

Francisco Cabrillo*
Rocío Albert*

DERECHO, DISTRIBUCIÓN DE LA RENTA Y DESIGUALDAD

La desigualdad en la distribución de la renta y la riqueza se ha convertido en un tema de debate frecuente, especialmente desde la crisis económica de 2007. ¿Deberían los legisladores orientar las leyes y los tribunales sus sentencias hacia una mayor igualdad en la distribución? Este artículo analiza los efectos que tal estrategia podría tener no solo en la eficiencia del sistema económico, sino también en la propia desigualdad que se intenta combatir. Muestra la gran complejidad del tema y señala que los efectos no buscados de las leyes y la jurisprudencia pueden generar resultados contrarios a los que se pretende conseguir. El artículo coincide, en esencia, con la tesis de Kaplow y Shavell con respecto al doble perjuicio generado por las normas redistribuidoras ineficientes.

Law, income distribution and inequality

Income and wealth inequality have become a hot topic, specially after the economic crisis of 2007. Should legislators enact acts and judges issue their rulings to reach a greater economic equality? This paper analyses the effects that such a strategy could have not only in terms of economic efficiency, but also in terms of the inequality problem that is intended to solve. This article shows the great complexity of the issue and points out the unintended consequences that acts and jurisprudence can provoke. This article reaches the same conclusion obtained by Kaplow and Shavell regarding the double harm produced by inefficient redistributive acts.

Palabras clave: regulación, jurisprudencia, políticas públicas, eficiencia.

Keywords: regulation, courts, public policies, efficiency.

JEL: K00, K41, P16.

1. Introducción

Hace algunos años, al ser preguntado por los campos en los que preveía que se podría producir un desarrollo significativo del análisis económico del derecho, Gary Becker señaló que el estudio de las relaciones

entre el derecho y la desigualdad en la distribución de la renta sería, seguramente, uno de ellos (Baird, 2011). No es nuevo, ciertamente, el interés de los economistas por la desigualdad en la distribución de la renta. Pero no cabe duda de que el tema ha cobrado mayor relevancia en los últimos años, en especial a partir de la crisis que empezó en 2007 y llevó a lo que se ha denominado la «década perdida» en muchas economías. A partir de ese momento, la desigualdad se convirtió en tema de debate frecuente, tanto en medios económicos como políticos. Y el problema ha pasado a ser analizado no solo desde el punto de vista de la

* Facultad de Derecho, Departamento de Economía Aplicada, Política y Pública, Universidad Complutense de Madrid.

Contacto: Francisco Cabrillo fcabrill@ucm.es

y Rocío Albert ral7@madrid.org

Versión de mayo de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7078>

política económica en el sentido tradicional del término, sino también desde el punto de vista del derecho y la regulación. Ciertamente, hay argumentos sólidos para defender la idea de que el problema de la desigualdad no es la cuestión más relevante a la hora de analizar el problema del bienestar de los grupos de renta más baja de una sociedad; y para concluir que sería preferible centrar este tipo de estudios en variables como niveles de consumo o acceso a determinados bienes y servicios¹. Pero, dada la presencia de la desigualdad en la distribución de la renta en un número cada vez mayor de debates sobre política económica, dejaré a un lado si se trata o no del problema realmente importante y me centraré en un tema muy concreto: los efectos del sistema jurídico sobre la desigualdad y el posible uso de determinadas reformas legales para reducir los actuales niveles de desigualdad económica.

Toda norma legal —o su interpretación por la jurisprudencia— tiene un efecto sobre la asignación de recursos y otro sobre la distribución de la renta. Tratar de modificar la distribución regulando, por ejemplo, las condiciones de determinados contratos, genera a menudo ineficiencia. Es cierto que un impuesto progresivo sobre la renta —el instrumento más utilizado para reducir la desigualdad— puede tener también efectos negativos para una asignación de recursos eficiente al distorsionar la oferta de trabajo y el ahorro. Pero el perjuicio causado por una norma reguladora ineficiente es doble, ya que afecta, por una parte, a la actividad en un determinado sector productivo y, por

otra, a la renta de quienes en él intervienen (Kaplow y Shavell, 1994; 2000).

2. Los economistas y la desigualdad

En la literatura económica del siglo XX fue durante muchos años obra de referencia obligada en este campo el artículo de Simon Kuznets, *Economic Growth and Income Inequality* (Kuznets, 1955), a partir del cual se popularizó la denominada «curva de Kuznets», que correlaciona el nivel de desarrollo económico de un país y la desigualdad en la distribución de la renta. La tesis de Kuznets consiste, básicamente, en que el nivel de desigualdad sigue un patrón no lineal en los procesos de desarrollo. De acuerdo con este modelo, las sociedades con muy bajo nivel de renta presentan unos niveles relativamente reducidos de desigualdad. Pero estos niveles crecen con la industrialización; se estabilizan durante un tiempo y se reducen en las sociedades más avanzadas. Como el propio Kuznets reconocía en su artículo, no hay un modelo teórico sólido que explique estos datos. Pero de su trabajo se deduce, con bastante claridad, que pensaba que la reducción de la desigualdad, a medida que crece la renta per cápita, se produciría incluso sin que se introdujeran las correcciones que en la distribución generan los impuestos progresivos sobre la renta y los subsidios públicos a los grupos de renta baja, ya que la tendencia hacia una mayor igualdad tendría su origen en determinadas características de los procesos de crecimiento en el mundo moderno. Si el aumento de la desigualdad en el siglo XIX estaba correlacionado con la industrialización, los movimientos de población y la acumulación de capital —activos reales y financieros— en un número relativamente pequeño de personas, su reducción posterior se debería a tres grupos de factores, dos de los cuales aparecerían al margen de la regulación o la actividad política. El primero, el carácter dinámico de una economía de mercado libre, en la que se desarrollan nuevas tecnologías que pueden modificar sustancialmente la estructura de la

¹ Pueden mencionarse también, sin duda, muchos argumentos que insisten en la importancia *per se* de la desigualdad, al margen de cual sea el nivel de vida de los grupos de renta más baja de la sociedad. La preocupación por los efectos negativos que una distribución de la riqueza con un grado muy alto de desigualdad puede tener en la organización misma de la vida social y política está claramente presente en la obra de J. S. Mill. Y se refleja en la tantas veces citada frase del juez Louis Brandeis «Podemos tener una sociedad democrática o podemos tener una gran concentración de la riqueza en manos de unos pocos. Pero no podemos tener ambas cosas». Y no puede olvidarse que esta idea tiene una larga historia en los Estados Unidos e inspiró, en buena medida, la legislación *antitrust* en su primera época.

propiedad; y el segundo, el crecimiento del sector servicios, que reduciría la importancia que previamente tenía la acumulación de activos.

Pero, junto a estos dos factores, señalaba Kuznets que podría haber influido también en una distribución menos desigual de la renta un factor ligado a las políticas públicas y a la regulación. Medidas en esta línea serían, por una parte, las estrategias dirigidas a mantener bajos los tipos reales de interés y las políticas inflacionarias, que habrían reducido no solo los rendimientos de determinados activos de renta fija, sino también su valor. Y, por otra, regulaciones que redujeron el rendimiento de ciertos activos, entre las que cita, como ejemplo, el control de rentas en arrendamientos.

Los datos de las últimas décadas han puesto en cuestión el modelo de Kuznets, que durante mucho tiempo los economistas habían aceptado como una descripción plausible de la realidad y de la reducción esperada de las tasas de desigualdad en el medio y largo plazo. La evolución de los índices de estas tasas no ha sido, ciertamente, la misma en todos los países, siendo, por lo general, los Estados Unidos citados como ejemplo de mayor crecimiento de la desigualdad. Pero, a la hora de medir esta, hay que tener presente una cuestión que ya planteaba Kuznets en su trabajo pionero: para hacer un análisis preciso del problema habría que presuponer que quienes formaban parte de cada percentil de renta eran las mismas personas al principio y al final del período analizado. Porque, si no es así, la comparación pierde buena parte de su sentido. Y es lo que ha ocurrido, entre otros casos, en los Estados Unidos, país en el que, de acuerdo con las cifras oficiales, el número de inmigrantes en 1970 era de 9,6 millones; y en el que la cifra había pasado a ser 41,3 millones en 2013. Si consideramos que buena parte de quienes se encuentran actualmente en los niveles más bajos de renta son inmigrantes o hijos de inmigrantes, que no habían entrado en el país hace cincuenta años, las variables habitualmente utilizadas para explicar el crecimiento de los

índices de desigualdad pierden fuerza. En el caso de España, los datos indican también un crecimiento significativo de la desigualdad (Alvaredo y Saez, 2010; Anghel, Basso, Bover, Casado, Hospido, Izquierdo, Kataryniuk, Lacuesta, Montero y Vozmediano, 2016) especialmente a partir de la crisis de 2007-2008. Pero sería interesante analizar el efecto que la entrada masiva de inmigrantes, especialmente entre 2000 y 2007, haya podido tener en la variación del coeficiente de Gini.

Lo que plantea la literatura más reciente sobre el tema es que esas fuerzas características del sistema económico en los países avanzados estarían produciendo, a diferencia de lo que planteaba Kuznets, una mayor desigualdad. Piketty (2013) por ejemplo, sitúa el origen de la mayor desigualdad en el hecho de que las tasas de rendimiento del capital tienden a ser superiores a las tasas de crecimiento de las economías. Y para reducir la desigualdad sugiere una serie de políticas económicas dirigidas básicamente a redistribuir de forma sustancial la carga fiscal; pero no incluye propuestas relevantes de reformas legislativas. En la misma línea se orienta Atkinson (2015), si bien en su obra se hace alguna reflexión sobre la conveniencia de reorientar el derecho *antitrust* a los objetivos de frenar el poder de las grandes compañías que inspiró la legislación y la jurisprudencia en este campo en sus primeros tiempos.

Algunos modelos recientes plantean que la tendencia a una mayor desigualdad tendría su fundamento tanto en factores propios de la economía como en el debilitamiento experimentado por las políticas redistributivas desde la década de 1980, habiendo desempeñado en ello un papel relevante los cambios en la regulación legal. Stiglitz en su libro más relevante sobre el tema (Stiglitz, 2013) dedica un capítulo completo —¿Justicia para todos? (cap. 7)— a analizar normas y resoluciones de los tribunales de justicia que, en su opinión, habrían contribuido al aumento de la desigualdad; y a lo largo de la obra hay otras referencias al marco jurídico e institucional, como las

incluidas en el capítulo sobre búsqueda de rentas o a la democracia. Piensa Stiglitz que no solo el derecho está favoreciendo la existencia de mayores niveles de desigualdad, sino que, además, «la desigualdad está erosionando el imperio del derecho». Su argumento principal es que tanto la ley como los tribunales de justicia han adoptado una postura que claramente favorece los intereses de los «poderosos» —los grupos de mayor nivel de renta y las grandes sociedades anónimas— frente a los del hombre de la calle. Los campos del derecho a los que hace referencias específicas son, en concreto, lo que denomina «préstamos predatorios», quiebras, hipotecas y delitos económicos.

Este catálogo ha sido extendido a muchas otras ramas del ordenamiento jurídico —especialmente en los Estados Unidos— por una literatura, hoy en claro crecimiento, a caballo entre los libros y artículos académicos y las obras de contenido básicamente político. Y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha convertido en objeto de ataques desde las que podríamos denominar tesis igualitaristas, al ser acusado abiertamente de favorecer a los grandes grupos económicos frente a la inmensa mayoría del país (Gilman, 2014; Cohen, 2020). De acuerdo con esta literatura, mientras el Tribunal Warren habría tenido una actuación muy destacada en la lucha contra la desigualdad, sus sucesores —en especial el Tribunal Roberts— se habrían orientado en sentido contrario, favoreciendo los intereses de las grandes empresas y de la clase alta². Conviene señalar, sin embargo, que estas ideas no son especialmente novedosas, ya que muchos de sus argumentos se encuentran —al menos desde la década de 1970— en la literatura de *critical legal studies* que mantiene la tesis de que, a partir del siglo XIX, los jueces norteamericanos reformularon unos principios jurídicos desarrollados en el marco de una sociedad básicamente agraria para legitimar la creciente desigualdad de la renta, utilizando

como uno de sus instrumentos básicos el formalismo legal, presentado como un método objetivo y apolítico para crear derecho; lo que, en opinión de este grupo de juristas ciertamente no era³. Pero no cabe duda de que la crisis de 2007 hizo crecer las críticas de la política legislativa y a la jurisprudencia en este sentido.

3. El análisis económico del derecho y la distribución de la renta

En el mundo del análisis económico del derecho (AED) el tema de los efectos de las normas y la jurisprudencia sobre la distribución de la renta y la desigualdad había suscitado, sin embargo, un interés limitado hasta hace no mucho tiempo. La razón principal es que el AED ha puesto tradicionalmente el énfasis en los temas de eficiencia; no porque considerara que la distribución no fuera una cuestión relevante, sino porque la equidad era ya la preocupación fundamental de la teoría del derecho convencional.

El AED se ha visto condicionado en este campo por dos artículos clásicos, muy influyentes en la disciplina. El primero es el conocido trabajo de R. Coase sobre el problema del coste social (Coase, 1960-1988). Cuando en este artículo se defiende la idea de que, en una situación de conflicto de derechos, si se cumplen determinados principios, los acuerdos entre las partes afectadas pueden llevar a una solución óptima basada en el principio del libre contrato, independientemente de a quién se hayan atribuido inicialmente los derechos de propiedad, se deja de lado el tema de los efectos distributivos de las normas legales. La razón es que Coase pensaba que no era esperable que se produjeran cambios significativos en la demanda que afectaran a la asignación global de recursos en la economía, como consecuencia de la asignación de los derechos a una u otra parte. Comentando el conocido caso *Sturges v. Bridgman*, en el que se discutía sobre el derecho de un médico y un pastelero a ejercer su actividad en dos fincas limítrofes,

² En los Estados Unidos es habitual denominar las diversas épocas de su Tribunal Supremo por el nombre de su presidente. Earl Warren presidió el tribunal entre 1953 y 1969. John Roberts preside el tribunal desde el año 2005.

³ Para una visión crítica de este enfoque (Posner, 1995).

cuando ambas actividades eran incompatibles, apuntaba que la decisión de atribuir el derecho a ejercer su actividad a uno o a otro, no afectaría al uso final de las fincas si ambas partes pudieran negociar. Pero que el hecho de que fuera el médico el que tuviera que pagar al pastelero para que este dejara de utilizar su maquinaria o el pastelero al médico para que este último dejara de pasar consultas en el local tendría sin duda efectos en la riqueza de uno y otro. Aquel al que la norma atribuyera el derecho sería el receptor de un pago que tendría que hacer la otra parte, en el caso de que se llegara a tal acuerdo. Sin embargo, tal atribución de derechos no tendría una influencia significativa en la demanda de sus productos; y, por tanto, en la asignación final de recursos. En sus propias palabras: «me parece inconcebible que esto pudiera tener efecto en la demanda de pasteles o de servicios médicos» (Coase, 1988, p. 174).

El segundo es el artículo de Kaplow y Shavell (1994) que defiende la idea de que es más eficiente redistribuir la renta mediante el sistema fiscal —a través del impuesto personal sobre la renta— que mediante el sistema legal. El argumento principal de este trabajo es que, si se adopta la decisión de redistribuir la renta y, para ello, cabe optar entre una norma legal ineficiente que favorezca a los grupos de ingresos más bajos y una norma legal eficiente acompañada de un impuesto sobre la renta personal, esta segunda opción es superior, ya que genera menos distorsiones y beneficia así al conjunto de la sociedad. Es cierto que las intervenciones dirigidas a reducir la desigualdad mediante impuestos progresivos y gasto público redistributivo producen también distorsiones y que, en la práctica, pueden tener efectos no buscados —e inesperados— no solo sobre la eficiencia, sino también sobre la distribución. Pero la tesis dominante en el AED a partir del artículo de Kaplow y Shavell ha sido que las políticas dirigidas a reducir la desigualdad, además de generar estos mismos efectos, son causa de distorsiones específicas en cada uno de los mercados en los que inciden, generando costes de eficiencia significativamente mayores.

El artículo ha recibido diversas críticas (Sanchirico, 2000; De Geest, 2013; Dimick, 2016) que han defendido la idea de que redistribuir renta mediante reformas legales no tiene por qué ser más ineficiente que hacerlo por la vía fiscal y que ambos tipos de medidas no son contradictorios y podrían aplicarse de forma conjunta. Una de las ideas que han planteado —y sobre la que volveremos más adelante— es que existen normas que permiten estrategias de búsqueda de rentas a determinados grupos, que contribuyen a incrementar la desigualdad en la sociedad. El argumento es sólido y relevante, sin duda. Pero no parece que afecte a lo sustancial de la argumentación de Kaplow y Shavell. Lo que estos analizaban en su artículo eran los efectos de aquellas normas legales cuyo objetivo fuera transferir rentas de los grupos de ingresos altos a los de ingresos bajos; por ejemplo, un cambio en las normas que regulan el derecho de daños. Pero esto no excluye, desde luego, el hecho de que pueda haber normas que, además de generar costes de ineficiencia al regular un determinado mercado, tengan, además, el efecto de generar una redistribución de la renta negativa para los grupos de renta más baja.

4. Normas legales Robin Hood y normas legales Hood Robin

Obtener conclusiones con carácter general en un estudio sobre los efectos que, en la desigualdad en la distribución, puede tener una reforma legal no es fácil, ya que nos enfrentamos a casos muy diversos. Es posible centrarse en un solo tipo de normas y estimar los efectos potenciales de su reforma. O analizar un catálogo amplio de normas que tengan un resultado determinado en la distribución, por ejemplo las que reducen la desigualdad. Y cabe también ordenar las normas jurídicas en función de la rama del derecho en la que se encuadran, haciendo un análisis sistemático de cada una de ellas, lo que llevaría a un trabajo mucho más extenso, que superaría ampliamente la extensión de un artículo de revista. El método seguido en este trabajo es el siguiente. Se inicia el análisis con algunas

normas que, *prima facie*, tienen como uno de sus objetivos reducir la desigualdad. A continuación, se hace referencia a una muestra de regulaciones con respecto a las cuales existe una opinión generalizada que tienen como efecto una distribución más desigual. En el siguiente apartado se comentan algunas normas que, en la literatura, han sido consideradas como de resultado dudoso en sus efectos sobre la desigualdad. Y se concluye con el estudio de diversos casos en los que se han planteado reformas —mediante cambios legales o jurisprudenciales— que, en principio deberían reducir la desigualdad y, sin embargo, el análisis económico plantea serias dudas sobre tales resultados, como hace también la evidencia histórica disponible.

Toda norma legal tiene, como se ha indicado anteriormente, efectos sobre la distribución de la renta, pero tales efectos pueden incidir en una mayor igualdad o, por el contrario, en una mayor desigualdad en dicha distribución. En el primer caso, contribuirían a la acción de lo que se ha denominado el Estado Robin Hood; en el segundo, el Estado actuaría, más bien, como un Hood Robin, redistribuyendo en favor de los grupos de renta alta. Entre aquellas que, *prima facie*, están orientadas a conseguir una mayor igualdad destacan, sin duda, las que limitan el principio de la libertad de contrato con el objetivo de beneficiar a una de las partes. En este grupo hay que incluir, en primer lugar, la mayor parte de las normas que regulan el mercado de trabajo, por lo que tienen efectos muy amplios en la economía. Pero con objetivos similares se regulan también otros sectores como el inmobiliario —en especial los arrendamientos de vivienda— y —en menor grado— numerosos contratos de prestación de servicios y de compraventa de bienes de consumo⁴.

⁴ Que una norma tenga resultados que reduzcan la desigualdad no implica, sin embargo, que este sea su objetivo principal. Pensemos, por ejemplo, en una norma que intente elevar las tasas de fecundidad en un país, ayudando a las familias con hijos, sea mediante subsidios o mediante otras ventajas. El objetivo de esta norma no es, en principio, reducir la desigualdad; pero, en la mayor parte de los casos, lo hará, ya que es razonable pensar que la renta per cápita de una familia con hijos, en condiciones de *ceteris paribus* es menor que la de otra en la que no haya niños.

En el período que transcurrió entre la aprobación del Código de Napoleón y la Primera Guerra Mundial, la libertad de contrato fue la doctrina fundamental del derecho privado tanto en los sistemas del *common law* como en los de derecho continental; y, en cambio, el principio de igualdad desempeñó un papel de muy poca importancia. En la sentencia que resolvió el caso *Coppage v. Kansas* (1915) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos recogió esta forma de entender el derecho al afirmar que «allí donde el derecho de propiedad exista, debe haber y habrá desigualdades de fortuna»; y añadió que «es evidente que algunas personas deben tener más propiedades que otras... (ya que) es imposible mantener el principio de libertad de contrato y el derecho a la propiedad privada sin reconocer, al mismo tiempo, como legítimas las desigualdades de fortuna, que son el resultado necesario del ejercicio de tales derechos». Y, en el desarrollo de la legislación de los Estados Unidos a lo largo del siglo XIX, determinadas normas, cuyo efecto fue, sin duda, favorable a los intereses de los trabajadores y a una mayor igualdad en la distribución de la renta, fueron aprobadas no por este motivo, sino por otras razones, como la protección de la salud, por ejemplo⁵.

Y, en lo que al principio de libertad de contrato hace referencia, no fueron muy diferentes los principios que inspiraron la codificación civil en la Europa continental; e incluso un código relativamente tardío como el español basa la relaciones contractuales —incluidas las laborales, con muy pocas excepciones— en el principio de libertad de contrato. Esto no significa que no hubiera voces discrepantes desde el principio del siglo XX. Es bien conocida la frase de O. W. Holmes de acuerdo con la cual la décimo cuarta enmienda no convierte en ley la Estática Social de Herbert Spencer

⁵ Este es uno de los fundamentos de la sentencia en otro caso importante, *Lochner v. New York* (1905) en el que el Tribunal Supremo consideró contraria a la constitución de los Estados Unidos una norma que establecía límites al horario de trabajo en el sector de panaderías y pastelerías porque violaba el principio de libertad de contrato establecido en la décimo cuarta enmienda y no lo hacía por motivos de salubridad —lo que habría sido aceptable— sino por «otros motivos» no merecedores del amparo del tribunal.

(Holmes, 1905-1992, p.306)⁶. Y, en la misma época R. Pound afirmaba que el principio de libertad de contrato atribuye una «falsa impresión de igualdad» entre las partes en sus relaciones contractuales (Pound, 1909). Y estas ideas se irían imponiendo con el paso del tiempo, afirmándose el principio de que es función del derecho corregir la desigualdad entre las partes en la contratación. Y tal idea es la que ha inspirado el desarrollo de la legislación laboral de muchos países, España entre otros, al considerar el derecho del trabajo como un «derecho tuitivo», al que se aparta de los principios básicos de la contratación civil⁷. Cuestión diferente es el efecto real que este tipo de normas puede tener en la desigualdad en la distribución de la renta, tema que se abordará en un apartado posterior.

En el lado contrario, entre las normas que, *prima facie*, contribuirían a una más desigual distribución de la renta estarían aquellas que otorgan privilegios a determinados oferentes de bienes y servicios en perjuicio de los consumidores. En este grupo se encontrarían, en primer lugar, las normas que restringen la competencia en el interior de un determinado país. Es decir, todas aquellas que reportan beneficios a grupos específicos y crean barreras de entrada a la competencia, por lo general limitando artificialmente la oferta. Normas que, *de facto*, permiten mantener posiciones monopolísticas o cuasi monopolísticas o que crean barreras de entrada al ejercicio de numerosas profesiones —o a la forma de

ejercer la actividad profesional por parte de quienes las han superado— serían casos significativos. Un ejemplo reciente de este tipo de normas es la regulación de las licencias de los Vehículos de Turismo con Conductor (VTC). La legislación española es muy restrictiva en este sector; y la razón principal es la protección del sector del taxi, cuyos ingresos podrían reducirse como consecuencia de una mayor competencia. Podemos, de hecho, calcular el valor de la renta de monopolio de los taxistas por el precio de las licencias, que refleja el valor de la suma de los ingresos anuales, por encima de la rentabilidad de un mercado competitivo, que puede obtener a lo largo del período de disfrute quien la ha adquirido, una vez aplicada la correspondiente tasa de descuento temporal. No cabe duda de que uno de los efectos de estas normas restrictivas es transferir rentas de los consumidores a los productores, ya que una menor competencia supone mayores precios y peor calidad del servicio.

Cuando se plantean restricciones a la libre competencia se suele utilizar el argumento de que, en determinadas condiciones —por ejemplo, si existe información asimétrica— tales restricciones son necesarias para garantizar la calidad del producto o del servicio ofrecido. Pensemos en el caso del establecimiento de barreras de entrada al acceso a determinadas profesiones o actividades de otro tipo. Pero el ejemplo anteriormente citado tiene la peculiaridad de que en él la reducción de la desigualdad —mediante la protección al competidor considerado más débil (el trabajador autónomo) frente a las multinacionales— se presenta como un objetivo que se puede conseguir con la reducción de la competencia. Y en la misma línea se podrían mencionar numerosas normas discriminatorias contra las grandes superficies comerciales, vigentes en algunas comunidades autónomas, que fueron aprobadas con el argumento de que defienden la competencia, cuando, en realidad, la limitan y perjudican a los consumidores.

Otro caso relevante es el de las normas que establecen contingentes de importación, aranceles o barreras no arancelarias, que suponen también una

⁶ La frase se encuentra en su voto disidente a la sentencia del caso *Lochner v. New York*.

⁷ El tema, sin embargo, sigue abierto a debate. Por citar un ejemplo relevante de la literatura del análisis económico del derecho, cabe mencionar la posición de R. Epstein, quien considera inaceptable la utilización de la desigualdad del poder de negociación como argumento para el legislador, ya que tendría consecuencias muy graves para el sistema jurídico. «La utilización de la idea de “desigualdad de poder de negociación” para eliminar el derecho a contratar libremente significa sancionar una intervención legislativa sin límites, ya que prácticamente en todos los casos existen diferencias de riqueza tanto entre personas físicas como entre personas jurídicas. La idea de que las desigualdades de riqueza socavan la capacidad de elección en la contratación suprime el principio de libertad de contrato bajo la forma de una excepción». Y concluye, que acudir de forma sistemática a este principio de la desigualdad en el poder de negociación acaba siendo incoherente con cualquier sistema de propiedad privada (Epstein, 1985, pp. 252-253).

transferencia de rentas de los consumidores a los productores. En el largo debate de los dos últimos siglos sobre el proteccionismo y el comercio internacional libre, la distribución de la renta ha desempeñado, en diversas ocasiones, un papel muy relevante. Así ocurrió, ciertamente, en el debate sobre las leyes de cereales inglesas que culminó en la reforma de 1846 que significó, en la práctica, el establecimiento del librecambio unilateral en Gran Bretaña. Como en su día señaló el profesor Grapp (1960), en la larga campaña por la abolición de las leyes de cereales el papel desempeñado por los economistas clásicos fue muy limitado, aunque Smith —y sobre todo Ricardo— hubieran ofrecido muchos años antes una argumentación muy sólida en favor del comercio libre de cereales. Y fueron otros factores los determinantes de la reforma, entre ellos la idea de que los aranceles significaban menores ingresos reales para los trabajadores británicos y transferencias de renta en favor de los terratenientes, es decir, la clase alta, en buena parte aristocrática. Y esta idea se mantuvo firme aún mucho tiempo; por ejemplo, cuando en los primeros años del siglo XX, se planteó restringir el comercio libre mediante las denominadas preferencias imperiales, la mayor parte de los economistas se opusieron frontalmente al proyecto alegando, entre otras cosas, el coste que tendría para los trabajadores.

El efecto esperable de una distribución de la renta menos igualitaria tiene, en esencia, la misma lógica en los dos tipos de normas. El resultado de una práctica monopolística y de un arancel de aduanas es similar, ya que en ambos casos se produce una reducción de la oferta y un aumento del precio del bien o servicio en cuestión, que beneficia a quien lo vende, pero perjudica a quien compra al producirse una reducción del excedente del consumidor. Pero ¿qué se podría decir del debate que tiene lugar en los momentos actuales en los que se considera —con argumentos sólidos— que la globalización es uno de los factores que ha influido de forma significativa en el aumento de las tasas de desigualdad en los países más avanzados, esencialmente en los Estados Unidos. Tal resultado es coherente,

sin duda, con el teorema de igualación de precios de los factores de producción que predice que, al abrirse dos países al comercio libre, las diferencias que previamente existían entre las remuneraciones del capital —en uno y otro país— y las remuneraciones del trabajo —en uno y otro país— tienden a reducirse. ¿Cabe argumentar, por tanto, que, en contra de lo que los economistas han defendido de forma sostenida durante dos siglos, una subida de los aranceles de aduanas podría llevar a una reducción de la desigualdad en la distribución de la renta? Dejando a un lado los efectos que tal medida tendría en la eficiencia y, sobre todo, en los productores nacionales que utilizan como materias primas o bienes intermedios los productos sometidos a protección —que no serían irrelevantes ciertamente— tal argumento nos exigiría medir la evolución de la desigualdad en dos ámbitos diferentes. Por una parte, es evidente que, de acuerdo con lo que predice el teorema, los salarios de dos trabajadores —supongamos de baja cualificación— residentes uno en los EE UU y otro en China están hoy mucho más cerca de lo que estaban hace solo algunos años. Es decir, la desigualdad en la distribución de la renta se ha reducido de forma significativa a escala internacional. Pero esto no implica que la desigualdad en la distribución se haya reducido en los Estados Unidos, fenómeno que no ha tenido lugar; y el comercio puede haber influido en un deterioro de la posición relativa de los trabajadores de los sectores más abiertos a la competencia. En este sentido, Autor, Dorn y Hanson (2013) concluyen que el fuerte crecimiento del comercio exterior de los Estados Unidos con China entre 1990 y 2007 elevó el nivel de paro y redujo los salarios en los sectores de la economía norteamericana que producían bienes que competían con las importaciones chinas.

Un tercer ejemplo de normas que elevan el nivel de desigualdad es el de las leyes que discriminan a determinados grupos por razones de su raza o sexo. La supresión de este tipo de normas debería también ser objeto de la política legislativa, y esto contribuiría no solo a incrementar la eficiencia, sino también a reducir la desigualdad, ya que es razonable pensar que los grupos

afectados negativamente por la discriminación son, en promedio, más pobres que los otros. Si los datos nos indican que la renta media de los no blancos o de las mujeres es inferior a la de los blancos y a la de los hombres, mantener estas normas haría más difícil, sin duda, reducir el nivel de desigualdad⁸. Pero es interesante señalar que pueden darse casos en los que determinados grupos que solicitan mayor regulación por considerar que están negociando en condiciones de desigualdad, defiendan, en la práctica, la existencia de este tipo de normas discriminatorias. Como demostró en su día W. Hutt (Hutt, 1964), en la estrategia de los sindicatos de trabajadores blancos, en Sudáfrica, estaba mantener la discriminación de los empleados negros, lo que les permitía controlar la oferta en sus respectivos sectores y elevar sus ingresos. Y casos similares pueden encontrarse en Europa con respecto a la exclusión de mujeres de determinadas actividades y la exigencia de salarios más elevados para los hombres. No son, en efecto, los empresarios sino grupos de trabajadores específicos los que, por lo general, se benefician de la discriminación por raza o sexo allí donde existe.

5. Normas de efecto dudoso sobre la desigualdad

Junto a estos dos grupos de disposiciones legales, existen otras, en diversos campos del derecho, con respecto a las cuales resulta muy difícil afirmar, *prima facie*, si afectan a la distribución en el sentido de lograr una mayor o una menor igualdad. Tomemos como ejemplo dos tipos de normas diferentes, pero ambas muy importantes, para la economía: el derecho de daños y la regulación urbanística.

En lo que se refiere al derecho de daños, un caso ampliamente discutido en la literatura es el efecto que puede tener sobre la distribución la elección de la regla

de responsabilidad civil. Un resultado bien conocido del AED es que tanto la regla de responsabilidad objetiva como la de responsabilidad por culpa pueden generar un nivel óptimo de precaución⁹. Con la primera regla, los causantes potenciales de daños, al soportar en todo caso el coste de la totalidad de los perjuicios causados, adoptarán las precauciones óptimas, lo que significará la minimización de los costes sociales totales¹⁰. Y bajo la regla de responsabilidad por culpa el resultado será similar si la ley y los tribunales fijan un nivel óptimo de cuidado para evitar el daño. Ahora bien, esta determinación del nivel de cuidado puede tener efectos sobre la distribución de la renta. M. Horwitz, un destacado representante de la corriente de *critical legal studies*, ha defendido la tesis de que la jurisprudencia en derecho de daños en los Estados Unidos, a lo largo del siglo XIX, fue sustituyendo paulatinamente la regla de responsabilidad objetiva, que era característica del *common law* por la regla de negligencia. Y que esto habría tenido efectos importantes en el desarrollo de determinadas actividades industriales y de nuevos sistemas de transporte —básicamente los ferrocarriles—, transfiriendo rentas en beneficio de los propietarios de las empresas de estos sectores. De este modo, los costes del proceso de industrialización habrían pasado a ser soportados, al menos parcialmente, por terceros (Horwitz, 1977-1992)¹¹.

En las últimas décadas, sin embargo, ha tenido lugar una clara extensión de la regla de responsabilidad objetiva en numerosos sectores económicos. ¿Qué

⁹ La regla de responsabilidad objetiva —o estricta— supone que quien ha causado un daño debe compensar en todo caso a la víctima; la regla de responsabilidad por culpa —o negligencia— establece, en cambio, que quien causa el daño solo se verá obligado a indemnizar si en su acción hubo culpa o negligencia.

¹⁰ El nivel óptimo de precaución no es el que genera menor número de accidentes, sino el que minimiza el coste social de los accidentes.

¹¹ En Europa, la reglamentación administrativa del establecimiento de industrias y ferrocarriles actuó con unos objetivos similares a los de los tribunales norteamericanos, tratando de favorecer la industrialización, la construcción y explotación de ferrocarriles. Y son numerosas, en disposiciones legales del siglo XIX, las referencias a la oposición de los grupos más conservadores al progreso industrial en muchas zonas de España. Para el legislador del siglo XIX la industria y los ferrocarriles supondrían, por tanto, un paso hacia una mayor igualdad en la distribución.

⁸ Es importante señalar que el hecho de que estas normas sean ineficientes no implica que las leyes que defienden acciones positivas antidiscriminación —estableciendo cuotas para determinados grupos, por ejemplo— eleven la eficiencia de una economía.

evidencia tenemos de los efectos que tal cambio puede haber tenido en la distribución de la renta hacia una mayor igualdad? Favorable, en principio, en cuanto ha mejorado la posición de los consumidores frente a los productores; y es razonable suponer que la renta media de aquellos es inferior a la de estos. Pero no es difícil darse cuenta de que dicha extensión de responsabilidad puede, en ciertos casos, llegar a ser perjudicial para los clientes a quienes se intenta ayudar. Pensemos en la aplicación de esta regla al caso de daños sufridos por un paciente en un tratamiento médico. Los efectos de tal medida contrarios a los intereses del cliente serían, al menos dos. El primero, la extensión de la denominada «medicina defensiva» y de la «medicina de omisión», que podrían reducir la petición de indemnizaciones por daños a los médicos, pero que podrían tener el efecto de ofrecer tratamientos inferiores para el paciente, si son de menor riesgo para el médico. Y el segundo, un aumento del coste del tratamiento debido al mayor precio del seguro de responsabilidad civil, que se trasladará, al menos parcialmente, al cliente.

Cabe también mencionar determinadas reformas legales en el derecho de daños que han sido consideradas contrarias al objetivo de lograr una mayor igualdad en la distribución de la renta. Un caso citado con frecuencia en la literatura reciente es el establecimiento de un límite en el cálculo de daños punitivos cuando el demandado —una gran empresa, en muchos casos, en especial en procedimientos de acciones de clase— es condenada al pago de este tipo de indemnización¹². En 2003, en *State Farm v. Campbell*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos puso límites a las elevadísimas indemnizaciones por daños punitivos que los jurados civiles estaban fijando con frecuencia, especialmente en el caso de grandes

empresas. En *State Farm* la cuantía de daños punitivos establecida inicialmente por un jurado de Utah —y aceptada por el Tribunal Supremo de aquel Estado— era 145 veces superior a la cantidad fijada en concepto de daños compensatorios. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró que tal cuantía no era ni razonable ni proporcional al daño causado por el recurrente. Y —lo más importante— estableció, como regla general, que en muy pocos casos podría aceptarse una indemnización por daños punitivos que fuera más de nueve veces superior a los daños compensatorios. El tema tiene una clara conexión con el problema de la distribución de la renta y la desigualdad, ya que los jurados norteamericanos, en casos civiles, venían utilizando con excesiva frecuencia la institución de los daños punitivos para redistribuir la renta en contra de las grandes empresas a las que se condenaba. La lógica económica de esta institución jurídica es la creación de desincentivos a conductas socialmente indeseables, en aquellos casos en los que los daños compensatorios no fueran suficientes para lograr tal objetivo; no el castigo a las grandes empresas ni transferir por esta vía rentas a los consumidores. No es necesario insistir en la gran relevancia económica de este tipo de sentencias que condenaron a algunas grandes empresas —el caso de las tabaqueras es seguramente el más conocido— a pagar indemnizaciones de miles de millones de dólares.

La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido interpretada desde algunos ámbitos de la izquierda norteamericana como un obstáculo a los derechos de los consumidores, que favorecería a las grandes empresas. Un ejemplo de este enfoque es McCluskey (2008), quien llega a afirmar que esta sentencia muestra que, para el Tribunal Supremo, es «normal y natural» que los propietarios de capital actúen en forma colectiva para obtener beneficios a costa de quienes no tienen riqueza; y considera, en cambio, «injustos» los esfuerzos colectivos para proteger los intereses de estos. Para la mayor parte de los juristas y los economistas la interpretación de esta

¹² Los «daños punitivos» son indemnizaciones que se obliga a pagar, por encima de la cantidad destinada a compensar el daño causado, a aquellos demandados que, además de generar a alguien un perjuicio, han tenido una conducta especialmente reprochable; y a los que no se disuadiría de incurrir en tales conductas con un pago de daños meramente compensatorios.

sentencia en términos de lucha de clases resulta, sin embargo, bastante extraña; y sorprende aún más si se considera que dos de los jueces que votaron en contra de la opinión mayoritaria fueron Antonin Scalia y Clarence Thomas, considerados como miembros del grupo «conservador» del tribunal. Pero el objetivo de esta literatura no es, ciertamente, una valoración ponderada de la jurisprudencia¹³.

Otro campo de análisis interesante lo encontramos en la regulación urbanística. Se trata, en este caso de que el Estado intervenga para solucionar fallos de mercado —o lo que el Gobierno considera tales— y elevar el bienestar del conjunto de la sociedad. En toda regulación urbanística hay ganadores y perdedores y no resulta claro si, en cada caso concreto, los beneficiados tienen rentas más altas o más bajas que los perjudicados y, por tanto, si la norma genera igualdad o desigualdad. Supongamos el caso de una expropiación de suelo realizada con la Administración con fines de interés social. Cabe argumentar que tal acción genera una distribución de la renta más igualitaria. Pero puede ocurrir también que la expropiación se lleve a cabo para que sea una entidad privada que promueva una actuación urbanística y que pague por el suelo un precio muy inferior al resultante tras el proceso de urbanización, aun tomando en consideración los gastos que este exija. En este caso, la expropiación puede beneficiar claramente a algunas personas de renta alta y perjudicar a otras de renta baja.

O pensemos en normas que limitan el uso sin que exista expropiación en sentido estricto. Un primer ejemplo podría ser una regulación que impide construir cerca de una playa. La norma puede beneficiar a multitud de personas que acuden a la zona. Pero perjudica a los propietarios de los terrenos cercanos. Si suponemos que los propietarios son ricos, la norma actuaría en favor de una mayor igualdad. Pero podría ocurrir que se tratara de gente de muy pocos recursos económicos, inferiores a los de los potenciales usuarios de la playa.

En este caso la norma podría acentuar la desigualdad. Un segundo ejemplo sería una regulación que estableciera que en una determinada zona de viviendas unifamiliares de lujo fuera necesario un número elevado de metros cuadrados por parcela para poder construir una casa. ¿Quiénes son los beneficiados? La posición de quienes son ya dueños de viviendas no es clara. Por una parte, pueden obtener ventajas del hecho de que se construya menos en la zona; pero, por otra parte, el valor de sus parcelas sería mayor si pudieran, por ejemplo, construir una segunda casa en su terreno. En realidad, el beneficio va a depender de las preferencias de cada uno; y siempre cabe la posibilidad de que un propietario venda su finca y se traslade a otra zona con una regulación más estricta (aunque los costes de transacción podrían ser elevados); y si suponemos un nivel de renta similar en todos los propietarios antiguos, no parece que vaya a haber una redistribución de la renta en función del nivel de riqueza. Pero podrían verse perjudicadas aquellas personas de renta más baja que no pueden acceder a la compra de una parcela grande y sí podrían adquirir una más pequeña.

6. Efectos no buscados y equilibrios de mercado

Hasta aquí hemos intentado clasificar las normas en función de sus efectos en favor o en contra de una mayor igualdad en la distribución; y se ha observado que el número de casos dudosos es elevado y que, con frecuencia, resulta muy difícil determinar *a priori* los efectos distributivos de muchas leyes. En este apartado se da un paso más en esta línea y se analizan los posibles efectos no buscados sobre la distribución de aquellas normas que, *prima facie*, suele considerarse que contribuyen a reducir la desigualdad.

El primero de los casos mencionados era la regulación de los arrendamientos de viviendas mediante control de rentas y otras medidas contrarias al principio de libertad de contrato. El principal problema de este tipo de medidas es, sin duda, que el legislador parece presuponer que la oferta de viviendas en alquiler es estable y no va a

¹³ En el mismo sentido de McCluskey, Cohen (2020).

cambiar como consecuencia de una reforma legal, aunque esta perjudique de forma evidente a los propietarios. Lo que una larga experiencia histórica muestra es, sin embargo, que la oferta puede ser muy sensible a cambios en la regulación. Ante unas normas legales que limiten de manera sustancial el principio de libertad de contrato para favorecer a los inquilinos, quienes tengan pisos que podrían poner en alquiler lo pensarán dos veces antes de hacerlo y —si finalmente deciden entrar en el mercado— pedirán rentas más altas y mayores garantías a sus potenciales inquilinos. Esto tendrá como efecto que a las personas de menores ingresos y a las que no puedan conseguir los avales requeridos, les resultará más difícil encontrar una casa en alquiler. Es decir, la regulación puede tener efectos negativos para la igualdad. El grave problema de la vivienda que experimentó España durante muchos años tras la Guerra Civil es un buen ejemplo de lo que ocurre cuando se interviene de forma radical el mercado de la vivienda. La regulación buscaba, sin duda, redistribuir la renta en favor de los inquilinos; y no cabe duda de que lo consiguió. Pero, junto a sus efectos distributivos, aquellas normas tuvieron unos efectos muy negativos en la asignación de recursos, que hicieron que, durante décadas, conseguir una vivienda en buena parte de España fuera extraordinariamente difícil para los grupos de renta más baja¹⁴.

Para analizar los efectos sobre la desigualdad de las leyes laborales que reducen la libertad de contratación para favorecer a la parte considerada más débil en el acuerdo, tomemos en consideración dos tipos de normas que suelen presentarse como casos claros en los

que el empleado se ve favorecido por su existencia y, por tanto, se presume que reducen la desigualdad: las que fijan indemnizaciones por despido con carácter obligatorio y las que establecen salarios mínimos. Nadie duda de que una persona que ganaba, por ejemplo, un salario de 850 euros al mes está mejor si cambia la ley y, conservando su empleo, pasa a cobrar un salario mínimo de 950 euros. O de que una indemnización por despido a un trabajador concreto mejora su posición en términos de distribución de la renta. Pero esto no implica que unos salarios mínimos más altos y unas indemnizaciones por despido obligatorias más generosas reduzcan la desigualdad en el conjunto de la sociedad.

La causa está en los efectos no buscados de ese tipo de normas, que pueden afectar muy negativamente al nivel de empleo. Desde el Banco Mundial —y desde *Doing Business* en concreto— se ha trabajado en los últimos años en el análisis de los efectos de la regulación del mercado de trabajo en la desigualdad (por todos, Tjong y Schmillen, 2019). Los resultados de sus estudios no son concluyentes para el 100 % de los casos; pero sí claramente indicativos de los efectos de este tipo de normas. En lo que se refiere a las indemnizaciones por despido, concluyen que, en la mayor parte de las regiones del mundo se encuentra una correlación positiva entre el coste de las indemnizaciones por despido y la desigualdad. Y en lo que a los salarios mínimos concierne, los datos indican que la subida del salario mínimo en un país tiende a elevar el nivel de desigualdad, salvo en casos de salarios mínimos muy bajos.

Este resultado no es sorprendente, dado el efecto que tales medidas regulatorias pueden tener sobre el nivel de empleo¹⁵. Y se ven confirmados por estudios referidos a la economía española. Por ejemplo,

¹⁴ Los efectos sobre la economía —y sobre la distribución— de las normas regulatorias del mercado de arrendamientos urbanos tienen, sin duda, implicaciones que van más allá del sector y afectan al conjunto de la actividad económica, dado que la escasez o abundancia de viviendas tiene efectos sobre la movilidad de la mano de obra. Ganong y Shoag (2017), por ejemplo, han analizado la convergencia de renta en los Estados que forman los Estados Unidos de América y han mostrado que, tanto la convergencia como los flujos de población a las zonas de mayor renta, se han reducido de forma sistemática en los últimos 30 años; y plantean la hipótesis de que tal reducción puede explicarse por las fuertes alzas de precios que experimentaron las zonas de renta más elevada, lo que habría desincentivado la inmigración de trabajadores de bajo nivel de capital humano y frenado la convergencia de renta.

¹⁵ Para una amplia revisión de la literatura sobre los efectos del salario mínimo en los Estados Unidos, véase Belman y Wolfson (2014). Su conclusión coincide en buena medida con este resultado, ya que afirman que pequeños aumentos de salario mínimo que afecten a los trabajadores en los niveles más bajos de renta tienen un efecto reducido en la demanda de trabajo. Pero que subidas más elevadas podrían haber tenido efectos más significativos en el nivel de empleo; si bien apuntan que la evidencia empírica no es concluyente.

Doménech (2016), al analizar el crecimiento del índice de Gini de desigualdad en España a partir del año 2008, concluye que el 80 % de tal crecimiento se explica por el fuerte aumento del paro que se registró en España como consecuencia de la crisis económica. En resumen, medidas redistribuidoras, que intentan elevar el nivel de vida de los grupos de renta más baja, acaban teniendo con frecuencia efectos negativos sobre la desigualdad, al reducir el empleo.

Como último caso de análisis podemos considerar algunos supuestos en los cuales la ley —o la interpretación de la ley por los tribunales de justicia— pueden tener como efecto aparente una redistribución de la renta en el sentido de lograr un mayor grado de igualdad; pero que, en la práctica no consiguen tal objetivo por el propio ajuste que realizan los agentes en el mercado como reacción a los nuevos incentivos creados por la ley o la jurisprudencia. Son muchos los casos que podrían mencionarse; pero veamos dos, ambos relacionados con el mercado inmobiliario. El primero es el de la denominada «dación en pago»; es decir, la posibilidad de que, en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, el prestatario pueda saldar la totalidad de su deuda con la puesta a disposición del prestamista —por lo general una entidad financiera— del bien que sirve de garantía.

Con motivo de la crisis de 2008 hubo propuestas de que la cláusula de dación en pago fuera obligatoria en todos los contratos de préstamo hipotecario¹⁶. La razón era que mucha gente, al verse deteriorada su situación económica, no podía atender los pagos de su préstamo hipotecario; y se había encontrado, además, con la circunstancia de que, al haber caído de forma significativa el valor de los inmuebles, su deuda había pasado a ser superior al valor del bien de garantía. Es decir, si entregaba al banco el inmueble para pago de su deuda, esta se reducía, pero no se cancelaba. Uno de los objetivos de la propuesta era

claramente redistributivo. En estos casos —se argumentaba— la cancelación de la deuda favorecería a la gente de menor renta y quien soportaría la carga serían básicamente los bancos.

¿Es razonable pensar que se habría producido este efecto si la reforma hubiera sido aprobada? La respuesta depende de la forma en la que se hubiera redactado su texto. Si se hubiera establecido que debería aplicarse con efectos retroactivos —que era, en esencia, lo que defendían la mayor parte de los defensores de la propuesta— la ley habría tenido claramente efectos redistributivos al transferir rentas de los prestamistas a los prestatarios. Pero esto no tendría por qué ocurrir si la ley se aplicara solo a los préstamos hipotecarios contratados a partir de su entrada en vigor, ya que la norma tendría efectos no buscados fácilmente previsibles. Tal reforma supondría un aumento del riesgo de impago —al menos con carácter parcial. Por ello, los bancos reaccionarían bien elevando los tipos de interés para compensar el mayor riesgo soportado; bien reduciendo la ratio préstamo/valor estimado del inmueble. Lo más probable es que prevaleciera esta segunda estrategia; y es interesante señalar que, si lo que se deseara fuera reducir la ratio préstamo/valor del bien de garantía, —por considerar, seguramente con razón, que los bancos se excedieron en su día en la cuantía de sus préstamos— la reforma contribuiría a que los bancos optaran por una estrategia bancaria más solvente. Pero también hay que tener presente que haría más difícil el acceso a una vivienda a mucha gente, en especial a personas de renta baja. Los efectos de la norma podrían ser, por tanto, negativos para el logro de una mayor igualdad.

El segundo caso se refiere a los recientes debates sobre quién debe soportar los costes —gastos e impuestos— que exige la formalización de un préstamo con garantía hipotecaria. Tras una larga práctica, acompañada por una jurisprudencia sostenida de nuestro Tribunal Supremo, que establecía que, en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria,

¹⁶ La Ley Hipotecaria ya contemplaba la posibilidad de introducir cláusulas de este tipo con carácter voluntario.

era el cliente quien soportaba los gastos de notaría y registro y pagaba el impuesto de actos jurídicos documentados, la sección segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo determinó, en una sentencia del mes de octubre de 2018, que, cuando se firma una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es la entidad de crédito y no el prestatario. Tal sentencia fue interpretada por la opinión pública como una victoria de la gente de la calle frente al poder financiero, siendo por tanto una medida redistribuidora de la renta en favor de una mayor igualdad. La sentencia se basaba, sin embargo, en un argumento muy defectuoso desde el punto de vista del análisis económico. Afirma la sentencia: «...no nos cabe la menor duda de que el beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él (y solo él) está legitimado para ejercer las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él le interesa la inscripción de la hipoteca... pues esta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad»¹⁷.

Tal argumento refleja, sin embargo, que los jueces que dictaron esta sentencia no entendieron el sentido económico de un préstamo con garantía hipotecaria. Es evidente que la hipoteca ofrece al acreedor unas ventajas superiores a las que tendría con otro tipo de préstamos; por ejemplo, un préstamo personal sin garantía real. Y en un análisis superficial cabe afirmar, en efecto, que el beneficiario de las garantías que ofrece una hipoteca es el prestamista. Pero el tema es más complejo y el Tribunal Supremo no consideró que, además de los beneficios que ofrece al prestamista, la hipoteca supone también ventajas para el prestatario; la más importante de las cuales es un tipo de interés significativamente más bajo que el que tendría que pagar si la garantía real no existiera. Y este menor tipo

de interés se justifica por el menor riesgo que asume el prestamista al contar con la garantía hipotecaria. Por lo tanto, es cierto que el banco se beneficia de la firma de la escritura pública y de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero también se beneficia el cliente, porque, gracias a ello, obtiene un préstamo en mejores condiciones. Es un error, por tanto, argumentar que la hipoteca beneficia exclusivamente al prestamista.

Con posterioridad, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo rectificó a su sección segunda; y, poco después, el año 2019 se reformó la Ley Hipotecaria traspasando de nuevo a las entidades financieras la mayor parte de los gastos. Y esto volvió a interpretarse como un paso hacia una redistribución de la renta en favor de los clientes de la banca y, por tanto, de una mayor igualdad. Pero lo que predice el análisis económico es que estos cambios van a tener, en la práctica, un efecto muy limitado en lo que a la distribución hace referencia. El cambio de doctrina que intentó establecer la sección segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo habría sido relevante en términos de distribución si hubiera tenido efectos retroactivos y afectado a aquellos prestatarios que ya habían pagado el impuesto de actos jurídicos documentados. Pero no cabe duda de que, una vez aprobada la nueva norma, el mercado se ajustará en el futuro a las nuevas condiciones y es razonable esperar que los costes totales que deba pagar quien solicite un préstamo hipotecario, de aquí en adelante, no se vean afectados por el hecho de que no sea sujeto pasivo del impuesto o no pague los gastos de notaría y registro. La razón es que, si el banco debe asumir estos costes, elevará las comisiones o el tipo de interés que cargue al cliente. Al final, lo que este pague no se verá influenciado tanto por la atribución formal de tales costes como por la situación del mercado financiero en cada momento y por la competencia entre las entidades de crédito, que será la que determine las condiciones que, en cada caso, los bancos ofrezcan a sus clientes. La ley y la jurisprudencia establecen las

¹⁷ STS 1505/2018.

normas y las interpretan; pero es el mercado el que, tomando todos los factores en consideración, establece los precios.

7. A manera de conclusión

El resultado básico del anterior apartado no resulta especialmente original ya que es bien conocido en análisis económico que la atribución formal de la carga de un impuesto —o de un coste de otro tipo— a una de las partes de un acuerdo contractual no implica que sea esta la que finalmente soporte dicha carga, al menos en su totalidad. Pero, sorprendentemente, tanto el legislador como los tribunales parecen creer, con excesiva frecuencia, que los cambios que introducen en las normas jurídicas no van a generar una reacción por parte de quienes se consideran perjudicados por la reforma. La consecuencia es que resulta muy difícil determinar *a priori* cuáles pueden ser efectos de numerosas reformas legales.

El argumento de Kaplow y Shavell del doble efecto negativo de una norma ineficiente, que justificaría utilizar más los impuestos que las normas legales como instrumentos de las políticas de reducción de la desigualdad parece, por tanto, sólido. Y se podría añadir a su planteamiento el hecho de que muchas normas cuyo objetivo es la redistribución de la renta no solo son ineficientes, sino que, además, tienen efectos no buscados que pueden resultar contrarios a la reducción de la desigualdad. No cabe duda de que se puede influir en la reducción de la desigualdad mediante la derogación de normas que generen ventajas a determinados grupos de interés, distorsionando la competencia y generando rentas de monopolio. Pero las políticas dirigidas a lograr una mayor igualdad, basadas en normas ineficientes de derecho privado en temas como la restricción de la libertad de contrato o el derecho de daños no son la mejor forma de lograr una distribución más igualitaria de la renta, si se considera que esta debe ser un objetivo de la política pública.

Referencias bibliográficas

- Alvaredo, F., & Saez, E. (2010). Income and Wealth Concentration in Spain from a Historical and Fiscal Perspective. *Journal of the European Economic Association*, 7(5), 1140-1167.
- Anghel, B., Basso, H., Bover, O., Casado, J. M., Hospido, L., Izquierdo, M., Kataryniuk, I. A., Lacuesta, A., Montero, J. M. y Vozmediano, E. (2018). *La desigualdad de la renta, el consumo y la riqueza en España*. Documentos Ocasionales núm. 1806. Banco de España.
- Atkinson, A. B. (2015). *Inequality: What can be Done?* Cambridge: Harvard University Press.
- Autor, D., Dorn, D., & Hanson, G. (2013). The China Syndrome: Local Labor Market Effects on Import Competition in the United States. *American Economic Review*, 103(6), 2121-2168.
- Baird, D. G. (2011). *The future of Law and Economics: Essays by Ten Law School Scholars*. University of Chicago Law School.
- Belman, D., & Wolfson, P. J. (2014). *What Does the Minimum Wage Do?* Kalamazoo, Michigan: W.E. Upjohn Institute for Employment Research.
- Coase, R. H. (1960-1988). The Problem of Social Cost. In *The Firm, The Market and the Law* (pp. 95-156). Chicago: University of Chicago Press.
- Coase, R. H. (1988). Notes on the Problems of Social Cost. In *The Firm, The Market and the Law* (pp. 157-185). Chicago: University of Chicago Press.
- Cohen, A. (2020). *Supreme Inequality: The Supreme's Court Fifty Years Battle for a More Unjust America*. New York: Penguin Press.
- De Geest, G. (2013). Removing rents: Why the Legal System is Superior to the Income Tax at reducing Income Inequality. *Washington University in St. Louis legal Studies Research Paper* 13-10-02.
- Dimick, M. (2016). Should the Law Do Anything About Economic Inequality? *Buffalo Legal Studies Research Papers* 2016-011. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 26(1).
- Doménech, R. (2016). La desigualdad en España: evolución, causas y políticas. *BBVA Research*. Valencia: III Workshop ANECO.
- Epstein, R. A. (1985). *Takings: Privare Property and the Power of Eminent Domain*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Ganong, P., & Shoag, D. (2017). Why Has Regional Income Convergence in the U.S. Declined? *Journal of Urban Economics*, 102, 76-90.
- Gilman, M. (2014). A Court for the One Percent: How the Supreme Court Contributes to Economic Inequality. *Utah Law Review*, 3, 389-463.

- Grampp, W. D. (1960). *The Manchester School of Economics*. Stanford: University Press.
- Holmes, O. W. (1905-1992). *Lochner v. New York*. En *The Essential Holmes* (pp. 305-307). Chicago: University of Chicago Press.
- Horwitz, M. J. (1977-1992). *The Transformation of American Law, 1780 1860*. New York: Oxford University Press.
- Hutt, W. H. (1964). *The Economics of the Colour Bar*. London: UK Institute of Economic Affairs.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (1994). Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income. *The Journal of Legal Studies*, 23(2), 667-681.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (2000). Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income. *The Journal of Legal Studies*, 29(2), 821-835.
- Kuznets, S. (1955). Economic Growth and Income Inequality. *The American Economic Review*, 45(1), 1-28.
- McCluskey, M. T. (2008). Constitutionalizing Class Inequality: Due Process in State Farm. *Buffalo Law Review*, 56(4), 1035-1057.
- Piketty, T. (2013). *Le capital au XXIe siècle*. Paris: Éditions du Seuil.
- Posner, R. A. (1995). The Left-Wing History of American Legal Thought. In *Overcoming Law* (pp. 271-286). Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Pound, R. (1909). Liberty of Contract. *Yale Law Journal*, 18(7), 454-487.
- Sanchirico, C. W. (2000). Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View. *The Journal of Legal Studies*, 29(2), 797-820.
- Stiglitz, J. (2013). *The Price of Inequality*. London: Penguin.
- Tjong, E., & Schmillen, A. D. (2019). Income Inequality and Labor Market Regulations: A Comparative Analysis. *Doing Business Research Notes*. World Bank Malaysia Hub.