Estudios sobre la Economía Española - 2020/26

La seguridad jurídica en España

Septiembre de 2020

Benito Arruñada
Universidad Pompeu Fabra y BGSE

fedea

La seguridad jurídica en España

Documento de discusión

Benito Arruñada
Universidad Pompeu Fabra y BGSE
12 de septiembre de 2020

Índice

Presentación **2**

La preocupante situación de la seguridad jurídica 2
Orientación y objetivos 2
Resumen ejecutivo 3
Agradecimientos 4

Primera parte: Análisis teórico **5**

1. El derecho de propiedad **5**
1.1. La importancia de la propiedad 5
1.2. La situación del derecho de propiedad en España 5

2. La contratación privada **9**
2.1. El papel de los costes de transacción 9
2.2. Cómo completan el contrato las partes 12
2.3. El *enforcement* del contrato por las partes 14

3. La legislación como facilitador de la contratación **16**
3.1. Racionalidad del Derecho dispositivo 16
3.2. Racionalidad del Derecho imperativo 17
3.3. Posibles ineficiencias del ordenamiento jurídico 19

4. La Justicia como facilitador de la actividad económica **25**
4.1. Los mecanismos institucionales para "hacer cumplir" el contrato 25
4.2. Cómo desean los contratantes que actúe el juez 25
4.3. Posibles fallos judiciales 28

Segunda Parte: Casos de discusión **34**

Caso 1. España en los índices internacionales de seguridad jurídica 34
Caso 2. La Ley de costas 37
Caso 3. La regulación de las energías renovables 38
Caso 4. La ocupación de inmuebles 41
Caso 5. Los créditos privilegiados de los entes públicos 43
Caso 6. Propiedad y Derecho administrativo discrecional: Baluard 44
Caso 7. ¿Quién debe juzgar si el cliente "queda satisfecho"? 45
Caso 8. Regulación hipotecaria: ¿imperatividad ineficiente? 49
Caso 9. La excepción liberal del servicio doméstico 51
Caso 10. La proporcionalidad de capital y voto: ¿un Derecho trivial? 53
Caso 11. La selección de jueces: adaptación y oposiciones 56
Caso 12. Sentencias hipotecarias: ¿sesgo retrospectivo o retroactividad? 58

5. Referencias **61**

Presentación

La preocupante situación de la seguridad jurídica

Las relaciones económicas reposan en que sus protagonistas mantengan un alto grado de confianza acerca del contenido de las leyes y de su aplicación por los jueces. Esta "seguridad jurídica" es condición necesaria para que la economía de mercado funcione con eficiencia y pueda alcanzar mayor equidad y prosperidad.

Por desgracia, los índices internacionales en esta materia sitúan a España en puestos mejorables, sobre todo en cuanto a la lentitud de la Justicia, su escasa independencia y la ineficacia en la ejecución de sus sentencias (véase el Caso 1). Muchas expertos nacionales han criticado también nuestra situación en el terreno legislativo, señalando la presencia de fallos estructurales, como es una notable inflación legislativa, con exceso de normas, muy cambiantes y de mala calidad, y una deficiente jerarquía jurisdiccional. Quizá lo más grave, recientemente apuntan a un deterioro progresivo en algunos de estos aspectos, junto con la aparición de nuevas deficiencias, como sería un cierto grado de activismo judicial[1].

Es difícil valorar de manera fiable la situación, tanto por lo que se refiere a cuál es nuestra verdadera posición internacional como a si nuestras instituciones están o no deteriorándose. Más complicado aún es diagnosticar cuáles son los fallos principales, evaluar su importancia relativa y establecer prioridades a la hora de atajarlos.

Orientación y objetivos

Por ello, son estas dificultades las que inspiran el contenido y la metodología del presente estudio, basados en aplicar los siguientes principios:

1. Emplear como herramientas conceptuales las propias del análisis económico del derecho en su doble vertiente de derechos de propiedad y costes de transacción.
2. Considerar las dificultades de los diversos tipos de decisores, tanto públicos (legisladores, jueces) como privados (propietarios, partes contratantes), y de las diversas soluciones disponibles (contratación, legislación, litigación) para reducir la inseguridad jurídica y aliviar los costes contractuales que frenan la especialización productiva y el intercambio económico.
3. Comparar las soluciones alternativas, tanto privadas como públicas, prestando especial atención al hecho de que todos los decisores, tanto privados como públicos, padecen conflictos de intereses, así como notables carencias y asimetrías informativas. Al suponer, pues, que ambos conjuntos de soluciones y decisores sufren fallos sistemáticos, el estudio adopta como objetivo el de identificar tanto sus ventajas comparativas como sus complementariedades.
4. Emplear, tras una breve introducción conceptual y teórica, varios casos reales como herramienta de análisis. Tras exponer los datos esenciales, en cada uno de

[1] Véanse, por ejemplo, Cabrillo y Pastor (2001), Círculo de Empresarios (2003, 2008, 2018), Gómez Pomar (2010, 2011, 2012), Salvador y Gómez (2010), Remón (2012), Mora-Sanguinetti y Gómez Pomar (2014), Carrasco (2014), CEOE (2016), De Diego (2018) e IEE (2019).

ellos se proponen varias cuestiones para canalizar la discusión desde las diversas disciplinas y profesiones implicadas en la seguridad jurídica.

Resumen ejecutivo

En aplicación de estos principios, este documento describe en primer lugar los problemas que confrontan los operadores económicos, las soluciones que utilizan y cómo las instituciones jurídicas ayudan a resolverlos. Sobre esta base y con el auxilio de esos casos reales, propone una discusión sobre con qué eficacia desempeñan esa tarea las instituciones económicas españolas. El análisis teórico se desarrolla en cuatro etapas: tras analizar el papel del derecho de propiedad (apartado 1) y la contratación privada (2), los dos siguientes apartados se centran en el papel que desempeñan las instituciones legislativas (3) y judiciales (4). La segunda parte desarrolla doce casos de discusión relativos a cada una de las áreas anteriores.

Sin ánimo de exhaustividad, los déficits principales que se detectan en nuestra seguridad jurídica guardan relación con los siguientes fenómenos:

1. Los derechos de propiedad sufren una desprotección creciente derivada de cambios legales y regulatorios que (a) exceden los criterios de razonabilidad imperantes tanto en la Unión Europea como en el ámbito de las inversiones transnacionales; o que (b) subvierten la propiedad privada para suplir sin coste para el erario las carencias de las políticas públicas (el caso, por ejemplo, de los desahucios y la ocupación de viviendas).
2. La contratación privada padece dificultades para dotarse de mecanismos de autorregulación y arbitraje en la medida en que el sistema judicial muestra cierta tendencia a excederse en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Al entrar a valorar todo tipo de asuntos, la Justicia no sólo dificulta la ordenación privada de las relaciones económicas sino que perjudica su propio funcionamiento, pues acaba asumiendo funciones para las que no goza de ventaja comparativa (una situación que se presenta con alguna frecuencia, por ejemplo, en materia de consumo).
3. La legislación sufre simultáneamente: (a) un exceso de reglas "imperativas" (de obligado cumplimiento), muchas de las cuales son innecesarias porque no responden a fallos genuinos de la contratación libre; (b) un déficit de reglas "dispositivas" (de libre incorporación a los contratos), que ayudarían a reducir los costes contractuales, pues proporcionan soluciones estandarizadas y razonables para las situaciones más comunes; y (c) una decreciente calidad técnica de las leyes, que tienden, además, a multiplicarse sin necesidad y a cambiar con suma rapidez y de manera inesperada.
4. En el funcionamiento de los tribunales de justicia se suele criticar su lentitud pero es más probable que su fallo más grave resida en la baja calidad e imprevisibilidad de muchas sentencias, fallo que parece haberse agravado desde la crisis económica de 2008. Ésta dio lugar a que aumentaran, por ejemplo, las sentencias basadas en criterios de "justicia material" con cierta intención redistributiva. En algunas de esas sentencias, la interpretación del contrato también parece estar dirigida a establecer nuevas reglas que, de hecho, tendrían efectos económicos de carácter retroactivo. Asimismo, las sentencias motivadas por un deseo de proteger a la parte "débil" de contratos

existentes, redistribuyendo recursos su favor, ponen en peligro la posibilidad de que se suscriban contratos similares en el futuro, al endurecer las condiciones a las que se enfrentarán individuos con características similares a aquellos a los que pretenden proteger.

Agradecimientos

Deseo expresar mi más sincero agradecimiento a FEDEA por el apoyo mostrado a la realización del trabajo y, en especial, a su Director, Ángel de la Fuente Moreno, por la iniciativa para abordarlo y el apoyo constante para sacarlo adelante. Ángel de la Fuente, así como Jesús Remón Peñalver han tenido también la paciencia de leer y comentar de forma tan exhaustiva como fructífera varias versiones previas, así como de discutir diversas posibilidades de planteamiento del proyecto. Asimismo, en el análisis de diversos aspectos y casos me he beneficiado enormemente de los generosos comentarios de Jesús Alfaro Águila-Real, Ignacio Conde-Ruiz, Gabriel Doménech Pascual, Mircea Epure, José Antonio García, Ignacio Gomá Lanzón, Román Gil Alburquerque, Víctor Lapuente Giné, Francisco Marcos, Francisco Marín Castán, Fernando P. Méndez González, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Leandro Prados de la Escosura, Encarna Roca Trías y María Luz Rodríguez Fernández. Estoy también en deuda con los innumerables colegas y profesionales que, a lo largo de los años, me han ayudado a conocer y pensar sobre los asuntos que aquí se discuten. Asumo, sin embargo, toda la responsabilidad por los posibles errores o juicios de valor que seguramente y muy a mi pesar subsisten en el trabajo.

Primera parte: Análisis teórico

1. El derecho de propiedad

1.1. La importancia de la propiedad

Las instituciones de una economía de mercado moderna canalizan la creatividad de los seres humanos hacia formas productivas de competencia. Su función es alejarnos de la ley de la selva, de modo que los agentes económicos, en vez de dirigir sus esfuerzos a apropiar recursos ajenos, los orienten a mejorar cómo se utilizan, aumentando el producto neto y mejorando la eficiencia. Las buenas instituciones encauzan la competencia de modo que ésta pase de ser un proceso potencialmente *extractivo* a un proceso *productivo*: de ser un juego en el que unos individuos pierden para que otros ganen a un juego en el que todos ganan o en el que, al menos, las ganancias son mayores que las pérdidas.

Para lograrlo, las instituciones desempeñan dos tareas fundamentales: protegen los derechos de propiedad y reducen los costes de transacción. El que las instituciones protejan la propiedad sobre los recursos es un punto de partida, una condición necesaria para impedir, ante todo, que a los agentes económicos les resulte rentable expropiar recursos ajenos, de tal modo que, como consecuencia, centren sus esfuerzos en actividades productivas y no extractivas. Pero unos derechos de propiedad seguros no bastan para asegurar la prosperidad. La productividad y el crecimiento económico se basan en la especialización, y ésta requiere transacciones de todo tipo (no solo para intercambiar bienes y servicios sino para reasignar el consumo en el tiempo así como el riesgo entre individuos que tienen preferencias distintas). Por ello, unas buenas instituciones también han de reducir los "costes de transacción", posibilitando que a los agentes económicos les sea provechoso intercambiar todo tipo de recursos, bienes y servicios, lo que optimiza su asignación, incrementa la eficiencia y maximiza la utilidad que proporcionan su uso, prestación o consumo.

Tanto en el análisis teórico como en el empírico, prestaré mayor atención al segundo de ambos pilares institucionales, el relativo a la reducción de costes de transacción. El motivo es un juicio apriorístico de que en la economía española —y, seguramente, en todas las economías desarrolladas, al contrario que en las economías en desarrollo—, las posibilidades de mejora institucional se sitúan más en el ámbito de los costes de transacción que en el de la seguridad de los derechos de propiedad.

1.2. La situación del derecho de propiedad en España

Debemos prestar atención, sin embargo, a la evolución reciente para examinar si en España diversas decisiones legislativas y judiciales han venido deteriorando realmente el derecho de propiedad. Sucede en este terreno que, cuando los países alcanzan cierto grado de desarrollo, corren el riesgo de olvidar que la seguridad del derecho de propiedad es condición necesaria para la prosperidad económica. Algunas de nuestras respuestas a la crisis económica que se inicia en 2008 ya habían materializado este riesgo, que se ha exacerbado con las reacciones ante la crisis del Covid-19. Como resumía en 2019 un informe del Instituto de Estudios Económicos sobre la base del Índice de Derechos de Propiedad elaborado por la Property Rights Alliance,

> [a]nalizando la posición relativa de España dentro de las economías de la OCDE, se observa que nuestro país aparece en el puesto 27 del índice [de un total de 36 países], con una calificación de apenas 6,5 puntos sobre 10 [el máximo, Finlandia, obtenía 8,8]. La nota cosechada en 2019 confirma el estancamiento de nuestro país en la última década, puesto que apenas se han producido mejoras en la protección de los derechos de propiedad y, de hecho, la calificación de 2019 es ligeramente inferior a la registrada antes de la crisis (IEE, 2019, p. 6).

Confirman esta relación negativa los datos del Cuadro 1 adjunto, los cuales reflejan cómo, en comparación con los países vecinos, nuestra situación es deficiente en lo relativo a la protección tanto de la propiedad física como intelectual, con la excepción del buen funcionamiento del Registro de la Propiedad.

Cuadro 1. Indicadores sobre derechos de propiedad

	España	*Francia*	*Alemania*	*Italia*	*Portugal*	*UE* [f]
Protección de la propiedad física [a]	6.6	7.2	7.6	6.1	6.9	7.1
Protección del derecho de propiedad [b]	5.8	7.7	7.6	5.6	6.5	
Registro de la Propiedad [c]	9.5	8.6	8.3	9.5	9.7	
Acceso al crédito [b]	4.5	5.1	6.9	3.3	4.4	
Protección de la propiedad intelectual [a]	6.7	7.9	8.3	6.8	7.1	7.3
Percepción sobre propiedad intelectual [b]	5.7	8.2	7.5	5.9	6.9	
Protección de patentes [d]	8.7	8.8	9.3	8.7	8.2	
Protección contra piratería [e]	5.8	6.8	8.0	5.7	6.2	7.2

Nota: Reproducción de los índices procedentes de diversas fuentes, recalculados con base 0-10 homogénea por el IPRI (2019).

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los datos siguientes: [a] Media simple de los índices componentes, calculada por el IPRI. [b] World Economic Forum (WEF, 2018). [c] Indicador *Registering Property* del índice *Doing Business* del Banco Mundial (World Bank, 2019). [d] Actualización para 2015 del *Patent Rights Index* de Park (2008).[e] BSA Global Software Survey (2018). [f] Cálculo del IEE. El índice no incluye datos para Croacia, Malta, Chipre, Rumanía y Bulgaria.

En realidad, no debe sorprendernos esta fragilidad de nuestro derecho de propiedad, pues ya su protección constitucional está mediatizada por la posibilidad de limitarla de acuerdo con su "función social" y de definir legalmente en cada caso de expropiación qué constituye la "correspondiente" indemnización[2]. Por ello, no extraño que la concreción de estos principios en términos de actuaciones administrativas y decisiones judiciales esté siendo doblemente cuestionada.

Además de los pobres resultados que obtenemos en cuanto a algunos de los indicadores internacionales, abundan los indicios negativos en este terreno:

- Se han promulgado normas sobre derechos de propiedad que desde un punto de vista económico pueden entenderse como auténticas expropiaciones de derechos sin una indemnización suficiente. Ha sucedido así con la Ley de Costas de 1988 (véase el Caso 2).
- Merecen un juicio similar en el ámbito empresarial los cambios que a raíz de la crisis económica iniciada en 2008 se introdujeron desde 2012 en la regulación de las energías renovables, sobre todo la reforma Soria-Nadal que redujo las subvenciones previamente establecidas y que habían servido de base para tomar las correspondientes decisiones de inversión (Caso 3). Ya en

[2] El artículo 33 de la Constitución española de 1978 reza: "1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes".

2019, esta normativa llevaba diez laudos arbitrales perdidos en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, conocido como CIADI (Cruz, 2019)[3].

- Asimismo, se ha relajado el *enforcement* de otros derechos de propiedad, diluyendo en gran medida el valor de los activos para el titular. Un ejemplo notable es el de los desahucios de viviendas ante supuestos de impago de hipotecas y alquileres, así como permitiendo su ocupación ilegal (Caso 4).
- Los créditos de los entes públicos siguen disfrutando privilegios que, por su propia existencia, ocasionan una pérdida de valor para los derechos de propiedad privados sobre los activos correspondientes (Caso 5).
- El funcionamiento del Derecho administrativo y, en concreto, la ineficacia de los mecanismos de responsabilización de muchos decisores públicos ponen en peligro el ejercicio y por tanto el valor de numerosos derechos de propiedad, tanto más cuanto mayor es la capacidad reguladora de esos decisores públicos (Caso 6).
- La fiscalidad proporciona numerosos supuestos de gravámenes elevados que, además, no siempre son ni siquiera eficaces en términos de recaudación. Algunos tipos fiscales han llegado incluso a alcanzar niveles que en otros países se consideran confiscatorios. Por ejemplo, el tipo marginal máximo del IRPF se ha llegado a situar en el 56%, muy por encima del 50% que el Tribunal Constitucional alemán considera un límite máximo para no tenerlo por expropiatorio[4]. Además, alcanzó ese nivel para rentas no muy elevadas, y sin gran poder recaudatorio debido a la multiplicidad de exenciones (Conde-Ruiz et al., 2017), lo que podría agravar la ineficiencia que origina. Otro caso extremo es el del impuesto de plusvalía municipal, que ha venido a ser refrendado parcialmente por una sentencia del Tribunal Constitucional, la cual, si bien declara inconstitucional que la cuota a satisfacer exceda el incremento patrimonial, ha venido a amparar "la confiscación de la práctica totalidad (o la totalidad) de la ganancia obtenida por la transmisión de un terreno" (Salcedo, 2019)[5]. En otros casos, los diversos gravámenes que pesan sobre el mismo recurso están notablemente desequilibrados, como es el caso de los bajos impuestos que gravan la tenencia de inmuebles (IBI) a la vez que son muy elevados los que gravan su transmisión (ITP), perjudicando la movilidad, asignación y utilización de los recursos, y castigando selectivamente a aquellos titulares de derechos de propiedad que se muestran más activos como agentes económicos. Por último, a raíz de la crisis económica de 2008, el Ministerio de Hacienda adoptó medidas fiscales de lucha contra el fraude de dudosa legalidad, como el régimen de sanciones y

[3] El CIADI (o, en inglés, ICSID, por International Centre for Settlement of Investment Disputes) es la institución de arbitraje líder a escala mundial dedicada a resolver y conciliar diferencias relativas a inversiones internacionales. Establecida en 1966, está financiado y es parte del Grupo del Banco Mundial, con sede en Washington, D.C.

[4] Por ejemplo, desde su sentencia de 22 de junio de 1995, para el Tribunal Constitucional de Alemania son confiscatorios los impuestos patrimoniales superiores al 50% de su renta potencial porque "el uso de la propiedad sirve por igual al beneficio privado y el interés nacional". En Francia, el Consejo Constitucional también ha considerado ilegales un gravamen superior al 75% (Azpitarte, 2017; Simón Acosta, 2019).

[5] Sentencia del Tribunal Constitucional 31 de octubre de 2019 sobre el artículo 107.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004 (Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales).

la no prescripción de hechos punibles en relación con la obligación de informar sobre los bienes situados en el extranjero mediante el formulario 720. La Comisión Europea ha recurrido ante el TJUE dichas medidas, pero aún siguen vigentes cuando esto se escribe[6].

- Por último, se ha extendido la práctica legislativa consistente en legislar de modo que, al menos momentáneamente, cada parte pueda creer que le ha sido asignado el derecho en disputa. A veces, se consigue este resultado adoptando reglas de asignación tan complejas que son de imposible *enforcement*. Un ejemplo, no por cotidiano menos revelador, es el de las normas que pretenden regular la circulación de bicicletas y vehículos eléctricos por las aceras de muchas ciudades. Sus consistorios establecen reglas que, al ser de imposible aplicación, resultan contradictorias, por lo que vienen a asignar un mismo derecho a varios titulares, justamente lo opuesto a la recomendación de definir los derechos con precisión que se desprende de Coase (1960). (No se trata, obviamente, de derechos de propiedad en sentido jurídico, pero sí funcionan como tales en términos de la teoría económica de los *property rights*).

Discutimos en la parte empírica los seis primeros de estos casos. En dos de ellos (ley de costas y regulación de energías renovables), es notable que las decisiones correctoras hayan sido fruto de la resistencia por parte de ciudadanos y empresas extranjeras, quienes las han podido canalizar mediante instancias legislativas y arbitrales internacionales, lo mismo que el recurso al régimen sancionador de la declaración de bienes en el extranjero. Aunque fuera del ámbito de los derechos de propiedad, al menos en el sentido jurídico del término, que no en el de la Economía de los *property rights*, procede señalar en esta línea que este suspenso en instancias supranacionales haya alcanzado incluso al ámbito penal, sobre todo con la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos del 21 de octubre de 2013, que rechazó, por considerarla retroactiva, la nueva regla de cómputo de las redenciones de pena que establecía la conocida como "doctrina Parot". Algo parecido sucede, en el terreno del Derecho civil con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de suelos hipotecarios, de 21 de diciembre de 2016, la cual desbarata la "retroactividad limitada" que pretendía inventar el Tribunal Supremo. El juicio crítico del IEE (2019) en cuanto a la escasa protección del derecho de propiedad por parte de nuestras leyes y nuestros jueces no parece, por tanto, ir desencaminado.

[6] La Comisión es rotunda y "llega a la conclusión que las sanciones que consisten en la calificación de los activos como ganancias patrimoniales, la inaplicación de las reglas normales de prescripción y las multas pecuniarias fijas, constituyen una restricción a las libertades fundamentales del TFUE y del EEE. Aunque en principio estas medidas puedan ser adecuadas para alcanzar los objetivos perseguidos que son la prevención y la lucha contra la elusión y el fraude fiscal, resultan desproporcionadas" (Recurso interpuesto el 23 de octubre de 2019 – Comisión Europea/Reino de España (Asunto C-788/19), *Diario Oficial de la Unión Europea*, 23 de diciembre de 2019, C 432/30-31).

2. La contratación privada

2.1. El papel de los costes de transacción

La mayoría de transacciones económicas versan sobre recursos o actividades complejas y mal definidas. Además, sus efectos suelen extenderse en el tiempo y, con frecuencia, el contenido óptimo de un intercambio —aquel que maximiza las ganancias que éste produce para las partes— depende incluso de qué circunstancias a priori inciertas se materialicen en el futuro. Por todo ello, a la hora de contratar, los contratantes confrontan graves problemas informativos, pues ignoran muchas de las variables relevantes. Además, sobre muchas de ellas una parte suele saber más que la otra, y esta asimetría informativa dificulta notablemente la contratación. Sucede que, si los agentes económicos tendemos a perseguir nuestro propio interés, dicha asimetría informativa facilita que podamos comportarnos de forma oportunista, formulando contratos a nuestro favor o eludiendo nuestras obligaciones[7].

2.1.1. ¿Cómo cambia el interés de las partes después de contratar?

Sin embargo, es notable que el propio interés está sujeto a las restricciones que nos impone, por un lado, el interés de los demás, quienes antes de contratar (lo que a menudo en el análisis económico de la contratación se refiere simplemente como *ex ante*) son libres de rechazar nuestras propuestas. Por otro lado, después de contratar (*ex post*), el autointerés está limitado por salvaguardias tanto internas como externas, desde nuestra moral a la posibilidad de continuar contratando en el futuro o a la actuación de un tercero, un juez, encargado de hacer cumplir el contrato.

Es lógico suponer por ello que la proclividad al oportunismo sea menor antes que después de contratar. El motivo es simple: antes de contratar, las partes son libres, pero después quedan atrapadas en el contrato, produciéndose así la "transformación fundamental" que es central en el análisis de Williamson (1985). Todo contratante potencial ha de tener en cuenta, que, si sus contrapartes son racionales y anticipan el oportunismo o bien rechazarán el contrato o tenderán a protegerse, renegociando el precio y las demás condiciones. En otros términos: antes de contratar, las partes tienen mayor interés en diseñar la transacción buscando aumentar las ganancias del intercambio (esto es, la "eficiencia"). En cambio, a la hora de cumplir el contrato y en ausencia de salvaguardias (sobre todo, la expectativa de acometer transacciones similares en el futuro y la actuación de un sistema judicial eficaz), sus incentivos giran relativamente hacia la explotación mutua (la "redistribución" de dichas ganancias). Es de esperar, pues, que en la conducta de las partes la eficiencia pese relativamente más ex ante que ex post, mientras que, al revés, la redistribución pese más ex post que ex ante.

[7] Las presentes páginas se inspiran en Williamson (1985) para destacar la transformación en los intereses de los contratantes y las diversas posibilidades de salvaguardia, tanto públicas como privadas. Otras introducciones desde el punto de vista económico a la problemática contractual destacan aspectos diferentes. Véanse, por ejemplo, Posner (2007, pp. 93-ss.), Shavell (2004, pp. 291-ss.), o Cooter y Ulen (2016, pp. 161-ss.).

2.1.2. La complementariedad del mercado y las instituciones

Al menos desde 1776, cuando Adam Smith dio a la imprenta *La riqueza de las naciones*, sabemos que en un mercado competitivo la libre contratación, guiada por el interés individual, no sólo contribuye al bienestar de los contratantes sino al bienestar colectivo. Sin embargo, esta secuencia lógica entre bienestar individual y colectivo puede romperse en cualquiera de sus dos elementos, rupturas que definen dos grandes conjuntos de situaciones en las que la libre contratación en el mercado no llega a alcanzar el óptimo colectivo. Por un lado, sucede así cuando los participantes sufren un *déficit de racionalidad* y ni siquiera son por tanto capaces de identificar dónde reside su bienestar individual. Asimismo, por otro lado, se produce una *ruptura entre el óptimo individual y colectivo* cuando, para alcanzar su bienestar individual, las partes del contrato dañan a otros individuos y lo hacen en una cuantía tal que disminuyen el bienestar colectivo. En Economía, se suelen describir tales situaciones con el término "efectos externos" o "externalidades".

Ambos fallos en la actuación libre de las partes en el mercado —déficit de racionalidad y presencia de efectos externos— suelen requerir soluciones institucionales y, en concreto, para lo que aquí interesa, suelen dar lugar a intervenciones coactivas de tipo legislativo y judicial. Sin embargo, estas intervenciones sufren limitaciones a menudo similares a las de la contratación en el mercado libre. No podría ser de otro modo: en los dos ámbitos, los decisores son seres humanos con graves restricciones cognitivas y motivacionales. Además, al decidir, sufren en ambos casos notables carencias y asimetrías informativas.

Por un lado, las diferencias que pueden observarse en cuanto a su cognición y objetivos vienen dadas por las restricciones institucionales y organizativas —por tanto, artificiales y contingentes— que pesan sobre el funcionamiento de los mercados, la política y, en nuestro caso, las leyes y los sistemas judiciales. Por ejemplo, sabemos que muchas decisiones tomadas por los consumidores en el mercado pueden padecer un déficit de información y racionalidad, sobre todo en las compras efectuadas por individuos adictos o por menores de edad, o tras recibir en el domicilio la visita inesperada de un vendedor. Las leyes adoptan, en consecuencia, soluciones específicas para proteger a esos decisores. Pero también sufrimos déficits similares en muchas decisiones políticas: cuando votamos, ignoramos muchos datos relevantes y lo hacemos con base en creencias que a menudo adoptamos siguiendo a los que nos rodean, y no como fruto de un proceso racional de información y reflexión. Igualmente, las decisiones judiciales pueden sufrir todo tipo de fallos informativos y cognitivos (Arruñada y Andonova, 2008a), desde la carencia de datos esenciales al sesgo retrospectivo que se ha alegado, por ejemplo, en la famosa sentencia sobre "suelos" hipotecarios (Arruñada y Casas-Arce, 2018); así como las falacias en que solemos incurrir al emplear datos estadísticos (Satorra y Salvador, 2015).

Por otro lado, la estructura informativa de las decisiones presenta en los dos ámbitos y en un grado sustancial los mismos tipos de problemas. Pensemos, por ejemplo, en la asimetría que plaga la relación entre votantes y legisladores, así como en la que existe entre las partes de un litigio y el juez que ha de resolverlo. Tales asimetrías pueden por ello generar similares fenómenos de ineficiencia y explotación. Tanto es esto así que el propósito de este documento cabe resumirlo como un intento de identificar, en la línea propuesta por Coase (1960, pp. 42-44), las ventajas comparativas y la interacción óptima entre las soluciones gobernadas en última instancia por la lógica del mercado y de la política.

2.1.3. La interacción de las soluciones contractuales, legislativas y judiciales

En principio, podríamos pensar que el contenido del intercambio lo definen las propias partes al contratar. Sin embargo, en la mayor parte de las transacciones existe incertidumbre sobre las circunstancias futuras en que tendrán lugar, lo que lleva a emplear una variedad de mecanismos mediante los cuales se posponen las decisiones y no sólo deciden las partes sino a menudo otras personas. En consecuencia, la concreción del contenido del intercambio puede producirse antes o después de que las partes se obliguen mutuamente en el contrato, ex ante o ex post. Puede también efectuarse por las propias partes o bien por terceros, así como mediante diversas instituciones sociales, sobre todo por leyes y jueces, cuya participación reduce en gran medida la gravedad del problema informativo.

Figura 1. Modos de "completar" el contrato

		¿Quién completa el contrato? mejores incentivos, peor conocimiento →	
		Partes	Terceros
¿Cuándo se completa el contrato? peores incentivos, mejor conocimiento ↓	Ex ante	1. Contrato explícito (cláusulas contractuales)	3. Derecho y legislación (usos, leyes, jurisprudencia)
	Ex post	2. Contrato relacional (fórmulas y órganos de decisión)	4. Litigación (sentencias, laudos y sus efectos implícitos)

Resultan así las cuatro modalidades básicas de "contratación" que representa la Figura 1: (1) cláusulas contractuales explícitas en las que las partes establecen una correspondencia expresa entre un subconjunto de todas las contingencias posibles y las obligaciones a que se comprometen en cada una de ellas; (2) reglas y órganos de decisión establecidos en el contrato por las partes para tomar decisiones a posteriori, conformando así contratos "relacionales"[8], capaces de proporcionar soluciones eficientes a un amplio conjunto de situaciones imprevistas; (3) usos y leyes que proporcionan a las partes un detallado contrato estándar, llenando así los vacíos que hayan dejado en las cláusulas explícitas, y que predeterminan el contenido del intercambio cuando así lo consideran conveniente el legislador o, en última instancia, el juez; y, por último, (4) la actuación de jueces y árbitros para resolver posibles litigios entre las partes, la cual suministra soluciones a todas las demás situaciones imprevistas, completando funcionalmente el contrato.

[8] Correspondientes a la idea de *relational contract* en Williamson (1985) y la literatura de *transaction cost economics*, que conviene no confundir con el uso que de este término hace buena parte de la teoría económica para designar contratos que se hacen cumplir sin necesidad de que intervengan un tercero, generalmente un juez. Véanse Frydlinger y Hart (2019), y Frydlinger, Hart y Vitasek (2019) para una planteamiento innovador de este tipo de contratación.

Trataremos a continuación las principales soluciones. Mostrando, primero, cómo las limitaciones que encuentran las partes para contratar libremente en el mercado generan una demanda de soluciones institucionales, desde reglas dispositivas e imperativas a terceros que completen y hagan cumplir los acuerdos. A continuación, examinaremos cómo estas soluciones institucionales, al igual que toda creación humana, pueden fallar a la hora de satisfacer esa demanda, convirtiéndose entonces en una dificultad añadida para las transacciones, y configurando así una tensión fundamental en el funcionamiento de todo tipo de instituciones.

2.2. Cómo completan el contrato las partes

2.2.1. Contratación ex ante

Las propias partes pueden especificar las condiciones del intercambio, atribuyendo en el contrato los riesgos del negocio o incluyendo en él todo tipo de ajustes ante eventuales situaciones futuras. Estos ajustes pueden establecer una solución para una contingencia determinada, como, por ejemplo, pactar que "si llueve, la recepción será en el interior". O bien definir reglas de decisión para fijar ciertos atributos en función de variables observables, como serían, por ejemplo, la de fijar un precio "igual al coste total variable más un 20 por 100"; "una retribución variable del 5 por 100 de las ventas"; o, en el mercado de arte antiguo, una cláusula que penalice al vendedor por un cambio en la atribución de la autoría de la obra.

Esta estrategia, consistente en que las partes expliciten las condiciones del intercambio, incurre en costes notables. El contenido óptimo del intercambio suele depender de una gran número de condiciones que se pueden o no presentar en el futuro, y anticipar y resolver esas condiciones requiere producir mucha información, pues ésta adquiere de inmediato carácter exponencial: cada una de las situaciones que se contemplen da pie a pensar en otras muchas. Además, las partes carecen a menudo de los conocimientos necesarios para evaluar tanto la probabilidad como los efectos y la conflictividad de esas situaciones futuras. Existe, por ello, un riesgo considerable de que, incluso si comparten un mismo interés, su ignorancia les lleve a definir cláusulas ineficientes.

Adicionalmente, la propia contratación explícita suele agravar el conflicto de intereses entre las partes. Sucede así, por ejemplo, cuando el intento por una de ellas de hacer más explícitas las condiciones es percibido mal por la otra, que ha de esforzarse para entenderla. Puede incluso creer que pudiera aumentar las posibilidades de oportunismo futuro, lo que le exige dedicar más recursos para evitarlo, entrando en una especie de carrera de armamentos. Sucede, además, que, cuando alguien propone una cláusula para evitar el oportunismo ajeno está sugiriendo que desconfía, lo que lleva a los demás a dudar de si es o no de fiar. Como aconseja el refrán, "No te fíes de quien de ti desconfíe". En general, este tipo de temores puede llevar a las partes a no proponer cláusulas que, aún siendo eficientes, puedan dar lugar a malas interpretaciones. Se trata de un argumento aplicable a muy diversas situaciones (véase Hermalin y Katz, 1993).

Coherentemente, la estipulación explícita de condiciones por las partes se centra a menudo en definir los aspectos objetivos y específicos de la transacción (variables fácilmente observables, como precio, lugar y cantidad) para posibilitar el buen funcionamiento de los mecanismos institucionales dedicados a completar el contrato.

Un aspecto esencial es el de identificar qué instituciones jurídicas y judiciales deberán aplicarse para completar los vacíos (*filling the gaps*) que puedan surgir en el contrato.

2.2.2. Contratación relacional

A menudo, en vez de completar el contrato ex ante, introduciendo cláusulas del tipo "si ocurre la situación A, haremos B", conviene a las partes completarlo ex post. Para ello, pueden establecer reglas sobre cómo decidir, repartirse derechos de decisión o establecer órganos encargados de decidir. Configuran así lo que suele denominarse "contrato relacional", una modalidad que tiene gran importancia económica, pues incluye casi todos los contratos laborales y societarios.

Las fórmulas empleadas en los contratos relacionales para estructurar mecanismos que sirvan para tomar decisiones en el futuro son muy variadas, pero cabe distinguir tres tipos. En orden creciente de complejidad, consisten en: (1) *Establecer reglas adaptativas*, mediante las cuales diversas variables del intercambio se hagan depender de otras variables conocidas (por ejemplo, una fórmula para fijar el precio en función de cómo evolucione el índice de precios al consumo). (2) *Asignar derechos de decisión de forma asimétrica*, de modo que una de las partes disponga de autoridad para decidir unilateralmente algunas dimensiones del intercambio, como sucede de forma obvia en los contratos de empleo y franquicia, y de manera menos obvia en muchos otros contratos. Como veremos, esta solución suele generar notables conflictos, pues el ordenamiento establece que el contrato no pueda quedar al arbitrio de alguna de las partes, lo cual abre amplias posibilidades de litigación. (3) *Crear órganos colectivos para la toma de decisiones*, como es, por ejemplo, la junta de accionistas de una sociedad mercantil, que puede incluso modificar los estatutos fundacionales de la compañía. Con frecuencia, se disponen varios de estos tres tipos de fórmulas simultáneamente. Por ejemplo, el contrato fundacional de una sociedad mercantil puede determinar que el reparto de los beneficios anuales se decida en una junta de accionistas por mayoría simple de votos pero a propuesta de los administradores y sólo tras dotar un fondo de reserva.

En todo caso, la ventaja comparativa del contrato relacional es fácil de comprender: el paso del tiempo permite conocer cuál es la situación real en que ha de efectuarse el intercambio—qué contingencias han ocurrido realmente y son, por tanto, relevantes para decidir. Desde el punto de vista puramente informativo, es más fácil alcanzar una decisión eficiente sobre el contenido del intercambio. Además, en la medida en que son las propias partes quienes decidan, éstas suelen contar con varias ventajas: por su mera posición dentro del proceso productivo, al menos una de ellas conoce cuál es el contenido eficiente del intercambio, observa en qué grado las demás partes cumplen o no sus obligaciones y tiene los conocimientos necesarios para evaluar ambos aspectos. En el fondo, los contratos relacionales aprovechan así economías de "alcance" entre producción y contratación.

Sin embargo, la contratación relacional también padece desventajas sustanciales. Por una parte, es difícil definir reglas de decisión sin correr el riesgo de que, al cambiar las condiciones ambientales, se salgan del ámbito en que proporcionan decisiones eficientes. Por otro lado, la autoridad o asignación asimétrica de derechos de decisión corre el riesgo de parcialidad, motivada ésta porque, en ausencia de restricciones, la misma oposición de intereses que puede llevar a las partes a incumplir sus obligaciones

les lleva también a definirlas a su favor. Por último, en los órganos colectivos se suele plantear un problema de acción colectiva o *free riding* y, como consecuencia, al aumentar el número de sus miembros, decae su interés individual en dedicar recursos para informarse y tomar buenas decisiones. A todos interesa que sean los demás participantes quienes se informen, de manera que nadie lo hace y, en consecuencia, el órgano es más fácil de manipular.

2.3. El *enforcement* del contrato por las partes

Definir el contenido eficiente del intercambio, de modo que las partes conozcan sus obligaciones, resuelve sólo una parte del problema contractual. Si las partes son potencialmente oportunistas, existe el riesgo de que incumplan lo pactado y es preciso activar mecanismos que aseguren el cumplimiento. De evitarlo se encargan dos grandes conjuntos de mecanismos, no sólo *institucionales* (por ejemplo, la actuación del juez) sino también los mecanismos *particulares* dispuestos por las propias partes (por ejemplo, la reputación comercial). La variedad de estos mecanismos particulares es considerable, pues abarcan desde los basados en la propia autoestima del individuo obligado a cumplir a la prestación de garantías explícitas (por ejemplo, afianzar un alquiler), pasando por la expectativa de relaciones futuras con el mismo o (vía reputación comercial) otros posibles contratantes.

La expectativa de transacciones futuras provechosas ha sido esencial en la historia y sigue siéndolo en la economía moderna. En la medida en que distintos elementos del cumplimiento contractual suelen ser observados por otros participantes en el mercado, éstos obtienen así información útil para decidir con quién contratar en el futuro. Un viejo dicho del Marketing es que un cliente insatisfecho comparte su insatisfacción con once clientes potenciales. Quienes le escuchan quizá modifiquen su opinión sobre el productor (y, si no les merece credibilidad, sobre el propio cliente), y se basarán en ella cuando decidan si compran sus productos o los recomienden a otras personas. Como consecuencia, quienes tienen una presencia continuada en un determinado mercado e incluso si sólo tratan una vez con cada individuo, están de hecho contratando en un contexto de repetición.

Además, los contratantes ocasionales también actuamos como informadores y, como tales, incluso desarrollamos nuestra propia reputación. Internet sólo ha venido a formalizar esta actividad, que probablemente va a aumentar en el futuro gracias a las redes basadas en *blockchain* (Arruñada, 2019). Esta información reputacional se produce a menudo como subproducto de otras actividades. Por ejemplo, los bancos desempeñan una función de esta índole cuando informan sobre la solvencia de sus clientes. Además, existen sectores enteros especializados en informar sobre la situación y el grado de cumplimiento pasado, actual o futuro de las obligaciones contractuales, desde las firmas de auditoría (PWC, E&Y, KPMG) y *rating* de deuda (Moody's, S&P), a las organizaciones que certifican normas de calidad (como Aenor y Bureau Veritas).

La importancia de estas evaluaciones del cumplimiento contractual enfatiza una función esencial del mercado: la de premiar y castigar la conducta de quienes en él participan. Al decidir si contrata o no, cada contratante potencial contribuye así a la "sentencia" del mercado en los conflictos que suscitan los contratos de terceros. A diferencia del sistema judicial, la sentencia del mercado se alcanza de forma descentralizada, pues resulta de acumular decisiones individuales de contratación. Esta

característica origina a su vez diferencias notables en los incentivos, la información y las ventajas comparativas de ambas soluciones.

Por un lado, el que los decisores sean los participantes en el mercado asegura que tengan poderosos incentivos para informarse al tomar sus decisiones. Por ejemplo, un individuo tiene mejores incentivos para informarse antes de adquirir un automóvil que antes de votar: en el primer caso, las consecuencias de sus decisiones las paga él; en el segundo, las comparte con los demás votantes. Los incentivos del juez variarán en gran medida con las restricciones organizativas dentro de las que opere (selección, formación, carrera profesional, etc.).

Por otro lado, existen también notables diferencias en cuanto al tipo de información que pueden manejar. Es posible que el mercado sea más competente que el sistema judicial a la hora de *verificar* información cualitativa. Por un lado, el mercado no está restringido en el uso de un tipo de pruebas, como lo están los tribunales, en especial en aquellos países de derecho codificado en los que el moderno aparato judicial está quizá pensado más para hacer cumplir leyes que para facilitar contratos. Por otro lado, al actuar por agregación de decisiones individuales, son menos importantes las variables y posibles sesgos personales. (El Caso 7 ilustra estas posibilidades).

3. La legislación como facilitador de la contratación

Además de por el propio contrato suscrito por las partes, el contenido del intercambio viene definido por las leyes, la jurisprudencia e incluso las costumbres contractuales. Una clave de la seguridad jurídica es, precisamente, el que, en el momento de contratar, las partes puedan conocer qué reglas les serán aplicadas, lo que exige que a un contrato sólo se le apliquen las reglas vigentes, pues difícilmente se puede conocer una regla que se decide en el futuro. La realidad, sin embargo, suele distanciarse de este desiderátum porque, por un lado, no es fácil saber qué reglas son aplicables, y, por otro, algunas decisiones legislativas y judiciales son de hecho retroactivas en cuanto a sus efectos económicos, y ello sin perjuicio de que la doctrina jurídica las considere o no propiamente retroactivas en términos legales o jurídicos. Para mayor complicación, puede ser deseado por las propias partes que el legislador modifique las reglas aplicables siempre que los cambios sean eficientes y consigan una mejor adaptación a las nuevas circunstancias.

Lógicamente, cuando surja una disputa, las partes intentarán imaginar cuál sería la decisión judicial en caso de que se decidieran a litigar. Esa eventual sentencia se basaría, a su vez, en las disposiciones legales vigentes y en los precedentes y jurisprudencia aplicables. Si esa decisión judicial es previsible para las partes en litigio, es más probable que, en vez de litigar, alcancen una transacción cercana a esa decisión judicial anticipada. Por este motivo, la previsibilidad de las sentencias es también parte fundamental de la seguridad jurídica.

En todo caso, al contratar según unas leyes determinadas y acoger su contrato a un determinado foro, las partes, por un lado, incorporan las reglas *dispositivas* vigentes, suscribiéndolas por defecto a menos que formulen expresamente condiciones que se separen de ellas. Por otro lado, eligen resolver sus disputas dentro de una jurisdicción, con lo cual también eligen un determinado procedimiento y unos jueces para "regular" su contrato, tarea que incluye desde decidir si existe o no un contrato que les obligue a llenar los vacíos en su contenido y aplicar las reglas *imperativas* que deben regirlo.

Dada la importancia que alcanza en los análisis posteriores, conviene aclarar la naturaleza de estas reglas dispositivas e imperativas: aquellas que, respectivamente, las partes pueden o no derogar a voluntad en el contrato. Por ejemplo, en un préstamo hipotecario es dispositiva la regla de responsabilidad universal del deudor, de modo que, si no se establece otra cosa en el contrato (como sería la "dación en pago"), el deudor seguiría siendo responsable con todos sus bienes incluso si el valor del bien hipotecado es inferior al de la deuda. Por el contrario, son imperativos muchos otros extremos de la contratación hipotecaria, como, por ejemplo, la necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad para alcanzar plenos efectos frente a terceros, así como las comisiones máximas o que sea el acreedor quien pague los gastos y el impuesto por actos jurídicos asociados a la transacción. Como trataremos enseguida, la lógica de ambos tipos de reglas es diferente, como bien ilustran ambos ejemplos: grosso modo, mientras que las reglas dispositivas reducen los costes de contratar en que incurren las partes, las imperativas intentan evitar externalidades negativas y reducir asimetrías informativas.

3.1. Racionalidad del Derecho dispositivo

Como hemos visto en el apartado precedente, contratar es costoso. Muchos contratos no tienen siquiera la entidad suficiente ni las partes suelen estar en

condiciones tales que les compense dedicar los recursos necesarios para definir de forma expresa cómo ha de adaptarse el contenido del intercambio en la variedad de posibles contingencias futuras. Una primera función del Derecho es proporcionar un contrato estándar dotado de un enorme grado de detalle, tal que aporte soluciones razonables para las contingencias más probables, mientras que, para las contingencias nuevas o menos probables, pueden confiar en la intervención judicial.

Los intercambios se efectuarán así de acuerdo con un contrato funcionalmente "completo" aunque las partes sólo hayan acordado expresamente los elementos más básicos del intercambio. Gracias a este apoyo jurídico, las partes no necesitan definir sendos conjuntos de contingencias y compensaciones. Pueden limitarse, en cambio, a adaptar el contrato estándar al que sometan la operación. El coste de contratar se reduce de forma notable y las partes utilizan contratos detallados sin necesidad de escribirlos ni tan siquiera conocerlos.

Conviene destacar sendas características de este Derecho dispositivo. Por un lado, idealmente, las partes deberían poder contratar en la ignorancia, sin conocer en detalle el contenido de sus derechos y obligaciones, confiando en la sensatez o eficiencia de su definición legal. La necesidad de que tanto las normas como su aplicación resulten previsibles justifica así en términos de eficiencia económica el objetivo de seguridad jurídica tan querido por el Derecho y la Economía. Por otro, el Derecho dispositivo se ha construido fundamentalmente mediante una racionalidad de tipo *evolutivo* que ha ido generando soluciones por prueba y error, más que como fruto de una racionalidad intelectual o científica (Hayek, 1960 y 1973-1979)[9]. En este sentido, los dos tipos de reglas legales, dispositivas e imperativas, responden a lógicas radicalmente distintas y plantean problemáticas diferentes.

3.2. Racionalidad del Derecho imperativo

Las reglas dispositivas son las únicas necesarias sólo si se dan dos condiciones: (1) que las partes del contrato estén bien informadas, de modo que saben mejor que nadie lo que les conviene, lo que se asegura el óptimo individual; y, además, (2) que, pese a los perjuicios que su actuación pueda causar a terceros (por ejemplo, la actuación de empresas competidoras), ese óptimo individual coincida con el óptimo colectivo.

En ausencia de algunas de estas dos condiciones, pueden ser necesarias reglas imperativas o, lo que es equivalente, que los jueces *regulen* el contrato aplicando soluciones distintas de las que puedan haber pactado las partes, incluida la de no reconocer la existencia del propio contrato. Al contrario que la regla dispositiva, que es modificable a voluntad de las partes cuando éstas así lo expresan en el contrato, la regla imperativa es de obligado cumplimiento, de modo que las partes no pueden alterarla ni excluirla. Si lo hicieran, el juez decidirá, eventualmente, de acuerdo con lo que establece la regla y no el contrato, por lo cual las partes sólo pueden evitar la regla imperativa si desarrollan mecanismos de incentivos que les comprometan efectivamente a no litigar.

---

[9] En la medida en que esta concepción evolutiva se refiere al Derecho dispositivo, se desvirtúa la crítica de Posner (2007, pp. 259-60) pues, al basarse ésta en la necesidad de regular externalidades, trata del Derecho imperativo. Tema distinto es, aun dentro del Derecho dispositivo, la necesidad conjugar el papel de los diversos "motores" evolutivos: como todo proceso de evolución cultural, la evolución del Derecho no se basa sólo en "mutaciones" aleatorias por simple prueba y error en un entorno competitivo sino también en las decisiones intencionales que toman, en este caso, tanto los contratantes como los jueces.

Por tanto, mientras que la regla dispositiva busca reducir el coste en que incurren las partes para contratar, proporcionándoles una solución estandarizada a sus problemas más comunes, la regla imperativa evita fallos en la contratación libre, ya se deriven de déficits en la racionalidad de los contratantes o de que la libre contratación origina efectos externos. Por un lado, los fallos en la racionalidad pueden deberse a muchas causas, como (1) la falta de capacidad de los contratantes (por ejemplo, cuando éstos son menores de edad o cuando el legislador les supone poco competentes, como sucede en la ventas a domicilio); (2) carencias y asimetrías informativas (por ejemplo, contratar con base en una mentira de la otra parte, que se conduce así de forma fraudulenta); o (3) la falta de libertad efectiva para contratar (si, por ejemplo, existen coacciones o un estado de necesidad o fuerza mayor). Por otro lado, los efectos externos se producen cuando la contratación y consiguiente actividad económica incurre en costes o produce beneficios que, respectivamente, no pagan o no cobran las partes. En el lado de los costes tenemos, por ejemplo, el consumo gratuito de recursos naturales comunes, como la pesca oceánica y el aire limpio. Un ejemplo de externalidades positivas es el asociado a la vacunación, cuyo beneficio social es muy superior al individual pues contribuye a erradicar la enfermedad. Asimismo, desde un punto de vista que enfatiza como origen de toda externalidad la indefinición de los derechos de propiedad, con la consiguiente presencia de costes de transacción que impiden contratar a los afectados, debemos incluir dos tipos especiales que, por su tipicidad, suelen tratarse por separado: el monopolio y los bienes públicos.

Conviene señalar que la regla imperativa será o no conveniente desde el punto de vista social dependiendo de cuáles sean sus efectos en la correspondiente situación real: en principio, nada garantiza que el remedio imperativo sea mejor o peor que el fallo que intenta corregir. Sin embargo, esta comparación de realidades empíricas, central en el análisis de Coase (1960), tiende a ser marginada, dando primacía de forma implícita a las posibilidades del legislador y el juez imperativos. Por ejemplo, Cooter y Ulen justifican la regulación del contrato por los jueces (regulación que cabe extender a la promulgación de reglas imperativas) en los términos siguientes:

> Los tribunales deben llenar los vacíos con términos dispositivos eficientes. La existencia de costes de transacción también puede causar externalidades, déficit de información o monopolio. Graves imperfecciones pueden causar que fallen los mercados y hacer que sea necesario regular los contratos. *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, énfasis en el original).

Al omitir la posibilidad de fallos en la regulación, esta presentación del problema corre cierto riesgo de sesgar el análisis en contra de la libertad contractual, pues invita a suponer que la intervención judicial y legislativa es eficiente o al menos eficaz. En realidad, debemos ser igual de escépticos respecto a las posibilidades de alcanzar la perfección en el funcionamiento del *mercado* como en la *política* (englobando este término la actuación institucional mediante legislación y sentencias judiciales): tanto el mercado como la política están gobernados por decisores egoístas e ignorantes, por lo que ambos suelen fallar y sus fallos dependen de las circunstancias informativas, organizativas e incluso culturales en las que operan. Teniendo como objetivo esta comparación de realidades imperfectas, los apartados siguientes analizan algunos de los fallos característicos de la regulación contractual.

3.3. Posibles ineficiencias del ordenamiento jurídico

Las creaciones humanas rara vez responden en su integridad a una lógica de eficiencia, sobre todo a corto plazo, y el Derecho no es una excepción. Las imperfecciones de los procesos legislativo y judicial los convierte en instrumentos útiles para apropiar rentas, sin que importe mucho a sus receptores el que se desvirtúe con ello su finalidad facilitadora, convirtiéndolas así en un lastre para la contratación privada, el intercambio y, en suma, la especialización productiva (por ejemplo, North, 1990, pp. 59-60).

Incluso ciñéndonos al Derecho dispositivo, cuya consideración como fruto de una racionalidad evolutiva lleva a pensar que sus reglas tiendan a la eficiencia, su producto es compatible, como todo proceso evolutivo, con la presencia de soluciones ineficientes. Sucede así, especialmente, en el corto plazo, ya sea por error, *path dependency* u obsolescencia.

Pero la ineficiencia de las reglas es más probable en el ámbito del Derecho imperativo, pues sufre la posibilidad adicional de que, tanto en el terreno legislativo como en el judicial, se tomen decisiones ineficientes fruto de la pelea redistributiva. Con todo, si bien la racionalidad intelectual y los problemas de acción colectiva son importantes en las normas jurídicas, es de esperar que la supervivencia de éstas a largo plazo, constituyendo un corpus jurídico estable, esté regida, aunque sea de manera imperfecta, por una lógica de adaptación competitiva. Sólo en la medida en que así ocurra, podemos confiar en que su contenido sea eficiente.

Pensando en el ordenamiento español, cabe formular la hipótesis de que estos fallos suelen traducirse, sobre todo, en un *exceso de normas contractuales imperativas* acompañadas de un exceso de regulación contractual por los tribunales (apartado 3.3.1). Asimismo, es posible que también padezcamos un *defecto de normas dispositivas*, en especial cuando éstas requieren algún tipo de intervención legislativa dirigida a codificar prácticas o establecer estándares (3.3.2). Si estoy en lo cierto, en ambos casos se estaría sacrificando el óptimo social a los intereses privados de los individuos. En el primer caso, al de los contratantes; en el segundo, más discutible, al de los intermediarios.

3.3.1. La hipótesis del exceso de normas imperativas

Señalaba hace años un informe del Círculo de Empresarios, la "aún no superada tendencia al excesivo intervencionismo de las administraciones, con su propensión a sustituir la libre voluntad de las partes por un sin fin de regulaciones imperativas. La legislación laboral y la de arrendamientos urbanos son, entre otros muchos, claros ejemplos de ello, con sus inevitables secuelas de generación de desempleo y de escasez de viviendas en alquiler respectivamente" (Círculo de Empresarios, 2003, p. 3). Dieciséis años más tarde la situación no parece haber cambiado, de acuerdo con las estimaciones empíricas[10], quizá porque los valores dominantes en la sociedad española

[10] Véase, por ejemplo, Mora-Sanguinetti y Salvador (2016), quienes suponen, como buena parte de la literatura, que todas las restricciones normativas tienen efectos negativos en la economía, sin prestar atención a que las reglas imperativas en que se concretan tales restricciones pueden, en principio, ser o no eficientes. Bajo esta premisa, y tras analizar la posición de España al respecto, concluyen que nuestra regulación es excesivamente restrictiva, si bien en un grado no muy diferente a la mayoría de países de la OCDE. Además, apuntan que la aparente convergencia de

siguen siendo intervencionistas (Arruñada, 2020c). Uno de los mecanismos que contribuyen a introducir un exceso de normas imperativas es que, al ser aplicadas de forma que, de hecho, resulta retroactiva, permiten camuflar la redistribución de riqueza en los contratos vigentes (Arruñada, 2020d). Veamos cómo puede funcionar este mecanismo.

El interés de los contratantes en reglas retroactivas ineficientes

Un origen de importantes ineficiencias en el ordenamiento jurídico se deriva de que las partes del contrato pueden incumplir impunemente sus obligaciones si logran modificar o reinterpretar las reglas aplicables al mismo. Sucede así, por ejemplo, cuando un deudor consigue hacer más difícil que su acreedor pueda cobrarle su deuda. En casos como éste, es esencial distinguir los efectos privados y sociales. Por un lado, desde el punto de vista privado, se produce una transferencia de riqueza: una de las partes que ha suscrito el contrato obtiene un beneficio a costa de la otra. Por otro lado, el efecto más importante es, sin embargo, de carácter indirecto y colectivo: las partes de los futuros contratos se verán obligadas a emplear condiciones ineficientes o a dedicar recursos para sortear las leyes, todo lo cual reducirá su interés en contratar y acabará desperdiciando posibilidades de especialización productiva. Como consecuencia de ello, los deudores potenciales que presenten peores perfiles de riesgo pueden encontrar crecientemente difícil obtener crédito.

Pese a la importancia de esta distinción, muchos análisis económicos de la regulación contractual suelen omitir toda referencia a los diferentes efectos que ejercen los cambios normativos sobre los contratos vigentes (efectos redistributivos cuando introducen normas retroactivas) y sobre los contratos futuros (posibles efectos en la eficiencia, tanto relativa al número de transacciones como a las ganancias del intercambio de cada una de ellas)[11]. Al centrarse en los efectos sobre los contratos futuros olvidan el efecto negativo derivado de la propia retroactividad para la seguridad jurídica de toda la contratación y marginan la motivación redistributiva que inspira muchas modificaciones normativas.

Efectos de sobreproteger a la "parte débil" del contrato

Numerosas reglas imperativas de nuestro ordenamiento legal pretenden proteger a la parte supuestamente débil o vulnerable del contrato (trabajador, consumidor, socio minoritario, etc.). Por desgracia, también cabe pensar que, sin que sea esa su intención, a menudo prefiguran términos contractuales que de hecho reducen las ganancias totales del intercambio, lo que puede acarrear notables consecuencias negativas, como son potencialmente las siguientes:

Desaniman la contratación y, con ella, la especialización productiva. Este efecto ayuda a explicar, por ejemplo, el menor tamaño y carácter artesanal del mercado de

estos indicadores entre países esconde realmente las limitaciones de los propios indicadores, por no contemplar éstos el grado de aplicación, ejecución o *enforcement* de las reglas ni la existencia de regulaciones sub-estatales (de gran importancia en España), y por centrarse en una pocas reglas, olvidando las relativas a otras áreas, como las de quiebras y competencia. Cabe señalar que, en el ámbito económico se suele pensar este problema en términos de regulación (por ejemplo, licencias de funcionamiento) más que de Derecho Civil contractual; pero ambos ámbitos están sujetos a problemáticas diferentes y en el ámbito contractual, no existen indicadores fiables.

[11] Por ejemplo, López y Llanos (2020) analizan la regulación de los mercados de alquiler de viviendas sin mencionar que las nuevas normas, en la medida en que son retroactivas, redistribuyen riqueza en los contratos de alquiler vigentes (de ahí posiblemente tanto *lobby* legislativo), mientras que generan probablemente graves ineficiencias en los contratos futuros.

alquiler de viviendas[12], así como buena parte de los problemas que sufre nuestro mercado de trabajo. El desempleo es su consecuencia principal pero hay otras, como el predominio del autoservicio en las actividades con empleo reglado (como sucede, por ejemplo, en gasolineras o cines), en claro contraste con aquellas otras en las que el trabajo permanece en economía más o menos sumergida o se ejerce por autónomos (fontanería) o bien disfruta de un régimen especial, extraordinariamente liberal (es éste el llamativo caso del servicio doméstico, una auténtica isla de mercado libre dentro de uno de los sistemas laborales más regulados de Europa [véase el Caso 9]).

Obligan a aplicar costosas fórmulas de salvaguardia. Sucede así también en el alquiler de viviendas, con el uso de depósitos y técnicas de selección cuyo principal coste quizá sea la exclusión de todos aquellos arrendatarios que no pueden ofrecer suficientes garantías. Son éstos, generalmente, los de condición más humilde, lo que parece un efecto no por imprevisto menos regresivo de este tipo de norma.

Animan el traslado de transacciones a otras jurisdicciones, tanto legales como geográficas. Sucede así, por ejemplo, con la huída que suelen causar las regulaciones restrictivas del contrato de trabajo desde el derecho laboral al derecho civil[13], la cual ha comportado que en España se hayan fragmentado sectores enteros de actividad, como la construcción (González-Díaz et al., 1998) y el transporte de mercancías por carretera (Arruñada et al., 2004). Un ejemplo de traslado geográfico es el de la aerolínea Ryanair, cuyos contratos laborales estaban —para bien o para mal— sujetos a la legislación irlandesa, con lo que obtenía una notable ventaja competitiva, la cual aparentemente compartía con sus clientes al ofrecerles precios inferiores.

Favorecen la pasividad de las partes definidas como "débiles". Un efecto común de la protección legal es que los protegidos dediquen menos recursos a informarse y protegerse por sí mismos. El ejemplo característico es el aseguramiento público de todo tipo de riesgos, desde los depósitos bancarios a las inundaciones. Crecientemente, surge este efecto como consecuencias de la regulación que intenta proteger a los consumidores, la cual, al generar una actitud cada vez más pasiva, podría requerir nuevas reglas aún más proteccionistas (pensemos en la legislación sobre préstamos hipotecarios sobre vivienda).

Exacerban el conflicto entre distintos tipos de miembros de la clase contractual supuestamente "débil". Cuando contratos entre partes de desigual tamaño (vendedor y consumidores, empleador y empleados, franquiciador y franquiciados, fabricante y concesionarios, acreedor y deudores, arrendador y arrendatarios, aseguradora y asegurados, etc.) son regulados mediante reglas imperativas que pretenden proteger a la parte supuestamente débil (consumidor, empleados, franquiciados, concesionarios, deudores, arrendatarios, asegurados, etc.), se supone implícitamente que esta parte débil es homogénea en cuanto a sus características contractuales y, en particular, que ninguna de sus subclases suele comportarse de forma oportunista. En realidad, sin embargo, las reglas suelen prohibir cláusulas que, al evitar el oportunismo de alguna subclase de esos

---

[12] Los estudios econométricos confirman que el control de los alquileres transfiere riqueza a los inquilinos *actuales* pero reduce la oferta de vivienda en alquiler e incrementa los precios a largo plazo, por lo que perjudica a los inquilinos futuros (Diamond et al., 2019). Mora-Sanguinetti (2011) analiza la regulación española en su contexto europeo.

[13] Véanse, por ejemplo, los efectos de las restricciones al despido en los Estados Unidos en Autor (2003). Más en general, Kumar *et al*. (1999) observan en Europa una correlación positiva entre la eficiencia judicial y el tamaño de la empresas.

contratantes débiles, podrían estar beneficiando a la mayoría de ellos. Por ejemplo, si los consumidores tienen derechos ilimitados a devolver la mercancía comprada y una parte de ellos abusa de ese derecho, el coste de esas devoluciones abusivas será pagado por todos los demás consumidores. Lo mismo sucede con las demás subclases de partes débiles, cuyos miembros menos oportunistas acaban pagando la ineficiencia que originan unas reglas a menudo ignorantes de que, en condiciones de competencia, tales cláusulas disciplinarias se habían introducido en el contrato en beneficio, no de la parte fuerte, sino de los miembros menos oportunistas de la parte débil.

Favorecen el desarrollo de sectores dedicados a capturar rentas. A la sombra de muchas de estas regulaciones, buena parte de la actividad empresarial se dirige, no a producir, sino a capturar rentas. En nuestro país, ha sido notable en las últimas décadas el crecimiento experimentado por la abogacía oportunista que, presuntamente, se disfraza a veces como defensa de los consumidores para disfrutar de subvenciones y privilegios procesales, cuando no para la extorsión y el chantaje reputacional, como puso de relieve el "caso Ausbanc" (Pérez, 2017)[14].

3.3.2. La hipótesis del déficit de normas dispositivas

Se producen también fallos en el sistema jurídico por un desarrollo insuficiente o inadecuado de las leyes. En este sentido, el origen del problema posiblemente se encuentra, más que en la búsqueda de rentas por los contratantes, en el interés de los intermediarios y proveedores de servicios contractuales.

Posibles intereses privados en el déficit de normas dispositivas

Por un lado, se observa en ocasiones que los intereses creados sostienen con vida normas obsoletas, en alguna medida porque el capital humano de los expertos y demás intermediarios que operan al abrigo de tales normas se deteriora cuando dichas normas se modifican o derogan. Por otro lado, origina un conflicto potencial de intereses el que los intermediarios que participan en calidad de expertos en la elaboración de las leyes también proporcionen a menudo los servicios que son necesarios para contratar en el ámbito de esas mismas leyes, incluyendo entre ellos los dirigidos a reducir el rigor interpretativo de las agencias reguladoras.

En este sentido, puede existir una asimetría radical en los incentivos de los expertos según que las normas tengan carácter dispositivo o imperativo, pues tanto el exceso de normas imperativas como el déficit de normas dispositivas podría beneficiar a expertos e intermediarios. El motivo reside en que ambos fallos incrementan la demanda de sus servicios, en la medida en que éstos faciliten la contratación ex ante y la litigación ex post por ser complementarias de las normas imperativas y sustitutivas de las normas dispositivas.

---

[14] Supuestamente, esta Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios incurría en numerosos delitos: "La Fiscalía considera que Ausbanc, que fue desmantelada en la Operación Nelson en abril de 2016, se dedicaba a extorsionar a bancos y cajas de ahorro, a las que amenazaba con acciones legales o campañas de desprestigio en sus medios de comunicación. Las entidades, casi con la práctica excepción de BBVA, accedían a los pagos, que se camuflaban como inserciones publicitarias en las revistas de Ausbanc, como estudios de mercado o como patrocinio de jornadas y eventos. La asociación de Luis Pineda completaba sus ingresos —que después eran desviados a cuentas en paraísos fiscales— gracias a las subvenciones públicas, que sumaron 5,99 millones de euros entre 2004 y 2014" (Pérez, 2017).

Sirven de ejemplo a este argumento las leyes de sociedades, las cuales han experimentado cambios sustanciales, con una proliferación desproporcionada de las normas imperativas respeto a las dispositivas. Esta imperatividad se ha introducido incluso en ámbitos en los que tiene difícil justificación, como es el de la Ley de sociedades limitadas. Por tratarse, al contrario que las sociedades "abiertas", de sociedades "cerradas" que no venden valores al público, es improbable que generen efectos externos cuya presencia pudiera justificar reglas imperativas. Sin embargo, nuestra Ley de sociedades de capital establece una larga lista de reglas imperativas para todo tipo de sociedades (como es, por ejemplo, el que no se les permita pactar la libre transmisibilidad de las participaciones o se las obligue a depositar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil)[15].

Sin que con ello se pretenda afirmar una relación causal, merece la pena considerar los beneficios que puede originar dicho desequilibrio normativo entre reglas imperativas y normativas. Por lo que respecta al superávit en lo imperativo, éste incrementa, por un lado, la demanda de servicios jurídicos para rodear la letra y hasta el espíritu de la ley. Proporciona un sencillo ejemplo la prohibición, vigente desde 1951, de que las sociedades anónimas emitan acciones de voto plural (aquellas que otorgan al titular más votos de los que representa su participación en el capital social). La regla es ineficaz porque, para evitarla, cabe incluso emitir acciones con derechos *económicos* desiguales, pues el legislador definió la regla en términos de capital nominal, y ello a pesar de que la proporcionalidad real entre derechos económicos y políticos se rompe tanto al reducir derechos políticos como al aumentar los económicos. Usaron esta vía, en su día, grandes sociedades como Abengoa o Amadeus. (Véase el Caso 10). Sin embargo, como en otros países que prohíben las acciones de voto plural, el subterfugio más común es interponer sociedades (OECD, 2019, pp. 83-85), creando una "pirámide": si la Sra. X posee el 51% del capital y ostenta el 51% de los votos en la sociedad A y, a su vez, ésta posee el 51% del capital y votos de la sociedad B, la Sra. X controla el 51% de los votos de B con sólo el 26,01% = (51% x 51%) de su capital. Esta "piramidación" requiere un mayor gasto en servicios jurídicos, no sólo para crear la pirámide sino también, de forma recurrente, para el tráfico mercantil de las sociedades que la integran, pues los requisitos normativos sobre conflictos de interés suponen un coste importante para las matrices cuando han de acometer decisiones de inversión y reestructuración (Easterbrook y Fischel, 1982; Paz-Ares, 2019). Además, éste de la proporcionalidad de capital y voto no es el único caso en que normas triviales generan costes reales. En este mismo terreno de la legislación de sociedades, algunas de las normas relativas al "mantenimiento del capital", pese a basarse en magnitudes contables carentes de contenido económico, pueden incluso activar de forma automática decisiones concursales prematuras[16].

Posibles efectos del déficit de normas dispositivas

Por otro lado, la relativa carencia de normas dispositivas genera varios efectos menos visibles pero igual de importantes. También en el terreno societario, sobresalen las dificultades observadas para establecer unos estatutos societarios estándar, o el que no se permita la constitución de sociedades mediante remisión legal y sin estatutos, que es una práctica común en muchos países, incluida España respecto a sociedades

[15] Sobre lo poco razonable que es la regulación de las sociedades limitadas, véase Paz-Ares (1997).

[16] Sobre el excesivo énfasis que suele otorgar la ley al capital, incluso en los Estados Unidos, véase Manning y Hanks (1990). Sobre el carácter trivial de buena parte del derecho de sociedades, véase Black (1990).

colectivas y comanditarias (Arruñada, 2010, pp. 231-33). Todos estos ejemplos comparten el que las partes han de utilizar en mayor medida otras soluciones para completar sus contratos. Es probable, por ello, que la demanda de servicios jurídicos tienda a aumentar en la medida en que tales soluciones hagan un mayor uso tanto de contratos explícitos ex ante como de litigación ex post. En el caso de los estatutos sociales, incrementa la demanda de servicios notariales para reproducir en las escrituras minutas estatutarias preestablecidas, las cuales suelen repetir literalmente los textos legales, incluidos los defectuosos estatutos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE), todo lo cual genera costes en términos de papel, supervisión registral y errores de toda índole; pero permite aumentar la retribución notarial, que en este tipo de escritura aún se basa parcialmente en el número de folios escriturados (que, tal vez por ese motivo, suelen también disponerse con grandes letras y amplios márgenes).

Por último, la abundancia de reglas imperativas también puede afectar de forma diferente a la demanda de los juristas, pues cabe pensar que reduce el valor del jurista experto respecto al mediocre: en ausencia de reglas imperativas, una función del experto puede ser la de garantizar la eficacia de las cláusulas contractuales que se separen de la regla dispositiva. Es un efecto discutible, no obstante: la presencia de dichos juristas más cualificados es menos necesaria cuando el contrato incorpora dichas reglas dispositivas.

4. La Justicia como facilitador de la actividad económica

4.1. Los mecanismos institucionales para "hacer cumplir" el contrato

Las partes no contratan en el vacío, sino dentro de un sistema jurídico. Por ello, pueden y, con frecuencia, les resulta inevitable recurrir a un tercero para que éste dirima ex post sus conflictos, defina sus obligaciones y las haga cumplir. Ese tercero suele ser un especialista: un juez que forma parte del complejo sistema judicial a través del cual actúa uno de los tres poderes, junto con el legislativo y el ejecutivo, entre los cuales se divide la actuación del Estado en las sociedades modernas.

Como sucede con todo tipo de institución, la intervención judicial puede ser más o menos eficaz. En principio, la posibilidad de recurrir a un juez habría de facilitar la contratación: además de asegurar que las partes cumplan sus obligaciones, al solucionar los conflictos, el juez viene a llenar ex post los huecos que no hayan especificado ex ante. De este modo, si se asegura la independencia y el poder coactivo del juez, las partes necesitarán especificar menos condiciones ex ante y además estarán más seguras de que todas ellas cumplirán sus obligaciones.

Sin embargo, las decisiones judiciales también pueden verse afectadas por la ignorancia, las preferencias o incluso los intereses del propio juez. Si así ocurre, sería incluso concebible que las partes contratasen más fácilmente si no pudieran litigar ante el juez. No obstante, suele ser costoso, y a menudo imposible, contratar de tal modo que las partes queden efectivamente comprometidas a no litigar. Si se limitaran a incluir una cláusula al respecto, el juez la consideraría nula, por lo que su compromiso debe derivarse del propio interés de las partes, mediante mecanismos que son costosos de estructurar y ofrecen una eficacia dudosa. Además, con frecuencia, las partes no están siquiera en situación de poder elegir ante qué sistema judicial desean dirimir sus litigios, pues esta elección requiere movilidad, por lo que es poco menos que imposible para las relaciones laborales y los inmuebles, amén de que, puesto que incurre en costes fijos, resulta ruinosa para asuntos de escasa cuantía.

Por lo demás, el juez contribuye a hacer cumplir las obligaciones contractuales de forma explícita, al ejecutar sus decisiones. Pero también lo hace de forma implícita, al animar el cumplimiento voluntario en previsión de una decisión judicial aún más costosa. Es especialmente difícil juzgar el valor social de esta intervención implícita: si contemplamos, por ejemplo, que un determinado sistema judicial exhibe numerosos fallos en su actuación explícita, resulta tentador pensar que su contribución social pueda ser negativa. Ese juicio, sin embargo, sería erróneo sin atender a los efectos implícitos de su existencia, como bien puso de relieve George J. Stigler en relación con la regulación económica. En general, "la certidumbre del Derecho debe juzgarse por las disputas que no se litigan porque el resultado es prácticamente seguro en cuanto se las analiza. Son los casos que nunca van a los tribunales, no los que sí van, los que miden la certidumbre del Derecho" (Hayek, 1960, p. 183).

4.2. Cómo desean los contratantes que actúe el juez

Para valorar el funcionamiento de la Justicia en el ámbito económico, empezaremos por analizar cómo desean las partes de un contrato que actúe el juez. Si suponemos de entrada, para simplificar, que se trata de un contrato que las partes suscriben con plena capacidad y que no genera efectos externos sobre terceros, parece lógico reformular la

pregunta en términos de *qué reglas de decisión desean las propias partes que utilice el juez*.

Bajo estos supuestos, es razonable que el juez supla la falta de acuerdo expreso entre las partes empleando, por un lado, lo estipulado de forma genérica por las leyes, la jurisprudencia y la costumbre. Es probable que, al proceder así, obedezca a la voluntad de las partes, puesto que a éstas cabe suponerlas bien informadas del contenido de las leyes (compuesto, idealmente, por reglas dispositivas salvo cuando regulen efectos externos). Cuando menos, las partes tienen incentivos para informarse debidamente de dicho contenido, de modo que si éste no coincide con sus deseos pueden expresar en el contrato condiciones alternativas.

Por otro, para llenar los vacíos que aún puedan subsistir, es lógico que el juez indague cuál hubiera sido la "voluntad hipotética de las partes" en el caso de que hubieran estipulado una solución de forma expresa para la correspondiente contingencia. (Entiendo aquí esta voluntad hipotética en su sentido más general, para todo tipo de vacíos, sin constreñirla a la función de desentrañar la voluntad real que se esconde en lo expresado literalmente en el contrato). Como es probable que las partes hubieran convenido un arreglo tal que generase incentivos eficientes, conducentes a maximizar las ganancias del intercambio, basta así con que el juez descubra esa solución eficiente para que, al hacerlo, también averigüe dicha voluntad hipotética de las partes[17].

Nótese que la voluntad relevante es la del momento de contratar, pero que las reglas han de aplicarse, sin embargo, a posteriori, tras resolverse la incertidumbre y producirse la litigación. Esta decisión en términos de eficiencia lleva, pues, a establecer reglas prospectivas:

> El juez debe privilegiar, en el desempeño de su cargo, la función normativa; su preocupación esencial ha de ser la de formular una regla jurídica aplicable al caso que enjuicia, pero generalizable a cualquier otro que presente la misma estructura. Si pone el énfasis en ese aspecto de su ministerio, el juez adoptará una visión prospectiva, que le llevará a preguntarse por la regla que sería razonable que existiese antes de que se produjesen los hechos (…) En una palabra, se sentirá inclinado a hacer juicios de eficiencia. La necesidad de crear una norma susceptible de ser universalizada le obligará a desentenderse de los méritos y de las necesidades personales de las partes, y a centrarse en los incentivos que la directiva establece. El resultado estará muy próximo a aquél que de antemano habrían pactado las partes de la transacción, cuyo interés —nos referimos naturalmente al interés común— se asocia a la creación del mayor surplus posible (Paz-Ares, 1995, p. 2847).

Visto desde esta perspectiva contractual, parece lógico entender que el juez falla en su actuación cuando se desvía de la pauta que acabamos de describir. Cabe conceptuar dicho fallo como una manifestación del típico problema "principal-agente" sobre el que gira buena parte de la teoría de incentivos. Como señalaba el juez Posner, los correspondientes "costes de agencia" podrán tomar la forma no sólo de que el juez exhiba una baja productividad, sino de que ejerza su tarea buscando satisfacer sus

[17] Posner (1992, pp. 249-53) y Cooter y Ulen (2016, pp. 412-14) contienen sendas introducciones sobre la eficiencia del *Common Law* anglosajón. Sobre la interpretación judicial de los contratos, véase Shavell (2004, pp. 301-304).

propias preferencias, incluidas las de tipo ideológico, en lugar de lo estipulado por el legislador[18]:

> La independencia judicial es un ejemplo notable de costes de agencia, aunque distintos de los que se encuentran en las empresas. Los intereses ideológicos característicos de la toma de decisiones judiciales contrastan con los intereses estrictamente financieros de las empresas, e implican que los costes de agencia judiciales tomarán la forma no sólo de evasión (preferencia por el ocio o, lo que es equivalente, aversión al esfuerzo), sino también de "sabotaje". Es decir, los jueces tenderán a redefinir la misión de la Justicia para que coincida con sus objetivos ideológicos personales en lugar de aquellos de los legisladores cuya obra los jueces se supone que interpretan y aplican neutralmente. (Posner, 2010, p. 28).

Es lógico que, en principio, las preferencias e incluso la propia posición del juez en la actividad económica influyan en sus decisiones. Por ejemplo, se ha llegado a sugerir que la tendencia a que numerosas sentencias sean favorables a los arrendatarios de viviendas pudiera tener su origen en que los jueces suelen serlo ellos mismos, debido su necesidad de cambiar de domicilio con cierta frecuencia (Cabrillo y Pastor, 2001, p. 84). En esa misma línea, cabría preguntarse hasta qué punto durante la crisis económica que se inicia en 2008 las sentencias en materia de préstamos hipotecarios pueden haber sufrido cierta influencia por la posición deudora de algunos de los jueces que las estaban tomando. (¿Podría o, acaso, debería haber sido motivo suficiente para recusarles?).

Más en general, algunos análisis han acusado recientemente a nuestra judicatura de comprometer la seguridad jurídica por su creciente activismo, intensificado tras la crisis económica, ya que un número creciente de tribunales habría forzado la interpretación de las leyes para satisfacer sus criterios de justicia material, a menudo basándose en argumentos económicos faltos de rigor (Círculo de Empresarios, 2018, p. 18; Gomá, 2016). En algunos casos, este activismo se argumenta que habría llegado al extremo de realizar interpretaciones "correctivas" de las leyes de reforma introducidas con el fin de responder a la crisis económica, desvirtuando así buena parte de su eficacia (Círculo de Empresarios, 2018, p. 18). Parece haber sido éste el caso, en concreto, de la ampliación de las causas económicas de despido en la reformas laborales de 2010 y 2012[19]. Es revelador a este respecto el comunicado emitido por la asociación Jueces para la Democracia (2012) al promulgarse la reforma laboral de 2012. El comunicado es notable no sólo por su contenido[20], sino porque esta reforma se limitaba a acercar nuestro marco legal a los de la mayoría de países europeos[21], y porque entre los

---

[18] Véase el análisis de Gomá (2016), quien critica con numerosos ejemplos la evolución reciente de nuestra judicatura, señalando una doble tendencia de "autopolitización", en parte contrapuestas, hacia el debilitamiento del principio de legalidad y hacia la jurisprudencia pretendidamente inamovible y vinculante.

[19] Véase, por ejemplo, Jimeno et al. (2020) quienes documentan cómo, tras las reformas de las causas de despido en 2010 y 2012, "la probabilidad media de que un despido fuera considerado procedente por un juzgado de lo laboral no aumentó significativamente, *a pesar de la ampliación de las causas económicas de despido*" (p. 11, énfasis añadido).

[20] Además de contener aseveraciones infundadas sobre las consecuencias de la reforma y sobre que ésta situaba a España al margen de sus compromisos internacionales, llaman la atención otros dos puntos de ese comunicado. Primero, su reivindicación del monopolio judicial cuando reclama conservar "las facultades del juzgador para valorar la finalidad y/o razonabilidad de la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, eliminando los elementos de causalidad finalista". En segundo lugar, los jueces firmantes se ven a sí mismos, no como árbitros imparciales de las relaciones laborales, sino como "garantes de los derechos fundamentales de los trabajadores". Sobre esta base, no es de extrañar que terminen afirmando su insólita oposición al legislador: "Seguiremos sin duda en esa línea, obviando las muestras de desconfianza del legislador materializadas en las reformas introducidas a la ley procesal".

[21] Resulta de interés comparar la opinión de estos jueces con la valoración de la reforma que efectuaban en esos momentos los expertos. Véanse, por ejemplo, Bentolila (2012), y Bentolila y Jansen (2012).

expertos existe relativo consenso de que sus efectos han sido beneficiosos[22]. En concreto, se ha estimado que, si la reforma se hubiera introducido en 2008, en los diez años posteriores no se hubieran destruido 1,8 millones de puestos de trabajo, de modo que al final de 2017 el desempleo hubiera sido del 9 en vez del 17 por 100 (Doménech et al., 2018).

Con base en esta experiencia, sigue siendo pertinente la advertencia que efectuaban Cabrillo y Pastor hace ya varias décadas:

> Con frecuencia se critica al legislador por adoptar una actitud excesivamente intervencionista en la regulación de muchas relaciones contractuales que seguramente serían más eficientes si quedaran al arbitrio de las partes. Pero si el legislador español optara finalmente un día por una reforma verdaderamente liberalizadora del Derecho privado, los beneficios de las nuevas leyes —o la derogación de numerosas leyes reguladoras que no han hecho otra cosa sino violar los viejos principios del Código Civil— serían mucho mayores si fueran aplicadas por jueces que entendieran cómo funcionan los mercados y asumieran como propia la idea de que esta liberalización será fundamental para nuestro progreso económico (Cabrillo y Pastor, 2001, p. 85).

Con estas consideraciones en mente, el Caso 11 propone una discusión sobre la supuestamente escasa o al menos decreciente adaptación que existe entre, por un lado, los mecanismos tradicionales que aún utilizamos para seleccionar y nombrar a nuestros jueces y el creciente grado de discrecionalidad que disfrutan en sus decisiones.

4.3. Posibles fallos judiciales

En la práctica, todos los sistemas y agentes pueden fallar en sus decisiones. Por ello, un análisis comparativo riguroso debe plantear la discusión no sólo sobre estos fallos judiciales sino también sobre si se cumplen o no los supuestos (capacidad, ausencia de efectos externos) que justifican un mayor respeto a la voluntad contractual de las partes como socialmente óptima, y cuya supuesta ausencia utiliza a menudo el juez para restar validez al contrato o alejarse de su interpretación literal.

Sobre esta base, discutiremos a continuación cuatro posibilidades genéricas e interrelacionadas de fallos judiciales, consistentes en que falle el juez por: (1) no identificar el oportunismo judicial de las partes, (2) considerar criterios de justicia material, (3) impedir la actuación parajudicial de las partes y (4) establecer de forma subrepticia reglas retroactivas ineficientes.

4.3.1. Deficiente identificación del oportunismo judicial de las partes

Las soluciones judiciales y arbitrales, consistentes en que la sociedad o las partes faculten a un tercero (juez o árbitro) para resolver los conflictos que se planteen en los intercambios, precisando cuáles son las obligaciones de las partes y haciendo que las cumplan, constituye tanto una solución como una fuente adicional de problemas. En particular, proporciona una nueva posibilidad de incumplimiento si las partes manipulan al juez para que éste decida a su favor tras haber apreciado indebidamente los méritos

[22] Véase OECD (2014), García-Pérez (2016) y Doménech et al. (2018): la reforma no sólo aumentó la competitividad y el empleo, sino que favoreció la igualdad de rentas sin generar efectos negativos sobre el riesgo de pobreza (Stepanyan y Salas, 2020).

del caso. La existencia del juez incentiva así a las partes a dedicar recursos tanto para conseguir como para evitar dicha manipulación.

Por ello, los sistemas judiciales suelen establecer mecanismos que intentan proteger al juez contra este tipo de influencias y asegurar su independencia. Por ejemplo, procuran evitar que el juez incurra en sesgo retrospectivo *(hindsight bias)* que le lleve a basar su decisión en un eventual desequilibrio de las compensaciones entre las partes a la hora de cumplir sus obligaciones sin tener en cuenta que el equilibrio relevante es, en su caso, el que se existía al firmar el contrato, momento en el que las partes contemplaron todas las posibles situaciones futuras y no solo la que finalmente se haya concretado[23]. (El Caso 12 discute un supuesto de posible sesgo retrospectivo).

4.3.2. Prioridad de la justicia material a costa de la injusticia sistémica e impersonal

La realización de ideales de justicia mediante decisiones judiciales sobre casos particulares puede entrar en conflicto con la seguridad jurídica y la eficiencia económica, e indirectamente, con un ideal más sistémico, racional e impersonal de justicia. Puede suceder así cuando, en aras de soluciones particulares que, de forma más bien intuitiva y emocional, el juez considera justas, su sentencia perjudica el logro de esos mismos objetivos de justicia a escala general. Constituye una versión de esta tendencia la convicción mantenida por algunos jueces respecto a que su función se limita a "hacer justicia" en el caso concreto, sin tener en cuenta (o incluso con el deber de no tener en cuenta) los efectos que entrañará su sentencia para terceras personas: las consecuencias sistémicas de sus decisiones.

El caso más frecuente es quizá del tipo en que la solución que cree "justa" de un caso particular favorece a la parte débil del contrato; pero, como consecuencia, las partes débiles de futuros contratos sufren una reducción y empeoramiento de sus posibilidades y condiciones contractuales. Sirva como ejemplo el pleito por impago que un acreedor acaudalado presenta contra un deudor con mala fortuna. Si, ante un caso de este tipo, la sentencia atiende a la relativa miseria del deudor, quizá esté resolviendo un problema particular (a menudo, el de proporcionar a este último un seguro que quizá pudo o no, según los casos, haber contratado voluntariamente).

Sin embargo, en la medida en que impida al acreedor cobrar su deuda, está poniendo dificultades a todos los contratos de crédito que puedan verse sujetos a sentencias similares en el futuro. Como consecuencia, la sentencia perjudica también a los deudores potenciales del mismo género que el beneficiario de la sentencia, los cuales se verán privados de acceso al crédito o habrán de pagar intereses más elevados. En esta medida, cabría pensar que el juez, al favorecer a un cierto individuo, *está siendo injusto* con toda la clase de individuos a la que dicho individuo pertenece. Si se desea emprender un juicio moral, conviene tener en cuenta que el juez obtiene, además, una satisfacción personal y reputacional en la medida en que los efectos de la sentencia son positivos e inmediatos; por ello, suelen ser más gratificantes para el propio juez que los efectos impersonales, de signo negativo y más cuantiosos, pero relativamente invisibles

[23] Los sesgos cognitivos contrarios a las relaciones contractuales propias del mercado han representado un papel importante tanto en la evolución del Derecho común como, sobre todo del Derecho civil continental (Arruñada y Andonova, 2005, 2008a y 2008b).

y futuros. Los incentivos empeoran aún más cuando se hacen eco de la sentencia unos medios de comunicación tendentes a privilegiar la emocionalidad menos reflexiva.

4.3.3. El sesgo contra la actuación "parajudicial" de las partes

Por último, muchos sistemas judiciales exhiben cierto sesgo contra la actuación parajudicial de las partes ex post, aun en los casos en que esta actuación responde a un acuerdo contractual ex ante. Sin embargo, el interés de las partes es asignar funciones o derechos parajudiciales a aquélla que tenga mejor información e incentivos para ejercerlos. En cuanto a la información, dispondrán de ventaja comparativa en esa tarea los contratantes que estén situados en una posición central a los demás contratantes, pues esa centralidad les proporciona información como subproducto gratuito de sus transacciones y les permite especializar todo tipo de recursos en esas tareas.

En cuanto a los incentivos, disponen de ventaja aquellas partes que cuentan con mejor reputación o que están en condiciones de prestar otras garantías. En este sentido, suele ser importante el tamaño de la empresa, por estar a menudo asociado a un mayor capital reputacional; y el que su negocio resida precisamente en "vender" las promesas que incorporan ese tipo de contratos (por ejemplo, franquicias, concesionarios, productos con garantía), hecho que tiende a asegurar que, en la mayoría de casos, elija términos eficientes. Sin embargo, esta actuación parajudicial de la empresa de mayor tamaño suele ser atacada con éxito en los tribunales, por la disposición de éstos a considerar que dicha actuación se deriva de su mayor poder negociador y no de la eficiencia. Sin embargo, es esta eficiencia en la vigilancia del cumplimiento contractual la que las partes "pequeñas" aprecian cuando suscriben el contrato, por mucho que les interese negarla cuando, a posteriori, se ejerce en su contra.

Encontramos así, por ejemplo, que el fabricante de coches ostenta respecto a sus concesionarios numerosos derechos para completar el contrato (esto es, para precisar a qué están obligados), evaluar su rendimiento y, en su caso, sancionarlos, si considera que han incumplido sus obligaciones (Arruñada et al., 2001 y 2005). Esta actuación parajudicial, que es muy visible en las empresas de franquicia respecto a sus redes de franquiciados[24], es esencial para controlar la proclividad de estos últimos a explotar a los demás franquiciados, permitiendo que puedan proporcionar a sus clientes un servicio de calidad homogénea en localizaciones dispersas. Sin embargo, la asimetría contractual ex post suele ser percibida por algunos jueces como una desigualdad injusta y por tanto, éstos tienden a corregirla, limitando así de manera ineficiente las potestades parajudiciales que el propio contrato privado ha asignado a la parte que, por su posición central y su continuidad, está en mejores condiciones para ejercer como "policía" de toda la red, para aumentar su valor, en beneficio de toda ella y no solo de sí mismo. En el fondo, estos jueces identifican erróneamente cuál es el problema primordial de estas redes, que, salvo en circunstancias especiales (por ejemplo, la amenaza de quiebra, con el consiguiente cambio de expectativas), no es tanto el conflicto *vertical* entre un Goliat central (según los casos, el franquiciador, el empleador o un gran almacén) y un David periférico (el franquiciado, el empleado o el cliente), sino un conflicto *horizontal* entre

[24] La asignación asimétrica de derechos de decisión, que cabe entender como cuasi-judicial, es muy frecuente, en mayor o menor medida, en todo tipo de contratos relacionales. La situación descrita en el texto no difiere, en el fondo, de la que se presenta en las relaciones de empleo, como pone claramente de relieve el caso de la producción en equipo (Arruñada et al., 2000).

los dos tipos de "davides" —cumplidores e incumplidores— de cada red. (Véase, para una ilustración, el Caso 7).

En la medida en que las leyes y los jueces restringen a las partes la posibilidad de establecer mecanismos eficientes de decisión ex post, los contratantes han de poner en práctica estrategias dirigidas a proteger los mecanismos de auto-cumplimiento o *self-enforcement* contra la posibilidad de intervención judicial. Buena parte de la contratación ex ante tiene esta finalidad. Hadfield y Bozovic (2016) recogen 89 experiencias empresariales de este tipo. Una de las soluciones consiste en incluir en los contratos condiciones muy duras que habitualmente no se aplican. En el célebre caso United Shoes, según el contrato, las reparaciones de la maquinaria corrían a cargo del arrendatario, pero normalmente las efectuaba el arrendador. La función de la cláusula era asignar al arrendador el derecho a evaluar y sancionar el grado de cumplimiento de otras obligaciones por la otra parte (sobre todo, el buen uso y cuidado de la máquina), de modo que esa evaluación quedase relativamente a salvo de una posible intervención judicial que el arrendatario pudiera buscar ex post, incluso si esta posibilidad le hubiera resultado gravosa e indeseable ex ante (Masten y Snyder, 1993). En la misma línea, observamos que en Europa ha sido una práctica común entre los grandes distribuidores y sus principales proveedores de bienes de consumo escribir contratos detallados y muy largos (con cientos de páginas de extensión) con el fin de organizar sus relaciones; *pero sin firmarlos*, supuestamente en la creencia de que con ello contribuían a impedir una posible intervención judicial en caso de conflicto.

4.3.4. Retroactividad judicial encubierta

Con el argumento de que en nuestro sistema jurídico, como en todos los de Europa continental, la jurisprudencia no tiene carácter normativo sino que se limita a aclarar la voluntad de la ley (o, dicho en otros términos, que el juez está sujeto a la ley pero no a los precedentes)[25], los tribunales pueden aplicar a su jurisprudencia criterios de irretroactividad más laxos que los que se aplican a la legislación (Tardío, 2017, pp. 151-64).

Esta aplicación retroactiva de la jurisprudencia daña la seguridad jurídica en el terreno económico porque aumenta de forma notable la discrecionalidad de que disfrutan los tribunales cuando desean regular los contratos de acuerdo con sus preferencias en contra de la voluntad expresada por el legislador. Por ejemplo, si en medio de una crisis pretenden proteger a la parte supuestamente "débil" de ciertos contratos en vigor (con frecuencia, protagonizados por trabajadores, consumidores o deudores), le basta con atribuir a dichos contratos vicios sistemáticos como la ausencia de buena fe, la ignorancia de términos contractuales o, en general, la falta de

[25] Merece la pena recoger aquí el resumen sobre la situación a este respecto en una jurisdicción de *common law* como los Estados Unidos: "La retroactividad completa surge de las nociones de que los tribunales deben decidir todos los casos en función de su mejor comprensión actual de la ley y que litigantes similares deben recibir el mismo trato. La prospectividad está en desacuerdo con esta visión convencional de la labor judicial, pero a veces es atractiva cuando sorpresa e incertidumbre son especialmente problemáticas; en estos casos, a quien haya operado bajo el supuesto de que la ley anterior era buena se le otorga una especie de confianza legítima cuando un tribunal cambia la ley pero protege a los antiguos actores con una versión judicial del derecho transitorio. Finalmente, las decisiones se aplican a veces prospectivamente a todos los actores futuros, así como retroactivamente a las partes presentes ante el tribunal, pero no retroactivamente a otras partes y situaciones de hecho que antecedieron a la nueva decisión. De este modo, se limitan las sorpresas pero, sin embargo, pervive un incentivo para ser el litigante innovador que convenza al tribunal para avanzar en una nueva dirección." (Levmore, 1998, p. 342).

información. En la medida en que así suceda, estaríamos asistiendo a un cambio de reglas legales como consecuencia de una pelea redistributiva en el presente pero cuyo desenlace suele sacrificar la eficiencia productiva futura.

El caso 12 propone discutir sobre estas bases el tratamiento judicial de los préstamos hipotecarios con posterioridad a la crisis económica iniciada en 2008. Desgraciadamente, la reinterpretación oportunista de los hechos no parece ser una posibilidad remota o infrecuente. Como señala Muñoz Machado,

> No se puede decir, si se quiere opinar justamente, que la doctrina establecida por nuestro Tribunal Supremo, Sala Tercera, sea cambiante y se separe con asiduidad del criterio establecido en otros casos anteriores; por el contrario, suelen preocuparse las Secciones de establecer una doctrina común y de someter al pleno a este efecto los casos graves. L[l]a inestabilidad y la imprevisibilidad procede no de la falta de certeza de la doctrina jurídica contenida en la jurisprudencia (en qué consiste la confianza legítima, por ejemplo, o la retroactividad), sino de la *diferente apreciación de los hechos que se someten a la decisión del Tribunal*, que es en lo que suele basarse la aplicación de una solución distinta *para casos que los justiciables esperarían que hubieran tenido igual trato*. (Muñoz Machado, 2016, pp. 164-65, énfasis añadido).

Ilustra este autor su argumento con las sentencias sobre la transición a la televisión digital, en las que "la excepción del concurso, basada en razones imperiosas de interés general, se aceptó en un caso y no en el otro, no obstante ser idénticos los fundamentos materiales en que se apoyó y la motivación utilizada" (Muñoz Machado, 2016, pp. 170-71).

La situación parece ser insatisfactoria en todas las áreas del derecho. Así, en materia laboral, el Constitucional admitió en su día la retroactividad de un cambio jurisprudencial del Supremo con el argumento de que "[n]o es que… el órgano judicial haya optado por la interpretación menos favorecedora del más pleno ejercicio del derecho fundamental, sino que *ha hecho decir a la norma lo que la norma desde un principio decía*, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice" (STC 95/1993, FJ 3.º, énfasis añadido). Ergo, de acuerdo con esta Sentencia, la clave para interpretar correctamente una ley antigua parece residir en la ley nueva. Nótese que, bajo este criterio, las partes, tras observar a los tribunales interpretar la ley de una determinada manera, deben asegurarse de que esa interpretación será considerada correcta por los tribunales futuros.

Esta inversión de responsabilidades entre jueces y partes proporciona un excelente ejemplo de las aberraciones estatistas a que puede dar lugar el monopolio jurisdiccional, como indica el que en nuestro caso sólo haya venido a ponerle límite una sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en materia penal, referida a la STS 1919/2001 que había creado la doctrina "Parot" empleando un criterio similar[26]. Este criterio fue rechazado por la sentencia del TEDH del 21 de octubre de 2013 porque en el momento de la condena inicial la nueva regla sobre el cómputo de las redenciones de pena no era "razonable… [y] "suficientemente previsible en su aplicación" (p. 4).

[26] Criterio formulado por la STS 611/2011 como que "la jurisprudencia no crea normas legales de las que quepa afirmar su irretroactividad en caso de no ser más favorables. Se limita a *establecer la interpretación correcta de la ley ya vigente en el momento en que los hechos punibles han tenido lugar*, y por lo tanto debe ser tenida en cuenta en el momento en el que la ley se aplica", (énfasis añadido). En todo caso bastaría con motivar suficientemente los cambios para que no atentaran contra el principio de igualdad.

No obstante, la situación sigue siendo deficiente en las demás ramas del Derecho. Así, en materia civil, el Supremo cree que el Constitucional razona en la misma línea en la STS de 11 de diciembre de 1997 (recurso de casación 1281/1997), añadiendo tan sólo que el cambio jurisprudencial "no sea arbitrario y esté motivado". Asimismo, en materia contencioso-administrativa, la correspondiente sala del Supremo había "aplicado los cambios jurisprudenciales que ha[bía] venido realizando, crudamente, sin paliativo alguno" (Tardío 2017, p. 155), con la sola cautela o, más bien, formalismo de que el cambio "no sea arbitrario y esté motivado". Sin embargo, la STC 7/2015 le ha exigido "ponderar las circunstancias concurrentes", un estándar sin embargo inferior al de previsibilidad establecido por la mencionada sentencia del TEDH y que sí aplica al legislador (por ejemplo, STC 197/1992).

Segunda Parte: Casos de discusión

1. La seguridad jurídica en España

Caso 1. España en los índices internacionales de seguridad jurídica

Los cuadros adjuntos presentan la situación de España en los índices internacionales más importantes en cuanto a seguridad jurídica, el *Rule of Law Index 2019* del World Justice Project (WJP, 2019), el *Global Competitiveness Report 2018* del World Economic Forum (WEF, 2018) y los indicadores de gobernanza o *Worldwide Governance Indicator*s del Banco Mundial (WGI, 2019).

Cuadro 2. El estado de derecho en España, según el *Rule of Law Index 2019* (World Justice Project), con detalle de los dos factores más relevantes para el presente estudio

	España	*Alemania*	*Francia*	*Italia*	*Portugal*	*Media de 38 países + ricos*	*España / media (%)*
Índice de calidad del estado de derecho	0.71	0.84	0.73	0.65	0.71	0.72	99%
Factor 1: Restricciones al poder del gobierno	0.72	0.85	0.74	0.71	0.79	0.73	100%
Factor 2: Ausencia de corrupción	0.72	0.82	0.75	0.63	0.72	0.74	98%
Factor 3: Apertura del gobierno	0.70	0.79	0.79	0.63	0.67	0.69	101%
Factor 4: Derechos fundamentales	0.78	0.85	0.74	0.73	0.79	0.75	104%
Factor 5: Orden y seguridad	0.77	0.89	0.74	0.74	0.79	0.83	94%
Factor 6: Entorno regulatorio	0.68	0.85	0.77	0.59	0.64	0.71	96%
6.1 La regulación se aplica de forma efectiva	0.67	0.77	0.70	0.59	0.64	0.67	99%
6.2 La regulación se aplica sin influencias indebidas	0.82	0.85	0.85	0.72	0.81	0.83	99%
6.3 Los procedimientos administrativos se llevan a cabo sin demoras injustificadas	0.57	0.82	0.71	0.44	0.54	0.64	89%
6.4 Se respetan garantías procesales en procedimientos administrativos	0.71	0.87	0.77	0.57	0.52	0.68	104%
6.5 El gobierno no expropia sin proceso legal y compensación adecuada	0.66	0.92	0.84	0.64	0.69	0.73	90%
Factor 7: Justicia civil	0.67	0.86	0.71	0.56	0.69	0.70	96%
7.1 Personas pueden acceder y permitirse justicia civil	0.76	0.78	0.67	0.62	0.69	0.68	112%
7.2 La justicia civil está libre de discriminación	0.72	0.85	0.57	0.57	0.81	0.69	105%
7.3 La justicia civil está libre de corrupción	0.71	0.88	0.75	0.67	0.79	0.80	89%
7.4 La justicia civil está libre de influencias inapropiadas del gobierno	0.66	0.91	0.77	0.69	0.78	0.73	90%
7.5 La justicia civil no sufre demoras irrazonables	0.52	0.83	0.60	0.31	0.42	0.56	93%
7.6. La justicia civil se aplica con efectividad	0.54	0.90	0.76	0.37	0.52	0.67	81%
7.7. Mecanismos alternativos de resolución de disputas accesibles, imparciales y efectivos	0.80	0.86	0.83	0.69	0.81	0.78	103%
Factor 8: Justicia criminal	0.66	0.78	0.63	0.64	0.60	0.65	101%

Fuente: Elaboración propia con una selección de indicadores del *Rule of Law Index 2019* (WJP, 2019), cuyas escalas están definidas entre 0 y 1. Botero y Ponce (2011) explican la metodología del índice.

Los dos primeros son quizá los más relevantes para nuestros propósitos. Centrándonos en aquellos componentes para los que se observan desviaciones más significativas, ambos índices coinciden en apreciar déficits importantes en cuanto a dos

dimensiones: la eficacia en la aplicación de las leyes y la independencia con que actúa la justicia. Adicionalmente, podemos observar en las primeras filas del Cuadro 2 que el *Rule of Law Index* detecta cierto déficit en cuanto al orden y la seguridad, el entorno regulatorio y la justicia civil.

La ineficacia en la aplicación de las leyes se manifiesta en el *Rule of Law Index* en términos, sobre todo, de demora administrativa y judicial, y de efectividad de la justicia, así como, en el *Global Competitiveness Report*, de la carga que comporta la regulación y de la ineficacia del sistema jurídico para resolver disputas, mientras que destaca notablemente nuestro liderazgo en seguridad y fiabilidad policial (Cuadro 3).

En cuanto a la independencia con que actúa la justicia, los indicadores del *Rule of Law Index* son bajos respecto a la corrupción de la justicia civil y la influencia gubernamental en la justicia civil; mientras que el *Global Competitiveness Report*, amén de reiterar el déficit de independencia judicial, destaca la escasa eficiencia del marco jurídico a la hora de impugnar la adopción de nuevas normas y regulaciones.

Cuadro 3. El estado de derecho en España, según el *Global Competitiveness Report 2018*. Detalle de los factores más relevantes en comparación con los principales países de la Unión Europea

	España	*Resto de países*	*Alemania*	*Francia*	*Italia*	*Portugal*
Pilar 1 del GCI: Instituciones	64,48	65.81	73,46	69,50	56,40	63,87
Seguridad (de 0, peor; a, 100 mejor)	89,24	83.39	83,00	84,66	75,35	90,54
Fiabilidad policial (de 1, peor; a 7, mejor)	6,14	5.34	5,30	5,65	4,63	5,78
Independencia judicial (de 1, peor; a 7, mejor)	4,11	4.86	5,36	5,25	4,01	4,83
Eficiencia del sistema jurídico al impugnar nueva normas (de 1, peor; a 7, mejor)	2,96	3.62	5,17	4,03	2,20	3,09
Carga que supone la regulación (de 1, peor; a 7, mejor)	2,71	3.24	4,83	2,91	2,12	3,09
Eficacia del sistema jurídico para resolver disputas (de 1, peor; a 7, mejor)	3,48	3.65	5,18	4,54	2,06	2,81
Derechos de propiedad (de 1, peor; a 7, mejor)	4,48	5.11	5,54	5,63	4,35	4,93

Fuente: Elaboración propia con datos del *Global Competitiveness Report 2018*. Estos índices se basan en su mayor parte en el *Executive Opinion Survey* del WEF, salvo los de seguridad y derechos de propiedad, en cuyo cálculo el WEF utiliza datos de dicha encuesta junto con otras fuentes adicionales.

Por lo que respecta a los indicadores de gobernanza del Banco Mundial, que agrupan en seis categorías una batería de 30 fuentes de información que recopilan percepciones sobre muy diversos aspectos institucionales[27], la posición de España es más deficiente, como resume el Cuadro 4. En concreto, su índice de seguridad jurídica (i.e., estado de derecho o *rule of law*), que combina diversos indicadores que miden "la confianza de los agentes económicos en que se cumplen las normas sociales, se ejecutan los contratos, derechos de propiedad, policía y tribunales, así como la probabilidad de delincuencia y violencia" (WGI, 2019), sitúa a España sólo por encima de Italia y por debajo de los demás países de referencia. Las diferencias son pequeñas, sin embargo, excepto para la percepción de corrupción.

[27] Véanse, sobre el método de los WGI, Kaufmann et al. (2010); y sobre sus fuentes, WGI (2019).

Cuadro 4. Puntuación de varios países europeos en los indicadores de gobernanza del Banco Mundial en el año 2018

	Voz y responsabilidad	*Estabilidad política*	*Efectividad del gobierno*	*Calidad regulatoria*	*Seguridad jurídica*	*Control de la corrupción*
España	0,71	0,55	0,70	0,69	0,69	0,62
Resto de países	0,75	0,59	0,74	0,75	0,74	0,75
Francia	0,74	0,52	0,80	0,73	0,79	0,76
Alemania	0,78	0,62	0,82	0,85	0,83	0,89
Italia	0,71	0,56	0,58	0,63	0,55	0,55
Reino Unido	0,78	0,51	0,77	0,85	0,83	0,87
Portugal	0,74	0,73	0,74	0,68	0,73	0,67

Nota: se ha modificado la escala para que el rango de estos indicadores se sitúe entre un mínimo de 0,0 (débil) y un máximo de 1,0 (fuerte).

Fuente: Elaboración propia con datos de WGI (2019).

Discusión

Los índices internacionales presentan numerosas deficiencias, las cuales generan sesgos sistemáticos (Arruñada, 2007, 2009). Los basados en estadísticas comparativas de recursos y actividad han de interpretarse con cuidado, pues se refieren a sistemas jurídicos diferentes; y los que se basan en encuestas sobre percepciones encierran un grado notable de subjetividad (Arruñada, 2020a), por lo que también deben tomarse con cautela. Por ejemplo, la percepción de corrupción que acabo de mencionar puede verse alterada por la prominencia que adquieren en la opinión pública casos antiguos de corrupción en el momento en que se juzgan, que puede ser fácilmente aquel en que la corrupción ha disminuido.

Tanto si se basan en estadísticas como en percepciones, los índices suelen emplear promedios. Con independencia de las deficiencias que puedan existir en cuanto a estos niveles promedio, debemos preguntarnos si nuestro país sufre un problema adicional en términos de excesiva varianza (una queja recurrente en los informes sobre la Justicia del Círculo de Empresarios (2003, p. 26; 2018, p. 18). Por ejemplo, parecen existir diferencias notables en cuanto a la dilación entre distintos tipos de asuntos, tribunales e incluso juzgados. Como señalaba el propio Círculo basándose en un estudio detallado de la considerable varianza que existía dentro de cada jurisdicción e incluso dentro de cada procedimiento (Cabrillo y Pastor, 2001, pp. 46-55), "tan importante como la media de la duración (ya de por sí lamentable) es la dispersión sobre dicha media que se observa en función del tipo de caso, la materia o el Tribunal, lo que añade al problema de la lentitud otro adicional de incertidumbre y, por tanto, de inseguridad" (Círculo de Empresarios, 2003, p. 7). En la misma línea, se mencionaba tradicionalmente que los procesos concursales eran especialmente problemáticos, entre otros motivos porque, al dilatar el procedimiento, algunos jueces lograban evitar tener que sentenciar sobre ellos, traspasando el caso a su sucesor. Asimismo, parecen existir diferencias notables entre regiones, incluso para procedimientos relativamente estándar, como son los desahucios. Una duda adicional es si, en vez de considerar la varianza como un coste adicional, tendemos a emplearla como excusa, por ejemplo al argumentar que el sistema "funciona bien, salvo algunos casos". Quizá revisar la apreciación que nos merecen esos casos excepcionales.

Por último y ampliando el foco del análisis, los indicadores apenas nos informan sobre atributos tan o más importantes como son la calidad de las leyes y sentencias, o el grado de estabilidad y retroactividad de la normativa. La pregunta más relevante en este sentido es cómo se podrían *cuantificar* estos atributos con el fin de no basar la discusión en meras conjeturas e impresiones subjetivas.

2. Casos sobre derechos de propiedad

Caso 2. La Ley de costas

Sobre esta materia, la legislación parece haber sido poco respetuosa del derecho de propiedad. Podemos leer, por ejemplo que:

> El legislador en materia de aguas dispuso en 1985 que los aprovechamientos de los que, conforme a la legislación anterior, se era titular en virtud de una concesión otorgada a perpetuidad, pasaban a estar sometidos a un plazo de setenta y cinco años (DT 1ª, apartado 1, de la Ley de Aguas de 1985). [E]l legislador en materia de costas decidió en 1988 acabar con los enclaves de propiedad particular (declarados por sentencia judicial firme) en el dominio público marítimo terrestre adquiridos conforme a la legislación anterior y convertir a los antiguos propietarios en concesionarios por treinta años (prorrogables por otros treinta) (DT 1ª, apartado 1, de la Ley de Costas de 1988)…. [Asimismo,] ninguna prohibición constitucional de irretroactividad impide al legislador de costas (tercer supuesto) acabar (conforme a lo que dispone el art. 132.2 CE) con las playas de propiedad privada, porque lo que a este supuesto se aplica es la posibilidad constitucional de expropiar por ley (art. 33.3 CE) derechos de contenido patrimonial mediante la correspondiente indemnización (la concesión otorgada por treinta años prorrogable por otros treinta) [STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8 B) a)] (Rodríguez de Santiago, 2019).

Una sentencia del Tribunal Constitucional decidió en 1991 que las concesiones concedidas a los propietarios dentro del dominio público marítimo-terrestre podían considerarse compensatorias. Tras numerosos litigios, sobre todo con propietarios extranjeros y resueltos generalmente en su contra, así como una considerable presión diplomática internacional, la Ley 22/1988 fue suavizada por la ley 2/2013. Esta última introdujo varios cambios a favor de los propietarios que habían sido expropiados en 1988, a muchos de los cuales otorgó una nueva concesión temporal por 75 años, además de regularizar 12.800 viviendas construidas en terrenos que, en virtud de la Ley 22/1988, o bien habían devenido dominio público marítimo-terrestre (la interpretación de los propietarios) o bien se había descubierto que formaban parte del mismo (la interpretación del legislador); y que, por tanto, debían ser derribadas a los 30 años de su entrada en vigor. Sin embargo, esta reforma legal, pese a ser duramente criticada por algunos observadores en España, quienes llegaron a calificarla como “amnistía” (Viúdez, 2013), aún mereció un duro reproche de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, ya que el valor de la indemnización era muy inferior al del activo expropiado, por lo que instaba al Gobierno español a compensar a precio de mercado a los propietarios expropiados, amén de salvaguardar los derechos de los adquirentes de buena fe (Europa Press, 2013).

Discusión

1. ¿Qué debemos concluir de que nuestro ordenamiento haya sido interpretado de forma más favorable al Estado por los jueces españoles que por una Comisión del Parlamento Europeo?
2. ¿Convendría limitar el poder del Estado para expropiar derechos de propiedad y modificar retroactivamente la regulación de los sectores económicos?
3. ¿Debemos proporcionar incentivos más eficaces para que los decisores políticos respeten los límites así definidos?

4. ¿Existe un problema de horizonte temporal derivado de que el político que expropia no suele ser el mismo que, años más tarde, ha de afrontar las consecuencias de sus decisiones?

Caso 3. La regulación de las energías renovables

La Ley 54/1997, del Sector eléctrico intentó impulsar las energías renovables prometiendo a los inversores una "rentabilidad razonable", materializada posteriormente en las primas definidas por el Real Decreto (RD) 2828/1998. Sin embargo, como éste incluía en su artículo 32 una revisión de primas y precios cada cuatro años, apenas suscitó el interés de los inversores. Sucedió todo lo contrario tras promulgarse los RD 436/2004 y 661/2007, que les prometieron unas condiciones de retribución estable y sin retroactividad de la electricidad producida. Por ejemplo, el artículo 40 del RD 436/2004, afirmaba que "[l]as tarifas, primas, incentivos y complementos que resulten de cualquiera de las revisiones contempladas en esta sección serán de aplicación únicamente a las instalaciones que entren en funcionamiento con posterioridad a la fecha de entrada en vigor referida en el apartado anterior, sin retroactividad sobre tarifas y primas anteriores".

Este régimen pronto se demostró insostenible, pues, para financiar las subvenciones a renovables, hubiera requerido medidas políticamente inadmisibles, como elevar de forma drástica el precio cobrado a los consumidores. Se fue acumulando así un enorme "Déficit de tarifa" (la deuda de los consumidores con los generadores de electricidad). Tras estallar la crisis económica de 2008, se empiezan a adoptar medidas que reducen esas subvenciones y el incremento del déficit acumulado hasta que el Real Decreto-ley (RDL) 9/2013 establece un régimen retributivo basado en la rentabilidad razonable de una empresa bien gestionada y "a lo largo de su vida útil regulatoria", rentabilidad que "girará sobre el rendimiento medio de los últimos diez años de las Obligaciones del Estado a diez años, en el mercado secundario, incrementada en 300 puntos básicos, y que en todo caso, podrá ser revisada a los seis años", un régimen que se aplica tanto a las instalaciones de nueva creación como a las ya existentes. Meses, más tarde, la Ley 24/2013, del Sector eléctrico, confirmó su aplicación a instalaciones preexistentes; y el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014 consagraron que, al calcular la rentabilidad razonable de las instalaciones, se considerase toda su vida útil, incluidas las primas ya percibidas por las instalaciones que ya se encontraban en funcionamiento cuando se cambia el modelo.

El RDL 9/2013 fue avalado por el Tribunal Constitucional en la STC 270/2015 sin apenas realizar ponderación alguna y considerando que los cambios legislativos eran "previsibles y derivados de exigencias claras del interés general", por lo que no violaban el principio de confianza legítima. El voto particular del Magistrado Xiol Ríos, suscrito por otros dos magistrados, concuerda con el fallo de la Sentencia pero discrepa de su argumentación, al echar de menos un mayor desarrollo de la doctrina constitucional de la confianza legítima y considera, en suma, que se debían haber ponderado los diversos elementos en juego. Sin embargo, los criterios que propone para esa ponderación son tan extensos como ambiguos y por tanto ineficaces en cuanto a limitar la discrecionalidad legislativa. Además, su consideración de que, pese al cambio en la retribución, se mantienen "en esencia" las expectativas de los inversores parte de suponer que esas expectativas eran las de una rentabilidad razonable, lo cual se compadece mal con la evolución del mercado.

Buena parte de la doctrina ha sido crítica muy con las medidas[28], llegando a considerarlas un "atropello", por ser "arbitrarias" e incurrir en "discriminaciones no razonadas adecuadamente" y porque el legislador no consideró posibles alternativas (Castro-Gil, 2013 y 2015); llegándose a afirmar que "con esta doctrina jurisprudencial se ha consagrado una especie de principio de inseguridad jurídica (puesto que nada impide que las normas puedan ser cambiadas de manera vertiginosa e incesante) y de desconfianza legítima (la diligencia exigible al beneficiario de una tarifa regulada le debe llevar a no confiar en su mantenimiento)" (Alenza, 2016, p. 4); y que contradice la aplicación que de la confianza legítima efectúa el TJUE (Revuelta, 2019)[29].

La Sentencia no sólo se abstiene de ponderar costes y beneficios. Adicionalmente, por un lado, justifica una mayor discrecionalidad del legislador por la mayor importancia del sector regulado[30], cuando bien podría pensarse que, cuanto más importante sea el sector regulado, más conviene esmerarse en proteger la seguridad jurídica. Por otro lado, al evaluar la previsibilidad del cambio legislativo, lo hace en el momento en que ese cambio tiene lugar[31]; y no cuando los ciudadanos tomaron decisiones económicas confiando en la ley derogada.

Adicionalmente, parte de la jurisprudencia en esta materia podría contravenir los propios presupuestos doctrinales en la medida en que parece condonar una retroactividad en sentido estricto, entendida como la que se aplica a efectos ya consumados. El motivo es que el RD 413/2014 consagró el cálculo de la rentabilidad razonable que corresponde a cada instalación considerando toda su vida útil, incluido el tiempo transcurrido desde su entrada en funcionamiento hasta el 14 de julio de 2013, fecha ésta en la que había entrado en vigor el nuevo sistema de retribución. En consecuencia, si la remuneración en ese período fue superior a la que le correspondería con el nuevo modelo, se compensa con la que habrá de recibir en el futuro, si bien no se le puede reclamar lo ya percibido. La STS 2561/2016, que considera legal esta solución, lleva así la retroactividad aún más atrás en sus efectos, pues valida la inclusión de beneficios anteriores a la promulgación de la nueva ley en el cálculo de la rentabilidad razonable de la inversión.

Esta inclusión de los beneficios anteriores a la promulgación del nuevo modelo en el cálculo de la rentabilidad razonable de la inversión fue objeto de crítica en sendos votos

---

28 Véanse referencias adicionales en Revuelta (2019, p. 407, n. 8).

29 En sentido opuesto, Huergo (2014) considera que la clave se sitúa "en el ámbito de la retroactividad impropia, en el que no está prohibida la aprobación de normas posteriores que modifiquen el régimen jurídico y sólo se exige una ponderación entre los intereses públicos que persigue la norma y los perjuicios que causa, ponderación que arroja un resultado necesariamente favorable cuando se mantiene el principal criterio legal del régimen derogado, es decir, la rentabilidad razonable" y que "[e]xisten, en efecto, varios factores que debían conducir a los interesados a temer un 'riesgo regulatorio'. Uno de ellos es la introducción *(ya antes de 2013)* de numerosísimas modificaciones en el régimen de las primas" (énfasis añadido). Como vemos, esta parte de la doctrina parece considerar como momento relevante para enjuiciar la previsibilidad el de la nueva regulación y no el de la inversión.

30 El respeto a la seguridad jurídica y la confianza legítima "es compatible con las modificaciones en el régimen retributivo de las energías renovables realizado por el Real Decreto-ley 9/2013, más aún —como sucede en el presente caso—, en un ámbito sujeto a un elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica" (STC 270/2015, FJ 7.º).

31 "No cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema" (STC 270/2015, FJ 7.º).

particulares a la STS que validó el sistema, votos que en un caso consideran en ese aspecto concreto peca de "retroactividad plena y absoluta" y choca incluso con la STC 270/2015[32], y en el otro que las normas en litigio "pretenden reformular la realidad anterior a su entrada en vigor, proyectando sobre ella los mismos criterios y parámetros que se aplican a las instalaciones nuevas, incurriendo con ello en el grave defecto… [de] juzgar el pasado con arreglo a información —o, como en este caso, con arreglo a una normativa— que no existía entonces".

La evaluación de esta jurisprudencia nacional a la luz de los criterios que manejan los tribunales supranacionales no es positiva. Por un lado, se considera que la Sentencia del Constitucional sobre el RDL 9/2013 "no aplica los factores pertinentes según el Tribunal de Justicia. La STC 270/2015 considera previsible la derogación anticipada, pero no aporta ni un solo dato normativo que indique que un inversor prudente podía esperarla cuando se aprobaron los citados reglamentos y solo esgrime circunstancias coyunturales que, además, son posteriores a la realización de la inversión, como la necesidad de reformar el sistema retributivo por la evolución económica e insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir el déficit tarifario" (Revuelta, 2019, pp. 426-27).

Por otro lado, España ha perdido casi todos los litigios sobre la nueva regulación de las energías renovables sometidos a arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Como resumía un artículo de prensa,

> El tribunal resolvió por unanimidad que con los cambios regulatorios España había vulnerado el estándar de tratamiento justo y equitativo recogido en el artículo 10.1 de la Carta de la Energía por cuanto los demandantes tenían la expectativa legítima de que no se modificaría el derecho de las plantas a recibir la remuneración prevista en el Real Decreto 661/2007 y en el Real Decreto 1614/2010 en forma de tarifa regulada o precio de mercado más prima…. Estas condenas a España se deben a los recortes retroactivos que realizaron el Gobierno de Zapatero (PSOE), sobre las primas que su propio Ejecutivo había instaurado en 2008, y sobre todo y de forma más contundente al drástico hachazo que realizó el PP de Rajoy en 2013, reforma que está decantando la balanza del lado de los inversores…. Según las estadísticas publicadas por el CIADI, España es el país del mundo que más denuncias ha acumulado en el primer semestre de 2019: cinco en total, por delante de países como Perú, Argentina o Venezuela (Cruz, 2019).

El tribunal arbitral dejó claro desde su primer laudo en esta materia (CIADI, 2017) que los tratados internacionales no impiden que los estados alteren la regulación para adaptarse a las circunstancias, pero siempre que los cambios normativos sean razonables. Sin embargo, la nueva regulación adoptada por España no lo era (§363), sino que carecía de precedentes y era "profundamente injusta e inequitativa en su aplicación a la inversión realizada por los demandantes, a quienes despojaba de prácticamente todo el valor de su inversión" (CIADI, 2017, §365).

Discusión

A nuestros efectos, lo más importante es que, en contraste con el CIADI, la legalidad de esa regulación había sido refrendada reiteradamente por nuestros más altos tribunales (sobre todo por la STC 270/2015). ¿Cabe inferir, por tanto, que nuestro ordenamiento maneja criterios de retroactividad *económica* mucho más laxos de los que

[32] Véase al respecto el voto particular de Eduardo Espín Templado a dicha STS 2561/2016, quien afirma que, "si bien el Real Decreto-ley 9/2013 y la Ley 24/1015 pueden ser interpretados de conformidad con la Constitución —tal como ha hecho el Tribunal Constitucional con la primera de dichas disposiciones—, el desarrollo que ha efectuado el Gobierno del nuevo modelo retributivo mediante el Real Decreto y Orden impugnados proyecta la aplicación del nuevo modelo hasta *un extremo de retroactividad que lo hace incompatible con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima*" (énfasis añadido).

aplica el arbitraje internacional al concretar el principio de trato justo y equitativo que suelen incorporar los tratados sobre inversiones transnacionales? La duda es importante porque cabe suponer que dicho arbitraje esté mejor adaptado a la economía abierta y competitiva de la que queremos formar parte, una economía en la que los capitales pueden fluir libremente entre las distintas jurisdicciones, buscando aquellas que resultan más seguras.

Además, como consecuencia, se produce una desigualdad de trato entre tipos de inversores y de inversiones según puedan o no acceder al arbitraje internacional para dirimir sus litigios. Sólo si tienen acceso al mismo pueden disfrutar de la mayor protección que éste proporciona contra el riesgo de expropiación regulatoria. En concreto, por un lado, se favorecen aquellas inversiones, como la energía, protegidas por tratados internacionales de esta índole frente a las que quedan fuera de su cobertura. Por otro lado, se da la curiosa circunstancia de que incluso dentro de un mismo proyecto de inversión en un mismo establecimiento fabril en el que hayan invertido varios socios, éstos disfrutan mayor protección si son extranjeros, pues los socios nacionales no pueden en principio acudir al arbitraje internacional. (Sólo pueden hacerlo si han tomado la precaución de canalizar su inversión a través de una filial constituida en un país extranjero que haya firmado el correspondiente tratado).

Esta desigualdad jurídica distorsiona tanto la asignación de recursos (hacia las inversiones mejor protegidas) como la competencia (hacia empresas extranjeras y nacionales con filiales extranjeras); y encarece y hace menos transparentes las inversiones (al requerir sociedades instrumentales).

Sin embargo, lo que aún preocupa a una parte de la doctrina jurídica no son estas distorsiones ni el déficit de seguridad jurídica que vienen a poner de relieve los laudos del CIADI, sino el hecho de que la jurisprudencia nacional se vea supeditada a la internacional, carente ésta de "legitimidad democrática" (por ejemplo, Blanco, 2018), así como que "tiene un carácter privado, en la medida en que vela por la satisfacción de los intereses de las corporaciones que actúan en la economía globalizada" (González García, 2015, p. 9).

Sobre este último punto, ¿cabe calificar como "privado" un sistema de arbitraje libremente pactado por las partes de un contrato? ¿No deberíamos atender a una definición funcional, y entender que es "público" respecto a las partes, centrando la discusión en buscar la mejor manera de reforzar su eficacia e imparcialidad? Es más, ¿es realmente democrática la propuesta de un decisor público todopoderoso? En términos prácticos, ¿acaso quién defiende un poder público ilimitado no tiende a cambiar de opinión cuando teme que ese poder pueda emplearse en dirección contraria a sus preferencias, preferencias que, como las de todo ciudadano, no dejan de tener carácter privado por mucho que se presenten como sociales?

Caso 4. La ocupación de inmuebles

En los últimos tiempos, diferentes grupos de personas han "ocupado" pisos, segundas residencias así como todo tipo de locales y edificios generalmente vacíos. Inicialmente, los ocupantes eran movimientos anti-sistema y contraculturales. Sin embargo, desde la crisis económica que se inicia en 2008, algunas organizaciones protectoras de personas "sin techo" también se han involucrado en apoyo de las ocupaciones. Asimismo, han aparecido pequeños grupos criminales que alquilan las viviendas ocupadas a terceros.

Los propietarios de los inmuebles sufren dificultades para recuperar su posesión porque los ocupantes sólo pueden ser desalojados legalmente tras un lento proceso judicial, pues las residencias disfrutan de protección especial y los servicios sociales deben proporcionarles vivienda alternativa[33].

Como era de esperar, también ha proliferado toda una variedad de negocios para evitar las ocupaciones, como los que venden alarmas o puertas "anti-okupa", así como los que se dedican a agilizar la recuperación de los inmuebles (por ejemplo, la firma "Desokupa").

Discusión

Al caso le resulta aplicable en varios sentidos el análisis clásico de Coase (1960) en términos del derecho de propiedad, los costes de transacción y el análisis comparativo de soluciones de mercado y regulatorias.

Por un lado, la asignación de los derechos es conflictiva porque el derecho de propiedad del propietario colisiona con el derecho a la vivienda, que protege en la actualidad la posesión de los residentes en una vivienda incluso cuando la han obtenido ilegalmente. Además, los propietarios confrontan elevados costes de transacción para contratar con los ocupantes y recuperar la posesión: la "clase" de ocupantes está abierta y la vivienda podría volver a ser ocupada. Aún peor: pagar al primer ocupante podría alentar a otros en el futuro, quizá el motivo por el que, después de pagar al primero, los propietarios suelen reforzar la seguridad. Pese a ello, sin embargo, no es infrecuente que se realicen transacciones, sobre todo cuando los ocupantes son grupos organizados, pues no desean privarse de la posibilidad de seguir negociando tras acometer nuevas ocupaciones. Además, las empresas dedicadas a agilizar la desocupación suelen también actuar como negociadores de forma repetida. Como era de esperar, estas empresas han suscitado cierto debate sobre si hacían uso de medios violentos. Si así fuera, ¿vendría este caso a ilustrar cómo la desaparición o dejación de funciones por parte del Estado incentiva que aparezcan formas primitivas de protección, basadas en el uso privado de la violencia? ¿Sucede también en otros ámbitos como, por ejemplo, el del crédito a personas vulnerables?

Por otro lado, el caso plantea una cuestión más amplia sobre la elección óptima de los instrumentos de política económica. Las sociedades modernas tienen como uno de sus objetivos proporcionar una vivienda adecuada a todos sus ciudadanos. La tolerancia con las ocupaciones, ¿sirve este objetivo mejor o peor que otras posibles opciones? Suponiendo que el Estado deba proteger el derecho de los ciudadanos a la vivienda, parece más sensato habilitar el uso de viviendas gratuitas o subsidiadas. Tolerar las ocupaciones constituye una "solución" muy deficiente, porque, al diluir los derechos de propiedad privados distorsiona los incentivos de todos los participantes en el mercado. Es de esperar que se invierta menos en el tipo de activos afectados y se dediquen más recursos a proteger y capturar derechos de propiedad, dos actividades socialmente inútiles. Aumentan, por ejemplo, los gastos en puertas, alarmas y demás recursos preventivos; se desarrollan costosas actividades de ocupación y recuperación; y se destruye la propiedad porque los ocupantes carecen de incentivos para invertir en mantenimiento.

[33] Parece hoy por hoy minoritaria la opinión expresada en sentido contrario por De La Mata (2019), quien afirma que "El allanador [el ocupante] no tiene derecho a la inviolabilidad de 'su nuevo domicilio' porque éste no es tal" y refiere una instrucción en ese sentido de la Fiscalía de Baleares.

Adicionalmente, no sólo las decisiones de mercado sino las decisiones políticas sobre el derecho a la vivienda quedan distorsionadas. Al "resolver" el problema de la vivienda con ocupaciones, esas decisiones políticas se oscurecen porque no aumentan los impuestos ni el gasto público sino que esa falsa solución la financian sólo los propietarios afectados. El coste ni siquiera lo perciben todos los propietarios, pues sólo aquéllos en riesgo se sienten amenazados, principalmente los propietarios de segundas residencias o de casas vacías situadas en áreas particularmente afectadas, como los prestamistas que han embargado viviendas hipotecadas. Lógicamente, si los costes permanecen ocultos e implícitos para la mayoría de los ciudadanos, es menos probable que éstos puedan valorar correctamente las distintas opciones. Alternativamente, con una política pública explícita, los ciudadanos tendrían una indicación más clara de los costes, pues verían aumentar sus impuestos.

Algunas de las normas promulgadas ilustran esta dimensión política del asunto, por lo selectivo de su ámbito de aplicación parecen responder al deseo de minimizar el coste electoral. Era éste el caso, por ejemplo, de la ley de la Generalidad de Cataluña, según la cual los propietarios de más de 15 viviendas han de ofrecer un alquiler "social" durante un período de hasta 14 años a los ocupantes que los servicios sociales consideren "vulnerables" (Benedito, 2020). Por lo demás, la ley contiene elementos de retroactividad, discriminación y expropiación que resumen en varios de los temas objeto de discusión. Retroactividad, porque modifica las reglas de la relación (ciertamente, no contractual) entre propietarios y ocupantes. La ley también es discriminatoria porque establece un límite de 15 viviendas que, amén de difícilmente justificable en términos de igualdad ante la ley, perjudica el desarrollo de un mercado moderno de alquiler. Además, al no aplicarse a los propietarios de pocas viviendas, estimula que la mayoría de los votantes, incluso aquellos que sean propietarios, se desinteresen de la nueva ley, agravando así el problema de acción colectiva que favoreció su adopción. Por último, al expropiar sólo algunos de los derechos que componen la "cesta" de derechos de propiedad (al forzar durante años un bajo alquiler que, en la práctica, puede ser difícil de cobrar) transfiere gran parte del valor del propietario al ocupante pero de modo que el propietario conserva la titularidad del resto de derechos. Como consecuencia, de hecho, el propietario todavía es responsable de los impuestos y los posibles daños. Si el alquiler es bajo o incobrable, el valor de este resto puede incluso llegar a ser negativo. Además, por otro lado, el carácter parcial de la expropiación es ineficiente porque ni propietario ni ocupante tienen buenos incentivos para mantener el inmueble, si bien con esa parcialidad se reduce la probabilidad de que la norma sea declarada inconstitucional. Una reforma legal posterior, que pretendía aplicar incluso este régimen a viviendas cuya ocupación estuviera siendo objeto de litigio fue considerada ilegal por el Consejo de Garantías Estatutarias (CGE) por vulnerar los derechos de los propietarios (Cañizares, 2020).

Caso 5. Los créditos privilegiados de los entes públicos

La debilidad de los derechos de propiedad frente a las Administraciones Públicas contrasta con la fuerza que las leyes conceden a los derechos de la propia Administración frente a los ciudadanos y empresas. Piénsese en el estatus privilegiado de los créditos de los acreedores de Derecho público en materia concursal e inmobiliaria (Hacienda, Seguridad Social), no sólo en términos de prioridad (incluida la sucesión de deudas al transferir una empresa) sino también de procedimiento (por ejemplo, el poder

unilateral de la Hacienda Pública para embargar por sí misma las cuentas corrientes de los contribuyentes).

Por ejemplo, los tributos impagados tienen carácter de derecho real incluso si no constan en el Registro de la Propiedad, un privilegio que, al aumentar la asimetría informativa de los adquirentes, dificulta las transacciones. La solución, además, está inventada al menos desde unas décadas antes del inicio de nuestra era. Es notable al respecto la reforma de la *bibliotheke enkteseon*, los registros de propiedad del antiguo Egipto, acometida por la administración colonial romana entre los años 68 y 72 AC. Dado que su prioridad era reducir los costes de transacción en el mercado, el gobernador romano opta por condicionar la eficacia de las cargas fiscales contra terceros a que los recaudadores las hubieran registrado antes de que dichos terceros hubieran adquirido su derecho[34].

Discusión

¿Qué impide aplicar soluciones más equilibradas? Ciertamente, a corto plazo sufriría la capacidad recaudatoria, pero reduciríamos las arbitrariedades. Además, la caída de la recaudación podría salvarse incrementando las sanciones, lo que sería coherente con el mayor grado de precisión que debería obtenerse en su administración. Nótese que, si bien los procedimientos de la inspección tributaria son draconianos, sus sanciones son relativamente reducidas, sobre todo en el caso general en que se brinda al contribuyente la posibilidad de reducirlas a cambio de expresar su conformidad con el acta de inspección. Por cierto, esta misma posibilidad, ¿es propia de un moderno estado de derecho?

Caso 6. Propiedad y Derecho administrativo discrecional: Baluard

Esta noticia de prensa refleja que la relación entre las Administraciones Públicas españolas y los administrados puede, en ocasiones, ser inquietante.

> Los bajos del Hotel Praktik Bakery albergaban desde hace más de tres años un obrador y espacio de venta del exitoso horno Baluard (con sede principal en la Barceloneta). Su reconocido producto se traducía en largas colas de clientes en la calle de Provença, 279. Unas colas que no se repetirán en esa ubicación porque el ayuntamiento ha forzado el cierre del mostrador de pan, desde hoy jueves. La razón esgrimida por el consistorio es que la venta se realizaba en una zona de evacuación del hotel, algo que desmienten fuentes de la propiedad.
>
> No es el primer incidente entre esta cadena hotelera, que busca elementos diferenciales en sus establecimientos (tienen uno centrado en el vino, otro que emula un jardín...) y destacaba con su propuesta de hotel-panadería por su implantación en el barrio. Y es que Praktik lidera el proyecto del hotel de Drassanes que el ayuntamiento combate desde la llegada de Ada Colau a la alcaldía, y que ahora está paralizado y en manos de la justicia.
>
> Baluard ha colgado una nota advirtiendo a sus clientes que por motivos 'ajenos' y 'debido a un no entendimiento con el distrito del *Eixample'* se ven obligados a dejar de despachar pan en los bajos del hotel. 'El conflicto se basa en una ordenanza del año 99 que prohibía la venta de productos alimentarios que compartiese entrada con otro establecimiento', detallan. También defienden un modelo 'integrador' que hacía 'posible una convivencia única entre el turismo de Barcelona y la proximidad del barrio'. 'Al final no ha sido posible, podemos elaborar el pan en nuestro obrador, pero no venderlo dentro del mismo espacio'. Y anuncian que en breve abrirán un espacio de venta próximo, en Pau Claris, 88.

[34] Véanse Lerouxel (2012, pp. 648–51) y Arruñada (2020b).

> En el consistorio lo atribuyen a una mera cuestión de seguridad, aunque fuentes del hotel defienden que ni las inspecciones de bomberos ni las ECA lo han reflejado nunca. En un comunicado de la empresa, exponen irregularidades administrativas del consistorio al notificar fuera de plazo el rechazo a esa comercialización de pan (en alusión a la ordenanza de venta alimentaria). Ante la amenaza de suspensión de la actividad hotelera (por la misma incompatibilidad) y la 'presión' sobre la venta de pan, el hotel se ha sentido forzado a liquidar esta última, apuntan (Castán, 2018).

Discusión

1. Alejandro Nieto utilizó hace años el término "sanción legal" para referirse a la posibilidad de utilizar normas muy restrictivas para aplicarlas de forma discriminatoria con el fin de castigar a los adversarios. ¿Es el de Baluard uno de esos casos de "sanción legal"?
2. En general, ¿cuál es la causa de la elevada litigiosidad contencioso-administrativa (el triple de Alemania, a menudo en contra de la Administración (Círculo de Empresarios, 2018, p. 27)?
3. ¿Están distorsionados los incentivos de nuestros gobernantes por el hecho de que pagan un precio supuestamente mínimo por decisiones de dudosa legalidad? Como mucho, paga, en su caso, la correspondiente entidad pública y, dado el tiempo necesario para alcanzar una resolución judicial firme, incluso el coste político se diluye.
4. Por este motivo, ¿son más o menos comunes este tipo de violaciones en gobiernos locales y autonómicos, cuyos incentivos financieros son diferentes? (Cabe recordar también en este terreno el litigio pendiente entre Acciona y la Generalitat de Cataluña a cuenta de la indemnización de Aigües Ter-Llobregat, ATLL).
5. ¿Qué remedios procedería aplicar? ¿Son efectivas las autoridades administrativas independientes similares a los Tribunales Económico-Administrativos, cuya generalización defiende, por ejemplo el Círculo de Empresarios (2018, p. 27) "para revisar la actuación administrativa con carácter general"?
6. Más que crear nuevos órganos administrativos, cuyo coste es seguro y cuya independencia y eficacia son inciertas, ¿sería viable reforzar la responsabilidad personal de los decisores públicos? ¿Cómo?

3. Casos sobre contratación privada

Caso 7. ¿Quién debe juzgar si el cliente "queda satisfecho"?

Hace ya varias décadas, El Corte Inglés fue pionero en España al ofrecer a sus clientes una garantía por la que, si el producto no les satisfacía, la empresa se comprometía a devolverles el importe de la compra. Durante muchos años, anunció esta garantía con el eslogan: "Si no queda satisfecho, le devolvemos su dinero". En enero de 2001, los empleados de El Corte Inglés de Málaga se negaron a reintegrar el importe de un jersey de lana que se había deteriorado con el uso. El jersey había sido usado por el marido de la demandante en "tres o cuatro ocasiones" y le habían salido "pequeñas bolas". La clienta litigó el asunto y un año más tarde, el juez le dio la razón, condenando a El Corte Inglés a devolverle el importe de la compra, 65,85 euros. El juez argumentó

que el deterioro "anormal" de la prenda "justifica[ba] la insatisfacción" de la compradora, y amparaba la devolución en el cumplimiento de un lema comercial que, a estos efectos, viene a formar parte del contrato[35].

Discusión: ¿Quién tiene mejores información e incentivos para decidir?

¿Debería haberse abstenido el juez de intervenir? Para contestar esta pregunta, debemos considerar que, además de señalar una buena calidad, superior a la prometida, la posibilidad de devolución facilita que el cliente pueda identificar mejor sus necesidades, ajustar mejor el producto a sus preferencias y comprar productos personales a través de otra persona. La garantía interviene en la relación en términos tanto de "incentivos" como de "coordinación"—esto es, resuelve problemas de asimetría y carencia informativa.

Sin embargo, al aplicar dicha garantía pueden aparecer conflictos entre la tienda distribuidora y el cliente, pues puede dar lugar a dos tipos de comportamiento oportunista. Obviamente, por un lado, la tienda puede negarse a devolver el dinero reclamado por el comprador. Por otro lado, el cliente puede reclamar la devolución aunque el producto le satisfaga plenamente, tras utilizarlo durante algún tiempo sin coste alguno. Algunos indicios apuntan la realidad de este riesgo. Por ejemplo, la existencia según las tiendas de auténticos "profesionales de las devoluciones" con prácticas consistentes en reclamar en grupo y en días en que las tiendas están llenas, sólo para protestar airadamente en caso de que la tienda se niegue a aceptar la devolución. Más importante es el dato de que el oportunismo en la devolución parece estar llevando a que las tiendas hayan ampliado las excepciones no cubiertas por la garantía. Desde un principio, habían quedado fuera de la garantía ciertos productos, como los discos de música, pero en fechas más recientes han sido excluidos, por ejemplo, los trajes de fiesta, un producto cuyo primer uso proporciona al cliente gran parte de la utilidad total. En la misma línea, varias tiendas online han empezado a cobrar al cliente los gastos de devolución.

La supervivencia de la garantía correría peligro tanto si la tienda fuese siempre oportunista, y por tanto no atendiera ninguna reclamación, como si muchas devoluciones fuesen oportunistas, pues satisfacer la garantía ocasiona un coste elevado y la tienda ha de repercutir ese coste entre los demás clientes no oportunistas. Para que la garantía funcione eficientemente probablemente sea necesario distinguir las devoluciones oportunistas. ¿Quién debe hacerlo? Existen tres posibles candidatos: el cliente, el juez o la propia tienda. Lo hará mejor aquél que cuente con mejor información e incentivos.

Por un lado, el cliente ha usado el producto, y sabe si ha hecho un uso correcto y qué grado de satisfacción le proporciona. No conoce tan bien, en cambio, qué grado de satisfacción o calidad cabría razonablemente esperar de ese tipo de producto. Y, sobre todo, sus incentivos en cuanto a la posibilidad de devolución son deficientes: sobre todo, porque no pone en juego su reputación.

Por otro lado, el juez tiene aun peor información que el cliente: ignora todo lo que éste ignora y gran parte de lo que éste conoce. Por ejemplo, generalmente desconoce cuáles son los niveles normales de deterioro del producto o qué constituye un uso normal por parte del cliente. Por ello, el juez sólo puede o bien aplicar la garantía de forma automática o bien abstenerse y dejar la decisión al arbitrio de las dos partes. En cuanto a sus incentivos, éstos pueden no ser tan perfectos como podría parecer en un

[35] Caso adaptado de Arruñada (2013, pp. 166-67).

principio: como todo ser humano, los jueces suelen preferir el monopolio, que en este caso se manifiesta en su preferencia por entrar a decidir en todo tipo de relaciones sociales. Abstenerse, dando libertad a las partes, supone reducir ese monopolio.

Por último, la tienda quizá sea quien tiene mejor información de lo que constituye un abuso por parte del cliente, estando así en buenas condiciones para valorar la razonabilidad de la devolución. No sólo conoce mejor las características del producto, sino que está en condiciones de acumular información sobre los clientes, para conocer por ejemplo si un cliente abusa repetidamente de las garantías. Además, los incentivos de la tienda para cumplir son mejores que los del cliente. La tienda está preocupada por su reputación, por lo que tenderá a no defraudar las expectativas del cliente. Si los clientes ven que la tienda no cumple su promesa, la publicidad se volverá en su contra.

Ciertamente, los empleados de las tiendas pueden tener peores incentivos que la empresa para conservar la reputación de ésta. Por ejemplo, si están sujetos a incentivos a corto plazo o piensan irse a otra empresa, les puede interesar incumplir con los clientes, aunque ello sea desastroso para la empresa. No obstante, la empresa tiene incentivos para evitar esos supuestos, por lo que, si bien es posible que se materialicen, deberían ser infrecuentes.

Es pertinente considerar otras dos cuestiones. Primero, cabe dudar hasta qué punto los intereses de la tienda y de sus empleados no les llevan a tolerar a menudo un *exceso* de oportunismo comparado con el nivel que desearían sus clientes menos oportunistas. Recriminar al cliente oportunista requiere esfuerzo adicional por parte tanto de la tienda como de su empleado.

Por otro lado, tal vez constituya un mejor ejemplo de la proclividad al monopolio judicial la negación de la validez del contrato, justificada a menudo con un estándar muy exigente para conformar la voluntad contractual (por ejemplo, la firma de hipotecas y finiquitos laborales). Desde un punto de vista general, esa negación viene a liquidar a un *competidor* esencial tanto de la ley imperativa como del propio juez: el propio contrato y sus partes.

Esta hipótesis del monopolio institucional, ¿ayudaría a explicar la notable y quizá creciente despreocupación que muestran tanto el legislador como la Administración y muchos jueces por la reputación de los individuos y el capital reputacional de las empresas? Téngase en cuenta que las empresas con grandes inversiones reputacionales resultan dañadas incluso cuando los jueces terminan dándoles la razón tras ser víctimas de denuncias falsas en las que a veces puede intuirse la presencia de elementos próximos al chantaje. Un ejemplo histórico fue la difamación que perpetraron hace décadas un par de anarquistas ingleses contra McDonald's. La empresa litigó y ganó el pleito por libelo, pero perdió reputación: la denuncia figuró de forma prominente en las noticias, lo mismo que la demanda judicial y el pleito, que fue uno de los más largos hasta entonces en Inglaterra; sin embargo, la sentencia apenas fue reseñada en la prensa, la indemnización obtenida (40.000£) fue relativamente insignificante y su cobro dudoso[36]. Un suceso en parte similar en España fue la denuncia a principios del año 2020 contra la firma de joyería Tous por una supuesta Asociación de Consumidores y Usuarios de Joyería (Consujoya) creada una semana antes (Rodríguez, 2020). Baste comparar a este respecto el desigual tamaño de estas dos noticias firmadas por Marraco (2020a y 2020b).

[36] Véase "Junk Law", *The Economist*, 19 de junio de 1997.

Entre nosotros, esta despreocupación por la reputación de las empresas y los empresarios resulta también patente al observar la práctica cotidiana de los procedimientos penales, como bien señala el Círculo de Empresarios (2018, pp. 37-42). Podría también contemplarse como tal el sistemático uso ejemplarizante que hace la Agencia Tributaria de todo incidente de inspección a personas famosas.

Extensión a los riesgos de "feudalizar" las relaciones económicas

El monopolio jurisdiccional —la primacía del juez sobre la voluntad de las partes— se introduce durante las revoluciones liberales con la intención de evitar que, por vía contractual, las partes retrocedan hacia situaciones feudales. Por ejemplo, un contrato que estableciera que todos los conflictos los resolviera una de las partes sin que la otra parte pudiera acudir a los tribunales o un testamento que pretendiera vincular indefinidamente una finca a una familia o entidad. Sin embargo, debemos preguntarnos si el poder que ese monopolio jurisdiccional concede al juez cuenta hoy en día con contrapesos suficientemente eficaces, sobre todo tras haberse diluido, supuestamente, la prioridad que la legislación liberal concedía a la voluntad contractual de las partes.

Aparecen en este terreno dos sesgos notables en la actuación judicial. Por un lado, contra la actuación "parajudicial" de las partes en contratos voluntariamente asimétricos en los que quienes contratan lo hacen en condiciones de aparente desigualdad, lo que invita a pensar que, en su intento de buscar el equilibrio, el juez corre el riesgo de alcanzar un desequilibrio en sentido opuesto. La contratación laboral es quizá el supuesto más importante de este tipo (Arruñada, 1993), pero puede darse el mismo fenómeno entre empresas grandes y pequeñas. Por ejemplo, los contratos entre fabricantes y concesionarios de automóviles (Arruñada et al., 2001 y 2005), así como, en general, entre franquiciadores y franquiciados o entre grandes distribuidores y sus proveedores (Arruñada, 2000).

Se observa, asimismo, cierto sesgo contra el arbitraje, cuyas decisiones los jueces tienden a revisar ineficientemente. Pese a que ya desde la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, las decisiones arbitrales no son apelables judicialmente más que por motivos formales y tasados, a diferencia de la norma que había regulado con anterioridad el arbitraje en nuestro país, sucede que, de todos modos, los tribunales superiores acometen en ocasiones un control más de fondo que formal, lo que afecta a la eficacia y ejecutividad de los laudos arbitrales. Es de celebrar en este sentido la STC 46/2020, de 15 de junio, que vino a rescatar el valor de los laudos arbitrales, al tumbar una decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y reforzar su doctrina con el argumento de que "[e]l órgano judicial no puede, *con la excusa de una pretendida vulneración del orden público*, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje" (F.J. 4.º, énfasis añadido).

1. Se echa de menos la existencia de contrapesos o, al menos, de criterios doctrinales que frenen la intervención ineficiente, por excesiva, de los tribunales.
2. Es también posible que se abuse del riesgo de re-feudalización, pues se usa como argumento contra la libertad contractual pero no para limitar la discrecionalidad del juez en cuanto a retroactividad o moralidad (*unconscionability*).
3. Además, estas "manumisiones indeseadas" suelen acabar feudalizando a la parte débil con el Estado o con un solo empleador. El caso de la regulación laboral es claro a este respecto. Es bien sabido que la regulación española lleva a unas tasas muy elevadas de desempleo crónico. Se presta menor

atención al hecho de que da lugar a consecuencias casi feudales. Por un lado, no sólo genera bolsas de población parcial o totalmente subvencionadas, en algunos casos de por vida y con manifestaciones regionales de dependencia masiva y permanente, con un claro componente de "clientelismo" local. Por otro lado, la regulación de los contratos laborales "fijos" desanima la movilidad de los trabajadores que al cambiar de empleo perderían los beneficios de su antigüedad, entre ellos la eventual indemnización por despido, quedando así "atados" a su actual empleador.

4. Casos sobre legislación

Caso 8. Regulación hipotecaria: ¿imperatividad ineficiente?

Para el premio Nobel Douglass C. North, "el nivel de los tipos de interés en los mercados de capitales es quizá la dimensión cuantitativa más evidente de la eficiencia del marco institucional" (North, 1990, 69). Dos piezas básicas para reducir el tipo de interés del crédito son los registros de la propiedad y la legislación hipotecaria, pues permiten emplear eficazmente los bienes inmuebles (y últimamente también los muebles de mayor valor) como garantía, eliminando el riesgo de impago. La idea fue rescatada del olvido por Hernando de Soto et al. (1986, 2000); pero la conocían bien nuestros liberales del siglo XIX. Para hacer posible lo que entonces denominaban "crédito territorial", construyeron esos dos pilares institucionales —Registro de la Propiedad y Ley Hipotecaria— que hasta fechas recientes funcionaban con notable eficacia. El Registro sigue haciéndolo pero las dudas se acumulan respecto a la legislación hipotecaria.

Según un estudio encargado por la European Mortgage Federation, antes de la reciente ola de regulación en materia hipotecaria, España era uno de los países europeos en los que la contratación de hipotecas incurría menos costes operativos. La Asociación Hipotecaria Española podía afirmar entonces que:

> *España es uno de los países más eficientes en términos de costes de operación* (costes de distribución, establecimiento y servicio) como % del saldo vivo (un 0,38%), solo superado por Dinamarca (un 0,35%). En el cálculo de éstos influyen factores estructurales, como por ejemplo, el tamaño del crédito, la regulación del cobro, o el tiempo requerido para el registro. La eficiencia de la garantía es un factor determinante en los costes, y en último lugar en el precio. *En países como Dinamarca, Holanda o España, con un sistema de garantía hipotecaria sólido, el tiempo medio de formalización del préstamo hipotecario y la duración media de la ejecución son sin duda alguna, unos de los más rápidos de toda Europa*, lo que se traduce en menores costes para las entidades, que son trasladados a los precios que soporta el prestatario (AHE, 2006, p. 15, énfasis añadido)[37].

El sistema hipotecario era ágil y eficaz. Cabe también pensar que era draconiano con el deudor que incurría en impago, pero, de ser cierto, ello se traduciría en que todos podían tener acceso al crédito y pagar unos costes inferiores. Sin embargo, estas características parecen haber cambiado sustancialmente. Desde la crisis económica de

[37] La AHE realizó esta valoración con base en el Informe encargado por la Federación Hipotecaria Europea a la consultora Mercer Oliver Wyman (2003, 2006), dentro de las actividades desencadenadas por la Comisión Europea con la revisión de su plan de actuación en el área de los servicios financieros y la creación, en marzo de 2003, del Grupo de Trabajo sobre crédito hipotecario.

2008, hemos transformado su regulación, como fruto tanto de sentencias judiciales generalmente contrarias al acreedor (sobre ejecuciones, suelos al tipo de interés, atribución de gastos, tipos de referencia, etc.) como de novedades legislativas (mediante modificaciones específicas de la antigua Ley Hipotecaria, como las derivadas del RDL 17/2018 y de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario).

Tras estos cambios legales, la libertad de las partes para estructurar el contrato ha quedado sujeta a restricciones adicionales, las cuales: (1) definen numerosas condiciones informativas que ha de supervisar y ejercer el notario; (2) obligan al prestamista a evaluar la solvencia del prestatario, prohíben las ventas vinculadas y la retribución de empleados por volumen; (3) fijan comisiones máximas (por cambio de tipo variable a fijo, por reembolso anticipado en préstamos tanto a tipo fijo como variable y por subrogación); (4) amplían el impago mínimo (de hasta 15 cuotas mensuales) que permite activar el vencimiento anticipado e iniciar el procedimiento de ejecución; y (5) obligan a que sea el acreedor quien pague los gastos y algunos de los impuestos (IAJD) asociados a la transacción.

En resumen, el nuevo sistema intenta mejorar la información del deudor, y restringe la estructura (que no el nivel) de precios, trasladando costes y riesgos al acreedor, sobre todo al hacer más blando el tratamiento del impago.

Discusión

Como argumentaba el Banco de España (BDE, 2019), este traslado de costes al acreedor llevará a tipos de interés más elevados, mientras que la exigencia de evaluar la solvencia junto con las facilidades para el impago comportarán "un cierto endurecimiento de las condiciones crediticias, sobre todo en las aplicadas a los deudores con un mayor perfil de riesgo" (p. 24). En román paladino: las personas de ingresos más variables, a menudo las más humildes, tendrán más difícil acceder al crédito hipotecario. El efecto es bien conocido. En general, cuando las instituciones no hacen pagar las deudas, no sólo los deudores tienden a ser más oportunistas sino que los acreedores anticipan ese resultado y se protegen, prestando menos (Japelli et al. 2005; Arruñada y Casari, 2016) o subiendo el tipo de interés (Visaria, 2009). Además, un *enforcement* judicial débil intensifica el riesgo sistemático de la banca al fomentar que los deudores sean selectivos y concentren sus impagos en los bancos más débiles (Schiantarelli et al., 2016)

Debido a la complejidad de los cambios normativos, a la presencia de otros factores (en especial, el anómalo nivel de los tipos de interés tras las políticas de *quantitative easing*) y la escasez de datos, no es fácil constatar las consecuencias del nuevo entorno institucional; pero diversos indicios son coherentes con un juicio negativo. Quizá el más importante es que el volumen de crédito hipotecario vivo no ha dejado de caer desde 2010. En 2018, era solo el 79,11% del de 2010. Igualmente, el crédito hipotecario residencial tampoco ha dejado de descender en proporción al PNB, pasando del 57,4 % en 2010 al 40,6% en 2018. Peor aún ha sido la evolución del volumen de hipotecas no residenciales, que al final de 2016 era el 27,5% del de 2009 (EMF, 2019, pp. 117-24). Las informaciones de prensa hablan ocasionalmente de aumentos en los tipos de interés medios, y ello a pesar de que ese aumento está atenuado por la posibilidad de que se estén concediendo menos créditos a los deudores de mayor riesgo.

Ambos datos son compatibles con el argumento de que, al hacer más blando el régimen para los deudores, el mercado hipotecario se ha contraído, lo que se correspondería con un menor valor de los inmuebles residenciales como garantía. El

elemento personal del crédito hipotecario es así posiblemente mayor, lo que estaría impidiendo el acceso de los "peores" deudores a préstamos que, aún incorporando garantía hipotecaria, se basan sobre todo en una garantía personal: se trata de créditos personales que, sólo como complemento, incorporan una garantía real de escasa eficacia. Esos deudores de mala calidad sólo tendrán acceso al crédito informal, cuyas salvaguardias se basan a menudo en mecanismos primitivos, incluida la violencia física. Corremos el riesgo de que, poco a poco, estemos retrocediendo a la situación previa a la Ley Hipotecaria de 1861, cuya Exposición de Motivos defendía la necesidad de liberar al deudor "del yugo de usureros despiadados". El auge que han experimentado en los últimos años las hipotecas formalizadas a favor de acreedores particulares parece ya apuntar en esta dirección.

Nótese, por último, que la atención de la mayoría de analistas se centra en estos efectos sobre los futuros deudores, quienes probablemente no sólo han de pagar tipos más altos sino que a algunos de ellos (los peores riesgos) les será imposible contratar hipotecas. Sin embargo, convendría no perder de vista los efectos sobre los contratos vigentes, que son el auténtico motor de la regulación, pues, en la medida en que normas como las que introduce la Ley 5/2019 sean retroactivas, benefician a aquellos deudores que habían contratado hipotecas a precios que no incorporaban esas condiciones más favorables. Resulta llamativa la falta de atención a este efecto redistributivo incluso en documentos críticos con la normativa, pues dicho efecto es lo que explica su adopción.

Caso 9. La excepción liberal del servicio doméstico

La excepcional regulación del servicio doméstico ilustra la interacción entre preferencias ciudadanas y legislación. Sucede que, en España, mientras regulamos con carácter imperativo y de forma estricta la contratación laboral general[38], mantenemos un régimen relativamente libre, con unas reglas imperativas muy atenuadas, para la contratación del servicio doméstico. En éste, el despido es prácticamente a voluntad del empleador y la indemnización obligatoria es mucho menor. Además, la ausencia 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 terminación, pues para esta relación laboral el legislador permite emplear como "causa extintiva" específica el simple desistimiento del empleador: en cualquier momento, éste puede desistir del contrato sin alegar causa justificativa alguna, tan sólo con un preaviso de entre siete y veinte días y pagando una indemnización de doce días por año trabajado hasta un máximo de seis mensualidades (la indemnización por despido improcedente en el régimen general es de veinte días por año con un tope de doce mensualidades)[39].

---

[38] En muchos extremos, como el coste del despido, más que ningún otro país europeo (LFMI, 2019).

[39] El servicio doméstico se reguló tradicionalmente por el Derecho civil, quedando pues al margen de las leyes laborales. Tanto la Ley 16/1976 de Relaciones laborales como el Estatuto de los Trabajadores de 1980 optaron por regularlo como relación laboral especial, pero significativamente sucesivos Gobiernos pospusieron su regulación hasta el Real Decreto 1424/1985, el cual mantuvo "un grado notable de flexibilidad en la regulación de las condiciones de trabajo. Se establecía, en primer lugar, una clara preferencia por la contratación temporal: el contrato se presumía concertado por tiempo determinado de un año y celebrado a prueba durante quince días (art. 4). Se flexibilizaba, además, la extinción del contrato de trabajo, permitiendo al empleador el 'desistimiento' sin causa con una indemnización reducida (arts. 9 y 10). El tiempo de trabajo y el salario se sometían, también, a una regulación especial menos garantista (arts. 6 y 7)" (Desdentado, 2016, p. 131). La reforma que introdujo el Real Decreto 1620/2011 aplicó la regulación general en numerosos asuntos, incluida la contratación temporal anual, mejoró de forma imperativa las condiciones de trabajo e indemnización y reforzó la transparencia; pero mantuvo la regulación del servicio doméstico más cerca de la situación previa al Real Decreto que al régimen general.

Esta dualidad de regímenes no parece plantear mayor problema jurídico ni ético a los jueces y legisladores que, sin embargo, aplican a los demás contratos de trabajo reglas bien diferentes. Por ejemplo, a finales de 2011 (RDL 29/2012), un Gobierno del PP dio marcha atrás a la obligación que, tan sólo semanas antes, había impuesto el anterior Gobierno del PSOE a todo empleador de trabajador doméstico que le prestase sus servicios durante menos de 60 horas al mes, de solicitar su afiliación así como de ingresar las cotizaciones a la Seguridad Social (Disposición Adicional 39.ª de la Ley 27/2011). Lo más notable es que la respuesta de expertos, políticos, jueces y opinión pública fue… el silencio. Un silencio que contrastó vivamente con la ruidosa protesta con la que obsequiaron la reforma laboral emprendida pocas semanas más tarde. Ésta mereció incluso que una asociación judicial emitiera un comunicado público en su contra, como se comenta en el apartado 4.2.

Discusión

Debemos preguntarnos por qué uno de los mercados de trabajo más intervenidos de Europa cuenta con esta isla liberal. ¿Tiene sentido alegar, como a veces se hace, que quienes empleamos a servidores domésticos "no somos empresarios"? ¿No se incurre con ello en una racionalización nominalista carente de contenido sustantivo? ¿No será sólo un truco para salvar la disonancia cognitiva que surge entre las creencias y los actos de quien, por su propio interés, defiende aplicar soluciones diferentes a situaciones semejantes, cuando no idénticas?

Este nominalismo alcanzaría incluso a los textos legales. Por ejemplo el preámbulo del RD 1620/2011 justifica lo especial de la regulación específica y diferenciada del servicio doméstico con el argumento del ámbito en que se desarrolla y la consiguiente confianza que requiere, hablando de:

> Las condiciones particulares en que se realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico, que justifican una regulación específica y diferenciada son bien conocidas. De modo principal, el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado; y, en segundo lugar y corolario de lo anterior, el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo.

La más curiosa de estas afirmaciones es quizá la que se refiere a que el servicio doméstico no forma parte de la economía de mercado, cuando se presta a cambio de una contraprestación económica, en su mayor parte monetaria. En la misma línea, para identificar al empleador, el RD 1620/2011 dota al hogar de un "titular" (artículo 1.3). Sin embargo, en la práctica, al empleador se le identifica mediante el concepto general de empresario laboral (Desdentado, 2016, p. 135) definido en el Estatuto de los Trabajadores, por el cual "serán empresarios todas las personas… que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior", esto es, la de aquellos "trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona".

De igual modo, es dudoso que la confianza pueda justificar la excepcionalidad del régimen. ¿Es en verdad esa confianza tan importante o excepcional? Pensemos que los activos de los hogares suelen ser menos valiosos que los de las empresas. ¿No será, acaso, que el legislador valora más sus propios activos que los ajenos? Además, si la confianza fuera el motivo real, lo lógico sería diferenciar la regulación del mercado de

trabajo de acuerdo con la importancia de la confianza, la cual depende de ese valor de los activos gestionados por el trabajador. Sin embargo, al menos fuera del ámbito de los contratos de dirección, esa variable parece tener muy escaso protagonismo en la regulación laboral.

¿Acaso la razón de esta excepcionalidad del régimen legal del servicio doméstico reside simplemente en que sus empleadores no son un pequeño número de "empresarios" sino un enorme número de ciudadanos "normales y corrientes", dispuestos, cuando les conviene, a negar su condición de empleadores? Esta posibilidad sería coherente con el argumento de que, al menos en una sociedad con las preferencias que mantienen los ciudadanos españoles, la introducción de reglas imperativas como consecuencia de intervenciones retroactivas en los contratos es más probable (como sucede en el Derecho laboral general) cuando la parte que sufre la redistribución (esto es, los empleadores) tiene relativamente poco poder político por ser poco numerosos respecto a los empleados de régimen general. Sucede todo lo contrario en el servicio doméstico, porque, además de que los empleadores son más numerosos, los propios reguladores y jueces son ellos mismos empleadores y, por tanto, partes afectadas. Sería lógico que se sintieran inclinados a dotarse de un régimen que unos observadores verán como favorable al interés de los propios reguladores-empleadores y otros simplemente como eficiente y, por tanto, favorable para ambas partes, empleados y empleadores.

Conviene señalar, por cierto, que esta última posibilidad es la más atendible, de modo que el marco regulador del servicio doméstico parece ser más eficiente que el general. Así lo indica el que, en un país como el nuestro, con récord de desempleo y predominio del autoservicio mecanizado en todo tipo de actividades (desde las gasolineras al pedido de comida rápida), un elevado porcentaje (en 2010, un 14,4% según el INE) de nuestros hogares cuenta con servicio doméstico prestado de forma regular. Además, los españoles gastamos mucho más en servicio doméstico que otros europeos, tanto en términos absolutos como relativos (Cuadro 5).

Cuadro 5. Gasto por hogar en servicio doméstico, unidades de poder de compra homogéneas (2015)

	Gasto en servicio doméstico por hogar	*Gasto total por hogar*	*Porcentaje del gasto en servicio doméstico en el gasto total por hogar*
España	318	18.388	1,73%
Francia	265	19.484	1,36%
Italia	251	19.171	1,31%
Países Bajos	216	21.692	1,00%
Reino Unido	124	15.791	0,79%
Alemania	110	21.085	0,52%
Dinamarca	92	20.384	0,45%
Suecia	17	19.286	0,09%
EU-28	161	17.157	0,94%
Eurozona	210	19.348	1,09%

Fuente: Elaboración propia con datos de Eurostat.

Caso 10. La proporcionalidad de capital y voto: ¿un Derecho trivial?

Las estructuras que se alejan de la proporcionalidad estricta entre capital y voto responden a menudo a la necesidad de facilitar la financiación de la empresa, y no al deseo de perpetuar el control o extraer beneficios privados. Cuando una empresa

necesita más recursos de capital de los que puede aportar fácilmente el grupo de control, puede ser óptimo financiarla —en vez de con deuda— con fondos propios proporcionados por accionistas minoritarios, pero repartiendo desigualmente los derechos políticos. Por un lado, al mantener la proporcionalidad de los derechos económicos, los accionistas más alejados del control se benefician de posibles estrategias empresariales arriesgadas, al contrario que si prestasen los fondos. Los costes de transacción de los fondos propios, aunque estén en minoría, pueden así ser menores que los del endeudamiento. Por otro lado, se evita el despilfarro de capital relacional y humano "específico" a la empresa (capital valioso solo en esa empresa) del que está dotado el equipo directivo (Gomes, 2000; Khanna y Palepu, 2000), equipo que podría perder el control si hubiera de vender acciones comunes en suficiente cantidad para financiar el crecimiento. Es éste un factor de primer orden en muchas empresas, por motivos de todo tipo, desde el papel que representa un innovador tecnológico al valor que aporta una familia fundadora en términos de estabilidad a largo plazo, reputación, formación y relaciones sociales (Bertrand y Schoar, 2006). Este argumento de menor coste de capital encuentra confirmación en estudios empíricos que observan diferencias tanto entre países como entre empresas y constatan cómo el control familiar de grandes grupos empresariales responde a que les permite financiarse a menor coste (Masulis et al., 2011).

En España, se solían emitir acciones de voto plural hasta que lo prohibió la Ley de sociedades anónimas de 1951. De hecho, las emitidas con anterioridad a dicha Ley se siguieron contratando en Bolsa hasta entrar en vigor la reforma de 1989. Desde esta última, sin embargo, el precepto que ahora recoge el artículo 188 de la vigente Ley de sociedades de capital (LSC) prescribe 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". Esta prohibición, que ha sido criticada como ineficiente, ineficaz y costosa (Arruñada, 1990, p. 243), es más formal que real porque la propia ley española, como las de todos los países desarrollados, dispone varios procedimientos que permiten apartarse de la proporcionalidad entre capital y voto. Su ineficacia queda de relieve por el hecho que los artículos 94 a 96 LSC permiten emitir acciones con derechos *económicos* desiguales, a pesar de que la proporcionalidad real entre derechos económicos y políticos se rompe tanto al reducir derechos políticos como al aumentar los económicos. Por ejemplo, Amadeus contó durante años con dos clases de acciones, A y B: la clase A, con 0,01€ de valor nominal y 1 solo voto por acción; y la clase B con 0,10€ de nominal y 10 votos por acción. Respetaba así formalmente la proporcionalidad, pues la Ley la define en términos de capital *nominal* (artículo 96.2 LSC), una ficción que carece de entidad económica alguna.

Esta ingeniería jurídico-financiera revela que el imperativo de proporcionalidad es una ficción pero ha sido utilizada por pocas empresas, quizá porque la ley ofrece medios más simples, igual de eficaces y menos transparentes[40]. Cabe, por ejemplo, limitar en los estatutos sociales los votos máximos que puede emitir un accionista (188.3 LSC), o

[40] El de España no es un caso único, sino todo lo contrario. Ya en 2007 en la mayoría de países desarrollados se empleaban hasta 13 mecanismos societarios para desviarse de la proporcionalidad entre derechos económicos y políticos: acciones con múltiples derecho a voto, acciones sin derecho a voto y sin preferencia, acciones preferentes sin derecho a voto, estructuras piramidales, acciones con derechos prioritarios de decisión, certificados de depósito cuyo titular no tiene derecho a voto, límites del derecho de voto, límites al porcentaje de propiedad, disposiciones estructurales de mayorías cualificadas, sociedades comanditarias por acciones, acciones de oro, participaciones cruzadas, y acuerdos y sindicatos de accionistas (Caprasse et al., 2007; OECD, 2019).

bien emitir acciones sin voto. Cabe también emplear estructuras piramidales, que es el mecanismo más socorrido. Consiste en interponer entre el inversor y las empresas controladas una o varias sociedades, en las cuales la presencia de minoritarios en cada nivel interpuesto permite lograr el control de todo el conjunto con una participación en el capital que puede ser muy pequeña en los niveles inferiores de la pirámide. Si el X posee el 51% del capital y ostenta el 51% de los votos en la sociedad A y, a su vez, ésta posee el 51% del capital y votos de la sociedad B, X controla el 51% de los votos de B con sólo el 26,01% = (51% * 51%) de su capital.

Todos estos mecanismos, que vienen a reemplazar las acciones de voto múltiple, son a menudo más costosos que éstas, tanto de forma directa como indirecta. El coste directo proviene de la necesidad de construir todo un entramado societario, como es obvio en el caso de las pirámides accionariales, las cuales incurren en costes fijos en cada nivel jerárquico. Pero el coste indirecto quizá sea mayor: como ponen de relieve las pirámides, aumentan la opacidad, y ésta dificulta la valoración de las acciones por los inversores, exacerbando su asimetría informativa, retrayendo su participación y perjudicando en fin la eficiencia en la asignación de recursos de capital. Lógico por todo ello que los mercados de capitales más desarrollados se hayan movido hacia una mayor tolerancia de las acciones de voto múltiple, como constata la OECD (2019, pp. 83-85). (El 14 de julio de 2020 el Gobierno ha aprobado, para su remisión a las Cortes, el Proyecto de Ley de Fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas de sociedades cotizadas, que traspondría la Directiva 828/2017 y permitiría emitir "acciones de lealtad" que permite que los accionistas puedan otorgar un voto adicional por cada acción que se mantenga durante un mínimo de dos años).

Discusión

1. ¿Por qué se prohíbe la libre emisión y contratación de acciones que rompen la proporcionalidad entre derechos económicos y políticos?
2. ¿Por qué se prohíbe de forma explícita —por ejemplo, mediante acciones de voto plural— pero se permite de forma encubierta mediante toda una serie de mecanismos con —de hecho— peores efectos?
3. ¿Por qué el legislador español reacciona con tanta lentitud a la hora de legalizar la emisión de acciones que se desvían de la proporcionalidad pese a que muchos otros países y mercados bursátiles ya las han legalizado?
4. ¿Qué papel juega en la renovación de este tipo de regla la doctrina jurídica? ¿Tiene algún sentido pensar que distintos tipos de reglas generan mayor o menor demanda de servicios jurídicos y a distintos tipos de letrados?
5. ¿Tiene sentido considerar parte de dicha doctrina como inversiones potencialmente depreciables ante este tipo de innovación legislativa?

5. Casos sobre la Justicia

Caso 11. La selección de jueces: adaptación y oposiciones

En España, el acceso a la judicatura requiere superar una oposición que se compone de tres ejercicios consistentes en superar *tests* y exposiciones orales sobre derecho constitucional, civil, penal, procesal, mercantil y administrativo o laboral (CGPJ, 2019). El procedimiento de estas oposiciones es memorístico y su contenido exclusivamente jurídico (Salvador y Gómez, 2010). Por su parte, los dos cursos de la Escuela Judicial, tienen a efectos selectivos una relevancia muy limitada, porque, simplemente, "la Escuela no suspende a sus alumnos" (Salvador y Gómez, 2010, p. 59).

Cabe pensar que en el pasado tenía más sentido seleccionar jueces con base en sus conocimientos de las leyes, pues el juez era *la bouche de la loi*, limitándose a aplicar unas pocas reglas claramente definidas. Durante la cristalización del Derecho civil en el siglo XIX, restringir la discrecionalidad judicial pudo incluso haber sido fundamental para proteger la libertad contractual y desarrollar el orden jurídico de la economía de mercado[41]. En ese contexto, tiene más sentido seleccionar jueces con base en su conocimiento de las leyes vigentes, leyes que entronizaban la primacía de la voluntad de las partes libremente expresada en el contrato. Sin embargo, dada la decreciente calidad y la rampante inflación legislativa[42], el valor relativo de esos conocimientos legales es de temer que haya decaído notablemente y que sea hoy insuficiente e incluso inadecuado. En especial, quizá prepara mal a los jueces para completar contratos, definir estándares y navegar una inundación legislativa como la que se ha producido en las últimas décadas. Menos aún para suplir la función legislativa, tarea a la que algunos tribunales se han creído crecientemente llamados en los últimos años.

Por un lado, la discrecionalidad judicial podría haber aumentado como consecuencia de varios factores, desde la mayor complejidad y el contenido a menudo contradictorio de la legislación, que permite elegir principios ajustados a la voluntad del juez, la superposición de legislación europea en ocasiones contradictoria o no traspuesta en la legislación nacional; y la propia posibilidad de recurrir a la jurisdicción europea. Como ha señalado Jesús Alfaro,

> Cuando los Códigos pierden centralidad en el Derecho realmente aplicado porque el desarrollo económico y las innovaciones multiplican la especialización y los intercambios, los juristas han de recuperar el papel que les correspondía: han de auxiliar a los particulares en la organización eficiente de sus intercambios y de su cooperación —ingenieros de los costes de transacción que ha dicho Gilson— y, al hacerlo, han de comenzar de nuevo a examinar las reglas desde la perspectiva de su eficiencia (Alfaro, 2007, p. 6).

Por otro lado, esa selección mediante oposiciones, que da entrada en la carrera a una mayoría de jueces generalmente sin experiencia en otra actividad económica ni apenas estudios sobre cómo funciona una economía de mercado está mejor adaptadas y sus carencias importan menos cuando el juez decide con base en criterios de justicia formal y se limita a aplicar reglas bien definidas. Como señalaba el juez Posner, "[e]s probable que un juez de carrera, que ha tenido menos exposición al mundo fuera de la sala del

---

41 Véanse Arruñada y Andonova (2005, 2008a y 2008b).

42 Mora-Sanguinetti y Pérez-Valls (2020) estiman que el volumen de producción normativa se ha multiplicado por cuatro entre 1979 y 2018. Marcos et al. (2010) han documentado el enorme incremento experimentado por el volumen de legislación autonómica a partir de los años 1980.

tribunal que un juez designado por sus méritos profesionales, carezca de la experiencia que necesitaría para definir reglas en vez de aplicarlas" (2010, p. 30). Sin embargo, es de esperar que esa experiencia adquiera mayor importancia cuando el juez ejerce una discrecionalidad que se ha acercado a la que se presume de los jueces de *common law*, muchos de los cuales han ejercido previamente como abogados y cuentan por ello con mayor experiencia acerca de cómo funciona la contratación en el mercado, al menos por haber servido a clientes en posiciones diversas. En consecuencia, están mejor preparados para decidir con mayor discrecionalidad[43].

Discusión

El caso plantea dos grandes conjuntos de asuntos. Por un lado, ¿estamos padeciendo realmente un creciente desajuste debido a que, al empeorar y difuminarse las reglas legales, se ha ampliado la discrecionalidad judicial a la vez que se ha mantenido el viejo diseño funcionarial de la carrera judicial? De ser acertado el diagnóstico, el remedio, ¿debe venir por el lado de las reglas o por el de los jueces? Es suficiente con una reforma del sistema de oposiciones o es preciso atacar elementos más centrales en la arquitectura del sistema jurídico? ¿Es necesario reformar las oposiciones aunque el diagnóstico anterior sea erróneo?

Por otro lado, respecto al sistema de entrada en la carrera judicial, tras analizar el sistema español y mostrar su escasa similitud con los de Francia y Alemania, Salvador y Gómez (2010, pp. 55-71) proponen una reforma minimalista consistente en modificar la oposición para introducir un caso práctico y ampliar el temario a materias no jurídicas, modificar en el mismo sentido el programa de la Escuela Judicial y ampliar a no juristas el acceso a la carrera judicial. ¿Es necesaria una reforma de mayor calado? En particular, la reforma seguramente debe considerar no sólo al mecanismo de selección sino también posibles cambios en las condiciones de trabajo para así afectar el proceso de autoselección. Por ejemplo:

1. ¿Conviene aumentar la retribución con el fin de mejorar la calidad de los candidatos? Una pregunta empírica relevante es si hoy en día preparan oposiciones a judicatura los mejores estudiantes, equivalentes a los que preparan Abogado del Estado, Notarías o Registros, y si esa asignación es o no eficiente.
2. ¿Procede introducir una retribución más diferida en el tiempo, para reforzar el efecto autoselectivo hacia una mayor aversión al riesgo?
3. En comparación con la formación adquirida mediante el ejercicio profesional privado de la profesión, ¿es realmente útil la formación reglada en materias no jurídicas, como la que defienden aplicar en oposiciones y Escuela Judicial tanto Cabrillo y Pastor (2001, p. 121-23) como Salvador y Gómez (2010, pp. 58-65)?
4. Para mejorar las decisiones judiciales, quizá no sea siempre útil ampliar la formación del juez. Una formación superficial sólo le dota de más recursos intelectuales para *racionalizar* todo tipo de sentencia que sea conforme a sus

[43] Si bien los jueces de *common law* están, en principio, más restringidos por el precedente, la efectividad de esa restricción es discutible. Como también reconocía el juez Posner, resumiendo su manera de proceder: "Presto muy poca atención a las reglas, leyes y preceptos constitucionales… Un caso es solo una disputa. Lo primero que uno hace es preguntarse —olvidándose del Derecho— cuál es la solución sensata … [Lo siguiente, ver si algún precedente reciente del Supremo o algún otro obstáculo jurídico impide aplicar a esa solución] Y la respuesta es que rara vez ocurre… Son muy fáciles de evitar" (Liptak, 2017).

prejuicios morales. ¿Es éste el caso de algunas sentencias provenientes de juzgados mercantiles? Dos indicios en apoyo de este argumento. Por un lado, los efectos de la mayor formación económica parecen modestos incluso en un programa como el fundado por el profesor H. Manne en Estados Unidos, que muchos consideraban que era intencionadamente favorable a la economía de mercado (Ash *et al*. 2019). Por otro, los efectos de la formación académica dependen de su contenido. Debe alertarnos sobre este riesgo el uso de malos argumentos económicos por parte de jueces activistas cuando pretenden justificar sentencias que fuerzan las interpretaciones legales, como señala un informe del Círculo de Empresarios (2018, p. 18).

Caso 12. Sentencias hipotecarias: ¿sesgo retrospectivo o retroactividad?

Tanto las limitaciones inferiores al tipo de interés, conocidas como "suelos", como los límites superiores o "techos", son valiosos para las partes de un préstamo a tipo de interés variable. En particular, el techo proporciona una utilidad muy notable al deudor porque la probabilidad de que, durante la larga vida del préstamo, ese límite se traspase es sustancial. Además, si el deudor es averso al riesgo, valora especialmente la cobertura que le proporciona el techo, mucho más que el coste que le representa el suelo. De hecho, en el caso concreto de uno de los litigios que han dado lugar en España a una larga serie de sentencias, la utilidad del límite superior era incluso mayor que la del límite inferior, y ello en un amplio abanico de supuestos realistas, tanto en cuanto a las formas funcionales como a los parámetros y las distribuciones de probabilidad[44].

Discusión

La Sentencia del Tribunal Supremo que anuló dichas cláusulas ha sido muy criticada. Primero, por anular indebidamente, por falta de transparencia, una cláusula lícita; y, segundo, por limitar los efectos de esa anulación (por ejemplo, Gomá, 2015), lo que dio lugar a una sentencia desfavorable del TJUE (Gomá y Álvarez, 2016; Cámara, 2017). Sin embargo, desde el punto de vista institucional lo que más interesa discernir es si se trató de un mero error judicial o, por el contrario, existió por parte del Supremo la voluntad de modificar la ley en sede judicial.

El texto de la Sentencia apunta a un error en forma de sesgo retrospectivo, fruto de que, cuando se dicta, el Euribor está muy por debajo de los suelos, lo que lleva a los jueces a afirmar que los bancos ya sabían que los tipos iban a ser inferiores, y a sospechar que se aprovecharon de los clientes, vendiéndoles préstamos que eran, en esencia, a tipo fijo.

Ciertamente, quien contrata a diario sabe más que quien lo hace ocasionalmente. Pero una cosa es saber algo más; otra distinta, poder aprovecharlo en un mercado competitivo; y aun una tercera aprovecharlo realmente.

Los bancos sabían realmente muy poco. En general, la predictibilidad del tipo de interés de mercado es escasa, incluso a corto plazo. En particular, los tipos implícitos en los derivados financieros y en los créditos a diferente plazo padecen sesgos imposibles de eliminar. Por ello, no reflejan los tipos esperados, como corroboran numerosos estudios empíricos. Constatan éstos también que los cambios en la exposición de los

[44] Véase Arruñada y Casas-Arce (2018). Véase asimismo el informe sobre la materia emitido por el Banco de España (2010). Lo que sigue se basa en Arruñada (2013).

bancos al riesgo de tipo de interés no se correlacionan con la evolución futura de éste, como uno esperaría si en verdad pudieran predecirlo. Además, si esto es así en condiciones normales, la predictibilidad de los tipos era aun menor cuando se contrataron los préstamos objeto de la Sentencia, firmados entre el 26 de julio de 2005 y el 1 de octubre de 2008. Entre esas dos fechas, el BCE siempre *elevó* el tipo de intervención —determinante esencial del tipo de mercado a corto plazo—, desde el 2% al 4,25%, y no empezó a bajarlo hasta el 15 de octubre de 2008, un mes después de la quiebra de Lehman Brothers y dos semanas después de que se firmara el último de dichos préstamos.

Además, la supuesta ventaja tampoco hubiera sido aprovechable económicamente, y menos en los préstamos que eran objeto de la Sentencia. La competencia que existía entonces en el mercado de hipotecas garantizaba que toda posible ventaja se equilibrase con un menor margen diferencial, de los más bajos de la UE. Máxime cuando el suelo era un atributo sobresaliente: uno de los principales bancos incluso vendía una "Hipoteca Rompesuelos". Y, en todo caso, el eventual oportunismo hubiera tenido como límite el que impone la posibilidad de subrogación, a un coste medio de unos 1.000€.

Por último, menos había indicios de que una hipotética ventaja informativa hubiera sido aprovechada: los suelos de los préstamos objeto de la Sentencia no sólo eran en promedio un 51,5% inferiores a los tipos de referencia, sino un 52,2% inferiores a los tipos *forward*. Con un margen tan amplio entre suelo y tipo hubiera sido descabellado creer que los suelos pudiesen activarse a corto plazo.

Por todo ello, es altamente plausible que el Supremo se equivocase, sumándose así a una cadena de errores que, para beneficiar a los deudores actuales, puede haber puesto en riesgo el mercado hipotecario. Pero, ¿es concebible que jueces tan experimentados incurrieran en sesgo retrospectivo? Parece más creíble, en cambio, que estas sentencias estaban usando el supuesto desequilibrio ex ante como mera excusa para redistribuir riqueza ex post con arreglo a lo que los jueces consideraban justo o, más bien, a lo que interpretaban que era el deseo de la sociedad: quizá a lo que el entonces Presidente de la Sala que dictó la Sentencia denominaba "voluntad constituyente de la sociedad".

Las Sentencias sobre gastos hipotecarios

La práctica contractual establecida durante décadas ha sido que el deudor pagase los gastos hipotecarios asociados al impuesto de actos jurídicos documentados (IAJD) que grava la constitución de hipoteca. Ello sin que nadie expresara su disconformidad: ni deudores, ni notarios, ni registradores, ni asociaciones de consumidores, ni fiscales de consumo, ni jueces.

Pese a estos antecedentes consuetudinarios, compatibles con el Derecho europeo y con una interpretación no expansiva de la legislación española (Gómez Pomar et al., 2018), la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, arguyendo que esa práctica violaba el artículo

89.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[45], decidió en 2018 imputar retroactivamente tales gastos al banco[46].

Conviene observar también que el análisis económico más elemental (ley de Dalton) lleva a concluir que para saber cuál de las partes de un contrato *carga* con un impuesto es irrelevante qué parte lo *paga nominalmente* (Ferreira, 2018).

Por todo ello, el caso suscita varias preguntas de interés. Para empezar, ¿cómo debemos definir en un supuesto como éste el contenido de la regla *preexistente* al cambio? A juicio de algunos observadores existía cierto grado de contradicción entre la práctica unánime de los operadores en el mercado (según la cual, correspondía pagar los gastos al deudor) y la interpretación que cabría hacer del correspondiente texto legal (según la cual, correspondería pagar al acreedor). Suponiendo que esta interpretación de la legislación fuese correcta, ¿no *deberíamos* considerarla derogada por la práctica contractual establecida? Es más, atendiendo a los efectos sociales, ¿*convendría*, desde un punto de vista positivo, considerarla derogada?

Asimismo, con su decisión, ¿está el Supremo redistribuyendo riqueza? ¿Generando inseguridad jurídica? ¿Cómo distinguir si la decisión es, en efecto, retroactiva? En general, ¿qué criterios cabría disponer con el fin de evaluar el grado real de retroactividad, ya sea ante una propuesta normativa o al juzgar su evolución en un campo concreto del Derecho?

---

[45] Según este artículo, "tienen la consideración de cláusulas abusivas:… 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)…. c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario" (Real Decreto-ley 1/2007, de 16 de noviembre).

[46] STS 3.ª, 1505/2018, de 16 de octubre. Véase Gomá (2018) y Álvarez Royo-Villanova (2018), quien resume los avatares de la jurisprudencia en esta materia diciendo que "se reprochaba a la Sala 1ª no seguir el criterio de la Sala 3ª, y cuando la 1ª lo sigue, resulta que la 3ª cambia su criterio para adoptar el que adoptaba (aunque después dice que no lo había hecho) la Sala 1ª en la STS de 2015". Sobre el desenlace del caso en el TJUE, Alfaro (2020).

5. Referencias

AHE, Asociación Hipotecaria Española, "Informe sobre los mercados hipotecarios en Europa", Madrid, 15 de Diciembre de 2004.

Alfaro Águila-Real, Jesús (2007), "Los juristas —españoles— y el análisis económico del derecho", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2007.

Alfaro Águila-Real, Jesús (2020), "Luxemburgo se rinde: la cláusula abusiva declarada nula se sustituye por el derecho aplicable en defecto de pacto", *Almacén de Derecho*, 16 de julio.

Álvarez Royo-Villanova, Segismundo (2018), "El TS vuelve a cambiar: es el Banco quien debe pagar el impuesto de los préstamos hipotecarios", *Hay Derecho*, 18 de octubre.

Arruñada, Benito (1990), *Control y regulación de la sociedad anónima*, Alianza Editorial, Madrid.

Arruñada, Benito (1993), "Pintando la caja negra", *Papeles de Economía Española*, 57, 156-69.

Arruñada, Benito (2000), "The Quasi-Judicial Role of Large Retailers: An Efficiency Hypothesis of their Relation with Suppliers", *Revue d'Economie Industrielle*, 92, 2.º y 3er. trimestres, 277-96.

Arruñada, Benito (2007), "Pitfalls to Avoid when Measuring the Institutional Environment: Is 'Doing Business' Damaging Business?", *Journal of Comparative Economics*, 35(4), 729-47.

Arruñada, Benito (2009), "How *Doing Business* Jeopardizes Institutional Reform", *European Business Organization Law Review*, 10(4), 555-74.

Arruñada, Benito (2010), *Formalización de empresas: Costes frente a eficiencia institucional*, Thomson Reuters, Cizur Menor.

Arruñada, Benito (2013), "Cláusulas 'suelo': Más que un error, una excusa", *Expansión*, 25 de octubre, 54.

Arruñada, Benito (2019), "Prospects of Blockchain in Contract and Property," *European Property Law Journal*, 8(3), 231–59.

Arruñada, Benito (2020a), "The Impact of Experience on How We Perceive the Rule of Law," *Journal of Institutional Economics*, 16(3), 251–69.

Arruñada, Benito (2020b), "The Institutions of Roman Markets", cap. 17 en Giuseppe Dari-Mattiacci y Dennis Kehoe (eds.), *Roman Law and Economics*, vol. 2, Oxford Studies in Roman Society and Law (Tom McGinn y Paul Du Plessis, eds.), Oxford University Press, Oxford.

Arruñada, Benito (2020c), "Valores contradictorios, leyes ineficientes", *Hay Derecho-Expansión*, 3 de marzo.

Arruñada, Benito (2020d), "Mala leyes", *Información Comercial España. Revista de Economía*, en prensa.

Arruñada, Benito, Luis Garicano y Luis Vázquez (2001), "Contractual Allocation of Decision Rights and Incentives: The Case of Automobile Distribution", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 17(1), 256-83.

Arruñada, Benito, Luis Garicano y Luis Vázquez (2005), "Completing Contracts Ex Post: How Car Manufacturers Manage Car Dealers", *Review of Law and Economics*, 1(1), 149-73.

Arruñada, Benito, Manuel González-Díaz y Begoña López (2000), "El papel del mercado en el control de la producción en equipo: El caso de las empresas pesqueras", *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, 5, 5-24.

Arruñada, Benito, Manuel González-Díaz, y Alberto Fernández (2004), "Determinants of Organizational Form: Transaction Costs and Institutions in the European Trucking Industry", *Industrial and Corporate Change*, 13(6), 867-82.

Arruñada, Benito, y Marco Casari (2016), "Fragile Markets: An Experiment on Judicial Independence", *Journal of Economic Behavior and Organization*, 129, 142-56.

Arruñada, Benito, y Pablo Casas-Arce (2018), "Préstamos hipotecarios y limitaciones al tipo de interés", en Juan José Ganuza y Fernando Gómez-Pomar (cood.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 285-314.

Arruñada, Benito, y Veneta Andonova (2005), "Market Institutions and Judicial Rulemaking", en Claude Ménard y Mary M. Shirley, eds., *Handbook of New Institutional Economics*, Dordrecht, Springer, 229-50.

Arruñada, Benito, y Veneta Andonova (2008a), "Judges' Cognition and Market Order", *Review of Law and Economics*, 4(2), 665–92.

Arruñada, Benito, y Veneta Andonova (2008b), "Common Law and Civil Law as Pro-Market Adaptations", *Washington University Journal of Law & Policy*, 26, 81-130.

Ash, Elliott, Daniel L. Chen, y Suresh Naidu (2019), "Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice", junio.

Autor, David H. (2003), "Outsourcing at Will: The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment Outsourcing", *Journal of Labor Economics*, 21, 1–42.

Azpitarte, Joaquin (2017), "La confiscatoriedad de los impuestos: Límites reales", *IJM Actualidad*, 23 de marzo.

BDE, Banco de España (2010), "Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios", *Boletín Oficial de las Cortes Generales: Senado*, núm. 457, 7 de mayo.

BDE, Banco de España (2019), "La ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", *Boletín Económico*, núm. 1/2019, pp. 22-25.

Beltrán Flórez, Lucas (1961), *Historia de las doctrinas económicas*, Teide, Barcelona.

Benedito, Inma (2020), "Alarma empresarial ante el decreto de Cataluña que blinda la 'okupación'", *Expansión*, 9 de febrero.

Bentolila, Samuel (2012) "La reforma laboral de 2012: (I) La recausalización parcial del despido", *Nada es gratis*, 14 de febrero, .

Bentolila, Samuel, y Marcel Jansen (2012) "La reforma laboral de 2012: (II) Un nuevo equilibrio en las relaciones laborales", *Nada es gratis*, 28 de febrero.

Bertrand, Marianne, y Antoinette Schoar (2006), "The Role of Family in Family Firms", *Journal of Economic Perspectives*, 20(2), 73-96.

Black, Bernard S. (1990), "Is Corporate Law Trivial? A Political and Economic Analysis", *Northwestern University Law Review*, 84(2), 542-97.

Blanco, José Antonio (2018), "La distinta aplicación del Derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica", *CCS Abogados*, 2 de octubre.

Botero, Juan C., y Alejandro Ponce (2011), "Measuring the Rule of Law", *WJP Working Paper* 1, noviembre.

BSA Global Software Survey (2018), *Software Management: Security Imperative, Business Opportunity*, junio.

Cabrillo Rodríguez, Francisco, y Santos Pastor Prieto (2001), "Reforma judicial y economía de mercado", VII Premio Círculo de Empresarios, Madrid, julio.

Carrasco, Sansón (2014), *¿Hay Derecho? La quiebra del Estado de derecho y de las instituciones en España*, Península, Barcelona. (Autores: Fernando Gomá Lanzón, Ignacio Gomá Lanzón, Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado, Fernando Rodríguez Prieto y Rodrigo Tena Arregui).

Cámara Lapuente, Sergio (2017), "Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS,no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2017.

Cañizares, María Jesús (2020), "El Consejo de Garantías se carga el decreto catalán de vivienda", *Crónica Global*, 17 de febrero.

Caprasse, Jean-Nicolas, Christophe Clerc y Marco Becht, coord. (2007), *Proportionality Between Ownership and Control in EU Listed Companies*, External Study Commissioned by the European Commission to the European Corporate Governance Institute, Bruselas.

Castán, Patricia (2018), "El ayuntamiento cierra la panadería Baluard del Hotel Bakery", *El Periódico*, 8 de febrero.

CEOE, Confederación Española de Organizaciones Empresariales (2016), " Propuestas para mejorar la legislación y la administración de justicia", CEOE, Madrid, diciembre.

CGPJ, Consejo General del Poder Judicial (2019), "Acceso a la categoría de Juez/a. Información general", http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-categoria-de-Juez-a/Informacion-general/, visitada el 23 de agosto de 2019.

CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes) (2017), "Laudo arbitral de referencia ARB/13/36 de 26 de abril de 2017 que enfrentaba a las empresas Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg, SARL, contra el Reino de España", 4 de mayo de 2017.

Círculo de Empresarios (2003), "Justicia, economía y empresa", Círculo de Empresarios, Madrid, septiembre.

Círculo de Empresarios (2008), "La calidad institucional, elemento básico para garantizar la competitividad: Sistema judicial y organismos reguladores", Círculo de Empresarios, Madrid, 21 de 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, Ronald H. (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.

Conde-Ruiz, José Ignacio, Manuel Díaz, Carmen Marín, y Juan Rubio Ramírez (2017), "Los Ingresos Públicos en España", FEDEA, *Fedea Policy Papers* 2017/02.

Cooter, Robert, y Thomas Ulen (2016), *Law and Economics 6th edition*, Berkeley Law Books, Berkeley, CA.

Cruz Peña, Juan (2019), "España pierde otro arbitraje por el recorte a renovables con un fondo de HSBC... y van 10", *El Confidencial*, 30 de agosto.

De Diego, L. Alfredo (2018), *¡Al abordaje! Asalto a la justicia*, Colex, La Coruña.

De la Mata Barranco, Norberto Javier (2019), "Qué hacer contra el allanamiento de morada: defenderla", *Almacén de Derecho*, 10 de noviembre.

De Soto, Hernando (2000), *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, Nueva York.

De Soto, Hernando, Enrique Ghersi, Mario Ghibellini, y Instituto Libertad y Democracia (1986), *El otro sendero: la revolución informal*, El Barranco, Lima.

Desdentado Daroca, Elena (2016), "Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España", *Investigaciones feministas*,7(1), pp. 129-48.

Diamond, Rebecca, Tim McQuade y Franklin Qian (2019), "The Effects of Rent Control Expansion on Tenants, Landlords, and Inequality: Evidence from San Francisco", *American Economic Review*, 109(9), 3365-94.

Doménech, Rafael, Juan Ramón García y Camilo Ulloa (2018), "The Effects of Wage Flexibility on Activity and Employment in Spain", *Journal of Policy Modeling*, 40(6), pp. 1200–20.

Easterbrook, Frank H., y Daniel R. Fischel (1982), "Corporate Control Transactions", *Yale Law Journal*, 91, pp. 698-737.

EMF, European Mortgage Federation (2019), *Hypostat 2019: A Review of Europe's Mortgage and Housing Markets*, Bruselas, septiembre.

Europa Press (2013), "El PE lamenta que Ley de Costas no mejore protección jurídica de viviendas y pide a la Comisión que investigue", Bruselas, 17 de septiembre.

Ferreira, José Luis (2018), "La sentencia (o no) del Supremo sobre el impuesto en las hipotecas y la ley de Dalton", *Nada es gratis*, 22 de octubre.

Frydlinger, David, Oliver Hart y Kate Vitasek (2019), "A New Approach to Contracts", *Harvard Business Review*, septiembre-octubre.

Frydlinger, David, y Oliver Hart (2019), "Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles", *NBER Working Paper* 26245, septiembre.

García Pérez, J. Ignacio (2016), "El Efecto de la Reforma Laboral de 2012 Sobre la Dualidad y el Empleo: Cambios en la Contratación y el Despido por Tipo de Contrato", *FEDEA Policy Papers*, 2016/06, marzo.

Gomá Lanzón, Ignacio (2015), "El TS y las cláusulas suelo: ¿Robin Hood posmoderno o Poder Judicial legislativo?", *Hay Derecho*, 18 mayo.

Gomá Lanzón, Ignacio (2016), "¿Existe el populismo judicial?", *Hay Derecho*, 29 de febrero.

Gomá Lanzón, Ignacio, y Segismundo Álvarez Royo-Villanova (2016), "El TJUE declara la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, desautorizando a nuestro TS", 22 diciembre.

Gomes, Armando (2000), "Going Public without Governance: Managerial Reputation Effects", *Journal of Finance*, 55(2), 615–46.

Gómez Pomar, Fernando (2010), "El legislador impaciente", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho,* 2/2010.

Gómez Pomar, Fernando (2011), "Algunas medidas de reforma de la justicia", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho,* 4/2011.

Gómez Pomar, Fernando (2012), "Un cuento de legisladores", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho,* 3/2012.

Gómez Pomar, Fernando, Juan-José Ganuza y Mireia Artigot Golobardes (2018), "Y todos estos pleitos, ¿para qué?", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho,* 4/2018.

González García, Julio V. (2015), "Globalización económica, políticas pública, política pública", Universidad Complutense de Madrid, *Documento de trabajo*.

González-Díaz, Manuel, Benito Arruñada y Alberto Fernández (1998), "Regulation as Cause of Firm Fragmentation: The Case of the Spanish Construction Industry", *International Review of Law and Economics*, 18(4), 433-50.

Hadfield, Gillian K., e Iva Bozovic (2016), "Scaffolding: Using Formal Contracts to Support Informal Relations in Support of Innovation", *Wisconsin Law Review*, 5, 981–1032.

Hayek, Friedrich A. von (1973-1979), *Law, Legislation, and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, University of Chicago Press, Chicago.

Hayek, Friedrich. A. von (1960), *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, Londres (ed., 2006).

Hermalin Benajamin E., y Michael L. Katz (1993), "Judicial Modification of Contracts Between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 9(2), 230–55.

IEE, Instituto de Estudios Económicos (2019), "La propiedad privada en España: Índice de Derecho de Propiedad 2019", Instituto de Estudios Económicos, Madrid, noviembre

IPRI (2019), *International Property Rights Index*, Property Rights Alliance, Washington DC.

Jappelli, Tullio, Marco Pagano y Magda Bianco (2005), "Courts and Banks: Effects of Judicial Enforcement on Credit Markets", *Journal of Money, Credit & Banking*, 37, 223–45.

Jimeno, Juan F., Marta Martínez-Matute, y Juan S. Mora-Sanguinetti (2020), "Employment Protection Legislation, Labour Courts, and Effective Firing Costs", *IZA Journal of Labour Economics*, 16 de enero.

Jueces para la Democracia (2012), "Comunicado de JpD ante la Reforma Laboral", 16 de febrero.

Kaufmann, Daniel, Aart Kraay, y Massimo Mastruzzi (2010), "The Worldwide Governance Indicators: A Summary of Methodology, Data and Analytical Issues", *World Bank Policy Research Working Paper*, 5430, septiembre.

Khanna, Tarun, y Krihsna Palepu (2000), "Is Group Affiliation Profitable in Emerging Markets? An Analysis of Diversified Indian Business Groups", *Journal of Finance*, 55(2), 867–91.

Kumar, Krishna B., Raghuram Rajan, y Luigi Zingales (1999), "What Determines Firm Size?;" *NBER Working Paper* 7208.

Lapuente Giné, Víctor (2015), "Is Spain different? (¿Hasta qué punto los españoles tenemos actitudes y preferencias diferentes respecto a otros ciudadanos europeos?)", en VVAA, Equipo Piedras de Papel, *Aragón es nuestro Ohio: Así votan los españoles*, El hombre del TR3S, cap. 25.

Lerouxel, François (2012), "The Private Credit Market, the *Bibliotheke Enkteseon*, and Public Services in Roman Egypt", *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 67(4), 629–59.

Levmore, Saul (1998), "Retroactive Taxation", in Peter Newman, ed., *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3, Macmillan, London, pp. 40-44.

LFMI, Lithuania Free Market Institute (2019), *Employment Flexibility Index 2020: EU and OECD countries*, Vilnius.

Liptak, Adam (2017), "An Exit Interview With Richard Posner, Judicial Provocateur", *The New York Times*, 11 de septiembre.

López-Rodríguez, David, y María de los Llanos Matea (2020), "La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: Una revisión de la experiencia internacional", Banco de España, *Documentos ocasionales*, 2002.

Manning, Bayless, y James Hanks, Jr. (1990), *Legal Capital*, 3.ª ed., Westbury, NY, Foundation Press.

Marcos, Francisco, Juan Santaló, y Albert Sánchez-Graells (2010), "Measuring Regulatory Intensity by the Spanish Regions (1978-2009)", *Indret* 4/2010.

Marraco, Manuel (2020a), "La asociación que acusa a Tous: 'Lo que venden es bisutería y lo quieren hacer pasar por joya'", *El Mundo*, 22 de enero.

Marraco, Manuel (2020b), "El juez y el fiscal dan la vuelta al 'caso Tous': la 'manipulación engañosa' fue la del denunciante" ", El Mundo, 24 de febrero.

Masten, Scott, y Edward A. Snyder (1993), "United States v. United Shoe Machinery Corporation: On the Merits", *Journal of Law and Economics*, 36, 33-70.

Masulis, Ronald W., Peter Kien Pham, y Jason Zein (2011), "Family Business Groups around the World: Financing Advantages, Control Motivations, and Organizational Choices" *The Review of Financial Studies*, 24(11), 3556–600.

Mercer Oliver Wyman (2003), *Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets* (autores: Simon Low, Matthew Sebag-Montefiore y Achim Dübel), EMF, Bruselas.

Mercer Oliver Wyman (2006), *European Mortgage Markets: 2006 Adjusted Price Analysis*, EMF y Mercer Oliver Wyman, Bruselas.

Mora-Sanguinetti, Juan S (2011), "The Regulation of Residential Tenancy Markets in Post-war Western Europe: An Economic Analysis", *European Journal of Comparative Economics*, 8(1), 47-75.

Mora-Sanguinetti, Juan S., y Fernando Gómez Pomar (2014), "Males de la justicia: Analizando los datos", *Indret* 1/2014, 1-7.

Mora-Sanguinetti, Juan S., y Ricardo Pérez-Valls (2020), "¿Cómo afecta la complejidad de la regulación a la demografía empresarial? Evidencia para España", Banco de España, *Documento de Trabajo* núm. 2002.

Mora-Sanguinetti, Juan S., y Santiago Salvador-Mora (2016), "El impacto económico de la actividad normativa. Los riesgos de la 'gran convergencia'", *Revista de Economía Industrial*, 398, 117-28.

Muñoz Machado, Santiago (2016), "Regulación y confianza legítima", *Revista de Administración Pública*, 200, 141-72.

North, Douglass C. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge.

OECD, Organisation for Economic Co-operation and Development (2014), "The 2012 Labour Market Reform in Spain: A Preliminary Assessment", OECD, París.

OECD, Organisation for Economic Co-operation and Development (2019), *OECD Corporate Governance Factbook 2019*, OECD, París.

Park, Walter G. (2008), "International Patent Protection: 1960-2005", *Research Policy*, 37(4), 761-66.

Paz-Ares, Cándido (1995), "Principio de eficiencia y derecho privado", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor M. Broseta Pont*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2843-2900.

Paz-Ares, Cándido (1997), "¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)", en Cándido Paz-Ares (coord.), *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, Madrid, pp. 163-205.

Paz-Ares, Cándido (2019), *¿Derecho común o Derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Civitas, Cizur Menor.

Pérez, Fernando J. (2017), "La Fiscalía solicita 119 años de cárcel para Luis Pineda por la extorsión del 'caso Ausbanc'", *El País*, 20 de diciembre.

Posner, Richard A. (2007) , *Economic Analysis of Law*, 7.ª ed., Aspen, New York.

Posner, Richard A. (2010), "From the New Institutional Economics to Organization Economics: With Applications to Corporate Governance, Government Agencies, and Legal Institutions", *Journal of Institutional Economics*, 6(1), 1-37.

Remón Peñalver, Jesús (2012), "La reforma de la Justicia", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, (núm. especial sobre reformas estructurales), 104-110.

Rodríguez de Santiago, José María (2019), "De la retroactividad de las normas", *Almacén de Derecho*, 8 de enero, https://almacendederecho.org/de-la-retroactividad-de-las-normas/.

Rodríguez, Antonio (2020), "Nace Consujoya, una asociación que asesorará a consumidores y profesionales de la joyería", *El Día de Córdoba*, 16 de enero.

Salcedo Benavente, José María (2019), "La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la confiscatoriedad del impuesto de plusvalía municipal, errónea e injusta", *Hay Derecho*, 25 de noviembre.

Salvador Coderch, Pablo, y Carlos Gómez Ligüerre, coord. (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.

Satorra, Albert, y Pablo Salvador-Coderch (2016), "Probabilidad, estadística, grandes bases de datos y abogacía", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho,* 2, abril.

Schiantarelli, Fabio , Massimiliano Stacchini, y Philip E. Strahan (2016), "Bank Quality, Judicial Efficiency and Borrower Runs: Loan Repayment Delays in Italy", *NBER Working Paper* 22034.

Shavell, Steven (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA.

Simón Acosta, Eugenio (2019), "La inefable confiscatoriedad del sistema tributario", *Legal Today*, 9 de diciembre.

Stepanyan, Ara, y Jorge Salas (2020), "Distributional Implications of Labor Market Reforms: Learning from Spain's Experience", International Monetary Fund, *IMF Working Papers* 20/29, 13 de febrero.

Tardío Pato, José Antonio (2017), "La retroactividad de la jurisprudencia como peligro para la seguridad jurídica y la confianza legítima", *CEFLegal: Revista práctica de derecho*, 203, 123-66.

Visaria, Sujata (2009), "Legal Reform and Loan Repayment: The Microeconomic Impact of Debt Recovery Tribunals in India", *American Economic Journal: Applied Economics*, 1, 59–81.

Viúdez, Juana (2013), "140.000 casas podrán acogerse a la amnistía de obras de la Ley de Costas", *El País*, 25 de octubre.

WEF, World Economic Forum (2018), *Global Competitiveness Report 2018*, WEF, Ginebra.

WGI, Worldwide Governance Indicators (2019), "Rule of law", http://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/downLoadFile?fileName=rl.pdf, visitada el 28 de diciembre de 2019.

Williamson, Oliver E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press, Nueva York.

WJP, World Justice Project (2019), *Rule of Law Index 2019*, WJP, Washington, D.C.

World Bank (2019), *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies*, World Bank, Washington, D.C.