

PRESENTACIÓN

*Francisco Cabrillo**

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

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

* Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad Complutense.

PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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