      | 0       | 0       | 1        | 50                                                          |                                                      |
| Cellnex.....               | 3     | 2      | 0       | 1       | 0        | 44                                                          | 36                                                   |
| Ence.....                  | 1     | 3      | 0       | 1       | 0        | 43                                                          |                                                      |
| Viscofan.....              | 4     | 1      | 2       | 0       | 0        | 37                                                          |                                                      |
| Inmobiliaria Colonial..... | 2     | 2      | 2       | 0       | 0        | 36                                                          | 11                                                   |
| Naturgy.....               | 2     | 0      | 3       | 0       | 0        | 36                                                          | 71                                                   |
| MásMóvil.....              | 1     | 4      | 1       | 0       | 0        | 33                                                          | 26                                                   |
| Cie Automotive.....        | 2     | 5      | 0       | 0       | 0        | 31                                                          |                                                      |
| Meliá.....                 | 0     | 1      | 0       | 1       | 0        | 30                                                          |                                                      |
| Grifols.....               | 3     | 4      | 0       | 0       | 0        | 29                                                          |                                                      |
| Caixabank.....             | 1     | 0      | 0       | 1       | 0        | 28                                                          | 41                                                   |
| Indra.....                 | 1     | 1      | 2       | 0       | 0        | 28                                                          |                                                      |
| Ferrovial.....             | 4     | 1      | 1       | 0       | 0        | 27                                                          |                                                      |
| Acerinox.....              | 2     | 0      | 2       | 0       | 0        | 26                                                          |                                                      |
| IAG.....                   | 1     | 0      | 2       | 0       | 0        | 23                                                          |                                                      |
| ACS.....                   | 1     | 1      | 1       | 0       | 0        | 18                                                          |                                                      |
| Amadeus.....               | 1     | 3      | 0       | 0       | 0        | 18                                                          |                                                      |
| Bankinter.....             | 1     | 1      | 1       | 0       | 0        | 18                                                          |                                                      |
| Enagás.....                | 6     | 0      | 0       | 0       | 0        | 18                                                          |                                                      |
| REE.....                   | 1     | 1      | 1       | 0       | 0        | 18                                                          |                                                      |
| Telefónica.....            | 0     | 3      | 0       | 0       | 0        | 15                                                          |                                                      |
| Iberdrola.....             | 1     | 2      | 0       | 0       | 0        | 13                                                          |                                                      |
| Merlin.....                | 1     | 0      | 1       | 0       | 0        | 13                                                          | 22                                                   |
| B. Sabadell.....           | 1     | 1      | 0       | 0       | 0        | 8                                                           |                                                      |
| Repsol.....                | 1     | 1      | 0       | 0       | 0        | 8                                                           |                                                      |
| B. Santander.....          | 0     | 1      | 0       | 0       | 0        | 5                                                           | 0,49                                                 |
| BBVA.....                  | 0     | 1      | 0       | 0       | 0        | 5                                                           |                                                      |

NOTA: La composición del Ibex 35 es la del cierre del ejercicio (sin incluir Arcelor, para la que España no es el Estado miembro de origen).

**FUENTE:** Elaboración propia a partir de datos públicos de la CNMV tomados del «Informe anual sobre los mercados de valores y su actuación 2019» y de los Informes Anuales de Gobierno Corporativo de las empresas del año 2019.

porcentaje del capital y la adopción de acciones leales no cambiaría significativamente el *status quo*, por lo cual será muy improbable su adopción.

## 9. Conclusiones

En este trabajo hemos analizado las acciones de lealtad como mecanismo que permite separar los derechos políticos y económicos de las acciones y abaratar el control de las empresas.

Para ello, hemos comenzado discutiendo las diferencias entre las acciones de lealtad, que muchos países europeos, y en particular España, están adoptando, y otros mecanismos alternativos de separación y control tales como las acciones duales, más típicas de EE UU.

Así mismo, partiendo de un análisis de derecho comparado referente a la manera en la que las principales jurisdicciones europeas han introducido las acciones de lealtad en sus ordenamientos, hemos estudiado las posibles alternativas para la introducción de estas acciones de lealtad en el ordenamiento español y las opciones regulatorias que deben elegirse cuidadosamente para potenciar los beneficios y reducir al máximo los riesgos de las acciones de lealtad, prestando especial atención a la introducción de una cláusula de puesta de sol que se planea introducir en la regulación española sobre la materia.

Resulta especialmente estimulante ver cómo, en esta materia, el regulador español podría ser pionero en la introducción de medidas que permitan modular el impacto temporal de la adopción de una nueva regulación, dan poder a los accionistas para experimentar y, a la vista de las consecuencias, elegir el sistema que ofrezca mejores resultados a largo plazo.

## Referencias bibliográficas

- Adams, R., & Ferreira, D. (2008). One Share-One Vote: The Empirical Evidence. *Review of Finance*, 12(1), 51-91.
- Alvaro, S., Ciavarella, A., D'eraimo, D., & Linciano, N. (2014). La deviazione dal principio "un'azione – un voto" e le azioni a voto multiplo. *Quaderno Giuridico Consob*, 5/2014.
- Anand, A. (2018). Governance Complexities in Firms with Dual Class Shares. *Annals of Corporate Governance*, 3(3), 184-275.
- Baran, L., Forst, A., & Via, M. T. (2018). Dual Class Share Structure and Innovation. <https://ssrn.com/abstract=3183517>
- Bebchuk, L. A., Kraakman, R. H., & Triantis, G. (2000). Stock Pyramids, Cross-Ownership, and Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control from Cash Flow Rights. In R. Mork (Ed.), *Concentrated Corporate Ownership* (pp. 295-318). Chicago, EE UU: University of Chicago Press.
- Bebchuk, L. A., & Kastiel, K. (2017). The Untenable Case for Perpetual Dual-Class Stock. *Virginia Law Review*, 103(4), 585-630.
- Bebchuk, L. A., & Kastiel, K. (2019a). The Perils of Pinterest's Dual-Class Structure. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*. <https://corp-gov.law.harvard.edu/2019/04/10/the-perils-of-pinterests-dual-class-structure/>
- Bebchuk, L. A., & Kastiel, K. (2019b). The Perils of Small-Minority Controllers. *Georgetown Law Journal*, 107, 1453-1514.
- Bebchuk, L. A., & Hirst, S. (2019). Index Funds and the Future of Corporate Governance: Theory, Evidence, and Policy. *Columbia Law Review*, 119, 2029-2146.
- Becht, M., Kamisarenka, Y., & Pajuste, A. (2018). Loyalty Shares with Tenure Voting - A Coasian Bargain? Evidence from the Loi Florange Experiment. *European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 398/2018*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3166494>
- Bennedsen, M., & Nielsen, K. M. (2010). Incentive and entrenchment effects in European Ownership. *Journal of Banking & Finance*, 34(9), 2212-2229.
- Berger, D. J., Solomon, S. D., & Benjamin, A. J. (2017). Tenure Voting and the US Public Company. *The Business Lawyer*, 72(2), 295-324.
- Bolton, P., & Samama, F. (2013). Loyalty-Shares: Rewarding Long-term Investors. *Journal of Applied Corporate Finance*, 25(3), 86-97.
- Claessens, S., Djankov, S., Fan, J. P. H., & Lang, L. H. P. (2002). Disentangling the Incentive and Entrenchment Effects of Large Shareholdings. *The Journal of Finance*, 57(6), 2741-2771.
- Cremers, M., Lauterbach, B., & Pajuste, A. (2018). The Life-Cycle of Dual Class Firm Valuation. *European Corporate Governance Institute (ECGI) - Finance Working Paper No. 550/2018*. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3062895](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3062895)
- Cremers, M., Pareek, A., & Sautner, Z. (2019). Short-Term Investors, Long-Term Investments, and Firm Value: Evidence from Russell 2000 Index Inclusions. *Management Science*. <https://ssrn.com/abstract=2720248>

- Croci, E. (2018). Controlling-Enhancing Mechanisms: Loyalty Shares and Multiple-Voting Shares in Italy. *European Corporate Governance Institute working paper*. [https://ecgi.global/sites/default/files/6.\\_controlling-enhancing\\_mechanisms\\_loyalty\\_shares\\_and\\_multiple-voting\\_shares\\_in\\_italy.pdf](https://ecgi.global/sites/default/files/6._controlling-enhancing_mechanisms_loyalty_shares_and_multiple-voting_shares_in_italy.pdf)
- Daines, R., & Klausner, M. (2001). Do IPO Charters Maximize Firm Value? Antitakeover Protection in IPOs. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 17(1), 83-120.
- Dallas, L. L., & Barry, J. M. (2015). Long-Term Shareholders and Time-Phased Voting. *Delaware Journal of Corporate Law*, 40, 541-646.
- DeAngelo, H., & DeAngelo, L. (1985). Managerial Ownership of Voting Rights: A Study of Public Corporations with Dual Classes of Common Stock. *Journal of Financial Economics*, 14(1), 33-69.
- Dyck, A., & Zingales, L. (2004). Private Benefits of Control: An International Comparison. *The Journal of Finance*, 59(2), 537-600.
- Easterbrook, F. H., & Fischel, D. R. (1991). *The Economic Structure of Corporate Law*. Harvard, EE UU.: Harvard University Press.
- Edelman, P. H., Jiang, W., & Thomas, R. S. (2018). Will Tenure Voting Give Corporate Managers Lifetime Tenure? *Vanderbilt Law Research Paper No. 18-04*. <https://ssrn.com/abstract=3107225>
- Enriques, L., & Romano, A. (2018). Institutional Investor Voting Behavior: A Network Theory Perspective. *European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 393/2018*. <https://ssrn.com/abstract=3157708>
- Fernández del Pozo, L. (2018). La viabilidad de las «acciones de lealtad» en nuestro derecho de sociedades («loyalty shares»). *Revista de derecho bancario y bursátil*, 37(152), 9-64.
- Fisch, J. E., & Davidoff Solomon, S. (2019). The Problem of Sunsets. *Boston University Law Review*, 99, 1057-1094.
- Gompers, P. A., Ishii, J., & Metrick, A. (2010). Extreme Governance: An Analysis of Dual-Class Firms in the United States. *Review of Financial Studies*, 23(3), 1051-1054.
- Goshen, Z., & Hamdani, A. (2016). Corporate Control and Idiosyncratic Vision. *Yale Law Journal*, 125, 560-590.
- Gutiérrez, M., Mariano, B., & Tribó, J. A. (2012). Ownership Structure and Minority Expropriation: The Case for Multiple Blockholders. *Applied Financial Economics*, 22(24), 2075-2083.
- Kim, H., & Michaely, R. (2019). Sticking Around Too Long? Dynamics of the Benefits of Dual Class Voting. *European Corporate Governance Institute - Finance Working Paper No. 590/2019*. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3145209](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3145209)
- Li, K., Ortiz-Molina, H., & Zhao, X. (2008). Do Voting Rights Affect Institutional Investment Decisions? Evidence from Dual-Class Firms. *Financial Management*, 37(4), 713-745.
- Moore, M. T. (2019). Designing Dual Class Sunsets: The Case for a Transfer-Centered Approach. (October 31, 2019). *Faculty of Law - University College London Law Research Paper No. 9/2019*. <https://ssrn.com/abstract=3478572>
- Nenova, T. (2003). The Value of Corporate Voting Rights and Control: A Cross-Country Analysis. *Journal of Financial Economics*, 68(3), 325-351.
- Nili, Y., & Kastiel, K. (2016). In Search of the 'Absent' Shareholders: A New Solution to Retail Investors' Apathy. *Delaware Journal of Corporate Law*, 41(1), 55-104.
- Quimby, P. A. (2013). Addressing Corporate Short-Termism through Loyalty Shares. *Florida State University Law Review*, 40(2), 389-413.
- Reddy, B. (2019). Finding the British Google: Relaxing the Prohibition of Dual-Class Stock from the Premium-Tier of the London Stock Exchange. *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 4/2020*. <https://ssrn.com/abstract=3495309>
- Sáez Lacave, M. (2011). Blindajes, control minoritario y la regla "una acción, un voto". *In Dret*, 1, 1-48. [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/804\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/804_es.pdf)
- Sharfman, B. S. (2018). A Private Ordering Defense of a Company's Right to Use Dual Class Share Structures in IPOs. *Villanova Law Review*, 63(1), 1-34.
- Ventoruzzo, M. (2015). The Disappearing Taboo of Multiple Voting Shares: Regulatory Responses to the Migration of Chrysler-Fiat. *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 288/2015*. <https://ssrn.com/abstract=2574236>
- Winden, A. W. (2018). Sunrise, Sunset: An Empirical and Theoretical Assessment of Dual-Class Stock Structures. *Columbia Business Law Review*, 852, 870-951.
- Zingales, L. (1995). Insider Ownership and the Decision to Go Public. *Review of Economic Studies*, 62(3), 425-448.

Pedro Schwartz\*

## EL TEOREMA DE COASE PUESTO A PRUEBA EN CHINA

*Generalmente se presenta la doctrina de Coase como un teorema estático que busca explicar la corrección espontánea de defectos del mercado por acuerdos de los afectados. Sin embargo, según el teorema como lo formuló Stigler, esos resultados solo se alcanzan bajo los cuestionables supuestos de que los costes de transacción son nulos, los derechos de propiedad están bien definidos y la distribución del beneficio de los acuerdos no afecta al resultado. Lo irreal de esas condiciones hace que, por desgracia, siga aplicándose la teoría estatista de los defectos del mercado cual la promulgó Pigou. Pero el espectacular progreso de la economía china después de Mao, tal y como la analizan Ronald Coase y Ning Wang (2012), parece haber ocurrido sin ajustarse en nada a lo expresado en ese teorema.*

### The Coase Theorem tested in China

*The Coase doctrine is usually presented as a static theorem purporting to explain the spontaneous correction of market defects by agreement between affected parties. However, as Stigler formulated it, those results are only reached under the questionable assumptions of zero transaction costs, well-defined property rights, and independence from the distributive effects of the agreements. The lack of realism of these assumptions has resulted in the unfortunate persistence in applying the statist theory of market defects as proclaimed by Pigou. The spectacular progress of the Chinese economy after Mao, as analyzed by Ronald Coase and Ning Wang (2012) seems to have happened without following the conditions of that theorem.*

**Palabras clave:** Teorema de Coase, derechos de propiedad, costes de transacción, efectos distributivos, experiencia económica china, impuestos pigovianos.

**Keywords:** Coase Theorem, property rights, transaction costs, distributive effects, China's economic experience, Pigovian taxes.

**JEL:** D23, K11.

---

\* Universidad Camilo José Cela, Madrid.

Agradezco la ayuda del Profesor Cabrillo durante la redacción de este trabajo; y especialmente las muy críticas y acertadas reflexiones del *referee* anónimo. Leí una primera versión en la reunión de la Mont Pelerin Society en Hong Kong en septiembre de 2014.

Versión de julio de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7080>

## 1. Introducción: el de Coase, un éxito aparente

El intento de Ronald Coase de arrumbar de una vez para siempre la teoría del bienestar de Arthur Pigou no ha tenido éxito. El propio Coase lo reconoció. Al comentar un cuarto de siglo más tarde su famoso artículo «The Problem of Social Cost» (1960), Coase lamenta «la extraordinaria influencia que el enfoque de Pigou sigue teniendo entre los economistas modernos» (Coase, 1988, p. 159). Nuestra profesión recita de carrerilla el llamado Teorema de Coase, pero ni lo entiende ni por tanto lo aplica. Hoy en día, en cuanto un economista se enfrenta con algún fallo de mercado en forma de bienes públicos o de efectos externos, es a Pigou a quien acude: inmediatamente pide que la Autoridad cargue un impuesto o conceda una subvención para corregir ese defecto.

La razón por la que se deja de lado la doctrina de Coase es que el teorema por la que se la conoce no hace justicia a su verdadera complejidad teórica. La cantinela es conocida: «siempre que los derechos de propiedad estén bien definidos y los costes de transacción sean nulos, los acuerdos entre las partes podrán resolver las externalidades, si no tomamos en cuenta la redistribución de rentas consiguientes a tales acuerdos». Esa formulación es prácticamente una tautología, pues el teorema está definido de tal manera que no tiene más remedio que ser cierto. Un defecto de mercado se resolverá por sí solo aún sin que se den las tres condiciones del teorema de Coase, porque estas sobran si, como veremos a lo que se indica Cooter, la situación es de competencia perfecta (Coase, 1988, p. 158). Si hay perfecta información, perfecta divisibilidad de factores y perfecta discriminación de bienes, el problema de los efectos externos se esfuma. Mi tesis es que la formulación del teorema de Coase de los libros de texto no es más que una parodia del pensamiento de Coase y lo deja expuesto a críticas como la de Robert Cooter en «The Cost of Coase» (Cooter, 1982) a la que acabo de aludir; o la de James Buchanan «The Irrelevance of Transaction

Costs» (Buchanan, 1984). Lo irreal del supuesto de perfecta competencia y costes de transacción nulos del teorema de Coase explica por qué la economía del bienestar de Pigou sigue viva.

Muy al contrario, Coase quiso llamar la atención sobre lo complejos que son los casos reales de solución espontánea de externalidades, como el del progreso de China hacia el capitalismo. En casos como ese, los derechos de propiedad no vienen dados, sino que se modifican durante las negociaciones. Además, lejos de ser nulos, hay costes de transacción que hay que superar para alcanzar acuerdos; estos costes de transacción son de al menos tres tipos: *i)* carencias de información y comunicación; *ii)* costes nacidos de la conducta de los *free-riders*; y *iii)* comportamiento estratégico de las partes para apropiarse de los beneficios del cambio, hasta el punto de que alguno de los implicados no quiera moverse hacia un óptimo de Pareto por considerar inaceptable la distribución de los beneficios. Es Cooter el que ha hecho notar que muchas de estas complicaciones desaparecen cuando se razona como si la competencia fuera perfecta.

No es por ese camino por el que hay que transitar. Dice Coase (1988, cap. 6, p. 174): «Un mundo sin costes de transacción se ha descrito a menudo como un mundo a la Coase. Nada puede ser menos cierto». La reducción de la doctrina de Coase al teorema de Stigler esconde el fenómeno que verdaderamente interesa a Coase: la espontánea aparición de instituciones y reglas que ayudan a resolver situaciones subóptimas.

Coase mereció el galardón del Nobel de economía, no por ese «teorema» que él nunca formuló<sup>1</sup>, sino por haber fundado la teoría de la organización industrial (Coase, 1988, cap. 3); y, más generalmente, por haber abierto el camino a la nueva economía institucional (Coase, 1988, cap. 6) – o teoría de las repercusiones legales y económicas de la existencia de costes de transacción. Coase, aparte

<sup>1</sup> Véase lo que dice Coase sobre su teorema (Coase, 1988, pp. 157-158).

de su ensayo sobre el coste social (Coase, 1960), estudió esas cuestiones en otros trabajos en los que tampoco mencionó el dichoso teorema: en especial, aquel en el que explicó por qué aparecen empresas en el mercado económico (Coase, 1937), o por qué es conveniente subastar los espacios del espectro radioeléctrico (Coase, 1959), o cómo es que hubo inversores privados en la construcción de faros marítimos cuando su principal producto es un bien público (Coase, 1974). Pero aquí no me ocuparé de los efectos institucionales de los costes de transacción, sino de un caso de esterilidad del «teorema de Coase»: lo inútil que es ese teorema para la búsqueda de alguna explicación racional del notable desarrollo económico de China después de Mao.

La evolución de la economía china hacia situaciones Pareto-óptimas de los sistemas capitalistas es un contraejemplo del teorema de Coase: en principio lo refuta<sup>2</sup> y por tanto pide una reformulación. En la China posterior a Mao no se daban en absoluto las condiciones que, según ese teorema, habrían explicado la extraordinaria y exitosa transformación que ha asombrado al mundo. Los derechos de propiedad se iban delimitando solo a medida que la economía se movía hacia el capitalismo. Los costes de transacción no eran ni mucho menos nulos, pues la información y su comunicación tenían que superar enormes obstáculos políticos. La existencia de imitadores o *freeriders*, en vez de dificultar las transacciones, las generalizaba por un efecto de imitación. Los beneficios de medidas Pareto-óptimas, lejos de dificultar los acuerdos, a menudo ayudaban a financiar los sobornos que permitían esquivar reglamentaciones caprichosas o contraproducentes.

En eso radica el interés del libro de Ronald Coase y Ning Wang (2012) *How China Became Capitalist*. Los autores señalaron que en la China post Mao el Estado, queriendo o sin querer, iba modificando continuamente

los derechos de propiedad bajo la presión emprendedora de los individuos, de las empresas, y de las autoridades locales. Se alcanzaban acuerdos y se ejecutaban contratos en circunstancias legalmente muy poco propicias. Y la prosperidad resultante fue tan grande que los conflictos distributivos, aunque existentes, se redujeron al mínimo, pues había grandes ventajas para todos.

Antes de presentar el contraejemplo de la teoría del bienestar pigoviana, a saber, la evolución hacia el capitalismo de la economía china traído por Coase y Ning, recordaré a mis lectores cómo nació el teorema de Coase.

## 2. Stigler y el «teorema de Coase»

George Stigler en sus *Memorias* (1988) cuenta la historia de la famosa cena de 1960 en la casa del cuñado de Milton Friedman, Aaron Director, para discutir «cómo era posible que un economista tan bueno como Coase pudiera cometer un error tan evidente» como el de criticar la teoría de Pigou (Stigler, 1988, p. 75). Veinte economistas, entre los que se encontraban Friedman y el propio Stigler escucharon a Coase presentar la proposición herética de que la forma en que se utilizan los recursos económicos no depende de a quién se le adjudica la responsabilidad legal por daños y perjuicios o a quienes se asignan los derechos legales de propiedad (Stigler, 1988, p. 76)<sup>3</sup>.

Tras intervenir Coase, la minoría de uno a su favor al comienzo de la cena se transformó a la unanimidad de veintiuno al final.

El primer paso en el camino de las propuestas de intervención pública para corregir los defectos del mercado lo había dado J. S. Mill en su capítulo sobre «Los límites del laissez faire» de sus *Principios de economía*

<sup>2</sup> En la figura lógica del *modus tollens*, un solo contra-ejemplo basta en principio para concluir la falsedad de una proposición universal. Popper (1958, cap. I, secc. 6, p. 41).

<sup>3</sup> Como dice Cooter (1982, p. 15), una interpretación correcta del teorema de Coase no implica que el acuerdo final entre las partes sea independiente de la adjudicación de las responsabilidades legales o de los derechos de propiedad, sino que, cualquiera sea esa asignación final de los recursos, el resultado será eficiente.

*política* (Mill, 1848, 1965, libro iv, cap. xi). Luego, la profesión económica fue ampliando el número de casos en los que un mercado libre no produce resultados eficientes<sup>4</sup>. Principalmente fue Pigou, en su libro sobre *La Economía del Bienestar* (1920), quien llegó a la conclusión de que el bienestar social no coincidía normalmente con el bienestar privado que buscan los agentes del mercado: adujo un sinnúmero de efectos externos por los que los mercados resultaban ser ineficientes. En el siglo XX, esta idea de Pigou se convirtió en la doctrina aceptada por la profesión. Hoy el argumento se ha hecho casi proverbial con la repetida cita en las clases de microeconomía de ejemplos como la fábrica que emite humos o el descubrimiento de la penicilina por el Doctor Fleming. Se suele concluir que en esos casos es lícito que el Estado grave con impuestos o conceda subvenciones a la actividad privada para conseguir el máximo bienestar social.

En esa cena, Ronald Coase, para mostrar que las propuestas de Pigou no eran de validez universal, utilizó el ejemplo extremo de una situación en la que los costes de transacción eran nulos. Además, y pese a ser un modelo muy genérico, pudo deducir algunos principios que iban muy en contra de la extendida doctrina de los defectos del mercado<sup>5</sup>: que eran concebibles mercados con defectos óptimos; que era posible que las partes implicadas corrigieran externalidades de mutuo acuerdo; que los costes de operar en el mercado se obviaban a menudo internalizándolos al unir ambas partes en una empresa<sup>6</sup>; que el óptimo resultante de una negociación privada podía dar lugar a una distribución de los derechos de propiedad diferente de la inicial; y que las decisiones de los tribunales sobre quién tiene derecho a contaminar o a ser indemnizado; y las reglas dictadas por las autoridades, como la de que «el

que contamina, paga»: podrían resultar el mayor daño para todos.

La mera posibilidad de estas conclusiones era (y es) chocante para los numerosos discípulos de Pigou.

Stigler recogió la idea de Coase en un teorema que la reducía a un modelo simplista. En su recuerdo de la cena, dijo que Coase les había pedido que supusieran costes de transacción nulos. Si Coase partió del supuesto de costes de transacción nulos en esa cena debió de ser porque sus amigos de Chicago tendían a razonar de esa forma abstracta, aunque para la mayoría de los casos los costes de transacción no son nulos. El supuesto era, pues, «heroico», que dicen los angloparlantes, pero era este un modo de razonar al que los economistas estamos muy acostumbrados: una vez aceptado el supuesto, es posible demostrar el caso extremo, que luego, debidamente modificado sirve para explica casos reales, siempre más complicados. Pues bien, en este caso el supuesto de costes de transacción nulos lleva a lo que en lógica se llama una «falacia de división», en la que uno cae cuando supone que las partes de un conjunto tienen las mismas propiedades que el conjunto.

Para dar un ejemplo de costes de transacción nulos, Stigler eligió el caso extremo de que tanto el que contamina (el propietario del ganado) como la parte dañada (el cultivador de maíz en un campo abierto) se fusionaran en una sola empresa. En ese caso el propietario único organizaría la producción sin costes de transacción, para así maximizar el producto conjunto de ambas actividades<sup>7</sup>. Eso es lo que Stigler llamó «el teorema de Coase» (Stigler, 1988, p. 77).

### 3. Cooter sobre el teorema de Coase

Una de las críticas más duras dirigidas a Coase en materia de coste social es la de Robert Cooter en el

<sup>4</sup> Schwartz (1972, cap. 6). Como podrá ver el curioso lector, mi postura elogiosa de la teoría de los límites *del laissez faire* expuesta por Mill ha cambiado sustancialmente.

<sup>5</sup> Véase cómo explica esos principios Coase (1988, vi, pp. 157-185).

<sup>6</sup> 23 años antes, Coase había publicado su ensayo «The Nature of the Firm» (Coase, 1937), en el que explicaba que el coste de utilizar el mecanismo del mercado explicaba la aparición de la empresa.

<sup>7</sup> El caso de un único dueño de la granja productora de maíz y de vacuno también está expuesta en Stigler (1966, p. 113). Coase lo había explicado en más detalle en (Coase, 1937); véase la nota 2, más arriba.

artículo que lleva el ingenioso título de «The Cost of Coase» (Cooter, 1982). Señala Cooter primeramente que en los procesos de negociación hay elementos erróneamente clasificados bajo la rúbrica de costes de transacción. «Las negociaciones tienen resultados no cooperativos incluso cuando el proceso de negociación no tiene coste»<sup>8</sup>. Más demoledor es que muestra que el teorema de Coase es válido solo en condiciones de competencia perfecta. La razón por la que esto es así es que los efectos redistributivos de hacer más eficientes los mercados generan disputas sobre el reparto de las ganancias y, por tanto, indeterminación en las negociaciones. Un mercado plenamente competitivo es un juego de cooperación puro, donde la distribución de las ganancias derivadas del avance hacia un óptimo de Pareto tiene un efecto insignificante o nulo sobre el resultado, ya que los partícipes no pueden amenazarse mutuamente con movimientos estratégicos. Cuando los concernidos son pocos, siempre existe el peligro de que el intento de una parte de acaparar la mayor parte del beneficio de la acción dé lugar a una ruptura de las negociaciones y a pérdidas generalizadas.

Medema (1995) añade a esto que, en términos generales, habrá dos salidas de las actitudes mutuamente destructivas: los coasianos propondrán que se eliminen las barreras legales o administrativas que dificultan las transacciones, para que la negociación se lleve a cabo en una situación tan plenamente competitiva como sea posible; los hobbesianos por el contrario querrán crear un Leviatán con poderes suficientes para contener la violencia de los partícipes y forzar una solución «óptima»<sup>9</sup>.

La conclusión de la crítica de Cooter es que el teorema de Coase es de aplicabilidad limitada por ser válido solamente en mercados perfectamente

competitivos. ¿Hemos de contentarnos con esta conclusión tan mínima?

La realidad social de la China capitalista me ha llevado, primero, a quitar importancia a la crítica de Cooter de que el análisis de Coase no pasa de ser solo aplicable a situaciones de competencia perfecta. De hecho, las tres condiciones de nulos costes de transacción, definición de derechos de propiedad, y olvido de efectos redistributivos sobran si se supone que el marco es de libre (no perfecta) competencia. En segundo lugar, intentaré ver con lentes de Buchanan la notable reforma institucional ocurrida en China durante esos años.

#### 4. La perspectiva institucional de Buchanan

Buchanan llega aún más lejos cuando retoma algunas de las observaciones de Cooter sobre el carácter complejo de esos costes (Buchanan, 1984, pp. 267-273). Estos no solo incluyen prohibiciones y comisiones a menudo impuestas por las autoridades; también incluyen restricciones de información y comunicación; y, también la conducta de *freeriders* y el comportamiento estratégico.

Pero vayamos al fondo de la crítica de Buchanan. Sostiene, en ese trabajo, subtítulo nada menos que «The irrelevance of transaction costs» (1984), que Coase y muchos coasianos parecen pensar que en cualquier situación existe una única asignación eficiente de recursos que un observador externo podría percibir (Buchanan, 1984, p. 262). Propuso Buchanan que el análisis de Ronald Coase se reinterpretara partiendo de un punto de vista «subjetivista-contractualista» o también «Austriaco-Wickselliana».

Empezó, como era su costumbre, negando que los óptimos fueran observables por terceros. La falacia en las formulaciones habituales del teorema de Coase reside en considerar que el óptimo se puede definir de manera objetiva. Es un error decir que una situación sufre externalidades porque no se haya llegado a un punto óptimo objetivamente observable. «Es lamentable [dijo] que Coase presentara su argumento [...]

<sup>8</sup> En la página 28 llega a la conclusión antiintuitiva de que «es más fácil tener un comportamiento estratégico cuando la comunicación es barata» y la negociación puede prolongarse sin fin (Cooter, 1982, pp. 17-18).

<sup>9</sup> Como se verá, en el caso de China no fue necesaria la aplicación de ninguna de estas dos soluciones: bastó con la corrupción.

en gran medida en términos de comparaciones de daños y beneficios supuestamente medibles de forma objetiva y determinados de forma independiente». Es un error, prosigue, pensar que existe una asignación «eficiente» [...] y que cualquier observador externo puede determinarla conceptualmente. Un observador externo no puede determinar si un trato ha alcanzado un nivel óptimo. Cada negociador percibe lo que es óptimo para él o ella y en consecuencia solo él ve si llegó o no pudo llegar a un intercambio satisfactorio. Las operaciones realizadas, sean o no en condiciones de competencia perfecta, serán siempre «óptimas», aunque el marco institucional no lo sea. Que los costes de transacción sean altos o bajos no importa a la hora de llevar a cabo el trato: este será óptimo «*dado el entorno institucional*» (Buchanan, 1984, p. 264, cursivas en el original).

Esto parece sacado del *Candide* de Voltaire (1779), en el que todo es para bien en el mejor de los mundos posibles, ya sean las repetidas violaciones de Cunegunda, la amada de Cándido, o el terrible terremoto de Lisboa, del año 1755. No tal, sugiere Buchanan. Cuando las partes en una transacción descubren que no están satisfechas con el acuerdo alcanzado tratarán de cambiar el marco institucional en el que operan, siempre y cuando puedan negociar sin interferencias políticas. «Si las restricciones [institucionales] iniciales abocan a la «ineficiencia», los potenciales transactores encontrarán ventajoso invertir recursos en hacer esfuerzos para eliminarlas» (Buchanan, 1984, p. 268).

El acuerdo para cambiar las reglas bajo las que realizar los intercambios sería una señal de que los resultados alcanzados [...] en el marco de normas previamente existente son menos preferidos o valorados que los patrones que se espera se generarán en el marco de las reglas una vez cambiadas (Buchanan, 1984, p. 265).

De su análisis extrae Buchanan dos consecuencias. La primera es que la noción de costes de transacción es incompleta (y se supone necesita concreción),

como había dicho Cooter. Estos «costes de transacción observados objetivamente» son un cajón de sastre de deficiencias de información, prohibiciones de las autoridades, ocultación voluntaria de las intenciones, comportamiento estratégico, o *freeriding* antisocial, pero no instrumentos útiles de análisis. La segunda es que los llamados «costes de transacción» [o] barreras a la «eficiencia» en la asignación de recursos se pueden analizar de manera más apropiada en el contexto de hipótesis de reforma institucional (Buchanan, 1984, p. 275).

Ahora bien, el desplazamiento de la búsqueda de la «eficiencia» al plano superior de la reforma institucional debe tratarse de nuevo como una cuestión subjetiva, donde determinados grupos de personas pueden intentar cambiar las reglas que no les gustan.

Buchanan explica lo subjetivo de la noción de «eficiencia» con una reinterpretación del proverbial «dilema del preso». El resultado subóptimo al que dice la generalidad de los autores que cuando llegan los dos delincuentes detenidos en régimen de incomunicación, es que confesarán el crimen porque no pueden confiar en el silencio del otro. Subraya Buchanan que esta conclusión es ineficiente para los delincuentes, pero quizás no lo sea para el resto de la sociedad. Una solución de la «ineficiencia» percibida por los delincuentes puede resolverla la fraternidad de los mafiosos imponiendo la ley del silencio bajo la amenaza de represalias. Sin embargo, es posible que para los ciudadanos amantes de la legalidad sea mejor que los delincuentes delaten a sus cómplices. Los diferentes grupos sociales pueden tener diferentes visiones de «lo que es eficiente» y lo buscarán a su manera. Veremos que esta forma subjetiva y diferente de entender la eficiencia arroja alguna luz sobre el avance de China hacia el capitalismo.

La búsqueda de un cambio del marco institucional como remedio para las externalidades parece una utopía, porque tendemos a leerlo como propuesta de cambios de la Constitución política del país, que es de lo que Buchanan se ocupó mayormente. Como es sabido, Buchanan distinguía en la ordenación de una sociedad, la Constitución, siempre

adoptada por unanimidad, y su aplicación día a día, objeto del combate político. Aquí, sin embargo, se refiere a reformas institucionales más pequeñas, cual son las tratadas por Coase en su trabajo sobre la naturaleza de la empresa (Coase, 1937). Insatisfechos con la solución de los efectos externos por acuerdo o por sentencia judicial, las partes deciden crear conjuntamente una empresa. Así resuelven sus diferencias el ganadero y el agricultor en el ejemplo de Stigler que hemos visto más arriba. Y esa formación de empresas, cooperativas, y asociaciones entra dentro del conjunto de las decisiones sociales unánimes que Buchanan considera legítimas, aunque ello pueda sorprender al amable lector. En efecto, esos acuerdos cooperativos son unánimes en el sentido de que las partes implicadas lo quieren y el resto de la sociedad se muestra indiferente. Es una unanimidad *nemine discrepante*, como de hecho lo son todas las situaciones de óptimo paretiano<sup>10</sup>.

## 5. Coase sobre la China capitalista

Vayamos al *experimentum crucis*. Inesperadamente y hacia el final de su larga vida Ronald Coase comenzó a interesarse por la evolución de China hacia el capitalismo. El resultado de este nuevo interés es el referido libro que escribió con Wang Ning, titulado *How China Became Capitalist* (2012) que publicó a sus 102 años. Vista desde el exterior, la transformación de China es asombrosa; desde el interior, según la relata este libro, es nada menos que un milagro.

La principal aportación de este libro, comparada con la de otros menos perspicaces de la transformación económica de China, es que el cambio no fue el resultado de una cuidadosa planificación del Gobierno. La transformación ocurrió desde abajo, de forma descentralizada e imprevisible. La autoridad central supo abrir la puerta al cambio y adaptarse. Varias veces estuvo en peligro, como cuando todo se paralizó tras la masacre

de Tiananmen en 1989. Tampoco está el futuro libre de peligro, especialmente en vista de los crecientes obstáculos al avance hacia una mayor libertad personal y política. Es cierto que los autores se equivocaron al decir al final de su libro que la falta de un mercado de ideas, [en China], es directamente responsable de la falta de innovación en ciencia y tecnología, el talón de Aquiles en el crecimiento del sector manufacturero en China. (Coase y Wang 2012, p. 193).

Está claro que su visión de China era la de una economía principalmente fabril al servicio de otras economías más adelantadas. Las cosas han cambiado mucho desde principios de siglo. China va pareciéndose cada vez más a la Alemania imperial de antes de la Primera Guerra Mundial, admirada en el mundo entero por sus investigaciones científicas, su tecnología, sus fuerzas armadas... y su intervencionismo social. Esas aventuras imperialistas suelen tener mal fin. Sin embargo, temo que, a medida que el país se militariza y disciplina, se agoste la libertad que necesita el adelanto de los conocimientos.

No es esa la cuestión que me ocupa. Desde el punto de vista de este artículo, el interés del libro radica en su tesis de que la transformación de China de una tiranía socialista en una economía capitalista *sui generis* no la planeó el Partido Comunista ni lo hicieron los diferentes gobiernos que dirigieron el país después de Mao. Fue el resultado no intencionado de una política encaminada a la conservación del socialismo a través del crecimiento económico. Los líderes chinos, en especial Deng Xiaoping, estuvieron dispuestos a tolerar la actividad privada, siempre y cuando mantuvieran el control de las empresas estatales y los capitalistas no amenazaran el socialismo oficial. Ello permitió la expansión inesperada de lo que los autores llaman «las cuatro fuerzas marginales» — marginales en el sentido de desarrollarse al margen del mundo oficial: «la agricultura privada, las empresas privadas tanto rurales como urbanas, el emprendimiento individual, y las Regiones Económicas Especiales» (Coase y Wang, 2012, p. 164). Se permitió primero el cultivo privado de las tierras pertenecientes

<sup>10</sup> Sen (1970, cap. 2).

a las comunas y la venta libre de su producto. Luego se adscribió *de facto* la posesión de las tierras a las familias. En paralelo con las grandes empresas públicas, aparecieron sociedades anónimas que incluso pudieron cotizarse en las Bolsas de Shanghai y Hong Kong y se permitió el emprendimiento individual, sobre todo de nuevos productos y servicios. Y notable fue la arriesgada apuesta de Deng por la creación de zonas de libertad económica alrededor de algunos puertos marítimos y fluviales.

## 6. Una reforma venida de abajo

Esas nuevas libertades se desarrollaron de manera inconsciente. No eran consecuencia de un plan de gobierno concertado para eliminar las barreras administrativas o reducir los costes de transacción. En esa sociedad comunista, los costes de transacción debían ser casi insuperables para los empresarios individuales, sobre todo al principio, cuando corrupción y empresa capitalista se castigaba prácticamente al igual. La liberalización del comercio mundial permitió que las exportaciones chinas confirmaran el acierto de la nueva política económica. Las soluciones de mercado fueron sobre todo fruto de acuerdos entre personas privadas. Se apelaba a las autoridades estatales y locales para evitar reglamentaciones y consolidar nuevos derechos de propiedad. Como subrayan los autores, China no delimitó primero los derechos de propiedad y especificó otras reglas institucionales relevantes para luego permitir que las fuerzas del mercado asignaran esos derechos al mejor postor. [...] Durante las dos primeras décadas de la reforma, mientras China seguía comprometida con el socialismo y se oponía a la privatización total de los activos del Estado, los derechos que obtenían los agentes privados del Estado eran objeto de negociación individual (Coase y Wang, 2012, p. 172).

El cambio se aceleró porque el Estado siguió los dictados de la empresa privada sin siquiera tiempo «para establecer derechos hasta que se determinaron sus valores económicos en régimen de competencia».

Como las condiciones económicas cambiaron al paso del tiempo [...] el Estado tuvo que revisar y redefinir con frecuencia la estructura de derechos de propiedad. [...] (Coase y Wang, 2012, p. 173).

La «corrupción» desempeñó un papel fundamental en el marco de la teoría de Coase. Las nuevas libertades económicas permitían la acumulación de grandes fortunas, pero esas libertades no habrían florecido sin la redistribución semitolerada de las ganancias capitalistas entre empresarios y autoridades.

## 7. No hacía falta competencia perfecta

De este modo, los beneficios de pasar de una economía socialista que funcionaba mal a una economía capitalista en cierto modo limitada, pero productiva, constituyeron el incentivo para consentir las reformas. No todos los incentivos eran pecuniarios: muchas autoridades provinciales y sobre todo Deng Xiaoping buscaban el beneficio político dimanante del progreso social. No había ninguna necesidad de un régimen de competencia perfecta para evitar los conflictos surgidos del reparto de la nueva riqueza. Tampoco tuvo que actuar el Leviatán para evitar los conflictos con motivo del reparto de los frutos de la mayor productividad. Hubo conflictos, pero estos se produjeron sobre todo por la inoportuna interferencia de aquellos elementos autoritarios de la dirigencia que temían el crecimiento capitalista.

La «corrupción» fue, pues, una mejor vía para redistribuir el producto de las mejoras que lo que habría suministrado la planificación y el control centralizado. La riqueza creció tanto que hubo espacio para una mejora de todos — excepto para los políticos que preferían el poder a la prosperidad. Apliquemos el dilema del preso a la Buchanan. Hemos visto que normalmente este modelo se presenta como un fracaso del libre mercado porque los dos presos, al perseguir su interés, se encuentran en una situación peor de la que desearían. Divide Buchanan la sociedad en dos grupos, los delincuentes y la gente honrada. El mantener

a los delincuentes incommunicados puede ser contrario a los intereses de estos pero beneficioso para el resto de la sociedad. En China ¡han ganado los delincuentes capitalistas! Los delincuentes se ponen de acuerdo y las fuerzas de la ley se adaptan. El Estado y sus gobernantes habrían preferido controlar e incluso impedir el movimiento de la minoría desobediente pero los nuevos empresarios y los cargos locales tomaron las riendas, a veces con gran peligro para ellos mismos. Así es como se entiende la eclosión del capitalismo en China comunista. La empresa privada urbana era la más expuesta a la acusación de «delito económico» pero siempre había individuos que burlaban lo policiaco de sistema.

Una viñeta dibujada, por así decir, por los autores explica lo ocurrido mejor que largas disquisiciones. Cuentan la singular historia de Nian Guangjiu en la provincia de Anhui (Coase y Wang, 2012, pp. 77-78). Analfabeto y sin empleo, Nian encontró una manera de tostar las semillas de sandía que las hicieron las preferidas por los viandantes de las calles de Wuhu. En 1980 la gente hacía cola para comprarlas y Nian comenzó a emplear a personas que no eran de su familia — un caso de explotación capitalista. La esposa de Nian temía que le encarcelaran, como había ocurrido bajo Mao. Pero llevaron el caso ante Deng Xiaoping, que, siempre pragmático, se inclinó por esperar y ver. Las exquisiteces de Nian empezaron a conocerse como «las semillas de sandía del chalado». Aun así, Deng tuvo que intervenir dos veces, en 1984 y 1992, para salvar a Nian de un arresto. La desobediencia sale victoriosa.

## 8. Un punto de vista evolutivo

Al introducir la evolución institucional espontánea y al abandonar la idea de costes de transacción nulos y la delimitación inicial de los derechos de propiedad, Coase abrió la puerta a una fructífera aplicación de su doctrina. Esta línea es la que luego han seguido otros dos galardonados con el premio Nobel de Economía,

Oliver Williamson y Elinor Ostrom: el primero, al estudiar el modo en que las instituciones del capitalismo, en especial las relaciones entre empresas, reducen los costes de transacción (Williamson, 1985); y los fallecidos Elinor Ostrom y su marido Vincent, al estudiar las innovaciones institucionales espontáneas o cooperativas que corrigen fallos en el uso de recursos naturales mejor que las administraciones públicas o el mercado (Ostrom, 2012). Los desarrollos teóricos de estos tres premios Nobel, Coase, Williamson y Ostrom, contribuyen a indicar que la continua denuncia de los profundos defectos del capitalismo quizá sea algo exagerada.

## 9. Conclusión: efectos externos de los impuestos y subvenciones a la Pigou

La comprensión de la doctrina de Coase, pues, tiene una importancia que va más allá de lo histórico. Ciertamente es que la doctrina de Coase exige mucha atención a los detalles de la realidad y alguna fe en que los individuos son capaces a veces de resolver los problemas planteados por externalidades negativas y positivas.

Coase no era un enemigo sistemático de la intervención pública mas para él esa intervención no puede ser formulista y unilateral. Como nota Coase en sus «Notas sobre el coste social» (Coase, 1990, pp. 179 ss.), los impuestos pigovianos cargados con el fin de corregir un efecto externo negativo pueden no incluir todo el daño social que indirectamente causan. Así, los habitantes vecinos de la fábrica a la que cobra una contribución para reducir la suciedad que causaba deberían pagar (al fabricante) un tanto por la mejora del aire que respiran. Otro ejemplo de costes pigovianos que no se computan es el de las medidas propuestas para reducir la cantidad de CO<sub>2</sub> emitida por los humanos. Sí suelen incluirse cálculos estimativos del gasto directo previsto para alcanzar la meta de emisiones cero. Quedan, sin embargo, fuera del cálculo muchos de los costes de oportunidad. Así, se nos exhorta apocalípticamente a llevar una vida espartana, pero nadie dice nada sobre el

«malestar» que nos causaría a muchos el tener que convertirnos en veganos.

El que Pigou siga siendo el referente para la corrección de los llamados defectos del mercado tiene consecuencias negativas.

## Referencias bibliográficas

- Buchanan, J. M. (1984). Rights, Efficiency, and Exchange: The Irrelevance of Transaction Costs. En *The Collected Works of James M. Buchanan*, vol. I, *The Logical Foundations of Constitutional Liberty* (pp. 260-277). Berlin: Duncler & Humblot. También en el vol. II de la colección Medema.
- Coase, R. H. (1937). The Nature of the Firm. *Economica*, NS 4, November. Reproducido en R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* (pp. 33-55), 1990. Chicago: University of Chicago Press.
- Coase, R. H. (1959). The Federal Communications Commission. *Journal of Law & Economics*, 2, 1-40. October.
- Coase, R. H. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, 3, 1-44. October. Reproducido en R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* (pp. 95-156), 1990. Chicago: University of Chicago Press.
- Coase, R. H. (1974). The Lighthouse in Economics. *Journal of Law & Economics*, 17(2), 357-376.
- Coase, R. H. (1988). *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago and London: University of Chicago Press.
- Coase, R. H. (1990). Notes on the Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*. Reproducido en R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* (pp. 157-185), 1988-1990. Chicago: University of Chicago Press.
- Coase, R. H., & Wang, N. (2012). *How China Became Capitalist*. Basingstoke: Palgrave MacMillan.
- Cooter, R. (1982). The Cost of Coase. *Journal of Legal Studies*, 11, 1-33. January. También en S. G. Medema (Ed.), *The Legacy of Ronald Coase*, vol. II (pp. 92-128), 1995.
- Medema, S. G. (1995). Finding His Own Way: the legacy of Ronald Coase in economic analysis. Introduction to the two-volume collection of articles on Ronald Coase, published as an *Elgar Reference Collection*. Aldershot.
- Mill, J. S. (1848, 1965). *Principles of Political Economy and Some of Their Applications to Social Philosophy*. Vols. I & II of *Collected Works of John Stuart Mill*. University of Toronto Press. Traducido como *Principios de Economía Política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ostrom, E. (2012). *The Future of the Commons. Beyond Market Failure and Government Regulation*. Indiana University.
- Pigou, A. (1932). *The Economics of Welfare*. London: Macmillan and Co. Accessed on 24 July 2013. Library of Economics and Liberty. <http://www.econlib.org/library/NPD-Books/Pigou/pgEW.html>
- Popper, K. R. (1959). *The Logic of Scientific Discovery*. London: Hutchison & Co.
- Schwartz, P. (1972). *The New Political Economy of John Stuart Mill*. London: George Weidenfeld & Nicholson.
- Sen, A. K. (1970). *Collective Choice and Social Welfare*. Edinburgh and London: Oliver & Boyd.
- Stigler, G. J. (1966). *The Theory of Price*. Third edition. New York: MacMillan.
- Stigler, G. J. (1988). *Memoirs of an Unregulated Economist*. New York: Basic Books.
- Voltaire, François Marie Arouet, dit Voltaire (1759). *Candide ou l'optimisme*. <https://oll.libertyfund.org/titles/973>
- Williamson, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. Free Press.

Francisco Cabrillo\*  
Rocío Albert\*

## DERECHO, DISTRIBUCIÓN DE LA RENTA Y DESIGUALDAD

*La desigualdad en la distribución de la renta y la riqueza se ha convertido en un tema de debate frecuente, especialmente desde la crisis económica de 2007. ¿Deberían los legisladores orientar las leyes y los tribunales sus sentencias hacia una mayor igualdad en la distribución? Este artículo analiza los efectos que tal estrategia podría tener no solo en la eficiencia del sistema económico, sino también en la propia desigualdad que se intenta combatir. Muestra la gran complejidad del tema y señala que los efectos no buscados de las leyes y la jurisprudencia pueden generar resultados contrarios a los que se pretende conseguir. El artículo coincide, en esencia, con la tesis de Kaplow y Shavell con respecto al doble perjuicio generado por las normas redistribuidoras ineficientes.*

### Law, income distribution and inequality

*Income and wealth inequality have become a hot topic, specially after the economic crisis of 2007. Should legislators enact acts and judges issue their rulings to reach a greater economic equality? This paper analyses the effects that such a strategy could have not only in terms of economic efficiency, but also in terms of the inequality problem that is intended to solve. This article shows the great complexity of the issue and points out the unintended consequences that acts and jurisprudence can provoke. This article reaches the same conclusion obtained by Kaplow and Shavell regarding the double harm produced by inefficient redistributive acts.*

**Palabras clave:** regulación, jurisprudencia, políticas públicas, eficiencia.

**Keywords:** regulation, courts, public policies, efficiency.

**JEL:** K00, K41, P16.

### 1. Introducción

Hace algunos años, al ser preguntado por los campos en los que preveía que se podría producir un desarrollo significativo del análisis económico del derecho, Gary Becker señaló que el estudio de las relaciones

entre el derecho y la desigualdad en la distribución de la renta sería, seguramente, uno de ellos (Baird, 2011). No es nuevo, ciertamente, el interés de los economistas por la desigualdad en la distribución de la renta. Pero no cabe duda de que el tema ha cobrado mayor relevancia en los últimos años, en especial a partir de la crisis que empezó en 2007 y llevó a lo que se ha denominado la «década perdida» en muchas economías. A partir de ese momento, la desigualdad se convirtió en tema de debate frecuente, tanto en medios económicos como políticos. Y el problema ha pasado a ser analizado no solo desde el punto de vista de la

---

\* Facultad de Derecho, Departamento de Economía Aplicada, Política y Pública, Universidad Complutense de Madrid.

Contacto: Francisco Cabrillo fcabrill@ucm.es

y Rocío Albert ral7@madrid.org

Versión de mayo de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7078>

política económica en el sentido tradicional del término, sino también desde el punto de vista del derecho y la regulación. Ciertamente, hay argumentos sólidos para defender la idea de que el problema de la desigualdad no es la cuestión más relevante a la hora de analizar el problema del bienestar de los grupos de renta más baja de una sociedad; y para concluir que sería preferible centrar este tipo de estudios en variables como niveles de consumo o acceso a determinados bienes y servicios<sup>1</sup>. Pero, dada la presencia de la desigualdad en la distribución de la renta en un número cada vez mayor de debates sobre política económica, dejaré a un lado si se trata o no del problema realmente importante y me centraré en un tema muy concreto: los efectos del sistema jurídico sobre la desigualdad y el posible uso de determinadas reformas legales para reducir los actuales niveles de desigualdad económica.

Toda norma legal —o su interpretación por la jurisprudencia— tiene un efecto sobre la asignación de recursos y otro sobre la distribución de la renta. Tratar de modificar la distribución regulando, por ejemplo, las condiciones de determinados contratos, genera a menudo ineficiencia. Es cierto que un impuesto progresivo sobre la renta —el instrumento más utilizado para reducir la desigualdad— puede tener también efectos negativos para una asignación de recursos eficiente al distorsionar la oferta de trabajo y el ahorro. Pero el perjuicio causado por una norma reguladora ineficiente es doble, ya que afecta, por una parte, a la actividad en un determinado sector productivo y, por

otra, a la renta de quienes en él intervienen (Kaplow y Shavell, 1994; 2000).

## 2. Los economistas y la desigualdad

En la literatura económica del siglo XX fue durante muchos años obra de referencia obligada en este campo el artículo de Simon Kuznets, *Economic Growth and Income Inequality* (Kuznets, 1955), a partir del cual se popularizó la denominada «curva de Kuznets», que correlaciona el nivel de desarrollo económico de un país y la desigualdad en la distribución de la renta. La tesis de Kuznets consiste, básicamente, en que el nivel de desigualdad sigue un patrón no lineal en los procesos de desarrollo. De acuerdo con este modelo, las sociedades con muy bajo nivel de renta presentan unos niveles relativamente reducidos de desigualdad. Pero estos niveles crecen con la industrialización; se estabilizan durante un tiempo y se reducen en las sociedades más avanzadas. Como el propio Kuznets reconocía en su artículo, no hay un modelo teórico sólido que explique estos datos. Pero de su trabajo se deduce, con bastante claridad, que pensaba que la reducción de la desigualdad, a medida que crece la renta per cápita, se produciría incluso sin que se introdujeran las correcciones que en la distribución generan los impuestos progresivos sobre la renta y los subsidios públicos a los grupos de renta baja, ya que la tendencia hacia una mayor igualdad tendría su origen en determinadas características de los procesos de crecimiento en el mundo moderno. Si el aumento de la desigualdad en el siglo XIX estaba correlacionado con la industrialización, los movimientos de población y la acumulación de capital —activos reales y financieros— en un número relativamente pequeño de personas, su reducción posterior se debería a tres grupos de factores, dos de los cuales aparecerían al margen de la regulación o la actividad política. El primero, el carácter dinámico de una economía de mercado libre, en la que se desarrollan nuevas tecnologías que pueden modificar sustancialmente la estructura de la

<sup>1</sup> Pueden mencionarse también, sin duda, muchos argumentos que insisten en la importancia *per se* de la desigualdad, al margen de cual sea el nivel de vida de los grupos de renta más baja de la sociedad. La preocupación por los efectos negativos que una distribución de la riqueza con un grado muy alto de desigualdad puede tener en la organización misma de la vida social y política está claramente presente en la obra de J. S. Mill. Y se refleja en la tantas veces citada frase del juez Louis Brandeis «Podemos tener una sociedad democrática o podemos tener una gran concentración de la riqueza en manos de unos pocos. Pero no podemos tener ambas cosas». Y no puede olvidarse que esta idea tiene una larga historia en los Estados Unidos e inspiró, en buena medida, la legislación *antitrust* en su primera época.

propiedad; y el segundo, el crecimiento del sector servicios, que reduciría la importancia que previamente tenía la acumulación de activos.

Pero, junto a estos dos factores, señalaba Kuznets que podría haber influido también en una distribución menos desigual de la renta un factor ligado a las políticas públicas y a la regulación. Medidas en esta línea serían, por una parte, las estrategias dirigidas a mantener bajos los tipos reales de interés y las políticas inflacionarias, que habrían reducido no solo los rendimientos de determinados activos de renta fija, sino también su valor. Y, por otra, regulaciones que redujeron el rendimiento de ciertos activos, entre las que cita, como ejemplo, el control de rentas en arrendamientos.

Los datos de las últimas décadas han puesto en cuestión el modelo de Kuznets, que durante mucho tiempo los economistas habían aceptado como una descripción plausible de la realidad y de la reducción esperada de las tasas de desigualdad en el medio y largo plazo. La evolución de los índices de estas tasas no ha sido, ciertamente, la misma en todos los países, siendo, por lo general, los Estados Unidos citados como ejemplo de mayor crecimiento de la desigualdad. Pero, a la hora de medir esta, hay que tener presente una cuestión que ya planteaba Kuznets en su trabajo pionero: para hacer un análisis preciso del problema habría que presuponer que quienes formaban parte de cada percentil de renta eran las mismas personas al principio y al final del período analizado. Porque, si no es así, la comparación pierde buena parte de su sentido. Y es lo que ha ocurrido, entre otros casos, en los Estados Unidos, país en el que, de acuerdo con las cifras oficiales, el número de inmigrantes en 1970 era de 9,6 millones; y en el que la cifra había pasado a ser 41,3 millones en 2013. Si consideramos que buena parte de quienes se encuentran actualmente en los niveles más bajos de renta son inmigrantes o hijos de inmigrantes, que no habían entrado en el país hace cincuenta años, las variables habitualmente utilizadas para explicar el crecimiento de los

índices de desigualdad pierden fuerza. En el caso de España, los datos indican también un crecimiento significativo de la desigualdad (Alvaredo y Saez, 2010; Anghel, Basso, Bover, Casado, Hospido, Izquierdo, Kataryniuk, Lacuesta, Montero y Vozmediano, 2016) especialmente a partir de la crisis de 2007-2008. Pero sería interesante analizar el efecto que la entrada masiva de inmigrantes, especialmente entre 2000 y 2007, haya podido tener en la variación del coeficiente de Gini.

Lo que plantea la literatura más reciente sobre el tema es que esas fuerzas características del sistema económico en los países avanzados estarían produciendo, a diferencia de lo que planteaba Kuznets, una mayor desigualdad. Piketty (2013) por ejemplo, sitúa el origen de la mayor desigualdad en el hecho de que las tasas de rendimiento del capital tienden a ser superiores a las tasas de crecimiento de las economías. Y para reducir la desigualdad sugiere una serie de políticas económicas dirigidas básicamente a redistribuir de forma sustancial la carga fiscal; pero no incluye propuestas relevantes de reformas legislativas. En la misma línea se orienta Atkinson (2015), si bien en su obra se hace alguna reflexión sobre la conveniencia de reorientar el derecho *antitrust* a los objetivos de frenar el poder de las grandes compañías que inspiró la legislación y la jurisprudencia en este campo en sus primeros tiempos.

Algunos modelos recientes plantean que la tendencia a una mayor desigualdad tendría su fundamento tanto en factores propios de la economía como en el debilitamiento experimentado por las políticas redistributivas desde la década de 1980, habiendo desempeñado en ello un papel relevante los cambios en la regulación legal. Stiglitz en su libro más relevante sobre el tema (Stiglitz, 2013) dedica un capítulo completo —¿Justicia para todos? (cap. 7)— a analizar normas y resoluciones de los tribunales de justicia que, en su opinión, habrían contribuido al aumento de la desigualdad; y a lo largo de la obra hay otras referencias al marco jurídico e institucional, como las

incluidas en el capítulo sobre búsqueda de rentas o a la democracia. Piensa Stiglitz que no solo el derecho está favoreciendo la existencia de mayores niveles de desigualdad, sino que, además, «la desigualdad está erosionando el imperio del derecho». Su argumento principal es que tanto la ley como los tribunales de justicia han adoptado una postura que claramente favorece los intereses de los «poderosos» —los grupos de mayor nivel de renta y las grandes sociedades anónimas— frente a los del hombre de la calle. Los campos del derecho a los que hace referencias específicas son, en concreto, lo que denomina «préstamos predatorios», quiebras, hipotecas y delitos económicos.

Este catálogo ha sido extendido a muchas otras ramas del ordenamiento jurídico —especialmente en los Estados Unidos— por una literatura, hoy en claro crecimiento, a caballo entre los libros y artículos académicos y las obras de contenido básicamente político. Y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha convertido en objeto de ataques desde las que podríamos denominar tesis igualitaristas, al ser acusado abiertamente de favorecer a los grandes grupos económicos frente a la inmensa mayoría del país (Gilman, 2014; Cohen, 2020). De acuerdo con esta literatura, mientras el Tribunal Warren habría tenido una actuación muy destacada en la lucha contra la desigualdad, sus sucesores —en especial el Tribunal Roberts— se habrían orientado en sentido contrario, favoreciendo los intereses de las grandes empresas y de la clase alta<sup>2</sup>. Conviene señalar, sin embargo, que estas ideas no son especialmente novedosas, ya que muchos de sus argumentos se encuentran —al menos desde la década de 1970— en la literatura de *critical legal studies* que mantiene la tesis de que, a partir del siglo XIX, los jueces norteamericanos reformularon unos principios jurídicos desarrollados en el marco de una sociedad básicamente agraria para legitimar la creciente desigualdad de la renta, utilizando

como uno de sus instrumentos básicos el formalismo legal, presentado como un método objetivo y apolítico para crear derecho; lo que, en opinión de este grupo de juristas ciertamente no era<sup>3</sup>. Pero no cabe duda de que la crisis de 2007 hizo crecer las críticas de la política legislativa y a la jurisprudencia en este sentido.

### 3. El análisis económico del derecho y la distribución de la renta

En el mundo del análisis económico del derecho (AED) el tema de los efectos de las normas y la jurisprudencia sobre la distribución de la renta y la desigualdad había suscitado, sin embargo, un interés limitado hasta hace no mucho tiempo. La razón principal es que el AED ha puesto tradicionalmente el énfasis en los temas de eficiencia; no porque considerara que la distribución no fuera una cuestión relevante, sino porque la equidad era ya la preocupación fundamental de la teoría del derecho convencional.

El AED se ha visto condicionado en este campo por dos artículos clásicos, muy influyentes en la disciplina. El primero es el conocido trabajo de R. Coase sobre el problema del coste social (Coase, 1960-1988). Cuando en este artículo se defiende la idea de que, en una situación de conflicto de derechos, si se cumplen determinados principios, los acuerdos entre las partes afectadas pueden llevar a una solución óptima basada en el principio del libre contrato, independientemente de a quién se hayan atribuido inicialmente los derechos de propiedad, se deja de lado el tema de los efectos distributivos de las normas legales. La razón es que Coase pensaba que no era esperable que se produjeran cambios significativos en la demanda que afectaran a la asignación global de recursos en la economía, como consecuencia de la asignación de los derechos a una u otra parte. Comentando el conocido caso *Sturges v. Bridgman*, en el que se discutía sobre el derecho de un médico y un pastelero a ejercer su actividad en dos fincas limítrofes,

<sup>2</sup> En los Estados Unidos es habitual denominar las diversas épocas de su Tribunal Supremo por el nombre de su presidente. Earl Warren presidió el tribunal entre 1953 y 1969. John Roberts preside el tribunal desde el año 2005.

<sup>3</sup> Para una visión crítica de este enfoque (Posner, 1995).

cuando ambas actividades eran incompatibles, apuntaba que la decisión de atribuir el derecho a ejercer su actividad a uno o a otro, no afectaría al uso final de las fincas si ambas partes pudieran negociar. Pero que el hecho de que fuera el médico el que tuviera que pagar al pastelero para que este dejara de utilizar su maquinaria o el pastelero al médico para que este último dejara de pasar consultas en el local tendría sin duda efectos en la riqueza de uno y otro. Aquel al que la norma atribuyera el derecho sería el receptor de un pago que tendría que hacer la otra parte, en el caso de que se llegara a tal acuerdo. Sin embargo, tal atribución de derechos no tendría una influencia significativa en la demanda de sus productos; y, por tanto, en la asignación final de recursos. En sus propias palabras: «me parece inconcebible que esto pudiera tener efecto en la demanda de pasteles o de servicios médicos» (Coase, 1988, p. 174).

El segundo es el artículo de Kaplow y Shavell (1994) que defiende la idea de que es más eficiente redistribuir la renta mediante el sistema fiscal —a través del impuesto personal sobre la renta— que mediante el sistema legal. El argumento principal de este trabajo es que, si se adopta la decisión de redistribuir la renta y, para ello, cabe optar entre una norma legal ineficiente que favorezca a los grupos de ingresos más bajos y una norma legal eficiente acompañada de un impuesto sobre la renta personal, esta segunda opción es superior, ya que genera menos distorsiones y beneficia así al conjunto de la sociedad. Es cierto que las intervenciones dirigidas a reducir la desigualdad mediante impuestos progresivos y gasto público redistributivo producen también distorsiones y que, en la práctica, pueden tener efectos no buscados —e inesperados— no solo sobre la eficiencia, sino también sobre la distribución. Pero la tesis dominante en el AED a partir del artículo de Kaplow y Shavell ha sido que las políticas dirigidas a reducir la desigualdad, además de generar estos mismos efectos, son causa de distorsiones específicas en cada uno de los mercados en los que inciden, generando costes de eficiencia significativamente mayores.

El artículo ha recibido diversas críticas (Sanchirico, 2000; De Geest, 2013; Dimick, 2016) que han defendido la idea de que redistribuir renta mediante reformas legales no tiene por qué ser más ineficiente que hacerlo por la vía fiscal y que ambos tipos de medidas no son contradictorios y podrían aplicarse de forma conjunta. Una de las ideas que han planteado —y sobre la que volveremos más adelante— es que existen normas que permiten estrategias de búsqueda de rentas a determinados grupos, que contribuyen a incrementar la desigualdad en la sociedad. El argumento es sólido y relevante, sin duda. Pero no parece que afecte a lo sustancial de la argumentación de Kaplow y Shavell. Lo que estos analizaban en su artículo eran los efectos de aquellas normas legales cuyo objetivo fuera transferir rentas de los grupos de ingresos altos a los de ingresos bajos; por ejemplo, un cambio en las normas que regulan el derecho de daños. Pero esto no excluye, desde luego, el hecho de que pueda haber normas que, además de generar costes de ineficiencia al regular un determinado mercado, tengan, además, el efecto de generar una redistribución de la renta negativa para los grupos de renta más baja.

#### 4. Normas legales Robin Hood y normas legales Hood Robin

Obtener conclusiones con carácter general en un estudio sobre los efectos que, en la desigualdad en la distribución, puede tener una reforma legal no es fácil, ya que nos enfrentamos a casos muy diversos. Es posible centrarse en un solo tipo de normas y estimar los efectos potenciales de su reforma. O analizar un catálogo amplio de normas que tengan un resultado determinado en la distribución, por ejemplo las que reducen la desigualdad. Y cabe también ordenar las normas jurídicas en función de la rama del derecho en la que se encuadran, haciendo un análisis sistemático de cada una de ellas, lo que llevaría a un trabajo mucho más extenso, que superaría ampliamente la extensión de un artículo de revista. El método seguido en este trabajo es el siguiente. Se inicia el análisis con algunas

normas que, *prima facie*, tienen como uno de sus objetivos reducir la desigualdad. A continuación, se hace referencia a una muestra de regulaciones con respecto a las cuales existe una opinión generalizada que tienen como efecto una distribución más desigual. En el siguiente apartado se comentan algunas normas que, en la literatura, han sido consideradas como de resultado dudoso en sus efectos sobre la desigualdad. Y se concluye con el estudio de diversos casos en los que se han planteado reformas —mediante cambios legales o jurisprudenciales— que, en principio deberían reducir la desigualdad y, sin embargo, el análisis económico plantea serias dudas sobre tales resultados, como hace también la evidencia histórica disponible.

Toda norma legal tiene, como se ha indicado anteriormente, efectos sobre la distribución de la renta, pero tales efectos pueden incidir en una mayor igualdad o, por el contrario, en una mayor desigualdad en dicha distribución. En el primer caso, contribuirían a la acción de lo que se ha denominado el Estado Robin Hood; en el segundo, el Estado actuaría, más bien, como un Hood Robin, redistribuyendo en favor de los grupos de renta alta. Entre aquellas que, *prima facie*, están orientadas a conseguir una mayor igualdad destacan, sin duda, las que limitan el principio de la libertad de contrato con el objetivo de beneficiar a una de las partes. En este grupo hay que incluir, en primer lugar, la mayor parte de las normas que regulan el mercado de trabajo, por lo que tienen efectos muy amplios en la economía. Pero con objetivos similares se regulan también otros sectores como el inmobiliario —en especial los arrendamientos de vivienda— y —en menor grado— numerosos contratos de prestación de servicios y de compraventa de bienes de consumo<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Que una norma tenga resultados que reduzcan la desigualdad no implica, sin embargo, que este sea su objetivo principal. Pensemos, por ejemplo, en una norma que intente elevar las tasas de fecundidad en un país, ayudando a las familias con hijos, sea mediante subsidios o mediante otras ventajas. El objetivo de esta norma no es, en principio, reducir la desigualdad; pero, en la mayor parte de los casos, lo hará, ya que es razonable pensar que la renta per cápita de una familia con hijos, en condiciones de *ceteris paribus* es menor que la de otra en la que no haya niños.

En el período que transcurrió entre la aprobación del Código de Napoleón y la Primera Guerra Mundial, la libertad de contrato fue la doctrina fundamental del derecho privado tanto en los sistemas del *common law* como en los de derecho continental; y, en cambio, el principio de igualdad desempeñó un papel de muy poca importancia. En la sentencia que resolvió el caso *Coppage v. Kansas* (1915) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos recogió esta forma de entender el derecho al afirmar que «allí donde el derecho de propiedad exista, debe haber y habrá desigualdades de fortuna»; y añadió que «es evidente que algunas personas deben tener más propiedades que otras... (ya que) es imposible mantener el principio de libertad de contrato y el derecho a la propiedad privada sin reconocer, al mismo tiempo, como legítimas las desigualdades de fortuna, que son el resultado necesario del ejercicio de tales derechos». Y, en el desarrollo de la legislación de los Estados Unidos a lo largo del siglo XIX, determinadas normas, cuyo efecto fue, sin duda, favorable a los intereses de los trabajadores y a una mayor igualdad en la distribución de la renta, fueron aprobadas no por este motivo, sino por otras razones, como la protección de la salud, por ejemplo<sup>5</sup>.

Y, en lo que al principio de libertad de contrato hace referencia, no fueron muy diferentes los principios que inspiraron la codificación civil en la Europa continental; e incluso un código relativamente tardío como el español basa la relaciones contractuales —incluidas las laborales, con muy pocas excepciones— en el principio de libertad de contrato. Esto no significa que no hubiera voces discrepantes desde el principio del siglo XX. Es bien conocida la frase de O. W. Holmes de acuerdo con la cual la décimo cuarta enmienda no convierte en ley la Estática Social de Herbert Spencer

<sup>5</sup> Este es uno de los fundamentos de la sentencia en otro caso importante, *Lochner v. New York* (1905) en el que el Tribunal Supremo consideró contraria a la constitución de los Estados Unidos una norma que establecía límites al horario de trabajo en el sector de panaderías y pastelerías porque violaba el principio de libertad de contrato establecido en la décimo cuarta enmienda y no lo hacía por motivos de salubridad —lo que habría sido aceptable— sino por «otros motivos» no merecedores del amparo del tribunal.

(Holmes, 1905-1992, p.306)<sup>6</sup>. Y, en la misma época R. Pound afirmaba que el principio de libertad de contrato atribuye una «falsa impresión de igualdad» entre las partes en sus relaciones contractuales (Pound, 1909). Y estas ideas se irían imponiendo con el paso del tiempo, afirmándose el principio de que es función del derecho corregir la desigualdad entre las partes en la contratación. Y tal idea es la que ha inspirado el desarrollo de la legislación laboral de muchos países, España entre otros, al considerar el derecho del trabajo como un «derecho tuitivo», al que se aparta de los principios básicos de la contratación civil<sup>7</sup>. Cuestión diferente es el efecto real que este tipo de normas puede tener en la desigualdad en la distribución de la renta, tema que se abordará en un apartado posterior.

En el lado contrario, entre las normas que, *prima facie*, contribuirían a una más desigual distribución de la renta estarían aquellas que otorgan privilegios a determinados oferentes de bienes y servicios en perjuicio de los consumidores. En este grupo se encontrarían, en primer lugar, las normas que restringen la competencia en el interior de un determinado país. Es decir, todas aquellas que reportan beneficios a grupos específicos y crean barreras de entrada a la competencia, por lo general limitando artificialmente la oferta. Normas que, *de facto*, permiten mantener posiciones monopolísticas o cuasi monopolísticas o que crean barreras de entrada al ejercicio de numerosas profesiones —o a la forma de

ejercer la actividad profesional por parte de quienes las han superado— serían casos significativos. Un ejemplo reciente de este tipo de normas es la regulación de las licencias de los Vehículos de Turismo con Conductor (VTC). La legislación española es muy restrictiva en este sector; y la razón principal es la protección del sector del taxi, cuyos ingresos podrían reducirse como consecuencia de una mayor competencia. Podemos, de hecho, calcular el valor de la renta de monopolio de los taxistas por el precio de las licencias, que refleja el valor de la suma de los ingresos anuales, por encima de la rentabilidad de un mercado competitivo, que puede obtener a lo largo del período de disfrute quien la ha adquirido, una vez aplicada la correspondiente tasa de descuento temporal. No cabe duda de que uno de los efectos de estas normas restrictivas es transferir rentas de los consumidores a los productores, ya que una menor competencia supone mayores precios y peor calidad del servicio.

Cuando se plantean restricciones a la libre competencia se suele utilizar el argumento de que, en determinadas condiciones —por ejemplo, si existe información asimétrica— tales restricciones son necesarias para garantizar la calidad del producto o del servicio ofrecido. Pensemos en el caso del establecimiento de barreras de entrada al acceso a determinadas profesiones o actividades de otro tipo. Pero el ejemplo anteriormente citado tiene la peculiaridad de que en él la reducción de la desigualdad —mediante la protección al competidor considerado más débil (el trabajador autónomo) frente a las multinacionales— se presenta como un objetivo que se puede conseguir con la reducción de la competencia. Y en la misma línea se podrían mencionar numerosas normas discriminatorias contra las grandes superficies comerciales, vigentes en algunas comunidades autónomas, que fueron aprobadas con el argumento de que defienden la competencia, cuando, en realidad, la limitan y perjudican a los consumidores.

Otro caso relevante es el de las normas que establecen contingentes de importación, aranceles o barreras no arancelarias, que suponen también una

<sup>6</sup> La frase se encuentra en su voto disidente a la sentencia del caso *Lochner v. New York*.

<sup>7</sup> El tema, sin embargo, sigue abierto a debate. Por citar un ejemplo relevante de la literatura del análisis económico del derecho, cabe mencionar la posición de R. Epstein, quien considera inaceptable la utilización de la desigualdad del poder de negociación como argumento para el legislador, ya que tendría consecuencias muy graves para el sistema jurídico. «La utilización de la idea de “desigualdad de poder de negociación” para eliminar el derecho a contratar libremente significa sancionar una intervención legislativa sin límites, ya que prácticamente en todos los casos existen diferencias de riqueza tanto entre personas físicas como entre personas jurídicas. La idea de que las desigualdades de riqueza socavan la capacidad de elección en la contratación suprime el principio de libertad de contrato bajo la forma de una excepción». Y concluye, que acudir de forma sistemática a este principio de la desigualdad en el poder de negociación acaba siendo incoherente con cualquier sistema de propiedad privada (Epstein, 1985, pp. 252-253).

transferencia de rentas de los consumidores a los productores. En el largo debate de los dos últimos siglos sobre el proteccionismo y el comercio internacional libre, la distribución de la renta ha desempeñado, en diversas ocasiones, un papel muy relevante. Así ocurrió, ciertamente, en el debate sobre las leyes de cereales inglesas que culminó en la reforma de 1846 que significó, en la práctica, el establecimiento del librecambio unilateral en Gran Bretaña. Como en su día señaló el profesor Gramp (1960), en la larga campaña por la abolición de las leyes de cereales el papel desempeñado por los economistas clásicos fue muy limitado, aunque Smith —y sobre todo Ricardo— hubieran ofrecido muchos años antes una argumentación muy sólida en favor del comercio libre de cereales. Y fueron otros factores los determinantes de la reforma, entre ellos la idea de que los aranceles significaban menores ingresos reales para los trabajadores británicos y transferencias de renta en favor de los terratenientes, es decir, la clase alta, en buena parte aristocrática. Y esta idea se mantuvo firme aún mucho tiempo; por ejemplo, cuando en los primeros años del siglo XX, se planteó restringir el comercio libre mediante las denominadas preferencias imperiales, la mayor parte de los economistas se opusieron frontalmente al proyecto alegando, entre otras cosas, el coste que tendría para los trabajadores.

El efecto esperable de una distribución de la renta menos igualitaria tiene, en esencia, la misma lógica en los dos tipos de normas. El resultado de una práctica monopolística y de un arancel de aduanas es similar, ya que en ambos casos se produce una reducción de la oferta y un aumento del precio del bien o servicio en cuestión, que beneficia a quien lo vende, pero perjudica a quien compra al producirse una reducción del excedente del consumidor. Pero ¿qué se podría decir del debate que tiene lugar en los momentos actuales en los que se considera —con argumentos sólidos— que la globalización es uno de los factores que ha influido de forma significativa en el aumento de las tasas de desigualdad en los países más avanzados, esencialmente en los Estados Unidos. Tal resultado es coherente,

sin duda, con el teorema de igualación de precios de los factores de producción que predice que, al abrirse dos países al comercio libre, las diferencias que previamente existían entre las remuneraciones del capital —en uno y otro país— y las remuneraciones del trabajo —en uno y otro país— tienden a reducirse. ¿Cabe argumentar, por tanto, que, en contra de lo que los economistas han defendido de forma sostenida durante dos siglos, una subida de los aranceles de aduanas podría llevar a una reducción de la desigualdad en la distribución de la renta? Dejando a un lado los efectos que tal medida tendría en la eficiencia y, sobre todo, en los productores nacionales que utilizan como materias primas o bienes intermedios los productos sometidos a protección —que no serían irrelevantes ciertamente— tal argumento nos exigiría medir la evolución de la desigualdad en dos ámbitos diferentes. Por una parte, es evidente que, de acuerdo con lo que predice el teorema, los salarios de dos trabajadores —supongamos de baja cualificación— residentes uno en los EE UU y otro en China están hoy mucho más cerca de lo que estaban hace solo algunos años. Es decir, la desigualdad en la distribución de la renta se ha reducido de forma significativa a escala internacional. Pero esto no implica que la desigualdad en la distribución se haya reducido en los Estados Unidos, fenómeno que no ha tenido lugar; y el comercio puede haber influido en un deterioro de la posición relativa de los trabajadores de los sectores más abiertos a la competencia. En este sentido, Autor, Dorn y Hanson (2013) concluyen que el fuerte crecimiento del comercio exterior de los Estados Unidos con China entre 1990 y 2007 elevó el nivel de paro y redujo los salarios en los sectores de la economía norteamericana que producían bienes que competían con las importaciones chinas.

Un tercer ejemplo de normas que elevan el nivel de desigualdad es el de las leyes que discriminan a determinados grupos por razones de su raza o sexo. La supresión de este tipo de normas debería también ser objeto de la política legislativa, y esto contribuiría no solo a incrementar la eficiencia, sino también a reducir la desigualdad, ya que es razonable pensar que los grupos

afectados negativamente por la discriminación son, en promedio, más pobres que los otros. Si los datos nos indican que la renta media de los no blancos o de las mujeres es inferior a la de los blancos y a la de los hombres, mantener estas normas haría más difícil, sin duda, reducir el nivel de desigualdad<sup>8</sup>. Pero es interesante señalar que pueden darse casos en los que determinados grupos que solicitan mayor regulación por considerar que están negociando en condiciones de desigualdad, defiendan, en la práctica, la existencia de este tipo de normas discriminatorias. Como demostró en su día W. Hutt (Hutt, 1964), en la estrategia de los sindicatos de trabajadores blancos, en Sudáfrica, estaba mantener la discriminación de los empleados negros, lo que les permitía controlar la oferta en sus respectivos sectores y elevar sus ingresos. Y casos similares pueden encontrarse en Europa con respecto a la exclusión de mujeres de determinadas actividades y la exigencia de salarios más elevados para los hombres. No son, en efecto, los empresarios sino grupos de trabajadores específicos los que, por lo general, se benefician de la discriminación por raza o sexo allí donde existe.

## 5. Normas de efecto dudoso sobre la desigualdad

Junto a estos dos grupos de disposiciones legales, existen otras, en diversos campos del derecho, con respecto a las cuales resulta muy difícil afirmar, *prima facie*, si afectan a la distribución en el sentido de lograr una mayor o una menor igualdad. Tomemos como ejemplo dos tipos de normas diferentes, pero ambas muy importantes, para la economía: el derecho de daños y la regulación urbanística.

En lo que se refiere al derecho de daños, un caso ampliamente discutido en la literatura es el efecto que puede tener sobre la distribución la elección de la regla

de responsabilidad civil. Un resultado bien conocido del AED es que tanto la regla de responsabilidad objetiva como la de responsabilidad por culpa pueden generar un nivel óptimo de precaución<sup>9</sup>. Con la primera regla, los causantes potenciales de daños, al soportar en todo caso el coste de la totalidad de los perjuicios causados, adoptarán las precauciones óptimas, lo que significará la minimización de los costes sociales totales<sup>10</sup>. Y bajo la regla de responsabilidad por culpa el resultado será similar si la ley y los tribunales fijan un nivel óptimo de cuidado para evitar el daño. Ahora bien, esta determinación del nivel de cuidado puede tener efectos sobre la distribución de la renta. M. Horwitz, un destacado representante de la corriente de *critical legal studies*, ha defendido la tesis de que la jurisprudencia en derecho de daños en los Estados Unidos, a lo largo del siglo XIX, fue sustituyendo paulatinamente la regla de responsabilidad objetiva, que era característica del *common law* por la regla de negligencia. Y que esto habría tenido efectos importantes en el desarrollo de determinadas actividades industriales y de nuevos sistemas de transporte —básicamente los ferrocarriles—, transfiriendo rentas en beneficio de los propietarios de las empresas de estos sectores. De este modo, los costes del proceso de industrialización habrían pasado a ser soportados, al menos parcialmente, por terceros (Horwitz, 1977-1992)<sup>11</sup>.

En las últimas décadas, sin embargo, ha tenido lugar una clara extensión de la regla de responsabilidad objetiva en numerosos sectores económicos. ¿Qué

<sup>9</sup> La regla de responsabilidad objetiva —o estricta— supone que quien ha causado un daño debe compensar en todo caso a la víctima; la regla de responsabilidad por culpa —o negligencia— establece, en cambio, que quien causa el daño solo se verá obligado a indemnizar si en su acción hubo culpa o negligencia.

<sup>10</sup> El nivel óptimo de precaución no es el que genera menor número de accidentes, sino el que minimiza el coste social de los accidentes.

<sup>11</sup> En Europa, la reglamentación administrativa del establecimiento de industrias y ferrocarriles actuó con unos objetivos similares a los de los tribunales norteamericanos, tratando de favorecer la industrialización, la construcción y explotación de ferrocarriles. Y son numerosas, en disposiciones legales del siglo XIX, las referencias a la oposición de los grupos más conservadores al progreso industrial en muchas zonas de España. Para el legislador del siglo XIX la industria y los ferrocarriles supondrían, por tanto, un paso hacia una mayor igualdad en la distribución.

<sup>8</sup> Es importante señalar que el hecho de que estas normas sean ineficientes no implica que las leyes que defienden acciones positivas antidiscriminación —estableciendo cuotas para determinados grupos, por ejemplo— eleven la eficiencia de una economía.

evidencia tenemos de los efectos que tal cambio puede haber tenido en la distribución de la renta hacia una mayor igualdad? Favorable, en principio, en cuanto ha mejorado la posición de los consumidores frente a los productores; y es razonable suponer que la renta media de aquellos es inferior a la de estos. Pero no es difícil darse cuenta de que dicha extensión de responsabilidad puede, en ciertos casos, llegar a ser perjudicial para los clientes a quienes se intenta ayudar. Pensemos en la aplicación de esta regla al caso de daños sufridos por un paciente en un tratamiento médico. Los efectos de tal medida contrarios a los intereses del cliente serían, al menos dos. El primero, la extensión de la denominada «medicina defensiva» y de la «medicina de omisión», que podrían reducir la petición de indemnizaciones por daños a los médicos, pero que podrían tener el efecto de ofrecer tratamientos inferiores para el paciente, si son de menor riesgo para el médico. Y el segundo, un aumento del coste del tratamiento debido al mayor precio del seguro de responsabilidad civil, que se trasladará, al menos parcialmente, al cliente.

Cabe también mencionar determinadas reformas legales en el derecho de daños que han sido consideradas contrarias al objetivo de lograr una mayor igualdad en la distribución de la renta. Un caso citado con frecuencia en la literatura reciente es el establecimiento de un límite en el cálculo de daños punitivos cuando el demandado —una gran empresa, en muchos casos, en especial en procedimientos de acciones de clase— es condenada al pago de este tipo de indemnización<sup>12</sup>. En 2003, en *State Farm v. Campbell*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos puso límites a las elevadísimas indemnizaciones por daños punitivos que los jurados civiles estaban fijando con frecuencia, especialmente en el caso de grandes

empresas. En *State Farm* la cuantía de daños punitivos establecida inicialmente por un jurado de Utah —y aceptada por el Tribunal Supremo de aquel Estado— era 145 veces superior a la cantidad fijada en concepto de daños compensatorios. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró que tal cuantía no era ni razonable ni proporcional al daño causado por el recurrente. Y —lo más importante— estableció, como regla general, que en muy pocos casos podría aceptarse una indemnización por daños punitivos que fuera más de nueve veces superior a los daños compensatorios. El tema tiene una clara conexión con el problema de la distribución de la renta y la desigualdad, ya que los jurados norteamericanos, en casos civiles, venían utilizando con excesiva frecuencia la institución de los daños punitivos para redistribuir la renta en contra de las grandes empresas a las que se condenaba. La lógica económica de esta institución jurídica es la creación de desincentivos a conductas socialmente indeseables, en aquellos casos en los que los daños compensatorios no fueran suficientes para lograr tal objetivo; no el castigo a las grandes empresas ni transferir por esta vía rentas a los consumidores. No es necesario insistir en la gran relevancia económica de este tipo de sentencias que condenaron a algunas grandes empresas —el caso de las tabaqueras es seguramente el más conocido— a pagar indemnizaciones de miles de millones de dólares.

La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido interpretada desde algunos ámbitos de la izquierda norteamericana como un obstáculo a los derechos de los consumidores, que favorecería a las grandes empresas. Un ejemplo de este enfoque es McCluskey (2008), quien llega a afirmar que esta sentencia muestra que, para el Tribunal Supremo, es «normal y natural» que los propietarios de capital actúen en forma colectiva para obtener beneficios a costa de quienes no tienen riqueza; y considera, en cambio, «injustos» los esfuerzos colectivos para proteger los intereses de estos. Para la mayor parte de los juristas y los economistas la interpretación de esta

<sup>12</sup> Los «daños punitivos» son indemnizaciones que se obliga a pagar, por encima de la cantidad destinada a compensar el daño causado, a aquellos demandados que, además de generar a alguien un perjuicio, han tenido una conducta especialmente reprochable; y a los que no se disuadiría de incurrir en tales conductas con un pago de daños meramente compensatorios.

sentencia en términos de lucha de clases resulta, sin embargo, bastante extraña; y sorprende aún más si se considera que dos de los jueces que votaron en contra de la opinión mayoritaria fueron Antonin Scalia y Clarence Thomas, considerados como miembros del grupo «conservador» del tribunal. Pero el objetivo de esta literatura no es, ciertamente, una valoración ponderada de la jurisprudencia<sup>13</sup>.

Otro campo de análisis interesante lo encontramos en la regulación urbanística. Se trata, en este caso de que el Estado intervenga para solucionar fallos de mercado —o lo que el Gobierno considera tales— y elevar el bienestar del conjunto de la sociedad. En toda regulación urbanística hay ganadores y perdedores y no resulta claro si, en cada caso concreto, los beneficiados tienen rentas más altas o más bajas que los perjudicados y, por tanto, si la norma genera igualdad o desigualdad. Supongamos el caso de una expropiación de suelo realizada con la Administración con fines de interés social. Cabe argumentar que tal acción genera una distribución de la renta más igualitaria. Pero puede ocurrir también que la expropiación se lleve a cabo para que sea una entidad privada que promueva una actuación urbanística y que pague por el suelo un precio muy inferior al resultante tras el proceso de urbanización, aun tomando en consideración los gastos que este exija. En este caso, la expropiación puede beneficiar claramente a algunas personas de renta alta y perjudicar a otras de renta baja.

O pensemos en normas que limitan el uso sin que exista expropiación en sentido estricto. Un primer ejemplo podría ser una regulación que impide construir cerca de una playa. La norma puede beneficiar a multitud de personas que acuden a la zona. Pero perjudica a los propietarios de los terrenos cercanos. Si suponemos que los propietarios son ricos, la norma actuaría en favor de una mayor igualdad. Pero podría ocurrir que se tratara de gente de muy pocos recursos económicos, inferiores a los de los potenciales usuarios de la playa.

En este caso la norma podría acentuar la desigualdad. Un segundo ejemplo sería una regulación que estableciera que en una determinada zona de viviendas unifamiliares de lujo fuera necesario un número elevado de metros cuadrados por parcela para poder construir una casa. ¿Quiénes son los beneficiados? La posición de quienes son ya dueños de viviendas no es clara. Por una parte, pueden obtener ventajas del hecho de que se construya menos en la zona; pero, por otra parte, el valor de sus parcelas sería mayor si pudieran, por ejemplo, construir una segunda casa en su terreno. En realidad, el beneficio va a depender de las preferencias de cada uno; y siempre cabe la posibilidad de que un propietario venda su finca y se traslade a otra zona con una regulación más estricta (aunque los costes de transacción podrían ser elevados); y si suponemos un nivel de renta similar en todos los propietarios antiguos, no parece que vaya a haber una redistribución de la renta en función del nivel de riqueza. Pero podrían verse perjudicadas aquellas personas de renta más baja que no pueden acceder a la compra de una parcela grande y sí podrían adquirir una más pequeña.

## 6. Efectos no buscados y equilibrios de mercado

Hasta aquí hemos intentado clasificar las normas en función de sus efectos en favor o en contra de una mayor igualdad en la distribución; y se ha observado que el número de casos dudosos es elevado y que, con frecuencia, resulta muy difícil determinar *a priori* los efectos distributivos de muchas leyes. En este apartado se da un paso más en esta línea y se analizan los posibles efectos no buscados sobre la distribución de aquellas normas que, *prima facie*, suele considerarse que contribuyen a reducir la desigualdad.

El primero de los casos mencionados era la regulación de los arrendamientos de viviendas mediante control de rentas y otras medidas contrarias al principio de libertad de contrato. El principal problema de este tipo de medidas es, sin duda, que el legislador parece presuponer que la oferta de viviendas en alquiler es estable y no va a

<sup>13</sup> En el mismo sentido de McCluskey, Cohen (2020).

cambiar como consecuencia de una reforma legal, aunque esta perjudique de forma evidente a los propietarios. Lo que una larga experiencia histórica muestra es, sin embargo, que la oferta puede ser muy sensible a cambios en la regulación. Ante unas normas legales que limiten de manera sustancial el principio de libertad de contrato para favorecer a los inquilinos, quienes tengan pisos que podrían poner en alquiler lo pensarán dos veces antes de hacerlo y —si finalmente deciden entrar en el mercado— pedirán rentas más altas y mayores garantías a sus potenciales inquilinos. Esto tendrá como efecto que a las personas de menores ingresos y a las que no puedan conseguir los avales requeridos, les resultará más difícil encontrar una casa en alquiler. Es decir, la regulación puede tener efectos negativos para la igualdad. El grave problema de la vivienda que experimentó España durante muchos años tras la Guerra Civil es un buen ejemplo de lo que ocurre cuando se interviene de forma radical el mercado de la vivienda. La regulación buscaba, sin duda, redistribuir la renta en favor de los inquilinos; y no cabe duda de que lo consiguió. Pero, junto a sus efectos distributivos, aquellas normas tuvieron unos efectos muy negativos en la asignación de recursos, que hicieron que, durante décadas, conseguir una vivienda en buena parte de España fuera extraordinariamente difícil para los grupos de renta más baja<sup>14</sup>.

Para analizar los efectos sobre la desigualdad de las leyes laborales que reducen la libertad de contratación para favorecer a la parte considerada más débil en el acuerdo, tomemos en consideración dos tipos de normas que suelen presentarse como casos claros en los

que el empleado se ve favorecido por su existencia y, por tanto, se presume que reducen la desigualdad: las que fijan indemnizaciones por despido con carácter obligatorio y las que establecen salarios mínimos. Nadie duda de que una persona que ganaba, por ejemplo, un salario de 850 euros al mes está mejor si cambia la ley y, conservando su empleo, pasa a cobrar un salario mínimo de 950 euros. O de que una indemnización por despido a un trabajador concreto mejora su posición en términos de distribución de la renta. Pero esto no implica que unos salarios mínimos más altos y unas indemnizaciones por despido obligatorias más generosas reduzcan la desigualdad en el conjunto de la sociedad.

La causa está en los efectos no buscados de ese tipo de normas, que pueden afectar muy negativamente al nivel de empleo. Desde el Banco Mundial —y desde *Doing Business* en concreto— se ha trabajado en los últimos años en el análisis de los efectos de la regulación del mercado de trabajo en la desigualdad (por todos, Tjong y Schmillen, 2019). Los resultados de sus estudios no son concluyentes para el 100 % de los casos; pero sí claramente indicativos de los efectos de este tipo de normas. En lo que se refiere a las indemnizaciones por despido, concluyen que, en la mayor parte de las regiones del mundo se encuentra una correlación positiva entre el coste de las indemnizaciones por despido y la desigualdad. Y en lo que a los salarios mínimos concierne, los datos indican que la subida del salario mínimo en un país tiende a elevar el nivel de desigualdad, salvo en casos de salarios mínimos muy bajos.

Este resultado no es sorprendente, dado el efecto que tales medidas regulatorias pueden tener sobre el nivel de empleo<sup>15</sup>. Y se ven confirmados por estudios referidos a la economía española. Por ejemplo,

<sup>14</sup> Los efectos sobre la economía —y sobre la distribución— de las normas regulatorias del mercado de arrendamientos urbanos tienen, sin duda, implicaciones que van más allá del sector y afectan al conjunto de la actividad económica, dado que la escasez o abundancia de viviendas tiene efectos sobre la movilidad de la mano de obra. Ganong y Shoag (2017), por ejemplo, han analizado la convergencia de renta en los Estados que forman los Estados Unidos de América y han mostrado que, tanto la convergencia como los flujos de población a las zonas de mayor renta, se han reducido de forma sistemática en los últimos 30 años; y plantean la hipótesis de que tal reducción puede explicarse por las fuertes alzas de precios que experimentaron las zonas de renta más elevada, lo que habría desincentivado la inmigración de trabajadores de bajo nivel de capital humano y frenado la convergencia de renta.

<sup>15</sup> Para una amplia revisión de la literatura sobre los efectos del salario mínimo en los Estados Unidos, véase Belman y Wolfson (2014). Su conclusión coincide en buena medida con este resultado, ya que afirman que pequeños aumentos de salario mínimo que afecten a los trabajadores en los niveles más bajos de renta tienen un efecto reducido en la demanda de trabajo. Pero que subidas más elevadas podrían haber tenido efectos más significativos en el nivel de empleo; si bien apuntan que la evidencia empírica no es concluyente.

Doménech (2016), al analizar el crecimiento del índice de Gini de desigualdad en España a partir del año 2008, concluye que el 80 % de tal crecimiento se explica por el fuerte aumento del paro que se registró en España como consecuencia de la crisis económica. En resumen, medidas redistribuidoras, que intentan elevar el nivel de vida de los grupos de renta más baja, acaban teniendo con frecuencia efectos negativos sobre la desigualdad, al reducir el empleo.

Como último caso de análisis podemos considerar algunos supuestos en los cuales la ley —o la interpretación de la ley por los tribunales de justicia— pueden tener como efecto aparente una redistribución de la renta en el sentido de lograr un mayor grado de igualdad; pero que, en la práctica no consiguen tal objetivo por el propio ajuste que realizan los agentes en el mercado como reacción a los nuevos incentivos creados por la ley o la jurisprudencia. Son muchos los casos que podrían mencionarse; pero veamos dos, ambos relacionados con el mercado inmobiliario. El primero es el de la denominada «dación en pago»; es decir, la posibilidad de que, en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, el prestatario pueda saldar la totalidad de su deuda con la puesta a disposición del prestamista —por lo general una entidad financiera— del bien que sirve de garantía.

Con motivo de la crisis de 2008 hubo propuestas de que la cláusula de dación en pago fuera obligatoria en todos los contratos de préstamo hipotecario<sup>16</sup>. La razón era que mucha gente, al verse deteriorada su situación económica, no podía atender los pagos de su préstamo hipotecario; y se había encontrado, además, con la circunstancia de que, al haber caído de forma significativa el valor de los inmuebles, su deuda había pasado a ser superior al valor del bien de garantía. Es decir, si entregaba al banco el inmueble para pago de su deuda, esta se reducía, pero no se cancelaba. Uno de los objetivos de la propuesta era

claramente redistributivo. En estos casos —se argumentaba— la cancelación de la deuda favorecería a la gente de menor renta y quien soportaría la carga serían básicamente los bancos.

¿Es razonable pensar que se habría producido este efecto si la reforma hubiera sido aprobada? La respuesta depende de la forma en la que se hubiera redactado su texto. Si se hubiera establecido que debería aplicarse con efectos retroactivos —que era, en esencia, lo que defendían la mayor parte de los defensores de la propuesta— la ley habría tenido claramente efectos redistributivos al transferir rentas de los prestamistas a los prestatarios. Pero esto no tendría por qué ocurrir si la ley se aplicara solo a los préstamos hipotecarios contratados a partir de su entrada en vigor, ya que la norma tendría efectos no buscados fácilmente previsibles. Tal reforma supondría un aumento del riesgo de impago —al menos con carácter parcial. Por ello, los bancos reaccionarían bien elevando los tipos de interés para compensar el mayor riesgo soportado; bien reduciendo la ratio préstamo/valor estimado del inmueble. Lo más probable es que prevaleciera esta segunda estrategia; y es interesante señalar que, si lo que se deseara fuera reducir la ratio préstamo/valor del bien de garantía, —por considerar, seguramente con razón, que los bancos se excedieron en su día en la cuantía de sus préstamos— la reforma contribuiría a que los bancos optaran por una estrategia bancaria más solvente. Pero también hay que tener presente que haría más difícil el acceso a una vivienda a mucha gente, en especial a personas de renta baja. Los efectos de la norma podrían ser, por tanto, negativos para el logro de una mayor igualdad.

El segundo caso se refiere a los recientes debates sobre quién debe soportar los costes —gastos e impuestos— que exige la formalización de un préstamo con garantía hipotecaria. Tras una larga práctica, acompañada por una jurisprudencia sostenida de nuestro Tribunal Supremo, que establecía que, en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria,

<sup>16</sup> La Ley Hipotecaria ya contemplaba la posibilidad de introducir cláusulas de este tipo con carácter voluntario.

era el cliente quien soportaba los gastos de notaría y registro y pagaba el impuesto de actos jurídicos documentados, la sección segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo determinó, en una sentencia del mes de octubre de 2018, que, cuando se firma una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es la entidad de crédito y no el prestatario. Tal sentencia fue interpretada por la opinión pública como una victoria de la gente de la calle frente al poder financiero, siendo por tanto una medida redistribuidora de la renta en favor de una mayor igualdad. La sentencia se basaba, sin embargo, en un argumento muy defectuoso desde el punto de vista del análisis económico. Afirma la sentencia: «...no nos cabe la menor duda de que el beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él (y solo él) está legitimado para ejercer las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él le interesa la inscripción de la hipoteca... pues esta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad»<sup>17</sup>.

Tal argumento refleja, sin embargo, que los jueces que dictaron esta sentencia no entendieron el sentido económico de un préstamo con garantía hipotecaria. Es evidente que la hipoteca ofrece al acreedor unas ventajas superiores a las que tendría con otro tipo de préstamos; por ejemplo, un préstamo personal sin garantía real. Y en un análisis superficial cabe afirmar, en efecto, que el beneficiario de las garantías que ofrece una hipoteca es el prestamista. Pero el tema es más complejo y el Tribunal Supremo no consideró que, además de los beneficios que ofrece al prestamista, la hipoteca supone también ventajas para el prestatario; la más importante de las cuales es un tipo de interés significativamente más bajo que el que tendría que pagar si la garantía real no existiera. Y este menor tipo

de interés se justifica por el menor riesgo que asume el prestamista al contar con la garantía hipotecaria. Por lo tanto, es cierto que el banco se beneficia de la firma de la escritura pública y de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero también se beneficia el cliente, porque, gracias a ello, obtiene un préstamo en mejores condiciones. Es un error, por tanto, argumentar que la hipoteca beneficia exclusivamente al prestamista.

Con posterioridad, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo rectificó a su sección segunda; y, poco después, el año 2019 se reformó la Ley Hipotecaria traspasando de nuevo a las entidades financieras la mayor parte de los gastos. Y esto volvió a interpretarse como un paso hacia una redistribución de la renta en favor de los clientes de la banca y, por tanto, de una mayor igualdad. Pero lo que predice el análisis económico es que estos cambios van a tener, en la práctica, un efecto muy limitado en lo que a la distribución hace referencia. El cambio de doctrina que intentó establecer la sección segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo habría sido relevante en términos de distribución si hubiera tenido efectos retroactivos y afectado a aquellos prestatarios que ya habían pagado el impuesto de actos jurídicos documentados. Pero no cabe duda de que, una vez aprobada la nueva norma, el mercado se ajustará en el futuro a las nuevas condiciones y es razonable esperar que los costes totales que deba pagar quien solicite un préstamo hipotecario, de aquí en adelante, no se vean afectados por el hecho de que no sea sujeto pasivo del impuesto o no pague los gastos de notaría y registro. La razón es que, si el banco debe asumir estos costes, elevará las comisiones o el tipo de interés que cargue al cliente. Al final, lo que este pague no se verá influenciado tanto por la atribución formal de tales costes como por la situación del mercado financiero en cada momento y por la competencia entre las entidades de crédito, que será la que determine las condiciones que, en cada caso, los bancos ofrezcan a sus clientes. La ley y la jurisprudencia establecen las

<sup>17</sup> STS 1505/2018.

normas y las interpretan; pero es el mercado el que, tomando todos los factores en consideración, establece los precios.

## 7. A manera de conclusión

El resultado básico del anterior apartado no resulta especialmente original ya que es bien conocido en análisis económico que la atribución formal de la carga de un impuesto —o de un coste de otro tipo— a una de las partes de un acuerdo contractual no implica que sea esta la que finalmente soporte dicha carga, al menos en su totalidad. Pero, sorprendentemente, tanto el legislador como los tribunales parecen creer, con excesiva frecuencia, que los cambios que introducen en las normas jurídicas no van a generar una reacción por parte de quienes se consideran perjudicados por la reforma. La consecuencia es que resulta muy difícil determinar *a priori* cuáles pueden ser efectos de numerosas reformas legales.

El argumento de Kaplow y Shavell del doble efecto negativo de una norma ineficiente, que justificaría utilizar más los impuestos que las normas legales como instrumentos de las políticas de reducción de la desigualdad parece, por tanto, sólido. Y se podría añadir a su planteamiento el hecho de que muchas normas cuyo objetivo es la redistribución de la renta no solo son ineficientes, sino que, además, tienen efectos no buscados que pueden resultar contrarios a la reducción de la desigualdad. No cabe duda de que se puede influir en la reducción de la desigualdad mediante la derogación de normas que generen ventajas a determinados grupos de interés, distorsionando la competencia y generando rentas de monopolio. Pero las políticas dirigidas a lograr una mayor igualdad, basadas en normas ineficientes de derecho privado en temas como la restricción de la libertad de contrato o el derecho de daños no son la mejor forma de lograr una distribución más igualitaria de la renta, si se considera que esta debe ser un objetivo de la política pública.

## Referencias bibliográficas

- Alvaredo, F., & Saez, E. (2010). Income and Wealth Concentration in Spain from a Historical and Fiscal Perspective. *Journal of the European Economic Association*, 7(5), 1140-1167.
- Anghel, B., Basso, H., Bover, O., Casado, J. M., Hospido, L., Izquierdo, M., Kataryniuk, I. A., Lacuesta, A., Montero, J. M. y Vozmediano, E. (2018). *La desigualdad de la renta, el consumo y la riqueza en España*. Documentos Ocasionales núm. 1806. Banco de España.
- Atkinson, A. B. (2015). *Inequality: What can be Done?* Cambridge: Harvard University Press.
- Autor, D., Dorn, D., & Hanson, G. (2013). The China Syndrome: Local Labor Market Effects on Import Competition in the United States. *American Economic Review*, 103(6), 2121-2168.
- Baird, D. G. (2011). *The future of Law and Economics: Essays by Ten Law School Scholars*. University of Chicago Law School.
- Belman, D., & Wolfson, P. J. (2014). *What Does the Minimum Wage Do?* Kalamazoo, Michigan: W.E. Upjohn Institute for Employment Research.
- Coase, R. H. (1960-1988). The Problem of Social Cost. In *The Firm, The Market and the Law* (pp. 95-156). Chicago: University of Chicago Press.
- Coase, R. H. (1988). Notes on the Problems of Social Cost. In *The Firm, The Market and the Law* (pp. 157-185). Chicago: University of Chicago Press.
- Cohen, A. (2020). *Supreme Inequality: The Supreme's Court Fifty Years Battle for a More Unjust America*. New York: Penguin Press.
- De Geest, G. (2013). Removing rents: Why the Legal System is Superior to the Income Tax at reducing Income Inequality. *Washington University in St. Louis legal Studies Research Paper* 13-10-02.
- Dimick, M. (2016). Should the Law Do Anything About Economic Inequality? *Buffalo Legal Studies Research Papers* 2016-011. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 26(1).
- Doménech, R. (2016). La desigualdad en España: evolución, causas y políticas. *BBVA Research*. Valencia: III Workshop ANECO.
- Epstein, R. A. (1985). *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Ganong, P., & Shoag, D. (2017). Why Has Regional Income Convergence in the U.S. Declined? *Journal of Urban Economics*, 102, 76-90.
- Gilman, M. (2014). A Court for the One Percent: How the Supreme Court Contributes to Economic Inequality. *Utah Law Review*, 3, 389-463.

- Grampp, W. D. (1960). *The Manchester School of Economics*. Stanford: University Press.
- Holmes, O. W. (1905-1992). *Lochner v. New York*. En *The Essential Holmes* (pp. 305-307). Chicago: University of Chicago Press.
- Horwitz, M. J. (1977-1992). *The Transformation of American Law, 1780 1860*. New York: Oxford University Press.
- Hutt, W. H. (1964). *The Economics of the Colour Bar*. London: UK Institute of Economic Affairs.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (1994). Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income. *The Journal of Legal Studies*, 23(2), 667-681.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (2000). Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income. *The Journal of Legal Studies*, 29(2), 821-835.
- Kuznets, S. (1955). Economic Growth and Income Inequality. *The American Economic Review*, 45(1), 1-28.
- McCluskey, M. T. (2008). Constitutionalizing Class Inequality: Due Process in State Farm. *Buffalo Law Review*, 56(4), 1035-1057.
- Piketty, T. (2013). *Le capital au XXIe siècle*. Paris: Éditions du Seuil.
- Posner, R. A. (1995). The Left-Wing History of American Legal Thought. In *Overcoming Law* (pp. 271-286). Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Pound, R. (1909). Liberty of Contract. *Yale Law Journal*, 18(7), 454-487.
- Sanchirico, C. W. (2000). Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View. *The Journal of Legal Studies*, 29(2), 797-820.
- Stiglitz, J. (2013). *The Price of Inequality*. London: Penguin.
- Tjong, E., & Schmillen, A. D. (2019). Income Inequality and Labor Market Regulations: A Comparative Analysis. *Doing Business Research Notes*. World Bank Malaysia Hub.

**INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA. REVISTA DE ECONOMÍA (ICE)**  
**ISSN 0019-977X**

**SUSCRIPCIÓN ANUAL**

| INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA. REVISTA DE ECONOMÍA (6 NÚMEROS/AÑO) |                 |                        |                          |
|---------------------------------------------------------------------|-----------------|------------------------|--------------------------|
|                                                                     | ESPAÑA<br>1 año | UNIÓN EUROPEA<br>1 año | RESTO DEL MUNDO<br>1 año |
| <b>SUSCRIPCIÓN</b>                                                  | 75,00 €         | 90,00 €                | 90,00 €                  |
| Gastos de envío España                                              | 5,40 €          | 19,80 €                | 33,96 €                  |
| Más 4 % de IVA.<br>Excepto Canarias, Ceuta y Melilla                | 3,22 €          |                        |                          |
| <b>TOTAL</b>                                                        | <b>83,62 €</b>  | <b>109,80 €</b>        | <b>123,96 €</b>          |

**EJEMPLARES SUELTOS**

| INFORMACIÓN COMERCIAL ESPAÑOLA                       |                      |                             |                               |
|------------------------------------------------------|----------------------|-----------------------------|-------------------------------|
|                                                      | ESPAÑA<br>1 ejemplar | UNIÓN EUROPEA<br>1 ejemplar | RESTO DEL MUNDO<br>1 ejemplar |
| <b>NÚMERO SUELTO</b>                                 | 15,00 €              | 20,00 €                     | 20,00 €                       |
| Gastos de envío España                               | 0,90 €               | 3,30 €                      | 5,66 €                        |
| Más 4 % de IVA.<br>Excepto Canarias, Ceuta y Melilla | 0,64 €               |                             |                               |
| <b>TOTAL</b>                                         | <b>16,54 €</b>       | <b>23,30 €</b>              | <b>25,66 €</b>                |

**Suscripciones y venta de ejemplares sueltos**

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Centro de Publicaciones.  
C/ Panamá, 1. Planta 0, despacho 3.  
Teléfonos: 91 3 49 51 29 – 91 3 49 51 33 (venta de publicaciones)  
91 3 49 43 35 (suscripciones)  
Correo electrónico: [CentroPublicaciones@mincotur.es](mailto:CentroPublicaciones@mincotur.es)



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE INDUSTRIA, COMERCIO  
Y TURISMO

SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL  
DE DESARROLLO NORMATIVO,  
INFORMES Y PUBLICACIONES  
CENTRO DE PUBLICACIONES

## NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

Los artículos que se envíen para publicar en ***Información Comercial Española, Revista ICE*** deberán ser originales, no publicados, ni en proceso de evaluación por otra publicación. Los trabajos recibidos serán sometidos para su aceptación a evaluación externa anónima.

1. Los artículos se enviarán en formato Microsoft Word a la dirección de correo electrónico [revistasice.sccc@mincotur.es](mailto:revistasice.sccc@mincotur.es) o a través de la página web <http://www.revistasice.com/>
2. La extensión total del trabajo (incluyendo cuadros, gráficos, tablas, notas y referencias bibliográficas) no debe ser inferior a 20 páginas ni superior a 25. La fuente será Times New Roman 12, márgenes de 3 cm, espaciado doble y paginado en la parte inferior derecha.
3. En la primera página se hará constar el título del artículo que deberá ser breve, claro, preciso e informativo y la fecha de conclusión del mismo. Nombre y apellidos del autor o autores, filiación institucional, dirección, teléfono y correo electrónico de cada uno de ellos, así como la forma en que desean que sus datos aparezcan.
4. En la segunda página del texto se incluirá:
  - El título.
  - Un resumen del trabajo con una extensión máxima de seis líneas con la siguiente estructura: objetivo, método y principal resultado o conclusión.
  - De 2 a 6 palabras clave que no sean coincidentes con el título.
  - De 1 a 5 códigos de materias del Journal of Economic Literature (clasificación JEL) para lo cual pueden acceder a la siguiente dirección electrónica: <https://www.aeaweb.org/jel/guide/jel.php>
5. En las siguientes páginas se incluirán el texto la información gráfica y las referencias bibliográficas con la siguiente organización:
  - Se incluirá por este orden: introducción, desarrollo, conclusiones y referencias bibliográficas, y anexos si los hubiera. Los encabezamientos de los apartados irán numerados, en minúscula y en negrita, distanciándose dos espacios del anterior párrafo. Los encabezamientos de cada subapartado se pondrán en redonda negrita sin numerar, y el tercer nivel en cursiva, según el siguiente modelo:
    - 1. Título del apartado** (1<sup>er</sup>. nivel)
    - 1.1 Subapartado** (2<sup>o</sup>. nivel)
    - 1.1.1 Sección del subapartado** (3<sup>er</sup>. nivel)
  - Las notas de pie de página irán integradas en el texto y su contenido debe estar al final de su misma página en tamaño 10 y espacio sencillo.
  - En un archivo Excel independiente se incluirá la representación gráfica (cuadros, gráficos, diagramas, figuras, etcétera), que debe llevar título, estar numerada y referenciada en el texto. En la parte inferior se incluirá la fuente de información y/o notas aclaratorias.
  - Las citas de libros y artículos en el texto, se indicarán entre paréntesis con el apellido del autor y el año. Ej.: (Martínez, 1991).
  - Las referencias a siglas deben ir acompañadas, en la primera ocasión en que se citen, de su significado completo.

- Las referencias bibliográficas estarán ordenadas alfabéticamente, y se detallarán según las normas de la American Psychological Association (APA), siendo las más utilizadas las siguientes:

#### **Libro**

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Crick, F. (1994). *La búsqueda científica del alma*. Madrid, España: Debate.

#### **Libro electrónico**

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www...>

De Jesús Domínguez, J. (1887). *La autonomía administrativa en Puerto Rico*. Recuperado de <http://memory.loc.gov>

#### **Capítulo de libro**

Apellido, A. A., y Apellido, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En A. A. Apellido (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad, País: Editorial.

Molina, V. (2016). Los centros de escritura en Latinoamérica: Consideraciones para su diseño e implementación. En G. Bañales, M. Castelló y A. Vega (Eds.), *Enseñar a leer y escribir en la educación superior. Propuestas educativas basadas en la investigación* (pp. 339-362). México: Fundación sm.

#### **Publicaciones periódicas formato impreso**

Apellido, A. A., Apellido, B. B., y Apellido, C. C. (Año). Título del artículo. *Nombre de la revista*, volumen(número), pp-pp.

Parés-Ramos, I. K., Gould, W. A., and Aide, T. M. (2008). Agricultural abandonment, suburban growth, and forest expansion in Puerto Rico between 1991 and 2000. *Ecology & Society*, 12(2), 1-19.

#### **Publicaciones periódicas online**

Apellido, A. A. (Año). Título del artículo. *Nombre de la revista*, volumen(número), pp-pp. Recuperado de <http://www...>

Cintrón, G., Lugo, A. E., Pool, D. J., and Morris, G. (1978). Mangroves of arid environments in Puerto Rico and adjacent islands. *Biotropica*, 10(2), 110-121. Recuperado de <http://www.jstor.org/pss/2388013>

#### **Artículo de periódico impreso**

Con autor:

Apellido A. A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*, pp. xx-xx.

Manrique-Grisales, J. (2010, 14 de noviembre). La bestia que se tragó Armero. *El espectador*, pp. 16-17.

Sin autor:

Título del artículo. (Fecha). *Nombre del periódico*, pp. xx-xx.

Drogas genéricas (2010, 25 de septiembre). *El Tiempo*, p. 15.

#### **Referencia a páginas web**

Autor de la página (Fecha). *Título de la página*. Lugar de publicación: Casa publicadora.

Recuperado de <http://www...>

Argosy Medical Animation (2007-2009). *Visible body: Discover human anatomy*. New York: Argosy Publishing. Recuperado de <http://www.visiblebody.com>

#### **Ley/Reglamento**

Título de la ley. Publicación, número, fecha de publicación, página inicial-página final. <http://www.boe.es...>

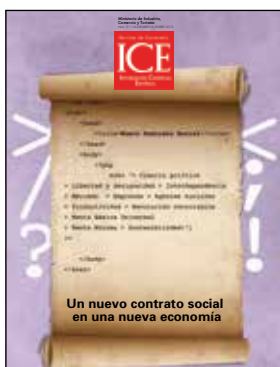
Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Boletín Oficial del Estado, núm. 295, de 10 de diciembre de 2013, pp. 97858 a 97921. <http://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12886.pdf>





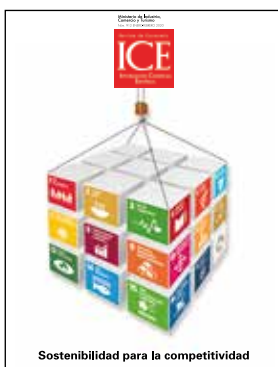


## Últimos números publicados



Núm. 911

*Un nuevo contrato social  
en una nueva economía*



Núm. 912

*Sostenibilidad para la competitividad*



Núm. 913

*Internacionalización de las economías, nuevas formas, estrategias y actividades*



Núm. 914

ÁFRICA: integración  
económica y transformaciones  
estructurales

## Números en preparación

## *La Unión Europea tras la pandemia*

Revista de Economía

# ICE

INFORMACIÓN COMERCIAL  
ESPAÑOLA

Ministerio de Industria, Comercio  
y Turismo



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE INDUSTRIA, COMERCIO  
Y TURISMO