

LIMITACIONES INSTITUCIONALES AL DESARROLLO DE LA EMPRESA

Benito ARRUÑADA (*)

I. EL PROCESO CONTRACTUAL

1. Especialización y contratación organizativa

LOS seres humanos aumentan la productividad de sus recursos especializándolos e intercambiando con sus semejantes el producto de sus actividades. Sin embargo, la organización de estos intercambios es costosa, pues las distintas actividades especializadas han de coordinarse y, sobre todo, es preciso ajustar los incentivos de los protagonistas. El motivo es que, al tener cada uno de ellos sus propios intereses, pueden emplear el intercambio como instrumento para apropiarse los frutos del esfuerzo ajeno. Esta lucha expropiatoria, que constituye la cara no por olvidada menos esencial de la actividad económica (1), derrocha recursos de forma directa e indirecta. Directamente, requiere dedicar medios valiosos tanto para efectuar el fraude o engaño como para evitarlo. La posibilidad de expropiación también es costosa indirectamente porque, al darse cuenta del riesgo que corren, muchos contratantes potenciales se niegan a contratar, reduciendo así el grado de especialización. Debido a esta posibilidad de conducta aprovechada, para que sea viable la especialización se necesita organizar los intercambios («contratar», entendiendo este término en su sentido más general) de tal modo que se armonicen los intereses potencialmente conflictivos de las partes. La tarea central de la organización

económica consiste, por ello, en reducir este derroche de recursos y posibilitar una mayor especialización.

Todas las actividades económicas están sometidas a esta lógica, que obliga a los individuos a salvaguardar con cuidado los intercambios. Para conseguirlo, la humanidad ha ido diseñando a lo largo de su historia una gran variedad de instituciones, como son los mercados, los sistemas políticos y, lo más importante a nuestros efectos, las empresas y demás organizaciones, a las que cabe ver como formas evolucionadas de contratar diversas modalidades de intercambios. La actividad de los agentes económicos genera empresas y las dota de personalidad jurídica cuando realizar intercambios mediante ellas les permite lograr costes menores que aquellos en los que incurrirían al realizarlos a través de transacciones en el mercado o en el terreno político, incluyendo, obviamente, los costes de intercambio que pueda generar la propia contratación organizativa. La empresa se nos presenta así como un tipo de *nexo contractual* en el que confluyen múltiples propietarios y usuarios de recursos, todos los cuales participan de algún modo en la elaboración y adquisición de un determinado producto o servicio (2).

En suma, contemplaremos los problemas empresariales prestando atención preferente a su vertiente contractual, considerando la organización de la actividad económica en el mercado y, en particular, las propias organizaciones empresariales como

un medio para alinear los intereses de los participantes en los intercambios económicos y hacer así posible su especialización productiva.

2. Fases de la contratación

Todos los intercambios requieren procesos contractuales para hacerse realidad. En ellos, cabe distinguir dos tipos esenciales de problemas, relacionados con el perfeccionamiento y la salvaguardia del intercambio. Como «perfeccionamiento», entenderemos la definición de las obligaciones cuyo cumplimiento constituye el contenido del propio intercambio, mientras que como «salvaguardia» designaremos al conjunto de mecanismos que aseguran el cumplimiento de dichas obligaciones.

La definición del contenido del intercambio

Las carencias y asimetrías informativas y el autointerés que guía la actuación de los individuos explican la variedad y complejidad de los mecanismos e instituciones, tanto privados como sociales, utilizados para «perfeccionar» los contratos, esto es, para definir con total precisión las condiciones del intercambio, el conjunto de compromisos entre las partes. Esta definición de condiciones puede producirse antes o después de la contratación y ser efectuada por las partes o por diversas instituciones sociales, sobre todo por el sistema jurídico-judicial, cuya participación reduce en gran medida la gravedad del problema informativo (3). Se tienen así cuatro modalidades de perfeccionamiento (cuadro n.º 1):

a) Los *contratos explícitos*, donde las partes establecen una

CUADRO N.º 1

SOLUCIONES EMPLEADAS PARA EL PERFECCIONAMIENTO Y LA SALVAGUARDIA CONTRACTUAL

	SOLUCIONES PARTICULARES		SOLUCIONES INSTITUCIONALES		
	Unilaterales	Multilaterales	Descentralizadas	Centralizadas	
	CONTRATACIÓN EXPLÍCITA		NORMAS		
PERFECCIONAMIENTO CONTRACTUAL	EX ANTE	Contratos redactados por una sola de las partes (contratos de adhesión)	Contratos explícitos negociados por ambas partes (contrato común)	Desarrollo consuetudinario de usos y costumbres	Common Law Codificación Legislación
	EX POST	Autoridad (p. ej., contratos de franquicia, empleo, etcétera)	Contratos que definen reglas y órganos de decisión (p. ej., junta de accionistas)	Enjuiciamiento de la conducta de las partes por los participantes en el mercado	Litigación (mediante sentencias judiciales)
SALVAGUARDIA O ENFORCEMENT	SANCIONES INTERNAS		SANCIONES EXTERNAS		
	Sanciones asimétricas en ejercicio de autoridad	No repetición de transacciones; rehenes	Pérdida de reputación en el mercado (no venta) o la sociedad (ostracismo)	Policía (ejecución de sentencias)	
	SOLUCIONES PRIVADAS		SOLUCIONES PÚBLICAS		

correspondencia expresa entre un conjunto muy limitado de las muchas situaciones posibles y los pasos a dar en cada una de ellas.

b) Las *normas*, ya se trate de usos consuetudinarios o de leyes, que proporcionan a las partes un contrato estándar muy detallado, llenan muchos de los vacíos que las partes hayan dejado en su contrato explícito y predeterminan este contrato explícito cuando así lo considera necesario el legislador.

c) Las *reglas y órganos* de decisión establecidos por las partes, conformando contratos relacionales capaces de proporcionar soluciones eficientes a un amplio conjunto de situaciones no previstas *ex ante*.

d) Las *decisiones judiciales*, que actúan como «cierre» final de la contratación, suministrando soluciones a todas las restan-

tes situaciones imprevistas y desarrollando con gran detalle, mediante la producción de jurisprudencia, el contrato estándar que provee la legislación.

La salvaguardia del intercambio

Sea cual sea el contenido del intercambio así definido, la proclividad de los individuos a anteponer el logro de sus propios intereses les exige disponer salvaguardias que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones. El funcionamiento de estas salvaguardias requiere diversos grados de observabilidad acerca de las variables que definen dicho cumplimiento, y este criterio informativo permite clasificarlas en tres categorías:

a) En las salvaguardias *morales*, el propio individuo obligado a cumplir es quien evalúa y, eventualmente, sanciona el incumplimiento. La evaluación la

realiza respecto a su propio código moral, y la sanción consiste en un cierto sufrimiento psicológico que toma la forma, según los casos, de remordimiento, mala conciencia, pérdida de autoestima, etcétera.

b) Las salvaguardias *contractuales* se basan en mecanismos disciplinarios ejecutados por las propias partes (no repetición de transacciones, apropiación de rehenes, etc.) y sólo requieren, por ello, que la parte beneficiaria esté en disposición de observar el grado de cumplimiento y sancionarlo.

c) Las salvaguardias *externas o judiciales* necesitan de la verificación del cumplimiento por terceros. La verificación y sanción judicial puede efectuarse mediante decisores y aparatos centralizados y descentralizados. Los centralizados son los *árbitros y jueces*, y sus correspondientes sistemas sancionadores.

Los mecanismos descentralizados incluyen, en el ámbito económico, la actuación parajudicial del propio *mercado* y, en un terreno más amplio, los sistemas, generalmente informales, mediante los cuales muchos grupos humanos deciden la entrada y eventual expulsión de sus miembros y vigilan y sancionan su comportamiento.

El papel del entorno institucional

En el mundo moderno, los contratantes no se relacionan entre sí en un espacio vacío, sino dentro de un entorno institucional altamente desarrollado (4), el cual está integrado no sólo por el mercado y sus mecanismos automáticos de información y ejecución, salvaguardia o *enforcement*, sino también por el derecho (tanto en su vertiente de perfeccionamiento como de salvaguardia), las restricciones sociales y, en última instancia, los condicionantes de orden moral. Pese a su gran importancia, en este trabajo haremos abstracción tanto de las soluciones morales, que funcionan dentro de los individuos obligados a cumplir y no requieren la observación del cumplimiento ni siquiera por su beneficiario, como de las catalogadas como sociales, en las que se requiere la verificación por terceros de los criterios de pertenencia al grupo. Prestaremos, pues, atención tan sólo a las soluciones de carácter contractual y judicial, por ser aquellas en las que la intervención política representa un papel más importante.

Esta intervención se concreta en impactos que modifican el entorno institucional de la contratación, la cual se ve así afectada tanto de forma directa como indirecta. El efecto directo se origina al proporcionar soluciones más o menos costosas a los problemas

contractuales; por ejemplo, un sistema judicial más o menos eficaz. Asimismo, se produce un efecto indirecto, pues las soluciones contractuales privadas han de contar para bien y para mal con la existencia de esas soluciones institucionales. Esto sucede, en especial, cuando éstas contienen elementos de carácter coactivo, que toman la forma de leyes imperativas o de derechos irrenunciables a litigar, de cuya presencia las partes no pueden prescindir, incluso en los casos en que ese sea su deseo *ex ante*.

Generalmente, en las transacciones se utiliza, aunque con intensidad variable, buena parte de las variadas soluciones contractuales que refleja el cuadro número 1. Por un lado, las partes no se relacionan a la manera que hubieran podido hacerlo Robinson y Viernes en su pequeña isla. Por el contrario, el desarrollo de usos, leyes y otras soluciones institucionales, como la moral, se remonta a los tiempos más remotos de la civilización. (Incluso Robinson contrataría con Viernes desde una cierta concepción moral, y algo parecido cabe suponer de su socio, aunque Defoe no nos haya dado muchos detalles a este respecto). Por otro lado, la práctica totalidad de los intercambios se completa en alguna medida *ex post*. Las características dominantes son, pues, el perfeccionamiento diferido y la presencia de elementos institucionales. Pensemos, como ejemplo, en un contrato de empleo. Lo típico es que se redacte dentro de un marco legal más o menos imperativo y que asigne al empleador cierta autoridad para completarlo en el futuro (incluyendo, por ejemplo, una cláusula de remuneración por rendimiento o la posibilidad de despido, ambos a evaluar de forma subjetiva), así como ciertos derechos al empleado. Por ejem-

plo, las decisiones de esa índole pueden a veces ser discutidas ante órganos privados de mediación, en los que están representados ambos interesados (por ejemplo, los comités de personal de las empresas japonesas, cuya función parece ser, en muchos casos, la de decidir las). También suelen entrañar repercusiones para la reputación del empleador en el mercado de trabajo y, casi siempre, son apelables ante los tribunales de justicia, cuyas decisiones influyen también en la reputación del empleador. Conviene apuntar, por último, que en el desarrollo de los procesos contractuales no se suele emplear un mismo tipo de solución en sus diversas fases. Por el contrario, no es habitual que sigan una secuencia que, en términos del cuadro n.º 1, cabría calificar de «vertical», de modo que si se emplea una pauta de perfeccionamiento unilateral *ex ante*, el perfeccionamiento *ex post* o la salvaguardia también sean unilaterales. Por el contrario, lo habitual es que en los intercambios se empleen diferentes mecanismos contractuales (que se sitúan en diferentes columnas) en fases distintas del proceso contractual.

3. Sustitución y complementariedad entre soluciones contractuales

En muchos casos, las soluciones que recoge el cuadro n.º 1 funcionan como sustitutos o como complementos, tanto en sentido horizontal como vertical. Al comparar el papel relativo de unas y otras soluciones, ha de tenerse en cuenta que existen decisiones legislativas sobre su prelación, las cuales, en general, postergan las soluciones privadas respecto a las públicas,

sobre todo en cuanto al perfeccionamiento *ex post* y la salvaguardia. En concreto, las leyes contienen numerosas normas dispositivas, para las cuales la voluntad de las partes domina lo establecido en el texto legal, que sólo rige en ausencia de disposición privada al respecto. En esa medida, las soluciones privadas dominan a las legales en el perfeccionamiento *ex ante*. Esta situación es la dominante en el *Common Law* anglosajón y también en las codificaciones continentales del siglo XIX.

Sin embargo, esta prelación se ha invertido en muchas leyes posteriores, sobre todo en las promulgadas durante la segunda

mitad del siglo XX, en las cuales la proporción de normas imperativas es considerable, incluso en el ámbito de las transacciones mercantiles. Por otro lado, casi todo el perfeccionamiento privado *ex post* está subordinado a la vía judicial, de modo que a las partes les resulta generalmente imposible privarse *ex ante* de la posibilidad (no siempre deseable) de apelar *ex post* sus decisiones.

En cuanto a los efectos entre soluciones *ex ante* y *ex post*, son muy variados. Por un lado, en el terreno privado, podría pensarse en que cuanto más se perfecciona el contrato *ex ante* menor necesidad existe de hacerlo *ex*

post. Sin embargo, el funcionamiento de reglas y órganos de decisión *ex post* hace más necesario dedicar recursos al perfeccionamiento *ex ante*. En el terreno institucional, se produce una interacción peculiar: en la medida en que la litigación desmboque en jurisprudencia, se desarrolla en mayor medida el perfeccionamiento *ex ante*, y es de esperar que se reduzca el recurso a la litigación.

Se examinan estas interacciones a continuación, siguiendo la estructura expositiva que recoge el cuadro n.º 2.

CUADRO N.º 2

DESEQUILIBRIOS DEL MARCO INSTITUCIONAL SOBRE LA CONTRATACIÓN

		SOLUCIONES INSTITUCIONALES DE CARÁCTER PÚBLICO			
		LEGISLACIÓN			
		Insuficiente	Ideal	Excesiva	
PERFECCIONAMIENTO	SOLUCIONES PARTICULARES	CONTRATOS EXPLÍCITOS			
	<i>EX ANTE</i>	Las propias partes especifican las condiciones del intercambio en el contrato	La legislación padece: (a) un escaso desarrollo de normas dispositivas; y (b) la subsistencia de normas anacrónicas, como puede ser el actual derecho concursal	Dos tipos de reglas: (a) dispositivas, que definen contratos estándar que reducen los costes de transacción; y (b) imperativas, que evitan efectos externos.	Dos tipos de reglas imperativas: (a) las que imponen condiciones contractuales ineficientes; y (b) las que obligan a las partes a contratar formalmente <i>ex ante</i> .
	SOLUCIONES PARTICULARES	CONTRATOS RELACIONALES			
	<i>EX POST</i>	Las partes establecen <i>ex ante</i> un conjunto de reglas y órganos sobre cómo tomar decisiones futuras	No se proporcionan servicios eficientes de resolución judicial de conflictos. De hecho, los tribunales están cerrados para la mayor parte de los asuntos de carácter civil.	Hipótesis de eficiencia: al sentenciar, el juez sustituye la voluntad hipotética de las partes, la cual es de esperar que hubiera sido <i>ex ante</i> favorable a la eficiencia.	Los tribunales intervienen <i>ex post</i> cuando así lo solicita una de las partes, aun cuando su voluntad manifestada <i>ex ante</i> hubiera sido que se abstuviesen de hacerlo
		EJECUCIÓN DE SANCIONES EXTERNAS			
SALVAGUARDIA	a) <i>Moral</i> : autoestima b) <i>Interna</i> : repetición, depósitos, rehenes	Fallos: (a) ejecución ineficaz, con fácil ocultación de activos y personas; y (b) la actuación implícita adolece del atasco judicial y la incertidumbre sobre sentencias.	Caracterizada por (a) la ejecución eficaz de las sentencias; y (b) un alto grado de salvaguardia implícita, que no requiera litigación	Han surgido sesgos aparentes, quizá motivados por asimetrías en la percepción pública de los asuntos (por ejemplo, criminalización del derecho societario).	

II. PERFECCIONAMIENTO EX ANTE DEL CONTRATO POR LAS LEYES

1. Óptimo institucional

Con independencia del grado de detalle que pueden introducir las partes al contratar, el contenido y las condiciones del intercambio vienen definidas por el conjunto de normas (sobre todo, hoy en día, leyes, pero también usos y costumbres) vigentes en el ámbito jurisdiccional al que se somete la contratación. Cuando tienen lugar en un medio institucional de carácter jurídico, los intercambios se efectúan así de acuerdo con un contrato muy extenso, y ello aunque las partes sólo hayan acordado expresamente los elementos más básicos del intercambio. Gracias a este soporte legal, las partes no necesitan definir sendos conjuntos de contingencias y compensaciones. Pueden limitarse, en cambio, a adaptar el contrato estándar, de gran complejidad y extensión, que, tanto de forma explícita (leyes y jurisprudencia) como implícita (mecanismos de solución de conflictos, incluyendo la litigación judicial) les proporciona el entorno institucional. Estas herramientas institucionales son las que permiten completar o perfeccionar efectivamente la mayor parte de los intercambios. El coste de la contratación se ve así reducido de forma notable y las partes utilizan contratos muy detallados sin necesidad de escribirlos o ni tan siquiera conocerlos. En otras palabras: los costes de escribir los contratos, de definir el contenido del intercambio, son reducidos porque los contratos se escriben en una vía institucional, mediante el derecho e instituciones anexas, no en un tú a tú directo entre las partes.

Cabe considerar por ello esta vertiente institucional de la con-

tratación como un mecanismo de racionalización. La racionalidad de las partes al contratar es ciertamente limitada, pues el contrato no suele tener la entidad suficiente ni las partes están normalmente en condiciones tales que les compense dedicar los recursos que serían precisos para perfeccionarlo, ni tan siquiera hasta el punto de definir por sí mismas el contenido del intercambio en un conjunto de contingencias probables. Esta limitación se refiere, sin embargo, a la racionalidad *intelectual* de las partes, consecuencia directa del pensamiento humano. Al reposar en el derecho, las partes optan por basar la perfección del contrato en una racionalidad de tipo *evolutivo*, cuyas soluciones se alcanzan como consecuencia inconsciente de la *interacción* humana y que ha ido generando la mayor y más durable parte del derecho (5). Las partes pueden así contratar sin conocer en detalle el contenido de sus obligaciones, confiando en la sensatez o eficiencia de su definición legal. (Es notable que el análisis proporciona así una justificación en términos de eficiencia del objetivo de seguridad jurídica tan querido por el derecho, al subrayar la necesidad de que tanto las normas como su aplicación resulten previsibles para los individuos).

Ciertamente, la consideración del derecho como fruto de la racionalidad evolutiva, y, más aún, el carácter eficiente de las normas, han de interpretarse en términos relativos y no absolutos. El motivo reside en la pervivencia sistemática, al menos a corto plazo, de normas ineficientes que tienen como origen la aplicación de una racionalidad intelectual defectuosa o, seguramente con más frecuencia, una decisión colectiva ineficiente, motivada por la búsqueda y apropiación de

rentas en el terreno legislativo. Con todo, si bien la racionalidad intelectual y los problemas de acción colectiva son importantes en las normas jurídicas, su papel es más importante en la adopción de las diversas reglas, mientras que la supervivencia de éstas a largo plazo, constituyendo un corpus jurídico estable, está regida, al menos en última instancia, por una lógica de adaptación competitiva. En la medida en que así ocurra, podemos confiar en que su contenido sea eficiente.

Normas imperativas y dispositivas

En este sentido, conviene precisar las diferencias que existen en el papel de los dos tipos principales de normas legales, imperativas y dispositivas, por responder éstas a menudo a lógicas distintas. Por un lado, las normas *dispositivas* son modificables por la voluntad de las partes cuando éstas así lo expresan en el contrato. Encajan, pues, plenamente en la argumentación precedente, ya que su finalidad es reducir el coste de la contratación, proporcionando a los contratantes una solución estandarizada a los problemas más típicos o comunes que se suelen plantear en los distintos tipos de contratos. En cambio, las normas *imperativas* son de obligado cumplimiento por las partes, que no pueden alterarlas ni excluirlas. Su establecimiento se puede justificar por la existencia de fallos en la contratación libre, ya consistan estos fallos en la presencia de efectos externos (por ejemplo, un acuerdo oligopolístico para fijar el precio de venta) o en la irracionalidad de los contratantes (cuando éstos son menores de edad, por ejemplo, o cuando el legislador les supone de algún modo menos competentes, como sucede en las ventas a domicilio).

Con ser importante, la distinción entre normas dispositivas e imperativas se difumina cuando se tiene en cuenta la capacidad coactiva implícita de las normas dispositivas. En una situación de asimetría informativa entre los contratantes, éstos no son enteramente libres a la hora de pactar condiciones que se salgan del marco dispositivo, pues, al intentar hacerlo, corren el riesgo de ser mal interpretados y poner en peligro su posición negociadora y, por ende, la propia contratación. Una de las funciones de las leyes es evitar a las partes la necesidad de manifestar su deseo de incluir en el contrato formal una determinada cláusula, manifestación que, a menudo, puede generar desconfianza en la contraparte que recibe la propuesta, porque señala que quien la sugiere posee algunas características potencialmente conflictivas (desconfianza, ventaja informativa y, sobre todo, mala disposición a cumplir). Del mismo modo, la proposición de una cláusula que se separa de lo dispuesto en la norma legal se podría interpretar como una señal de las problemáticas características contractuales que presenta el proponente (6). En esas condiciones, la norma dispositiva vendría en alguna medida a funcionar como imperativa, por el mero hecho de que es costoso para una de las partes separarse de ella. En la medida en que el problema se presente a una proporción sustancial de contratantes, es de esperar, no obstante, el desarrollo de usos contractuales que eviten el problema. Con todo, el asunto encierra cierta importancia a corto plazo, durante el período de adaptación que sigue a la promulgación de aquellas normas dispositivas que se separan de la pauta consuetudinaria previamente establecida en el correspondiente mercado (7).

2. Fallos institucionales: posible exceso de normas imperativas

Las creaciones humanas rara vez responden en su integridad a una lógica de eficiencia, y las leyes no son una excepción. Aunque quepa discutir si sus fallos e ineficiencias son más o menos duraderos, las imperfecciones del proceso de decisión colectiva que las genera las convierte en instrumentos útiles para apropiarse de rentas, sin que importe mucho a sus beneficiarios 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.

En el ámbito del derecho privado, cabe distinguir dos tipos de deficiencias, que se traducen en un exceso y un defecto de legislación, los cuales tienden a afectar en mayor medida a las normas imperativas y dispositivas, respectivamente. En ambos casos, se sacrifica el óptimo social a los intereses privados de las individuos. En el primer caso, al de los contratantes; en el segundo, al de los intermediarios.

Numerosos indicios apuntan a que un buen número de las reglas imperativas que rigen la contratación privada no obedecen a una lógica de efectos externos o racionalidad imperfecta. Responden, en cambio, al deseo de lograr ventajas o redistribuciones de riqueza. Seguramente, el origen más importante de ineficiencias en el ordenamiento jurídico se produce cuando algunas de las partes de un contrato o conjunto de contratos preexistentes consiguen legalizar el incumplimiento de sus obligaciones mediante la promulgación de una nueva norma con dos características: tratarse de reglas im-

perativas y ser aplicadas con carácter retroactivo (8).

Supongamos, por ejemplo, que las partes del contrato de arrendamiento fueran completamente libres para pactar cualquier condición de precio y plazo, como son, por ejemplo, alquiler fijo, plazo largo y libertad del arrendatario para rescindir el contrato. Estas condiciones son gravosas para el arrendador, por lo que, al requerir éste como compensación un mayor alquiler, puede que el arrendatario prefiera omitirlas, pactando un precio variable, un plazo más corto o el pago de una indemnización en caso de rescindir el contrato antes de término. Es comprensible, sin embargo, que, tras la firma de contratos de ese tipo, los arrendatarios tengan interés en que se promulgue una ley congelando los alquileres (como ocurrió en España en los años 1940) o introduciendo un régimen de plazo mínimo (como sucedió en los años 1980 tras una liberalización previa), y apoyen a los intermediarios políticos que lo consigan, por mucho que tales normas perjudiquen a los futuros arrendatarios.

El problema no afecta sólo a los contratos de alquiler, sino a todo tipo de contratos, siendo los ejemplos tan abundantes y variados como las mismas cláusulas contractuales: los deudores querrán que se haga más difícil a los acreedores cobrar sus deudas; los accionistas minoritarios tendrán interés en que se aumenten los derechos de las minorías en las sociedades por acciones; los trabajadores que hayan contratado su empleo sin derecho a indemnización por despido lucharán por que ésta se establezca legalmente; etc. En todos estos casos, los efectos privados y sociales son semejantes. Desde el punto de vista privado, se produce una transferencia de riqueza: una de las partes que ha suscri-

to el contrato obtiene un beneficio a costa de la otra. El efecto más nocivo es, sin embargo, de carácter colectivo: las partes de los nuevos contratos se verán obligadas a emplear condiciones ineficientes (este carácter ineficiente lo indica el que no se introdujeran previamente en los contratos, en ausencia de efectos externos o fallos en la racionalidad individual que, de todos modos, podrían tener cabida en los procesos judiciales, sin necesidad de reglas imperativas) o dedicar recursos a sortear las leyes, todo lo cual reduce el interés de ambas partes en contratar y acaba desperdiciando posibilidades de especialización productiva. No es de extrañar por ello que, en último término, muchas viviendas tiendan a permanecer vacías, que los peores riesgos encuentren difícil obtener crédito, que en las nuevas sociedades mercantiles se prescindiera de socios minoritarios o que numerosos trabajadores potenciales permanezcan sin empleo.

La consecuencia general de normas imperativas ineficientes es un encarecimiento de los costes contractuales que, cuando no impiden la especialización productiva, obligan a las partes a emplear fórmulas contractuales subóptimas. Nuestro derecho laboral proporciona numerosos ejemplos de ello, siendo quizás el más característico la tendencia a que los recursos laborales se contraten dentro del marco que proporciona el derecho civil en lugar del derecho laboral. Esencialmente, responde a esta lógica el aumento espectacular de todo tipo de subcontratación, tanto directa como mediante intermediarios, especializados o no, como son, respectivamente, las empresas de trabajo temporal y las pequeñas empresas que han ido proliferando en casi todos los sectores con este fin (9).

3. Fallos institucionales: 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 quizá se encuentre, más que en la búsqueda de rentas por los participantes en la contratación, en la que ejercen los intermediarios contractuales, entendidos éstos en sentido amplio. 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. (Proporciona un ejemplo nuestro derecho concursal, aunque no ha de descartarse, a juzgar por el contenido de algunos anteproyectos, que una ley futura pudiera empeorar una situación ya de por sí deficiente).

Por otro lado, origina un conflicto potencial de intereses el que los expertos e intermediarios que elaboran las leyes también proporcionen a menudo los servicios que son necesarios para contratar en el ámbito de esas mismas leyes, incluyendo entre tales servicios 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 facilitan la contratación *ex ante*, que es

complementaria de las normas imperativas y sustitutiva de las dispositivas. Sirven de ejemplo a este argumento las leyes de sociedades, las cuales han experimentado cambios sustanciales, con proliferación de normas imperativas. Esta imperatividad se ha introducido incluso en ámbitos en los que tiene escasa justificación, como el de la Ley de Sociedades Limitadas. Por ir dirigida esta norma a sociedades «cerradas», que no venden valores al público, merecen poco crédito los argumentos que, basados en efectos externos, se emplean en ocasiones para justificar la aplicación de normas obligatorias a las sociedades abiertas. Pese a que, simultáneamente, se han extendido las normas dispositivas, este último desarrollo dista mucho de acercarse al que han alcanzado las normas imperativas. Lo que es más importante, se separa aún más de la evolución que siguen las normas dispositivas en aquellas jurisdicciones caracterizadas por una escasa imperatividad, entre las cuales destacan las leyes de sociedades de los Estados Unidos y, en especial, las del Estado de Delaware.

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 la demanda de servicios jurídicos para rodear la letra y hasta el espíritu de la ley. Proporciona un sencillo ejemplo la prohibición de las acciones de voto plural (vigente en España desde la Ley de Sociedades de 1950). Para evitarla, basta con disponer una pirámide de sociedades, pero ello exige un mayor gasto en servicios jurídicos, no sólo para crear la pirámide, sino también, de for-

ma recurrente, para el tráfico mercantil de las sociedades que la integren. (En este mismo terreno de la legislación de sociedades y, en especial, en el de las normas relativas al mantenimiento del capital podrían extraerse numerosos ejemplos de preceptos tan bizantinos como costosos) (10). Además, el incremento de demanda no se refiere sólo a servicios jurídicos en sentido estricto. Como es bien sabido, también aumenta la demanda de todos aquellos servicios dirigidos a evitar el rigor y modificar la opinión de los servidores públicos encargados de velar por el cumplimiento de la ley. Piénsese, a este respecto, en los medios crecientes que dedican las sociedades con cotización a cumplir, esquivar y moldear las normas de nuestra flamante Comisión Nacional del Mercado de Valores. En cuanto a la relativa carencia de normas dispositivas, genera varios efectos menos visibles, pero quizás igual de importantes. Todos ellos comparten el que las partes han de utilizar en mayor medida otras soluciones para perfeccionar sus contratos. Por ello, la demanda de servicios jurídicos tenderá a aumentar en la medida en que tales soluciones hagan un mayor uso de los contratos explícitos *ex ante* o de la litigación *ex post*.

III. PERFECCIONAMIENTO EX POST Y SALVAGUARDIA INSTITUCIONALES

Como hemos visto, las partes no contratan en el vacío, sino dentro de un sistema jurídico que les proporciona *ex ante* disposiciones estandarizadas. De modo similar, les es posible recurrir a un tercero para dirimir *ex post* sus conflictos. En las sociedades civilizadas, ese tercero suele to-

mar dos formas de naturaleza muy diversa: o bien el juicio descentralizado del mercado, cuya fuerza reside en la pérdida de futuras oportunidades contractuales, o un complejo sistema judicial cuyo poder procede del ámbito político. Tanto el mercado como los jueces desempeñan de forma inseparable funciones de perfeccionamiento y salvaguardia: los participantes en el mercado que reniegan de un vendedor o el juez que dicta una sentencia por un lado definen el contenido del intercambio cuando existe discrepancia al respecto entre las partes, mientras que, por otro, actúan también como salvaguardia última de las obligaciones contractuales así definidas. Según las particularidades de cada caso, varía sin embargo la importancia relativa que tiene en su labor la función de perfeccionamiento respecto a la de salvaguardia. Por ejemplo, si un prestatario litiga contra un deudor recalcitrante, en la labor judicial tendente a la solución del pleito tiene probablemente mayor importancia la salvaguardia que el perfeccionamiento. En cambio, la impugnación de un acuerdo de reparto de los beneficios obtenido por una sociedad anónima o la discusión acerca de la procedencia de un despido laboral o de la cancelación de un contrato de franquicia es más probable que envuelvan mucho más perfeccionamiento, al ser menos obvio en esos casos cuál es el contenido del intercambio realmente pactado por las partes.

1. Los tribunales de justicia

Óptimo institucional

Una gran parte de los conflictos contractuales son susceptibles de litigación en los tribunales de justicia (11). Con este fin,

son dos los principales mecanismos que utiliza el sistema judicial para completar o perfeccionar los contratos *ex post*, llenando los vacíos dejados por las partes:

a) Por un lado, para suplir la falta de acuerdo explícito entre las partes respecto a materias generales, emplea lo estipulado de forma genérica por las leyes, la jurisprudencia y la tradición comercial, mediante el proceso de «integración contractual», puesto de manifiesto por el precepto legal según el cual «los contratos ... obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso, y a la ley» (artículo 1.258 del Código civil) (12).

b) Por otro lado, para llenar los vacíos relativos a materias específicas del contrato, se emplea una pauta de decisión judicial consistente en indagar cuál hubiera sido la «voluntad hipotética de las partes» en el caso de que lo hubieran estipulado de forma explícita. Como es probable que las partes hubieran convenido un arreglo tal que generase incentivos eficientes, basta descubrir la solución eficiente para averiguar también dicha voluntad hipotética de las partes. En este terreno, el análisis económico puede resultar de ayuda, tanto para elaborar sentencias como para interpretar la jurisprudencia (13).

El que ni la mayoría de los contratos ni siquiera la mayoría de los conflictos lleguen nunca a los tribunales de justicia no resta importancia al sistema jurídico y judicial. Es cierto que, en su mayor parte, los contratos no están sujetos a decisiones judiciales de forma explícita, pero sí toman el sistema jurídico y judicial como marco implícito. Por un lado, las leyes sirven como contrato es-

tándar, y su desarrollo se efectúa mediante la jurisprudencia de los tribunales. Por otro lado, la posibilidad de intervención judicial evita el incumplimiento: si las partes anticipan cuál va a ser la decisión judicial, tenderán a pactar o a evitar el conflicto. Ciertamente, las leyes pueden facilitar la contratación, al definir cláusulas genéricas que no es preciso incluir en los contratos y proporcionar un marco de solución de los conflictos. No obstante, debido a los fallos del sistema político, las leyes pueden responder a otros fines, sobre todo redistributivos, con el resultado de que acaban por perjudicar su función contractual. Del mismo modo, los procesos judiciales pueden llegar a convertirse en subterfugios para proteger a las partes que incumplen los contratos.

Obviamente, el sistema judicial también efectúa una labor de salvaguardia, tanto de forma explícita, al ejecutar sus decisiones o sentencias, como de forma implícita, al animar al cumplimiento voluntario en previsión de una decisión judicial aún más costosa. (Este papel implícito de la salvaguardia judicial está distorsionado y puede incluso funcionar negativamente cuando el proceso judicial está mal estructurado y, por ejemplo, permite la dilación de las sentencias sin coste para el que la provoca, como sucede a menudo en España). Interesa, tan sólo, apuntar dos precisiones. Se refieren, por un lado, a que la distinción entre perfeccionamiento y salvaguardia judicial es más teórica que real, pues, en la práctica, se perfecciona en la medida en que exista una ejecución efectiva de las decisiones judiciales. Por otro lado, la ejecución de las decisiones judiciales no depende sólo del aparato judicial en sentido estricto, sino también de la administración policial.

Fallos institucionales por defecto: El atasco judicial

En la actualidad, el fallo más grave del sistema judicial español (generalizable a buena parte de Europa continental) es seguramente su situación de atasco. Este atasco ha sido coetáneo de un incremento considerable en sus dotaciones de recursos, tanto humanos como materiales, por lo cual la causa del atasco parece residir en un descenso notable de su productividad, que se ha visto, además, agravado por una menor calidad de las sentencias. La contratación empresarial ha sido más afectada que otros ámbitos del derecho porque todos estos males se han acumulado en la jurisdicción civil, al existir en el sistema un sesgo que lleva a que se procesen antes y en mayor proporción los asuntos penales que los civiles.

Mueven a valorar de modo tan negativo el sistema judicial español, entre otros, los siguientes elementos de juicio (14): 1) En España, tenemos menos jueces, pero un nivel de gasto judicial similar al de otros países. 2) España es uno de los países del mundo con mayor litigiosidad, que ha aumentado en los últimos años a una tasa del 5 por 100 anual. 3) España tiene un número muy elevado y creciente de abogados por habitante (122 por 100.000 en 1988; mientras que hay 320 en los Estados Unidos, unos 60 en la Unión Europea, y 9 en Japón). 4) Existe un exceso de demanda respecto a la oferta; si bien este desajuste, que en materia civil se centra en los órganos de apelación, parece haber remitido en los últimos años, excepto en el Tribunal Supremo. La asignación de los recursos entre casos se efectúa en general por el tiempo de espera. 5) Se detecta una caída de la calidad: los recursos o apelaciones han aumentado sustancialmente en la

jurisdicción civil. 6) La productividad es decreciente: el número de sentencias por juez ha caído un 6 por 100 *cada año*, mientras que, simultáneamente, el coste por sentencia en pesetas de poder adquisitivo constante aumentó cerca del 9 por 100 cada año. 7) Se produce una cierta postergación de la jurisdicción civil a la penal, tanto en términos de menores servicios prestados como de mayor dilación. Además, las dificultades para la ejecución de las sentencias afectan más gravemente a los asuntos civiles que a los penales.

Aunque excede las pretensiones de este trabajo, la importancia del asunto exige esbozar al menos un comentario sobre las políticas de reforma emprendidas en este campo. Como se acaba de comentar, las mayores dotaciones de recursos no parecen haber surtido el efecto esperado. En la medida en que durante unos años se privilegió la cantidad sobre la calidad, convocando muchas nuevas plazas mal retribuidas, la consecuencia a largo plazo puede ser incluso negativa, en especial en cuanto a la calidad del capital humano y, por consiguiente, de las sentencias. No obstante, esta deficiencia se ha corregido recientemente con una subida cuantiosa de las retribuciones. Por otra parte, la gestión de la actividad judicial se sigue basando en un sistema funcional (oposiciones de entrada, ascensos, etc.) cuyos defectos son de sobra conocidos, lo cual no deja de ser una ventaja. Sin embargo, a este sistema se le injertó hace años un elemento extraño, al ampliar el acceso directo a la carrera judicial, sin oposición, de juristas de reconocido prestigio (aunque sin prestar quizá toda la atención debida a los criterios y métodos de «reconocimiento»), lo que distorsiona dicha carrera y hace muy difi-

cil que pueda articularse con coherencia. Un sistema de elección o nombramiento político de jueces *puede* ser eficiente, pero su mezcla con un sistema funcional presenta tales dificultades que la hacen poco aconsejable, máxime si no se sabe cómo gestionar ninguno de ambos sistemas por separado.

En cuanto a la gestión del sistema convencional, denota cierta confusión el intento recurrente de introducir una retribución variable con el rendimiento a corto plazo. Al hacerlo, se presta poca atención a que cuando la calidad es esencial y difícil de medir los incentivos a corto pueden causar más problemas de los que resuelven. En esos casos, la respuesta a los incentivos suele consistir en aumentos aparentes de la productividad, con mejoras en los indicadores objeto de medida, y descensos en las variables de rendimiento no medidas, como son las de calidad. El éxito de esos sistemas hace por ello necesaria una esmerada atención directiva, con el fin de complementar la medición objetiva del rendimiento con estimaciones subjetivas y actualizar de forma recurrente el sistema de indicadores. Sin embargo, puesto que el sistema se muestra incapaz de sancionar incluso aberraciones graves (15), cabe dudar de su capacidad para gestionar un sistema de incentivos de ese tipo, que requiere en cualquier organización una vigilancia muy atenta de las desviaciones a que el propio sistema iría dando lugar como consecuencia de su énfasis en indicadores cuantitativos de rendimiento. Bastaría, sin embargo, que se examinaran otros sistemas judiciales para salir del error y abstenerse de aplicar recetas tan simples como peligrosas. Por ejemplo, la carrera de los jueces federales de los Estados Unidos se caracteriza por

sueños altos y fijos, que motivan la independencia, el prestigio y la competencia por entrar en la carrera, pero no el logro de indicadores de productividad, inevitablemente miopes (Posner, 1995). Por no contar con incentivos, estos jueces americanos ni siquiera aspiran a un ascenso al Tribunal Supremo, lo cual evita que actúen de cara a la galería (Tullock, 1965, pág. 60). Otra pauta de cierto interés es la remuneración variable de los secretarios de juzgado, pues posiblemente incentiva de forma indirecta la cantidad, pero sin correr el riesgo que, en términos de mala calidad, conlleva el primar directamente al juez, y compensando así el sesgo de que baje su productividad al retribuirle con sueldo fijo. Conviene señalar como curiosidad que este sistema es similar al vigente en España hasta 1947. Hasta entonces, los secretarios eran retribuidos mediante arancel, de manera similar a como lo son en la actualidad notarios y registradores, y a como se intenta retribuir desde 1992 a los médicos de la sanidad pública (con sistemas que emplean otros nombres, por moda e idiosincrasia sectorial). En los juzgados, el cambio parece haber tenido consecuencias negativas en términos de productividad. En opinión de algunos conocedores del sector, hasta hace pocos años eran visibles diferencias notables de productividad entre juzgados que tan solo se diferenciaban en el sistema retributivo de sus secretarios, pues eran más productivos los que, estando en activo en 1947, optaron por seguir total o parcialmente en el régimen de arancel.

Fallos institucionales por sentencias ineficientes

En principio, la posibilidad de recurrir a un juez debería facilitar

la contratación: al solucionar los conflictos, el juez vendría a llenar *ex post* los vacíos que las partes no hubieran especificado, de modo que si se garantiza la independencia del juez y éste ostenta poder coercitivo (o, por ganar economías de alcance, se asigna la función de juez a alguien con dicho poder), es menos necesaria la costosa especificación *ex ante* de las condiciones del intercambio o la salvaguardia de sus obligaciones por las propias partes. Sin embargo, también la eficiencia de las decisiones judiciales puede verse dañada por los intereses de los participantes, incluyendo los de los propios jueces. Cuando así ocurre, la solución judicial puede ser ineficiente y es concebible, como hipótesis, que las partes contrataran más fácilmente sin sistema judicial. Sin embargo, esta presencia suele ser inevitable porque a menudo las partes no están en situación de elegir el foro en el que desean dirimir sus litigios, ni tampoco los ordenamientos suelen respetar las estipulaciones de las partes privándose *ex ante* de la posibilidad de litigar *ex post* (16).

Interesa en este punto apuntar tres tipos concretos de fallos del sistema judicial, asociados a: a) la deficiente identificación del oportunismo judicial de las partes; b) la defectuosa consideración de criterios de justicia, y c) la presencia de un posible sesgo contra la actuación parajudicial de las partes.

a) 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 par-

particular, proporciona una nueva posibilidad de incumplimiento si las partes pueden manipular al juez, de modo que éste decida a su favor tras haber apreciado indebidamente los méritos del caso. La existencia del juez incentiva así a las partes a dedicar recursos tanto para conseguir como para evitar dicha manipulación (17). En muchos casos, los propios contratos se estructuran para evitar esta modalidad de oportunismo que las partes ejercen en el terreno judicial. Los sistemas judiciales también suelen disponer mecanismos que intentan proteger al juez contra la manipulación y asegurar su independencia. Si lo logran o no, es una cuestión relativa y de carácter, en todo caso, empírico, pero no parece a primera vista que lo consigan ni tan siquiera respecto a sesgos decisorios más o menos sistemáticos. Baste mencionar un ejemplo común, consistente en considerar los méritos del litigio y, en particular, el equilibrio de las compensaciones entre las partes, atendiendo sólo a la situación *ex post*, pero sin tener en cuenta que a menudo ésta es sólo el resultado de un suceso aleatorio que podía haber tenido otros desenlaces, en los cuales el saldo neto de las compensaciones hubiera sido diferente.

b) Se considera a menudo que la realización de los ideales de justicia mediante decisiones judiciales puede entrar en conflicto con la seguridad jurídica y la eficiencia económica. En realidad, las consecuencias son peores. A menudo, no sólo se perjudican estos criterios, altamente relacionados, de seguridad y eficiencia, sino que la propia justicia se ve perjudicada. Sucede así cuando, en aras de soluciones *particulares* que el juez considera justas, su sentencia perjudica el logro de esos mismos objetivos de justicia a escala ge-

neral. El caso más frecuente es quizá del tipo en que la solución que se cree justa de un caso particular favorece a la parte débil de un contrato y, 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 presenta un acreedor acaudalado contra un deudor con mala fortuna. Si, ante un caso de este tipo, la sentencia tiene en cuenta o atiende a la relativa pobreza o miseria del deudor, quizás esté resolviendo un problema particular (en el fondo, el de proporcionar a este último un seguro que quizá pudo o no pudo, 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. (La importancia del asunto no afecta sólo a las sentencias que crean jurisprudencia en sentido estricto, pues basta que las partes puedan esperar sentencias similares para que esa sentencia se convierta en una referencia importante, en una especie de «jurisprudencia implícita»). Como consecuencia, la sentencia perjudica también a los deudores potenciales del mismo género que el beneficiario de la sentencia, que se verán privados de acceso al crédito o habrán de pagar intereses más elevados. En este sentido, la conducta del juez es inconsistente, pues está comportándose injustamente, aunque de forma genérica, con respecto al tipo de parte que, de forma individualizada, intenta tratar con justicia. Adicionalmente, este tipo de sentencia incentiva el oportunismo judicial de las partes, que intentarán ponerse en una situación en la que sea de justicia favorecerlas. Por esta

vía, lo que a veces se califica como justicia puede incluso llegar a encubrir una expropiación contractual.

c) Por último, los sistemas judiciales centralizados exhiben tal vez 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*. El problema suele plantearse en contextos de asimetría entre los protagonistas, en los que una de las partes es una empresa que, por su tamaño u otros motivos, pone en juego un considerable capital reputacional, y la otra parte es una pequeña empresa o un empleado. Dicha asimetría favorece la actuación como «juez» de la gran empresa, pues ésta suele ofrecer mejores salvaguardias privadas, gracias a su reputación y a disponer de la competencia e información necesarias para juzgar con eficacia, incluyendo la disponibilidad de información difícilmente verificable por un tercero, como es el juez. Encontramos así, por ejemplo, que el fabricante de coches ostenta respecto a sus concesionarios numerosos derechos para perfeccionar el contrato, como son los de definir a qué están obligados, evaluar su rendimiento y, en su caso, sancionarles, si considera que han incumplido sus obligaciones (Arruñada, Garicano y Vázquez, 1998). Esta actuación parajudicial, que es común en todas las empresas de franquicia respecto a sus redes de franquiciados, es esencial para controlar la proclividad de estos últimos a explotar a los demás miembros, 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 (al menos, eso

alegan como justificación, aunque también cabría pensar que su objetivo real sea el de monopolizar las actividades de perfeccionamiento *ex post* y salvaguardia externa de la contratación) y, por tanto, éstos tienden a corregirla, limitando así de manera ineficiente las potestades parajudiciales que el propio contrato privado asigna a una de las partes (18). (Obviamente, se supone aquí que la situación *ex ante* es de competencia, supuesto que parece realista, en la medida en que en los procedimientos judiciales rara vez se hace mención a situaciones no competitivas).

En la medida en que las leyes y los jueces restringen a las partes la posibilidad de establecer mecanismos de decisión *ex post* eficientes, los contratantes han de poner en práctica estrategias dirigidas a proteger los mecanismos de auto-ejecución contra la posibilidad de intervención judicial. Buena parte de la contratación *ex ante* tiene esta finalidad. Es éste probablemente el caso de la inclusión en los contratos de condiciones muy duras o gravosas —por ejemplo, el que las reparaciones corran por cuenta del arrendatario, empleando el famoso caso *United Shoes* (Masten y Snyder, 1993). Pese a que normalmente dichas cláusulas no se aplican (el arrendador sí efectuaba las reparaciones), su inclusión consigue que la asignación a una de las partes (el arrendador) del derecho a evaluar y sancionar el grado de cumplimiento de sus obligaciones por la otra parte (lo que alegadamente incluía, entre otras variables, el buen uso y cuidado de la máquina) quede relativamente a salvo de una intervención judicial que esta segunda parte pudiera estar interesada en solicitar *ex post*.

Los fallos anteriores se refieren a lo que se entiende con-

vencionalmente como sistema judicial. Si empleamos, por otro lado, un concepto más amplio de lo judicial, que incluya la actividad del mercado dirigida a castigar lo que en él se percibe como incumplimientos contractuales, resulta que, generalmente, las partes tampoco pueden sustraerse al enjuiciamiento de su actividad por terceros. Por este motivo, es también importante tener en cuenta los sesgos que pueda mostrar el mercado al enjuiciar la actuación de los que en él participan, sobre todo cuando los derechos de propiedad sobre la reputación están mal protegidos contra atentados oportunistas.

2. La actividad «judicial» del mercado

Hemos convenido en entender como salvaguardias «judiciales» todas aquellas en las que quien evalúa el grado de cumplimiento y ejecuta la eventual sanción es uno o varios terceros distintos de las partes del contrato. En esta acepción amplia, cabe catalogar como juez no sólo a los tribunales de justicia, sino también la actividad que desempeña implícitamente el mercado como consecuencia de que la contratación es casi siempre observada por otros participantes en el mercado, quienes obtienen así información útil en sus futuros contratos. Cuando deciden sobre éstos, vienen a actuar de hecho como jueces en los conflictos a que hayan dado lugar los contratos previos. Se trata de un sistema descentralizado, en el sentido de que la decisión total, que es equivalente a una sentencia, resulta de la acumulación de una serie de decisiones individuales tomadas de forma independiente y, en general, no simultánea por los participantes en el mercado.

Cuando el cliente insatisfecho divulga su insatisfacción a quien

quiera oírle, quienes le escuchan también actúan como «jueces» en el «litigio» así entablado, pues, tras acumular una cantidad variable de información, acaban formándose una opinión y decidiendo en consecuencia. Sus «sentencias» toman la forma de comentarios a otros individuos y, sobre todo, acaban transformándose en decisiones de compra, tanto propias como ajenas. Por un lado, la condena implica abstenerse de adquirir el producto en cuestión a ese proveedor y, con frecuencia, comentar a su vez el asunto, tras de lo cual se vuelve a iniciar el ciclo con un nuevo comprador potencial. Por otro lado, una sentencia absoluta del productor entraña también, aunque frecuentemente de forma implícita, una condena para el litigante, cuya reputación contractual sufre así un deterioro. En ambos casos, estas pérdidas y ganancias asociadas a transacciones futuras representan cambios en el valor de un activo esencial en la actividad económica: la reputación comercial. La importancia de todos estos procesos de evaluación reputacional aconseja enfatizar como una de las funciones esenciales de esa institución a la que llamamos «mercado» la de actuar como juez, premiando y castigando la conducta de los sujetos que en él intervienen.

La salvaguardia contractual por organizaciones y mercados

En la actividad judicial del mercado son, en última instancia, los clientes potenciales los que deciden las sentencias. No obstante, a menudo, gran parte de la información que utilizan para decidir es producida por organizaciones más o menos especializadas en esa tarea. Se observa así cómo sectores enteros de actividad económica tienen

como función básica la de informar sobre la situación y el grado de cumplimiento pasado, actual o futuro de las obligaciones contractuales. Es éste el caso de las firmas especializadas en la auditoría de estados contables, la clasificación o *rating* de títulos de deuda, la certificación de normas de calidad, etc. Por otro lado, esta información se produce constantemente como subproducto de otras actividades. El ejemplo más notable es quizás el de los bancos, que, aun no siendo especialistas, desempeñan una función de esta índole cuando informan de la solvencia de sus clientes.

El papel del mercado en la solución de los problemas contractuales no se agota con esta actuación cuasi judicial. Más en general, cuando los beneficios de la especialización productiva son suficientemente elevados, el propio mercado genera todo tipo de mecanismos externos de salvaguardia, cuya actividad, en ocasiones gratuita para las partes, protege dicha especialización productiva de forma más o menos directa. Estos mecanismos externos tienden, bien a facilitar los procesos internos de estructuración contractual y supervisión, o bien constituyen por sí mismos instrumentos de supervisión o garantía. Por ejemplo, en la relación entre accionistas y directivos de una sociedad anónima con especialización de propiedad y control, desempeñan ese papel, respectivamente, el mercado bursátil, que proporciona una salida de bajo coste para disidentes y un indicador del rendimiento de los directivos; y la competencia externa por el control societario, manifestada mediante las ofertas públicas de adquisición de valores, conocidas como «opas», y los demás medios para tomar el control desde fuera de la sociedad. En otras re-

laciones contractuales, no sólo aparecen productores de información, como queda dicho, sino también intermediarios que se especializan en resolver problemas específicos que se plantean en contratos ajenos. Es éste el caso de una función esencial de la actividad bancaria, como es el abaratar la relación entre ahorradores e inversores. Y también el de los compradores expertos, que seleccionan productos y garantizan su calidad, desde los grandes almacenes a algunos médicos de familia. O, del mismo modo, el de los especialistas en forzar el cumplimiento contractual, como son las agencias de cobro a morosos. Estos ejemplos muestran que, en unos casos, quien garantiza o supervisa actividades ajenas es un especialista, generalmente una empresa, que cobra por sus servicios. En otros, es el propio mercado, como ocurre en el caso del control societario, cuya actividad protege la relación entre accionistas y administradores en *todas* las sociedades con especialización de propiedad y control, y no sólo en las directamente afectadas.

La actuación del mercado como juez

El que los decisores sean los participantes en el mercado asegura que tengan poderosos incentivos para informarse adecuadamente al tomar sus decisiones de compra. Por ejemplo, el comprador de un automóvil tiene incentivos para informarse y, mediante su decisión de compra, «sentenciar» correctamente la conducta previa de los fabricantes. Existen también notables diferencias en cuanto al tipo de información que pueden manejar distintos tipos de terceras partes encargadas de perfeccionar o salvaguardar los contratos. Es posible que el mercado sea más

competente que el sistema judicial a la hora de verificar información cualitativa. Ha de tenerse en cuenta al respecto que, por un lado, el mercado no está restringido en el uso de un tipo de pruebas, como lo están los tribunales, en especial en los países de derecho codificado, en los que el moderno aparato judicial está pensado para hacer cumplir leyes más que para facilitar contratos. Adicionalmente, al actuar por agregación de decisiones individuales, son menos importantes las variables y posibles sesgos personales.

No obstante, estos aspectos informativos no son los únicos relevantes. En general, la producción y transmisión de información reputacional también está sujeta a conductas oportunistas, dirigidas a suministrar información engañosa. Por ejemplo, al actuar el cliente como juez y parte, puede aprovechar su peculiar posición para perjudicar al proveedor. En otras palabras, también los activos reputacionales pueden estar sujetos a un cierto grado de expropiación mediante lo que cabría denominar «chantaje reputacional»: la amenaza de acusaciones infundadas de haber incumplido. Ciertamente, estas conductas oportunistas encuentran un límite automático en que los sujetos económicos también tienen una reputación como informantes de la reputación ajena, y no les conviene perder su reputación como informadores. Si así ocurriera, no sólo sus amenazas dejarían de ser creíbles, sino que experimentarían mayores dificultades para salvaguardar la calidad que reciben en sus transacciones futuras.

El mayor riesgo en este terreno proviene a menudo del abuso o del mal funcionamiento de mecanismos institucionales que amplifican el daño potencial sin establecer mecanismos compen-

sadores. Puede ser éste el caso de algunas regulaciones de consumo que permiten publicar acusaciones frívolas sin responsabilizarse de las consecuencias; así como de las decisiones judiciales que se demuestran improcedentes sin dar lugar a indemnización. En este terreno, es de interés el que, cuando se trata de grandes empresas, su propio tamaño las puede hacer paradójicamente débiles frente a enemigos pequeños. El motivo es que nunca ganan. Incluso cuando los tribunales, venciendo su inclinación por la parte débil, les dan la razón, el culpable no suele tener suficiente capital para indemnizar y, sin embargo, hasta entonces la inocencia de la gran empresa se habrá, cuando menos, puesto en duda por los medios de comunicación. Sirve como ejemplo uno de los acontecimientos más beneficiosos para los consumidores españoles en los últimos años, que fue la ruptura en 1989 del oligopolio en el mercado de pasivos bancarios. Curiosamente, el banco que lo inició tuvo que sufrir una pérdida reputacional de alguna importancia, porque una asociación de consumidores subvencionada por el Estado para defenderlos era aparentemente incapaz de entender que el contenido informativo real de los mensajes publicitarios trasciende con mucho su literalidad (19).

IV. CONCLUSIONES

1. Los sujetos económicos no contratan en el vacío, sino dentro del entorno institucional altamente desarrollado que configuran los mercados y el sistema jurídico-judicial. Ambos conjuntos de instituciones reducen notablemente los costes contractuales. Por un lado, los mercados proporcionan incentivos para que las partes cumplan sus obligaciones. Por otro lado, las leyes me-

joran la racionalidad de las partes, proporcionándoles contratos estándar y mecanismos de autocontrol. Asimismo, los tribunales de justicia completan y hacen cumplir los contratos y desarrollan en detalle las leyes.

2. La actividad del Estado facilita la creación y el funcionamiento de estas instituciones, pues regula los mercados, promulga las leyes y organiza los tribunales de justicia. Sin embargo, al ser resultado la actividad estatal de la confluencia de intereses individuales, la eficiencia de la actuación pública depende del grado de competencia en el mercado político. Siendo esta competencia imperfecta, es inevitable que se alcancen equilibrios ineficientes, en los que la búsqueda de ventajas individuales predomina sobre el logro del bien común y las instituciones acaban encareciendo la contratación, en lugar de facilitarla.

3. La función de la empresa en el sistema económico es reducir el coste de los intercambios, haciendo posible un mayor grado de especialización productiva. En vez de prestar atención a magnitudes cuantitativas, a veces carentes de efectos económicos, el nivel de desarrollo de la empresa se identifica en este trabajo con el grado de especialización que la contratación empresarial hace posible. Desde este punto de vista, las deficiencias de las instituciones jurídicas y judiciales constituyen aún una limitación importante para el desarrollo de las empresas españolas.

4. Ciertamente, el entorno institucional de las empresas españolas ha sufrido cambios muy notables en las últimas décadas. En el lado positivo, se han liberalizado muchos mercados, centrándose la actuación del Estado en la provisión de bienes públi-

cos, entre los cuales figuran las leyes y tribunales de justicia. La provisión de ambos bienes públicos es mejorable. En el terreno legal, se ha señalado un doble fallo, consistente en un exceso de normas imperativas, de sobra conocido, y un probable déficit en normas dispositivas. Los defectos principales en el ámbito judicial, por otra parte, tienen que ver con el atasco de los juzgados en materia civil y un cierto sesgo de las sentencias contra la actuación parajudicial de las partes y de los mercados.

NOTAS

(*) Este trabajo se ha beneficiado del apoyo de la DGESIC a través del proyecto PB95-0989.

(1) Véase, al respecto, HIRSHLEIFER (1994).

(2) Esta concepción de la empresa ha sido desarrollada fundamentalmente por ALCHIAN y DEMSETZ (1972), JENSEN y MECKLING (1976) y FAMA (1980).

(3) El esquema descriptivo que se propone intenta atender a la variedad de soluciones y «tipos de derecho» que se suelen emplear, incluso de forma simultánea, en la mayor parte de los intercambios económicos, y también a la variedad de funciones que desempeña la formulación explícita de cláusulas contractuales, en una línea similar a MASTEN (1998). Se separa por ello de otras concepciones que pretenden establecer una correspondencia entre modos de organización (por ejemplo, mercados, híbridos y jerarquías) y modos de contratación (derecho contractual clásico; derecho neoclásico con pautas de excepción; e inaplicación, abstención o *forbearance* del derecho), en especial WILLIAMSON (1991); así como de las formulaciones que enfatizan el papel del tipo de derecho aplicable (laboral, mercantil) en la definición del tipo de contrato y, como consecuencia, de organización económica (por ejemplo, MASTEN, 1988).

(4) En el análisis de los contratos, la teoría económica tiende con frecuencia a prescindir del marco institucional como método para reducir los problemas a términos más fáciles de tratar formalmente. Sin poner en duda el considerable valor de los logros alcanzados mediante esta simplificación, el marco institucional ha de introducirse si se aspira a que la aplicación teórica sea plenamente eficaz. Al contratar, no se desea, ni a menudo se puede aunque se desee, abstraer el hecho de que las partes contratan en un marco institucional dado, el cual les proporciona, al menos, un contrato estándar *muy completo* y con frecuencia *imperativo* (mediante soluciones legislativas y de jurisprudencia), escrito mediante la evolución contractual previa de la comunidad (empleando

así una racionalidad de tipo evolutivo, idealmente menos limitada en este terreno que la puramente intelectual), y un mecanismo de solución de conflictos que viene a actuar como salvaguardia externa. Esta consideración del conjunto de restricciones institucionales nos aleja también del planteamiento de KLEIN y LEFFLER (1981), KLEIN (1992, 1996) y KLEIN y MURPHY (1988, 1997), en el cual la actividad contractual de las partes está encaminada a desarrollar mecanismos de auto-ejecución, o *self-enforcement*, en un entorno en el que, según los casos, se supone que no existen instituciones de apoyo contractual o bien que éstas consisten en un juez que tan sólo ejecuta la letra de los acuerdos contractuales, pero sin integrarlos en el derecho y sin atender ni a su eficiencia ni a consideraciones distributivas eventualmente ineficientes.

(5) La versión contemporánea de esta concepción del derecho se desarrolla fundamentalmente por HAYEK (sobre todo, 1960 y 1973-76, así como, para una revisión y síntesis, 1988).

(6) HERMALIN y KATZ (1993) analizan una situación en la que las partes no proponen cláusulas que, aun siendo eficientes, puedan dar lugar a malas interpretaciones.

(7) El asunto tiene la mayor importancia en España, pues parece observarse cierta tendencia a la proliferación de normas dispositivas que establecen pautas diferentes a las consuetudinarias. Es éste el caso, por ejemplo, del Código Olivencia para el buen gobierno de las sociedades mercantiles (CNMV, 1998) y del Proyecto de código de buenas prácticas comerciales (DGCI, 1998).

(8) Existen también otros procedimientos menos extendidos, como es la introducción de procedimientos de intermediación contractual (por ejemplo, la intervención obligatoria de fedatarios públicos en la contratación crediticia).

(9) Se ha analizado este fenómeno con algún detalle en diversos sectores: GONZÁLEZ *et al.* (1997, 1998), en construcción; FERNÁNDEZ *et al.* (1998), transporte por carretera; y MUÑOZ (1998), empresas de trabajo temporal.

(10) Véase, a este respecto, para el caso estadounidense, MANNIG (1990).

(11) De modo similar, las partes pueden optar por someter dichos conflictos a un mecanismo de arbitraje, protagonizado generalmente por expertos más o menos imparciales. En ambos casos, jueces y árbitros, se trata de decisores centralizados, si bien el arbitraje constituye una fórmula híbrida: su aparición y supervivencia se rigen por criterios de mercado, pero funciona de acuerdo con pautas de decisión centralizadas. En el terreno del perfeccionamiento contractual, se sitúa también a medio camino entre las soluciones de mercado y centralizadas la producción privada de formularios contractuales.

(12) En la interpretación de la integración contractual y el papel de la buena fe, ha sido importante la obra del jurista germano LARENTZ (1958, tomo I, págs. 112-121). Conviene señalar que el papel de la buena fe como cláusula general o de cierre es muy diferente en los distintos sistemas jurídicos: pequeño en los países anglosajones —aun-

que en algunos de ellos, como el escocés, tuvo mayor importancia en el pasado, hoy se encuentra en declive—, y muy importante en los continentales. No es casualidad que este menor papel de la integración contractual se corresponda con el dato empírico de que la longitud de los contratos suele ser mucho más corta en el continente que en los países anglosajones.

(13) La hipótesis de eficiencia de las normas de origen judicial fue avanzada en la primera edición de *Economic Analysis of Law* (POSNER, 1973). POSNER (1992, páginas 252-268 y 519-594) y COOTER y ULEN (1988, páginas 492-499) contienen sendas introducciones discrepantes sobre la eficiencia del *Common Law* anglosajón, y presentan las principales referencias bibliográficas sobre el tema. Sobre la eficiencia de los sistemas continentales de *Civil Law* o derecho codificado, véase el n.º 3 del vol. 11 de la *International Review of Law and Economics*.

(14) Los juicios que siguen se basan en los resultados del estudio realizado por PASTOR (1993) sobre datos de las *Memorias del Consejo General del Poder Judicial*.

(15) Por ejemplo, un caso que el Consejo General del Poder Judicial calificó de «retardos escandalosos» e «incapacidad total y absoluta» para impartir justicia fue sancionado finalmente con un año de suspensión de funciones (LÁZARO, 1999).

(16) Constituye una excepción la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, por la cual las decisiones arbitrales no son apelables judicialmente, a diferencia de la norma que había regulado con anterioridad el arbitraje en nuestro país.

(17) No estamos sugiriendo que este problema sea exclusivo de la intervención de terceros. Al contrario: también lo padecen las soluciones particulares, e incluso las de tipo moral cuando una parte procura generar mala conciencia a la otra.

(18) Conviene señalar en este punto que también la promulgación de normas imperativas con efectos retroactivos acostumbra a estar ligada a contratos asimétricos, cuya asimetría suele emplearse como argumento para justificar el que se considere como injusta la contratación previa y, en general, la contratación libre.

(19) Se ha analizado este caso en ARRUÑADA (1998, pág. 255).

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHIAN, A. A., y DEMSETZ, H. (1972), «Production, information costs, and economic organization», *American Economic Review*, 62 (5), págs. 777-795.
- ARRUÑADA, B. (1998), *Teoría contractual de la empresa*, Madrid, Marcial Pons.
- ARRUÑADA, B.; GARICANO, L., y VÁZQUEZ, L. (1998), «Asymmetric completion, non-linear incentives and last-resort termination in automobile franchise contracts», *Universitat Pompeu Fabra, Economics Working Paper 267*, octubre.
- CNMV, COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (1998), *El gobierno de las socie-*

dades cotizadas, Madrid, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los consejos de administración de las sociedades, 26 de febrero.

COOTER, R. D., y ULEN, T. (1988), *Law and Economics*, Nueva York, Harper Collins.

DGCI, DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO INTERIOR (1998), «Proyecto de Código de Buenas Prácticas Comerciales», Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, Secretaría de Estado de Comercio, Turismo y de la Pequeña y Mediana Empresa, 13 de febrero.

FAMA, E. F. (1980), «Agency problems and the theory of the firm», *Journal of Political Economy*, 88 (2), págs. 288-307.

FERNÁNDEZ, A.; ARRUÑADA, B., y GONZÁLEZ, M. (1998), «Contractual and regulatory explanations of quasi-integration in the trucking industry», *Universitat Pompeu Fabra, Economics Working Paper 292*, junio.

GONZÁLEZ, M.; ARRUÑADA, B., y FERNÁNDEZ, A. (1997), «La decisión de subcontratar: El caso de las empresas constructoras», *Investigaciones Económicas*, 21, páginas 503-524.

— (1998), «Regulation as a cause of firm fragmentation: The case of the spanish construction industry», *International Review of Law and Economics*, 18 (4), páginas 145-191.

HAYEK, F. A. (1960), *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, Londres.

— (1973-1976), *Law, Legislation, and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Routledge & Kegan Paul, Londres. Traducción al castellano: *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1978-1982.

— (1988), *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, Londres, Routledge.

HERMALIN B. E., y KATZ, M. L. (1993), «Judicial modification of contracts between sophisticated parties: A more complete view of incomplete contracts and their breach», *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 9 (2), págs. 230-255.

HIRSHLEIFER, J. (1994), «The dark side of the force», *Economic Inquiry*, 32 (enero), páginas 1-10.

JENSEN, M. C., y MECKLING, W. H. (1976), «Theory of firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure», *Journal of Financial Economics*, 3 (4), páginas 305-360.

KLEIN, B. (1992), «Contracts and incentives: The role of contract terms in assuring performance», en L. WERIN y H. WIJKAN-DERE (eds.), *Contract Economics*, Cambridge, MA, Blackwell, págs. 149-72.

— (1996), «Why hold-ups occur: The self-enforcing range of contractual relationships», *Economic Inquiry*, 34 (3), páginas 444-463.

KLEIN, B., y LEFFLER, K. (1981), «The role of market forces in assuring contractual performance», *Journal of Political Economy*, 89 (agosto), págs. 615-641.

KLEIN, B., y MURPHY, K. M. (1988), «Vertical restraints as contract enforcement mechanisms», *Journal of Law and Economics*, 31 (octubre), págs. 265-297.

— (1997), «Vertical integration as a self-enforcing contractual arrangement», *American Economic Review*, 87 (2), páginas 415-420.

LARENTZ, K. (1958), *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

LÁZARO, J. M. (1999), «El Supremo ordena que se reincorpore el único juez expedientado por "retrasos escandalosos"», *El País*, n.º 992, 20 de enero.

MANNIG, B. (1990), *Legal Capital* (3.ª ed.), Westbury, NY, The Foundation Press.

MASTEN, S. E. (1988), «A legal basis for the firm», *Journal of Law, Economics and Organization*, 4 (primavera). Reproducido en O. E. WILLIAMSON y S. G. WINTER, (eds.), *The Nature of the Firm: Origins, Evolution, and Development*, Oxford University Press, Oxford, 1991, páginas 196-212.

— (1998), «Contractual choice», en B. BOUKAERT y G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Cheltenham and Northampton, Edward Elgar.

MASTEN, S. E., y SNYDER, E. A. (1993), «United States v. United Shoe Machinery Corporation: On the merits», *Journal of Law and Economics*, 36, págs. 33-70.

MUÑOZ, F. (1998), «The effect of labor market intermediation on optimal human capital accumulation», *mimeo*, Universitat Pompeu Fabra.

PASTOR PRIETO, S. (1993), *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Cívitas.

POSNER, R. A. (1992), *Economic Analysis of Law* (4.ª ed.; 1.ª ed., 1973), Boston, Little, Brown and Company.

— (1995), «What do judges maximize», en *Overcoming Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, págs. 109-144.

TULLOCK, G. (1965), *The Politics of Bureaucracy*, Washington, D.C., Public Affairs Press.

WILLIAMSON, O. E. (1991), «Comparative economic organization. The analysis of discrete structural alternatives», *Administrative Science Quarterly*, 36, páginas 269-296. Reproducido en O. E. WILLIAMSON (1996), *Mechanisms of Governance*, Oxford, Oxford University Press, páginas 93-119.

Resumen

Se describen las interacciones entre diversas soluciones contractuales, considerando que las partes contratan dentro de un entorno institucional dotado de mercados, leyes y jueces: en esencia, los mercados motivan el cumplimiento de las obligaciones, las leyes mejoran la racionalidad de las partes y los jueces completan y hacen cumplir los contratos. La intervención pública es decisiva para lograr que estas instituciones sean más o menos efectivas en estos papeles facilitadores de la contratación privada. Varias tendencias perversas están presentes, sin embargo. En el terreno jurídico, se ha identificado la presencia de fuerzas que producen, al mismo tiempo, un exceso de normas obligatorias y un déficit de normas dispositivas. La actividad de los tribunales está asimismo sesgada contra los papeles cuasi judiciales que suelen representar las propias partes y el mercado.

Palabras clave: Nueva economía institucional, desarrollo, contratos en la empresa, España, regulación, estructura organizativa.

Abstract

The interactions between different contractual solutions are described, considering that parties contract within an institutional environment with markets, laws and courts: Markets motivate contractual performance, laws improve individual parties rationality and courts complete and enforce contracts. Public intervention is decisive in making these institutions more or less effective in their facilitating roles. Several perverse tendencies are present, however. In the legal field, forces are identified who produce excess of mandatory rules and, at the same time, a deficit in default or enabling rules. Courts' activity is also unduly biased against the quasi-judicial role of the parties and the market.

Key words: New institutional economics, development, firm contracts, Spain, regulation, organizational structure.

JEL classification: M20, K20.