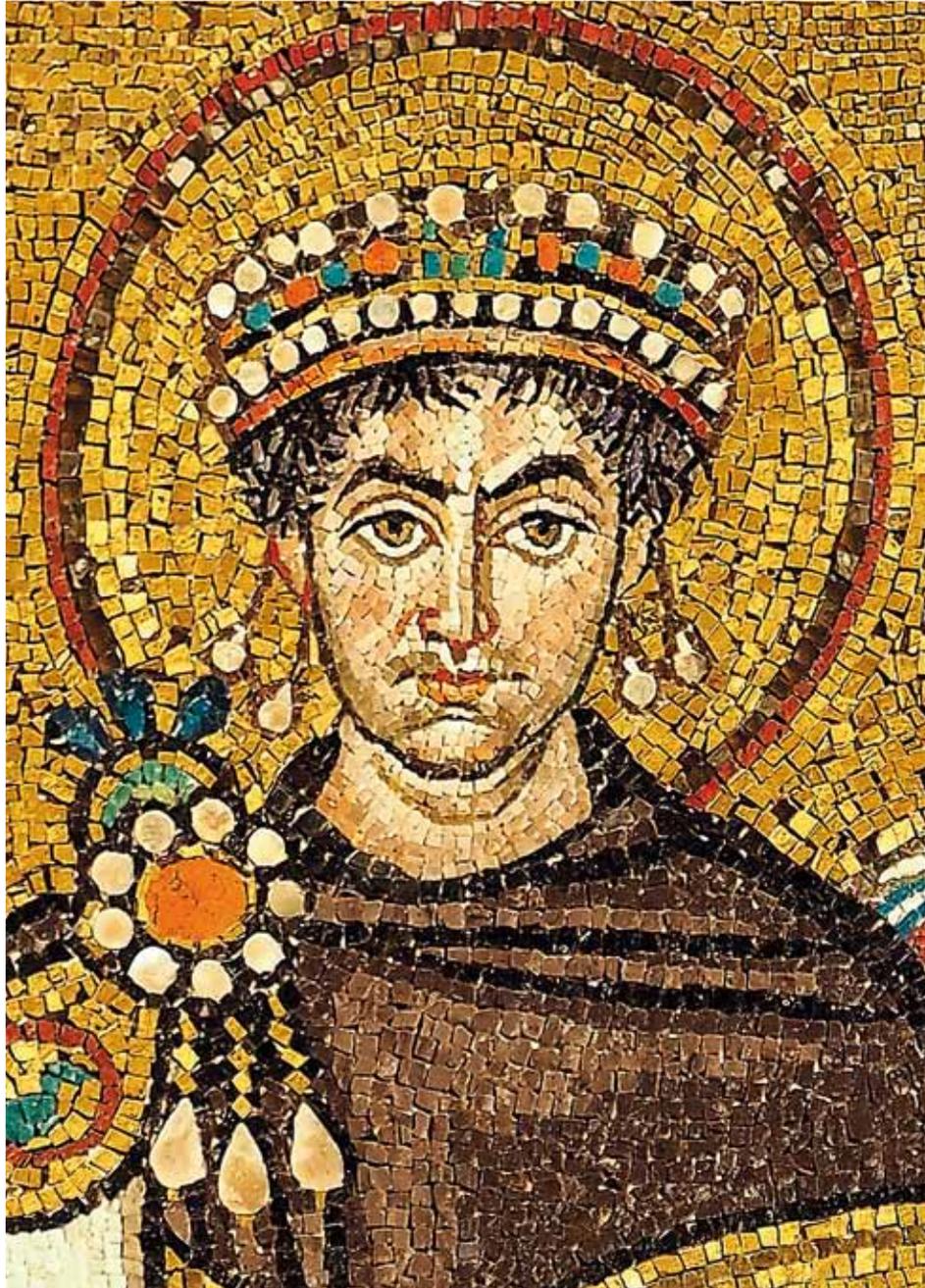


PAPELES

DE ECONOMÍA ESPAÑOLA



ECONOMÍA Y DERECHO

≡ funcas

PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA es una revista que edita trimestralmente Funcas. La revista pretende ofrecer una información rigurosa y responsable de los problemas económicos españoles. Cinco son los criterios a los que PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA desea ajustar su contenido.

- La plena libertad intelectual de quienes colaboran en sus páginas.
- La responsabilidad de las opiniones emitidas y el respaldo riguroso de las afirmaciones realizadas mediante datos y pruebas que avalen los planteamientos efectuados y las soluciones propuestas.
- El compromiso de las opiniones con los problemas planteados. La economía española se encuentra ante uno de los mayores retos de su historia, y dar opiniones comprometidas en estos momentos es obligación ineludible de los profesionales más cualificados.
- La búsqueda y la defensa de los intereses generales en los problemas planteados.
- La colaboración crítica de los lectores, para que nuestros Papeles se abran al diálogo y la polémica, si fuera preciso, para buscar soluciones a problemas de la economía española.

PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA se ofrece como un medio de expresión a cuantos se interesen por nuestros temas económicos, cumpliendo con el único requisito de la previa aceptación de las colaboraciones remitidas por el Consejo de Redacción que, sin embargo, respetuoso con la libertad intelectual no modificará las ideas, opiniones y juicios expresados por los autores ni tampoco se solidarizará con ellas.

PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA está abierta a la colaboración de todos los investigadores que deseen aportar sus trabajos sobre temas referentes a la economía española. Los envíos de originales deberán hacerse al Departamento de Edición y Documentación de Funcas, Caballero de Gracia, 28. 28013 Madrid.

PAPELES
DE ECONOMÍA ESPAÑOLA

151

2017

ISSN: 0210-9107



PATRONATO

ISIDRO FAINÉ CASAS <i>(Presidente)</i>	MIGUEL ÁNGEL ESCOTET ÁLVAREZ AMADO FRANCO LAHOZ
JOSÉ MARÍA MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN <i>(Vicepresidente)</i>	MANUEL MENÉNDEZ MENÉNDEZ PEDRO ANTONIO MERINO GARCÍA
FERNANDO CONLLEDO LANTERO <i>(Secretario)</i>	ANTONIO PULIDO GUTIÉRREZ VICTORIO VALLE SÁNCHEZ GREGORIO VILLALABEITIA GALARRAGA

PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA

DIRECTORES

Eduardo Bandrés Moliné
José Félix Sanz Sanz

CONSEJO DE REDACCIÓN

CARLOS OCAÑA PÉREZ DE TUDELA <i>(Director)</i>	ELISA CHULIÁ RODRIGO JUAN JOSÉ GANUZA
SANTIAGO CARBÓ VALVERDE	RAYMOND TORRES

COORDINADORA DE EDICIÓN Y DOCUMENTACIÓN

Myriam González Martínez

PORTADA

Mosaico de Justiniano I - Basílica San Vital (Rávena)
Fotografía de Petar Milošević

EDITA

Funcas
Caballero de Gracia, 28. 28013 Madrid

IMPRIME

Advantia Comunicación Gráfica, S.A.

Depósito legal:	M. 402-1980
ISSN:	0210-9107
Precio del número 151:	15 €
Periodicidad:	Trimestral
Materia:	Derecho y Economía
Base de datos:	www.funcas.es



© FUNCAS. Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, así como la edición de su contenido por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, especialmente imprenta, fotocopia, microfilm, *offset* o mimeógrafo, sin la previa autorización escrita del editor.

«Economía y Derecho»

coordinado por Juan José Ganuza y Fernando Gómez

SUMARIO

INTRODUCCIÓN EDITORIAL

V

COLABORACIONES

Comparación entre impuestos correctores y responsabilidad como solución al problema de las externalidades negativas:	2	<i>Steven Shavell</i>
Cuantía y probabilidad sancionadora óptimas dados unos tribunales reacios al castigo:	16	<i>Nuno Garoupa</i>
El Tribunal Supremo y los casos por negligencias médicas en España:	21	<i>Sofía Amaral-García</i>
Los retos del gobierno corporativo de las sociedades controladas:	33	<i>María Gutiérrez y Maribel Sáez</i>
¿Mejor antes o después? Controles públicos previos versus controles públicos posteriores:	47	<i>Gabriel Doménech Pascual</i>
La armonización de reglas y estándares legales: un análisis económico:	63	<i>Juan José Ganuza y Fernando Gómez</i>
Asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles:	78	<i>Marco Celentani</i>
Un análisis económico de la jurisdicción contencioso-administrativa: el efecto del nuevo criterio de costas y las tasas judiciales:	88	<i>Marta Martínez-Matute y Juan S. Mora-Sanguinetti</i>
Demanda y oferta de justicia civil en España:	102	<i>Virginia Rosales</i>
Disolución y apertura de la liquidación, societaria o concursal:	116	<i>Stefan F. van Hemmen</i>
Las reformas de la Ley Concursal durante la Gran Recesión:	140	<i>Miguel García Posada y Raquel Vegas</i>

Taxi Driver 2.0 ¿Por qué UBER ya ha ganado la batalla?:	172	<i>Rocío Albert, Rogelio Biazzi y Francisco Cabrillo</i>
Retos de las viviendas turísticas en Barcelona: entre el mercado y la regulación:	189	Mireia Artigot Golobardes

INTRODUCCIÓN EDITORIAL

Hay una gran evidencia empírica de que las instituciones y, dentro de ellas, los sistemas jurídicos (tanto la legislación como la administración de justicia) afectan de manera más que notable al desarrollo económico de una sociedad (véase Laporta *et al.*, 2008). De hecho, parece hoy más que acreditado que cuando la calidad del Derecho (las normas jurídicas y su aplicación) cae por debajo de cierto nivel, el deterioro económico y social puede llegar a ser muy elevado.

Por ello, para entender el modelo de crecimiento de una economía, es importante analizar a través de qué canales las reglas e instituciones jurídicas inciden sobre las conductas de empresas, organizaciones y consumidores. El estudio teórico y empírico de las consecuencias de diferentes reglas legales y del funcionamiento de sus instituciones abre un campo de enorme relevancia para el trabajo de economistas y juristas preocupados por el diseño de las instituciones y de las políticas económicas. Por ejemplo, entender la trascendencia, en un país con la renta y el desarrollo de España, del sistema judicial sobre distintas variables económicas, resulta fundamental para la eficiencia de las transacciones económicas y de nuestras empresas y, en definitiva, para el desempeño de nuestra economía¹. Basta recordar nuestras recientes vicisitudes judiciales con las cláusulas suelo en las hipotecas para darse cuenta de la magnitud del impacto del sistema legal y la administración de justicia sobre un sector empresarial y de cómo una normativa más adecuada y un sistema judicial más eficiente pueden afectar a los resultados económicos.

Al mismo tiempo, es muy importante tener en cuenta que la economía ofrece herramientas teóricas y empíricas para aumentar y mejorar nuestra comprensión del Derecho. Es indudable que el Derecho, como campo del saber, es notablemente más antiguo que la Economía, y que se ha alimentado, en su estudio de las reglas de los distintos ordenamientos, de muy distintas disciplinas. Desde hace unas décadas, una de las fuentes de alimentación del análisis del Derecho es

**LA CALIDAD DEL
DERECHO (LAS
INSTITUCIONES)
DETERMINA EN GRAN
MEDIA EL DESARROLLO
ECONÓMICO DE LAS
NACIONES**

¹ Véanse, para la incidencia de la justicia sobre el sector financiero, el crecimiento de las empresas o su especialización, Padilla *et al.* (2007), García-Posada y Mora-Sanguinetti (2013).

precisamente la Economía. La utilización de modos de pensar e instrumentos analíticos y métodos cuantitativos originarios de la Economía ha transformado de manera radical el modo de entender y hacer el Derecho, a través de lo que se ha bautizado como «análisis económico del Derecho» (*Law and Economics*), al que crecientemente se le añade el «análisis empírico del Derecho» (*Empirical legal studies*).

En España (al igual que en otros países europeos, Reino Unido incluido) la influencia y la implantación del *Law and Economics* ha sido notoriamente inferior al de otros lugares, señaladamente los Estados Unidos, donde el impacto de la aproximación económica y empírica al Derecho y la justicia ha sido enorme. Sin embargo, contamos ya con aportaciones relevantes en relación con distintos sectores y problemas del sistema jurídico en España (regulación, accidentes y responsabilidad, organización de la justicia, insolvencia y concurso, etc.). En todo caso, es evidente que la intensificación de las aproximaciones a los fenómenos legales, tanto en su diseño como en su implementación, de raíz económica, representa una de las oportunidades de investigación más fructíferas en el ámbito de las ciencias sociales en nuestro país.

Este número de PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA trata de dar razón de ambas dimensiones de la confluencia del Derecho y la Economía, la que pivota en torno a la trascendencia y la proyección del sistema jurídico sobre el funcionamiento de la Economía, y la que se orienta, preferentemente, al despliegue de métodos económicos para comprender (y mejorar, eventualmente) las reglas y las instituciones del Derecho. Para presentar un panorama extenso –aunque necesariamente incompleto, dada la amplitud del espacio que cubre– de la interacción entre sistema jurídico y sistema económico, contamos con las contribuciones de un nutrido grupo de especialistas. Son autores de distintos países y centros de investigación, pero que se ocupan de cuestiones que atañen, inmediateamente en la mayoría de los casos, a la Economía y al Derecho en España. Unos tienen un enfoque teórico, otros optan por una aproximación más aplicada y, finalmente, otros son empíricos. Todos ellos suponen aportaciones relevantes en esta importante tarea de aumentar nuestra comprensión de la interrelación entre normas e instituciones jurídicas y eficiencia económica.

De forma global, los trabajos muestran lo que el trabajo conjunto en la confluencia del Derecho y la Economía ha conseguido ya para acrecentar nuestro conocimiento sobre el funcionamiento de la economía española y de nuestro sistema legal. De forma acaso más destacada aún, este número de PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA trata de hacer patentes las enormes posibilidades de la cooperación entre Derecho y Economía, y la amplitud e importancia que reviste el mejorar nuestro entendimiento acerca de su interacción.

En primer lugar, la revista incluye varios trabajos que muestran cómo la economía –en sus vertientes teórica y empírica– puede iluminar conceptos y reglas esenciales de un sistema jurídico (el español o cualquier otro). A continuación, diversos trabajos se ocupan del sistema español de justicia, su funcionamiento, su eficiencia y su impacto económico. Finalmente, encontramos trabajos que se ocupan de analizar con las herramientas del análisis económico del Derecho, cuestiones actuales en materia de regulación económica en sectores de la llamada «economía colaborativa».

El trabajo de **Steven Shavell**, catedrático de *Law and Economics* de la Harvard Law School y miembro del NBER, y uno de los investigadores pioneros y más importantes del análisis económico del Derecho en el mundo, analiza en términos comparativos la responsabilidad por daños y el uso de gravámenes o impuestos pigouvianos, y concluye que las implicaciones del análisis económico permiten explicar por qué los países y los sistemas legales han preferido el uso de la responsabilidad por daños frente a los impuestos y gravámenes de carácter pigouviano, con la salvedad del caso de la contaminación.

A continuación, el trabajo de **Nuno Garoupa**, catedrático de *Law and Economics* de la Universidad de Texas A&M, que se ocupa, en relación con el ámbito penal y sancionador, del ajuste de la magnitud y la probabilidad de una sanción cuando hay una discrepancia entre el legislador y los tribunales acerca de la cuantía adecuada de las sanciones que deben imponerse, y cómo el hecho de que las decisiones del legislador se vean con frecuencia alteradas por las sentencias judiciales no puede solucionarse simplemente con una escalada al alza en la magnitud de las sanciones que deben imponerse.

Por su parte, **Sofía Amaral-García**, del DIW Berlin, utilizando datos reales de las sentencias del Tribunal Supremo español en casos de reclamaciones por negligencia médica en España, aborda cuestiones muy relevantes para entender el funcionamiento de los mecanismos de prevención y compensación de los daños en el sector sanitario, como el posible sesgo a favor de la Administración Pública cuando existe una clara distinción legal entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y civil, los retos de la cuantificación de los daños patrimoniales y los problemas derivados de las dilaciones en el procedimiento de resolución de pleitos.

María Gutiérrez, de la Universidad Carlos III, y **Maribel Sáez**, de la Universidad Autónoma de Madrid, analizan el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas controladas; es decir, aquellas empresas cuya estructura de propiedad está concentrada y donde los accionistas

**EL ANÁLISIS
ECONÓMICO ES
UNA HERRAMIENTA
PODEROSA PARA EL
ANÁLISIS NORMATIVO
DE LAS NORMAS
JURÍDICAS**

**VARIOS ARTÍCULOS SE
OCUPAN DEL SISTEMA
ESPAÑOL DE JUSTICIA,
SU FUNCIONAMIENTO
Y SU IMPACTO
ECONÓMICO**

de control acuden a los mercados de valores en busca de nuevas aportaciones de capital de inversores externos, pero conservando el control de la gestión, y en especial el funcionamiento de los mecanismos de salida, voz y responsabilidad, tres mecanismos que pretenden limitar el poder de los accionistas de control, comparando su desarrollo en las jurisdicciones europeas, singularmente en España, en relación con el caso de Estados Unidos.

Gabriel Doménech Pascual, de la Universidad de Valencia, examina cómo el sistema legal, al tratar de inducir (prevenir) conductas conformes (contrarias) a Derecho mediante algún tipo de control público, por el que se verifica dicha conformidad y se adoptan medidas reparadoras o de castigo, tiene que decidir el «momento» de la intervención. En concreto, analiza las ventajas y desventajas comparativas de un momento u otro, por qué, en general, el volumen de los controles públicos antes del inicio de la correspondiente actividad tiende a ser excesivo y por qué, recientemente, la intensidad de los controles administrativos posteriores se ha incrementado en mayor medida que la de los previos.

Juan José Ganuza, de la Universidad Pompeu Fabra y Barcelona GSE, y **Fernando Gómez**, de la Universidad Pompeu Fabra, abordan el papel de la armonización de las normas e instituciones legales para reducir los costes del comercio transnacional, estableciendo las bases teóricas de esta clase de procesos con un modelo estilizado de comercio entre dos países, caracterizan cómo el estándar armonizado óptimo depende de los parámetros de preferencias y tecnología y establecen la relación entre el estándar armonizado y los estándares nacionales preexistentes. Analizan, igualmente, los diferentes modos de armonización empleados en la práctica en la Unión Europea para conectar los estándares armonizados con los nacionales: armonización máxima o plena, armonización mínima y coexistencia.

Marco Celentani, de la Universidad Carlos III de Madrid, se ocupa de un elemento presente en la mayor parte de los sistemas de justicia de los países desarrollados, y que, sin embargo, no ha recibido suficiente atención desde la perspectiva económica: la asistencia jurídica gratuita; esto es, el hecho de que el Estado se hace cargo de los costes de acceso a la justicia penal y civil de personas que tienen recursos económicos limitados. En concreto, se ocupa de presentar razones por las que los programas de asistencia jurídica gratuita pueden mejorar la eficiencia económica al reducir costes sociales derivados de asimetrías informativas en la litigación

Por su parte, **Marta Martínez-Matute** y **Juan S. Mora-Sanguinetti**, del Banco de España, tratan empíricamente cómo la litigación en la

jurisdicción contencioso-administrativa en España se ha visto afectada por dos reformas legales importantes: la imposición de costas procesales en 2011 y la ampliación del pago de las tasas judiciales a las personas físicas en 2012. El estudio concluye que el cambio en el criterio de imposición de costas en 2011 redujo tanto el número de procesos per cápita como la tasa de congestión. Sin embargo, el impacto por materias es dispar en ambos casos. La aprobación de las nuevas tasas judiciales, que nacieron ya en un contexto dominado por el nuevo criterio de costas, tuvo, en general, efectos cuantitativamente inferiores.

Virginia Rosales, de la Universidad de Granada, ofrece un análisis descriptivo de las fluctuaciones de la demanda y la oferta de justicia en la jurisdicción civil española, durante los años 2004 a 2014, y acredita cómo, a pesar de que la oferta de justicia ha aumentado en los últimos años, el sistema aún se encuentra congestionado, pues la demanda de justicia ha aumentado de forma espectacular, sobre todo en los años de recesión económica. La rigidez organizacional de los juzgados españoles no permite mucho margen de maniobra ante incrementos inesperados de los asuntos ingresados al sistema judicial, lo que aconsejaría mejorar el diseño en relación con la flexibilidad de respuesta.

Stefan F. van Hemmen, de la Universidad Autónoma de Barcelona, analiza empíricamente con datos españoles los dos canales legales de salida de empresas del mercado: la liquidación privada-societaria –no judicial– y la liquidación concursal –un procedimiento judicial de satisfacción de los acreedores–. Se identifican en la muestra 245 liquidaciones concursales, junto con 124 sociedades que finalizaron en una liquidación societaria-privada. Estas últimas son relativamente más pequeñas, están menos expuestas a actividades de importación y/o exportación, reflejan ratios de apalancamiento superiores a las liquidaciones concursales, disponen de mayores niveles de activos líquidos, y exhiben mayores ratios de rotación; también se observan similitudes, lo que apunta la existencia de una base común en la salida de mercado.

Miguel García-Posada y Raquel Vegas, del Banco de España, analizan empíricamente los efectos de las numerosas reformas de la normativa concursal española durante la Gran Recesión (2008-2013), utilizando microdatos procedentes de los registros mercantiles sobre la evolución de los concursos y los balances de las empresas concursadas obtenidos de la Central de Balances del Banco de España, con estimación de modelos de duración y modelos de probabilidad lineal. Los resultados del análisis empírico muestran que algunas de las reformas han tenido un impacto reseñable en la probabilidad de convenio entre deudor y acreedores y en la duración de los concursos. La reforma

de 2012 incrementó la probabilidad de convenio en, al menos, 5 puntos porcentuales, cifra considerable cuando se tiene en cuenta que solamente un 9 por 100 de las empresas de la muestra alcanzó un convenio con sus acreedores. La reforma de marzo de 2014 disminuyó la duración media de los concursos en, al menos, un 17 por 100.

Rocío Albert, Rogelio Biazzi y Francisco Cabrillo, de la Universidad Complutense de Madrid, se ocupan de una de las muestras más relevantes del desarrollo de la economía colaborativa, el caso de Uber, y en particular de la respuesta regulatoria adecuada a la expansión de esa plataforma. En su análisis concluyen que la regulación debe hacer especialmente hincapié en la cobertura de aquellas externalidades que no son mitigadas por la autorregulación, como la necesidad de exigir cobertura de seguros comerciales para los vehículos particulares usados en Uber o en otras empresas similares, o el pago de impuestos específicos, semejantes a los pagados por otros servicios parecidos, como los taxis. En conclusión, se pone de manifiesto la relación que existe entre el funcionamiento de los mercados, el progreso técnico y la regulación, y de qué modo es preciso reformular ésta ante las nuevas formas de mercado creadas por el cambio tecnológico.

Mireia Artigot Golobardes, de la Universitat Pompeu Fabra, analiza otra manifestación de enorme importancia de la economía digital y colaborativa, la contratación *online* de viviendas turísticas. En Barcelona, este mercado ha crecido de forma exponencial a lo largo de los últimos diez años. Esta rápida evolución ha conllevado importantes retos para los reguladores que no han conseguido afrontar de forma efectiva las dificultades que presentaba el fenómeno. El planteamiento que se sugiere se sustenta sobre todos los instrumentos normativos disponibles y sobre el tener presente la información generada por el mercado y por su dinámica, teniendo en cuenta los incentivos de los distintos agentes del mercado y a la disposición y uso de la información generada por éste.

**LA NUEVA ECONOMÍA
COLABORATIVA
PLANTEA IMPORTANTES
RETOS REGULATORIOS
Y JURÍDICOS**

COLABORACIONES

Resumen

Los economistas han considerado la imposición de un gravamen como un remedio deseable para corregir las externalidades negativas. En cambio, la responsabilidad por daños ha tenido un papel más relevante en el control de las externalidades dañosas. El autor compara los impuestos y la responsabilidad por daños en el plano teórico, y sugiere que las conclusiones permiten explicar el uso preferente observado de la responsabilidad por daños respecto de los impuestos y gravámenes, con la salvedad ya citada del caso de la contaminación. En el artículo, se abordan: la ineficiencia de los incentivos derivados de la imposición de gravámenes cuando es imposible considerar todas las variables que afectan al daño esperado; la eficiencia de los incentivos derivados de la «responsabilidad objetiva»; la eficiencia de los incentivos derivados de la *regla de la negligencia*; las ventajas de la responsabilidad desde el punto de vista de los costes administrativos; y la dilución de los incentivos derivados de la responsabilidad por daños.

Palabras clave: externalidades negativas, responsabilidad, impuestos correctores.

Abstract

Although the corrective tax has long been viewed by economists as a desirable remedy for the problem of harmful externalities. Liability, in contrast, has great importance in controlling harmful externalities. I compare the tax and liability in theory and suggest that the conclusions help explain the observed predominance of liability over taxation, except in the area of pollution. The following factors are emphasized: inefficiency of incentives under taxes when the state cannot practically take into account all variables that significantly affect expected harm; efficiency of incentives under strict liability, which requires only that actual harms be measured; efficiency of incentives under the negligence rule; administrative cost advantages of liability deriving from its being applied only when harm occurs; and dilution of incentives under liability when suit is unlikely or injurers cannot pay fully for harm.

Key words: crime, probability and severity of sanctions, law enforcement.

JEL classification: D62, K13, K40.

COMPARACIÓN ENTRE IMPUESTOS CORRECTORES Y RESPONSABILIDAD COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS (*)

Steven SHAVELL (**)

Harvard Law School y NBER

I. INTRODUCCIÓN

HACE tiempo que los economistas han coincidido en considerar la imposición de gravámenes e impuestos correctores como uno de los remedios –si no el remedio– teóricamente preferidos para resolver el problema de las externalidades negativas. Desde que fuera enunciado por Pigou (1932), la aplicación de un gravamen para corregir el daño esperado causado por una actividad se ha considerado un instrumento deseable de control de la conducta, al ser previsible que induzca a las partes a moderar el daño causado haciéndolo compatible con la eficiencia social (1). Los manuales y monografías de economía, la literatura disponible sobre externalidades y la tradición oral entre los economistas han dado por válido unánimemente este principio general (2).

Pero cuando se observa la realidad, se percibe que el uso de impuestos y gravámenes correctores es más bien restringido. El principal ámbito de aplicación de los tributos correctores es la contaminación ambiental, como la causada por las emisiones de dióxido de carbono y de azufre o los vertidos industriales a los ríos, pero incluso en tales casos su uso es limitado (3). Los impuestos sobre determinadas actividades no contaminantes también pueden tener elementos correctores; así, el impuesto

sobre el alcohol puede servir no solo como medio de recaudación, sino también como una vía para contener los costes sociales del alcoholismo. Pero dejando al margen ejemplos como estos, cuesta encontrar casos donde se utilicen impuestos correctores.

En consecuencia, parece evidente que el ámbito de uso de los impuestos correctores solo cubre una parcela reducida del área total de las actividades, tanto privadas como empresariales, con capacidad de generar daños a terceros, desde conducir un coche hasta encender una barbacoa, pasando por transportar petróleo o manipular una grúa en una obra. La lista de actividades donde la problemática de los daños potenciales a terceros no se aborda con impuestos correctores es prácticamente ilimitada.

La forma típica en la que el Estado interviene para controlar las actividades dañosas es mediante políticas distintas de los impuestos correctores, en particular a través de la introducción de regulación y la exigencia de responsabilidad a los causantes por el daño causado (4). En el presente artículo, se traza una comparativa entre la responsabilidad por daños y los impuestos. El objetivo es entender los méritos relativos de la responsabilidad y de los impuestos en la teoría, y ver si ello permite explicar la preponderancia observada de la responsabilidad sobre los im-

puestos como medio de control de las actividades dañosas (5).

En la sección dos se discuten las ventajas e inconvenientes de los impuestos correctores. La ventaja directa de los impuestos es, según lo ya mencionado, que puede inducir en teoría un control socialmente deseable de las actividades dañosas: si la parte que lleva a cabo una actividad dañosa (en adelante, el «causante») debe pagar un impuesto igual al valor esperado del daño causado, debería tener un incentivo para reducir de forma eficiente el daño esperado.

Ahora bien, a menudo, aplicar el impuesto en la práctica puede resultar problemático. Una de las mayores trabas estriba en la imposibilidad de las autoridades tributarias de estimar el daño esperado, ya que este normalmente depende de un conjunto de variables. Por ejemplo, el daño esperado asociado al uso de una grúa sería difícil de estimar ya que dependerá del tamaño de la grúa, la clase de carga que maneja, el cuidado aplicado por los operadores de la grúa, el número de peatones expuestos al riesgo de accidente, etcétera. Por ello, se supone que en la generalidad de los casos, aplicar un impuesto sería una solución incompleta, en la medida en que, al diseñarlo, su cuantía se expresaría en función de tan solo un subconjunto de las variables determinantes del daño esperado.

El impuesto adolecería de dos problemas relacionados con ese carácter incompleto (6). Primero, la imprecisión de su cuantía (demasiado elevada, por ejemplo, si el número de peatones expuestos al riesgo de caída de objetos desde la grúa es inferior a la media, y demasiado baja si el número de peatones es superior a

la media), y ello produciría ineficiencia. Segundo, los impuestos redundan en la creación de un riesgo excesivo, en cuanto que los aspectos de diligencia y otras variables omitidas del cálculo del gravamen se encuentran bajo el control de las partes sujetas al impuesto (si la falta de cuidado en el uso de la grúa no se incluye en el cálculo del impuesto, no existirá ningún incentivo de índole contributiva para adoptar precauciones). Un tercer factor que cuestiona la idoneidad del impuesto radica en los costes administrativos que comporta su uso, sobre todo si el número de ocasiones en las que el impuesto debería aplicarse es alto.

Estos inconvenientes de los impuestos serían significativos en la mayoría de las actividades dañosas, aunque no en algunas actividades que generan ciertos tipos importantes de contaminación. En el campo de la contaminación, el reto de medir el daño esperado parece revestir con frecuencia una gravedad relativamente menor, los costes administrativos podrían no ser elevados, y, en consecuencia, la utilidad de la solución impositiva podría ser razonablemente buena.

La tercera sección del artículo está dedicada al análisis de la «responsabilidad objetiva» (*strict liability*), una de las dos principales categorías de responsabilidad, así como a su comparación con la aplicación de un impuesto corrector. La teoría de la responsabilidad objetiva dice que el causante debe pagar a la víctima una cantidad equivalente al daño causado. El argumento clásico a favor de la responsabilidad objetiva es que debería conducir a un control socialmente deseable de las actividades dañosas: si el agente generador de una acti-

vidad dañosa viene obligado a responder económicamente del daño que efectivamente cause, debería estar adecuadamente incentivado a reducir el valor esperado de dicho daño. Ahora bien, para que la responsabilidad objetiva influya óptimamente en el agente causante, este debe tener la certeza de que será objeto de una demanda judicial y estará obligado a reparar el daño causado. Si existe la posibilidad de que el causante del daño se libere de una demanda –bien porque el daño no puede serle atribuido, bien porque es demasiado bajo o disperso para que económicamente merezca la pena interponer la demanda– o si posee un patrimonio insuficiente para responder íntegramente del daño, el incentivo inherente a la amenaza de responsabilidad quedará diluido.

La responsabilidad objetiva cuenta a su favor con varias ventajas respecto a los impuestos correctores, mientras que estos últimos aventajan en una cosa a la responsabilidad objetiva. Para juzgar a un causante por responsabilidad objetiva y crear incentivos deseables, el Estado solo necesita medir los daños producidos (las pérdidas causadas por los accidentes de grúa verificados en la práctica), evitándose así los problemas ligados al carácter incompleto de los impuestos; además, no hay ineficiencia por una cuantía imprecisa de los impuestos, y no se genera un problema de asunción de excesivos riesgos por la ausencia de incentivos de índole contributiva a ser cuidadosos.

Otra ventaja de la responsabilidad objetiva concierne a los costes administrativos: a diferencia de los impuestos, la responsabilidad objetiva solo se aplica cuando el daño tiene realmente

lugar, de modo que la responsabilidad podría resultar en ahorros de costes administrativos siempre que la probabilidad de causar daño sea baja, lo que suele ser el caso. Por su parte, los impuestos tienen una ventaja sobre la responsabilidad, y es que los factores que reducen la aplicabilidad efectiva de la responsabilidad (la posibilidad de que no se interponga una demanda y la solvencia insuficiente para responder del daño producido) no suelen ser menoscabo de la efectividad del impuesto.

En esta comparativa entre responsabilidad objetiva e impuestos, la balanza parece decantarse del lado de la responsabilidad en la casi generalidad de actividades dañosas. No obstante, parece que la comparativa se inclina a favor de los impuestos en el área de la contaminación general, especialmente al no ser alta la probabilidad de que a los causantes de los daños por contaminación se les lleve ante los tribunales, o de que los daños causados sean reparados en su totalidad, lo que comprometería la efectividad de la responsabilidad.

En la sección cuarta se aborda la responsabilidad basándose en la *regla de la negligencia*, la otra gran categoría en que se subsume la responsabilidad. Según la regla de la negligencia, los causantes están obligados a responder del daño causado a la víctima solo si han incurrido en una conducta que infringe del deber de cuidado legalmente exigido. La virtud de la regla de la negligencia es que puede inducir a los causantes a aplicar una dosis de prudencia eficiente (adoptar las debidas precauciones al asegurar las cargas en las grúas). Pero no lleva a los causantes a moderar su nivel de actividad dañosa (el número de

veces que se utilizan las grúas), ya que, de ordinario, el nivel de actividad no es un dato a considerar en la tipificación jurídica de la negligencia. En cualquier caso, para que la regla de la negligencia afecte al comportamiento de los causantes, estos deben tener la expectativa de ser demandados por negligencia y de resultar obligados a pagar por el daño; de lo contrario, sus incentivos a aplicar el debido nivel de cuidado quedan reducidos. De aquí se puede deducir que la regla de la negligencia es mejor que un impuesto a la hora de controlar los aspectos relativos al cuidado, es peor que el impuesto a la hora de controlar el volumen de actividades dañosas, goza de una posible ventaja en costes administrativos respecto al impuesto debido a la naturaleza *ex post* de la responsabilidad, y tiene el inconveniente de que su efectividad se ve mermada por los factores generales que reducen la responsabilidad esperada.

La sección quinta versa sobre la cuestión de la *regla óptima de la responsabilidad*: la elección entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa, o negligencia. La relevancia de la elección a efectos de la comparación impuestos/responsabilidad radica en que la comparación de eficiencia con los impuestos debería realizarse atendiendo a la regla óptima para la exigencia de responsabilidad, y no optando simplemente bien por la responsabilidad objetiva, bien por la responsabilidad por negligencia. Esta consideración apoya la conjetura avanzada en este artículo de que la responsabilidad es una mejor solución que los impuestos para controlar la mayoría de las actividades dañosas.

En la sección sexta se considera la utilización de impuestos

en combinación con la responsabilidad. Esto es, se indaga acerca de cómo estas políticas podrían complementarse entre sí, pero también cómo podrían operar de forma perjudicial, principalmente debido a que la imposición tanto de tributos como de responsabilidad podría resultar en unos pagos de los causantes superiores al valor esperado del daño generado con sus acciones.

Antes de continuar, conviene señalar que el tema de este artículo entronca directamente con el programa intelectual enunciado por Ronald Coase hace cincuenta años en su destacado artículo «El Problema del Coste Social» (1960). En su señero artículo, Coase criticó a Pigou por presumir que la intervención del Estado era generalmente necesaria para corregir los problemas de las externalidades; insistió en que las partes involucradas podrían ser perfectamente capaces de negociar y llegar a resolver sus problemas. Las cuestiones sobre los impuestos pigouvianos que aquí se plantean difieren ciertamente de las examinadas por Coase, puesto que no versan tanto sobre la necesidad o no de la intervención del Estado para corregir las externalidades como en su carácter de óptimo en el caso de postularse que dicha necesidad existe. Lo que se expone a continuación abunda también en la literatura económica sobre la falta de información suficiente para aplicar los impuestos correctores (véase, por ejemplo, Adar y Griffin, 1976; Baumol y Oates, 1988; Bovenberg y Goulder; Kaplow y Shavell, 2002; y en especial Weitzman, 1974) (7), aunque en dicha literatura se presta escasa atención a la responsabilidad como alternativa a los impuestos (8). Lo expuesto en las siguientes líneas conecta, asi-

mismo, con la literatura sobre el análisis económico del Derecho, comparando diferentes herramientas políticas de control de las externalidades negativas (9).

II. IMPUESTOS CORRECTORES

A fin de evaluar las virtudes y los fallos de los impuestos correctores, hay que comenzar por definirlos. Como se ha dicho, su cuantía es igual no ya al daño real materializado, sino al daño esperado —es decir, el daño, descontada la probabilidad de su ocurrencia—. La definición del impuesto como el daño esperado es consistente con la ofrecida por la mayoría de la literatura económica referente a los impuestos y a los daños de ocurrencia incierta (10), y es congruente con la idea del impuesto como una cantidad recaudada en el momento en que un agente lleva a cabo una actividad potencialmente causante de daño. Si el impuesto estuviera concebido como una cantidad objeto de recaudación *ex post* equivalente al daño efectivamente causado en lugar de al daño esperado, entonces, por ejemplo, en el contexto de la contaminación ambiental, el cálculo del impuesto exigiría que el Estado identificase el número de personas que, de hecho, enfermaron a causa del factor contaminante, la cantidad de animales que perecieron debido a su exposición a dicha sustancia, cuánta pintura se cayó prematuramente debido a ello, etcétera (11). En lugar de esto, supongo que el impuesto corrector es una cantidad recaudada *ex ante* con base en una estimación estadística del daño que se hubiera manifestado por causa de la emisión del contaminante o de la actividad dañosa en cuestión.

El argumento general respecto a la eficiencia del impuesto corrector es, como se ha explicado, que a la hora de tomar decisiones, el causante tendrá en consideración su influencia en el impuesto y, por tanto, en el daño esperado; en consecuencia, las decisiones del causante serán socialmente apropiadas (12). Así, un agente contaminador aumentará su volumen de producción y sus emisiones de sustancias contaminantes si, y solo si, los beneficios adicionales que resultan de ello superan el daño esperado originado por los contaminantes; y si un agente está contemplando adquirir un dispositivo para limitar las emisiones, lo hará si, y solo si, el coste del dispositivo es inferior al valor esperado del daño con ello evitado.

No obstante, hay numerosos problemas que aparecen al aplicar los impuestos correctores. Para una mejor comprensión del carácter de estos problemas, será útil que antes repasemos varios ejemplos de actividades y que identifiquemos, para cada una de ellas, las variables relevantes determinantes del daño esperado.

Actividades contaminantes. El valor esperado del daño causado por ciertas clases de contaminación está en función, básicamente, de la cantidad de contaminante emitida o vertida por el agente contaminador. En el ejemplo habitual de la contaminación, se asume dicha característica de los contaminantes, y, en efecto, tiene lógica pensar que se cumple en contextos en los que el elemento contaminante se extiende sobre grandes superficies y su nivel de concentración ambiental es el principal determinante del daño esperado. La contaminación que se ajusta a esta descripción suele generarse por el efecto conjunto de emisio-

nes desde numerosos focos, y me referiré a ella como *contaminación general* (13).

No obstante, la contaminación puede ser de una clase tal que el daño esperado dependa decisivamente no solo de la cantidad de contaminante emitida o vertida por el agente contaminador, sino también de otras variables específicamente atribuibles a dicho agente. Supongamos que el elemento contaminante es un producto químico que causará daño fundamentalmente en un área bien delimitada en torno al agente contaminador si el producto acaba infiltrándose en el suministro doméstico de agua. Entonces, el daño esperado dependería no solo de la cantidad vertida por el agente contaminador, sino también de la población que habita en la zona de riesgo, con un perímetro definido por la ubicación del agente contaminador y por el hecho de que el suministro doméstico dependa de la extracción de agua de pozos (que podría resultar contaminada por el producto químico) o bien de la red de tuberías (sin riesgo de contaminación). Me referiré a esta clase de contaminación como *contaminación localizada*.

Operar con grúas. Como he indicado antes, el daño esperado causado por el uso de una grúa está influido por varios factores entre los que se encuentran el tipo de grúa (altura, peso, fuerza de tracción de los cables elevadores), la naturaleza de la carga, la intensidad de su uso, la precaución aplicada al manejarla y la exposición de víctimas potenciales al riesgo (número de personas vulnerable a sufrir lesiones si la grúa volcase o dejase caer un objeto).

Conducir vehículos a motor. En este supuesto, el daño espe-

rado a causa de accidentes depende del número de kilómetros recorridos, la atención aplicada en la conducción (velocidad, uso de intermitentes), el estado de conservación y de mantenimiento del vehículo (que influye en el funcionamiento de faros, frenos y bocina), el tipo y peso del vehículo, las características de las vías por las que discurre el viaje (número de carriles, visibilidad, densidad de tráfico), etcétera (14).

Retirar las placas de hielo y la nieve de las aceras. El daño esperado a causa del hielo y la nieve no retirada de las aceras depende, entre otras cosas, de su cantidad, del tiempo que pasa hasta que se derrite, de su potencial para provocar caídas por resbalones, de las medidas adoptadas para reducir el riesgo de caídas (uso de sal, serrín, planchas de madera) y del número de viandantes en la acera.

Estos ejemplos dan fe de que las variables que intervienen en la determinación del daño esperado originado por una actividad suelen ser plurales; el caso de la contaminación general, donde el daño esperado está en función básicamente de una única variable, la cantidad de emisiones, no es lo típico. Por tanto, con frecuencia resultaría difícil o inviable para el Estado utilizar un impuesto que dependa de todas las variables que juegan un papel relevante en el daño esperado.

Así pues, a los efectos del presente trabajo supongo que un impuesto sería una solución incompleta, por cuanto que consistiría en una función explícita de nada más que un subgrupo de las variables que determinan el daño esperado. No obstante, supongo que las variables encapsuladas en el gravamen incluirían una variable denominada «nivel

de actividad», como el número de obras en las que se utilizan grúas, el número de kilómetros recorridos en coche, o la cantidad de nieve no retirada de la acera. Las variables del modelo, tanto las encapsuladas como las omitidas, podrían ser elegidas por las partes o ser determinadas de otra manera (15).

La existencia de variables omitidas pero que tienen influencia en el daño esperado, generaría dos tipos de problemas: primero, una cuantía del impuesto inexacta que no igualaría el valor esperado del daño. El impuesto por operar con grúas sería con frecuencia inexacto si no se vinculase con las cargas que se transportan con la grúa y con la exposición de las víctimas al riesgo; el impuesto sobre la conducción estaría con frecuencia sesgado si no reflejase la precaución y la destreza aplicada por los conductores y las clases de vías por las que discurre el viaje; el cálculo del impuesto sobre la nieve y el hielo no retirado de las aceras sería muchas veces erróneo si no dependiese del potencial de provocar resbalones, del tiempo que pasa hasta que se derrite y del número de viandantes en las aceras. Por tanto, el impuesto sería en ocasiones demasiado alto, como cuando una grúa maneja cargas más ligeras que la media y pocas personas estuviesen expuestas al riesgo en una obra, cuando el hielo y la nieve se derritiesen rápidamente y el tránsito de peatones por las aceras fuese escaso, o cuando los conductores fuesen precavidos y condujesen coches nuevos, fundamentalmente por vías bien trazadas y de acceso limitado. Y en otras ocasiones el impuesto sería demasiado bajo, como cuando una grúa antigua trasladase cargas pesadas y hubiese muchas personas expuestas

al riesgo, o cuando el hielo y la nieve permaneciesen durante un largo tiempo en aceras frecuentadas por un elevado número de viandantes, etcétera.

La consecuencia general de la inexactitud en el cálculo del impuesto es que las partes escogerían inadecuadamente las variables encapsuladas por el gravamen. Aquellos para quienes el impuesto excediera del daño esperado se verían incentivados a reducir su nivel de actividad, y aquellos para quienes el impuesto fuera inferior al daño esperado se verían incentivados a desarrollar un nivel excesivo de actividad. Los conductores y los operadores de grúas para quienes el impuesto fuera excesivo se verían desmotivados a conducir y a utilizar grúas, y lo contrario ocurriría en el caso de los conductores y operadores de grúas para quienes el impuesto fuera demasiado bajo (16). No solo el volumen de actividad, sino también otras variables encapsuladas se verían distorsionados por unos impuestos mal calculados. Por ejemplo, si el impuesto por circular se vinculase al estado de conservación del vehículo: se invertiría demasiado en mantenimiento si el impuesto resultase muy oneroso, y demasiado poco si el impuesto fuese muy bajo.

El segundo problema relacionado con la existencia de variables omitidas del cálculo del gravamen es que las partes elegirían estas variables omitidas sin tener en consideración su efecto sobre el daño esperado, y esta selección implica que el daño esperado tendería a ser socialmente excesivo. Supongamos que los impuestos a los operadores de grúas y a los conductores no dependen del grado de cuidado puesto en su manejo o que los impuestos a la nieve y

el hielo en las aceras no dependen de si se ha esparcido sal o se han adoptado otras medidas precautorias contra las caídas por resbalones. Entonces, el cuidado aplicado en el uso de grúas y coches sería demasiado bajo, y los agentes no se tomarían ninguna molestia en reducir el potencial resbaladizo de la nieve y el hielo de las aceras porque no verían disminuir sus cuotas tributarias por aminorar de este modo el daño esperado. En otras palabras, habría una tendencia general a que el daño esperado fuese ineficientemente alto, suponiendo que las variables no encapsuladas en el gravamen estén bajo el control de los causantes. Debe señalarse que este argumento es distinto de la cuestión comentada sobre la inexactitud de los impuestos y la elección de las variables encapsuladas; el problema aquí no guarda necesariamente relación con la inexactitud del importe de los impuestos (17).

Otro problema asociado a los impuestos es el relativo a los costes administrativos que comporta su utilización. Para aplicar impuestos correctores, tres tareas son necesarias, cada una de ellas generadoras de gasto. En primer lugar, el Estado debe dilucidar la relación que existe entre las variables encapsuladas por el impuesto y el daño esperado. Puesto que esta relación depende probablemente de múltiples variables, su determinación no resultaría fácil. En segundo lugar, el Estado debe observar las variables encapsuladas. En muchos contextos, los costes de dicha observación serían significativos o prohibitivos. Si la cantidad de nieve y hielo no retirada de las aceras fueran objeto de gravamen, deberían tomarse mediciones en la práctica totalidad de las viviendas tras cada nevada. Si las medidas

adoptadas contra los resbalones causados por la nieve y el hielo fuesen una variable relevante para el gravamen, o si la atención al conducir un coche o al operar con una grúa fuese un factor determinante de la cuantía del impuesto, la cantidad de monitorización requerida por parte de las autoridades sería verdaderamente enorme. En tercer lugar, el Estado debe cobrar el impuesto, lo que en muchas ocasiones entraña gastos nada triviales.

Al describir estos costes administrativos, he asumido como datos fijos la identidad de las variables encapsuladas, pero la selección del conjunto de dichas variables es obviamente una decisión económica. Será deseable sujetar a gravamen una variable si los beneficios de hacerlo, derivados de unos mejores incentivos para reducir el daño, superan a los costes administrativos que acarrea añadir la variable al resto de variables encapsuladas. Al considerar los impuestos, por tanto, deberíamos pensar en impuestos que incorporen el conjunto óptimo de variables encapsuladas.

Una vez descritos los diversos problemas asociados a los impuestos correctores (ineficiencia debida a la imprecisión de su cuantía, riesgo excesivo y costes administrativos), conviene hacer un repaso del significado probable derivado de ellos en el caso de las actividades generadoras de contaminación general, frente a sus implicaciones en el caso de la mayoría de otras actividades.

Parece que los impuestos pueden funcionar tolerablemente bien para moderar el daño originado por la contaminación general. En este caso, el daño esperado depende básicamente de una sola variable, el volu-

men de emisiones, por lo que un impuesto podría ofrecer una buena estimación del daño esperado y fomentar una conducta aproximadamente deseable de las partes sujetas al impuesto; los problemas de ineficiencia y de un riesgo excesivo debido a la existencia de variables omitidas del cálculo del impuesto quedarían así reducidos hasta la casi total irrelevancia. Mientras la medición y recaudación de impuestos no revistieran dificultades, el impuesto podría funcionar razonablemente bien para controlar la contaminación general (18).

Ahora bien, en la mayoría de las actividades dañosas, conjeturo que utilizar los impuestos no resultaría ventajoso. Una razón fundamental es que, como se ha argumentado, habitualmente existiría un gran número de variables que tienen una influencia real en el daño previsto, pero que quedarían fuera de la órbita del impuesto. Entre estas, cabría incluir normalmente variables relacionadas con el nivel de cuidado y descriptores de la exposición de las víctimas potenciales al riesgo. El hecho de omitir estas variables del gravamen se traduciría en inexactitud y graves ineficiencias: algunas partes sujetas al impuesto harían demasiado poco para atemperar el daño y otras harían demasiado. Además, la omisión de variables relevantes para el daño esperado conduciría a una excesiva asunción de riesgos, por cuanto que las partes no tendrían motivaciones de índole contributiva para elegir estas variables para reducir el daño esperado, lo que, como he sugerido, supondría un especial problema con las variables relativas al nivel de cuidado. La otra razón importante de mi conjetura de que los impuestos no funcionan bien atañe a los costes administrativos. Por un lado, los costes administra-

tivos que, de hecho, se incurrirían en la medición de las variables encapsuladas y el cobro de impuestos serían con frecuencia elevados, debido al gran número de casos en los que las partes llevan a cabo actividades potencialmente dañosas. Por otro lado, los costes administrativos son la causa latente de los problemas resultantes de que existan variables omitidas, puesto que la necesidad de evitar unos altos costes administrativos es precisamente lo que justificaría que existiesen variables omitidas en la hipótesis de optar por utilizar impuestos correctores para la mayoría de las actividades dañosas.

III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA VS. IMPUESTO CORRECTOR

Por responsabilidad objetiva me refiero a la regla legal que reconoce el derecho de la víctima de un accidente a cobrar del causante una cantidad equivalente al daño sufrido (19). La responsabilidad objetiva se distingue, por tanto, del impuesto corrector en que la parte causante paga por el daño que efectivamente tiene lugar, y no por el daño esperado de forma anticipada a que el mismo acontezca (o no). En la responsabilidad objetiva, los agentes contaminadores estarían obligados a indemnizar por las enfermedades y los daños materiales causados de hecho por la contaminación, en lugar de pagar un impuesto calculado a partir de una estimación de dicho daño, y los operadores de grúas resarcirían a las víctimas por los daños provocados en la práctica por los accidentes de grúas, en lugar de pagar un impuesto en base al daño esperado que supuestamente producirían los accidentes de grúas, y así sucesivamente.

El argumento acerca de la eficiencia de la responsabilidad objetiva es similar al relativo a la eficiencia del impuesto corrector. Esto es, si los causantes potenciales afrontasen una decisión sobre cualesquiera elementos de su conducta, adoptarían dicha decisión teniendo en consideración su influencia en el daño esperado, ya que tendrán que indemnizar por el daño realmente causado.

Planteémonos ahora una comparación entre responsabilidad objetiva e impuesto corrector y preguntémosnos si, o en qué grado, la responsabilidad objetiva adolece de los problemas que he mencionado en relación con el impuesto. El primer problema para aplicar el impuesto se refiere a la inexactitud de la cuantía. Como ya he expresado, para que el impuesto igualase el valor esperado del daño, el Estado debería medir todas las variables que influyen en el daño esperado, pero es poco probable que este requisito pueda cumplirse en la práctica.

En contraste, la exactitud de los incentivos debería ser buena en un régimen de responsabilidad objetiva. Según este, los causantes estarían automáticamente abocados a sanciones iguales al daño esperado, con tal de que fueran condenados por un juez en caso de causar daño y el Estado midiese adecuadamente la magnitud de tal daño causado. Los operadores de grúas estarían abocados a sanciones equivalentes al daño esperado originado por accidentes de grúas, con tal de que las víctimas de accidentes de grúas presentasen cargos y se les concediese una indemnización por los daños soportados; a diferencia del caso del impuesto, no habría necesidad de que el Estado recabase

información sobre utilización de grúas, su tipo o la exposición de víctimas potenciales al riesgo. Igualmente, quienes no retirasen nieve y hielo de las aceras afrontarían sanciones iguales al daño esperado con tal de que los videntes que sufrieron caídas por resbalones presentasen cargos y el juez fallase a su favor por el daño causado; no habría necesidad de que el Estado midiese la cantidad de nieve y hielo no retirada de la acera, ni el tiempo que tardó en derretirse, ni si habían esparcido sal, etcétera.

El segundo problema del impuesto radica en que las variables excluidas de gravamen, en particular los elementos relacionados con la debida atención, no serían sometidas a control, y dicha omisión resultaría en un riesgo excesivo. Esto no supone un problema en el régimen de responsabilidad objetiva, pues induce a los actores a elegir todas sus acciones de un modo tal que resulte compatible con la reducción óptima del daño esperado. En la responsabilidad objetiva, los operadores de grúas se verían incentivados a manejar sus grúas con una diligencia adecuada y a no cargar objetos excesivamente pesados, cosa que no harían en el caso de un impuesto cuyo gravamen no tomara en consideración la prudencia en el manejo de la grúa y el peso de las cargas, y las personas se verían impelidas a esparcir sal en la nieve frente a sus casas si ello fuera deseable, cosa que no harían en el caso de un impuesto si tales acciones no interviniesen en la determinación del gravamen a pagar.

El tercer factor generador de problemas para el impuesto tiene que ver con los costes administrativos. También en este sentido, la responsabilidad objetiva pare-

ce gozar de una ventaja básica en comparación con el impuesto. Una razón estriba en que el Estado no necesita determinar la relación funcional existente entre las variables observadas y el daño esperado: basta con que mida el daño efectivamente ocurrido.

Otra razón es que la responsabilidad solo se aplica cuando el daño acontece, con lo que los costes administrativos (costas legales y otros costes procesales) solo sobrevienen en un porcentaje de los casos, mientras que el impuesto se devenga siempre que una parte lleva a cabo una determinada actividad, con lo que los costes administrativos se soportan con certeza. Cuando la probabilidad de daño es baja, lo que sucede en muchos contextos, tales como operar con una grúa o conducir un coche, la limitación del devengo de los costes administrativos a los supuestos específicos de que el daño se materialice puede ser una considerable ventaja a favor de la responsabilidad frente al impuesto.

La comparación de los costes administrativos también depende, por supuesto, de las magnitudes relativas de dichos costes, condicionadas en cada caso a la aplicación de la responsabilidad objetiva y del impuesto. En el caso de la responsabilidad, deberá determinarse si el daño ha acontecido y en qué grado lo ha hecho, mientras que en el del impuesto, los niveles de las variables encapsuladas por el gravamen deberán ser objeto de evaluación. No puede afirmarse de partida cuál de ambas tareas conllevará un mayor gasto. Si, de las dos, la tarea más costosa resulta ser la referente a la responsabilidad (20), la ventaja por su carácter probabilístico se vería reducida o incluso reverti-

da, mientras que si la tarea más costosa concierne al impuesto, la ventaja probabilística de la responsabilidad se vería reforzada.

Permítanme desplazar ahora la atención hacia tres factores que representan un problema para la responsabilidad, debido a que reducen los pagos esperados por responsabilidad hasta un nivel inferior al daño esperado. El primero de ellos es la dificultad para atribuir el daño a la parte causante del mismo (por ejemplo, el daño derivado de la contaminación al agente contaminador). Si la conexión entre daño y causante no puede establecerse, no existe base legal para una demanda, lo que reduce la responsabilidad esperada del causante. Un segundo factor es que la magnitud del daño puede ser inferior al coste de interposición de una demanda. En dicho caso, no habrá incentivo financiero alguno para presentarla, lo que disminuye la responsabilidad esperada de aquellos justiciables que podrían causar daños de escasa magnitud. Un tercer factor es el conocido como problema del causante insolvente o *judgment-proof*, a saber, que la parte generadora del daño tenga insuficientes activos para responder íntegramente del daño. Este factor podría reducir el incentivo de la víctima a demandar, y en cualquier caso podría significar que la cantidad pagada fuera inferior al daño. Por tanto, el problema de la insolvencia puede disminuir la responsabilidad esperada de la parte causante al reducir tanto la probabilidad de ser demandada como la magnitud de los pagos en caso de que finalmente se presente una demanda (21).

Los factores mencionados que diluyen la responsabilidad esperada no afectarían al fun-

cionamiento del impuesto, con una posible, y parcial, excepción. Es claro que la incapacidad para identificar al causante no afectaría al funcionamiento del impuesto, ya que el hecho imponible es una estimación del daño esperado. También es evidente que la posibilidad de que el daño pudiera ser de una entidad demasiado baja para estimular la interposición de una demanda carece de relevancia en el funcionamiento del impuesto. No obstante, el problema de la insolvencia podría llevar a que el causante fuera incapaz de pagar el impuesto en su totalidad. Pero este resultado es menos probable en el caso del impuesto que en el del juicio por responsabilidad, ya que el impuesto se basa en el daño esperado y, por tanto, su cuantía sería inferior al daño real. Así pues, el problema de la insolvencia del causante reviste una menor (probablemente mucho menor) relevancia en un esquema impositivo que en uno basado en la responsabilidad (22).

El hecho de que los tres primeros factores analizados sugieran una ventaja de la responsabilidad objetiva sobre el impuesto y de que los factores recién considerados apunten en el sentido contrario me brinda una base para conjeturas adicionales a las ya formuladas sobre la idoneidad de los impuestos en el control de la contaminación general y su no idoneidad en el control de la mayoría del resto de actividades dañosas.

Dije antes que cabía esperar que los impuestos funcionasen razonablemente bien para la contaminación general. Ahora también parece adivinarse que la responsabilidad no tendría un funcionamiento deseable en este contexto, sobre todo por la dificultad para atribuir el daño a

quien de veras lo ha originado. Dado que la contaminación general es el efecto agregado de emisiones procedentes de muchos focos distintos, normalmente sería inviable o imposible atribuir daños concretos a contaminadores específicos. Además, las dificultades para establecer la relación de causalidad se verían a veces acrecentadas por la posibilidad de que otros factores, al margen de la contaminación, interactúen con ella para generar el daño. Por otro lado, el problema de que la envergadura del daño pueda ser demasiado baja para justificar una demanda podría tener relevancia; hablamos, por ejemplo, de la caída prematura de pintura o de irritaciones oculares leves. Además, el problema de la insolvencia podría resultar de aplicación debido a que la contaminación puede afectar a un gran número de personas o a una amplia superficie de terreno. El efecto combinado de estos factores diluiría de forma notable la responsabilidad esperada de los causantes y, por tanto, reforzaría el atractivo de los impuestos como instrumento de control de la contaminación general.

También he argumentado en la segunda sección de este artículo mi conjetura de que los impuestos no funcionarían bien para la mayoría de las actividades dañosas –valgan como ejemplos accidentes de grúa, accidentes de automóvil y caídas por resbalones en hielo y nieve en las aceras–, debido a que, de ordinario, el daño esperado depende de una pluralidad de variables que no serían encapsuladas por el gravamen. Por tanto, el impuesto resultaría inexacto y también conduciría a un excesivo riesgo. En esta sección, se ha explicado por qué, en un esquema de responsabilidad objetiva, la responsabilidad esperada y los

incentivos tenderían a ser exactos y a inducir un comportamiento deseable, con tal de que se interponga una demanda y se asignen daños por el perjuicio efectivamente causado a la víctima. También es cierto que la responsabilidad podría resultar administrativamente más barata de aplicar que el impuesto en la mayoría de las actividades causantes de daños accidentales, puesto que estas actividades solo tienden a causar daño con una baja probabilidad. En consecuencia, el impuesto parece significativamente inferior a la responsabilidad objetiva como instrumento de control de la mayoría de las actividades dañosas (23).

IV. COMPARACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD BASADA EN LA REGLA DE LA NEGLIGENCIA Y UN IMPUESTO CORRECTOR

Según la regla de la negligencia, la parte que cause un daño está obligada a repararlo exclusivamente cuando quede acreditado que se comportó con un nivel de cuidado inferior al mínimo exigible, como no vigilar la estanqueidad de un contenedor de líquidos contaminantes, no asegurar adecuadamente un objeto suspendido en el aire por una grúa, o conducir un coche a excesiva velocidad (24).

El repetido argumento económico que subyace a la regla de la negligencia dice que dicha regla puede inducir a las partes a escoger niveles óptimos de cuidado. Supongamos que el deber de cuidado requerido por el juez para eludir la imputación de negligencia es el nivel óptimo de cuidado. Entonces, será del interés de los agentes actuar de modo no negligente y adoptar el nivel óptimo de precaución.

Por ejemplo, supongamos que asegurar un objeto pesado a una grúa con dos tiras de cadenas es óptimo, porque resulta relativamente barato hacerlo y eliminaría una posibilidad real de un accidente. En tal caso, la amenaza de responsabilidad en virtud de la regla de la negligencia actuaría como motivador sobre cualquier operador racional de grúas para usar dos tiras de cadenas (véase Brown, 1973).

No obstante, se debe reconocer que la cualidad optimizadora de la regla de la negligencia tiene sus limitaciones, pues la regla no induce a las partes a elegir sus niveles de actividad de forma eficiente. Según la regla de la negligencia, el tribunal no entra a juzgar el nivel de actividad de una parte, solo el nivel de cuidado aplicado. En un accidente causado por la caída de un objeto desde una grúa con el resultado de lesiones a un individuo, una investigación sobre negligencia no entraría a considerar cuántas veces se utilizó la grúa; las pruebas periciales se ceñirían a delimitar si el objeto estaba correctamente asegurado, si se impartieron las adecuadas alertas de peligro a los transeúntes y cosas por el estilo. Debido a que el nivel de actividad no es abordado por la regla de la negligencia, este tenderá a ser socialmente excesivo; es decir, las grúas se utilizarán de forma demasiado intensiva. Si bien las partes aplicarán el cuidado óptimo, no deberán pagar por el daño que aun así causen con sus actividades, ejerciéndolas por tanto en un volumen demasiado alto (25).

Permítanme ahora que compare la regla de la negligencia con el impuesto corrector. Un aspecto que se ha de considerar es el nivel de cuidado. La regla de

la negligencia controla de forma deseable los niveles de cuidado, pero el impuesto omitiría estas variables, por lo que no ejercería ninguna influencia sobre ellas, dando como resultado un riesgo excesivo. Una segunda consideración es el nivel de actividad. El impuesto controla eficientemente los niveles de actividad, mientras que estos tienden a ser excesivos según la regla de la negligencia, como se acaba de explicar.

Un tercer aspecto afecta a los costes administrativos. Aquí, la regla de la negligencia disfruta de la ventaja básica que ya se ha descrito frente a la responsabilidad objetiva; a saber, que los gastos vinculados a la aplicación de la responsabilidad solo sobrevienen cuando el daño acontece efectivamente (26). Además, esta ventaja podría ser mayor de lo que es en la responsabilidad objetiva, pues a resultas de la regla de la negligencia, una víctima no presentará una demanda a menos que haya indicios de conducta negligente por parte del causante. En contraste, si se interpone una demanda, esta tenderá a ser más cara de lo que es bajo la responsabilidad objetiva, puesto que habrá que dirimir la cuestión de si existió culpa o no.

Una última consideración pertinente concierne al conjunto de factores que reducen los pagos por responsabilidad esperada hasta un valor inferior al del daño esperado; la incapacidad para rastrear el daño hasta su origen, unos daños de envergadura inferior al coste de litigar, y el problema de la insolvencia del causante o *judgment-proof*. Como ya sucedía en la responsabilidad objetiva, estos factores sitúan a la regla de la negligencia en desventaja respecto al impuesto (27).

V. LA REGLA ÓPTIMA DE LA RESPONSABILIDAD (RESPONSABILIDAD OBJETIVA O REGLA DE LA NEGLIGENCIA) FRENTE AL IMPUESTO CORRECTOR

En las dos secciones anteriores, he comparado, por separado, las dos principales categorías de responsabilidad con el impuesto corrector; ahora bien, es natural efectuar también una comparación entre la mejor de ambas reglas de responsabilidad y el impuesto corrector. Se aprecia claramente que, en general, la comparativa de la mejor de las dos reglas de responsabilidad con el impuesto corrector da como más clara vencedora a la responsabilidad que en cualquiera de las comparaciones de las secciones precedentes. Pero existe un motivo más concreto para querer considerar la regla óptima de la responsabilidad.

Así, cabe suponer que la responsabilidad objetiva se impondrá probablemente a la regla de la negligencia cuando el problema de controlar adecuadamente los niveles de actividad de los causantes sea significativo. Como he expuesto, los causantes no tienen incentivo alguno a moderar sus niveles de actividad bajo la regla de la negligencia, pero sí lo tienen bajo la responsabilidad objetiva. Esta ventaja de la responsabilidad objetiva tenderá a ser sustancial cuando se trate de actividades que generan un daño esperado de gran envergadura pese al ejercicio del cuidado óptimo, y existe cierta evidencia de que la responsabilidad objetiva es, de hecho, la fórmula empleada a menudo cuando eso es así (véase Shavell, 1980; Landes y Posner, 1987; Shavell, 1987).

El argumento anterior refuerza la idea de que la responsa-

bilidad es superior al impuesto en la mayoría de las actividades dañosas. Afirmé en la cuarta sección que un inconveniente de la regla de la negligencia en comparación con el impuesto corrector estriba en que la regla de la negligencia no controla el nivel de actividad, mientras que el impuesto corrector sí lo hace. No obstante, esta debilidad de la responsabilidad frente al impuesto queda implícitamente resuelta si la modalidad de responsabilidad se cambia a responsabilidad objetiva cuando la necesidad social de abordar los niveles de actividad del causante sea significativa.

VI. USO CONJUNTO DE IMPUESTOS CORRECTORES Y RESPONSABILIDAD

Si bien he considerado los impuestos correctores y la responsabilidad como instrumentos alternativos de control de las actividades dañosas, en principio podrían ser utilizados de forma conjunta. Conviene realizar dos precisiones a este respecto.

Primero: existe una ventaja general en el uso conjunto de impuestos correctores y responsabilidad, ya que cada una de estas políticas puede, en ocasiones, mitigar los problemas de la otra. Por ejemplo, es improbable que la responsabilidad resuelva adecuadamente los daños causados por los perros, ya que muchos de esos daños –imaginemos las molestias producidas por los ladridos, los excrementos o el mordisqueo de los jardines– suelen ser demasiado leves como para compensar la interposición de una demanda, así como plantear dificultades para atribuirse a los perros causantes de ellos. Un impuesto que gra-

vase a los propietarios caninos podría mejorar las deficiencias de la responsabilidad, ya que reduciría la motivación para tener perros. Al mismo tiempo, dicho impuesto no induciría a quienes deciden tener perro a adoptar precauciones encaminadas a prevenir los daños. En cambio, la responsabilidad sí ejercería una influencia beneficiosa en tales precauciones. Imaginemos el cuidado para evitar las mordeduras de perro: llevar los animales sujetos con correa, no dejar que se acerquen a niños pequeños, etcétera. Un régimen de responsabilidad podría persuadir a los propietarios caninos a adoptar comportamientos prudentes para aminorar el riesgo de mordedura, ya que estas suelen ser asignables a propietarios concretos (las víctimas normalmente son capaces de identificar el animal causante de la mordedura) y podrían ser lo bastante graves como para motivar demandas. Por tanto, vemos que el uso conjunto de un impuesto y la responsabilidad podría ser deseable (28).

Segundo: por el contrario, existe un peligro de duplicación del castigo por el daño causado, en el caso de imputar a un mismo individuo tanto con el gravamen corrector como con la responsabilidad (este argumento se presenta independientemente en Logue, [2010]). Si los agentes tienen que pagar por más que por el daño del que son responsables, podrían inducirse a aplicar precauciones extremadamente costosas o disuadirse de desarrollar actividades socialmente deseables. Si una empresa está sujeta a un impuesto ambiental por el daño esperado y también fuera responsable objetivamente por el daño causado, en la práctica estaría pagando dos veces por el mismo daño.

Este problema de pagos excesivos en un régimen que combine impuesto y responsabilidad sería menos severo en el caso de aplicar la regla de la negligencia que en el de la responsabilidad objetiva. De hecho, si la regla de la negligencia funcionase sin fallos, los agentes siempre elegirían actuar de modo no negligente y nunca serían declarados reos de responsabilidad. Por tanto, el problema de los pagos excesivos no aparecería, lo que convertiría en atractivo el uso conjunto de impuestos correctores y la regla de la negligencia (el impuesto controlaría el nivel de actividad, mientras que la regla de la negligencia controlaría el nivel de cuidado). Pero las incertidumbres y las imperfecciones a la hora de determinar la existencia o no de negligencia dan lugar a que se produzcan imputaciones por negligencia, por lo que las partes que causan el daño soportan una responsabilidad esperada positiva según la regla de la negligencia. Así pues, el problema de pagos excesivos existiría con dicha regla aun cuando su magnitud no sea tan significativa como en un esquema de responsabilidad objetiva. El problema de pagos excesivos en un régimen conjunto de impuesto y responsabilidad podría verse supuestamente amortiguado si se redujera el importe del impuesto hasta un nivel inferior al daño esperado y se dejase que la responsabilidad esperada completase la diferencia, aunque, en tal caso, habría que prestar atención a la implementación práctica de semejante política.

VII. CONCLUSIONES

En el presente trabajo he comparado el impuesto corrector y la responsabilidad como soluciones al problema de cómo controlar las actividades socialmente daño-

sas y he tratado de argumentar las ventajas de cada política en la teoría. A la luz de este examen, concluyo que, con carácter general, la responsabilidad debería ser superior al impuesto corrector a la hora de regular la mayoría de las actividades dañosas, una tesis que está en consonancia con la predominancia de la responsabilidad sobre los gravámenes que se observa en la realidad (29). Mis juicios sobre las virtudes relativas de la responsabilidad sobre los impuestos se fundamentan principalmente en la inviabilidad práctica de utilizar impuestos que reflejen adecuadamente las, a menudo, numerosas variables que impactan significativamente en el daño esperado; en el hecho de que, en un marco de responsabilidad objetiva, el Estado solo necesita medir el daño para crear incentivos deseables; en el hecho de que la regla de la negligencia genera incentivos deseables para ejercer niveles de cuidado apropiados, mientras que el impuesto no; y en las ventajas de costes administrativos a favor de la responsabilidad que se derivan de que esta solo se aplica cuando el daño acontece.

Finalmente, sugiero que el impuesto debería ser superior a la responsabilidad como medio de control de la contaminación difusa o general. Esta opinión se fundamenta en la premisa de que el impuesto funcionaría bien en ese contexto porque solo existe una única variable, la cantidad de emisiones, que determina en líneas generales el daño esperado, así como en la hipótesis de que los incentivos según el esquema de responsabilidad se verían notablemente diluidos por la incapacidad de las víctimas para atribuir el daño específicamente a su causante y los problemas inherentes a plantear una demanda ante los tribunales.

NOTAS

(*) Artículo publicado en *Journal of Law and Economics*, vol. 54 (noviembre 2011). Traducción de JON GARCÍA (traductor@jongarcia.es). Copyright: The University of Chicago (2011). Todos los derechos reservados.

(**) El autor agradece la aportación en forma de comentarios de RICHARD EPSTEIN, LOUIS KAPLOW, STEVEN MEDEMA, A. MITCHELL POLINSKY, RICHARD POSNER, y KATHRYN SPIER, así como el apoyo prestado por ROBERT STAVINS y el John M. Olin Center for Law, Economics, and Business de la Harvard Law School.

(1) PIGOU fue el primero en exponer en toda su magnitud el problema de las externalidades y la posible necesidad de una intervención del Estado, incluso a través de impuestos (PIGOU, 1932: 192-196), como solución.

(2) Para ejemplos extraídos de textos académicos sobre el argumento de que los impuestos son deseables como remedio a las externalidades, véanse MANKIW (2009: 210-214), PINDYCK y RUBINFELD (2009: 651-660), y MAS-COLELL, WHINSTON y GREEN (1995: 354-356); para ejemplos extraídos de encuestas de la literatura sobre externalidades, véase BOVENBERG y GOULDER (2002: 1477-1490) y HELFAND, BERCK y MAULL (2003). Aunque el impuesto es tenido por una buena solución al problema de las externalidades, la falta de información para su implementación y la posibilidad de que la regulación en ocasiones pueda resultar preferible están recibiendo creciente atención en la literatura (véase nota 7).

(3) Véase STAVINS (2003) para una revisión de la utilización de impuestos correctores para controlar la contaminación y otras externalidades medioambientales. De esa revisión se desprende que los impuestos se utilizan poco, o nada, para controlar la contaminación en Estados Unidos (en la tabla 1, págs. 364-368, no se incluyen tasas por contaminar—conocidas como *effluent fees*—en el país). No obstante, como documenta Stavins, determinadas tasas podrían estar en parte motivadas por un deseo de reducir la contaminación, como el caso de los recargos a la compra de envases no reciclables o los pagos por aterrizaje y despegue de aeronaves. Además, algunas políticas basadas en el mercado utilizadas para mejorar las externalidades medioambientales comparten características con los impuestos correctores, en particular las subvenciones y los sistemas de *trading* de permisos de emisiones.

(4) Las medidas cautelares y las sanciones penales son otros instrumentos importantes de control.

(5) El amplio alcance del uso de la responsabilidad queda de manifiesto observando, por ejemplo, las referencias a ella en el campo de la responsabilidad civil extracontractual (*tort law*), como Dobbs (2000), mientras que la utilización de los impuestos correctores, incluso en su acepción más amplia, es, en comparación, minúscula.

(6) Los dos problemas descritos se estudian en un modelo comparado de impuestos frente a responsabilidad en SHAVELL (2011).

(7) Esta literatura se centra en cómo varían, de unas partes a otras, los costes de controlar la contaminación y la incertidumbre respecto al daño causado por esta, y compara los impuestos y la regulación. En el presente artículo, me centro en examinar cómo varía, de unas partes a otras, el daño previsto causado por sus actividades y las dificultades asociadas a las variables omitidas del modelo y que tienen influencia en el daño previsto, comparando impuestos frente a responsabilidad.

(8) Por ejemplo, MANKIW (2009: 210-219) y MAS-COLELL, WHINSTON, y GREEN (1995: 354-359) no hacen mención alguna de la responsabilidad, mientras que BOVENBERG y GOULDER (2002: 1527-1528) y PINDYCK y RUBINFELD (2009: 672-672) la mencionan solo de pasada; todas estas referencias tratan la regulación como alternativa relevante a los impuestos. No tengo constancia de ningún artículo en la literatura económica que examine la responsabilidad como sustituto de los impuestos. El escaso protagonismo dispensado a la responsabilidad dentro de la literatura económica es desafortunado, dada su relevancia para el control de las externalidades dañinas. Incluso en el campo de la contaminación, que constituye el principal objeto de atención de la literatura económica sobre las externalidades, la responsabilidad desempeña un papel importante; véase, por ejemplo, FARBER *et al.* (2006: 154-168, 841-925).

(9) Véase SHAVELL (1993), que identifica las posibles ventajas administrativas de la responsabilidad respecto al impuesto, en cuanto que la responsabilidad solo surge al materializarse el daño, pero también su debilidad, puesto que la responsabilidad requiere que se inicien acciones legales contra el causante y que este posea suficientes activos para responder del daño causado, y WHITE y WITTMAN (1983), que subrayan las ventajas de la responsabilidad objetiva sobre el impuesto debido a los problemas informacionales relativos a la aplicación de los segundos. Véanse también las observaciones de POSNER (2007: 396-400) sobre la contaminación, destacando la falta de información para implementar impuestos medioambientales y la debilidad de la responsabilidad, y los comentarios de LOGUE (2010: 2361-2363) en relación con la coordinación del *tort law* con los gravámenes correctores.

(10) Véanse las referencias analizadas en la nota (7). En ningún caso, al menos hasta donde yo conozco, se supone en los modelos de daño incierto que el impuesto es el daño real causado. Más bien, el impuesto se asimila al daño previsto o (más habitualmente) a una función lineal de una única variable gravada, a saber, el nivel de un contaminante, que iguala el daño previsto para un nivel de emisiones determinado.

(11) De forma análoga, si el impuesto corrector sobre el alcohol se definiese como

el daño real causado por su consumo, los diversos problemas asociados a dicho consumo—tales como accidentes provocados por la conducción bajo los efectos del alcohol, la violencia doméstica y las dificultades en el puesto de trabajo—deberían ser identificados y debidamente cuantificados.

(12) Suelo referirme con el nombre de «causante» a la parte que lleva a cabo una actividad potencialmente dañosa, aun cuando dicho daño no siempre acabará materializándose.

(13) Ejemplos son la contaminación que contribuye a reducir el grosor de la capa de ozono en la atmósfera, o la contaminación que contribuye al calentamiento global.

(14) A la hora de discutir el ejemplo de la conducción de vehículos a motor, considero el daño por accidentes, pero no los daños atribuibles a la contaminación generada por la quema de combustibles.

(15) Por ampliar, sea x el vector de variables factorizadas, sea y el vector de variables no factorizadas, y sea $h(x, y)$ el daño esperado dados x y y . Se asume que la cuantía del impuesto $t(x)$ iguala el daño esperado dado x (cuando la expectativa es sobre y y otras variables). Esta misma notación será utilizada en las siguientes notas al pie.

(16) A modo de ejemplo, supóngase que x es el nivel de actividad; y es un parámetro exógeno (como un índice del número de víctimas potenciales del daño) que varía a lo largo de la población de causantes; y $h(x, y) = xy$, de modo que y es el daño esperado por unidad de actividad. Supóngase también que la utilidad o beneficio de un causante es $b(x)$, variable creciente y cóncava en x . Con estas premisas, según una función utilitarista del bienestar social, el valor socialmente óptimo de x maximiza $b(x)xy$; este valor óptimo x (que asumo es positivo) viene determinado por $b'(x) = y$ y es denotado como $x^*(y)$, variable que puede verificarse que es creciente en y . Se asume que el impuesto $t(x)$ es igual a $xE(y)$, donde $E(y)$ es el valor esperado de y . Por consiguiente, todos los causantes elegirán el valor x determinado por $b'(x) = E(y)$, de manera que todos elegirán $x^*(E(y))$. En consecuencia, los causantes para quienes $y < E(y)$ elegirán un valor x demasiado alto—porque para ellos, $x^*(E(y)) > x^*(y)$; y aquellos causantes para quienes $y > E(y)$ elegirán un valor x demasiado bajo—porque para ellos, $x^*(E(y)) < x^*(y)$ —. Para un desarrollo más detallado, véase Shavell (2011).

(17) Supóngase, como en el ejemplo anterior, que $h(x, y) = xy$, pero por simplificar asumimos aquí que y es igual para todos los individuos. También asumimos que y viene dado por $y(e)$, donde e es el nivel de cuidado aplicado por el individuo e y es decreciente y convexo en e . Supongamos, asimismo, que los individuos aplican e cada vez que llevan a cabo una actividad, con lo que la utilidad de cada individuo es $b(x)xe$. Entonces, el valor socialmente óptimo de x y e maximiza $b(x)xe$ $xy(e) = b(x)xe$

$y(c)$. Por consiguiente, el valor óptimo de y y e (que asumo es positivo) viene determinado por $b'(x) = e y'(e)$ y por $y'(e) = 1$; estos valores óptimos son denotados por x^* y e^* . Nótese que e^* minimiza $y(e)$. Los individuos elegirán x y e para maximizar $b(x) t(x) x e$, por lo que elegirán $e = 0 < e^*$. Esto es, no tienen ningún motivo para aplicar cuidados costosos para reducir y ya que el impuesto depende exclusivamente de su nivel de actividad x . Debido a que el impuesto $t(x)$ es igual a $x E(y)$, se reduce a $x y(0)$. Por tanto, los individuos elegirán x para maximizar $b(x) x y(0)$, y x será determinado por $b'(x) = y(0)$. Puede demostrarse que esto implica que $x < x^*$ (y que $y(0) > e^* y'(e^*)$). En otras palabras, la variable no gravada y será elegida de manera que el daño esperado por unidad de actividad sea excesivo y el nivel de actividad será inferior al óptimo, aunque será el óptimo dado un valor subóptimo de y . Además, obsérvese que el impuesto adolece de imprecisión –equivale al daño esperado real que generan todos los individuos (idénticos)–; la ineficiencia se debe al hecho de que no hay incentivo alguno para mejorar el nivel de la variable omitida y a través de un cuidado e . Como antes, existe un desarrollo más pormenorizado en SHAVELL (2011).

(18) La contaminación localizada podría no estar bien controlada por un impuesto. Lo que digo en el siguiente párrafo acerca de las actividades no contaminantes también sirve para la contaminación localizada en muchos aspectos.

(19) En realidad, frente a un juicio de responsabilidad objetiva cabe oponer la tesis de la «negligencia de la víctima», según la cual el causante no tendría que reparar el daño causado a una víctima que, por comportarse de forma negligente, quedó expuesta al peligro. Véase, por ejemplo, DOBBS (2000: 962-963). Esta característica de la responsabilidad objetiva puede inducir a las víctimas a adoptar las precauciones deseables; véase BROWN (1973). No obstante, por simplificar, el comportamiento de las víctimas queda fuera del alcance de este artículo.

(20) A la hora de considerar los costes administrativos de aplicar la responsabilidad objetiva (y, unas líneas más abajo, la regla de la negligencia), debería tenerse en cuenta que la gran mayoría de los casos se sustancian con acuerdos extrajudiciales, lo que reduce considerablemente los costes administrativos.

(21) Aunque he analizado en este párrafo los factores mitigadores del efecto de la responsabilidad, también existen factores que podrían actuar como agravantes de la responsabilidad, como los sesgos de los jueces a fallar en contra del demandado cuando este es una empresa. Tales factores agravantes de la responsabilidad no son presumiblemente intrínsecos al sistema de responsabilidad, pero, en la práctica, la realidad es que reducen probablemente su valor social.

(22) Por aclarar, permítanme que demuestre que el impuesto que paga una persona

superará la responsabilidad esperada, suponiendo que el posible daño h causado pudiera exceder de los activos a . Sea h una variable que sigue una distribución continua entre 0 y cierto valor máximo m , donde $0 < a < m$. El impuesto t que paga la persona es $\min(0, E(h))$. El pago de la responsabilidad efectuado por la persona es $\min(a, h)$, con lo que la responsabilidad esperada es $E(l) = E(\min(0, h)) < E(h)$. Si $E(h) < a$, con lo que $t = E(h) > E(t)$. Por contraste, si $E(h) > a$, entonces $t = a > E(\min(0, h)) = E(l)$. (Obsérvese que $a > E(\min(0, h))$ se cumple ya que $\min(a, h) < a$ para $h < a$). Por consiguiente, $E(l) < t$.

(23) Pese a esta conclusión, un evaluador hizo la interesante observación de que cuando las partes suscriben un seguro de responsabilidad civil, pagan primas en función de su cobertura esperada (de modo que las primas de los seguros de responsabilidad civil se asemejan a los impuestos en que reflejan el daño esperado). Dicho de otro modo, un régimen de responsabilidad no debería concebirse como una alternativa clara a un régimen impositivo porque lleva asociados pagos de primas semejantes a un impuesto. No obstante, debería señalarse que las responsabilidades genera otros incentivos además de los implícitos en las primas de seguros, puesto que la cobertura de los seguros de responsabilidad civil tiende a ser incompleta (las pólizas incluyen con frecuencia franquicias y cláusulas de coaseguro y, por regla general, no compensan por el tiempo perdido en dirimir las controversias), la cobertura queda a menudo reducida si se demuestra que la parte asegurada actuó con imprudencia, y la renovación de la cobertura por el asegurador podría denegarse como consecuencia de un siniestro.

(24) Para más detalles sobre la definición y utilización de la regla de la negligencia, véase, por ejemplo, DOBBS (2000: 257-273). La regla de la negligencia es la forma dominante de la responsabilidad en el Derecho civil extracontractual (*tort*), limitándose el empleo de la responsabilidad objetiva a una esfera bastante reducida; véase DOBBS (2000: 941-968).

(25) Este problema con la regla de la negligencia fue inicialmente desarrollado en SHAVELL (1980).

(26) La ventaja en cuanto a costes administrativos de la regla de la negligencia explica por qué podría resultar socialmente rentable utilizar dicha regla, pero no compensar socialmente incorporar niveles de cuidado en el cálculo del impuesto.

(27) Con todo, estos problemas diluyen los incentivos en menor grado en un esquema basado en la regla de la negligencia que en otro de responsabilidad objetiva (véase SHAVELL, 1987: 167-168).

(28) En SHAVELL (2011) demuestro que, partiendo de hipótesis bastante generales, el uso conjunto de impuesto y responsabilidad objetiva es deseable, y que, como he explicado en el texto, el impuesto debería ser de inferior cuantía al daño esperado.

(29) Otra explicación del uso limitado de los impuestos tiene que ver con la política: son impopulares, porque obligan a los obligados tributarios a realizar pagos. Véase, por ejemplo, REVESZ y STAVINS (2007: 558-561), quienes analizan esta explicación de la falta de uso de los impuestos para el control de la contaminación y el atractivo de la regulación como alternativa. La responsabilidad basada en la negligencia parecería poseer un similar atractivo político a la regulación, pues tanto según la regla de la negligencia como según la regulación, quienes llevan a cabo actividades dañosas no están obligados a realizar pagos si observan ciertos requerimientos estipulados por el Estado. En cambio, la responsabilidad objetiva debería ser políticamente impopular por la misma razón que lo son los impuestos.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAR, Z., y GRIFFIN, J. M. (1976), «Uncertainty and the Choice of Pollution Control Instruments», *Journal of Environmental Economics and Management*, 3: 178-188.
- BAUMOL, W. J., y OATES, W. E. (1988), *The Theory of Environmental Policy*, Cambridge University Press, New York.
- BOVENBERG, A. L., y GOULDER, L. H. (2002), «Environmental Taxation and Regulation», en AUERBACH, A. J. y FELDSTEIN, M. (eds.): *Elandbook of Public Economics*, vol. 3, Elsevier, Amsterdam.
- BROWN, J. (1973), «Toward an Economic Theory of Liability», *Journal of Legal Studies*, 2: 323-349.
- COASE, R. H. (1960), «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics* 3: 1-44.
- DOBBS, D. B. (2000), *The Law of Torts*, West Publishing Co., St. Paul, Minn.
- ELELFAND, G. E.; BERCK, P., y MAULL, T. (2003), «The Theory of Pollution Policy», en MALER, K-G, y VINCENT, J. R. (eds): *Handbook of Environmental Economics*, vol. 1, Elsevier, Amsterdam.
- FARBER, D. A.; FREEMAN, J.; CARLSON, A. E., y FINDLAY, R. W. (2006), *Cases and Materials on Environmental Law*, 7th ed. West Publishing Co., St. Paul, Minn.
- KAPLOW, L., y SHAVELL, S. (2002), «On the Superiority of Corrective Taxes to Quantity Regulation», *American Law and Economics Review*, 4: 1-17.
- LANDES, W. M., y POSNER, R. A. (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- LOGUE, KYLE D. (2010), Coordinating Sanctions in Tort. *Cardozo Law Review*, 31: 2313-2364.

<p>MANKIW, N. G. (2009), <i>Principles of Microeconomics</i>, 5th ed., SouthWestern Cengage Learning, Masón, Ohio.</p> <p>MAS-COLELL, A.; WHINSTON, M. D., y GREEN, J. R. (1995), <i>Microeconomic Theory</i>, Oxford University Press, New York.</p> <p>PIGOU, A. C. (1932), <i>The Economics of Welfare</i>, 4th ed., Macmillan, London.</p> <p>PINDYCK, R. S., y RUBINFELD, D. L. (2009), <i>Microeconomics</i>, 7th, Prentice-Hall, New York.</p> <p>POSNER, R. A. (2007), <i>Economic Analysis of Law</i>, 7th ed., Aspen, New York.</p>	<p>REVESZ, R. L., y STAVINS, R. N. (2007), «Environmental Law», en POLINSKY, M., y SHAVELL, S., (ed.): <i>Handbook of Law and Economics</i>, vol. 1, Elsevier, Amsterdam.</p> <p>SHAVELL, S. (1980), «Strict Liability versus Negligence», <i>Journal of Legal Studies</i>, 9: 1-25.</p> <p>— (1987), <i>Economic Analysis of Accident Law</i>, Elarvard University Press, Cambridge.</p> <p>— (1993), «The Optimal Structure of Law Enforcement», <i>Journal of Law and Economics</i>, 36: 255-287.</p>	<p>— (2011), «Corrective Taxation versus Liability», <i>American Economic Review</i>, 101: 273-276.</p> <p>STAVINS, R. N. (2003), «Experience with Market-Based Environmental Policy Instruments», en MÄLER, K. G. y VINCENT, J. (eds.): <i>Handbook of Environmental Economics</i>, Elsevier Science, Amsterdam.</p> <p>WEITZMAN, M. L. (1974), «Prices vs. Quantities», <i>Review of Economic Studies</i>, 41: 477-491.</p> <p>WHITE, M. J., y WITTMAN, D. (1983), «A Comparison of Taxes, Regulation, and Liability Rules under Imperfect Information», <i>Journal of Legal Studies</i>, 12: 413-425.</p>
---	--	--

CUANTÍA Y PROBABILIDAD SANCIONADORA ÓPTIMAS DADOS UNOS TRIBUNALES REACIOS AL CASTIGO (*)

Nuno GAROUPA

Universidad de Texas A&M

Resumen

La literatura económica sobre el delito y el castigo se ha centrado en la relación de intercambio existente entre la probabilidad y la severidad del castigo, y sugiere que la probabilidad de detección del autor de un hecho sancionable y la cuantía de la penalidad impuesta operan como sustitutos. Ahora bien, dicha literatura supone que los tribunales estarán dispuestos a imponer sanciones máximas. En el presente artículo se argumenta que, suponiendo unas instancias judiciales reticentes al castigo, la política óptima comporta la imposición de sanciones de inferior cuantía. El efecto sobre la probabilidad varía en función de los parámetros del modelo. En concreto, cuando existe una sustancial infraprevisión del delito debido a los elevados costes de detección y de imposición de castigos, la probabilidad también podría disminuir. Se analizan las implicaciones que esto tiene para las políticas públicas.

Palabras clave: delito, probabilidad y severidad de sanciones, imposición de la ley.

Abstract

The economic literature on crime and punishment focuses on the trade-off between probability and severity of punishment, and suggests that detection probability and fines are substitutes. However the literature assumes that courts are willing to enforce maximal fines. In this paper it is shown that, in presence of courts who dislike punishment, the optimal policy involves lower sanctions. The effect on the probability varies with the parameters of the model. In particular, when substantial underdeterrence caused by costly detection and punishment prevails, the probability might also go down. Policy implications are discussed.

Key words: crime, probability and severity of sanctions, law enforcement.

JEL classification: K40.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de que las tasas de delincuencia responden a un cálculo racional de riesgo y beneficio por parte de los actores se le denomina la hipótesis de la prevención (*deterrence hypothesis*). Dicha hipótesis afirma que los sujetos responden significativamente a los incentivos creados por el sistema de justicia penal. De ser cierto esto, aumentar los recursos que la sociedad destina a arrestar, juzgar y castigar a los delincuentes reducirá el número de delitos cometidos y el coste social de los mismos.

Supongamos que existe una clase de delito concreto que deseamos prevenir, por ejemplo, el aparcamiento ilegal. Sería posible reducir, o prácticamente erradicar, el aparcamiento ilegal imponiendo un castigo severo junto a una elevada probabilidad sancionadora. Sin embargo, prevenir el aparcamiento ilegal de este modo podría entrañar un problema de costes. Detectar, juzgar y castigar a los autores de hechos sancionables puede resultar caro. Los responsables políticos deberían poner en la balanza dichos costes y las ventajas de reducir el aparcamiento ilegal (Garoupa, 1997; Polinsky y Shavell, 2000).

En este artículo, el autor reconsidera la combinación «sanción elevada/probabilidad baja» postulada por Becker (1968), según la cual, a la hora de decidir si cometer o no un acto, los sujetos comparan los beneficios que dicho acto conlleva y el castigo esperado. El castigo esperado viene dado por el resultado de multiplicar una sanción monetaria por la probabilidad de detección y de ser castigado. Una sanción constituye una transferencia monetaria gratuita desde el sujeto condenado al Estado. Por contraste, la detección resulta costosa. En consecuencia, a fin de conseguir una prevención óptima, el Estado debería fijar la cuantía de la sanción según el patrimonio total del delincuente y complementarla con la probabilidad apropiada. Esta combinación «sanción elevada/probabilidad baja» nos lleva al siguiente razonamiento: si la riqueza de los sujetos aumenta, el Estado debería elevar la cuantía de la sanción y, al mismo tiempo, reducir la probabilidad de detección. De ese modo, se sigue asegurando una prevención óptima, pero se ahorran recursos destinados a la imposición efectiva de la ley.

Garoupa (2001) ya demostró que este corolario (la sustituibilidad entre la cuantía de la sanción y la probabilidad de ser sancionado) solo se cumple si el óptimo social contempla una prevención del delito

prácticamente total. De existir una sustancial infraprevención de la delincuencia (la sanción esperada es significativamente más baja que el daño social causado por el delito), entre las dos variables se da una relación de complementariedad. Conforme la sanción aumenta, también debería aumentar la probabilidad de detección.

Para entender este resultado, consideremos un caso bastante extremo, en el que el patrimonio del agente es cero. En este caso, la cuantía de la sanción es cero y el valor preventivo es nulo. Así, no tiene sentido en absoluto gastar dinero en perseguir el delito. Conforme aumenta la riqueza de los agentes, también lo hace la cuantía de las sanciones. Ahora ya sí compensa que el Estado se dedique activamente a detectar y castigar las infracciones.

En consecuencia, encontramos una relación complementaria entre sanciones y probabilidad cuando existe una infraprevención considerable (dicho de otro modo, cuando los delincuentes son pobres). Esto contrasta con la sustituibilidad convencional que se cumple si la cuantía de la sanción esperada es pareja al daño social causado por el delito.

El análisis estándar asume implícitamente que los tribunales están dispuestos a implementar sanciones «beckerianas». Sin embargo, supongamos que, al impartir justicia, los tribunales son reacios a imponer castigos severos. Las sanciones máximas podrían inducir un efecto contradictorio. Los tribunales podrían optar por absolver en lugar de castigar con penas extremadamente severas. También podrían considerar la opción de procesar al acusado por un delito más leve para así graduar el castigo aparejado. Claramente, en tales situaciones el castigo severo deja de ser efectivo. Las sanciones deberían ser inferiores para tener en cuenta las preferencias de los tribunales. El impacto sobre la probabilidad sigue el análisis de Garoupa (2001).

Un ejemplo numérico puede arrojar luz sobre las implicaciones del presente análisis. Supongamos que un determinado delito genera un daño valorado en 100. La cuantía máxima de la sanción es de 1.000. Aplicando el principio del multiplicador (que elimina la infraprevención), la probabilidad debería ser igual a 10 por 100. No obstante, debido a los costes aparejados a la imposición de la ley (*enforcement*), la probabilidad óptima debería situarse por debajo del 10 por 100. En un mundo en el que los jueces y tribunales reniegan del castigo y pueden optar por absolver en lugar de condenar, la sanción máxima no puede aplicarse de forma efectiva. Supongamos que la sanción máxima que

los tribunales están dispuestos a aplicar es de 500. Según el principio del multiplicador, ahora la probabilidad debería ser de 20 por 100. En el presente artículo mostramos, siguiendo a Garoupa (2001), que la probabilidad óptima podría de hecho estar por debajo del 10 por 100 debido a los costes de *enforcement*. Cuando se da este resultado, no solo disminuye la severidad del castigo debido a las preferencias judiciales, sino que la probabilidad también desciende en orden a maximizar el bienestar social. En consecuencia, es posible afirmar que, cuando los tribunales son reacios al castigo, puede darse una considerable infraprevención.

El artículo se estructura del siguiente modo: tras la introducción, la sección dos contiene el desarrollo matemático que sustenta los resultados; las aplicaciones y los comentarios finales se presentan en la tercera sección.

II. EL MODELO

Los sujetos con un perfil neutral respecto al riesgo escogen cometer o no un acto que beneficia a su autor en b y perjudica al resto de la sociedad en h . Los responsables de políticas no conocen la b de ningún sujeto, pero sí cuál es la distribución por tipos de agentes especificada por una función general de densidad $g(b)$ con soporte $[0, \infty)$, una distribución acumulada $G(b)$. Algunos actos son socialmente beneficiosos: $h < \infty$.

El Estado elige por su parte una cuantía de sanción f y una probabilidad de detección y condena de p . El gasto necesario en detección y condena a fin de alcanzar una probabilidad p viene dado por $x(p)$, donde $x' > 0$ y $x \ll 0$. La sanción máxima factible es F , que puede verse como análoga a la riqueza máxima de los sujetos. También asumimos que la imposición y el cobro de sanciones no entrañan coste alguno.

La función objetiva a maximizar es la suma de los beneficios obtenidos por los sujetos menos el daño causado por sus actos y los costes de aplicación del derecho penal (Polinsky y Shavell, 2000).

Los sujetos neutrales respecto al riesgo cometen un delito si, y solo si, $b \geq pf$. Tomando en cuenta la elección de cada sujeto de comportarse de forma honrada o delictiva, el bienestar social es igual a:

$$W = \int_{pf}^{\infty} (b-h)dG(b) - x(p)$$

El Estado maximiza la función de bienestar respecto a f (severidad del castigo) y a p (probabilidad del castigo) sujeto a la condición $f \leq F$. Estudiamos soluciones no triviales. Por tanto, ignoramos las siguientes restricciones: $f \geq 0$ y $0 \leq p \leq 1$. Suponemos que estas restricciones no son vinculantes. El presupuesto del sector público se financia a través de los ingresos tributarios que se pagan de una sola vez.

Proposición 1

- (1) La sanción óptima es la sanción máxima F .
- (2) La probabilidad óptima de detección y condena p^* satisface $F(h - p^*F)g(p^*F) = x'(p^*)$.
- (3) Cierta infraprevención es óptima: $p^*F < h$.

Prueba de la proposición 1

Véase Garoupa (2001).

Esta proposición introduce formalmente el argumento postulado por Becker.

Supongamos ahora que los tribunales no se muestran dispuestos a aplicar una sanción superior a F' . En otras palabras, si la sanción óptima es mayor que F' , los tribunales preferirán absolver a condenar (1).

Proposición 2

- (1) La sanción óptima es la sanción preferida por el tribunal y equivale a F' .
- (2) La probabilidad óptima de detección y condena p' satisface $F'(h - p'F')g(p'F') = x'(p')$.
- (3) Cierta infraprevención siguen siendo óptima: $p'F' < h$.

Prueba de la proposición 2

Supongamos que el Estado decreta que la sanción máxima es F . Los tribunales absolverán a los delincuentes y el bienestar social será mínimo, con la sanción esperada igual a cero. En consecuencia, siguiendo el mismo razonamiento de la Proposición 1, la cuantía de la sanción óptima debería ser F' y la probabilidad ajustarse convenientemente.

La indisposición de los tribunales a imponer castigos severos obliga a que las sanciones se rebajen. La pregunta que se deriva de ello es en qué medida aumenta la probabilidad para compensar: ¿es p^* mayor o menor que p' ?

Sabemos por Garoupa (2001) que la probabilidad óptima no disminuye necesariamente conforme aumentan las sanciones. Supongamos por un momento que el coste marginal del castigo es cero. Sabemos que $p^*F = p'F' = h$. Por consiguiente, cuando el coste marginal del castigo es cero, no se cumple necesariamente que $p^* < p'$. Por analogía de razonamiento, para que $p^* > p'$ sea una posibilidad, debe cumplirse que el valor del coste marginal del castigo sea significativamente relevante. Al igual que en Garoupa (2001), esa podría ser la consecuencia de una reducción de las sanciones que convierta a la detección en relativamente más cara (2).

Si la sanción original es elevada, el nivel de prevención es igualmente alto y la diferencia entre la internalización plena del daño y la prevención óptima es pequeña. Cuando la sanción es baja, la probabilidad p debería elevarse, dando como resultado el mismo nivel de prevención, pero con unos costes de *enforcement* superiores. Esta es la relación de intercambio enunciada por Becker.

No obstante, si la nueva sanción es muy baja, el nivel de prevención es asimismo muy bajo. En ese caso, un descenso de la cuantía de la sanción disminuye considerablemente el valor disuasorio de cualquier probabilidad dada, y, por tanto, hace que resulte más rentable simplemente reducir p . Así, en este rango de parámetros, la probabilidad y la magnitud de las sanciones son variables complementarias en vez de sustitutivas.

Resumiendo, cuando los tribunales son propensos a no castigar, podríamos observar reducciones simultáneas de la severidad y la probabilidad del castigo.

Consideremos ahora la siguiente extensión del modelo. Supongamos que los tribunales que muestran poca disposición a aplicar una sanción superior a F' son solo un porcentaje del total, representado por β . Dicho de otro modo, si la sanción óptima es mayor que F' , una fracción β de los tribunales preferirá absolver a condenar.

Por un momento, planteémonos el caso de que el *enforcement* no entraña coste alguno. Por la premisa utilizada, sabemos que la sanción esperada

igual al daño. Por tanto, el Estado debe optar por una de las dos siguientes soluciones:

(a) Solución A: la sanción es igual a F' y la probabilidad es simplemente h/F' .

(b) Solución B: la sanción es igual a F , la sanción media es $(1-\beta)F$ debido a que el porcentaje β restante de tribunales establecen una sanción de cero y la probabilidad es $h/(1-\beta)F$.

Proposición 3

Cuando el *enforcement* no entraña coste alguno,

(1) El Estado es indiferente entre una solución A y otra solución B.

(2) La probabilidad óptima de detección es menor en la solución A si $\beta > 1 - F'/F$.

(3) Existe prevención absoluta.

Prueba de la proposición 3

Puesto que el *enforcement* no entraña ningún coste y ambas soluciones garantizan que la sanción esperada iguala el daño, son equivalentes. La diferencia entre las probabilidades de detección está determinada por F' y $(1-\beta)F$.

Si el porcentaje de tribunales con aversión a aplicar castigos es elevado, F' es mayor que $(1-\beta)F$ y, por consiguiente, la probabilidad es más baja en la solución A. Lo contrario sucede si el porcentaje de tribunales reacios al castigo es bajo.

Cuando el *enforcement* resulta caro, los resultados son más intrincados, ya que las probabilidades óptimas deberían tener en consideración los costes de *enforcement*. No obstante, podemos dejarnos guiar por nuestra intuición. Por un momento, supongamos que la prevención absoluta sigue siendo el óptimo. El Estado debería favorecer una solución A cuando la probabilidad es inferior, esto es, cuando F' es mayor que $(1-\beta)F$. En el resto de casos, el Estado debería favorecer la solución B.

Podemos ofrecer una interpretación inmediata de las principales conclusiones. Supongamos, inicialmente, que un gran número de tribunales se muestran reticentes a castigar. Entonces, la solución A es más apropiada, con una sanción menos

severa expresada por F' (inferior a F) y una menor probabilidad expresada por h/F' . A medida que pasa el tiempo, imaginemos que el Estado privilegia en su selección a jueces proclives al castigo, o supongamos que el anuncio de una postura más draconiana en la aplicación de la ley induzca un patrón de autoselección por el que aquellas personas con una pauta más proclive al castigo tienen más probabilidades de llegar a convertirse en jueces. En cierto punto, se cruza el umbral $1 - F'/F$. Ahora, la solución B es más apropiada. La sanción máxima debería imponerse (aun cuando un pequeño porcentaje β se desviaría y absolvería a los autores de hechos sancionables). La probabilidad viene dada por $h/(1-\beta)F$.

Otra forma de observar nuestra interpretación sugerida es diciendo que a medida que un mayor número de tribunales renuncian al castigo, las sanciones disminuyen y la probabilidad aumenta, inicialmente como función de β y más tarde simplemente expresada por h/F' .

A medida que las probabilidades deben ajustarse para reflejar una prevención incompleta tal y como muestra la Proposición 2, siguiendo a Garoupa (2001), la política óptima exige necesariamente aplicar un planteamiento más matizado.

III. APLICACIONES Y COMENTARIOS FINALES

En el presente artículo, se expone que cuando los tribunales son aversos al castigo, las sanciones tienden naturalmente a descender. También se argumenta que la relación de intercambio entre probabilidad sancionadora y severidad del castigo impuesto podría no ser compatible con una aplicación óptima de la ley en aquellos casos en que se da una infraprevención sustancial. Cuando las sanciones son lo suficientemente elevadas, nos acercamos a una prevención total (la externalidad negativa es plenamente internalizada por el actor). A medida que disminuye la cuantía de la sanción, la probabilidad debe elevarse para conseguir el mismo nivel de prevención, pero con unos costes de *enforcement* más significativos. No obstante, cuando las sanciones son bajas, se produce una considerable infraprevención. Al disminuir las sanciones, también debería reducirse la probabilidad, con lo que se generan nuevas pérdidas en la capacidad de prevención del delito.

Existen importantes aplicaciones a partir del modelo básico desarrollado en el presente. Primero,

la reforma del derecho penal no puede ser ajena al grado de predisposición de los jueces a imponer sanciones más duras. Según nuestro análisis, unas sanciones severas podrían inducir más absoluciones, erosionando de ese modo las reformas que buscan una mayor rigurosidad en la aplicación de la ley. Segundo, los resultados sugieren una considerable preocupación sobre la economía política de la cuantía de las sanciones penales. La prevalencia de jueces liberales opuestos a imponer castigos severos, al combinarse con una postura draconiana a favor de la aplicación de la ley por parte del Estado, podría redundar simultáneamente en una reducción de la probabilidad y la severidad del castigo. Tercero, las preferencias judiciales pueden menoscabar las directrices sentenciadoras de los tribunales y otras políticas sancionadoras generales, provocando efectos adversos en la prevención de la delincuencia.

Otro campo de aplicación de estos resultados es la regulación. La discrepancia entre los reguladores y los tribunales acerca de la cuantía adecuada de las sanciones podría reducir no solo la pena regulatoria efectivamente aplicada, sino también los incentivos a imponer el cumplimiento de la regulación. Cuando los reguladores son más exigentes que los tribunales, podríamos terminar con menores sanciones y probabilidades más bajas en contextos

de significativa infraprevisión. De hecho, nuestro análisis sugiere que el hecho de que las decisiones regulatorias se vean con frecuencia revocadas por las sentencias judiciales, como hemos observado en algunas jurisdicciones, no puede solucionarse con una escalada al alza de las sanciones.

NOTAS

(*) El autor agradece las valiosas sugerencias de los participantes en el seminario organizado por Funcas. Rigen los descargos y exoneraciones de responsabilidad habituales.

(1) Este es un modelo de aplicación del derecho penal con falsos negativos. A diferencia de la literatura precedente (POLINSKY y SHAVELL, 2000) donde los falsos negativos son exógenos, en esta versión son endógenos a la política sancionadora.

(2) Matemáticamente, obsérvese que el coste marginal $x'(\rho)$ se divide entre $g(pff)$.

BIBLIOGRAFÍA

- BECKER, G. S. (1968), «Crime and punishment: an economic approach», *Journal of Political Economy*, 76: 169-217.
- GAROUPA, N. (1997), «The theory of optimal law enforcement», *Journal of Economic Surveys*, 11: 267-295.
- (2001), «Optimal magnitude and probability of fine», *European Economic Review*, 45: 1765-1771.
- POLINSKY, A. M., y SHAVELL, S. (2000), «The economic theory of public enforcement of law», *Journal of Economic Literature*, 38: 45-77.

Resumen

Este artículo analiza cómo se resolvieron, entre los años 2006 y 2010, los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo por casos de negligencia médica en España. La primera sección ofrece una breve introducción sobre el problema de las negligencias médicas. En la segunda sección se describe el conjunto de datos analizados y se realiza un repaso de los principales resultados contenidos en anteriores trabajos de Amaral-García y Garoupa (2015) y Amaral-García (2015a). En el primero de dichos trabajos, los autores se preguntan si los tribunales contencioso-administrativos, al juzgar casos de negligencias médicas que afectan a un hospital del sistema público de salud, muestran un sesgo a favor de la Administración Pública. El segundo trabajo analiza los daños no patrimoniales con el objetivo de contrastar si existen diferencias entre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el civil, esto es, si los tribunales establecen diferentes compensaciones por daños no patrimoniales a favor de los pacientes que sufrieron lesiones en hospitales dependiendo de si estos eran públicos o privados. La tercera sección identifica en qué especialidades médicas se genera una mayor litigiosidad, y realiza una comparación con otras jurisdicciones. La sección cuarta de este artículo analiza el impacto de las reformas legales de 1998 y 1999 encaminadas a reducir la duración de los procesos judiciales. El artículo se cierra con la presentación de las conclusiones en la quinta sección.

Palabras clave: negligencia médica, daños no patrimoniales, tabla baremos, Tribunal Supremo español, jurisdicción contencioso-administrativa, jurisdicción civil, litigio.

Abstract

This short paper focuses on outcomes of medical malpractice claims decided by the Spanish Supreme Court from 2006 until 2010. Section 1 provides a brief introduction to the problem of medical malpractice. Section 2 describes the dataset and provides an overview of the main results in Amaral-García and Garoupa (2015) and in Amaral-García (2015a). The former assesses whether administrative courts can favor the government (i.e., whenever the medical accident took place in a public hospital) in medical malpractice cases. The later focuses on non-economic damages and tests for differences between administrative and civil decisions (in general terms, it tests whether courts award different non-economic amounts to patients suffering harm in public and private hospitals). Section 3 briefly considers which medical specialties are more commonly sued and makes a comparison with other jurisdictions. Section 4 analyses the impact of legal reforms introduced in 1998 and 1999, which aimed at reducing the duration of legal claims. Finally, conclusions are presented in section 5.

Key words: medical malpractice, non-economic damages, scheduled damages, Spanish Supreme Court, administrative and civil jurisdictions, litigation.

JEL classification: K13, K32, K41.

EL TRIBUNAL SUPREMO Y LOS CASOS POR NEGLIGENCIAS MÉDICAS EN ESPAÑA

Sofía AMARAL-GARCÍA

DIW Berlin

I. INTRODUCCIÓN

ES algo casi cotidiano que los pacientes se sometan a tratamientos médicos. En términos generales, los pacientes hoy en día suelen estar mejor informados sobre las terapias disponibles, muestran más interés en conocer los tratamientos médicos y disfrutan de una esperanza de vida más larga (1). En algunos casos, los pacientes sufren lesiones como consecuencia de errores médicos ocurridos durante el tratamiento. Los errores médicos causan daño a los pacientes y a sus familias, pero también pueden tener importantes repercusiones para el facultativo o profesional sanitario que los atendió. Conforme los pacientes van tomando una mayor conciencia de sus derechos, podría aumentar su predisposición a hacer valer judicialmente dichos derechos ante daños o lesiones resultantes de un tratamiento médico.

Los accidentes médicos comportan un elevado coste por varios motivos; además del evidente sufrimiento humano y de la pérdida potencial de ingresos asociada al daño sufrido, suelen existir otros costes relacionados con la asistencia médica prestada a la parte afectada. Los pacientes pueden interponer una demanda contra el hospital y el médico que presuntamente causaron el daño. Todos estos factores se suman a los costes del sistema sanitario, que durante las últimas décadas han mostrado una tendencia al alza.

Cuando un demandante que ha sufrido lesiones decide emprender acciones legales, tres son las cuestiones de obligada comprobación para determinar la posible negligencia médica: si se produjo un daño, si hubo culpa (es decir, si la actuación puede encuadrarse dentro de una conducta negligente) y si entre ambas existe una relación de causalidad (Sloan y Hsieh, 1990). Demostrar la existencia de daño suele ser la parte más sencilla para imputar responsabilidad médica, ya que es de esperar que los demandantes presenten la demanda precisamente porque han sufrido una lesión y el daño sea fácilmente observable. También se requiere probar la negligencia, lo que conlleva demostrar que se faltó al deber de cuidado o precaución exigible en tratamientos similares. En medicina coexisten diferentes escuelas de pensamiento, lo que hace que las opiniones respecto a si un tipo concreto de atención médica es o no negligente no siempre coincidan. Por último, los demandantes deben demostrar que el tratamiento suministrado, u omitido, fue la causa que provocó el daño. Demostrar dicha cadena causal entraña especial dificultad en los casos de negligencia médica: cuando un paciente se somete a cuidados médicos es porque ya está enfermo o padece una afección. Además, el paciente que inicia acciones legales no tiene disponible el argumento contrafactual, pues resulta imposible

saber con certeza qué hubiera pasado de no haberse sometido a dicho tratamiento.

Hay evidencias de que solo un número reducido de pacientes afectados por lesiones acuden a la justicia contra médicos y hospitales (HMPS, 1990; Studdert *et al.*, 2006). Además, el propio diseño del sistema de responsabilidad supone claramente ciertos desincentivos para que el paciente decida interponer una demanda. Los costes inherentes al proceso de litigar, el tiempo (Rickman y Fenn, 2001; Studdert *et al.*, 2004; Hyman y Silver, 2006) que pasa hasta que se dicta la sentencia y la compensación que los pacientes pueden esperar obtener en caso de ser esta favorable son algunas de las variables que influyen en la decisión de ir o no a juicio. La gravedad de las lesiones sufridas es una variable esencial para establecer la cuantía de la indemnización en caso de concederse al paciente derecho a compensación. Si además se tiene en cuenta que litigar implica costes y una larga espera, presentar una demanda resultará más atractivo para pacientes que sufrieron lesiones graves (2).

En los últimos años, varios estudios han abordado las negligencias médicas (3), un área de investigación que había captado la atención de estudiosos de distintas procedencias, como *Law and Economics*, medicina, derecho del sector sanitario o economía de la salud. Una serie de estudios empíricos hasta la fecha se han enfocado en datos procedentes de EE.UU. para analizar los diferentes problemas relacionados con los accidentes médicos y la adopción de acciones legales. La literatura empírica publicada desde el año 2000 para la experiencia esta-

dounidense presenta algunos resultados interesantes sobre la capacidad del sistema de responsabilidad civil extracontractual (*tort system*) para generar decisiones correctas en el campo de las negligencias médicas. Por ejemplo, Spurr y Howze (2001) concluyen que la conducta culposa del demandado es la única variable significativa para predecir si los demandantes desistirán de su pretensión de ser indemnizados o aceptarán un acuerdo extrajudicial. Peeples, Harris y Metzloff (2002) encontraron una fuerte correlación entre el cumplimiento del deber de cuidado y la aceptación de un acuerdo extrajudicial.

Studdert *et al.* (2006) analizó una muestra aleatoria de 1.452 demandas por negligencia resueltas entre 1984 y 2004. De los expedientes revisados, el 97 por 100 entrañaron lesiones para el paciente, determinándose que en un 63 por 100 de los casos hubo negligencia del personal médico. De hecho, un 73 por 100 de dichos casos se resolvieron con la imposición de compensaciones económicas. En cuanto a los casos que comportaron lesiones, pero en los que no medió error alguno del personal médico, en un 28 por 100 se procedió al pago de una indemnización. Esto significa que «[e]n total, el 73 por 100 (1.054 de 1.441) de todas las demandas que se consideraron fundadas tuvieron un desenlace concordante con los fundamentos de la misma». También se encontraron datos interesantes en lo que respecta a los casos que resultaron en lesiones: el 80 por 100 de las demandas implicaron lesiones causantes de una discapacidad significativa, gran discapacidad o muerte; el plazo medio transcurrido entre el acaecimiento de la lesión y la presentación de la demanda fue de cinco años; un

pequeño porcentaje de los expedientes llegaron a juicio, y en tales casos, los demandantes rara vez consiguieron indemnizaciones por daños. Studdert y Mello (2007) utilizan la misma muestra para determinar los predictores de desenlaces discordantes; es decir, aquellos casos en los que la sentencia del órgano revisor revocó el fallo de la instancia anterior. Los pagos de indemnización en demandas en las que no hubo error médico son más frecuentes cuando se refieren a niños pequeños, enfermeros demandados, lesiones graves, lesiones de obstetricia o varios codemandados institucionales. Además, la probabilidad de recibir indemnización fue menor en demandas en las que no se apreció error médico cuando estas concernían a demandantes mayores, cirujanos ortopédicos, lesiones emocionales, alegaciones de fallos o retrasos en el diagnóstico, y en las demandas que no se resolvieron extrajudicialmente y llegaron a juicio. La principal conclusión del estudio fue que alrededor de uno de cada cuatro casos presentó discordancia entre el desenlace (la sentencia) y los fundamentos de la demanda. Aunque los autores identificaron varias diferencias en términos de desenlace discordante —concretado en el pago de indemnización en reclamaciones donde no hubo error médico y falta de pago de indemnización en reclamaciones donde sí lo hubo—, el único predictor significativo presente en ambos tipos de desenlace discordante fue la resolución de la demanda por el juez. Por tanto, de este hallazgo cabe inferir que no es cierta la presunción de que los jueces sean demasiado generosos con los demandantes cuando un caso de negligencia médica llega a la sala de vistas.

Pese a la amplia literatura empírica existente actualmente,

en particular en EE.UU., se conoce más bien poco sobre el proceso judicial por negligencias médicas en los países de *Civil Law* (la mayoría de los del mundo). Un análisis que pretenda ser exhaustivo debería incluir diversas variables, pero estas no suelen estar en general disponibles para el público o los investigadores. Por ejemplo, a fin de trazar una imagen completa del estado actual de los accidentes médicos y del proceso judicial, necesitaríamos saber, entre otras cosas: cuántos tratamientos médicos resultaron en lesiones; cuántas de dichas lesiones se debieron a negligencia del personal médico y cuántas lesiones tuvieron como causa directa el tratamiento médico aplicado; cuántos pacientes demandan a sus médicos y hospitales; cuántos demandantes obtienen compensación (y en cuántos casos es correcto, es decir, cuántos obtienen compensación porque el daño se debió efectivamente a la negligencia médica causante del mismo, y cuántos no obtienen compensación porque el daño no se debió a negligencia médica, o el tratamiento no fue el causante de la lesión); cuánta compensación están obteniendo los demandantes, controlando por el nivel de daño sufrido y otras características, como la edad.

La seguridad de los servicios sanitarios saltó finalmente al primer plano del debate sobre políticas públicas (véase Baker, 2004) tras publicarse el informe del U.S. Institute of Medicine (2000), que estimaba que más gente moría en EE.UU. por errores médicos que por cáncer de mama, accidente de carretera o sida. Influidos por ello, algunos países realizaron estudios para estimar los eventos adversos en los hospitales. Las estimaciones para España cifran en alrede-

dor del 8,4 por 100 el número de pacientes que sufrieron algún evento adverso mientras eran atendidos en un hospital, considerándose que más del 40 por 100 de estos casos fueron evitables (Aranaz-Andrés *et al.*, 2008). Estas cifras están en línea con los resultados para otros países, si bien no resulta fácil obtener estimaciones fiables (para una revisión de estos estudios, véase Amaral-García, 2011). Un informe más reciente del U.S. Institute of Medicine (2007) estimó que en EE.UU. se producen anualmente un total de 1,5 millones de eventos adversos evitables debidos a la medicación. En el caso de España, un estudio estima que casi el 50 por 100 de los eventos adversos en atención primaria se deben a errores relacionados con la medicación (Estudio APEAS, 2008). Mientras tanto, varios gobiernos han puesto en marcha políticas con el objetivo de mejorar la seguridad para los pacientes. Es difícil y prematuro saber si estas iniciativas han tenido una implementación adecuada y han conseguido mejorar la seguridad para los pacientes.

Además de estas iniciativas, estudios empíricos recientes han encontrado una relación entre el comportamiento del médico y la presión ejercida para evitar casos de negligencia. Por ejemplo, cambios en la presión para evitar las negligencias médicas pueden tener un impacto en el procedimiento elegido por el cirujano durante el parto, como demuestran Currie y MacLeod (2008), Frakes (2012) y Shurtz (2014) para el caso estadounidense. Para Italia, Amaral-García, Bertoli y Grembi (2015) también aportan evidencia de cambios en el comportamiento médico. Lo que esta línea de investigación viene a respaldar es que el diseño

del sistema de responsabilidad en el entorno médico puede ser relevante para generar incentivos acordes con la prestación de un cuidado adecuado por parte de los profesionales sanitarios.

II. DATOS ANALIZADOS Y PRINCIPALES HALLAZGOS

Los detalles sobre la muestra analizada y la metodología empírica seguida pueden encontrarse en Amaral-García (2015a) y en Amaral-García y Garoupa (2015). Para datos más pormenorizados sobre la construcción de la muestra, véase Amaral-García (2011). Una vez resumidos y reconciliados los principales resultados de estos estudios, se procederá a analizar la duración de los recursos. El objeto de este ejercicio empírico son las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (para más información, véase Garoupa, Gili y Gómez-Pomar, 2012) en España entre los años 2006 y 2010 respecto a casos de negligencias médicas. La muestra se compone del universo de decisiones en las que el Tribunal Supremo resolvió acerca de casos de (posible) negligencia médica durante el periodo mencionado: 366 decisiones, de las que 113 emanaron de la sala de lo Civil, y 253 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Se recogieron diversas variables, entre ellas: el resultado del caso (es decir, adjudicación o denegación de compensación al demandante), si el Alto Tribunal confirmó o revocó el fallo de la instancia anterior, la parte que realizó la apelación al Tribunal Supremo, la edad y el sexo del paciente, la especialidad médica del facultativo, el nivel de daño o lesiones sufridas (que pueden clasificarse a lo largo de una escala como temporales/emocionales, permanentes menores,

permanentes mayores o muerte), la fecha de la lesión, la fecha en que se dictó la sentencia en la primera instancia y la fecha en que se pronunció el Tribunal Supremo.

Podría surgir alguna duda acerca del uso de esta muestra, referente a por qué en ella solo se incluyen decisiones del Tribunal Supremo, cuando las evidencias en otras jurisdicciones revelan que solo un escaso número de los pacientes afectados emprenden acciones legales y que solo una fracción de dichos pacientes recurre la sentencia ante el Tribunal Supremo. En primer lugar, las decisiones del Tribunal Supremo tienen relevancia porque son fuente de derecho, clarifican la ley, sientan precedente y eliminan las contradicciones que puedan surgir entre las decisiones de los tribunales de instancias inferiores, lo que favorece la visibilidad de los resultados judiciales futuros y permite corregir los posibles errores cometidos en el pasado (Shavell, 2010). Pero es que, además, el recurso ante el Tribunal Supremo es, satisfechos ciertos requisitos, un derecho ciudadano en los países de *Civil Law*, y la mayoría de los costes de litigar ya se han incurrido previamente, lo que reduce las dudas que pudieran caber al respecto de la muestra utilizada. Tercero, y a diferencia de las decisiones de los tribunales de instancias inferiores, el universo de las decisiones del Tribunal Supremo está disponible para el investigador. Esto es relevante ya que, en caso de realizar un análisis de las decisiones de las instancias jurisdiccionales inferiores, la muestra estaría sesgada (4). Por último, la idea de estos estudios, más que explicar el fenómeno de la litigiosidad médica, era comparar las decisiones dictadas por la Sala

de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Por consiguiente, esto despeja las dudas en torno a un posible sesgo en la selección de la muestra.

En España, de forma parecida a lo que sucede en otros países de Europa continental, los pacientes pueden acceder a tratamiento médico en hospitales tanto públicos como privados (5). En caso de optar por litigar, pueden poner una demanda en los tribunales contencioso-administrativos (para más información sobre tribunales contencioso-administrativos, véase Amara-García, 2015c) si el accidente médico tuvo lugar en un hospital público, o bien en los tribunales de lo civil si este ocurrió en un hospital privado (6). La distinción entre las jurisdicciones contencioso-administrativa y civil puede generar el temor a que demandantes y demandados puedan recibir un distinto trato en ambos (véase Gómez-Pomar y Sánchez Álvarez, 2006). Dado que en los casos interpuestos en la jurisdicción contencioso-administrativa el demandado es la Administración Pública, cabría temer cierto sesgo entre los jueces a favor de la Administración a la hora de dictar sentencia (véase Dari-Mattiacci, Garoupa y Gómez-Pomar, 2010).

Amaral-García y Garoupa (2015) han tratado de contrastar la existencia de un sesgo a favor de la Administración Pública (es decir, la parte demandada) por parte de los tribunales contencioso-administrativos en los casos de negligencias médicas que llegaron a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. La estrategia empírica en este trabajo se basa en las semejanzas existentes entre los magistrados de las salas de lo Contencioso-Administrativo

y de lo Civil del Supremo, así como en el mecanismo de corrección de errores gracias a la posibilidad de acudir a una segunda instancia para solicitar la revisión de las resoluciones judiciales. Además, hay paralelismos fundamentales en cuanto al procedimiento legal seguido en la práctica (incluidas las causas que justifican la revocación o anulación de la sentencia recurrida) en los casos de negligencia médica por la vía contencioso-administrativa y la vía civil, lo que hace posible la comparación entre ambas. Como se explica más en detalle en el trabajo original, el análisis parte de dos premisas: i) en el Tribunal Supremo de España, la composición de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, y el comportamiento de dichos magistrados, no difieren sustantivamente de los de la Sala de lo Civil; ii) en presencia de un sesgo a favor del demandado, cabría esperar que el Tribunal Supremo corrigiera dicha característica a través del proceso de apelación. Por tanto, de existir un sesgo a favor de la Administración Pública en los tribunales de instancias inferiores, el Tribunal Supremo debería ser capaz de corregir dicho sesgo, lo que se traduciría en un porcentaje significativamente más alto de sentencias revocatorias y anulatorias en apelación en la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sin embargo, cuando se analizan las decisiones del Alto Tribunal entre 2006 y 2010, no se evidencia dicho fenómeno. Los autores ofrecen tres explicaciones alternativas para los resultados: la primera es que no se observó ningún sesgo porque los casos dirimidos en los órdenes jurisdiccionales de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo difieren fundamentalmente en aspectos no susceptibles de modelización o, alternativa-

mente, no reflejados en los recursos que llegan en casación o apelación al Tribunal Supremo. Dada la naturaleza del sistema legal y las características conocidas de los casos resueltos por el Tribunal Supremo (no hay una selección de casos por el Tribunal Supremo), esto parece improbable. La segunda explicación es que dicho sesgo existe, pero el Tribunal Supremo no hace nada por corregirlo. La tercera explicación, y la más plausible de todas, es que no existe un sesgo sistemático en los tribunales de lo Contencioso-Administrativo. Los casos de negligencia médica se resuelven aplicando criterios similares en los dos órdenes jurisdiccionales, por lo que el Tribunal Supremo corrige los errores jurídicos, sin correlación alguna con la instancia de procedencia.

Amaral-García (2015a) analizó las variables predictivas del pago de indemnizaciones y compensación en concepto de daños no patrimoniales en los casos de negligencia médica. El objetivo principal era comprender qué características del caso están asociadas con un pago positivo, y contrastar en qué medida los tribunales de lo Contencioso-Administrativo podrían atribuir diferentes cantidades como daños no patrimoniales respecto a los tribunales de lo Civil. Se estimó un modelo en dos partes del siguiente modo: en la primera parte (ecuación de selección) la variable dependiente era una variable ficticia dicotómica que tomaba el valor de uno si el demandante obtenía compensación y cero en caso contrario. En este modelo, se estimaba la probabilidad de obtener compensación, controlando por diversas características relativas al caso, el hospital y el paciente. En la segunda parte (ecuación de resultado) solo se consideraron

los casos que concluyeron con el pago de una indemnización. La variable dependiente, en este caso, fue el logaritmo de la compensación por daños no patrimoniales otorgada al demandante. A continuación se muestran los principales resultados:

— Unos niveles elevados de daños tienen gran capacidad para predecir el pago de compensación. No obstante, la compensación fue denegada en alrededor de una tercera parte de los casos con este nivel de daños. Por tanto, el hecho de haber sufrido una lesión de considerable gravedad no es en sí misma condición suficiente para obtener compensación.

— Existe mayor probabilidad de obtener compensación en el caso de que la decisión del órgano jurisdiccional inferior ya haya establecido una compensación. Esto respalda la idea de que la mayoría de los recursos en los países de *Civil Law* tienden ser desestimados (Shavell, 2010), es decir, el Tribunal Supremo tiende a confirmar la resolución recurrida.

— La probabilidad de obtener compensación en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no difiere de un modo estadísticamente significativo de la de los casos vistos en la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

— La cuantía de daños no patrimoniales concedida por la Sala de lo Civil y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no difieren de un modo estadísticamente significativo.

Estas conclusiones demuestran ser robustas, pues resisten a dos pruebas de comprobación. La primera consistió en estimar con un procedimiento de

matching el efecto de los tribunales administrativos; la segunda consistió en un ejercicio de simulación que evaluó la compensación contrafactual.

III. ESPECIALIDADES MÉDICAS

Pasemos ahora a considerar la especialidad médica ejercida por el facultativo que presuntamente incurrió en el comportamiento negligente durante la prestación de los cuidados. En el periodo al que se refiere este estudio, la obstetricia/ginecología es la especialidad en la que se registra el mayor número de recursos ante el Tribunal Supremo (89 recursos), seguida por neurocirugía y ortopedia (85 recursos). Los estudios de otras jurisdicciones coincidieron en señalar a estas como las especialidades generalmente objeto de más demandas. Para Italia, Grembi y Garoupa (2013) encuentran que las especialidades con una mayor tasa de demandas en casos civiles que llegaron al Tribunal de Casación fueron obstetricia/ginecología (30 por 100), cirugía (17 por 100) y ortopedia (11 por 100). Para EE.UU., Studdert *et al.* (2006) concluyen que, en su muestra analizada, las especialidades más frecuentemente objeto de demandas fueron las de obstetricia-ginecología (19 por 100) seguidas de cirugía general (17 por 100) y cuidados en centros de atención primaria (16 por 100). Klick y Stratmann (2007) identifican diez especialidades con las mayores cantidades de indemnización medias por facultativo por negligencia médica: cirugía neurológica, cirugía torácica, obstetricia y ginecología, medicina general, urgencias, cirugía plástica, radiología, anestesiología, ciru-

gía general y enfermedad cardiovascular.

Una proporción significativa de los casos que llegan al Tribunal Supremo y que afectan a las especialidades de obstetricia-ginecología están relacionados con daños durante el parto. Esto está en línea con los resultados que Gómez-Durán *et al.* (2013) obtuvieron para Cataluña. Además, aunque la mayoría de las demandas que afectan a la especialidad de obstetricia están relacionadas con los cuidados a los recién nacidos, la mayoría de las demandas contra neurocirujanos y ortopedas tienen que ver con la atención prestada a adultos, y en ellas, suelen concurrir niveles elevados de daños. No obstante, no todas las demandas con los niveles más graves de daños se sustanciaron con una compensación por las lesiones sufridas.

IV. LAS REFORMAS DE 1998 Y 1999

Además del resultado final de la demanda, existe otro factor relevante para el proceso: el tiempo que media hasta que se resuelve la disputa. Las dilaciones en el sistema judicial pueden ser costosas no solo para los pacientes afectados y sus familias, sino también para los profesionales y servicios sanitarios. Las dilaciones pueden distorsionar los incentivos de los pacientes a interponer demandas o los incentivos de los causantes a evitar los accidentes, lo que es preocupante. De hecho, el efecto disuasorio podría verse socavado si los justiciables por delito o responsabilidad civil extracontractual son conscientes de la lentitud de la justicia en resolver los casos. La duración de las demandas judiciales ha llevado a varios estados de EE.UU. a aplicar reformas

dirigidas a reducir las demoras. Durante las décadas de los años setenta y los ochenta muchos estados adoptaron leyes para agilizar la tramitación judicial de los expedientes por negligencia médica (Hughes y Savoca, 1997).

La percepción de que los retrasos en los sistemas judiciales son excesivos no es exclusiva de EE.UU. De hecho, los países con Derecho de raíz romana suelen ser conscientes de dicho problema. En Italia, se llevaron a cabo reformas, pese a que no consiguieron los efectos deseados (Grembi y Garoupa, 2013). En España también se tuvo la percepción de que los retrasos en el sistema judicial eran excesivos. En 1998 y 1999 se aprobaron sendas reformas encaminadas a reducir los retrasos del sistema judicial: la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y la Ley 4/1999, de 13 de enero. La reforma de 1998 otorgó claramente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia exclusiva para conocer sobre los casos de responsabilidad que afectan a la Administración Pública, prohibiendo a las instancias civiles entrar a enjuiciar dichos casos. Pocos meses después, en 1999, se introdujo un nuevo paquete legislativo, declarando que la responsabilidad médica en casos concernientes a las instituciones de la Seguridad Social debía asimismo dirimirse en la jurisdicción contencioso-administrativa. La principal motivación alegada por el legislador para aplicar tales reformas fue el extraordinario incremento de la litigiosidad entre los ciudadanos y la Administración Pública que provocaba demoras al sistema judicial (7).

En esta sección, se realiza un análisis de supervivencia para tes-

tar si las reformas consiguieron el efecto deseado, es decir, si se ha reducido la duración de los procesos. No es posible entrar a considerar otros efectos potenciales de la reforma. Por ejemplo, las partes afectadas o agraviadas podrían desistir de interponer demandas contra hospitales públicos al haberseles privado de la opción de elegir la jurisdicción civil. Esto podría tener relevancia si, por ejemplo, los pacientes lesionados creen que la jurisdicción civil adoptaría una solución más favorable para ellos (en cuanto, por ejemplo, a la concesión o no de la compensación solicitada, o a la cantidad de dicha compensación). Otra posibilidad es que los demandantes empezasen a acudir a los tribunales civiles, una jurisdicción que resulta atractiva para ellos debido a las demoras en la jurisdicción contencioso-administrativa y al posible sesgo a favor de la Administración Pública (Gómez-Pomar y Sánchez Álvarez, 2006) (véase también Martín-Casals *et al.*, 2004). Además, no se pueden extraer conclusiones respecto a la calidad de las decisiones judiciales: mayor agilidad no equivale necesariamente a una asignación de recursos más eficiente o a unas mejores resoluciones.

Se consideran dos medidas de duración: por un lado, el tiempo transcurrido desde el accidente médico y el momento en que el Tribunal Supremo dicta una sentencia firme; y por otro, el tiempo transcurrido entre la decisión del tribunal de la instancia inferior (8) y la resolución del Supremo. La acción para exigir la responsabilidad civil por obligaciones derivadas de la culpa o negligencia en España prescribe por el transcurso de un año (9). El *dies a quo* es el día en que la víctima tuvo conocimiento

de las consecuencias del daño, y no el día en que se produjo el accidente médico. Por tanto, el Tribunal realiza una distinción entre daños «permanentes» y «continuados». En el primer tipo de lesiones, las consecuencias

son conocidas, e inmutables; el segundo tipo de daño se caracteriza por el hecho de que hay una evolución, y el paciente podría tener que esperar cierto tiempo hasta que las consecuencias se manifiesten del todo. En la am-

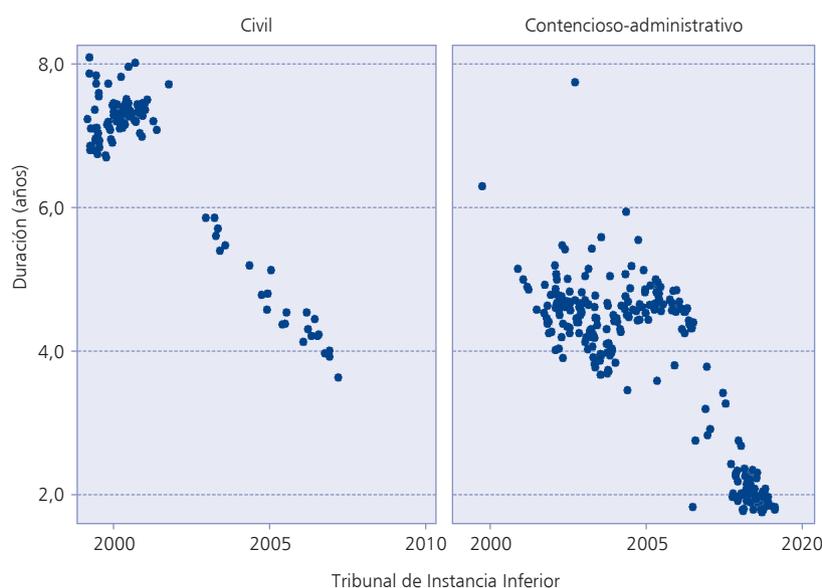
plia mayoría de los asuntos, las lesiones sufridas son del tipo permanente, y se conocen por lo general de inmediato tras la aplicación del tratamiento médico.

La duración entre la decisión del tribunal de primera instancia y la resolución del Supremo para los asuntos anteriores a las reformas tiende a ser menor en la jurisdicción contencioso-administrativa que en la jurisdicción civil (gráfico 1). De media, los asuntos anteriores a la reforma tardaron cuatro años entre la decisión del tribunal contencioso-administrativo y la resolución del Supremo, mientras que se resolvieron en un tiempo medio de siete años en la jurisdicción civil (cuadro n.º 1). Además, aunque la diferencia entre la duración máxima en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo no es muy elevada (8,1 y 7,8 años), existe una diferencia notable entre la duración mínima en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, siendo más del doble para los procesos resueltos en la jurisdicción civil respecto a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La segunda parte del cuadro n.º 1 muestra estadísticas resumidas referentes a los asuntos resueltos tras las reformas. Pese a que la duración de los asuntos vistos en la jurisdicción contencioso-administrativa se ha reducido, la diferencia entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa parece haberse estrechado.

A continuación, analizamos la duración entre el accidente médico y la resolución del Tribunal Supremo (cuadro n.º 2). Las diferencias entre las decisiones en el orden contencioso-administrativo y civil para esta medida de duración parecen ser más pequeñas. Esto sucede cierta-

GRÁFICO 1
DURACIÓN EXPRESADA EN AÑOS ENTRE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA INFERIOR Y LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO (ASUNTOS JUZGADOS EN LOS ÓRDENES CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)



Nota: Cada asunto se representa por un punto.

CUADRO N.º 1

RESUMEN DE ESTADÍSTICAS SOBRE DURACIÓN DE LOS PROCESOS, CONSIDERANDO EL PLAZO DESDE LA DECISIÓN EN PRIMERA INSTANCIA HASTA SU RESOLUCIÓN POR SENTENCIA EN EL SUPREMO

	MEDIA	P25	P50 (MEDIANA)	P75	MÁX.	MÍN.
Antes de las reformas						
Civil	6,99	6,96	7,21	7,44	8,10	4,02
Cont.-A.....	4,21	4,01	4,46	4,68	7,76	1,81
Total	5,32	4,29	4,78	7,12	8,10	1,81
Después de las reformas						
Civil	4,37	4,10	4,35	4,54	5,61	3,64
Cont.-A.....	3,28	1,98	2,92	4,55	5,95	1,76
Total	3,40	2,00	3,87	4,55	5,95	1,76

Nota: La duración es el número total de años transcurridos desde la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia y la resolución del Tribunal Supremo sobre el asunto.

CUADRO N.º 2

RESUMEN DE ESTADÍSTICAS SOBRE DURACIÓN DE LOS PROCESOS, CONSIDERANDO EL PLAZO DESDE EL ACCIDENTE MÉDICO Y LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

	MEDIA	P25	P50 (MEDIANA)	P75	MÍN.	MÁX.
Antes de las reformas						
Civil	13,9	12,1	13,7	15,7	9,8	19,6
Cont.-A.....	12,5	10,6	12,1	14,3	8	18,5
Total	13	11,2	12,9	12,9	8	19,6
Después de las reformas						
Civil	8,9	7,9	8,8	10,1	6,6	10,9
Cont.-A.....	8,8	7,6	8,9	10	5,7	11,5
Total	8,8	7,7	8,9	10	5,7	11,5

Nota: La duración es el número total de años transcurridos desde la lesión médica y la resolución adoptada por el Tribunal Supremo. Se excluyeron algunos valores extremos (la única diferencia relevante si se tienen en cuenta todas las observaciones es la duración máxima de los casos, que es más baja en el cuadro que se muestra arriba).

mente cuando se toman únicamente en consideración asuntos posteriores a las reformas. Sin embargo, conviene hacer una advertencia: la sala de lo Civil del Tribunal Supremo solo ha resuelto 12 asuntos desde la aprobación de las reformas, mientras que la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha dictado sentencia sobre un total de 96 asuntos.

A la hora de analizar la duración de los procesos, hay algunos problemas que tienen que ver con los asuntos incluidos en la muestra (10). En el caso de la muestra estudiada en el presente trabajo, el intervalo considerado va desde 2006 hasta 2010, y solo es posible observar el resultado de los asuntos resueltos por el Tribunal Supremo durante dicho intervalo. Por ejemplo, cabe la posibilidad de que asuntos que ingresaron a la vez que otros pero que, por alguna causa, fueron resueltos de forma más rápida no aparezcan en la muestra ya que la fecha de su resolución es anterior a 2006. Considerando las estadísticas disponibles referidas a la duración de los procesos por negligencia médica, este hecho no parece ser

especialmente problemático a los efectos del presente análisis: es poco probable que un número significativo de asuntos anteriores a las reformas quedaran resueltos por el Tribunal Supremo antes de 2006. De hecho, en 2006, ninguna de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo se refiere a accidentes médicos acontecidos antes de 1998. Más bien parece que el Tribunal Supremo está resolviendo asuntos con una mayor antigüedad y, a medida que la cartera de

casos pendientes va disminuyendo, pasa a tratar los asuntos más recientes.

El cuadro n.º 3 muestra el número total de resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo según la fecha de la decisión del órgano de primera instancia. La información de dicho cuadro corrobora la tesis mencionada. Aunque en 2006 un número significativo de resoluciones del Tribunal Supremo se refirieron a asuntos sobre los que la instancia jurisdiccional anterior emitió una decisión en 1999, a partir de 2008 ya no aparecen asuntos con tanta antigüedad. Además, otro hallazgo interesante de la observación del cuadro es que, en 2006, la más reducida permanencia de los asuntos que ingresaban en el Tribunal Supremo era de cuatro años; es decir, las sentencias eran sobre asuntos en los que la primera instancia jurisdiccional emitió una decisión en 2002 (en un total de 17 asuntos). En 2010, el Tribunal Supremo decidió en apelación un número significativo de asuntos ingresados dos años antes (un total de 49 asuntos cuya decisión en primera instancia se produjo en 2008) e incluso

CUADRO N.º 3

AÑO DE LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DECISIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

AÑO DE LA DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA JURISDICCIONAL	AÑO DE LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO				
	2006	2007	2008	2009	2010
1999	25	13	0	0	0
2000	1	35	12	0	0
2001	14	0	3	1	0
2002	17	24	1	0	1
2003	0	45	12	4	0
2004	0	2	9	18	3
2005	0	0	1	8	20
2006	0	0	1	2	25
2007	0	0	0	5	9
2008	0	0	0	3	49
2009	0	0	0	0	3

tres asuntos procedentes del año anterior (es decir, de 2009).

También existe la posibilidad de que algunos asuntos con fechas similares de acaecimiento de la lesión o de ingreso estén aún pendientes de resolución y, por tanto, no podamos observarlos. Aunque sería necesario disponer de datos respecto a más años para sacar alguna conclusión, es plausible suponer que los asuntos que están aún pendientes tienen más probabilidad de referirse a accidentes médicos acaecidos después de las reformas (véase también el cuadro n.º 3).

El análisis de regresión realizado pretende evaluar el impacto de las reformas y utiliza modelos de supervivencia. El alcance del presente trabajo no me permite desarrollar demasiado estos modelos. El lector interesado puede encontrar una explicación detallada en, por ejemplo, Jones (2007) o Wooldridge (2002). Los modelos de duración se orientan a investigar la duración de un evento. En el presente artículo, la duración del evento es la duración del proceso legal. La premisa básica de este tipo de modelos es la existencia de una función de distribución de riesgos (*hazard function*), que mide la probabilidad de que un individuo fallezca en un momento determinado del tiempo, suponiendo que dicho individuo haya sobrevivido hasta entonces (11). A fin de estimar la función de distribución de riesgos, se utilizan modelos de riesgos proporcionales tanto de tipo Weibull como Cox (12). Los resultados se muestran en los cuadros n.º 4 y n.º 5, que emplean diferentes variables dependientes. En el cuadro n.º 4, el parámetro de duración equivale al lapso transcurrido entre la lesión por el tra-

tamiento médico y la resolución del Tribunal Supremo, en tanto que en el cuadro n.º 5 es la distancia temporal entre la decisión del órgano de primera instancia y la resolución del Tribunal Supremo. Los coeficientes expresan ratios de riesgo y deben interpretarse del siguiente modo: si es mayor que 1, la probabilidad de que el asunto se resuelva antes es más elevada (es decir, la

duración esperada es menor); si es menor que 1, la probabilidad de que el asunto se resuelva antes es más baja (es decir, la duración esperada es mayor).

El resultado más consistente que se obtiene del análisis econométrico es que las reformas están asociadas a una reducción de la duración de los procesos. Se aprecia alguna evidencia a

CUADRO N.º 4

RESULTADOS DE LA REGRESIÓN: LAPSO DE TIEMPO TRANSCURRIDO DESDE LESIÓN POR NEGLIGENCIA MÉDICA Y LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

	(1) WEIBULL	(2) COX	(3) WEIBULL	(4) COX
Cont.-Admvo.	0,864 (0,129)	1,155 (0,171)	0,745 (0,122)	1,034 (0,167)
Posterior a reformas	7,684*** (1,238)	11,77*** (2,119)	9,351*** (1,651)	14,24*** (2,865)
Recién nacidos	1,030 (0,303)	1,059 (0,315)	0,971 (0,304)	1,030 (0,325)
Adultos/mayores	1,471 (0,323)	1,127 (0,242)	1,417 (0,331)	1,083 (0,249)
Hombres.....	0,745* (0,0883)	0,802 (0,0951)	0,710** (0,0918)	0,777 (0,100)
Apelaciones de pacientes.	1,261 (0,191)	1,086 (0,160)	1,190 (0,200)	1,044 (0,169)
Permanente leve.....	0,504** (0,115)	0,641 (0,146)	0,487** (0,127)	0,640 (0,166)
Permanente grave	0,562* (0,143)	0,606* (0,155)	0,552* (0,157)	0,613 (0,175)
Fallecimiento.....	0,832 (0,214)	0,875 (0,223)	0,815 (0,239)	0,889 (0,258)
Obstetricia/Ginecología ...	1,328 (0,249)	1,085 (0,214)	1,435 (0,291)	1,134 (0,242)
Cirugía general.....	0,538** (0,122)	0,768 (0,165)	0,578* (0,141)	0,809 (0,186)
Neuro/Ortopedia	0,791 (0,127)	0,892 (0,140)	0,798 (0,143)	0,934 (0,164)
Anest./Reanimación.....	0,766 (0,232)	0,832 (0,251)	0,745 (0,238)	0,810 (0,258)
Asist. médica urgencias ...	1,108 (0,240)	1,143 (0,243)	1,117 (0,271)	1,149 (0,272)
Dependencia Duración	4,028*** (0,153)		4,144*** (0,174)	
Observaciones.....	355	355	302	302

Nota: coeficientes exponenciados; los errores estándar se muestran entre paréntesis. La variable dependiente es el intervalo de tiempo entre la lesión médica y la resolución del Tribunal Supremo. Coeficientes de los ratios de riesgo: si es mayor que 1 significa una disminución de la duración esperada. Las regresiones 3 y 4 excluyen 2006. * $p < 0,05$, ** $p < 0,01$, *** $p < 0,00$. Los modelos Weibull incluyen una constante. Las regresiones (3) y (4) excluyen las resoluciones judiciales dictadas en 2006.

CUADRO N.º 5

RESULTADOS DE LA REGRESIÓN: LAPSO DE TIEMPO TRANSCURRIDO ENTRE LA DECISIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL DE PRIMERA INSTANCIA Y LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

	(1) WEIBULL	(2) COX	(3) WEIBULL	(4) COX
Cont.-Admvo.	7,927*** (1,426)	9,458*** (1,917)	6,523*** (1,241)	7,715*** (1,655)
Posterior a reformas.....	2,058*** (0,270)	2,010*** (0,271)	2,028*** (0,281)	2,000*** (0,286)
Recién nacidos.....	1,079 (0,334)	1,104 (0,347)	1,002 (0,334)	0,973 (0,330)
Adultos/Mayores.....	0,869 (0,181)	0,856 (0,182)	0,874 (0,193)	0,882 (0,199)
Hombres.....	1,025 (0,118)	1,040 (0,121)	1,045 (0,131)	1,073 (0,136)
Apelaciones de pacientes ..	0,873 (0,127)	0,830 (0,122)	0,876 (0,140)	0,878 (0,143)
Permanente leve.....	0,788 (0,178)	0,777 (0,180)	0,761 (0,196)	0,791 (0,211)
Permanente grave.....	0,746 (0,197)	0,771 (0,210)	0,713 (0,215)	0,809 (0,252)
Fallecimiento.....	0,605* (0,154)	0,592* (0,155)	0,548* (0,161)	0,559 (0,168)
Obstetricia/Ginecología ...	1,424 (0,291)	1,490 (0,311)	1,541 (0,348)	1,634* (0,375)
Cirugía general.....	1,209 (0,245)	1,246 (0,256)	1,241 (0,269)	1,286 (0,284)
Neuro/Ortopedia.....	1,463* (0,236)	1,684** (0,278)	1,482* (0,266)	1,664** (0,307)
Anest./Reanimación.....	1,327 (0,405)	1,299 (0,400)	1,329 (0,434)	1,332 (0,440)
Asist. médica urgencias ...	1,318 (0,278)	1,434 (0,311)	1,391 (0,330)	1,377 (0,336)
Dependencia Duración	4,865*** (0,214)		4,387*** (0,209)	
Observaciones.....	362	362	307	307

Nota: coeficientes exponenciados; los errores estándar se muestran entre paréntesis. La variable dependiente es el intervalo de tiempo entre la decisión de la primera instancia jurisdiccional y la resolución del Tribunal Supremo. Coeficientes de los ratios de riesgo: si es mayor que 1 significa una disminución de la duración esperada. Las regresiones 3 y 4 excluyen 2006. * $p < 0,05$, ** $p < 0,01$, *** $p < 0,00$. Los modelos Weibull incluyen una constante. Las regresiones (3) y (4) excluyen las resoluciones judiciales dictadas en 2006.

favor de que los casos donde están involucradas lesiones graves permanentes tardan más tiempo en resolverse, pero los resultados solo son estadísticamente significativos al nivel del 10 por 100 en las regresiones (1), (2) y (3) del cuadro n.º 4. En el cuadro n.º 5, los asuntos que son juzgados por la jurisdicción contencioso-admini-

nistrativa están asociados a una menor duración que los juzgados en la jurisdicción civil. Además, los asuntos donde están involucradas neurocirugía/cirugía ortopédica también están asociados a una más rápida resolución y, por tanto, una menor duración.

V. CONCLUSIONES

El presente artículo se inicia con una recapitulación de los principales hallazgos contenidos en dos estudios anteriores (Amaral-García y Garoupa, 2015, y Amaral-García, 2015a). Como se ha descrito más arriba, no se encuentran diferencias significativas entre las decisiones de los tribunales civiles y contencioso-administrativos y los pronunciamientos al respecto por parte del Tribunal Supremo. Seguidamente, se realiza un análisis de duración dirigido a evaluar el impacto de las reformas de 1998 y 1999. Los asuntos resueltos con posterioridad a las reformas están asociados a una reducción de la duración de los procesos que llegan por recursos en apelación o casación al Tribunal Supremo.

Una advertencia: las conclusiones a las que se llega en el presente artículo hacen referencia a las resoluciones del Alto Tribunal entre 2006 y 2010. Por tanto, no cabe extrapolar dichas conclusiones a la totalidad del sistema judicial, ni a diferentes periodos temporales. Para realizar dicho análisis, se requeriría contar también con un conocimiento exhaustivo de los pleitos interpuestos por negligencias médicas en los tribunales de primera instancia y de instrucción. En lo que respecta al impacto de la reformas de 1998 y 1999, podrían existir consecuencias no intencionadas cuya delimitación excede del alcance de esta muestra. Por ejemplo, estas reformas podrían haber suscitado un aumento de la litigiosidad en la jurisdicción penal. De ser correcta esta suposición, la duración de los procesos en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa podría haberse reducido porque una proporción

significativa de asuntos ya están siendo enjuiciados por la vía penal. Además, una reducción de la duración de los procesos no implica *per se* unas resoluciones judiciales de mejor calidad.

En conjunto, y si bien los resultados obtenidos para España no pueden generalizarse a otros países de *Civil Law*, el presente artículo analiza cuestiones que también tienen relevancia en otros muchos países: el posible sesgo a favor de la Administración Pública cuando existe una clara distinción legal entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y civil; los retos de la cuantificación de los daños patrimoniales; y el problema de las dilaciones en el procedimiento de resolución de pleitos. Se sugiere la necesidad de estudios adicionales en otros sistemas jurídicos para una mejor comprensión del complejo universo que rodea a la negligencia médica y la litigiosidad.

NOTAS

(1) Con una esperanza de vida de 83,2 años, España ocupa la segunda posición entre los países, situándose solo por detrás de Japón, con una esperanza media de 83,4 años. (OCDE, 2015).

(2) Véase HYMAN y SILVER (2006) para más detalles sobre el comportamiento del paciente al pleitear en los tribunales.

(3) Aun cuando no fue el primer estudio que se realizaba en dicho campo, the *Harvard Medical Malpractice Study* (1990) tuvo un profundo impacto y contribuyó significativamente a concienciar sobre los eventos adversos en los hospitales.

(4) Las resoluciones de los tribunales de primera instancia empiezan a estar disponibles.

(5) Existe una amplia literatura sobre casos de negligencias médicas en el sistema legal español. Véanse, entre otros, MARTÍN-CASALS, RIBOT IGUALADA y SOLÉ FELIU (2003); FERRARA, BOSCOLO-BERTO y VIEL (2013); ARROYO y YÁGÜEZ (2013); AMARAL-GARCÍA (2011); KOCH (2011); AMARAL-GARCÍA y GAROUPA (2015) y AMARAL-GARCÍA (2015b).

(6) Esto ha quedado claro con la introducción de la Ley 29/1998, de 13 de julio, según la cual los demandantes que sufren lesiones en hospitales públicos ya no pueden elegir en qué jurisdicción interponer una demanda. Para más detalles, véase la siguiente sección.

(7) Esta es, ciertamente, la principal motivación según ambas leyes. La Ley 29/1998, de 13 de julio, enumera múltiples argumentos que parecerían favorecer a los ciudadanos que pleitean con la Administración Pública en los tribunales administrativos, en particular, la posibilidad de acceder al recurso contencioso-administrativo en caso de silencio de la Administración (es decir, cuando ha transcurrido demasiado tiempo sin resolver la reclamación de compensación dirigida contra la Administración sanitaria correspondiente). La Ley 4/1999, de 13 de enero, se refiere a la exoneración de cargas de orden burocrático de los ciudadanos para asegurar más intensamente la seguridad jurídica en las relaciones entre éstos y la Administración.

(8) Esta es la última instancia jurisdiccional que dicta sentencia antes del Tribunal Supremo.

(9) Art. 1968.2 del Código Civil. Este es el plazo máximo que tienen los demandantes para iniciar acciones legales (una vez ocurrido el accidente médico).

(10) Para una discusión del problema y alternativas sugeridas, véase HUGHES y SAVOCA (1997 y 1999). La idea principal es restringir el análisis a un subconjunto de reclamaciones en las que el sesgo por muestreo se considera pequeño, o bien corregir los sesgos utilizando técnicas de estimación.

(11) Muchas de las aplicaciones del análisis de supervivencia se refieren a la Economía de la salud; sirvan como ejemplo los tratamientos contra el cáncer o para dejar de fumar.

(12) Los modelos que aplican regresión de Cox tienen la ventaja de no partir de hipótesis previas en cuanto a la forma de la función de riesgos inicial.

BIBLIOGRAFÍA

- AMARAL-GARCÍA, S. (2011), *Quantifying the Economics of Medical Malpractice - A View from a Civil Law Perspective*, Erasmus University of Rotterdam.
- (2015a), «Non-economic Damages in Medical Malpractice Appeals: Does the Jurisdiction Make a Difference?», *DIW Discussion Papers* 1506.
- (2015b), «Daño moral derivado de lesiones», en GÓMEZ-POMAR, F. e I. MARÍN GARCÍA (eds.): *El Daño Moral y su cuantificación*, Bosch.
- (2015c), «Administrative Courts», en *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer.

AMARAL, S.; BERTOLI, P., y GREMBI, V. (2015), «Does Experience Rating Improve Obstetric Practices? Evidence from Italy», *Health Economics* 24(9): 1050-1064.

AMARAL, S., y GAROUPA, N. M. (2015), «Do Administrative Courts Favor the Government? Evidence from Medical Malpractice in Spain», *European Journal of Tort Law*, 73(3).

ARANAZ, J. M.; AIBAR, C.; VITALLER, J.; RUIZ LÓPEZ, P.; LIMÓN, R., y TEROL, E. (2008), Incidence of adverse events related to health care in Spain: results of the Spanish National Study, *Journal of Epidemiology and Community Health*, 62: 1022-1029.

ARROYO, M. C., y YÁGÜEZ, R. A. (2013), «Medical Responsibility and Liability in Spain», en FERRARA, S. D., BOSCOLO-BERTO, R. y G. VIEL (eds.): *Malpractice and Medical Liability: European State of the Art and Guidelines*, Springer.

BAKER, G. R. (2004), «Commentary - Harvard Medical Practice Study, Quality & Safety», *Health Care*, 13: 151-152.

CURRIE, J., y MACLEOD, W. B. (2008), «First Do No Harm? Tort Reform and Birth Outcomes», *Quarterly Journal of Economics* 123(2): 795-830.

DARI-MATTIACCI, G.; GAROUPA, N. M., y GÓMEZ-POMAR, F. (2010), «State Liability», *European Review of Private Law*, 18.

ENEAS (2005), *Estudio Nacional sobre los Efectos Adversos ligados a la Hospitalización*, Ministerio de Sanidad y Consumo.

Estudio APEAS (2008), *Estudio sobre la seguridad de los pacientes en atención primaria de salud*, Ministerio de Sanidad y Consumo.

FERRARA, S. D.; BOSCOLO-BERTO, R., y VIEL, G. (eds) (2013), *Malpractice and Medical Liability: European State of the Art and Guidelines*, Springer.

FRAKES, M. (2012), «Defensive medicine and obstetric practice», *Journal of Empirical Legal Studies*, 9: 457-481.

GAROUPA, N.; GILI, M., y GÓMEZ-POMAR, F. (2012), «Political Influence and Career Judges: An Empirical Analysis of Administrative Review by the Spanish Supreme Court», *Journal of Empirical Legal Studies*, 9: 795-826.

GÓMEZ-DURÁN, E. L.; MULÀ-ROSÍAS, J. A.; LAILLA-VICENS, J. M.; BENET-TRAVÉ, J., y ARIMANY-MANSO, J. (2013), «Analysis of obstetrics and gynecology professional liability claims in Catalonia, Spain (1986-2010)», *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 20: 442-446.

GÓMEZ-POMAR, F., y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, V. (2006), «El Problema de la Responsabilidad de las Administraciones Públicas en Derecho

<p>Español: la visión del análisis económico de derecho», <i>Sub Judice</i>, 34: 27-47.</p> <p>GREMBI, V., y GAROUPA, N. (2013), «Delays in medical malpractice litigation in civil law jurisdictions: some evidence from the Italian Court of Cassation», <i>Health Economics, Policy and Law</i>, 8: 423-452.</p> <p>HUGHES, J. W., y SAVOCA, E. (1997), «Measuring the effect of legal reforms on the longevity of medical malpractice claims», <i>International Review of Law and Economics</i>, 17: 261-273.</p> <p>— (1999), «Accounting for censoring in duration data: an application to estimating the effect of legal reforms on the duration of medical malpractice disputes», <i>Journal of Applied Statistics</i>, 26: 219-228.</p> <p>HMPS (1990), «Harvard Medical Practice Study - Patients, Doctors and Lawyers: Medical Injury and Patient Compensation in New York», <i>The Report of the Harvard Medical Practice Study on the State of New York</i>.</p> <p>HYMAN, D., y SILVER, C. (2006), «Medical Malpractice Litigation and Tort Reform: It's the Incentives, Stupid», <i>Vanderbilt Law Review</i>, 59: 1085-1136.</p>	<p>JONES, A. M. (2007), <i>Applied Econometrics for Health Economists – A Practical Guide</i>, 2nd Edition, Oxford-Seattle, Radcliff.</p> <p>KOCH, B. (2011), «Medical Liability in Europe - A Comparison of Selected Jurisdictions», <i>Tort and Insurance Law</i>, 29.</p> <p>MARTÍN-CASALS, M.; FELIU, J. S., y TORREBLANCA, J. C. S. (2004), «No-Fault Compensation in the Health Care Sector», Wien/New York, Springer, chapter <i>Compensation in the Spanish Health Care Sector</i>, 334-366.</p> <p>OECD (2015), <i>Health at a Glance 2015: OECD Indicators</i>, OECD Publishing, París.</p> <p>PEEPLER, R.; HARRIS, C. T., y METZLOFF, T. B. (2002), «The Process of Making Medical Malpractice Cases: The Role of Standard of Care», <i>Wake Forest Law Review</i>, 37: 877-902.</p> <p>RICKMAN, N., y FENN, P. (2001), «Clinical negligence in the UK: Throwing the baby out with the bath water?», <i>Economic Affairs</i>, 21: 19-23.</p> <p>SHAVELL, S. (2010), «On the Design of the Appeals Process: The Optimal Use of Discretionary Review versus Direct Appeal», <i>Journal of Legal Studies</i>, 39: 63-108.</p>	<p>SHURTZ, I. (2013), «The impact of medical errors on physician behavior: evidence from malpractice litigation», <i>Journal of Health Economics</i>, 32: 331-340.</p> <p>SLOAN, F. A., y HSIEH, C. (1990), «Variability In Medical Malpractice Payments: Is The Compensation Fair?», <i>Law & Society Review</i>, 24: 997-1039.</p> <p>SPURR, S. J., y HOWZE, S. (2001), «The effect of care quality on medical malpractice litigation», <i>The Quarterly Review of Economics and Finance</i>, 41: 491-513.</p> <p>STUDDERT, D. M., y MELLO, M. M. (2007), «When Tort Resolutions are “Wrong”: Predictors of Discordant Outcomes in Medical Malpractice Litigation», <i>Journal of Legal Studies</i>, 36(S2): S47-S78.</p> <p>STUDDERT, D. M.; MELLO, M. M.; GAWANDE, A. A.; GANDHI, T. K.; KACHALIA, A.; YOON, C.; PUOPOLO, A. L., y BRENNAN, T. A. (2006), «Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation», <i>New England Journal of Medicine</i>, 354 (19): 2024-2033.</p> <p>WOOLRIDGE, J. M. (2002), <i>Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data</i>, MIT Press, Cambridge.</p>
--	--	--

Resumen

En el presente artículo se discuten los retos a los que se enfrenta el gobierno corporativo de las sociedades con socios de control o controladas que cotizan en Bolsa respecto a la protección de los inversores externos. En Europa continental, la mayoría de las sociedades cotizadas presentan una estructura de propiedad concentrada, y como se verá, este tipo de propiedad resulta problemático. Un análisis pormenorizado revela que el gobierno corporativo en estas sociedades choca con importantes problemas de diseño. Se supone que las jurisdicciones europeas atesoran un mayor historial y experiencia a la hora de tratar con estas sociedades, al menos en comparación con la experiencia estadounidense. Sin embargo, nuestro análisis muestra que el gobierno corporativo de estas empresas se ocupa principalmente del problema de agencia «accionistas-administradores», dejando, por tanto, sin resolver el relativo al «accionistas internos-accionistas externos». La conclusión que arroja este estudio es que, pese al esfuerzo regulatorio realizado por los legisladores europeos durante las últimas décadas, los *outsiders* gozan de menor protección en las sociedades cotizadas europeas con accionistas de control que sus homólogos de EE.UU.

Palabras clave: gobierno corporativo, estructura de propiedad, concentración de capital, derecho de sociedades, sociedad controlada, accionista de control, protección del inversor externo, expropiación de accionistas minoritarios.

Abstract

In this paper we consider the corporate governance challenges of the protection of outside investors of listed controlled firms. In Europe, most listed firms have concentrated ownership structures. However, this ownership type is problematic. A clinical analysis reveals that the corporate governance in these firms in terms of liability, voice and exit faces important design problems. European jurisdictions are supposed to be more veteran and skilled in dealing with these firms, at least in comparison to the American experience. Nevertheless, our analysis shows that the corporate governance of these firms is mainly aimed at checking the shareholders-manager agency problem leaving the controlling shareholder-minority agency problem unresolved. As this article explains, in spite of the regulatory effort that European jurisdictions have made during the last decades, outside investors in European listed firms with controlling shareholders are poorly protected compared to US investors.

Key words: corporate governance, ownership structure, ownership concentration, corporation law, controlled companies, controlling shareholders, outside investor protection, minority expropriation.

JEL classification: G32, G34, G35, K22.

LOS RETOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES CONTROLADAS

María GUTIÉRREZ

Universidad Carlos III de Madrid

Maribel SÁEZ

Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

EL gobierno corporativo versa sobre compromiso y confianza. De lo que se trata es de determinar de qué manera los *insiders* en una empresa pueden comprometerse ante los proveedores de recursos financieros externos a ofrecerles una tasa de rentabilidad con un grado de confianza suficiente en el cumplimiento de dicho compromiso (1). En última instancia, el gobierno corporativo pretende reducir los conflictos de intereses y obligar a los *insiders* a rendir cuentas frente a los externos, dado que poseen la información y toman las decisiones en su nombre. Pese a que el término «gobierno corporativo» agrupa diferentes mecanismos de protección, todos encajan dentro de una u otra de las siguientes tres categorías: salida, voz y responsabilidad (2). Con todo, un hecho importante al que no se ha prestado la suficiente atención es que la eficacia de los mecanismos de salida, voz y responsabilidad depende de la naturaleza de los inversores externos y de los *insiders* que ejercen el control (3).

En el presente artículo analizamos el problema del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas controladas; es decir, aquellas empresas cuya estructura de propiedad está concentrada y donde los *insiders* (accionistas de control) acuden a los mercados de valores en busca de nue-

vas aportaciones de capital de inversores externos (*outsiders*), conservando en todo momento una participación suficiente para seguir controlando la gestión (4). Aunque la literatura sobre el gobierno corporativo se ha centrado tradicionalmente en las sociedades cotizadas con propiedad dispersa, la importancia cada vez mayor de las empresas controladas es un hecho indiscutible tanto en EE.UU. como en Europa.

En EE.UU., gigantes como Google, Facebook y otras empresas tecnológicas en las que los socios fundadores han mantenido una participación de control tras su salida a Bolsa han reactivado de nuevo el debate sobre el impacto que los accionistas de control tienen en el valor de empresa, y los problemas que entraña la protección de los inversores externos (5). En este debate existen posturas enfrentadas: algunos académicos estadounidenses aplauden el cambio, aduciendo que EE.UU. ha ido demasiado lejos en la reducción de los incentivos para los accionistas de control hasta crear una situación de «directivos fuertes-propietarios débiles», y reclaman un tratamiento más tolerante para con los accionistas de control (6). Desde esta perspectiva, se considera que los accionistas de control son valiosos porque la falta de liquidez de sus paquetes accionariales les incentiva a centrarse en el valor a largo plazo

de la empresa, eliminando con ello el riesgo de infrainversión generado por los fuertes incentivos de corto plazo que acucian a los gestores (7). Pero por el lado contrario, los riesgos de las sociedades controladas están bien contrastados: se observan evidencias claras de expropiación a los *outsiders* en jurisdicciones cuyas empresas muestran una concentración de la propiedad tradicionalmente elevada (8). En este nuevo contexto, el *tunelling* (distracción de recursos en beneficio propio) de la empresa, las operaciones vinculadas (*self-dealing*) y otras formas de expropiación del inversor podrían resultar motivos de preocupación para el regulador estadounidense.

En Europa continental, donde las sociedades controladas siempre han sido el modelo societario o empresarial predominante, el regulador está centrado en reducir la brecha de desarrollo de los mercados de capital respecto a los países anglosajones (9), tarea que parece revelarse más ardua de lo que se pensaba. Durante los últimos veinte años, desde la publicación del informe Cadbury, se han sucedido las reformas de los códigos de gobierno corporativo (ya sea regulando la composición del consejo de administración o mejorando el sistema de participación en las juntas generales de accionistas), pero Europa continúa rezagada en cuanto a número de sociedades cotizadas, siendo todavía relativamente bajo el número de empresas que acuden al mercado bursátil para financiarse. Además, hay evidencias tanto de expropiación de los accionistas minoritarios como del uso extendido de mecanismos que permiten separar la propiedad y el control (10).

En este artículo analizamos las insatisfacciones del funcio-

namiento de los mecanismos de salida, voz y responsabilidad en las jurisdicciones europeas, tres mecanismos que pretenden limitar el poder de los accionistas de control en cualquier jurisdicción. Una aproximación superficial podría afirmar que dado que las estructuras de propiedad a ambos lados del Atlántico están convergiendo, los problemas relativos al gobierno corporativo también deberían mostrar una pauta convergente. Pero un análisis más pausado nos lleva a apreciar las profundas diferencias en la regulación de los accionistas de control en Europa y en EE.UU., lo que a la postre explica la mayor expropiación de los *outsiders* en las sociedades controladas europeas, y el infra-desarrollo del mercado bursátil en Europa respecto a EE.UU.

Vaya por delante que los mecanismos de gobierno corporativo, que están diseñados para disciplinar a los administradores, son difíciles de aplicar a los accionistas de control. Tanto los mecanismos de voz como de salida tienen una virtualidad relativa en estas sociedades. La amenaza de «salida» ejercida por los pequeños inversores, que pueden vender sus acciones y, con ello, forzar a la baja los precios de mercado, puede funcionar en sociedades con importantes necesidades financieras. Pero un accionista de control en una sociedad que genera flujos de caja libre (*free cash flows*) puede optar por no distribuirlos sino retenerlos, una decisión que se puede considerar de expropiación de los accionistas minoritarios. Y se echan de menos herramientas efectivas que puedan obligarle a distribuir estos flujos de caja libre como dividendos, dado que el mercado no ejerce ninguna presión sobre el socio de control, mientras sí lo

hace sobre los administradores. Por su lado, el mecanismo de voz concede amplios derechos de control al accionista mayoritario para supervisar a los directivos. Pero los accionistas externos, cuyos intereses podrían entrar en colisión con los del socio mayoritario, solo pueden confiar en ser representados por los consejeros independientes o los accionistas activistas; e incluso estos intermediarios de información carecen de demasiados recursos con los que oponerse al accionista mayoritario.

En cambio, la responsabilidad es una amenaza y un riesgo serio tanto para los directivos como para los accionistas de control en EE.UU., lo que contrasta con las profundas limitaciones conceptuales y de aplicación que encuentra en Europa. Las jurisdicciones europeas ofrecen un amplio elenco de mecanismos para que los accionistas activos se puedan oponer a las decisiones de los órganos de gobierno de la sociedad. Sin embargo, no proporcionan soluciones igual de eficaces para proteger a inversores externos pasivos y desorganizados de los grandes accionistas activos porque, a diferencia de EE.UU., el control efectivo de la sociedad por parte de los accionistas mayoritarios no suscita la obligación de cumplir los mismos deberes fiduciarios que los administradores.

Nuestra conclusión es que cuando se habla de sociedades controladas, las jurisdicciones europeas deberían replantearse la protección de los inversores externos. El regulador estadounidense está volcado en proteger a los inversores pasivos de quienes gestionan su dinero, ya sean estos los administradores o accionistas de control. En cambio, Europa subraya la con-

dición de accionistas de los inversores, vinculando, por tanto, su protección al ejercicio activo de los derechos de control que dicha condición les confiere. Si bien este enfoque puede funcionar de forma muy eficiente en sociedades no cotizadas, o incluso en las que sí cotizan pero presentan una propiedad dispersa, resulta claramente insuficiente para abordar los problemas que plantean las sociedades cotizadas controladas.

El resto del artículo está estructurado de la siguiente manera: en las secciones II, III y IV discutimos en detalle el funcionamiento de los mecanismos actuales de responsabilidad, salida y voz para controlar el poder de los accionistas mayoritarios, tanto en EE.UU. como en Europa continental. Por último, en la sección V presentamos las conclusiones.

II. GOBIERNO CORPORATIVO Y RESPONSABILIDAD DE LOS *INSIDERS*

La idea que subyace al mecanismo de la responsabilidad es que los agentes que ejercen el control de la sociedad deberían rendir cuentas de las decisiones que toman y que afectan a los accionistas. En este sentido, la responsabilidad es una herramienta muy poderosa para poner límites a la extracción de beneficios privados que permite el control. Los deberes fiduciarios cumplen bien esa función en el caso de los directivos, y no tiene dificultades para ser aplicado de forma efectiva, suponiendo, claro está, el funcionamiento correcto del sistema judicial (11). Pero la eficacia del mecanismo de la responsabilidad cambia radicalmente si existe un accionista de control.

Paradójicamente, en jurisdicciones en las que lo habitual es la propiedad dispersa, está extendida la percepción de que el control judicial es la mejor respuesta para refrenar el oportunismo de los controladores, con independencia de la identidad de estos –directivos o accionistas (12)–. En cambio, en jurisdicciones en las que lo habitual es encontrar estructuras de propiedad concentradas, el porcentaje de acciones legales derivativas (*derivate suits*) contra los directivos y los accionistas de control es cercano a cero.

Hay dos teorías para intentar explicar por qué la responsabilidad no funciona bien en jurisdicciones caracterizadas por una concentración elevada del capital (13).

La primera, defendida sobre todo por juristas europeos, es que el Derecho en dichas jurisdicciones cuenta con remedios y doctrinas específicos para limitar el poder de los accionistas mayoritarios, sobre todo a través de métodos únicos de litigación que sirven como sustituto de las *acciones derivativas* (14). En Europa, la junta general de accionistas adopta muchos acuerdos debido a que los socios son llamados a votar sobre muchas más cuestiones que sus homólogos estadounidenses. Y los accionistas pueden impugnar esas decisiones adoptadas por la junta (obsérvese, no obstante, que la parte del león de las operaciones de autocontratación (*self-dealing*) en las que está implicado el socio de control se encuentran fuera de su alcance, al ser adoptadas por el consejo de administración). Dada la estructura de propiedad, los *outsiders* no están protegidos *ex ante* (ya que las facultades de voto del bloque de control no se

ven alteradas) sino «*ex post*», a través de la posibilidad de impugnar judicialmente la decisión si estiman que viola alguna ley o vulnera sus intereses. Una resolución de la junta general de accionistas puede ser impugnada por una parte de socios minoritarios (o incluso por un solo accionista) y anulada por el juez bajo determinadas circunstancias. Ahora bien, aunque las acciones de impugnación de acuerdos sociales se emplean con cierta asiduidad en Europa continental, donde es habitual la existencia de accionistas de control, este mecanismo de litigación no está, en realidad, destinado a proteger los intereses de los *outsiders* frente al bloque de control, sino a proteger el interés de la propia sociedad (y curiosamente, el interés social se equipara frecuentemente con el interés particular de su *controller*). De hecho, no hay un criterio claro para distinguir las decisiones conflictuadas o interesadas, de las que no lo son, por lo que los jueces siguen con bastante celo la jurisprudencia, que suele limitarse a considerar si la resolución adoptada es conforme a la legalidad (sobre todo en lo relativo al procedimiento), o bien aplicando una suerte de regla general por la que el perjuicio que el demandante hubiera sufrido tras la ejecución se compara con el perjuicio derivado para la sociedad en caso de no ejecutarse la resolución. Y, tanto o más importante que esto, no está claro si ejerce un poder disuasorio significativo sobre las conductas improcedentes o impropias del accionista de control, pues las consecuencias para un *blockholder* desleal son mínimas, llegando como mucho a la anulación judicial del acuerdo societario (15). Sin olvidar, como ya hemos advertido, que la mayoría de las operaciones oportunistas

de *self-dealing* que generan conflictos entre los accionistas de control y los inversores *outsiders* solo requieren de la aprobación del consejo de administración y no se someten a la junta general. Claramente, las acciones derivativas y las rescisorias están lejos de ser equivalentes funcionales.

La segunda línea de pensamiento que intenta explicar las diferencias entre Europa y EE.UU. sostiene que la litigación no funciona bien en Europa debido a los problemas en su aplicación legal efectiva (*enforcement*) (16). El uso de la responsabilidad en Europa podría ser escaso a causa de los problemas técnicos planteados por leyes de enjuiciamiento obsoletas y las deficiencias de un sistema procesal anticuado (por ejemplo, en lo tocante a la legitimación activa para interponer una demanda, la distribución de los riesgos que entraña el hecho de pleitear, el acceso a la información, etc.) (17). Otros problemas, tales como la deficiente redacción de la legislación, la falta de *expertise* de los jueces o la aplicación de enfoques jurídicos formalistas también podrían dificultar el recurso a la litigación como medio de inspección de los socios de control en estas jurisdicciones (18). Es verdad que estas trabas también se encuentran presentes en el caso de las acciones derivativas contra los directivos, si bien lo que está en juego en estos casos es mucho menor, ya que están sometidos a escrutinio y supervisión del accionista de control.

Con todo, nuestra tesis es que, a un nivel más conceptual, los mecanismos de responsabilidad no funcionan bien en las jurisdicciones europeas porque el objetivo del legislador no es tanto reducir la expropiación de algunos accionistas a manos

de otros como evitar que los conflictos de intereses entre los accionistas dañen a la sociedad. Por esta razón, todos los accionistas tienen un deber de lealtad hacia el interés agregado de la sociedad, el cual se hace corresponder con el interés de la mayoría. Los deberes fiduciarios del accionista de control para con los restantes accionistas en tanto administradores o *controllers de facto* no se reconoce en las leyes; es más, en la mayoría de los países, ni siquiera se encuentran desarrollados en la jurisprudencia. Parecería que disciplinar a los accionistas de control mediante la litigación no forma parte del acuerdo de los participantes en estas organizaciones (19). Esto sucede porque hay tres importantes problemas que dificultan la determinación de los deberes fiduciarios del socio de control hacia los *outsiders*.

En primer lugar, resulta difícil determinar qué interés debería prevalecer. Por un lado, los accionistas de control, en la medida en que controlan las decisiones empresariales, actúan como agentes de los *outsiders*. Pero, por otro lado, en tanto que accionistas, los socios de control pueden defender su propio interés en la sociedad. En consecuencia, legisladores y magistrados tienen dificultades para imputar responsabilidad legal a los accionistas de control cuando la conducta de estos puede resultar perjudicial para los minoritarios, pero no para el «interés de la sociedad», que suele coincidir con el interés de la mayoría, lo que necesariamente incluye al accionista de control (20). Parece fuera de toda duda que los directivos, en tanto que agentes fiduciarios, deberían postergar sus intereses particulares y actuar en interés de la sociedad (es decir, de los accionistas como colectivo). Pero no está

nada claro dónde fijar los límites si alguno de los socios detenta a su vez una participación de control. Por tanto, a menos que los accionistas de control ocupen asimismo un cargo directivo, rara vez quedan sujetos a responsabilidad ante los tribunales.

En segundo lugar, los accionistas de control pueden extraer beneficios privados mediante la celebración de transacciones comerciales o empresariales que se adoptan en el ámbito de la discrecionalidad (*business judgment rule*) y tales transacciones resultan difíciles de identificar y regular. Las reglas de la responsabilidad son más fáciles de aplicar a las transacciones cuando el accionista de control celebra un contrato directo con la sociedad e interviene en ambos lados de la transacción. Como ejemplo, cabe citar las decisiones sobre remuneración vía salarios o pensiones, la aprobación de préstamos al personal, etc. En estos casos, el tratamiento del accionista de control debería ser similar al tratamiento que se le da al administrador. Pero, más frecuentemente, los accionistas de control pueden extraer beneficios privados alterando decisiones de negocio o estratégicas (21). Lo cual resulta especialmente evidente si el accionista de control es la sociedad matriz o el Estado, aunque también es fácil de constatar en el caso de familias que poseen acciones en un elenco de empresas. En liza puede haber una amplia variedad de decisiones de negocio, como adquisiciones u otras inversiones que, aun beneficiando de algún modo a los *insiders*, podrían no ser la mejor decisión atendiendo a los intereses de la minoría. Desde esta perspectiva, quizá sea demasiado difícil distinguir entre decisiones legítimas y aquellas

otras que van encaminadas a saquear el patrimonio social. En otras palabras, los tribunales –quizá como no podía ser de otra manera– suelen tratar las decisiones de negocio y estratégicas como imbuidas de cierta discrecionalidad. Este problema es especialmente acusado en el caso de grupos de sociedades por lo que respecta al tratamiento de las operaciones realizadas dentro del grupo (22).

En tercer lugar, es difícil determinar el nivel óptimo de beneficios privados que debería tolerarse por parte de los tribunales. Obligar a que las transacciones «conflictivas» se realicen a «precios de mercado» no es una buena solución. Y ello por dos razones. Gilson y Schwartz (2013) aducen que cierta tasa de beneficios privados es necesaria para compensar a los accionistas de control por los costes de vigilancia que soportan, los cuales incluyen la falta de liquidez de su participación y la renuncia a los beneficios de diversificación inherentes al hecho de mantener una participación suficientemente elevada para permitirles vigilar a los gestores. Gutiérrez y Sáez (2013) argumentan que los accionistas de control también aportan a la sociedad oportunidades de negocio, y que una práctica restrictiva en materia de *self-dealing* podría coartar la celebración de transacciones eficientes. Las oportunidades de *self-dealing* surgen de forma natural durante las decisiones de negocio, y los accionistas de control, que pueden favorecerse de las transacciones de *self-dealing*, disponen de más información sobre el valor potencialmente añadido de estas decisiones de negocio. En consecuencia, la minoría podría actuar en su propio interés permitiendo al accionista de control llevar a cabo cierto grado de *self-dealing*

«informado», en lugar de obligarle a adoptar una decisión no informada. Así pues, no está nada claro que una estrategia legal encaminada a alcanzar un nivel de extracción de beneficios privados sea eficiente. En este sentido, la mejor regulación debería intentar preservar cierto nivel óptimo de beneficios privados, el cual diferirá probablemente de cero (23). El problema radica en dónde fijar este nivel. En otras palabras, la regulación óptima de la extracción de beneficios privados y su impacto en la toma de decisiones empresariales por parte de los accionistas de control encuentra muchas limitaciones y depende decisivamente de cada par controlador-sociedad (24). Esta disyuntiva o *trade-off* no puede resolverse de manera eficiente a través del Derecho societario o la jurisprudencia doctrinal.

Por último, debido a todos estos problemas, en la práctica la regulación solo tiene dos opciones: favorecer una tasa de beneficios privados baja (tendente a cero) o tolerar una tasa de beneficios privados elevada (a través de la ausencia de regulación o laxitud en su aplicación). La respuesta actual a este dilema en EE.UU. es de tolerancia cero, gracias a que la presión judicial es alta y que el control lleva aparejada la responsabilidad, incluso si ello va en detrimento del número de sociedades controladas. En cambio, la respuesta en las jurisdicciones europeas, en las que los accionistas de control son predominantes y todos los accionistas comparten un deber de lealtad hacia el interés colectivo de la sociedad, consiste en permitir una elevada tasa de beneficios privados para los accionistas de control, lo que es congruente con la equiparación entre interés de la sociedad e interés de la mayoría de accionistas (25).

En resumen, el mecanismo de la responsabilidad afronta grandes limitaciones para disciplinar a los socios de control en las sociedades controladas cotizadas europeas. Como consecuencia, se tolera legalmente una tasa de beneficios privados. La magnitud de dicha tasa dependerá de la salud de los mecanismos de gobierno corporativo alternativos, como el tamaño de los mercados, la dependencia de la financiación externa, la estructura institucional, etc. En consecuencia, y a diferencia de EE.UU., en Europa la responsabilidad y las disposiciones legales para combatir el *self-dealing* tienen escasa fuerza en los casos ordinarios, y solo juegan un papel, si es que lo hacen, en casos de saqueo manifiesto de la sociedad (en ocasiones, acudiendo a la vía penal).

III. GOBIERNO CORPORATIVO Y MECANISMOS DE SALIDA

Cuando pensamos sobre la salida, lo primero que suele venirnos a la mente son inversores individuales que venden sus acciones en los mercados secundarios. Pero existe una segunda dimensión del mecanismo de salida que conviene tener presente, y es la referida a los accionistas externos actuando unificadamente para inducir a los *insiders* a devolverles parte de los fondos invertidos en la sociedad a través de dividendos. En esta sección, analizaremos de qué modo cada una de estas dimensiones puede funcionar para disciplinar a los *insiders* tanto en sociedades en las que los *controllers* son los administradores como en aquellas otras en las que son los socios de control.

Respecto a la primera dimensión de salida, incluso los inversores pequeños y descoor-

dinados tienen la capacidad de acotar la arbitrariedad de los administradores y los socios de control «votando con los pies», esto es, negándose a seguir aportando capital a la sociedad. Si muchos *outsiders* optan por vender, el precio de la acción bajará, y esto puede ayudar a disciplinar a los *insiders* que controlan los fondos (26).

En el caso de los administradores de la sociedad, las consecuencias negativas de los bajos precios de mercado son más fuertes, ya que su salario y su reputación, así como la probabilidad de ser despedidos o perder su empleo como consecuencia de una OPA (oferta pública de adquisición de acciones), son hechos directamente vinculados al valor de la cotización bursátil. Por supuesto, la última crisis ha demostrado que, cuando los precios de mercado se ven distorsionados por burbujas a corto plazo, confiar demasiado en ellos para disciplinar a los administradores puede ser una mala idea (27). Téngase también en cuenta que nada de lo expuesto resulta de aplicación cuando existe un accionista de control, cuyo control es incontestable y, por definición, no puede ser despedido o sufrir una OPA hostil (28).

Pese a todo, tanto en el caso de sociedades con estructura de propiedad dispersa como concentrada, unos precios de mercado más bajos hacen que el acceso a la financiación resulte más difícil y costoso, y por consiguiente reduce las oportunidades de inversión para la empresa. Esta presión, derivada de los mercados financieros, será eficaz en el caso de sociedades con grandes necesidades de inversión cuyos beneficios no distribuidos sean bajos en comparación con sus oportunidades de inversión.

En consecuencia, si no genera flujos de caja libre, la amenaza de que un grupo numeroso de *outsiders* insatisfechos decidan vender sus acciones en el mercado bursátil constituirá un poderoso mecanismo de salida que mantendrá a raya el comportamiento de los *insiders* y les impedirá que expropien a los accionistas minoritarios.

Pero cabe preguntarse qué ocurre en el caso de sociedades dispuestas a cubrir sus necesidades de inversión a través de los fondos captados en anteriores ampliaciones de capital o con los beneficios no distribuidos. ¿Tiene en tal caso el mecanismo de salida impacto en el gobierno corporativo de estas sociedades que no necesitan recurrir a los mercados de capitales?

Esto nos lleva a la segunda dimensión del mecanismo de salida, a saber, la facultad de los *outsiders* de obligar o inducir una política de dividendos generosa que les permita recuperar el dinero que han invertido en la sociedad, reduciendo así la cuantía de los flujos de caja libre. Nótese que los *insiders* tienen incentivos para retener los flujos de caja libre dentro de la empresa, ya que pueden utilizarlos fácilmente para generar beneficios privados a costa de los *outsiders*. La literatura financiera esgrime argumentos de peso a favor de una política de dividendos generosa como medio para reducir este conflicto de agencia (29). Frank H. Easterbrook (1984) y Michael C. Jensen (1986) argumentan que, en este contexto, el reparto de dividendos elevados puede reducir la ratio entre beneficios no distribuidos e inversión, y someter a estas sociedades a la disciplina de tener que captar fondos en los mercados de capitales, por

lo que el mecanismo de salida vuelve a convertirse en una amenaza poderosa. Si los dividendos son elevados, los *insiders* ya no pueden financiar sus proyectos de inversión subóptimos a través de los flujos de caja libre y se verán forzados a recurrir a fondos ajenos o a recurrir de nuevo a los socios si quieren capital para invertir. Por tanto, aunque la emisión de valores es un proceso costoso que podría evitarse reteniendo los beneficios en la empresa, tiene la ventaja de permitir a los *outsiders* controlar la política de inversión y reducir los conflictos asociados al problema de agencia.

Los recientes estudios empíricos sobre la política de dividendos son consistentes con la idea de que los dividendos son un instrumento de gobierno corporativo al permitir a los *outsiders* reducir su inversión en la sociedad cuando existen flujos de caja libre (30). Esto sugiere que los dividendos son el mecanismo de salida perfecto para mantener a raya a los *insiders*, pero que una cosa sea deseable en la teoría no la convierte automáticamente en realidad. No está nada claro por qué, si la decisión sobre los dividendos está en manos de los *insiders*, estos habrían de seleccionar voluntariamente una política que menoscabe su discrecionalidad y les impida ejecutar su estrategia de inversión preferida.

Parecería lógico pensar que, cuando los *insiders* controlen la política de dividendos, solo la utilicen para reducir los flujos de caja libre si tienen un incentivo suficiente para ello. Así, la política de dividendos puede verse como complementaria a otros mecanismos de gobierno corporativo, como el temor a ser objeto de una OPA, las *stock options*

en los paquetes retributivos de los directivos, la presión de los consejeros independientes, el activismo de los inversores institucionales, etcétera (31).

Ahora bien, nuestros análisis previos revelan que si bien la responsabilidad es un mecanismo potente para acotar la discrecionalidad de los accionistas de control en EE.UU., Europa no cuenta con mecanismos de gobierno corporativo complementarios poderosos. En consecuencia, es improbable que los accionistas de control europeos estén incentivados a utilizar los dividendos como medio para reducir los flujos de caja libre y paliar la expropiación de los minoritarios. Al contrario, La Porta *et al.* (2000) muestran que en países con propiedad concentrada y una protección débil de los socios minoritarios, el *pay-out* (porcentaje de los beneficios distribuidos como dividendos) tiende a ser menor. Esto es consistente con lo observado por la literatura empírica más reciente centrada en analizar las diferencias en cuanto a política de dividendos según la estructura de propiedad: los resultados revelan que fuera de EE.UU., las sociedades con accionistas de control tienen ratios de *pay-out* más bajos (32).

Por consiguiente, la salida en los mercados financieros será un mecanismo de gobierno corporativo útil en empresas en fase de crecimiento que requieran de financiación externa para invertir y en aquellas que cuenten con mecanismos de gobierno corporativo complementarios para disciplinar a los administradores. Pero en sociedades con propiedad concentrada que generen flujos de caja libre, lo que resulta habitual en empresas maduras, la salida no funcionará

como mecanismo de gobierno corporativo eficaz si no existe amenaza de responsabilidad, tal y como ocurre en Europa continental. Además, consistente con la idea de una protección fuerte de los accionistas activos a través del voto, en los ordenamientos europeos la decisión sobre los dividendos es una materia reservada a la junta general de accionistas, donde el accionista de control posee un poder de voto desequilibrante. Esto se agrava en ausencia de mecanismos de responsabilidad o de voz complementarios –como la regla de la mayoría de la minoría– que puedan utilizarse para inducir al accionista de control a ofrecer una política de dividendos generosa que convierta a la sociedad en más dependiente de la financiación de inversores externos.

IV. GOBIERNO CORPORATIVO Y MECANISMOS DE VOZ

El ejercicio de los derechos de control o de decisión en la gestión de la sociedad por parte de los inversores se ha convertido en uno de los temas centrales del debate sobre el gobierno corporativo. En esta sección, nos centramos en dos cuestiones que quedan con frecuencia excluidas de la discusión. La primera alude al bajo impacto que el activismo de los accionistas tiene en las sociedades controladas, y cómo podría hacerse más eficaz para proteger a los *outsiders*. La segunda examina críticamente la regulación tradicional del empoderamiento de los minoritarios en jurisdicciones con accionistas de control como mecanismo útil para equilibrar los poderes de los *outsiders* frente al accionista de control.

La voz tiene dos dimensiones en las empresas cotizadas:

los inversores pueden ejercer sus derechos formales de control, bien para tomar decisiones reservadas a ellos (administración directa), bien para exigir a los administradores responsabilidades por sus decisiones (escrutinio y rendición de cuentas). En consonancia con los diferentes enfoques de protección de los inversores en EE.UU. y Europa, el énfasis en cada una de estas dimensiones de la voz es también diferente.

La administración directa significa que los inversores conservan un control total o parcial sobre las decisiones empresariales. Pero en realidad, este no es un enfoque muy eficaz para la protección de los *outsiders* en las sociedades cotizadas, pues estos tienden a adoptar una postura «racionalmente pasiva» y no recaban información ni actúan basándose en ella. De hecho, por ello se delega el control en los administradores. En consecuencia, en EE.UU., donde predominan las sociedades con estructura de propiedad dispersa, la administración directa se limita a unas pocas decisiones. La voz de los accionistas está básicamente restringida a la elección de los consejeros por medio de la delegación de voto, y a decisiones relativas a cambios en la estructura de capital y a pugnas por el control corporativo (33). No obstante, en la medida en que la administración directa la tienen delegada los administradores, la rendición de cuentas resulta crucial para la protección de los inversores. El deber de rendir cuentas de los administradores dentro de la sociedad supone que los inversores puedan supervisar y controlar al consejo, bloqueando las decisiones de negocio que no defiendan sus intereses. Por supuesto, dadas las expectativas de que estos inversores muestren una «inacción

racional», se vuelve necesario encontrar alguna parte informada capaz de desempeñar este papel crucial. La solución pasa por interponer partes informadas con intereses alineados con los de los *outsiders* y facultarlos para influir en las decisiones. Este es el rol que han asumido los inversores institucionales y los consejeros independientes, los verdaderos artífices de los cambios acaecidos en el mecanismo de voz durante las últimas décadas.

El problema que afrontan los ordenamientos europeos es bastante diferente, dado que su preocupación estriba en la protección de los accionistas activos. En este caso, a través de la voz se pretende otorgarles facultades de administración directa, de manera que la protección de sus intereses se derive del propio ejercicio de sus derechos de control. Es obvio que en aquellas jurisdicciones en las que el control está compartido entre los accionistas, la administración directa de los socios juega un papel más relevante, por lo que la junta general tiene reservadas competencias respecto a un gran número de decisiones clave, de las que la selección de los miembros del consejo es solo una más. Y si bien la rendición de cuentas ha salido significativamente reforzada tras las reformas de los códigos de gobierno corporativo en las últimas décadas, es menos importante en este sistema porque el administrador goza de menor libertad para tomar decisiones.

¿Qué ocurre cuando esta dualidad de regímenes relativos a la voz se aplica a las sociedades cotizadas controladas? En ambos tipos de regímenes, el control de estas sociedades está casi enteramente en manos de los accionistas de control, quienes

se encargan de decidir las operaciones de la sociedad.

En un régimen cuyo diseño busque la protección de los inversores pasivos, como el estadounidense, la rendición de cuentas se resentirá. A diferencia de los administradores, los accionistas de control son difíciles de supervisar o de influir, ya que no pueden ser despedidos, sufrir una OPA o ser incentivados a través de los paquetes retributivos para que tengan en cuenta los intereses de los *outsiders*. Además, las sociedades controladas no requieren de una mayoría de consejeros independientes, y el poder de voto relativo de los inversores institucionales se ve en gran medida disminuido. La rendición de cuentas solo resultará eficaz si las protestas de un grupo reducido de independientes o institucionales pueden conducir a sanciones legales o de mercado dimanantes del ejercicio de mecanismos de gobierno corporativo alternativos: responsabilidad o salida.

En un régimen como el europeo, orientado a la protección de los accionistas activos, los extensos mecanismos de administración directa serán monopolizados por el accionista de control para convertirse en administrador *de facto*. La administración directa dejará de proteger al resto de los accionistas, ya que el socio de control puede hacer valer su poder de voto para garantizarse la mayoría. Aunque los accionistas conservan fuertes derechos de control, y a menudo la adopción de las decisiones de negocio está sujeta a votación, su voz no marca una diferencia. Los accionistas de control hacen valer las amplias facultades otorgadas a los socios: nombramiento de cargos por mayoría, cese por decisión unilateral, limitación

de la duración de los mandatos, aprobación de los paquetes retributivos por la junta general, etcétera (34). Así, la facultad de administración directa del accionista de control se utiliza para disciplinar efectivamente a los administradores en todas estas materias (35). Como consecuencia, el elenco de los derechos de voto otorgada a la junta general de accionistas incrementa el poder del bloque de control sobre los administradores y promueve una toma de decisiones informada, pero amplifica el conflicto entre *insiders* y *outsiders*, dejando a los inversores externos desprotegidos frente al socio de control.

De modo que la voz solo puede proteger a estos inversores externos por la vía de la rendición de cuentas, como ya se ha mencionado, una tarea más difícil de implementar en las sociedades controladas porque al socio de control, aun controlando *de facto* la sociedad, no se le considera un agente fiduciario. Además, obsérvese que la rendición de cuentas será incluso más débil en las jurisdicciones europeas pues, como hemos visto en secciones anteriores, la responsabilidad y la salida también son mecanismos menos fuertes, con lo cual no pueden ser utilizados como palanca para disciplinar al accionista de control.

Este análisis de los problemas relacionados con el mecanismo de la voz en las sociedades cotizadas controladas revela la ineficacia tanto de la regulación tradicional de la voz en Europa como de las múltiples reformas del gobierno corporativo encaminadas a resolver los problemas de estas empresas en las últimas décadas. Como pasamos a discutir ahora, la regulación societaria en estas jurisdicciones está con-

cebida para sociedades sujetas a control pero no cotizadas, y las reformas del gobierno corporativo están pensadas para sociedades cotizadas con estructuras de propiedad dispersas.

Tradicionalmente, el reto para el legislador europeo ha consistido en organizar la correspondencia del control entre todos los accionistas y en proteger a todos los accionistas como patronos con fuertes derechos de administración. Por consiguiente, las jurisdicciones europeas, caracterizadas por la presencia de accionistas de control, han utilizado dos tipos diferentes de normas legales dirigidas a limitar el poder excesivo de los accionistas y a proteger a los inversores minoritarios. En origen, muchas de estas normas surgieron para ayudar a reducir los conflictos entre accionistas en sociedades no cotizadas, y algunas de ellas son el resultado de la actividad contractual entre las partes. Pero también se aplican a las sociedades cotizadas (pese a su característico mayor número de socios, asimetrías de información más acusadas e incremento de los costes de implementación que llevan aparejados). Ninguno de los dos tipos de normas legales previene eficazmente el grave problema de la expropiación, cuyo *hábitat* característico son las sociedades cotizadas controladas (36).

El primer grupo de normas legales utilizadas para otorgar un cierto poder de veto a los accionistas minoritarios restringen el derecho de voto del socio de control en algunas decisiones relevantes, alterando la regla de la mayoría y exigiendo supermayorías (en ocasiones, junto con elevados requisitos de *quorum*) o bien introduciendo normas que obligan a los socios conflictuados a abstenerse en la votación.

El segundo grupo de reglas contempla derechos especiales para la minoría como clase. Entre algunas de estas normas cabe citar la facultad otorgada a los inversores minoritarios de convocar una junta general de accionistas mediante orden judicial en caso de que no lo hagan los administradores, el derecho a proponer puntos para el orden del día, normas sobre el reparto de poderes entre el consejo y los accionistas, amplios derechos de información, derecho a una valoración independiente de sus acciones y su recompra forzosa a ese precio (*appraisal rights*), sistemas de representación proporcional en el consejo (*cumulative voting*), etcétera.

¿Funcionan estos distintos tipos de reglas como protección eficaz para los inversores? Estas reglas se topan con importantes problemas de implementación debido a cuestiones de procedimiento (37), si bien no es este el problema fundamental. Mientras que estas normas pueden ofrecer algo de protección a los socios minoritarios en las sociedades no cotizadas, en cambio resultan ineficaces para la protección de los pequeños inversores en las sociedades que sí cotizan. De hecho, los inversores *outsiders* rara vez hacen uso de los derechos que su condición de tales les atribuye. *El problema básico es que estas reglas se diseñan para proteger a los minoritarios activos, pero no a los outsiders pasivos.* Su propósito es reducir el poder de decisión del socio de control, pero dejan sin resolver los problemas concernientes a los pequeños inversores, como son la información asimétrica y la acción colectiva. Por este motivo, de un lado, estas medidas análogas al veto no impedirán la expropiación si para llevarlas a la práctica tenemos que confiar

en una masa dispersa de pequeños inversores (38) y, de otro lado, podrían ser utilizadas por minoritarios organizados con intereses potencialmente alejados de los pequeños accionistas para capturar al consejo o a la junta en las decisiones importantes (39). En consecuencia, existe el riesgo de generar nuevos costes de agencia al otorgar a algunos minoritarios un poder desproporcionado que les permita perseguir su propia estrategia.

Por tanto, para las sociedades cotizadas, la solución vendría de la mano de una rendición de cuentas reforzada. Es interesante, en este sentido, constatar que uno de los debates centrales sobre cómo mejorar el gobierno corporativo y proteger a los inversores tanto en Europa como en EE.UU. en la última década ha consistido en pensar cómo articular mejor la rendición de cuentas por parte de los *insiders*. Con todo, como veremos a continuación, estas reformas van dirigidas a disciplinar a los administradores en sociedades de propiedad dispersa, pero flaquean a la hora de exigir responsabilidades a los accionistas en las sociedades controladas.

Las reformas han ido dirigidas a facilitar el cese de consejeros, el nombramiento de otros nuevos o el cambio de la estructura de retribución, mediante las políticas *say-on-pay* (dar voz a los socios sobre la remuneración de los administradores). La premisa es que al dejar estas decisiones corporativas en manos de los accionistas debería aumentar la rendición de cuentas de los administradores hacia ellos: es lo que se conoce como «franquicia de los accionistas» o *Shareholders' Franchise* (40). Parece que estas medidas pueden funcionar bien para discipli-

nar a los administradores, pero son inútiles para poner coto al controlador cuando este es, a su vez, accionista.

Con todo, de un modo u otro, los *outsiders* deberían jugar un papel importante en las sociedades controladas de cara a limitar la capacidad de los accionistas de control de expropiar el patrimonio societario, a través de la ratificación y vigilancia de las decisiones con conflicto de interés. El objetivo es limitar la cuantía de los beneficios privados que pueden ser extraídos por los accionistas de control, así como favorecer la rendición de cuentas de los socios de control ante los socios minoritarios. En este sentido, la introducción de la regla de la mayoría de la minoría constituiría un gran avance en el diseño del mecanismo de voz en estas sociedades.

V. CONCLUSIONES

Nuestro análisis ha tratado de demostrar las limitaciones que tienen los mecanismos de salida, voz y responsabilidad para proteger a los *outsiders* o inversores externos frente a los accionistas de control, tanto en el contexto estadounidense como en Europa continental.

Empezando por el plano de la responsabilidad, hemos visto que, debido a los problemas para definir el nivel óptimo de beneficios privados en el caso de los accionistas de control, solo caben dos opciones regulatorias viables. La actual situación en Europa continental no contempla deberes fiduciarios específicos para el accionista de control hacia los *outsiders*, autorizando así una alta tasa de beneficios privados (41). La opción alternativa, ejemplificada por la práctica

seguida en EE.UU., trata a los accionistas de control exactamente igual que a cualquier otro agente fiduciario, por lo que se fiscaliza la extracción de beneficios privados en favor de cualquiera que controle las decisiones de la sociedad (42).

En relación con el mecanismo de salida, hemos analizado que la venta en los mercados financieros confiere una posibilidad de escape y liquidez a cualquier accionista externo particular, pero no a los inversores de mercado como grupo, y no sirve para disciplinar a los accionistas de control si la sociedad genera flujos de caja libre y no necesita acudir a los mercados financieros.

La mayor parte del debate actual sobre cómo mejorar el gobierno corporativo se centra en la voz. Ha quedado de manifiesto que mejorar estos problemas no es tarea fácil. Pero si hablamos de las sociedades controladas, la voz tiene una importante limitación natural. El accionista de control necesita una voz fuerte si se quiere que su función de control y administración resulte eficaz, y esta es la razón por la que las sociedades controladas generan valor. Es posible que constreñir esta voz pueda servir para reducir los problemas de expropiación, pero a costa de suprimir una de las principales ventajas de las sociedades controladas.

NOTAS

(1) Esta definición fue acuñada por SHLEIFER y VISHNY (1997). Pero los primeros en señalar la importancia de la asignación de los derechos de control entre *insiders* y *outsiders* a efectos de contratación financiera a nivel de la empresa fueron HART y MOORE (1989) y AGHION y BOLTON (1992).

(2) HIRSCHMAN (1970) en su libro titulado *Exit, Voice and Loyalty* fue el primero en efectuar la distinción entre estas tres categorías que se han convertido en la piedra angular para comprender el gobierno corporativo

desde una perspectiva tanto jurídica como económica. En realidad, no introduce la responsabilidad porque su foco se centra en el *trade-off* entre salida y voz, y considera el deber de lealtad como un instrumento de compromiso que induce el uso de la voz en lugar de la salida. Sin embargo, en este artículo, seguimos la interpretación más reciente de HANSMAN y KRAAKMAN (2015), que sustituyen «lealtad» por «responsabilidad» y argumentamos la existencia de diferentes grados de complementariedad entre estos tres mecanismos de control.

(3) La naturaleza de las partes en conflicto no solo varía de unas sociedades a otras, sino que también lo hace a lo largo del tiempo a medida que nuevos tipos de inversores entran o salen del mercado. Por ejemplo, el *insider* que detenta el poder puede ser un ejecutivo contratado o un grupo familiar, o incluso el Estado (cuyo papel como accionista ha disminuido en las economías desarrolladas, pero sigue siendo prevalente en las economías en desarrollo). Los *outsiders* pueden ser pequeños inversores, grandes accionistas significativos (*blockholders*) o un grupo de accionistas de control, pero actualmente un gran porcentaje de la propiedad total se encuentra en manos de inversores institucionales y *hedge funds*.

(4) GILSON y GORDON (2013) argumentan que la distinción canónica entre sociedades con estructura dispersa o concentrada en términos de gobierno está obsoleta, ya que la concentración de la propiedad en EE.UU. en manos de los fondos de inversión implica que la descripción de BERLE y MEANS ha dejado de tener actualidad. Sin embargo, si bien los fondos de inversión están asumiendo el papel de grandes accionistas, ello no suele ir acompañado de una función de control, pues la mayoría no intervienen activamente en la dirección de la empresa.

(5) GILSON y GORDON (2003), GILSON (2006), GILSON y SCHWARTZ (2013), GILSON y SCHWARTZ (2015), ZOHAR GOSHEN y ASSAF HAMDANI (2016).

(6) MARK J. ROE (1996).

(7) Los accionistas significativos o bloques de control (*blockholders*) palián este problema; véase EDMANS (2011) donde se presenta un modelo en el que los *blockholders* generan información sobre el valor fundamental de la empresa, llevándoles a vender sus participaciones en caso de surgir información negativa, lo que hace que los precios reflejen el valor fundamental y alienta a los gestores a invertir con la mirada puesta en el crecimiento a largo plazo. Consistente con este modelo, hay evidencia empírica que demuestra que los bloques de control contribuyen a aumentar la inversión por parte de la empresa (CRONQVIST y FAHLENBRACH (2009), y a disuadir la manipulación de los beneficios (BURNS, KEDIA y LIPSON (2008)).

(8) JOHNSON *et al.* (2000). Para una discusión más pormenorizada y ejemplos anecdóticos de *tunelling* en Estados Unidos, véase ATANASOV *et al.* (2011).

(9) Según datos del Banco Mundial, la ratio de capitalización bursátil como porcentaje del PIB en EE.UU. aumentó del 129,8 por 100 en 2005 hasta el 151,2 por 100 en 2014, mientras que el correspondiente a la zona del euro pasó del 59,4 por 100 en 2005 al 59 por 100 en 2014.

(10) BURKART y LEE (2008), ADAMS y FERREIRA (2008), ALMEIDA y WOLFENZON (2008), BEBCHUK *et al.* (2000), VENTORUZZO (2015).

(11) Según THOMPSON y THOMAS (2004), en 1998 y 1999 se interpusieron en Delaware 824 demandas colectivas (*class actions*), 87 demandas directas individuales y 137 acciones derivativas en casos de presunta infracción del deber fiduciario.

(12) GILSON y GORDON (2003) en la página 793 afirman que «lo importante es que la doctrina judicial pone efectivamente coto a los beneficios privados del control vinculados a la gestión de la sociedad». Esta idea es retomada en profundidad por GILSON y SCHWARTZ (2013).

(13) Este problema es analizado en JOHNSON *et al.* (2000), ENRIQUES (2002) y GELTER (2012). Por otro lado, el análisis sobre historia económica realizado por LAMOREAUX y ROSENTHAL (2006) demuestra que el difícil dilema al que se enfrentaban los tribunales en el siglo XIX era cómo proteger a los accionistas minoritarios sin promover en estos comportamientos de búsqueda de rentas que pudieran erosionar el poder del accionista de control. Por este motivo, los tribunales eran muy conservadores al definir qué constituía abuso de confianza por parte de quienes ejercían el control y tendían a conceder al grupo controlador el beneficio de la duda argumentado que era improbable que sus miembros mostraran un proceder lesivo para el valor de su propia participación.

(14) Como ejemplo de esta corriente, véase CONAC, ENRIQUES y GELTER (2007). RINGE (2015), pág. 505 («esta forma de acción legal fue oficialmente introducida en el S. XIX con el propósito de permitir a los accionistas individuales «meter en vereda» los comportamientos inadecuados de los accionistas significativos o *blockholders*»).

(15) La impugnación de los acuerdos sociales por los accionistas constituye un medio imperfecto para hacer valer los deberes fiduciarios (de fidelidad) del accionista de control. SÁEZ y RIAÑO (2013) aportan un estudio empírico de sentencias aplicando la sección de la Ley española de Sociedades Anónimas que regula la acción rescisoria por parte de los accionistas. En dicho trabajo muestran que este mecanismo de litigación se enfrenta a problemas tanto de *under* como de *over-enforcement*, haciéndose, por consiguiente, imperativa su reforma. No es eficaz a la hora de contener las facultades cuasi despóticas de los accionistas de control en la junta general y conduce a los denominados problemas de *hold-up*, que también han sido identificados como especialmente severos en Alemania por CAHN y DONALD (2010) y por BAUMS, KEINATH y GAJEK (2007).

Normalmente, la solución a estos problemas de «atraco» generados por unos «accionistas depredadores» es elevar los requisitos de legitimación activa, senda que han seguido varias jurisdicciones europeas, incluida la nuestra (v. art. 206 LSC).

(16) GILSON y SCHWARTZ (2013) se centran en el *judicial enforcement* como la llave para reducir los beneficios privados, y sugieren la introducción de un tribunal europeo especializado dedicado al gobierno corporativo y la resolución de controversias que pudiera jugar un papel similar al del *Delaware Court of Chancery* en EE.UU. No obstante, creemos que los problemas de *enforcement* existen fundamentalmente por las deficiencias de un sistema procesal anticuado, y los tribunales especializados se enfrentan a otros riesgos, en particular en los países pequeños, como es la posibilidad de verse capturados.

(17) SÁEZ y RIAÑO (2013).

(18) FERRARINI y GUIDICI (2006).

(19) La tendencia natural de los legisladores europeos es minimizar el impacto de la discrecionalidad en la aplicación de la ley por parte de los tribunales a través de los deberes fiduciarios. Un claro ejemplo lo tenemos en la ley sobre grupos de sociedades en Alemania, que erige un alambicado sistema para organizar las transferencias de capital a las filiales del grupo por operaciones intragrupo sobre una base anual (nótese que este sistema tiene un escaso efecto disuasorio sobre el comportamiento abusivo de los accionistas dominantes de los grupos). Otro ejemplo es la nueva Directiva sobre operaciones vinculadas, que hace pivotar su estrategia para abordar los beneficios privados en la introducción de reglas «*ex ante*» como sustituto de los mecanismos de rendición de cuentas «*ex post*». Con todo, algunos ordenamientos, en particular Alemania, han desarrollado a través de la jurisprudencia una doctrina de deberes de lealtad entre accionistas. Esto se aplica (también) a los accionistas mayoritarios, funcionando como herramienta de protección de la minoría. Pero su utilidad no debería sobrevalorarse. En este sentido, vemos la doctrina sobre el deber de lealtad como una suerte de sustituto de la doctrina de la opresión de la minoría en EE.UU. en el caso de las sociedades cerradas (*closely held corporations*). Bien es cierto que ha demostrado cierta efectividad en limitar el abuso de poder de voto por parte de la mayoría en decisiones «estructurales u organizativas» clave que pudieran resultar lesivas para los accionistas minoritarios, como la liquidación de la sociedad, la ampliación de capital u otras de índole similar. Pero no se ha revelado como un mecanismo eficaz para limitar la expropiación (por ejemplo, mediante prácticas de *self-dealing*), ni capaz de imponer la rendición de cuentas del accionista de control en las sociedades cotizadas.

(20) Se ha vuelto una práctica generalizada en las jurisdicciones de Europa continental definir el interés de la sociedad como un estándar abierto que debe ser objeto de

concreción atendiendo al procedimiento legal establecido para adoptar acuerdos sociales. En la práctica, no es fácil para los tribunales delimitar el interés de la sociedad, por lo que tienden a aceptar la definición del interés corporativo que esgrimen los accionistas de control. Conviene también resaltar que, dado que el estándar no ha de entenderse sustantivamente, es probable que los jueces lo confronten con aspectos de índole procedimental. En otras palabras, la regla de la mayoría determina cada vez en qué consiste el interés de la sociedad. Pero entonces, dicho estándar deja de ser útil y permite demasiada discreción al grupo mayoritario (SPINDLER 2008). Es por esta razón que SCHMIDT (2004) critica la interpretación imperante del «interés de la sociedad» por considerarla demasiado sesgada a favor del accionista de control.

(21) Véase ATANASOV, BLACK y CICCOTELLO (2011), DAMMAN (2008) y BERTRAND, MEHTA y MULLAINATHAN (2002).

(22) En la práctica, los grupos representan la forma más extrema de control por un accionista de control. No es de extrañar que la ley alemana haya abordado este problema mediante regulación compleja y «voluntarista», que se ha revelado bastante ineficaz. Para evitar pleitos basados en el deber de lealtad, han promulgado legislación específica para los grupos de sociedades basándose en los deberes especiales de información y auditoría exigibles a un grupo sobre su actividad. Véase ZÖLLNER (2007).

(23) GILSON y GORDON (2003) argumentan que la doctrina de Delaware restringe el grado en el que los accionistas de control pueden extraer beneficios privados de control hasta un nivel en el que resulta plausible afirmar que los beneficios para los accionistas minoritarios, gracias a la reducción de los costes de agencia respecto a los administradores y como resultado de la vigilancia concentrada ejercida por un accionista de control, superan el coste de los beneficios privados de control obtenidos por dicho accionista de control.

(24) GUTIÉRREZ y SÁEZ (2014) presentan un modelo donde los beneficios privados surgen como resultado de elecciones sobre los posibles modos de proceder en una relación a largo plazo. Estas elecciones se realizan con base en información limitada y asimétrica, e influyen en los beneficios tanto públicos como privados que se derivan para cada parte. La regulación afecta estas elecciones, por lo que tiene un enorme impacto en la eficiencia. Los citados autores demuestran que una regulación dirigida a conseguir un nivel cero de extracción de beneficios privados solo resultaría eficiente si se permitiera a las partes vincularse o desvincularse del contrato, algo que no es posible bajo el actual enfoque de tipo obligatorio.

(25) Véase JOHNSON *et al.* (2000). Los autores analizan tres sentencias clásicas de las jurisdicciones continentales, conocidas como caso Peronnet, caso Flambo y caso Marcilli, las cuales son muy ilustrativas de la tendencia

de los jueces a no entrar a examinar el fondo de las disputas corporativas cuando está implicado un accionista de control. En dichos casos, eluden imputar responsabilidad a los *insiders* aplicando un análisis meramente formal o doctrinal (por ejemplo, mediante una apelación hueca a los intereses del grupo, negando la posibilidad de recurrir la decisión en segunda instancia, o argumentando que la operación no es ruinoso para la sociedad).

(26) Los primeros en expresar formalmente la idea de que las cotizaciones bursátiles pueden jugar un papel en controlar la actuación de los administradores fueron HOLMSTROM y TIROLE (1993), quienes presentan un modelo en el que los *traders* del mercado bursátil secundario conocen las actuaciones de los administradores y proceden en consecuencia al operar, con lo que el administrador es disciplinado por la parte de su paquete retributivo vinculada a la cotización. Argumentan que este efecto es mayor cuando la propiedad es más dispersa y la liquidez de mercado es mayor, porque la liquidez aumenta los beneficios que los especuladores pueden obtener al operar con base en información. Debido a esto, BHIDE (1993) sostiene que la salida es una alternativa al activismo por parte de los grandes accionistas. Pero ADMATI y PFEIDERER (2009) presentan un modelo en el que la amenaza de salida (también conocida como *Wall Street Walk*) por parte de un gran accionista informado puede servir también para disciplinar a un administrador cuya remuneración incluye incentivos basados en acciones por lo que respecta a decisiones concretas, si bien puede tener un efecto negativo sobre el grado de iniciativa de la función gerencial.

(27) Cuando por las imperfecciones de mercado los precios a corto plazo se desvían de su valor a largo plazo (miopía de mercado), el valor de las inversiones a largo plazo, que puede ser crucial para la competitividad a largo plazo de la sociedad (como las capacidades en I+D), no se refleja en (incluso en ocasiones puede menoscabar) el precio a corto plazo de la acción. Confrontado por esta situación, un administrador cuya remuneración está en parte vinculada a la cotización (así como aquellos a los que les preocupa su futuro profesional) tenderá a infrainvertir. En una interesante encuesta, GRAHAM, HARVEY y RAJGOPALIS (2005) concluyen que el 78 por 100 de los directivos estarían dispuestos a sacrificar el valor a largo plazo de la sociedad para conseguir los objetivos de beneficios. Véase la KAY REVIEW (2012) para una discusión completa de este asunto.

(28) No obstante, los accionistas a largo plazo podrían seguir teniendo ciertos incentivos para mantener la cotización de la acción alta por motivos de prestigio profesional, o en circunstancias en las que los accionistas de control pignorán sus acciones como activos de garantía de préstamos y se hallan sujetos a solicitudes de ampliación de la garantía si el precio del valor cae por debajo de un mínimo definido en las condiciones del préstamo, o bien se define un precio mínimo de la acción, y cuando este se traspasa se activa la cláusula de ampliación de garantía y el deudor

debe elegir entre aportar nuevas garantías o devolver el préstamo. Esto incentiva a los accionistas de control a tomar medidas para mantener la cotización de la acción al menos por encima del nivel estipulado en el contrato de préstamo.

(29) Para una revisión de la amplia literatura existente sobre política de dividendos, véase ALLEN y MICHAELY (2003).

(30) LINDA DEANGELO, DEANGELO y STULZ (2006) muestran que la propensión al reparto de dividendos está positivamente correlacionada con la ratio entre beneficios no distribuidos y fondos propios totales, un *proxy* para los flujos de caja libre. DENIS y OSOBOV (2008) encuentran que la probabilidad de repartir dividendos presenta una fuerte relación con el ratio entre beneficios no distribuidos y fondos propios totales, y que el porcentaje de sociedades que reparten dividendos es alto cuando el grueso de los fondos propios está formado por los beneficios no distribuidos, y es bajo cuando los beneficios no distribuidos son negativos.

(31) GUTIÉRREZ y SÁEZ (2015) abordan en detalle esta cuestión. Analizan las normas jurídicas que regulan las distribuciones de beneficios y concluyen que la ley otorga el control de la política de dividendos a los poderosos *insiders* y protege débilmente los intereses de los accionistas externos u *outsiders*. Por esta razón, argumentan que existirá una relación estrecha y positiva entre la política de dividendos y la calidad global del resto de mecanismos de gobierno corporativo. Cuando los *insiders* ostenten el control de la política de dividendos y el gobierno corporativo global sea débil, la política de dividendos no servirá para reducir los conflictos de agencia. Pero si existen otros mecanismos de gobierno corporativo que funcionan y generan los incentivos adecuados para los *insiders*, estos seleccionarán políticas de reparto que reduzcan los flujos de caja libre.

(32) DENIS y OSOBOV (2005) también encuentran diferencias importantes entre las políticas de dividendos en Alemania, Francia y Japón, países con empresas caracterizadas por una elevada concentración de la propiedad. En concreto, detectan que en EE.UU., Canadá y el Reino Unido, las sociedades con débiles oportunidades de crecimiento tienen más probabilidades de distribuir dividendos, mientras que en Alemania, Francia y Japón, el resultado es el opuesto. A fin de identificar el nexo causal, GUGLER y YURTOGLU (2003) estudian las reacciones del mercado ante los anuncios de menores dividendos en Alemania, y concluyen que los efectos negativos de mayor cuantía afectan a las empresas donde los *insiders* corporativos tienen más poder. ZHANG (2005) llega al mismo resultado para una muestra amplia formada por sociedades de más de 20 países. También investigando la causalidad, THOMSEN (2005) detecta que aumentos en la propiedad de grandes bloques accionariales están correlacionados con disminuciones posteriores de los desembolsos de dividendos.

(33) El ejemplo más claro lo encontramos en Estados Unidos, donde, tal y como se discute en EISENBERG (1976) las sociedades cotizadas están dirigidas y controladas por el equipo de administración de la empresa. Este sistema se suele justificar apelando a razones de eficiencia, es decir, básicamente, por motivos relacionados con las asimetrías de información y autoridad de los administradores (de ahí que la literatura habitualmente se refiera a él con el término de «gerencialismo»). Para una discusión de esta orientación claramente mayoritaria, véase BAINBRIDGE (2006).

(34) KRAAKMAN *et al.* (2009), p. 61.

(35) El papel activo de los accionistas en la toma de decisiones en jurisdicciones de capital concentrado es visto frecuentemente por muchos juristas europeos como una fortaleza en materia de gobierno corporativo que reduce los problemas de agencia en dichas sociedades. Véase un ejemplo de esta opinión en COOLS (2005).

(36) Para una descripción general de estas herramientas de protección de los minoritarios, véase KRAAKMAN *et al.* (2009).

(37) Véase DAMMANN (2014).

(38) Consideremos, por ejemplo, el caso de las reglas de supermayoría. Está claro que exigir supermayoría puede resultar problemático porque el voto es difícil de conseguir, y ello contribuye a legitimar aún más los derechos de control del *blockholder*.

(39) De hecho, para una parte de la literatura jurídica de Europa continental, el riesgo de abuso por la minoría –y no el de abuso de la mayoría– se vislumbra como el verdadero peligro que debe ser combatido. Por lo que parece, los juristas y legisladores europeos temen más el riesgo de *hold-up* por la minoría (riesgo de extorsión por parte de minorías organizadas) que la disposición a la expropiación de la mayoría. Dos ejemplos pueden ilustrar esta idea. En primer lugar, en Alemania, la sentencia de referencia sobre los deberes fiduciarios de los accionistas, conocida como caso Girmes, pretende reducir la extorsión por la minoría; véase CAHN y DONALD (2010). El segundo ejemplo hace referencia a la impugnación de acuerdos sociales. Esta herramienta se topa con numerosas restricciones prácticas a la hora de proteger los intereses minoritarios, pero el foco en esta cuestión se ha colocado sobre el problema de la interposición de demandas abusivas por litigantes profesionales, como se expone en ZETZSCHE y VERMEULEN (2010).

(40) Con esta expresión se designa la estrategia de empoderamiento propuesta por BEBCHUK en una serie de artículos escritos en 2007, 2006, 2005 y 2003 para mitigar los conflictos de agencia, la cual se ha convertido en la idea clave de las reformas emprendidas en EE.UU. para la mejora del gobierno corporativo. Sin embargo, este enfoque no ha estado exento de críticas, en especial tras la crisis financiera, por entender que promueve una visión cortoplacista, sugiriendo que los

administradores han estado demasiado centrados en la maximización del precio de la acción. Véase a este respecto BRATTON y WACHTER (2010), y una respuesta a las referidas críticas en BEBCHUCK (2013).

(41) Como ilustración de este hecho, se han planteado algunas explicaciones, como la capacidad de lobby de los accionistas de control, el *trade-off* entre sinergias en los grupos de sociedades y expropiación, el compromiso a largo plazo del *blockholder*, e incluso el riesgo de comportamientos estratégicos de los accionistas minoritarios; véase ENRIQUES et al. (2009) pp. 179-182.

(42) Por lo que respecta a la influencia del accionista de control sobre la operación y dirección de la sociedad controlada, el derecho jurisprudencial o *case law* distingue entre decisiones empresariales que afectan a todos los accionistas y transacciones (*self-dealing*) que pueden entrar en la categoría de conflictos de intereses entre un accionista de control y una sociedad controlada. Los tribunales aplican la norma de la discrecionalidad (*business judgment*) para dirimir el primer tipo de transacciones, y la prueba completa de justificación legal (*fairness test*) al segundo. Véase DAMMANN (2008), donde se explica que las transacciones que no acarrear un conflicto directo con la minoría tienen más probabilidades de recibir protección por aplicación de la regla de la discrecionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, R., y FERREIRA, D. (2008), «One share, One vote: the empirical evidence», *Review of Finance*, 12: 51-91.
- ADMATI, A. R., y PFEIDERER, P. (2009), «The "Wall Street Walk" and Shareholder Activism: Exit as a Form of Voice», *Review of Financial Studies*, 22: 2445-2485.
- AGHION, PH.; BOLTON, P., y TIROLE, J. (2004), «Exit options in corporate finance: liquidity versus incentives», *Review of Finance*, 8: 327-353.
- ALLEN, F., y MICHAELY, R. (2003), "Payout Policy", en CONSTANTINIDES, G; HARRIS, M. G., y STUTZ, R. (eds.): *Handbook of the Economics of Finance*, North-Holland, Amsterdam.
- ALMEIDA H., y WOLFENZON, D. (2006), «A theory of pyramidal ownership and family business groups», *Journal of Finance*, 61: 2637-2680.
- ARMOUR, J.; HANSMANN, H., y KRAAKMAN, R. (2009), «Agency Problems and Legal Strategies», en *The anatomy of corporate law: A comparative and functional Approach*, 2.ª ed., 73ss.
- ATANASOV, V.; BLACK, B., y CICCOTELLO, C. S. (2011), *Law and Tunneling*, 37 IOWA J. CORP. L. 1.
- BAINBRIDGE, S. M. (2006), «The Case for Limited Shareholder Voting Rights», *UCLA Law Review*, 53: 601.
- BAUMS, TH.; KEINATH, A., y GAJEK, D. (2007), Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie, 27 Zeitschrift Fur Wirtschaft (ZIP), 27: 1629.
- BEBCHUK, L. (2003), «The Case for Shareholder Access to the Ballot», *The Business Lawyer*, 59.
- (2005), «The Case for Increasing Shareholder Power», *Harvard Law Review*, 118.
- (2006), «Reply: Letting Shareholders Set the Rules», *Harvard Law Review*, 119.
- (2007), «The Myth of the Shareholder Franchise», *Virginia Law Review*, 93: 675.
- (2013), «The Myth That Insulating Boards Serves Long Term-Value», *Columbia Law Review*, 113.
- BEBCHUK, L. A., y HAMDANI, A. (2009), «The Elusive Quest for Global Governance Standards», *University of Pennsylvania Law Review*, 157: 1263-1317.
- BERTRAND, M.; PARAS, M., y MULLAINATHAN, S. (2002), «Ferretting Out Tunneling: An Application to Indian Business Groups», *The Quarterly Journal of Economics*, 117: 121-148.
- BHIDE, A. (1993), «The hidden costs of stock market liquidity», *Journal of Financial Economics*, 34, 31-51.
- BRATTON, W. W., y WACHTER, M. L. (2010), «The Case Against Shareholder Empowerment», *University of Pennsylvania Law Review*, 158: 653.
- BURKART, M., y LEE, S. (2008), «The one share-one vote debate: a theoretical perspective», *Review of Finance*, 12: 1-49.
- CAHN, A., y DONALD, D. C. (2010), *Comparative Company Law*, Cambridge University Press.
- CONAC, P.-H.; ENRIQUES, L., y GELTER, M. (2007), «Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy», *European Company and Financial Law Review*, 4(4).
- COOLS, S. (2005), «The Real Difference in Corporate Law Between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers», *Delaware Journal of Corporate Law*, 30: 697-766.
- CRONQVIST, H., y FAHLENBRACH, R. (2009), «Large shareholders and corporate policies», *Review of Financial Studies*, 22: 3941-3976.
- DAMMAN, J. (2008), «Corporate Ostracism: Freezing out Controlling Shareholders», *Journal of Corporation Law*, 33: 683-744.
- DEANGELO, L.; DEANGELO, D. J., y STULZ, R. M. (2006), «Dividend Policy and the Earned/Contributed Capital Mix: A Test of the Lifecycle Theory», *Journal of Financial Economics*, 81: 227-254.
- DEANGELO, H., y DEANGELO, L. (1985), «Managerial ownership of voting rights: A study of public corporations with dual classes of common stock», *Journal of Financial Economics*, 14: 33-69.
- DENIS, D. J., e OSOBOV, I. (2008), «Why Do Firms Pay Dividends? International Evidence On The Determinants Of Dividend Policy», *Journal of Financial Economics*, 89: 62-82.
- EDMANS, A. (2011), «Blockholder Trading, Market Efficiency, and Managerial Myopia», *Journal of Finance*, 64: 2481-2513.
- EISENBERG, M. A. (1976), *The Structure of the Corporation*, Little, Brown and Company.
- ENRIQUES, L. (2002), «Do Corporate Law Judges Matter? Some Evidence from Milan», *European Business Organization Law Review*, 3: 765-821.
- ENRIQUES, L. et al. (2009), «The Basic Governance Structure: The Interests of Shareholders as a Class», en *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 2.ª ed., 73ss.
- FERRARINI, G., y GUIDICI, P. (2006), «Financial Scandals and the role of Private Enforcement: The Parmalat Case», en ARMOUR, J. y McCAHERY, J. A. (eds.): *After Enron. Improving Corporate Law and Modernizing Securities Regulation in Europe and the U. S.*
- GELTER, M. (2012), «Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?», 37: 843-892.
- GILSON, R. (2006), «Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy», *Harvard Law Review*, 119: 1641.
- GILSON, R. J. y GORDON, J. N. (2003), «Controlling controlling shareholders», *University of Pennsylvania Law Review*, 152: 785.
- (2013) «The agency costs of agency capitalism: Activist investors and the revaluation of governance rights», *Columbia Law Review*, 113: 863-927.
- GILSON, R. J., y SCHWARTZ, A. (2013), «Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms versus Ex Post Transaction Review», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 169: 160-183.
- (2015), «Corporate Control and Credible Commitment», *International Review of Law and Economics*, 43: 119.

<p>GOSHEN, Z. y HAMDANI, A. (2016), «Corporate Control and Idiosyncratic Vision», <i>Yale Law Journal</i>, 125: 560.</p> <p>GRAHAM, J. R.; HARVEY, C. R., y RAJGOPAL, S. (2005), «The economic implications of corporate financial reporting», <i>Journal of Accounting and Economics</i>, 40: 3-73.</p> <p>GUGLER, K., y BURCIN YURTOGLU, B. (2003), «Corporate Governance and Dividend Pay-Out Policy in Germany», <i>Eur. Econ. Rev.</i>, 47: 731.</p> <p>GUTIÉRREZ, M. y M. I. SÁEZ (2014) «A Contractual Approach to Discipline Self-Dealing by Controlling Shareholders», disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=2440663.</p> <p>— (2015), «Dividend policy with controlling shareholders», <i>Theoretical Inquiries in Law</i>, 16: 107.</p> <p>HANSMAM, H., y KRAAKMAN, R. (2015), «Exit, Voice and Liability», mimeo.</p> <p>HART, O., y MOORE, J. (1989), «Default and Renegotiation: A Dynamic Model of Debt», <i>The Quarterly Journal of Economics</i>, 113: 1-41.</p> <p>HIRSCHMAN, A. O. (1970), <i>Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States</i>, Cambridge, MA: Harvard University Press.</p> <p>HOLMSTROM, B., y TIROLE, J. (1993), «Market liquidity and performance monitoring», <i>Journal of Political Economy</i>, 101: 678-709.</p>	<p>JOHNSON <i>et al.</i> (2000), «Tunneling», <i>American Economic Review</i>, 90: 2-27.</p> <p>KAY REVIEW (2012), disponible en http://www.johnkay.com/2012/07/23/the-kay-review</p> <p>KRAAKMAN, R.; ARMOUR, J.; DAVIES, P.; ENRIQUES, L.; HANSMANN, H. B.; HERTIG, G. KLAUS; HOPT, J.; KANDA, H., y ROCK, E. B. (2009), <i>The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach</i>, Oxford University Press.</p> <p>LAMOREAUX, N. R., y ROSENTHAL, J-L. (2006), «Corporate Governance and minority Shareholders before the depression», en GLAESSER, E. L. y GOLDIN C. (ed.): <i>Corruption and Re-form: Lessons from America's Economic History</i>, University of Chicago Press, Chicago.</p> <p>RINGE, W-G. (2015), «Changing Law and Ownership Patterns in Germany: Corporate Governance and the Erosion of Deutschland AG», <i>The American Journal of Comparative Law</i>, 49: 493.</p> <p>ROE, M. (1994), <i>Strong Managers, Weak Owners: The Political Roots of American Corporate Finance</i>, Princeton University Press.</p> <p>SÁEZ, M. I., y RIAÑO, D. (2013), «Corporate Governance and the Shareholders' Meeting: Voting and Litigation», <i>European Business Organization Law Review</i>, 14: 343-399.</p> <p>SCHMIDT, D. (2004), <i>Les conflits d'interets dans la societe anonyme</i>, Joly Editions.</p>	<p>SHLEIFER, A., y VISHNY, R. W. (1997), «A Survey of Corporate Governance», <i>The Journal of Finance</i>, 52: 737-783.</p> <p>SPINDLER, G. (2008), <i>Münchener Kommentar zum Aktiengesetz</i>, x 76 comment 70.</p> <p>THOMPSON, R. B., y THOMAS RANDALL, S. (2004), «The New Look of Shareholder Litigation: Acquisition-Oriented Class Actions», <i>Vanderbilt Law Review</i>, 57: 168-69.</p> <p>THOMSEN, S. (2005), «Conflicts of Interest or Aligned Incentives? Blockholder Ownership, Dividends and Firm Value in the US and the EU», <i>European Business Organization Law Review</i>, 6: 201-225.</p> <p>VENTORUZZO, M. (2015), The Disappearing Taboo of Multiple Voting Shares: Regulatory Responses to the Migration of Chrysler-Fiat (March 5, 2015), SSRN:http://ssrn.com/abstract=2574236.</p> <p>ZHANG, R. (2005), «The Effects of Firm- and Country-level Governance Mechanisms on Dividend Policy, Cash Holdings, and Firm Value», mimeo, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=652090.</p> <p>ZETZSCHE, D., y VERMEULEN, E. (2010), «Use and Abuse of Investor Suits - An Inquiry into the Dark Side of Shareholder Activism», <i>European Company & Financial Law Review (ECFR)</i>(7/1): 1-62.</p> <p>ZÖLLNER, W. (2007), «Qualifizierte Konzernierung im Aktienrecht», en <i>Gedachtnisschrift für B. Knobbe-Keuk</i>.</p>
---	--	---

Resumen

A fin de asegurar que los individuos ajustan su conducta a lo establecido por el ordenamiento jurídico, resulta normalmente necesario establecer algún tipo de control público, por el que las autoridades competentes verifiquen dicho ajuste y en su caso adopten medidas de efectos negativos para los infractores. Dichos controles pueden tener lugar en diferentes momentos: antes o después de que se inicie la actividad en cuestión, o de que esta haya ocasionado un accidente, etc. Tras repasar la abundante literatura económica relativa a las ventajas y los inconvenientes que se derivan de colocar dichos controles en un momento u otro, el presente trabajo trata de explicar por qué el volumen de los que hay que efectuar antes del inicio de la correspondiente actividad tiende a ser excesivo y por qué dicho volumen se ha reducido, en líneas generales, en las últimas décadas.

Palabras clave: responsabilidad civil, regulación, autorizaciones administrativas.

Abstract

In order to induce people to abide by the law, legal systems establish control mechanisms through which compliance is examined and sanctions are eventually imposed. Those controls may be placed at different moments (before the start of the activity subject to control, after that activity has been launched, after it has caused and accident, etc.). After reviewing the law and economics literature on the comparative advantages and disadvantages of those timing alternatives, this paper tries to explain why the volume of administrative controls placed before the start of the activity at issue tend to be greater than socially optimal and, moreover, why such volume has overall decreased over the last decades.

Key words: liability for harm, regulation, licensing.

JEL classification: K13, K42.

¿MEJOR ANTES O DESPUÉS? CONTROLES PÚBLICOS PREVIOS *VERSUS* CONTROLES PÚBLICOS POSTERIORES

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL

Universidad de València

I. INTRODUCCIÓN

UNO de los fenómenos más notables y polémicos producidos en el ámbito del Derecho público europeo durante los últimos años consiste en la relajación de los mecanismos de control que la Administración ejerce sobre ciertas actividades de los particulares antes de que estas comiencen a desarrollarse, y en la simultánea intensificación de los controles administrativos desplegados ulteriormente.

No hay, seguramente, un ejemplo mejor para ilustrar esta tendencia que el proceso de sustitución de autorizaciones previas por simples comunicaciones o declaraciones responsables desencadenado por la llamada Directiva de servicios (1) y las numerosas disposiciones estatales y autonómicas dictadas a su rebufo, que en este punto han ido muchas veces más allá de lo que exigía estrictamente la trasposición de dicha norma comunitaria. Este proceso ha suscitado abundantes problemas prácticos y una viva discusión doctrinal en países, como España, cuyas estructuras organizativas y jurídicas han girado tradicionalmente alrededor de la figura de la autorización, y en las que había que hacer cambios sustanciales para adaptarlas a un modelo en el que los controles *ex post* ganan mucha presencia (2).

Otro ejemplo es el espectacular auge experimentado por los sistemas de farmacovigilan-

cia establecidos a escala nacional, europea e incluso global a fin de recoger, procesar, evaluar y comunicar información sobre los riesgos y beneficios de los medicamentos una vez estos han sido comercializados. Salta a la vista que la intensidad y la complejidad de los mecanismos de seguimiento posterior de estos productos se han incrementado en mucha mayor medida que las de los procedimientos administrativos que hay que observar antes de ponerlos en el mercado (3).

Este fenómeno suscita tres grandes cuestiones a las que este trabajo trata de responder, siquiera de modo embrionario y fragmentario. La primera es la de las ventajas y desventajas comparativas que presentan ambos tipos de controles. La segunda es la de si la referida tendencia resulta socialmente deseable, lo que podría ocurrir, por ejemplo, porque en las últimas décadas se han producido cambios sociales, tecnológicos o de otra índole que han determinado que la cantidad óptima de ambos instrumentos se haya alterado, o acaso porque hemos «caído en la cuenta» de que las cantidades anteriores eran originariamente subóptimas y ahora lo siguen siendo también. La última cuestión es la de las causas que, de hecho y con independencia de su justificación, explican por qué la relevancia de unos instrumentos ha aumentado de manera muy considerable en detrimento de la de los otros. Se trata, obviamente,

te, de tres problemas estrechamente relacionados entre sí.

II. DECONSTRUYENDO LA DISTINCIÓN ENTRE CONTROL PREVIO Y CONTROL POSTERIOR

Con el término control designamos el conjunto de las actividades de obtención, almacenamiento, procesamiento, evaluación y comunicación de información mediante las cuales una o varias personas verifican la conformidad con el Derecho de una actividad llevada a cabo por otros individuos y que, en el caso de que se aprecie la disconformidad, determinan la adopción de medidas de efectos negativos –esto es, de sanciones (4)– para estos.

En el presente trabajo nos vamos a centrar en aquellos controles ejercidos por agentes públicos sobre actividades desarrolladas por los ciudadanos. Dejaremos fuera de nuestro estudio, pues, aquellos que algunas autoridades públicas ejercen respecto de otras autoridades de la misma índole, así como los que en determinados casos ciertos sujetos privados llevan a cabo respecto de actividades realizadas también por otros particulares, sin perjuicio de que algunas de las observaciones y las conclusiones a las que lleguemos puedan valer, *mutatis mutandis*, también para estos tipos de control.

Los controles pueden efectuarse antes o después de un determinado momento, en cuyo caso se suele hablar respectivamente de controles *ex ante* y *ex post*. Contamos ya con una apreciable literatura económica por la que se comparan diversas ventajas y desventajas de ambos tipos de instrumentos de *law enforcement*. Esa literatura presenta, sin embargo, cuando menos tres aspectos mejorables.

1. El punto temporal de referencia de la distinción

En la literatura económica existente sobre el tema, las comparaciones se hacen en relación con una distinción entre controles previos y posteriores que prácticamente siempre toma como momento de referencia el de la producción de un accidente dañoso. De esta manera, se pierde de vista que también pueden hacerse otras distinciones análogas y relevantes con referencia a instantes distintos: aquel en el que comienza a desarrollarse efectivamente la actividad sujeta a control; aquel en el que esta comienza a causar un daño; aquel en el que el daño se consume, etc. Las inspecciones que eventualmente desembocan en la imposición de sanciones, por ejemplo, pueden considerarse instrumentos de control *ex post* o *ex ante*, según se atienda al momento del inicio de la actividad o al del comienzo de la producción del eventual daño. La relevancia de esas otras distinciones deriva de la circunstancia de que la colocación de un control antes o después del correspondiente punto de referencia puede traer consecuencias bien diferentes, que conllevan distintos costes y beneficios.

2. Distinción entre el *timing* de los controles y otras de sus dimensiones

El segundo aspecto discutible es que, a veces, se atribuyen a determinados tipos de control ventajas o desventajas que en realidad no se desprenden intrínsecamente de su carácter previo o posterior a un determinado momento, sino de factores que acompañan típica, pero no necesariamente, a esa colocación temporal. Sirva un ejemplo.

En un reciente artículo, Shavell (2013) trata de mostrar que la responsabilidad civil por culpa y, en general, otros instrumentos de *law enforcement* cuya utilización se condiciona a la producción de un daño (controles considerados *ex post* en la literatura económica) son intrínsecamente menos costosos de gestionar que aquellos que se emplean antes de que se haya producido el daño o al menos con independencia del mismo (regulación *ex ante*). La explicación radicaría en que estos últimos instrumentos pueden inducir a las personas afectadas a adoptar las debidas precauciones, pero la probabilidad de que la autoridad competente examine si aquellas han actuado diligentemente es fija, independiente del cumplimiento de su deber de cuidado. La diligencia inducida mediante controles *ex post*, por el contrario, sí reduce la probabilidad de los accidentes dañosos y, en consecuencia, también el número de veces en las que la autoridad competente ha de verificar si las medidas de seguridad prescritas han sido tomadas.

Debe notarse, sin embargo, que esa ventaja no deriva en realidad del carácter posterior o anterior de los referidos controles, sino del método empleado en cada uno de los dos casos para inducir la adopción de las debidas precauciones: ora la investigación, ora la monitorización. Cuando se trata de la responsabilidad civil, se utiliza de ordinario la técnica de la «investigación»: la intervención de la autoridad competente –normalmente judicial– por la que en determinados casos se verifica el cumplimiento del deber de cuidado y, eventualmente, se impone la correspondiente «sanción» se condiciona al hecho de

que aquella reciba una señal que indique que en esos casos la probabilidad de que el deber de cuidado ha sido infringido es más elevada de lo normal. Y la probabilidad de que dicha autoridad reciba tal información está en función decreciente del nivel de cuidado adoptado por los obligados. Esa señal, en la responsabilidad civil, es la producción de un accidente o, mejor dicho, la acción ejercida por la víctima o las víctimas del mismo por la que se reclama el resarcimiento de los daños sufridos. En cambio, para efectuar controles *ex ante* se recurre muchas veces a la técnica de la «monitorización», cuya característica definitoria consiste en que la intervención de la autoridad competente no se condiciona a la recepción de semejante información (5).

Pues bien, interesa subrayar que no existe una perfecta correlación entre controles *ex post* e investigación, ni tampoco entre controles *ex ante* y monitorización. Hay casos en los que la intervención pública posterior a la producción de accidentes dañosos tiene lugar mediante monitorización; por ejemplo, como consecuencia de la circunstancia de que estos y sus responsables son difíciles de detectar por las víctimas (6). Y, sobre todo, en muchas ocasiones, se llevan a cabo controles previos a la causación de un daño que se condicionan a la recepción por la autoridad competente de una de aquellas señales. Piénsese en las investigaciones desencadenadas cuando alguien denuncia que otra persona no ha tomado las debidas medidas de seguridad encaminadas a evitar ciertos accidentes, sin que estos hayan tenido lugar efectivamente.

Ilustremos lo dicho con un ejemplo basado en Shavell

(2013), que precisamente viene a desmentir la tesis defendida por este autor. Supongamos que los propietarios de restaurantes deben instalar en estos locales sistemas de extinción de incendios. Imaginemos que un sistema tal cuesta 2.000 euros y reduce el riesgo de incendio del 4 por 100 al 1 por 100, y que un accidente de este tipo causa daños por importe de 100.000 euros.

Supongamos que el Estado puede utilizar tres instrumentos a fin de forzar la adopción de tal medida de seguridad. En los tres casos, los agentes estatales examinan, sin cometer errores, si los propietarios han instalado los extintores y les imponen una multa de 100.000 euros si el examen arroja un resultado negativo. En los tres casos, las tareas necesarias para verificar si se ha tomado esa medida o no conllevan un coste de 500 euros por restaurante. La diferencia reside en el hecho que desencadena dicho examen.

La verificación del cumplimiento del deber de cuidado puede producirse, en primer lugar, independientemente del hecho de que los agentes públicos competentes hayan recibido información indicativa de que la probabilidad de que los extintores no han sido instalados es particularmente alta. Supongamos que todos los restaurantes son inspeccionados.

La verificación, en segundo término, también puede tener lugar antes de que se haya producido un accidente, pero como consecuencia de que tales agentes han recibido información que sugiere que la referida probabilidad es anormalmente elevada; por ejemplo, porque una tercera persona ha denunciado el incumplimiento. Imaginemos que en

el 4 por 100 de las ocasiones en las que los extintores no han sido instalados al menos uno de los comensales presentes en el restaurante denuncia la omisión. Imaginemos, también, que en un 0,5 por 100 de las veces en las que sí han sido instalados un comensal denuncia erróneamente que no lo han sido.

Finalmente, el examen puede llevarse a cabo de resultas de un accidente dañoso. Supongamos que las víctimas del mismo siempre demandan a los propietarios.

Puede verse que la instalación de los extintores es socialmente deseable en los tres casos, pues sus beneficios (3.000 euros = 4 por 100 · 100.000 euros – 1 por 100 · 100.000 euros) superan siempre a sus costes para la sociedad (2.000 euros + costes de *enforcement*).

Nótese, sin embargo, que los costes de *enforcement* –y, a la postre, la suma de todos los costes sociales– se minimizan en el segundo escenario. En efecto, en el primero, donde todos los restaurantes son revisados, el coste de verificación por restaurante es de 500 euros. En el segundo, en el que todos los propietarios instalan los extintores y únicamente uno de cada 200 locales es examinado –como consecuencia de una denuncia falsa–, el referido coste es de 2,5 euros. Y en el último caso, donde se revisa uno de cada 100 locales, ese coste asciende a 5 euros. Este ejemplo permite ver también que la diferencia de costes existente entre los dos últimos casos depende de sus respectivas probabilidades de «falsos positivos», esto es, de cuál es la probabilidad condicional de que la autoridad competente recibe la señal indicativa del incumplimiento cuando en realidad no se ha producido el mismo.

3. Aspectos patológicos de las actividades de control

Muchos modelos teóricos mediante los cuales se trata de comparar las ventajas y desventajas de ambos tipos de controles hacen abstracción de los aspectos de su funcionamiento que podríamos denominar patológicos.

En primer lugar, en la mayoría de ellos se asume, explícita o implícitamente, que los agentes públicos implicados ejercen dichos controles de manera racional y benevolente, guiados únicamente por el objetivo de maximizar el bienestar social. Hasta la fecha, y salvo error nuestro, apenas se ha analizado en qué medida la relajación de esta premisa, y en particular la posible presencia de corrupción, altera los costes y beneficios de ambos tipos de controles.

En algunos estudios empíricos se muestra la existencia de una correlación positiva entre el volumen de los procedimientos administrativos que los ciudadanos deben superar para acceder al desarrollo de actividades empresariales, de una parte, y los niveles de corrupción, el tamaño de la economía sumergida y una menor producción de bienes públicos y privados, de otra (7). Uno podría sentir la tentación de interpretar estos estudios en el sentido de que sugieren que los controles *ex ante* propician la corrupción en mayor medida que los *ex post*, pero esa sería seguramente una conclusión precipitada. De un lado, porque es posible, por ejemplo, que el grado de corrupción de un país y el buen funcionamiento de su economía no dependan de la proporción entre los niveles de regulación pública *ex ante* y *ex post* de las actividades empresariales, sino del volumen global

de ambos tipos de intervención pública. Conviene tener presente, a estos efectos, que en los referidos estudios no se tiene en cuenta cuál es el nivel de intervención *ex post* en cada uno de los países considerados. De otro lado, tampoco se han presentado modelos teóricos que permitan explicar por qué los controles previos generan las mencionadas consecuencias negativas en mayor medida que los posteriores, ni tampoco por qué en determinados países el volumen de los controles previos es superior al existente en otros lugares.

En segundo lugar, casi todos los análisis están basados en el paradigma de la elección racional y, por tanto, no incorporan importantes avances y hallazgos de la economía conductual (*behavioral economics*) que sugieren que los individuos implicados en las actividades de control no siempre actúan de manera perfectamente racional y consistente (8).

III. FUNCIÓN DE LOS CONTROLES

Podemos partir de la premisa de que el objetivo de estos controles es minimizar la suma de los costes sociales derivados de la existencia de las actividades riesgosas sujetas a control y, en particular: 1) los resultantes directamente de los daños ocasionados por dichas actividades; 2) los que conllevan las medidas adoptadas para prevenir tales daños; 3) los que implican la realización de las tareas de control; y 4) los que se derivan de soportar el riesgo de sufrir los correspondientes accidentes o de tener que responder por ellos.

Configurados adecuadamente, los controles pueden resarcir todos esos costes de varias

maneras. En primer lugar, pueden proporcionar a los actores implicados los incentivos adecuados para que adopten medidas de seguridad eficientes tendentes a evitar que las actividades en cuestión ocasionen daños. Adviértase que incluso aquellos dispositivos que se ponen en marcha después de que se haya producido un daño, como los procedimientos dirigidos a exigir la responsabilidad civil de los causantes, pueden y deben generar ese benéfico efecto preventivo, en la medida en que la amenaza de tener que soportar determinadas consecuencias negativas de resultados de los controles –v. gr., resarcir los perjuicios ocasionados– inducirá normalmente a quienes pretenden realizar la actividad considerada a tomar ciertas precauciones.

En segundo lugar, pueden servir para evitar que las potenciales víctimas adopten comportamientos socialmente indeseables. Si, por ejemplo, las autoridades públicas competentes no sancionaran ni declararan la responsabilidad patrimonial de quienes hubiesen causado dolosa o negligentemente ciertos daños, los eventuales perjudicados podrían sentir la tentación de tomarse la justicia por su mano, adoptar medidas de prevención ineficientes –v. gr., excesivas– para protegerse frente a unos potenciales causantes que no tienen los incentivos adecuados para actuar diligentemente, o no realizar actividades valiosas y mercedoras de amparo, a la vista del elevado riesgo que corren si las llevan a cabo. Pongamos por caso que de todos es sabido que la Administración no sanciona ni exige responsabilidad alguna a quienes efectúan vertidos tóxicos en una determinada playa. Es probable que ello conduzca a que los niveles de

contaminación de la misma sean demasiado elevados, y a que prácticamente nadie se bañe en ella.

En tercer lugar, las actividades de control pueden generar información valiosa que permita precisar cuáles son las medidas preventivas que conviene adoptar.

Finalmente, los controles pueden reducir el riesgo al que están expuestos algunos interesados. Las autorizaciones administrativas previas, por ejemplo, proporcionan un cierto grado de seguridad a sus titulares acerca de que la actividad autorizada es conforme con el ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto eso es lo que viene a declarar la Administración pública autorizante a través de las mismas, y en la medida en que estas constituyen declaraciones vinculantes que únicamente pueden ser impugnadas bajo ciertas condiciones.

IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE AMBOS TIPOS DE CONTROLES

1. Prevención de daños

En principio, tanto los controles situados antes de que las actividades en cuestión causen daños como los colocados posteriormente pueden *disuadir* a los interesados de omitir medidas eficientes dirigidas a prevenirlos, si la sanción esperada (resultado de multiplicar su magnitud por la probabilidad de su imposición) prevista para los casos de incumplimiento excede de los beneficios que de este se derivan para dichos sujetos.

Algunos controles posteriores, sin embargo, presentan ciertas desventajas en este punto. El

principal es que, a veces, la amenaza que los mismos representan no disuade a todos los individuos concernidos de actuar ilícitamente. Ello puede ocurrir, en primer lugar, como consecuencia de que el importe de las sanciones que es necesario imponer a estos efectos excede del patrimonio de los potenciales responsables, por lo que su coste esperado no es lo suficientemente elevado como para forzarles a tomar las debidas medidas de precaución (9). Cuanto mayor sea el grado de insolvencia de una persona en relación con la magnitud de los daños que pueda ocasionar, menor será la eficacia preventiva de esos controles posteriores y, por consiguiente, mayor será el referido peligro. Nótese que esa insuficiencia se produce de resultados de que la probabilidad de imponer la correspondiente sanción es relativamente baja –o sea, la circunstancia desencadenante del control es muy infrecuente: piénsese, por ejemplo, en un accidente nuclear–, por lo que para asegurar su eficacia disuasoria se hace necesario que su magnitud sea muy elevada. Los controles situados en momentos anteriores, en cambio, normalmente pueden llevarse a cabo con mayor frecuencia –piénsese, por ejemplo, en las inspecciones a las que periódicamente se someten todas las centrales nucleares–, por lo que aquí no hace falta conminar los incumplimientos con sanciones tan graves. En segundo lugar, un efecto similar al de esta insolvencia tiene el hecho de que, en ocasiones, los causantes de un daño consigan eludir su responsabilidad, por ejemplo, porque a las víctimas les resultó imposible identificarlos o no les salía a cuenta demandarlos ante los tribunales. En tercer lugar, existe la posibilidad de que los controles posteriores no

disuadan suficientemente a los potenciales infractores por mor de factores de índole psicológica; por ejemplo, porque estos subestiman el riesgo de causar daños o de responder de ellos, sus preferencias son inestables, padecen problemas de falta de control de su voluntad, etcétera. (10).

De hecho, en la práctica, los controles administrativos a los que están sometidas las actividades llevadas a cabo por los particulares son normalmente tanto más intensos y se sitúan en un momento tanto más anticipado cuanto mayor es la magnitud de los daños a los que estas pueden dar lugar (11).

Otra gran ventaja de los controles posteriores es que previenen daños no solo a través de la disuasión o la amenaza, sino también mediante la interrupción de las actividades encaminadas a causarlos. Imaginemos un terrorista kamikaze dispuesto a inmolarse en un avión con explosivos. Supongamos que ninguna sanción terrenal le disuadiría de llevar a cabo el atentado. Es obvio, por consiguiente, que ningún control posterior al atentado puede prevenirlo. La única manera de evitarlo consiste en establecer controles de seguridad previos –v. gr., en el correspondiente aeropuerto– que permitan abortar sus planes. Repárese, también, en que en muchos casos este efecto interruptor puede ejercer una cierta eficacia disuasoria adicional a la que representa la amenaza de la sanción. En determinadas circunstancias, los controles previos tienen *ceteris paribus* unos efectos disuasorios más potentes que los controles posteriores, pues no solo incrementan la probabilidad de que los infractores reciban una sanción, sino también impiden que estos obtengan los benefi-

cios que les reporta la causación ilegal de los correspondientes daños, lo que disminuye todavía más sus alicientes para infringir la ley (12).

Un importante inconveniente que aquí presentan semejantes controles previos es que pueden interrumpir la realización no solo de actividades socialmente indeseables, sino también la de conductas cuyos beneficios superan a sus costes para la sociedad y que, por consiguiente, deberían permitirse. Los controles posteriores, por el contrario, dejan libertad a los afectados para actuar. Y, si se impone a quienes desarrollen la conducta en cuestión una sanción esperada equivalente al daño social causado por la misma, estos se «autoseleccionarán»: únicamente la llevarán a cabo los «infractores eficientes», aquellos individuos que al actuar así obtengan un beneficio superior al perjuicio que ocasionan a la comunidad.

2. El riesgo de sufrir una sanción

Ceteris paribus, los controles posteriores dejan a quienes realizan las correspondientes actividades riesgosas mayor libertad que los previos para adoptar medidas dirigidas a prevenir daños. Esta libertad será tanto más amplia cuanto más cercana a la consumación del daño se encuentre la circunstancia desencadenante de la intervención pública. «A cambio», la magnitud de las sanciones que hay que imponer a los infractores será tendencialmente más elevada –y la frecuencia de su imposición, menor– cuanto mayor sea dicha cercanía (13).

Ello implica que los controles posteriores encierran un mayor

riesgo para los individuos afectados, lo que conlleva un coste social más elevado, si suponemos que estos son aversos a aquel. Los controles previos engendran mayor seguridad. Nótese que la sustitución de autorizaciones administrativas previas por controles posteriores, a la que ha dado lugar la Directiva europea de servicios, ha provocado que muchos particulares, antes de iniciar determinadas actividades, contraten a una empresa privada para que esta verifique si –y acredite que– dichas actividades cumplen los requisitos legalmente establecidos, a fin de evitar una ulterior paralización o prohibición que eche a perder sus inversiones y, en muchos casos, también que suscriban un contrato de seguro que les ponga a cubierto de ciertas responsabilidades (14). Dado que la Administración ya no les proporciona, mediante el otorgamiento de una autorización, la relativa certeza de que sus proyectos son conformes a Derecho, tratarán de encontrar esa seguridad en el sector privado.

3. Información necesaria para determinar las precauciones exigibles

Por las razones que acaban de exponerse en el anterior epígrafe, los controles posteriores dan a los individuos afectados incentivos más potentes para buscar información acerca de cuáles son las precauciones que hay que adoptar a fin de combatir los riesgos generados por las actividades en cuestión.

Habida cuenta de ello, los controles posteriores resultan *ceteris paribus* preferibles cuando los sujetos interesados aventajan a las autoridades públicas encargadas de los controles previos en lo que respecta a la posibilidad

de obtener –en colaboración con otros sujetos, en caso necesario– más eficientemente información que permita adoptar medidas de seguridad óptimas (15). Si, por el contrario, la ventaja en este punto corresponde a dichas autoridades, la mejor solución sería la opuesta.

Obsérvese, en cualquier caso, que el correcto funcionamiento de los controles posteriores puede resultar menoscabado por el sesgo retrospectivo (*hindsight bias*). La probabilidad percibida por los individuos de que un suceso ocurra suele ser mayor después de que este haya ocurrido que antes. Este efecto «lo sabía» o «a toro pasado todos somos maestros» puede torcer el ejercicio de potestades como la sancionadora o la de exigencia de responsabilidad civil, pues aquí para valorar la conducta de los implicados –v. gr. al objeto de juzgar si tomaron las debidas precauciones a fin de prevenir un accidente que *ex ante* era poco probable, pero que finalmente tuvo lugar– hay que determinar en qué medida era predecible que se produjera un determinado resultado en las circunstancias y en el momento en que aquellos actuaron. Este sesgo puede provocar que las autoridades perciban incorrectamente que la probabilidad del resultado dañoso era demasiado elevada y que, en consecuencia, consideren negligentes comportamientos que en realidad no fueron tales (16). Semejantes efectos distorsionantes puede provocar el sesgo del resultado (*outcome bias*), por el cual la calidad de las decisiones adoptadas en el pasado tiende a evaluarse no en función de los resultados que de las mismas cabía esperar *ex ante*, sino a la luz de los resultados a las que estas han dado lugar *ex post* (17).

4. Costes de verificación

Se ha sostenido que una de las grandes ventajas de los controles posteriores es que, *ceteris paribus*, pueden inducir el cumplimiento de las correspondientes obligaciones con menos costes de verificación, por cuanto tendencialmente se aplican con menos frecuencia que los controles anteriores.

Ya hemos ilustrado con un ejemplo que esto no es necesariamente así. Dicha ventaja no deriva directamente del *timing* de los controles, sino del método empleado para llevarlos a cabo: ora la monitorización, ora la investigación. En virtud de este último método, la verificación del cumplimiento se condiciona al hecho de que la autoridad competente reciba una señal indicativa de que en el caso considerado la probabilidad de que se haya cometido una infracción es más elevada de lo normal. Y la probabilidad de que dicha autoridad reciba tal información es mayor en caso de incumplimiento que en el de cumplimiento. Cuando se monitoriza, en cambio, la verificación de si se ha cometido o no una infracción no depende de la recepción de semejante señal.

Ello no quita que, en la práctica, los controles posteriores a la producción de un daño suelen efectuarse mediante investigación y que, muchas veces, los previos se lleven a cabo a través de monitorización. Lo primero se debe a que, por lo general, los accidentes son fáciles de detectar por las víctimas y a que estas suelen ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes para ejercer los correspondientes controles. Lo segundo obedece a que, con cierta frecuencia, la probabilidad de que una autoridad reciba una señal indicativa

de un incumplimiento independiente de la producción de un accidente suele ser muy baja. Ello hace que la magnitud de la sanción que habría que imponer en este segundo caso para inducir el cuidado debido resulte muy elevada, lo que incrementa las posibilidades de que su importe exceda del patrimonio de los incumplidores y, por tanto, de que su eficacia preventiva no sea suficiente como para que la sola utilización de este método resulte socialmente deseable.

5. Inconsistencias dinámicas: atracos y lenidad

Colocar los controles después del inicio de la correspondiente actividad puede generar dos tipos de situaciones en las que los afectados terminan tomando decisiones socialmente indeseables (18).

La primera de esas situaciones es la del «atraco» (*hold up*). Este problema surge cuando el particular afectado, para iniciar la correspondiente actividad, ha de acometer inversiones que solo puede rentabilizar desarrollando la misma durante un tiempo. Una vez efectuadas las inversiones, el interesado queda en cierta medida «a merced» de la autoridad de control, que puede sentir la tentación de condicionar la continuación de la actividad evaluada a la adopción de medidas excesivamente gravosas, que el particular no hubiera aceptado *ex ante*. Así las cosas, es probable que este, a la vista del riesgo que corre de ser ulteriormente «atraco» si se embarca en dicha actividad, no se aventure a desarrollarla, dirigiendo sus esfuerzos a otras empresas socialmente menos beneficiosas.

El segundo problema es el de la lenidad (*leniency problem*). A veces, después de que los afectados hayan actuado y acometido ciertas inversiones, se genera una situación de «hechos consumados», en la que resulta imposible o excesivamente costoso, para dichas personas o incluso también para terceros, restablecer las cosas a un estado conforme con el ordenamiento jurídico. Esta situación puede forzar a la autoridad competente a tomar una posición blanda, indulgente, frente a las irregularidades cometidas por aquellos y, por tanto, a que tolere un resultado socialmente indeseable, que no debería haberse producido. Pues bien, el hecho de que los interesados puedan anticipar razonablemente que las infracciones en que incurran van a ser juzgadas con lenidad y toleradas por dicha razón hace que tengan un importante aliciente para cometerlas.

Ambos problemas pueden ser eliminados o al menos mitigados mediante sistemas de control *ex ante*. A través de una autorización previa, por ejemplo, la Administración puede determinar las condiciones a las que se subordina el ejercicio de una actividad y, por tanto, «comprometerse» a no exigir ulteriormente a los autorizados la adopción de otras medidas que les resulten demasiado gravosas. Esta autovinculación de las autoridades administrativas disminuye el riesgo de posteriores «atracos» y puede hacer que los interesados obtengan, en el momento de considerar si desarrollan o no la correspondiente actividad, la seguridad necesaria para adoptar una decisión positiva. Análogamente, la Administración puede establecer explícitamente al otorgar una autorización que ciertas actuaciones son ilegales, y comprometerse inequívocamente

a corregirlas y castigarlas en el caso de que se produzcan. De esta manera se reduce la probabilidad de que luego las autoridades competentes toleren dichas ilegalidades y de que los sujetos autorizados, en vista de ello, decidan cometerlas. La posibilidad que algunas leyes otorgan a los interesados de formular consultas y obtener de las administraciones públicas respuestas vinculantes sobre las consecuencias jurídicas que para ellos se pueden derivar si toman ciertas decisiones, también permiten combatir cuando menos el problema de los eventuales atracos.

6. Inercias y excesos

Diversas circunstancias pueden propiciar que los agentes públicos en general y los integrados en el poder ejecutivo en particular ejerzan indebidamente, por defecto o por exceso, los controles a que el ordenamiento jurídico somete la realización de ciertas actividades.

Pueden mencionarse, en primer lugar, algunos factores de orden psicológico: los llamados sesgos del *statu quo* y de la omisión. En la mayoría de las situaciones en las que hay que decidir se presenta una alternativa consistente en mantener las cosas tal como están, en no alterar el estado actual del mundo. Se ha demostrado que las personas muestran, generalmente, una inclinación exagerada a preferir esta alternativa, a que las cosas no cambien, a preservar la situación existente (19). Este sesgo del *statu quo* guarda una estrecha relación con otros fenómenos psicológicos, en especial con el sesgo de la omisión (*omission bias*), consistente en la tendencia a permanecer inactivo ante un problema, a

tomar una decisión que no requiere una acción. Ambos suelen concurrir, por cuanto las acciones producen de ordinario cambios en el *statu quo*, pero no siempre, pues a veces la conservación del estado de cosas vigente requiere de una acción positiva. Se trata de sesgos independientes (20). Ambos obedecen, en buena medida, a causas de índole emotiva. Las personas, por un lado, tratan, consciente o inconscientemente, de minimizar las emociones negativas y maximizar las positivas que los resultados de sus decisiones puedan provocarles en el futuro. Por otro lado, tienden a hacer lo propio con las emociones que experimentan en el momento de tomar una decisión. Pues bien, los individuos tienden a mantener el *statu quo* porque apartarse de él genera peores emociones negativas, tanto al decidir como posteriormente (21). Y, cuando han de elegir entre pérdidas, entre alternativas que conducen a resultados negativos, suelen mostrar una inclinación natural a no actuar, a «lavarse las manos», a «escurrir el bulto» y no «verse envueltos» en el asunto, porque parece ser que las acciones exageran, amplifican, las emociones, en la medida en que son más visibles y estimulantes que las omisiones. En cambio, cuando han de optar entre alternativas que llevan a resultados positivos, suelen mostrar el sesgo contrario (*action bias*): entonces desean «causar impacto», captar la atención de otras personas, ser apreciados por ellas, para lo cual tienden a actuar, pues las acciones son más llamativas e impactantes que las omisiones. Este sesgo se acentúa cuando los resultados positivos son fácilmente visualizables y cuando se percibe con mayor claridad que los mismos son imputables a la actuación del agente (22).

En segundo lugar, puede ocurrir que las autoridades sean incapaces puntual o sistemáticamente de llevar a cabo los correspondientes controles en la medida en que sería socialmente deseable.

En tercer lugar, los intereses personales de los agentes públicos implicados tendrán normalmente una relevancia de primer orden. Actuar implica para estos una inversión de esfuerzo y tiempo, por lo que solo vencerán la inercia cuando ello les reporte suficientes beneficios, lo que no tiene por qué ocurrir siempre y en todo caso. En ocasiones, las autoridades y empleados públicos competentes pueden obtener significativos beneficios personales si omiten ciertos controles. Y otras veces, si se exceden en su ejercicio.

En cuarto lugar, tanto los individuos sujetos a los correspondientes controles como terceras personas pueden ejercer presiones sobre las autoridades competentes que provoquen que estas no desempeñen sus funciones de control como sería deseable desde el punto de vista del bienestar social.

Pues bien, interesa resaltar que la influencia de estos factores puede ser muy distinta según el *timing* de los controles de que se trate. Especial relevancia tiene el hecho de que estos hayan sido colocados antes o después del inicio de la actividad sujeta a los mismos. Un ejemplo de lo primero son las autorizaciones administrativas previas cuando se combinan con la llamada regla del «silencio negativo», que excepcionan para un caso concreto una prohibición de carácter general, esto es: los interesados no pueden desarrollar una determinada actividad sino después

de que la Administración competente haya verificado y declarado explícitamente que se cumplen todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para llevarla a cabo (23). Un ejemplo de lo segundo vendría representado por las denominadas comunicaciones previas o declaraciones responsables, en virtud de las cuales los interesados manifiestan que cumplen con los requisitos establecidos en la normativa vigente para ejercer una determinada actividad, lo que les permite comenzar a desarrollarla inmediatamente después de presentar tales documentos o, en determinadas circunstancias, incluso antes, sin necesidad de esperar a que la Administración compruebe o pueda comprobar dicho cumplimiento (24).

Adviértase que ambos instrumentos definen escenarios bien distintos, en los que la inactividad o los excesos de la Administración perjudican a diferentes grupos de personas, cuya capacidad y alicientes para presionar a los agentes públicos son, asimismo, normalmente diferentes.

Las autorizaciones previas conforman un *statu quo* en el que la actividad sujeta a control previo está prohibida mientras la Administración no actúe. Ello implica que son los solicitantes los que soportan el riesgo de que, por circunstancias anormales, las autoridades no levanten dicha prohibición. Principalmente sobre ellos y, en su caso, sobre sus potenciales clientes recae el riesgo de la inercia o inactividad administrativa. Correlativamente, esta situación puede beneficiar a quienes ya vienen desarrollando la actividad en cuestión y pretenden evitar que dichos solicitantes accedan al correspondiente mercado y se conviertan en sus competidores. Resulta razona-

ble estimar, por consiguiente, que el peligro de que las administraciones públicas abusen, por defecto o por exceso, de estos controles previos dependerá del poder de presión que puedan ejercer cada uno de los grupos de personas implicadas. Más adelante volveremos sobre este punto.

Los controles posteriores dan lugar a un escenario distinto. Estos mecanismos de intervención pública determinan un *statu quo* en el que la actividad de que se trata está en principio permitida, mientras no lo impidan activamente las autoridades competentes. También aquí puede plantearse el problema de la inercia administrativa. Cabe que, por las razones que sean, dichas autoridades no intervengan cuando y como es debido. Pero ahora los que han de soportar las consecuencias negativas de esta inactividad no son los individuos sometidos a control, sino aquellos cuyos intereses se ponen en riesgo por la conducta de los primeros. La magnitud del peligro de que las administraciones públicas «hagan la vista gorda» –o eventualmente abusen de estos controles posteriores– está en función de varias circunstancias, tales como, por ejemplo, la capacidad de presión que tanto los titulares de la actividad en cuestión como los terceros afectados sean capaces de ejercer sobre aquellas.

V. COMBINACIÓN DE CONTROLES PREVIOS Y POSTERIORES

Puede observarse que, en la práctica, ambos tipos de intervención pública aparecen frecuentemente combinados. Muchas actividades quedan sujetas a varios controles, de distintas intensidades y situados en dife-

rentes momentos de su desarrollo: antes de que sus titulares comiencen a realizarlas, mientras las están llevando a cabo, después de que hayan ocasionado un accidente, etc. Prácticamente todas ellas son susceptibles de controles posteriores a la causación de daños: los casos de absoluta inmunidad, frente a cualesquiera responsabilidades penales y civiles, son extraordinariamente raros. Y algunas están sometidas adicionalmente a controles previos, tanto más previos e intensos cuanto más peligrosas son las actividades de que se trata.

Esta coexistencia plantea múltiples cuestiones interesantes. Pueden mencionarse, a modo de ejemplo, las siguientes: 1) en qué casos conviene utilizar solo un instrumento o, por el contrario, combinar dos o más de ellos; 2) qué tipos de controles hay que combinar en cada caso; 3) en qué circunstancias deben ejercerse cada uno de los cuales; 4) si las reglas utilizadas por las autoridades para juzgar la actuación –v. gr. la diligencia– de los afectados difieren en función del tipo de control de que se trate; 5) si las sanciones asociadas a un control dependen de las previstas para los otros; y 6) quiénes han de ejercerlos y a través de qué procedimientos.

Existe en la literatura económica un considerable número de trabajos que abordan algunos de estos problemas. Kolstad, Ulen y Johnson (1990), por ejemplo, apuntan que, en situaciones donde existe incertidumbre acerca del nivel de precaución exigido por los tribunales encargados de conocer los casos de responsabilidad, los estándares regulatorios que operan *ex ante* pueden inducir a los interesados a tomar un nivel de precaución próximo al óptimo, al informar-

les acerca del nivel considerado mínimo. Burrows (1999) señala, en cambio, que los efectos de la utilización conjunta de la regulación y la responsabilidad en circunstancias de incertidumbre son ambiguos, dependen sustancialmente del contexto. Schmitz (2000) muestra que dicha utilización conjunta puede ser óptima si la riqueza de los potenciales responsables varía de unos a otros. Garoupa y Gómez-Pomar (2004) ponen de manifiesto que los costes de agencia en que incurren los legisladores al delegar en las autoridades administrativas poderes de regulación, los errores legales y la colusión entre dichas autoridades y los infractores pueden justificar el uso conjunto de sanciones penales y administrativas. En el modelo teórico presentado por Hiriart, Martimort y Pouyet (2004), se asume que el regulador desconoce *ex ante* la magnitud del daño que pueden causar los interesados, que, sin embargo, es verificable *ex post* por los jueces. Y se muestra cómo el comportamiento socialmente óptimo puede ser inducido si el regulador puede contratar *ex ante* con los interesados el alcance de la responsabilidad de estos. En un trabajo posterior, Hiriart, Martimort y Pouyet (2008) hacen ver cómo una cierta combinación de responsabilidad y regulación puede ser óptima cuando resulta difícil verificar *ex post* si los causantes de daños actuaron diligentemente y determinar *ex ante* si cuentan con el patrimonio necesario para hacer efectivas sus responsabilidades. En Rouillon (2008) se advierte cómo la combinación de responsabilidad y regulación es deseable cuando el daño causado varía entre la población y las probabilidades de que los causantes eludan su responsabilidad son igualmente variables y no observables por los tribunales.

De Geest y Dari-Mattiacci (2007) argumentan que, en determinados casos en los que los causantes de daños son insolventes o eluden su responsabilidad, los estándares regulatorios pueden inducirles a adoptar niveles óptimos de cuidado, superiores a los previstos en aquellos. Bhole y Wagner (2008) contemplan el uso combinado de la regulación *ex ante* y la responsabilidad civil objetiva en supuestos donde el cuidado tiene varias dimensiones, alguna o algunas de las cuales son inobservables *ex ante* por el regulador, y hay una cierta probabilidad de que los accidentes no sean detectados o los responsables no resulten identificados. Lenntorp (2009) es, salvo error nuestro, el autor del único trabajo en el que se analiza específicamente la utilización combinada de la autorización previa y la responsabilidad civil objetiva; en él se tiene en cuenta cómo se distribuyen entre los litigantes los costes del proceso, y se presta especial atención a la cuestión de si el cumplimiento de los términos de la autorización previa debería tener o no efectos eximentes de la responsabilidad por los daños eventualmente ocasionados. Bentata (2013 y 2014) presenta evidencias empíricas que sugieren que la responsabilidad civil constituye un complemento de la regulación, en la medida en que, por un lado, se centra en aspectos del deber de precaución que no son observables *ex ante* y, por otro, reduce el riesgo de que los reguladores sean capturados por los regulados.

Permítasenos analizar con algo más de detalle, a modo ilustrativo, la cuestión de los sujetos encargados de ejercer los diferentes controles. Aquí se plantea una alternativa fundamental, la de si las distintas facultades de control deben ser atribuidas

a la misma autoridad pública o distribuidas entre varias de ellas. Dos factores juegan a favor de la segunda solución.

En primer lugar, cabe pensar que si ambos controles se llevan a cabo por la misma o las mismas personas, el funcionamiento de los ulteriores puede quedar distorsionado por el llamado sesgo de la confirmación (*confirmation bias*). Con esta expresión se alude al hecho de que la gente tiende a buscar y usar la información de modo que sus creencias, expectativas e hipótesis preexistentes resulten confirmadas. Se ha demostrado que los individuos muestran una cierta querencia a: buscar los datos y las razones que corroboren sus actuales opiniones y, correlativamente, a no buscar o incluso a evitar los que pudieran contradecirlas y favorecer las alternativas; a recordar más fácilmente la información que refuerza sus posturas y creencias; y a interpretar de manera consistente con estas las nuevas evidencias y a evitar, desechar, ocultar o considerar equivocadas, no fiables, no representativas o, en fin, no merecedoras de crédito las contrarias. Puede ocurrir incluso que las posiciones de partida se reafirmen y extremen a pesar de haber sido puestas en entredicho por abundantes evidencias de peso (25). Este sesgo está estrechamente relacionado con el fenómeno psicológico de la consistencia cognitiva (*cognitive consistency*), que afecta a la manera en que los seres humanos procesan la información y que designa su querencia a mantener una determinada posición incluso cuando la información obtenida posteriormente la contradice (26). No están muy claras las causas de este fenómeno. Se ha sostenido, por ejemplo, que la gente tiende a soslayar, ignorar o cuestionar la información disonante con el fin

de reducir la excitación psicológica ocasionada por la disonancia, o que la inconsistencia se percibe como un rasgo negativo que uno trata de evitar para no ser mal valorado por los otros. El problema puede presentarse, por ejemplo, cuando la competencia para controlar *a posteriori* una actividad y verificar si los riesgos engendrados por la misma resultan jurídicamente tolerables o no —piénsese en la comercialización de un medicamento— se atribuye a los mismos individuos que anteriormente decidieron autorizarla, pues cabe pensar, a la luz de lo expuesto, que dichos sujetos no actuarán con la deseable objetividad cuando luego resuelvan si hay que mantener o rectificar su decisión inicial, sino que mostrarán una inclinación natural a confirmarla.

En segundo lugar, la integración de los controles en una misma organización puede propiciar la corrupción de sus agentes (27). De un lado, porque esta solución favorece que se creen relaciones duraderas entre los controladores y los controlados, lo que multiplica las posibilidades de que interactúen e intercambien favores y, a la postre, reduce el importe medio de los costes de transacción en que todos ellos habrían de incurrir para adoptar los correspondientes acuerdos colusorios. Dicho con otras palabras, sobornar a un solo controlador, con el que se mantienen repetidos contactos, es más fácil que hacer lo propio con dos de ellos con los que las relaciones no son tan estrechas y frecuentes. De otro lado, separar a los controladores implica que los que intervienen *a posteriori* tienen la posibilidad de observar, mejor o peor, lo que hicieron sus colegas anteriormente, y detectar las conductas indebidas en las que estos hayan podido incurrir, lo que eleva el coste esperado

de llevarlas a cabo y, en consecuencia, produce un cierto efecto disuasorio sobre las mismas.

La separación, no obstante, tampoco está exenta de problemas. De una parte, si tanto los agentes públicos que intervienen previamente como los que lo hacen con posterioridad son corruptos y no actúan de manera coordinada, puede tener lugar una suerte de «tragedia de los comunes» por la cual el nivel de extorsión al que están sometidos los particulares sujetos a control sea tan elevado que muchos de ellos acaben abandonando la actividad en cuestión (28). De otra parte, la separación supone desaprovechar los conocimientos que los controladores *ex ante* ya tienen de las circunstancias de cada caso, lo que eleva los costes de ejercer los controles *ex post*. Para mitigar este inconveniente y los de la integración, cabría considerar una solución intermedia: encomendar las funciones de control posterior a un órgano colegiado en el que participaran alguno o algunos de los agentes públicos que intervinieron en la fase de control previo.

VI. EXCESOS EN EL ESTABLECIMIENTO DE CONTROLES PREVIOS Y AUGE DE LOS CONTROLES POSTERIORES

Al promover la sustitución de autorizaciones administrativas previas por controles posteriores al ejercicio de las correspondientes actividades, la Directiva de servicios estaba partiendo implícita pero inequívocamente de la premisa de que, en líneas generales, el volumen de aquellas en los Estados miembros de la Unión Europea era a la sazón excesivo. Y probablemente no

les faltaba razón en este punto a los artífices de la Directiva. Una combinación de causas estructurales y coyunturales podría explicar dicho exceso.

1. Causas estructurales del exceso de controles previos

Hay razones para pensar que, al menos en determinadas circunstancias, los gobernantes de nuestros Estados muestran una tendencia estructural y general a dar un excesivo volumen a los controles administrativos previos al ejercicio de actividades por parte de los ciudadanos.

Supongamos que las decisiones que adoptan estos gobernantes al diseñar el sistema de controles administrativos están determinadas en buena medida por la diferente fuerza de las presiones que en uno u otro sentido ejercen sobre ellos diversos grupos de personas: las autoridades y los burócratas encargados de ejercer dichos controles; las personas que vienen desarrollando actividades potencialmente dañinas en un determinado sector; las que pretenden acceder a este; y las que pueden sufrir los daños.

Unos burócratas maximizadores de sus intereses seguramente preferirán inflar los controles previos antes que los posteriores, por tres razones. La primera es que si, como han sostenido algunos autores, la burocracia está interesada en incrementar el tamaño de sus estructuras, a fin de obtener mayor poder (29), aquella es la solución más propicia para lograr este objetivo. Dado que la implementación de los controles previos, por su naturaleza normalmente indiscriminada, requiere tendencialmen-

te mayores recursos que la de los posteriores, que por lo general solamente se llevan a cabo de manera puntual, los burócratas preferirán que se les encomiende formalmente el ejercicio de los primeros, aunque luego no los ejerzan efectivamente.

En segundo lugar, intensificar los controles previos y, en especial, intensificarlos de manera desproporcionada o ilícita –v. gr. denegando las autorizaciones necesarias para desarrollar una actividad a pesar de que los solicitantes cumplen realmente todos los requisitos establecidos por la ley para llevarla a cabo– supone erigir una importante barrera de entrada, de la que los burócratas pueden sacar significativo provecho de dos maneras. De un lado, pueden requerir una dádiva a los solicitantes de autorizaciones como condición para otorgarlas. De otro, tienen también la posibilidad de recibir favores de los operadores ya establecidos como contraprestación por cerrar el paso a los potenciales competidores y permitirles así obtener rentas monopolísticas.

Debe notarse a este respecto cómo los controles previos son, obviamente, mucho más eficientes que los posteriores a fin de cerrar ilegalmente el paso a la competencia. Y ello por la sencilla razón de que, en el primer caso, las autoridades no necesitan mover un dedo a estos efectos, les basta simplemente con la inactividad, con no otorgar las autorizaciones solicitadas, mientras que para expulsar *ex post* a los competidores del mercado normalmente deberán actuar, vencer la inercia, hacer algún esfuerzo, con los costes que ello necesariamente implica. A diferencia de lo que ocurre en un escenario en el que las auto-

ridades actúan de manera lícita y benevolente, donde los controles previos se ejercen más frecuentemente y, por consiguiente, son *ceteris paribus* más costosos que los posteriores, en un escenario en el que aquellas tratan de impedir ilegalmente el acceso al mercado de nuevos entrantes las tornas se invierten: los primeros salen más a cuenta que los segundos en este punto.

Por las razones expuestas, los operadores ya establecidos normalmente preferirán y, en su caso, presionarán para que en los mercados de que se trate se establezcan controles de acceso previos, por cuanto estos obstaculizan más eficazmente la entrada de potenciales competidores.

Correlativamente, estos últimos tenderán a preferir, *ceteris paribus*, que se relajen o incluso se supriman los controles públicos previos, porque aquí la inercia administrativa juega en su contra y, además, porque existe un cierto peligro de que sean espuriamente utilizados para dificultar o impedir su acceso al mercado.

En la medida en que la restricción de la competencia resultante del abuso de los controles previos provoque que la cantidad de bienes ofertados por las empresas del sector sea inferior a la que maximizaría el bienestar social –y su precio, superior– los consumidores de estos bienes se verán perjudicados (30), por lo que resultaría comprensible que se mostraran contrarios a este tipo de controles.

Las personas que podrían sufrir daños como consecuencia de la actividad en cuestión y a las cuales se trata de proteger mediante la intervención pública no

se sentirán en principio perjudicadas por el exceso de controles previos, sino más bien lo contrario, por cuanto este exceso tiende a reducir el nivel de riesgo al que están expuestas (31). Aquí la inercia juega a su favor. El peor escenario para ellas es que se permita la entrada con una gran laxitud y luego, por las razones que sean, las autoridades no ejerzan los debidos controles *ex post*.

Pues bien, parece claro que los burócratas y los operadores establecidos, ayudados en su caso por terceros afectados, cuentan, por regla general, con mayor capacidad y alicientes más fuertes que los potenciales entrantes y los demandantes de los correspondientes bienes o servicios para presionar a las autoridades –v. gr. legislativas– competentes para diseñar el sistema de controles.

2. Causas coyunturales. Cambios tecnológicos y presiones competitivas

Parece claro que, durante los últimos lustros, la intensidad de los controles administrativos posteriores al inicio de actividades riesgosas llevadas a cabo por los particulares se ha incrementado, en líneas generales, en mayor medida que la de los previos. Sirvan los dos ejemplos antes mencionados para ilustrar esta tendencia. En relación con el primero de ellos, el de la sustitución de autorizaciones por comunicaciones impulsada por la Directiva de servicios y las disposiciones nacionales dictadas a su rebufo, se ha sugerido como causa explicativa de este fenómeno la «deriva neoliberal» en la que parecen encontrarse las sociedades europeas actualmente, la ideología «neoconservadora» que supuestamente ha dominado el

panorama político y jurídico de Europa occidental durante las últimas décadas (32).

Sin perjuicio de la influencia que los factores políticos o ideológicos hayan podido ejercer al respecto, no nos parece que esta sea una explicación del todo convincente. En primer lugar, porque es posible que el auge del neoliberalismo obedezca a su vez a otras causas profundas que son las que determinan directamente aquella tendencia. En segundo término, porque resulta dudoso que la ideología neoliberal postule el reforzamiento de los controles administrativos posteriores al ejercicio de la libertad, sino más bien un cierto repliegue de cualesquiera controles públicos. Finalmente, esa hipótesis no explica por qué en algunos ámbitos, como el de la comercialización de medicamentos, el robustecimiento de los mecanismos de intervención pública *ex post* comenzó a producirse mucho antes –en el caso de la farmacovigilancia, a principios de los años 1960– del resurgimiento del liberalismo, y además se ha mantenido prácticamente ajeno a cualquier debate político o ideológico.

Nos aventuramos a sostener que otras circunstancias han podido tener una influencia significativa en este punto. La primera es el espectacular progreso de las tecnologías de la información producido durante las últimas décadas. Repárese en que el control público comprende un conjunto de actividades de obtención, procesamiento, almacenamiento, evaluación y comunicación de información realizadas con el objeto de verificar si una actividad se ajusta o no al ordenamiento jurídico. Pues bien, los avances tecnológicos habrían incrementado sustan-

cialmente la utilidad de esas actividades, al reducir de manera exponencial sus costes.

Esta reducción de costes ha afectado tanto a los controles previos como a los posteriores, ciertamente. Cabe pensar, no obstante, que como los beneficios marginales de los controles previos son, en determinadas circunstancias, más inelásticos que los de los posteriores, la cantidad óptima de estos últimos se habría elevado en mayor medida. Los beneficios de intensificar los controles decrecen a una tasa mayor en el caso de los previos. Nótese que estos generan información más precaria. De un lado, porque tal información se refiere a una actividad que se proyecta llevar a cabo en un futuro y que, por tanto, tiene un carácter meramente indiciario, conjetural; con ella únicamente cabe construir frágiles hipótesis acerca de lo que va a ocurrir que luego pueden quedar fácilmente desmentidas por los hechos. De otro lado, existe el riesgo de que las circunstancias sobre las que se basaba la licitud de la actividad cambien con el tiempo. Los controles posteriores, por el contrario, permiten obtener información extraída inmediatamente de la realidad; normalmente permiten conocer cuáles han sido las condiciones bajo las cuales se ha desarrollado realmente la actividad en cuestión y cuáles han sido efectivamente sus consecuencias. Adicionalmente, al ejercer potestades de intervención posterior, las autoridades administrativas pueden tener en cuenta y ponderar la evolución de las circunstancias relevantes.

Piéñese en los medicamentos. Por muy rigurosos que sean los estudios y ensayos realizados antes de autorizarlos, relativamente poco se sabe acerca de

sus riesgos y beneficios para la salud hasta que no se comercializan y comienzan a ser utilizados masivamente, y ello por la sencilla razón de que esos estudios se realizan en condiciones en buena medida artificiales, diferentes de las del mundo real. Los ensayos clínicos previos se realizan con un número limitado de pacientes durante un periodo de tiempo más o menos corto, por lo que no suelen permitir detectar reacciones adversas raras o que aparecen como consecuencia de un uso prolongado del medicamento. En estos ensayos participan pacientes relativamente sanos, que pueden no ser representativos de la población general. Y en ellos se testan, por lo común, los efectos de un solo medicamento, por lo que no se tienen en cuenta las interacciones que en el mundo real a veces se producen entre varios de ellos. Pues bien, las nuevas tecnologías informáticas han abaratado tanto los controles previos como los posteriores, pero como la información que ahora puede extraerse a través de estos últimos es más valiosa que la que se podría obtener intensificando los ensayos clínicos, resulta comprensible que sean aquellos los que han experimentado un mayor crecimiento.

Otro factor que en determinados sectores ha podido tener también una relevancia significativa es el aumento de la seguridad producido como consecuencia de mejoras tecnológicas. Estas han permitido educir la magnitud de los daños ocasionados por determinadas actividades, lo que a su vez habría minorado la necesidad de sujetarlas a controles previos con el objeto de mitigar los problemas derivados de la posible insolvencia de los responsables. Ello no quita, sin embargo, que

en otros ámbitos haya podido ocurrir lo contrario. La aplicación de nuevas tecnologías a ciertas actividades ha incrementado el potencial dañino de las mismas, lo que ha propiciado que ahora queden sometidas a controles previos cuando antes no lo estaban. Sería el caso, por ejemplo, de la comercialización de «nuevos alimentos» (33).

Finalmente, es claro que los procesos de globalización y, en particular, de integración europea han generado presiones dirigidas a reducir el volumen de los controles administrativos previos. La razón es bien sencilla. Las autoridades locales tienden a inflar estos controles a fin de erigir barreras de entrada en determinados mercados, lo cual choca frontalmente con uno de los motores y objetivos principales de esos procesos de integración, cual es el de asegurar la libre competencia para la realización de actividades de prestación de servicios y producción de bienes en ciertos espacios de carácter supraestatal.

NOTAS

(1) Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

(2) Véanse NÚÑEZ LOZANO (2001, 2011a y 2011b); BOIX PALOP (2002); RODRÍGUEZ FONT (2002 y 2009); NIETO-GUERRERO LOZANO (2007); LÓPEZ MENUDO (2010); GONZÁLEZ GARCÍA (2010); RAZQUIN LIZARRAGA (2010); FERNÁNDEZ TORRES (2011); MORA RUIZ (2012); AGUADO I CUDOLÀ (2012); CUBERO MARCOS (2013); BAÑO LEÓN (2014); REBOLLO PUIG (2014).

(3) Véase DOMÉNECH PASCUAL (2009 y 2011).

(4) En el presente trabajo utilizamos el término «sanción» con este significado amplio, más extenso que el que normalmente se le da en el Derecho español. Sobre este último, véase REBOLLO PUIG (2001) y HUERGO LORA (2007, pp. 187 y ss.).

(5) Sobre la distinción entre *monitoring* e *investigation*, véase MOOKHERJEE y PNG (1992).

(6) Como advierte INNES (2004), esto es relativamente frecuente en los ámbitos de la seguridad de alimentos, medicamentos y otros productos, así como en el de la protección del medioambiente.

(7) Véanse DJANKOV, LA PORTA, LÓPEZ-DESILANES y SHLEIFER (2002); DJANKOV (2009).

(8) Véase una excepción en HOEPPNER y KIRCHNER (2015), si bien los autores comparan las ventajas e inconvenientes de las estrategias *ex ante* y *ex post* en el contexto del gobierno corporativo de sociedades privadas.

(9) Véase, *mutatis mutandis*, SHAVELL (1984a, pp. 360 y ss.; 1986).

(10) Véase a título ilustrativo McADAMS y ULEN (2009).

(11) Véase, por ejemplo, el artículo 13.1 de la Ley valenciana 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control Ambiental de Actividades en la Comunitat Valenciana, que hace depender el tipo de control administrativo –comunicación de actividades inocuas; declaración responsable ambiental; licencia ambiental; o autorización ambiental integrada– al que están sujetas las actividades en cuestión de su «mayor o menor grado de potencial incidencia sobre el medio ambiente». Cuanto mayor es el grado de peligrosidad, más intenso es el control previo establecido.

(12) Véase FRIEHE y TABBACH (2013).

(13) Véase, *mutatis mutandis*, GAROUPA y OBIDZINSKI (2011).

(14) NOGUEIRA LÓPEZ (2011, pp. 161 y 162).

(15) SHAVELL (1984a, pp. 359 y 360).

(16) Véase, por ejemplo, TEICHMAN (2014).

(17) Véase, por ejemplo, ROBBENOLT y HANS (2016, pp. 53 y ss.).

(18) Véase al respecto GIVATI (2014 y 2016).

(19) SAMUELSON y ZECKHAUSER (1988).

(20) ANDERSON (2003, pp. 139 y ss.).

(21) ANDERSON (2003, pp. 141 y ss.).

(22) PATT y ZECKHAUSER (2000).

(23) La regla del silencio negativo significa aquí que si la Administración no dicta resolución expresa y notifica la resolución adoptada dentro del plazo legalmente establecido, hay que entender que la solicitud del interesado ha sido desestimada y, por tanto, este no puede llevar a cabo la actividad en cuestión. Véase el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

(24) Véase el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

(25) NICKERSON (1999).

(26) STERN (2002, pp. 589 y ss.).

(27) Véase, en general sobre la integración de reguladores, LAFFONT y MARTIMORT (1999), y, específicamente respecto de la integración de monitores *ex ante* y *ex post*, HIRIART, MARTIMORT y POUYET (2010).

(28) Véase, por ejemplo, el modelo teórico presentado por SHLEIFER y VISHNY (1993) y el estudio empírico de DIABY y SYLVESTER (2014).

(29) NISKANEN (1971).

(30) Véase, a modo de ejemplo, el caso de las farmacias, SCHAUMANS y VERBOVEN (2008), así como el de los masajistas, THORNTON y TIMMONS (2013).

(31) Debe notarse, sin embargo, que estas personas pueden ser también consumidores de los bienes producidos en el correspondiente mercado, en cuyo caso la existencia de excesivos controles previos de acceso al mismo puede perjudicarles. Piénsese, por ejemplo, en los usuarios de medicamentos.

(32) Véase, por ejemplo, NOGUEIRA LÓPEZ (2015).

(33) Véanse los arts. 6 y ss. del Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativo a los nuevos alimentos, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (CE) núm. 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 1852/2001 de la Comisión.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÀ, V. (2012), «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios: autorización, declaración responsable, comunicación previa y silencio positivo», en AGUADO, V. y NOGUERA, B. (dirs.), *El impacto de la Directiva servicios en las Administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona: 67-90.

ANDERSON, Ch. J. (2003), «The Psychology of Doing Nothing: Forms of Decision Avoidance Result From Reason and Emotion», *Psychological Bulletin*, 129: 139-167.

BAÑO, J. M. (2014), «Declaración responsable y derechos de terceros», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 167: 23-44.

BENTATA, P. (2013), «Environmental Regulation and Civil Liability under Causal Uncertainty: An Empirical Study of the French Legal System», *Review of Law and Economics*, 9: 239-264.

<p>— (2014), «Liability as a complement to environmental regulation: an empirical study of the French legal system», <i>Environmental Economics and Policy Studies</i>, 16: 201-228.</p> <p>BHOLE, B., y WAGNER, J. (2008), «The joint use of regulation and strict liability with multidimensional care and uncertain conviction», <i>International Review of Law and Economics</i>, 28: 123-132.</p> <p>BOIX PALOP, A. (2002), «La discutible necesidad de la licencia de obras menores», en CLIMENT, J. y BAÑO, J. M^a. (coords.), <i>Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al profesor José M.^a Boquera Oliver</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 1327-1344.</p> <p>BURROWS, P. (1999), «Combining Regulation and Legal Liability for the Control of External Costs», <i>International Review of Law and Economics</i>, 19: 227-244.</p> <p>CUBERO MARCOS, J. I. (2013), <i>La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo</i>, Aranzadi, Cizur Menor.</p> <p>DE GEEST, G., y DARI-MATTIACCI, G. (2007), «Soft Regulators, Tough Judges», <i>Supreme Court Economic Review</i>, 15: 119-140.</p> <p>DIABY, A., y SYLWESTER, K. (2014), «Bureaucratic competition and public corruption: Evidence from transition countries», <i>European Journal of Political Economy</i>, 35: 75-87.</p> <p>DIANKOV, S. (2009), «The regulation of entry: a survey», <i>World Bank Research Observer</i>, 24:183-203.</p> <p>DIANKOV, S.; LA PORTA, R.; LÓPEZ-DE-SILANES, F., y SHLEIFER, A. (2002), «The regulation of entry», <i>Quarterly Journal of Economics</i>, 117: 1-37.</p> <p>DOMÉNECH PASCUAL, G. (2009), <i>El régimen jurídico de la farmacovigilancia</i>, Civitas, Madrid.</p> <p>— (2011), «New European Legislation on Pharmacovigilance», <i>Pharmaceuticals Policy and Law</i>, 13: 7-27.</p> <p>DREHER, A., y GASSEBNER, M. (2011), «Greasing the wheels? The impact of regulations and corruption on firm entry», <i>Public Choice</i>, 155: 413-432.</p> <p>FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (2011), «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», <i>Revista Catalana de Dret Públic</i>, 42: 85-114.</p> <p>FRIEHE, T., y TABBACH, A. (2013), «Preventive Enforcement», <i>International Review of Law and Economics</i>, 35: 1-12.</p> <p>GAROUPA, N., y GÓMEZ-POMAR, F. (2004), «Punish Once or Punish Twice: A Theory of the Use of Criminal Sanctions in Addition to</p>	<p>Regulatory Penalties», <i>American Law and Economics Review</i>, 6: 410-433.</p> <p>GAROUPA, N., y OBIDZINSKI, M. (2011), «The Scope of Punishment: An Economic Theory», <i>European Journal of Law and Economics</i>, 31: 327-247.</p> <p>GIVATI, Y. (2014), «Game Theory and the Structure of Administrative Law», <i>University of Chicago Law Review</i>, 81: 481-518.</p> <p>— (2016), «An Incomplete Contracting Approach to Administrative Law», <i>American Law and Economics Review</i>, 18: 176-207.</p> <p>GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2010), «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de servicios», <i>Revista d'Estudis Autonòmics i Federals</i>, 11: 255-293.</p> <p>HIRIART, Y.; MARTIMORT, D., y POUYET, J. (2004), «On the optimal use of ex ante regulation and ex post liability», <i>Economics Letters</i>, 84: 231-235.</p> <p>— (2008), «The Regulator and the Judge: The Optimal Mix in the Control of Environmental Risk», <i>Revue d'Économie Politique</i>, 119: 941-967.</p> <p>— (2010), «The public management of risk: Separating ex ante and ex post monitors», <i>Journal of Public Economics</i>, 94: 1008-1019.</p> <p>HOEPPNER, S., y KIRCHNER, Ch. (2015), «Ex ante versus Ex post Governance: A Behavioral Perspective», <i>Review of Law and Economics</i>, 12: 227-259.</p> <p>HUERGO LORA, A. (2007), <i>Las sanciones administrativas</i>, Iustel, Madrid.</p> <p>IMMORDINO, G.; PAGANO, M., y POLO, M. (2011), «Incentives to innovate and social harm: Laissez-faire, authorization or penalties?», <i>Journal of Public Economics</i>, 95: 864-876.</p> <p>INNES, R. (2004), «Enforcement costs, optimal sanctions, and the choice between ex-post liability and ex-ante regulation», <i>International Review of Law and Economics</i>, 24: 29-48.</p> <p>KOLSTAD, Ch. D.; ULEN, T., y JOHNSON, G. V. (1990), «Ex post Liability for Harm vs. Ex ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?», <i>American Economic Review</i>, 80: 888-901.</p> <p>LAFFONT, J. J., y MARTIMORT, D. (1999), «Separation of regulators against collusive behavior», <i>RAND Journal of Economics</i>, 30: 232-262.</p> <p>LENNORP, E. (2009), «On the joint use of licensing and liability», <i>International Review of Law and Economics</i>, 29: 244-251.</p> <p>LÓPEZ MENUDO, F. (2010), «La transposición de la Directiva de Servicios y la modifi-</p>	<p>cación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», <i>Revista Española de la Función Consultiva</i>, 14: 111-150.</p> <p>MCADAMS, R., y ULEN, T. (2009), «Behavioral Criminal Law and Economics», en GAROUPA, N. (ed.): <i>Criminal Law and Economics</i>, Edward Elgar, Cheltenham.</p> <p>MOOKHERJEE, D., y PNG, I. P. L. (1992), «Monitoring vis-à-vis Investigation in Enforcement of Law», <i>American Economic Review</i>, 82: 556-565.</p> <p>MORA, M. (2012), «Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico», <i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>, 155: 237-276.</p> <p>NICKERSON, R. S. (1999), «Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises», <i>Review of General Psychology</i>, 2: 175-220.</p> <p>NIETO-GUERRERO, A. M. (2007), <i>Licencia urbanística y comunicación previa de obras</i>, Aranzadi, Cizur Menor.</p> <p>NISKANEN, W. A. (1971), <i>Bureaucracy and Representative Government</i>, Aldine Atherton, Chicago.</p> <p>NOGUEIRA, A. (2011), «Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades ¿reactivación económica o pretexto desregulador?», en BLASCO, A. (coord.): <i>El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo</i>, INAP, Madrid.</p> <p>— (2015), <i>La inspección administrativa entre la globalización y el repliegue de lo público</i>, ponencia presentada en el Seminario de Teoría y Método celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid el 29 de mayo de 2015.</p> <p>NÚÑEZ, M. C. (2001), <i>Las actividades comunicadas a la Administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo</i>, Marcial Pons, Madrid.</p> <p>— (2011a), «Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones», <i>Noticias de la Unión Europea</i>, 317: 107-123.</p> <p>— (2011b), «La transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad autónoma de Andalucía: declaraciones responsables y comunicaciones a la Administración», <i>Revista Andaluza de Administración Pública</i>, 79: 49-90.</p> <p>NUSSIM, J., y TABBACH, A. (2008), «Controlling avoidance: Ex-ante regulation versus ex-post punishment», <i>Review of Law and Economics</i>, 4: 45-63.</p>
---	--	---

<p>PATT, A., y ZECKHAUSER, R. (2000), «Action Bias and Environmental Decisions», <i>Journal of Risk and Uncertainty</i>, 21(1): 45-72.</p> <p>RAZQUIN, J. A. (2010), «El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación», <i>Revista Jurídica de Navarra</i>, 49: 85-136.</p> <p>REBOLLO, M. (2001), «El contenido de las sanciones», <i>Justicia Administrativa</i>, n.º extra, <i>Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador</i>, 151-206.</p> <p>— (2014), «El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas. En especial, la tutela de los terceros perjudicados por actividades privadas ilegales», en SORIANO, E. (dir.), <i>Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor</i>, Iustel, Madrid.</p> <p>ROBBENOLT, J. K., y HANS, V. P. (2016), <i>The Psychology of Tort Law</i>, University Press, New York.</p> <p>RODRÍGUEZ FONT, M. (2003), <i>Régimen de comunicación e intervención ambiental: entre</i></p>	<p><i>la simplificación y la autorregulación</i>, Atelier, Barcelona.</p> <p>— (2009), «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», <i>Anuario del Gobierno Local</i>, 261-300.</p> <p>SAMUELSON, W., y ZECKHAUSER, R. (1988), «Status Quo Bias in Decision Making», <i>Journal of Risk and Uncertainty</i>, 1: 7-59.</p> <p>SCHAUMANS, C., y VERBOVEN, F. (2008), «Entry and regulation: evidence from health care professions», <i>RAND Journal of Economics</i>, 39: 949-972.</p> <p>SCHMITZ, P. W. (2000), «On the joint use of liability and safety regulation», <i>International Review of Law and Economics</i>, 20: 371-382.</p> <p>SHAVELL S. (1984a), «Liability for Harm versus Regulation of Safety», <i>Journal of Legal Studies</i>, 13: 357-374.</p> <p>— (1984b), «A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation», <i>RAND Journal of Economics</i>, 15: 271-280.</p> <p>— (1986), «The Judgment Proof Problem», <i>International Review of Law and Economics</i>, 6: 45-58.</p>	<p>— (1993), «The Optimal Structure of Law Enforcement», <i>Journal of Law and Economics</i>, 36: 255-287.</p> <p>— (2013), «A Fundamental Enforcement Cost Advantage of the Negligence Rule over Regulation», <i>Journal of Legal Studies</i>, 42: 275-302.</p> <p>SHLEIFER, A., y VISHNY, R. W. (1993), «Corruption», <i>Quarterly Journal of Economics</i>, 108: 599-617.</p> <p>STERN, S. M. (2002), «Cognitive Consistency: Theory Maintenance and Administrative Rulemaking», <i>University of Pittsburgh Law Review</i>, 63: 589-644.</p> <p>TEICHMAN, D. (2014), «The Hindsight Bias and the Law in Hindsight», en ZAMIR, E. y TEICHMAN, D. (eds.), <i>The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law</i>, Oxford University Press, Oxford.</p> <p>THORNTON, R. J., y TIMMONS, E. J. (2013), «Licensing One of the World's Oldest Professions: Massage», <i>Journal of Law and Economics</i>, 56: 371-388.</p> <p>WITTMAN, D. «Prior Regulation versus Post Liability: The Choice between Input and Output Monitoring», <i>Journal of Legal Studies</i>, 61: 193-211.</p>
---	--	--

LA ARMONIZACIÓN DE REGLAS Y ESTÁNDARES LEGALES: UN ANÁLISIS ECONÓMICO (*)

Juan José GANUZA (**)

Universidad Pompeu Fabra y Barcelona GSE

Fernando GÓMEZ (***)

Universidad Pompeu Fabra

Resumen

La armonización de las reglas legales y los estándares es uno de los instrumentos que los gobiernos usan para eliminar barreras en las transacciones transnacionales. El fundamento teórico de los procesos de armonización llevados a cabo en escenarios con diversidad normativa y de estándares preexistentes es algo difuso. En este trabajo, tratamos de llenar este vacío y presentar un modelo sencillo de estándares armonizados óptimos que promuevan el comercio transfronterizo señalando los factores que determinan la relación óptima de los estándares armonizados con los estándares nacionales existentes. No solo basta la definición de nivel óptimo para los estándares, pues debe tenerse en cuenta el modelo de armonización escogido. Para ello, analizaremos cómo influyen tres regímenes en el proceso de armonización: la armonización plena, la mínima –con varios submodelos– y la coexistencia de estándares nacionales y los armonizados. Mostramos cómo un sistema de coexistencia, bajo ciertas condiciones y supuestos, puede ser más eficiente para determinar los estándares de comportamiento exigidos a las empresas que participan.

Palabras clave: estándares de seguridad, armonización de normas legales, comercio e integración económica.

Abstract

Harmonization of legal rules and standards is one of the policy choices that Governments commonly use to remove barriers to economic transactions across borders. The theoretical foundations of harmonization processes that take place in a scenario of pre-existing diverse rules and standards is somewhat shaky. In this paper we cover this gap and present a simple economic model of optimal standard-setting to promote trade across national and legal borders, and point at the factors that determine the relationship of optimal harmonized standards with respect to existing ones. We show that, under certain conditions, the optimal harmonized standards for a market that extends over legal borders may be higher than the existing national standards. Moreover, the level of standards is not the only relevant choice, the mode of harmonization is also a crucial issue. We analyze how the outcomes of harmonization are affected by the chosen regime, in particular we examine the ones used in EU Law: Full harmonization, minimum harmonization –with various sub-modes– and co-existence of harmonized and national standards, and show how they may be ranked on efficiency terms.

Key words: harmonization of legal rules, economic integration and trade, consumer protection, european law.

JEL classification: H24, K13, K23, L51.

I. INTRODUCCIÓN

EN la era de la globalización, el comercio y el intercambio transnacional se perciben –correctamente– como poderosos instrumentos para el crecimiento económico y el desarrollo de las sociedades. Esto es particularmente relevante en el contexto europeo, tanto en el plano interno como externo. En cuanto al primero, una de las razones fundamentales de la existencia de la Unión Europea (UE) es precisamente el establecimiento e implementación de un mercado único para todos los Estados miembros. El artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece: «1. La Unión adoptará las medidas que propendan por el establecimiento o aseguramiento de un mercado interno de acuerdo con la regulación relevante prevista en los tratados. 2. El mercado interno comprenderá un área sin fronteras internas en el cual el libre movimiento de bienes, personas, servicios y capital sea asegurado de acuerdo con lo previsto en los Tratados». En cuanto

a las relaciones externas de la UE, hay que mencionar el intenso debate en torno al Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (más conocido por sus siglas en inglés, TTIP), cuyo núcleo central reside en la armonización transatlántica de reglas y estándares que gobiernan la producción y comercio de bienes y servicios.

En la economía global, bienes, servicios, capital, e incluso personas, circulan hoy más allá de las fronteras nacionales. En Europa y en cualquier otro lugar, las interacciones económicas no escapan a la regulación. Las transacciones transfronterizas, que incluyen la provisión de bienes y servicios y la inversión de capital, están gobernadas por normas jurídicas y regulaciones contenidas en los ordenamientos jurídicos nacionales. Por tanto, la disparidad normativa y la diversidad de normas y estándares, al menos intuitivamente, resultan determinantes en los costes de transacción de las operaciones transnacionales.

No disponemos de estudios concluyentes sobre la incidencia de la diversidad legal sobre el comercio internacional. En un estudio de alcance europeo sobre la materia (Vogenauer y Weatherill, 2006) se presenta información relevante, aunque no concluyente, sobre la magnitud de los costes asociados a la fragmentación jurídica en este tipo de operaciones. Algunos otros resultados apuntan a la relación entre la diversidad normativa y los costes de transacción: Clermont y Eisenberg (1996) muestran cómo los demandantes extranjeros en los Estados Unidos han de presentar casos más sólidos para ganar en los tribunales, lo cual, en la práctica, disuade a las empresas extranjeras para acceder al mercado local. Y más relacionado con el contexto europeo, Den Butter y Mosch (2003) concluyeron, en un estudio empírico –con datos de 25 países de la OCDE–, que la semejanza entre los sistemas legales puede contribuir al incremento de entre un 50 y un 80 por 100 del comercio internacional. Turrini y Van Ypersele (2006) estimaron que la proximidad normativa podía incrementar el comercio entre los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en un 65 por 100, teniendo en cuenta costes de transporte, cultura e idioma común y factores similares.

En suma, aunque no tenemos evidencia incontestable, parece que hay motivos para pensar que los costes de transacción asociados con la fragmentación legal no resultan despreciables.

La fragmentación y la disparidad de los sistemas legales pueden aliviarse, en cierta medida, mediante normas (llamadas de Derecho internacional privado o de conflictos de leyes) que determinan la ley aplicable a la transacción, o al menos determinan qué reglas de cada sistema legal la gobernarán (1). Sin embargo, incluso el mejor diseño de cláusulas de ley aplicable es incapaz de despejar todos los obstáculos y costes de transacción asociados con la fragmentación legal que obstaculiza el comercio internacional (2). Por supuesto, la diversidad legal y la disponibilidad de múltiples opciones –mediante reglas adecuadas sobre la ley aplicable– puede ser beneficioso para las partes en la medida que cada transacción puede gobernarse por el conjunto de reglas que sea más adecuado lo cual, bajo ciertas condiciones, mejora la competencia regulatoria que redundará en el incremento del bienestar (3).

Pese a ello, es claro que la elección por las partes de la ley aplicable y la sana competencia entre distintos sistemas legales no siempre existe, ni tampoco produce los resultados deseados en todos los casos.

Sin duda, existen costes significativos –naturales o derivados de la acción humana– relacionados con la elección que, en ocasiones o, incluso, con frecuencia, son lo suficientemente altos como para impedir la competencia entre sistemas normativos.

Una razón por la que la elección de la ley por las partes y la competencia de ordenamientos no sea una solución en la que se pueda confiar razonablemente radica en que muchas veces, en la producción y distribución de bienes y servicios, es preciso conocer las reglas que regularán las características de los bienes o servicios o las características de la operación económica, con anterioridad a la posible elección de la ley. Este escenario es especialmente probable respecto a bienes y servicios producidos para el consumo masivo, cuyos estándares de calidad no pueden razonablemente ajustarse a los divergentes requerimientos de los órdenes legales que puedan aplicarse una vez que el vendedor se encuentre con un concreto comprador. Cuando los potenciales compradores están ubicados en diferentes países, el productor no puede anticipar en qué país acabará un cierto ejemplar del producto. En ocasiones es posible posponer, con el coste que ello supone, a una fase posterior de la producción aquellas decisiones afectadas por la legislación de cada país, por ejemplo, empaquetado –contenido, lenguaje, información que debe contener–. Sin embargo, en otros aspectos la postergación resulta tecnológicamente inviable o económicamente prohibitiva.

Otro importante motivo por el que la diversidad normativa no será fácil de superar viene dado por la falta de información de los compradores, generalmente consumidores, quienes desconocen los estándares exigidos en sistemas legales extranjeros. Los incentivos para aprender y estar bien informado sobre ellos son generalmente inexistentes, especialmente en las transacciones ocasionales (*one-shot transactions*). Con frecuencia, la reputación de los productores extranjeros de bienes y servicios se ve comprometida por las dudas que pueden llegar a tener los consumidores a causa de la diversidad de estándares y reglas entre su país de residencia y los de los vendedores.

Además, en el derecho de consumo, erróneamente o no, las normas legales vigentes en Europa y en otros lugares restringen significativamente la posibilidad de libre elección de la ley aplicable a un contrato entre una empresa y un consumidor, al establecer la ley del domicilio del consumidor como la (casi) única alternativa (4). En línea similar, el artículo 12 de la Directiva Europea sobre responsabilidad

por productos defectuosos (5) prohíbe cláusulas contractuales que excluyan o limiten la responsabilidad, incluyendo también las cláusulas de ley aplicable, lo que conduce a evitar la aplicación de sistemas legales que no aseguran el nivel de protección del consumidor que establece la Directiva para todos los estados miembros de la UE.

Teniendo en cuenta lo anterior, parece que la fragmentación legal puede imponer costes adicionales a las empresas que pretenden operar más allá de sus fronteras nacionales. Cabe pensar entonces, a fin de reducir estos costes, que se adopten medidas encaminadas a la armonización de los diversos estándares legales y regulatorios en los distintos sistemas legales nacionales. El objetivo de la armonización sería la eliminación o reducción de los costes de transacción asociados a la heterogeneidad regulatoria que afecta las transacciones transfronterizas. La importancia de esta clase de políticas se puede ilustrar por la atribución a la UE de competencias para adoptar medidas regulatorias o administrativas, vinculantes para los Estados miembros, que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 114 del Tratado de funcionamiento de la UE).

Los efectos negativos de los costes derivados de la fragmentación normativa son probablemente mayores en los mercados de consumo. Por un lado, bienes y servicios producidos y distribuidos en mercados de consumo masivo son típicamente menos ajustados e individualizados –incluso frente a los estándares legales y regulatorios aplicables– a las particularidades del comprador, en comparación, con aquellos mercados donde típicamente solo interactúan empresas. En segundo lugar, las empresas son jugadores repetidos que tienen mayores intereses comprometidos en las transacciones transnacionales y, por tanto, tienen mayores oportunidades para aprender cómo sobreponerse a los costes propios de la diversidad legal y también tienen mayores incentivos para invertir en la búsqueda de soluciones. Los consumidores, por su parte, son, generalmente, jugadores ocasionales con grandes costes de aprendizaje y menores incentivos para invertir en la reducción de los efectos derivados de la fragmentación legal.

No sorprende, pues, que las políticas de armonización legal acudan a la idea de la remoción de las barreras que obstaculizan el buen funcionamiento del mercado interior de bienes y servicios, justificando así la introducción de reglas comunes armonizadas en el derecho de protección del consumidor.

No parece muy controvertido pensar que la armonización de reglas y estándares para los consumidores de bienes y servicios contribuye –lo intenta al menos– al funcionamiento de un mercado unificado e integrado (como el mercado interior europeo). Ello permite a las empresas reducir los costes de participar en distintos mercados nacionales: si una empresa planea lanzar un producto en varios Estados, los costes de cumplimiento de los requisitos legales son obviamente mucho mayores cuando se debe cumplir con varios y dispares requisitos legales que cuando basta con satisfacer las reglas de un único país (Grundmann, 2005; Riesenhuber, 2005).

Debe reconocerse, sin embargo, que la diversidad legal y regulatoria no se disipará completamente como consecuencia de la armonización de las reglas y estándares en el derecho de protección al consumidor. La razón descansa, de entrada, en el hecho de que las normas legales no son un producto unidimensional, sino complejo. Incluso si, sobre el papel, el estándar se define igual para todos los sistemas legales nacionales de forma unificada, el resultado puede variar a partir de los desarrollos jurisprudenciales o de otras autoridades públicas competentes, del procedimiento legal, de la cultura legal y, en general, del entorno en que se aplica la norma unificada; entorno que seguirá siendo nacional a pesar de la armonización de la regla. La necesidad de adaptarse a las condiciones locales del mercado también supondrá costes a las empresas en el desarrollo de sus actividades transnacionales.

De igual forma, la percepción de los consumidores sobre la incertidumbre legal o de otro tipo, así como los problemas de operar más allá de las fronteras nacionales, puede imponer barreras al comercio (véase Collins, 2003). El obstáculo primordial para contratar fuera de las fronteras nacionales sería, desde esta perspectiva, la demanda de los consumidores, que puede verse negativamente afectada por la incertidumbre sobre el contenido de los estándares regulatorios que se aplicarán a los bienes y servicios que consuma.

Parte de la literatura europea (6), consciente de la incidencia de la fragmentación normativa en el mercado interior, ha promovido la idea de permitir a las empresas vender y distribuir bienes de consumo masivo dentro un marco normativo europeo de reglas que derogue las normas nacionales del Estado donde se realiza la transacción. Las empresas podrían, así, calcular anticipadamente los costes totales de ofrecer sus productos y servicios en el conjunto del mercado interior con base en

los estándares europeos y sin tener en cuenta los estándares nacionales. Los consumidores tendrían –al menos en teoría– conocimiento de esos estándares europeos, y su confianza en un nivel adecuado de protección de los consumidores los induciría a entrar en transacciones gobernadas por reglas y estándares europeos y no por la regulación de su propio país, con la cual, presumiblemente, están más familiarizados.

Esta idea de unas reglas europeas únicas para incentivar la demanda y la oferta transfronterizas no es solo una posibilidad teórica o académica, como lo prueba el CESL, el conjunto de reglas comunes para el Derecho Europeo de la Compraventa presentados por la Comisión Europea en 2011 a los gobiernos de los Estados miembros (7), aunque luego la propuesta no ha encontrado acogida y ha sido abandonada.

En el plano teórico, a fin de diseñar y ejecutar con criterio un intento de armonización de estándares nacionales para el comercio transnacional que contribuya realmente al bienestar social en las sociedades afectadas, un aspecto crucial consiste en determinar cuál habría de ser el estándar armonizado correcto. Específicamente, y pensando en el contexto europeo, si los estándares europeos armonizados habrían de limitarse simplemente a reflejar el mínimo nivel de protección contenido en las normas europeas vigentes, o si estos debieran corresponder al promedio, o al máximo de los niveles de protección al consumidor observados en los diferentes sistemas legales nacionales (Hesselink, 2007).

No es esta la única cuestión teórica relevante en el diseño de estándares legales armonizados. Una segunda dimensión importante en un ejercicio de armonización normativa se refiere a la relación entre los estándares óptimos armonizados y los estándares nacionales preexistentes. Los procesos de armonización podrían tratar de reemplazar por completo los estándares nacionales que lo preceden, pero también podrían perseguir, más modestamente, la determinación de un nivel mínimo que los estándares nacionales deberían cumplir. El estándar armonizado también puede ser concebido como una «adición» al conjunto de estándares disponibles que permita una entrada más fácil de las empresas en los mercados extranjeros.

En Europa, por citar de nuevo el caso más relevante internacionalmente, vemos ejemplos de los tres sistemas (reemplazar lo existente, sentar un mínimo, añadir un estándar nuevo común). Por

ejemplo, la Directiva de derechos del consumidor de 2011 adopta el primer sistema (armonización plena), en contraste con la solución tradicional de las directivas de consumo que era la armonización mínima (prever un nivel mínimo en favor del consumidor que cada estado podía aumentar en su territorio). El CESL, por su lado, fue un intento de «nuevo» estándar común, añadido a los nacionales.

Este trabajo intenta establecer las bases de una indagación económica sobre estas cuestiones: cuál es el nivel óptimo de armonización y cómo debe organizarse la coexistencia de los estándares nacionales y los armonizados. Este análisis, como se ha mencionado, no solo tiene relevancia para la política europea de consumo y de construcción del mercado único europeo, sino que alcanza a otros ámbitos en los que se traten de aproximar estándares divergentes a fin de facilitar el comercio internacional (como el TTIP).

En concreto, se presenta un modelo de estándares óptimos en los mercados de consumo cuando conviven múltiples sistemas legales nacionales y un mercado único que puede ser alcanzado mediante la armonización. Existe abundante literatura económica que estudia el diseño de estándares óptimos para proteger a los consumidores de los riesgos que surgen en las transacciones de bienes y servicios masivos: Leland, 1979; Chan y Marino, 1994; Crampes y Hollander, 1995; Daughety y Reinganum, 1995; Constantatos y Perrakis, 1998; Marette, Bureau y Gozlan, 2000; Garella y Petrakis, 2004; Garella, 2006; Marette, 2007. Sin embargo, ninguna de las contribuciones anteriores ha estudiado la relación entre estándares armonizados para promover el comercio transnacional o un mercado único y los estándares nacionales preexistentes.

Este trabajo toma como punto de partida que los estándares óptimos armonizados para la promoción del comercio transnacional dependen, esencialmente, de las tecnologías de las empresas que producirán los bienes y servicios y las preferencias de las poblaciones en los países donde se construye el mercado único. En especial si los parámetros tecnológicos y los parámetros de preferencias de protección al consumidor son independientes o están correlacionados, y el tipo de correlación, si es que existe, determina si el estándar óptimo será intermedio entre los estándares nacionales precedentes, se equiparará al más exigente de ellos o incluso, contraintuitivamente, lo superará. Nuestro segundo conjunto de resultados se centra en los modos de armonización: la armonización plena

es muy eficaz para obtener ganancias de aumento del tamaño del mercado, pero puede sacrificar el nivel de satisfacción en el plano local al diferir de los estándares nacionales que pueden responder en mejor medida a esas preferencias locales. La armonización mínima requiere ser complementada con otras medidas –por ejemplo, con el principio de país de origen pleno o limitado– que le garantice a la empresa que entra en un mercado extranjero alcanzar un grado mínimo de armonización. La coexistencia de los estándares nacionales y los armonizados, cuando el estándar armonizado garantiza la entrada a las empresas extranjeras que ingresan en un mercado que cumplen, como mínimo, con el estándar armonizado, es con frecuencia mejor, aunque no en todas las situaciones puede garantizar la implementación del *first best*. Como veremos la rigidez en la tecnología, las economías de escala u otras razones previenen el uso efectivo de más de un estándar e incide en la conveniencia o no de modos alternativos de armonización.

El trabajo se organiza del modo siguiente: la sección segunda presenta el modelo de estándares armonizados óptimos para promover el comercio transnacional. La tercera, describe y analiza los diferentes modelos de armonización. En la cuarta se estudian las implicaciones del análisis para procesos actuales de armonización, y en la quinta se presentan, brevemente, las conclusiones.

II. UN MODELO SIMPLE DE ESTÁNDARES PARA MERCADOS DE CONSUMO

Diseñamos un modelo simple en el que se comparan dos países y se estudian las implicaciones de una unión económica sobre los estándares óptimos de seguridad para consumidores bienes. Los países serán llamados A y B. Existe una empresa en cada país produciendo un producto que puede ser peligroso. La probabilidad de accidente causado por este producto se describe como $p_i = 1 - s_i$. Donde s_i representa el nivel cuidado de la empresa i . El coste marginal del bien depende del nivel de inversión en calidad de la empresa, $\beta_i \frac{s_i^2}{2}$, siendo β_i un parámetro exógeno de eficiencia productiva de la empresa.

El regulador en cada país establece un estándar legal mínimo que debe satisfacer la empresa, $S_i \geq \underline{S}_i$. Una empresa del país j debe incurrir en determinado coste q para satisfacer el estándar del país i, j , siendo q el número de unidades producidas y K^j el

coste administrativo requerido para la certificación del estándar:

$$\beta_j \frac{\bar{s}_i^2}{2} q + k_i^j$$

Los consumidores son homogéneos y la ganancia esperada por la compra del producto de la empresa del país i es $V - p_i \theta_i - P$. Los consumidores no observan p_i , sino \underline{S}_i . Teniendo en cuenta la información disponible, los consumidores anticipan correctamente que la calidad del contrato coincidirá con el estándar mínimo $S_i = \underline{S}_i$.

Consideramos que todos los consumidores dentro de un país son homogéneos, siendo θ_i la preferencia por la calidad que tienen los consumidores en el país i . Comenzamos considerando el escenario más simple de autarquía, $K^i = 0$ y $K^i = \infty$.

1. Autarquía

La empresa nacional o local tiene un poder de monopolio y puede extraer rentas de todos los consumidores definiendo un precio igual a $V - \theta_i (1 - \underline{S}_i)$. A partir de esto, el excedente total del mercado es, siendo $q = \alpha_i$ la demanda total (población total) del país i :

$$\alpha_i [V - \theta_i (1 - \bar{s}) - \beta_i \frac{\bar{s}^2}{2}]$$

El siguiente resultado caracteriza el *first best*. El estándar social óptimo que maximice el excedente total del país i en autarquía.

$$\bar{s}_i^* \in \arg \max \{ \alpha_i [V - \theta_i (1 - \bar{s}) - \beta_i \frac{\bar{s}^2}{2}] \}$$

El estándar óptimo para el país i en autarquía es

$$\bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i}$$

Nótese que este estándar óptimo no depende de la población total, sino solo de los parámetros de preferencia por la calidad (utilidad de los consumidores) y eficiencia productiva de la empresa local.

2. Formación de un mercado único entre A y B

Considérese ahora que los países A y B forman una unión económica y establecen un estándar

común S_U que permite a las empresas vender en ambos países con el mismo coste administrativo $K^i = K^j = 0$. Teniendo en cuenta la ventaja en costes de producción, solo la empresa más eficiente producirá en equilibrio (considérese, sin pérdida de generalidad, que la empresa eficiente es la i). Definimos como estándar legal óptimo de la unión económica aquel que maximiza la suma del excedente total de ambos países. En particular, este estándar es la solución al siguiente problema

$$\bar{s}_U^* \in \arg \max \{ \alpha_i [V - \theta_i (1 - \bar{s}) - P] + \alpha_j [V - \theta_j (1 - \bar{s}) - P] + (\alpha_i + \alpha_j) (P - \beta_i \frac{\bar{s}_U^2}{2}) \}$$

La empresa eficiente definirá un precio que iguale el coste marginal (a partir del estándar) de la otra empresa. Sin embargo, el excedente total no depende de los precios del mercado, asumiendo que ambos mercados están cubiertos. El óptimo estándar armonizado en este caso será

$$\bar{s}_U^* = \frac{\alpha_i \theta_i + \alpha_j \theta_j}{(\alpha_i + \alpha_j) \beta_i}$$

Nótese que el estándar óptimo de la unión está determinado por la tecnología productiva de la empresa más eficiente y el promedio de los parámetros de preferencia de los dos países.

3. Comparación de los estándares separados de A y B y el de la unión económica entre ambos

Una cuestión que parece, de forma evidente, como relevante para caracterizar el nivel óptimo del estándar legal unificado o armonizado entre los dos países es su comparación con los estándares óptimos preexistentes.

La relación entre el estándar armonizado \bar{s}_U^* y los estándares óptimos preexistentes depende, a su vez, de la relación entre tecnología y las preferencias entre los dos países. Esta relación da lugar a cuatro casos distintos:

1. Si ambos países tienen la misma tecnología pero distintas preferencias por la calidad generada por el estándar legal, el nivel óptimo del estándar armonizado será intermedio entre los dos nacionales. Si $\beta_i = \beta_j = \beta$ y $\theta_i < \theta_j$, entonces,

$$\bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i} < \bar{s}_U^* = \frac{\alpha_i \theta_i + \alpha_j \theta_j}{(\alpha_i + \alpha_j) \beta} < \bar{s}_j^* = \frac{\theta_j}{\beta_j}$$

2. Si los consumidores en ambos países tienen las mismas preferencias, pero las empresas tienen distinta eficiencia productiva, el estándar armonizado más deseable coincidirá con el más estricto de los estándares nacionales. Si $\theta_i = \theta_j = \theta$ y $\beta_i > \beta_j$, entonces,

$$\bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i} < \bar{s}_U^* = \frac{\theta}{\beta_j} = \bar{s}_j^* = \frac{\theta_j}{\beta_j}$$

3. Si θ y β están negativamente correlacionados entre los dos países (esto es, el país con preferencia más intensa por la calidad tiene la empresa más eficiente productivamente), el estándar armonizado óptimo será intermedio entre los dos estándares nacionales preexistentes. Tómese $\theta_i < \theta_j$, luego $\beta_i > \beta_j$, entonces,

$$\bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i} < \bar{s}_U^* = \frac{\alpha_i \theta_i + \alpha_j \theta_j}{(\alpha_i + \alpha_j) \beta_j} < \bar{s}_j^* = \frac{\theta_j}{\beta_j}$$

4. Por último, si θ y β están positivamente correlacionados (el país con menor preferencia por la calidad tiene la empresa más eficiente), o si preferencias de los consumidores y eficiencia productiva de la empresa son independientes, el estándar armonizado óptimo será, en todo caso, más estricto rígido que el estándar nacional más bajo, y puede incluso igualar o superar el estándar nacional más alto que existía entre los dos países.

Tómese $\bar{s}_j^* = \frac{\theta_j}{\beta_j} < \bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i}$. Entonces, puede

ocurrir lo siguiente:

$$\bar{s}_j^* = \frac{\theta_j}{\beta_j} < \bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i} < \bar{s}_U^* = \frac{\alpha_i \theta_i + \alpha_j \theta_j}{(\alpha_i + \alpha_j) \beta_j}$$

La intuición de estos resultados puede explicarse como sigue: en el primer caso, el estándar armonizado es intermedio porque en el mercado único no hay ganancias de eficiencia, luego los estándares armonizados deben ser determinados por la combinación convexa de las preferencias de ambos países. En el segundo caso, los países tienen las mismas preferencias pero diferente tecnología, por lo que el estándar armonizado debe ser equivalente al estándar previo más exigente, porque solo la empresa eficiente producirá en equilibrio (la única diferencia con ese mercado nacional que tenía la empresa más

eficiente es que ahora es más grande, pero las preferencias son idénticas, pues ya lo eran antes). En el tercer caso, las preferencias y las tecnologías están negativamente correlacionadas, de modo que el país con preferencias más elevadas tiene la empresa más eficiente. Entonces, el estándar armonizado será intermedio, como en el primer caso. El caso más sorprendente es el cuarto. Aquí, el estándar armonizado puede llegar a ser más alto que los estándares nacionales preexistentes. Este puede ser el caso, si se cumplen dos condiciones: a) preferencias y tecnología no están negativamente correlacionadas; y b) la población en el país con la empresa más eficiente es lo suficientemente pequeña en relación con la del país que tiene la menos eficiente.

III. ARMONIZACIÓN PLENA, ARMONIZACIÓN MÍNIMA Y COEXISTENCIA DE ESTÁNDARES

En la sección anterior hemos estudiado cómo se pueden construir los estándares armonizados óptimos a partir de un conjunto de estándares preexistentes, siendo el objetivo incrementar el comercio entre los países involucrados, esto es, reducir los costes de las actividades comerciales transfronterizas para incrementar el excedente contractual resultante de la interacción de empresas y consumidores. Pese a ello, el contenido de los estándares y los factores que influyen en su determinación no pueden considerarse como las únicas dimensiones relevantes a tener en cuenta en la política que orienta los procesos de armonización. Un aspecto crucial en el diseño de los estándares armonizados es la decisión de reemplazar, o mantener, los estándares nacionales preexistentes.

En el derecho de la Unión Europea, y quizá especialmente en el campo del derecho europeo de consumo, esta dimensión del problema es comúnmente descrita como la oposición entre la armonización plena y la armonización mínima

En lo que se conoce como armonización mínima —la aproximación tradicional en el Derecho de la Unión Europea a la armonización legal en materia de mercados de consumo (8)— una Directiva armonizadora define un suelo respecto de aquellas variables, parámetros o comportamientos relevantes, dejando en manos de los Estados miembros la decisión de mantener su regulación en dichos mínimos o crear estándares más exigentes para la protección de los consumidores. Es decir, el estándar armonizado reemplaza solo a los nacionales inferiores, pero mantiene intactos los estándares nacionales más elevados.

En cambio, bajo la armonización plena o máxima, el estándar armonizado definido en la Directiva europea desplaza por completo y elimina los estándares nacionales, precedentes o futuros, con independencia de que estos sean más altos o más bajos que el estándar armonizado. Por ejemplo, la Directiva de derechos del consumidor del 2011 ha adoptado una solución de armonización plena en casi todos sus extremos (9). Las propuestas de Directivas sobre venta *online* y sobre suministro de contenidos digitales de 2015 también optan, en lo sustancial, por la armonización plena

Conviene advertir que estas dos no son las únicas opciones imaginables y empleadas en los procesos de armonización legal. La armonización mínima no es del todo equivalente con la coexistencia pura de estándares armonizados y nacionales. Bajo armonización mínima, los estándares menos estrictos que el armonizado son automáticamente eliminados y reemplazados —a menos que el país en cuestión decida adoptar un estándar nacional mayor que el armonizado, una posibilidad que resultaría problemática desde las obligaciones de lealtad del país con el Derecho europeo, y que nosotros excluimos en aras de conseguir mayor simplicidad en nuestro modelo—.

Por su parte, los países con estándares superiores podrán mantenerlos e ignorar el estándar armonizado. En este segundo supuesto, las empresas que quieren operar y participar en ese mercado deberán cumplir con el estándar superior nacional. Por tanto, bajo un esquema de armonización mínima, salvo alguna posibilidad de entrar con estándares distintos de los exigidos por las autoridades nacionales, no habría comercio transnacional si efectivamente el coste de operar con un estándar extranjero es igual de prohibitivo que en el escenario de autarquía descrito en la sección anterior.

La armonización mínima puede (y de hecho lo hace en la UE) venir acompañada por medidas que permitan cierta apertura de los mercados a las empresas que operan con estándares distintos a los nacionales (iguales o más altos, por hipótesis, que los de la Directiva). Así, sería posible asegurar que las empresas que usan un estándar —aunque no sea local— tan alto al menos como el estándar nacional podrían operar en ese mercado nacional. Esto permitiría a una empresa extranjera del país i operar en el país j usando su estándar nacional S_i superior al armonizado, y, por tanto, al nacional S_j . Sin embargo, a la recíproca, una empresa del país j no podría hacerlo en el mercado i usando el estándar de su país, S_j , por ser inferior al del país de acogida,

donde están los consumidores, país que impone $S_i > S_j$. Así pues, este esquema de apertura asimétrica permitiría el comercio transnacional bajo estándares que están por encima del estándar nacional exigido en el país receptor, pero no a la inversa.

La apertura de mercados bajo armonización mínima puede ser más intensa si la armonización mínima se complementa con principios de reconocimiento mutuo de estándares nacionales o «país de origen» (*country of origin*), que permite a las empresas de otros países –usando como mínimo un estándar al menos igual al estándar armonizado, pues nos hallamos bajo un régimen de armonización mínima– participar en el mercado nacional de un país que cuenta con estándares superiores sin cumplir los estándares del país receptor, sino tan solo el estándar mínimo armonizado, que es el de su propio mercado de origen. Un resultado similar se produce cuando las empresas de un país con un estándar superior, usando la libertad de circulación de capitales pueden, a coste cero o reducido, trasladarse al país con estándar menor y producir de acuerdo con el estándar armonizado y reingresar en su anterior mercado nacional como empresa extranjera beneficiándose de los principios de reconocimiento mutuo o país de origen.

Incluso con esta intensa apertura de mercados que supone el principio del país de origen, la armonización mínima no es idéntica a la coexistencia pura de estándares. En este esquema, la adopción de un estándar armonizado no reemplazaría los existentes, con independencia de que estos sean superiores o inferiores al armonizado. De nuevo, son posibles, teóricamente, dos versiones de esta coexistencia, dependiendo de si la elección del estándar recae en los gobiernos o en las empresas. En el primer caso, esencialmente tendríamos un estándar opcional –para los países– en forma parecida a lo propuesto por un sector de la doctrina sobre un instrumento europeo para el derecho de contratos (Grundmann, 2003; Grundmann y Kerber, 2005). Para tener cierto efecto, este estándar opcional armonizado debiera permitirle a las empresas de un país adoptar el nivel armonizado para acceder, cumpliendo este estándar, a los mercados de otros países que no lo han adoptado. La opción podría concederse a las empresas, quienes decidirán entre operar bajo el estándar nacional o bajo el estándar armonizado –o bajo ambos si es tecnológicamente posible–. De nuevo, si el estándar armonizado ha de tener algún efecto en el comercio transnacional debería permitirse el ingreso en cualquiera de los mercados nacionales de las empresas que lo usen. Este modelo corresponde, esencialmente, a la pro-

puesta del *blue button* descrita en la primera sección de este artículo.

La anterior caracterización muestra que existen múltiples regímenes posibles de armonización, y más complejos de lo que comúnmente se asume en la literatura que estudia estos fenómenos. Usando el marco de referencia de nuestro modelo básico descrito en la segunda sección, expandimos nuestro análisis a la taxonomía de los sistemas de armonización.

1. Armonización plena

En la segunda sección, implícitamente, se suponía que el estándar armonizado reemplazaba a los estándares nacionales preexistentes, por lo que en realidad coincide exactamente con el régimen de armonización plena. Los resultados de la sección II.3, por tanto, reflejan los resultados bajo un sistema de armonización plena.

2. Armonización mínima

Cuando hay armonización tan solo mínima, los estándares inferiores a los armonizados serán eliminados, pero, en cambio, los estándares más exigentes se mantendrán en el país que los tuviera. Suponemos que los países no podrían fácilmente redefinir estratégicamente sus estándares legales a la vista de un proceso de armonización mínima. Por tanto, en los países con estándares menos exigentes estos serían reemplazados por el estándar armonizado. Aquellos países con estándares más altos podrían optar por mantenerlos o disminuirlos, pero no incrementarlos, teniendo en cuenta que un incremento sería difícilmente compatible con una participación leal en el proceso de armonización. Por ejemplo, en el contexto de la UE, parece plausible asumir que los países habrían de enfrentarse a un coste político y acaso también jurídico muy alto si deciden, estratégicamente, incrementar sus estándares preexistentes buscando bloquear la entrada de potenciales empresas o mantener el mercado nacional para las empresas locales.

Incluso con este supuesto simplificador, es evidente que los procesos de construcción de estándares armonizados se vuelven más complejos con la armonización mínima puesto que el diseño de un estándar armonizado deseable debe tener en cuenta cómo los países con estándares más altos que el óptimo armonizado responderán y cómo las empresas reaccionarán frente a los nuevos estándares en términos de entrada en mercados extranjeros.

Inicialmente, suponemos que las empresas pueden usar dos estándares simultáneamente sin verse compelidos por consideraciones de coste, por ejemplo, en su mercado de origen cumplirían el estándar nacional y en los mercados extranjeros adoptarían el nuevo estándar armonizado. Más adelante estudiaremos, sin embargo, las implicaciones de relajar este supuesto al forzar a las empresas, por razones de economías de escala, entre otras, a usar un único estándar en sus procesos de producción.

2.1. Armonización mínima con mercados completamente separados

Cuando la armonización mínima se realiza en un contexto donde solo es posible el comercio bajo el estándar del país importador –el país donde el comprador o el consumidor está localizado–, los mercados continuarán separados porque el único efecto del estándar armonizado será eliminar el estándar nacional más bajo, pero no permitiría el ingreso de la empresa más eficiente en el mercado extranjero, con independencia de los niveles de los estándares, dado que $K^i=0$ y $K^i=\infty$ y $K^{MH}=\infty$, con independencia de los niveles de S_{i-}^* , S_{i+}^* y S_{U}^{*MH-S} . Dado que los mercados permanecerán completamente separados y que los países con estándares más altos los mantendrán, el estándar óptimo armonizado será el propio de una situación de autarquía, y el proceso armonizador no presenta ventaja alguna.

Bajo la armonización mínima sin posibilidad de ingreso de empresas que usan estándares extranjeros o el estándar armonizado, el resultado será el mismo que el de la autarquía y el estándar óptimo armonizado será el menos exigente de los estándares nacionales preexistentes.

2.2. Armonización mínima con entrada parcial (de empresas con estándares más altos que el país donde están los consumidores)

Cuando la armonización mínima se combina con el posible ingreso de productos o servicios que se ajustan a estándares –preexistentes, o al nuevo estándar armonizado–, siempre y cuando sean más altos que el estándar nacional, existe alguna oportunidad de ingreso para la empresa más eficiente en el mercado extranjero.

El estándar óptimo va a depender, como en la armonización plena, de la relación entre preferencias de las poblaciones de consumidores y la efi-

ciencia de las empresas, dando lugar a los mismos cuatro casos.

1. Si $\beta_i = \beta_j = \beta$ y $\theta_i < \theta_j$, el estándar óptimo es el más bajo de los estándares nacionales preexistentes (más bajo, por tanto, que en armonización plena, pues allí el estándar óptimo es intermedio).

2. Si $\theta_i = \theta_j = \theta$ y $\beta_i > \beta_j$, el estándar óptimo será el más alto de los estándares nacionales ya en vigor (como en la armonización plena).

3. Si β y θ están negativamente correlacionados, el estándar óptimo bajo una armonización mínima será intermedio, aunque diferente y menor al estándar óptimo bajo armonización plena.

4. Si β y θ están positivamente correlacionados, o son independientes, habrá dos estándares óptimos posibles bajo la armonización mínima con entrada parcial; uno bajo, que llevará a un equilibrio de autarquía; otro alto, que generará la posible entrada en el mercado extranjero, pero no cabe uno intermedio, como ocurre en la armonización plena.

Es posible comparar la eficiencia de los resultados obtenidos bajo distintos regímenes de armonización en función de los valores de los parámetros relevantes. En el primer caso no hay ganancia en eficiencia por la entrada de una empresa extranjera porque ambas empresas son igualmente eficientes. El mercado con el estándar mayor será cubierto por la empresa local, operando bajo el estándar preexistente y el otro mercado lo será por cualquier empresa bajo el óptimo estándar armonizado –mínimo– que coincide con el estándar precedente en ese país. Aquí la armonización mínima conducirá, esencialmente, al mismo resultado obtenido bajo autarquía, que supone en este escenario mayor bienestar que la armonización plena, teniendo en cuenta que la armonización plena distorsiona la correspondencia entre preferencias y estándares, sin ganancias resultantes por el ingreso de empresas más eficientes.

En el segundo caso, el estándar óptimo armonizado coincide con el estándar nacional más exigente. El país del estándar más alto continuará siendo cubierto por su empresa local –la más eficiente– mientras que el otro país tendrá un estándar más alto y será cubierto por la empresa extranjera también. Esto permite ganancias plenas de eficiencia en el comercio transnacional que equivalen a las obtenidas en un régimen de armonización plena.

En el tercer caso, los consumidores del país con el estándar nacional más alto seguirán siendo cubiertos por la empresa local, que es la más eficiente, y el otro mercado verá su estándar incrementado, en comparación con el nivel preexistente; en este segundo mercado ingresará la empresa extranjera, la más eficiente, la del país con el estándar preexistente más elevado, pero operando bajo el estándar armonizado (intermedio, pero más bajo que con armonización plena). Aquí, la ganancia de ampliar el mercado también se alcanzará con menores sacrificios, en términos de satisfacción de las preferencias en el país con más altas preferencias por la seguridad y la calidad del producto, respecto al sistema de armonización plena. En este caso, por tanto, la armonización mínima domina la armonización plena.

El cuarto caso es más complicado porque hay dos tipos de equilibrio muy diferentes. Si las ganancias derivadas del comercio transnacional son suficientemente altas –fundamentalmente en razón de que el país con preferencias altas cuenta con empresas menos eficientes y mayor población–, es muy deseable abrir los mercados. Bajo una armonización mínima con entrada solo parcial esto solo es posible con un estándar armonizado igual o mayor que el estándar precedente más estricto, con lo cual la empresa más eficiente operará en ambos mercados con el estándar armonizado. Por otro lado, si las ganancias no son significativas, los mercados se mantendrán separados y, en consecuencia, el estándar armonizado coincidirá con el más bajo de los nacionales. A partir de la comparación de los regímenes, no es posible acreditar una preferencia general por uno u otro modelo; pero si la armonización plena genera mayor bienestar que la autarquía, también debería generar mayor bienestar que la armonización mínima teniendo en cuenta que la armonización plena únicamente puede generar comercio transnacional en equilibrio imponiendo un estándar armonizado muy alto, no uno intermedio.

2.3. Armonización mínima con el principio de país de origen

Bajo este régimen el estándar armonizado elimina los estándares inferiores preexistentes, pero las empresas podrían entrar en el mercado extranjero cumpliendo con su propio estándar nacional –los cuales, por definición de la armonización mínima, serán iguales o superiores al estándar armonizado– incluso si este es menor que el estándar exigido en el mercado receptor. Por tanto, el estándar armonizado sirve de suelo o límite inferior a los estándares nacionales, permitiendo el ingreso libre

de las empresas en los mercados extranjeros con independencia del estándar nacional del país de origen (pero con la salvaguarda de que todos son al menos iguales al armonizado).

De nuevo aquí nos encontramos con los cuatro escenarios ya contemplados en relación con la armonización plena y con la armonización mínima con acceso o entrada limitados. Los tres primeros casos resultan en estándares óptimos iguales que en el caso de armonización mínima con entrada parcial, y no es necesario reproducirlos aquí. En el cuarto caso, cuando β y q están positivamente correlacionados, o son independientes, el resultado es, sin embargo, distinto. El principio del país de origen, frente a la entrada solo parcial (de las empresas con estándares nacionales más altos que el del país receptor) determina ahora que el estándar óptimo en el régimen de armonización mínima pueda ser tan bajo como el más bajo de los estándares preexistentes, igual o superior al estándar más exigente, pero también que pueda ser intermedio entre ambos, dependiendo del tamaño relativo de los dos países.

Aquí se amplía el conjunto de estándares óptimos posibles. El estándar intermedio le permitirá a la empresa más eficiente entrar en el mercado con el estándar nacional más alto, posibilidad que estaba restringida en el escenario de entrada parcial. Esto expande el rango de estándares óptimos, así como la posibilidad de alcanzar las ganancias del comercio con menores distorsiones de las preferencias de satisfacción del país con el estándar preexistente más bajo.

En el anterior análisis habíamos supuesto que no existía fricción alguna en cuanto a la adopción del estándar por parte de la empresa y su entrada en el mercado extranjero: las empresas no incurrían en costes adicionales por el uso simultáneo de dos estándares distintos. Evidentemente, esto no siempre es así, ni mucho menos. Al contrario, es incluso probable que el uso simultáneo de varios estándares suponga costes –por ejemplo, por incompatibilidad de tecnologías o por economías de escala–, de modo que la empresa solo pueda, razonablemente, ajustarse a un único (y no a varios) estándar legal en su proceso de producción.

Si la empresa se ve constreñida a producir con un único estándar legal, los resultados anteriores se ven seriamente afectados. El uso de un único estándar en todo el proceso supone una gran diferencia. Con esta limitación, el tamaño del país con mayor eficiencia se convierte en una cuestión relevante, y

la armonización mínima puede no ser bastante para inducir la entrada de las empresas más eficientes. En consecuencia, las ganancias de eficiencia por el incremento del comercio transnacional no podrán concretarse en muchos de los escenarios 2, 3 y 4) descritos antes, y la armonización plena resulta más adecuada.

3. Coexistencia de estándares

Cuando los nuevos estándares armonizados coexisten con los precedentes, el diseño del estándar óptimo es, en principio, más complicado, teniendo en cuenta que los estándares armonizados no eliminan aquellos estándares nacionales que están por debajo del nivel armonizado. En el escenario de la coexistencia de estándares, una vez adoptado el estándar armonizado, las empresas podrán atender su mercado local usando su propio estándar nacional –siendo este mayor o menor– o el estandarizado, y podrán entrar en un mercado extranjero utilizando el estándar armonizado.

Supongamos de nuevo que la elección de las empresas, en cuanto al número de estándares legales a los que pueden ajustar sus bienes y servicios o sus contratos, no está constreñida por consideraciones tecnológicas y que, por tanto, podrían eventualmente atender dos mercados distintos utilizando estándares diferenciados: su estándar nacional y el nuevo estándar armonizado.

Bajo el régimen de plena coexistencia de estándares, de nuevo nos encontramos, como era de esperar, con que la definición del óptimo va a depender de las relaciones entre las tecnologías de las empresas y las preferencias de los consumidores en los países involucrados, dando lugar a los cuatro casos que hemos analizado más arriba para la armonización plena y la parcial.

1. Si $\beta_i = \beta_j = \beta$ y $\theta_i < \theta_j$, el estándar óptimo coincide con el más bajo de los preexistentes, con lo que se implementa la autarquía en un escenario donde no hay ganancia de eficiencia por el comercio transnacional: ambos mercados se mantienen separados y son atendidos materialmente bajo los estándares preexistentes.

2. Si $\theta_i = \theta_j = \theta$ y $\beta_i > \beta_j$, el estándar óptimo coincide con el más alto de los preexistentes, de modo que las ganancias del comercio mercado son aprovechadas plenamente debido a que la empresa más eficiente atiende los dos mercados bajo el

mismo estándar en términos materiales, el cual es el óptimo en ambos países dada la identidad en las preferencias.

3. Si $\theta_i < \theta_j$ y $\beta_i > \beta_j$, esto es, hay correlación negativa entre intensidad de preferencias y eficiencia de la empresa según los países, la empresa más eficiente atiende los dos mercados: uno, su mercado local anterior, bajo el estándar más alto preexistente, que es el óptimo para ese país (10); y el otro bajo el estándar armonizado, más alto que el preexistente allí (por el menor coste de satisfacerlo para una empresa más eficiente), y que es el estándar óptimo en ese segundo mercado quedando superfluo el estándar nacional preexistente en el mismo.

4. Si β y θ están positivamente correlacionados, o son independientes ($\theta_i > \theta_j$ y $\beta_i > \beta_j$), el estándar armonizado óptimo es más alto que el mayor de los preexistentes, y la empresa más eficiente atiende los dos mercados: aquel que tenía el estándar más bajo continuará siendo atendido por su empresa local bajo el estándar preexistente que es el óptimo para esa sociedad; el país con preferencias más intensas de calidad será atendido por la empresa extranjera, bajo un estándar, el armonizado, óptimo para ese país y que es más alto que su estándar nacional anterior, pues la entrada de la empresa más eficiente permite sostener un estándar más alto para satisfacer a consumidores con preferencias intensas de calidad.

Intuitivamente, esto tiene sentido cuando la tecnología no condiciona a la empresa más eficiente en el uso de una tecnología específica. Un régimen de estándar óptimo armonizado no reemplaza los estándares existentes, solo permite que el ingreso en los mercados extranjeros sea posible usando el estándar armonizado, lo que implementa el *first best*. Cuando mantener el estándar preexistente le permite a la empresa más eficiente tener una mejor correspondencia con las preferencias de esa sociedad, el régimen de coexistencia permite esa solución, lo cual no sucede en el caso de armonización mínima –que elimina los estándares que se encuentran por debajo del nivel armonizado– ni con la armonización plena, que reemplaza todos los estándares previos. Al mismo tiempo, la coexistencia, si trae la posibilidad de entrar en los mercados extranjeros cumpliendo el estándar armonizado, permitirá a su vez aprovechar plenamente los beneficios del comercio transnacional. En consecuencia, la coexistencia de estándares nunca (11) es inferior en sus resultados a la armonización mínima en cualquiera de las varias versiones que puede presentar

(rígida separación de mercados nacionales, entrada al mercado solo bajo estándares superiores a los exigidos en el país receptor, o el principio pleno del país de origen) y que hemos analizado.

Sin embargo, cuando las empresas han de utilizar una única tecnología para cumplir con un estándar –nacional o armonizado– la definición del estándar óptimo se vuelve mucho más compleja en un escenario de coexistencia pura de estándares y el *first best* no se puede alcanzar con este sistema de armonización.

La armonización plena, sin embargo, podría ser más deseable (no necesariamente en todos los escenarios; por ejemplo, no lo será en aquel en que es deseable implementar la autarquía) en presencia de una única tecnología disponible (no cabe sujetarse a más de un estándar) para servir todos los mercados nacionales, cuando las ganancias del comercio transnacional son tan grandes que permiten compensar los sacrificios asociados a la baja correspondencia con las preferencias de algunas de las sociedades participantes en el proceso de armonización.

IV. IMPLICACIONES PARA LA ARMONIZACIÓN LEGAL

Una de las tareas centrales del Derecho es la de definir el conjunto de estándares de comportamiento en diversos contextos y garantizar su cumplimiento. Determinar el contenido del estándar no resulta sencillo. Si a ello se le incluye la diversidad legal y regulatoria la perspectiva no mejora, sino todo lo contrario.

Pese a la complejidad que supone la definición de estándares armonizados en un contexto de estándares nacionales preexistentes, se trata de un esfuerzo indispensable para construir un gran mercado sin fronteras nacionales. Cuando los estándares son necesarios para asegurar el comportamiento óptimo por parte de los participantes en el mercado –típicamente empresas– y cuando las barreras tecnológicas, legales, culturales o de otro tipo dificultan el comercio transnacional, el diseño de estándares comunes armonizados puede resultar necesario para aprovechar las ganancias de eficiencia que se obtiene en mercados más grandes y de las transacciones transnacionales.

A partir de nuestro modelo de estándares armonizados pueden extraerse algunas lecciones que podrían orientar los procesos que se están

llevando a cabo, en la UE y en otros contextos, para alcanzar cierto grado de armonización en el Derecho que regula las transacciones económicas.

En primer lugar, de forma obvia para algunos, no tan obvia para otros, señalar que el contenido o nivel de los estándares importa, y determinarlo no es cuestión trivial. Es indispensable mirar en la dirección correcta y considerar las variables adecuadas. Nuestros resultados sugieren, intuitivamente, que los legisladores y los reguladores, cuando determinan el contenido de los estándares comunes para un mercado transnacional, deben sopesar los costes que le supone a la empresa más eficiente satisfacer el estándar en un sector relevante y las preferencias de protección a los consumidores en cada uno de los Estados miembros. Por supuesto, obtener, procesar y usar la información fáctica para realizar este análisis no resulta sencillo, pero resulta imprescindible para aproximarse a realizar correctamente la tarea.

En segundo lugar, la función que subyace al estándar y los propósitos que pretende satisfacer son relevantes en el diseño del proceso de armonización. Supongamos que el estándar representa –como parece, al menos para nosotros, más factible en materia de mercados de consumo– un estándar mínimo de calidad o de seguridad diseñado para evitar que los consumidores puedan verse atraídos por bajos niveles de calidad que sean socialmente indeseables. La indeseabilidad puede tener origen en distintas fuentes: en la falta de información del potencial comprador –sobre las reales consecuencias y los riesgos asociados a la transacción– que conduce a una subestimación del daño resultante o, a una externalidad –por ejemplo, de otros miembros de la sociedad o del sistema público de salud– surgida de la calidad escogida por algunos consumidores. Los estándares mínimos establecen un suelo en el nivel de calidad deseado en las transacciones; por debajo de este, las empresas no podrán producir ni vender. Por supuesto, las empresas que incluyen estándares más altos de calidad podrán hacerlo explícito en el mercado –siempre y cuando se trate de estándares verificables– por medio de la reputación, la publicidad, las garantías ofrecidas y similares salvaguardas de calidad.

Pese a ello, el proceso de definición de los estándares no se trata de la única dimensión relevante. La forma en que el estándar armonizado se relaciona con el estándar nacional preexistente tiene suma importancia teórica y también en términos de *policy*. La armonización plena, con eliminación

de los estándares legales nacionales preexistentes supone, desde luego, un instrumento muy poderoso para superar la etapa inicial en donde el nivel de comercio transnacional es exiguo en razón de las barreras existentes descritas en nuestro modelo básico. Un estándar plenamente armonizado será preferible cuando un mercado más grande puede alcanzarse a través de economías de escala y ello resulta ser tecnológicamente más eficiente, o cuando las ganancias por el incremento del comercio transnacional son muy significativas.

Pero como se ha mostrado en la tercera sección, la armonización plena implica algunos sacrificios en términos de la debida correspondencia entre el nivel de estándar con las preferencias en las sociedades afectadas. Cuando los consumidores tienen distintas preferencias que influyen en su disposición a pagar por evitar riesgos, la existencia de múltiples estándares podría incrementar el bienestar en tanto que permitiría una mejor correspondencia entre las preferencias de los consumidores y los esfuerzos de las empresas por reducir la probabilidad de accidentes –incluso si con ello no se alcanzan todas las ganancias potenciales de un mercado único–. Por su parte, las formas más suaves de armonización, por ejemplo, la armonización mínima, deben complementarse con medidas que aseguren la entrada de las empresas más eficientes en los mercados extranjeros. Estas últimas requieren que los estándares nacionales no sean completamente rígidos y que los mercados no continúen totalmente separados. Las formas plenas o atenuadas del principio del país de origen permiten estos efectos y pueden alcanzar un resultado eficiente.

Por su parte, la alternativa de permitir la coexistencia de los estándares nacionales y los armonizados –pese a que esta se trate de una solución más suave que la armonización mínima– presenta indudables atractivos. En consecuencia, con frecuencia merecerá la pena que los estándares armonizados se introduzcan como estándares adicionales que permitan a las empresas más eficientes aprovechar las ganancias del comercio transfronterizo penetrando otros mercados, pero sin afectar a los estándares nacionales. Siendo así, los estándares armonizados serían capaces de superar las barreras existentes que impiden un comercio transnacional activo, respetando, al mismo tiempo, la diversidad presente en términos de preferencias y las condiciones económicas básicas de las sociedades en que los estándares serán aplicados.

Por un lado, es difícil negar que las sociedades y sus economías son diferentes tanto en términos

de las preferencias de los ciudadanos sobre muchas cuestiones como en los niveles de riqueza y su grado de distribución entre los distintos grupos sociales. Cuando la armonización de los estándares se aborda desde una perspectiva general –por ejemplo, las reglas y estándares de protección al consumidor o el derecho de contratos– es difícil establecer de forma inequívoca que el contenido de reglas uniformes escogidas será el óptimo para todos los mercados nacionales o para las preferencias heterogéneas de cada una de las sociedades.

Debe reconocerse, por otro lado, que incluso bajo un nuevo conjunto de estándares legales, las empresas no estarían sujetas de verdad a un único conjunto de requisitos y reglas de conducta. En la práctica, muchos de los estándares serán lo suficientemente generales y abstractos que permitirán amplios márgenes de apreciación e interpretación en concordancia con las circunstancias específicas del mercado nacional, o del mercado relevante del producto afectado, obteniéndose resultados con diferencias sustanciales. La aplicación de las reglas se deja en manos de las administraciones y tribunales de los distintos Estados, que reflejan, en buena medida, el amplio rango de culturas legales, tradiciones, modelos de organización y estrategias para la aplicación de la ley, que influyen de manera significativa en las soluciones implementadas en los diferentes países.

Ha de advertirse, sin embargo, que las ventajas del modelo de coexistencia de estándares (y también de armonización mínima con el principio de país de origen) se dan en un escenario de flexibilidad tecnológica donde las empresas pueden operar, razonablemente a bajo coste, bajo distintos estándares sin verse compelidas, por consideraciones de coste, a operar bajo un único conjunto de reglas y estándares. Cuando solo cabe producir bienes y servicios, y ofrecerlos a los consumidores, bajo un único estándar legal, nos vemos abocados de nuevo al dilema fundamental de escoger entre las ganancias del mercado común y la debida correspondencia entre los estándares y las preferencias de los consumidores, un dilema que no permite una respuesta general, pero que claramente apunta en la mayor parte de los escenarios a la ventaja de la armonización plena como la herramienta más poderosa para asegurar las ganancias del comercio transfronterizo.

Finalmente, debe enfatizarse que nuestro modelo de armonización de estándares es un modelo simple que no tiene en cuenta muchas complejidades del mundo real (heterogeneidad de los consu-

midores dentro de cada país, la reacción estratégica de los gobiernos nacionales durante los procesos de armonización, la complejidad de las estructuras del mercado, entre otras) que, sin duda, resultan relevantes en los procesos de armonización, en sus decisiones y en sus valoraciones. Sin embargo, creemos que nuestros resultados ofrecen algunas bases teóricas que contribuirán a entender en la realidad de la armonización legal las reglas jurídicas que afectan al comercio transnacional.

5. CONCLUSIONES

La armonización –en distintos grados– de los estándares legales y regulatorios entre los distintos países es piedra angular para la construcción de un verdadero mercado interior europeo. Los problemas que rodean estos procesos no han sido analizados económicamente de forma sistemática.

En este trabajo creemos haber contribuido al entendimiento de la armonización de reglas y estándares legales a través del desarrollo de un modelo muy estilizado de comercio entre dos países en el supuesto en que los consumidores no pueden observar la calidad de los bienes, pero se encuentran protegidos por estándares legales mínimos. Hemos supuesto que los reguladores domésticos en autarquía pueden establecer estándares concordantes con las preferencias de los consumidores y la tecnología disponible para las empresas. Introduciendo un estándar armonizado que promueva el comercio puede incrementarse el bienestar, reemplazando las empresas y tecnologías ineficientes. Hemos identificado cómo el estándar armonizado depende de los parámetros de preferencias y tecnología y hemos establecido la relación entre el estándar armonizado y los estándares nacionales preexistentes. También hemos ejemplificado diferentes modos de armonización, y cómo ellos afectan la elección del estándar armonizado óptimo, la eficiencia de sus resultados y los factores que pueden afectar su desempeño.

El modelo requiere mayor expansión y refinamiento, sin duda. Hay varios aspectos que nos gustaría explorar en futuros trabajos: heterogeneidad de los consumidores, desinformación de los adquirentes en cuanto al coste social de la adquisición, comportamiento estratégico de los gobiernos nacionales en el seno de procesos de armonización.

Estas extensiones podrían dotar de mayor realismo a la teoría de armonización legal. Creemos, sin embargo, que los factores, opciones y resultados

identificados en este ensayo contribuyen a la reconstrucción teórica de los procesos de armonización legal.

NOTAS

(*) Queremos agradecer a los participantes en el *Comparative Law and Economics Forum* en Madrid, el encuentro SIDE/ISLE en Bolonia, la Conferencia Anual de ALACDE en Barcelona y los seminarios en la universidades de Bolzano y Tilburg por sus valiosos comentarios y sugerencias.

(**) Departamento de Economía. Correo electrónico Juanjo.ganuzaza@upf.edu. Juan José Ganuzza especialmente agradece el apoyo financiero del Ministerio de Educación y Ciencia con el proyecto ECO2014-59225-P.

(***) Departamento de Derecho. Correo electrónico Fernando.gomez@upf.edu. Fernando Gómez agradece el apoyo financiero del Ministerio de Ciencia y Tecnología, proyectos SEJ 2006-10041 y DER 2010-15024.

(1) Por ejemplo, Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), de 17 junio 2008, OJ L 177/6, 4.7.2008.

(2) Véase HESSELINK (2007), que argumenta cómo las reglas sobre ley aplicable no pueden por sí solas controlar las consecuencias negativas de la diversidad legal y regulatoria en el comercio transnacional.

(3) Véase GÓMEZ (2008) acerca de las condiciones para la competencia regulatoria en materia contractual.

(4) Ver art. 6.1 y 6.2 del Reglamento Roma I que se basa en un principio de protección que proscribía las cláusulas de ley aplicable en detrimento de la ley del domicilio habitual del consumidor.

(5) Directiva del Consejo 85/374/CEE del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

(6) Ver SCHULTE-NÖLKE (2007), que acuñó la idea del *Blue Button* (término que se refiere al color de la bandera europea) en el contexto del comercio electrónico, que se prevé como el más relevante para reducir los costes de transacción en el comercio transfronterizo, para expresar la idea de compras y ventas *online* usando las normas europeas en lugar de las nacionales. En similar sentido, BEALE (2007).

(7) Debe manifestarse que uno de nosotros fue miembro del grupo de expertos que elaboró la propuesta.

(8) Pero no siempre ha sido el caso, como lo muestra la Directiva 85/374/CEE (Directiva de productos defectuosos) interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Sentencias de 10.5.2001, *Henning Vedfeldt c. Aarhus Amtskommune*; Sentencia de 25.4.2002 *Comisión c. Francia*, y *Comisión c. Grecia*.

(9) La doctrina legal europea se ha mostrado crítica en general con la solución de la armonización plena: WILHELMSSON (2008), TWIGG-FLESNER y METCALFE (2009), LOOS (2010).

(10) Conviene hacer notar que este resultado depende de nuestro supuesto (ver sección II) consistente en que la empresa nacional o local tiene un poder de monopolio y puede extraer todas las rentas de los consumidores en la transacción. Con otras estructuras de mercado no se puede descartar que si el vendedor no puede extraer todo el excedente de la transacción (y por tanto de las elevadas preferencias de calidad de los consumidores en su mercado local) prefiera operar su mercado nacional con el estándar (más bajo) armonizado, el mismo con el que sirve al mercado extranjero.

(11) Recuérdese, sin embargo, para el escenario iii) (correlación negativa de los parámetros de preferencia y de eficiencia) lo señalado en la nota anterior.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTIGOT, M., y GÓMEZ, F. (2008), «Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad», en SALVADOR y GÓMEZ (eds.): *Tratado de responsabilidad de producto*, Cívitas, Madrid.
- BEALE, H. (2007), «The Future of the Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, 257-276.
- DEN BUTTER, F., y MOSCH, R. (2003), «Trade, Trust, and Transaction Costs», *Tinbergen Institute Working Paper*, n.º 2003-082/3.
- CLERMONT, K., y EISENBERG, T. (1996), «Xenophilia in American Courts», *Harvard Law Review*, 109: 1120-1143.
- COLLINS, H. (2003), «EC Regulation of Unfair Commercial Practices», en COLLINS, H. (ed): *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, Kluwer Law International, The Hague.
- CHAN, Y.-S., y MARINO, A. M. (1994), «Regulation of Product Safety Characteristics under Imperfect Observability», *Journal of Regulatory Economics*, 6: 177-195.
- CONSTANTATOS, C., y PERRAKIS, S. (1998), «Minimum Quality Standards, Entry and the Timing of the Quality Decision», *Journal of Regulatory Economics*, 13: 47-58.
- CRAMPES, C., y HOLLANDER, A. (1995), «Duopoly and Quality Standards», *European Economic Review* 39: 71-82.
- DAUGHETY, A., y REINGANUM, J. (1995), «Product Safety: Liability and Signaling», *American Economic Review*, 85: 1187-1206.
- GARELLA, P. (2006), «Innocuous' Minimum Quality Standards», *Economics Letters*, 92: 368-374.
- GARELLA, P., y PETRAKIS, E. (2004), «Minimum Quality Standards and Consumers' Information?», *Working Paper*, University of Bologna Department of Economics.
- GÓMEZ, F. (2008), «The Harmonization of Contract Law through European Rules: A Law and Economics Perspective», *4 European Review of Contract Law*: 89-119.
- GRUNDMANN, S. (2003), «The Optional European Code on the Basis of the Acquis Communautaire- Starting Points and Trends», *European Law*, 10: 698-711.
- GRUNDMANN, S. (2005), «European Contract Law of What Colour?», *European Review of Contract Law*, 1: 184-210.
- GRUNDMANN, S. y KERBER, W. (2005), «An Optional European Contract Law Code: Advantages and Disadvantages», *European Journal of Law and Economics*, 21: 215-236.
- Hesselink, M. (2007), «SME's and European Contract Law», Centre for the Study of European Contract Law, University of Amsterdam, *Working paper* n.º 2007/03.
- LELAND, H. (1979), «Quacks, Lemons, and Licensing: A Theory of Minimum Quality Standards», *Journal of Political Economy*, 87: 1328-1346.
- Loos, M. (2010), *Full Harmonization as a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders: The Example of the Consumer Rights Directive*, Mimeo, University of Amsterdam.
- MARETTE, S. (2007), «The Minimum Safety Standard, Consumers' Information, and Competition», Center for Agricultural and Rural Development, Iowa State University, Working Paper 07-wp 441.
- MARETTE, S.; BUREAU, J.C., y GOZLAN, E. (2000), «Product Safety Provision and Consumers' Information», *Australian Economic Papers*, 39: 426-441.
- RIESENHUBER, K. (2005), «System and Principles of EC Contract Law», *European Review of Contract Law*: 297-322.
- SCHULTE-NÖLKE, H. (2007), «EC Law on the Formation of Contract-from the Common Frame of Reference to the Blue Button», *European Review of Contract Law*: 333-349.
- TURRINI, A., y T. VAN YPERSELE (2006), «Legal Costs as Barriers to Trade», *Center for Economic Policy Research Discussion Paper Series*, Paper n.º 5751.
- TWIGG-FLESNER, C., y METCALFE, D. (2009), «The Proposed Consumer Rights Directive- Less Haste, More Thought?», *European Review of Contract Law*, 3: 368-391.
- VOGENAUER, S., y WEATHERILL, S. (2006), *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart Publishing (2006).
- WILHELMSSON, T. (2008), «Full Harmonisation of European Consumer Contract Law?», 2008: 225-229.

ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN LOS PROCESOS CIVILES (*)

Marco CELENTANI (**)

Universidad Carlos III

Resumen

Los programas de asistencia jurídica gratuita son esquemas prestacionales dirigidos a proporcionar ayuda letrada a personas que de otro modo no tendrían recursos económicos para contratar a un representante legal y acceder al sistema de justicia. Al destinarse a individuos con escasos recursos, los programas de asistencia jurídica gratuita tienden a considerarse deseables desde un punto de vista redistributivo. Pero al igual que ocurre con otros programas prestacionales, es importante determinar si son una herramienta de redistribución eficiente. El presente artículo aborda dicha cuestión proponiendo un entorno económico según el cual los programas de asistencia jurídica gratuita contribuyen a mejorar el bienestar social porque sirven para mitigar los costes de las asimetrías informativas que existen en torno a la litigación.

Palabras clave: asistencia jurídica gratuita, defensa letrada, eficiencia, programas prestacionales.

Abstract

Legal aid programs are in-kind transfer schemes aimed at providing assistance to people otherwise unable to afford legal representation and access to the court system. Because they target low income individuals, legal aid programs are normally viewed as redistributionally desirable. But as with other in-kind programs it is important to determine whether legal aid is an efficient redistribution tool. This paper addresses this issue by proposing an economic environment in which legal aid programs are welfare enhancing because they serve to mitigate the social costs of informational asymmetries in litigation.

Key words: legal aid, efficiency, in-kind transfers.

JEL classification: C72, I38, K12, K13, K41.

I. INTRODUCCIÓN

EL término asistencia jurídica gratuita engloba cualquier clase de prestación dirigida a facilitar asesoramiento jurídico, representación durante los procedimientos y acceso al sistema judicial a individuos que se encuentran en situación de exclusión social o económica, como inmigrantes, víctimas de violencia doméstica y personas con bajos recursos económicos. Si bien los programas de asistencia jurídica gratuita ofrecen ayuda en procesos tanto penales como civiles, los motivos para prestar dicha ayuda podrían diferir en ambos, por lo que el presente trabajo se centra exclusivamente en la asistencia en los procesos civiles, como ejecuciones hipotecarias, reclamaciones por facturas impagadas, o responsabilidad extracontractual, los cuales podrían tener un profundo impacto en el bienestar de las personas con escasos recursos económicos.

Hoy en día casi todos los países industrializados tienen algún tipo de programa de asistencia jurídica

gratuita. No obstante, hay diferencias sustanciales en cuanto a los requisitos personales que deben cumplir los solicitantes para el reconocimiento de dicha prestación, el alcance de la misma, la identidad de los proveedores, la fuente de financiación, la organización y la cuantía global de los fondos con los que está dotado. En algunos casos, la prestación solo incluye asistencia sobre el procedimiento judicial (asistencia jurídica secundaria o procesal), pero en otros también comprende el asesoramiento y orientación previos al proceso (asistencia jurídica primaria o preprocesal). La asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles es prestada y financiada por entidades privadas y públicas, así como por miembros de la comunidad. Entre las entidades privadas, los sindicatos hace tiempo vienen prestando servicios jurídicos en materia laboral a sus afiliados; los abogados, tanto los que ejercen la práctica de forma particular como los despachos más grandes, ofrecen asistencia «pro bono», es decir, sin pago de honorarios, o bien sus honorarios son costeados por algún ente gubernamental en lugar de por el cliente; las «clínicas jurídicas» ofrecen asistencia con ayu-

da de voluntarios, como abogados profesionales, miembros del claustro de las facultades de Derecho o estudiantes de Derecho. Las entidades públicas ofrecen asistencia a través de funcionarios de plantilla desplegados en oficinas al efecto. En ciertos casos, la asistencia jurídica gratuita es financiada con fondos públicos, pero fuera de los presupuestos del Estado, tal y como ocurre con la Legal Services Corporation, organización independiente sin ánimo de lucro que recibe fondos de las partidas asignadas por el Congreso de Estados Unidos, y concede, a su vez, becas a diversos proveedores de asistencia jurídica local.

Es difícil realizar comparaciones precisas de los niveles de gasto debido a la heterogeneidad en los servicios y a la distinta disponibilidad de los datos de gasto relativos a ellos. Pero la magnitud de las diferencias en términos agregados no deja lugar a dudas en cuanto a que la visión sobre la asistencia jurídica gratuita difiere de unos países a otros. En su análisis de nueve países europeos durante el período comprendido entre 2010 y 2013, Barendrecht *et al.* (2014) detectaron «amplias variaciones en el gasto, [...]. El gasto per cápita más elevado en asistencia jurídica gratuita se registra en Inglaterra y Gales (39 euros), seguido de Escocia, Países Bajos (29 euros), Irlanda, Finlandia, Bélgica, Alemania (7 euros), Francia y Polonia (0,6 euros)» (Barendrecht *et al.*, 2014). Como porcentaje del producto interior bruto (PIB), dicho gasto oscila en un rango amplio que va desde el 0,13 por 100 de Inglaterra, Gales y de Escocia hasta valores bajos del 0,02 por 100 del PIB en Alemania y el 0,01 por 100 del PIB de Polonia. A modo de comparación, España ha registrado en los últimos años unos niveles de gasto en porcentaje de PIB cercanos a los de Polonia y Alemania. En 2016, las partidas presupuestarias del Congreso de Estados Unidos a la Legal Services Corporation, principal financiador de la asistencia jurídica gratuita en procesos civiles en EE.UU., representaron alrededor del 0,002 por 100 del PIB, una quinta parte de su máximo de todos los tiempos del 0,01 por 100 del PIB, registrado en 1979 durante la administración Carter, siendo por entonces Hillary Rodham Clinton la presidenta del consejo de la Legal Services Corporation.

Cuando se compara con otros programas presenciales, como los de sanidad y educación (véase, por ejemplo, Currie y Gavhari, 2008), la variabilidad entre los distintos países del gasto destinado a asistencia jurídica gratuita es muy significativa. Cabe preguntarse por qué razón algunos países deciden redistribuir cantidades considerables de recursos

a los más desfavorecidos a través de la asistencia jurídica gratuita y otros deciden no hacerlo. Obviamente, estas amplias variaciones pueden verse como el resultado de un delicado juego de fuerzas políticas que conforman la redistribución en estos países y, en ese sentido, puede que el asunto no merezca mayor atención. Pero también podrían estar indicando que el debate sobre el papel de los programas jurídicos civiles y sus consecuencias económicas en las sociedades modernas del Estado de bienestar dista de estar resuelto. Esta segunda posibilidad estaría refrendada por la escasa atención que la literatura académica ha prestado a la justificación teórica de la asistencia jurídica gratuita en base a su contribución al bienestar, así como a los análisis empíricos de su efecto sobre los distintos resultados, tales como las tasas de litigiosidad, las tasas de delincuencia o la exigencia del cumplimiento de los contratos. Todo esto sugiere que cualquier avance en este debate sobre políticas pasa necesariamente por comprender el papel que juega la asistencia jurídica gratuita. El presente artículo pretende contribuir a este debate planteando la cuestión de si existe una justificación económica para prestar asistencia jurídica gratuita en el ámbito civil.

De forma más concreta, el objetivo de este trabajo es averiguar si hay un motivo por el que la asistencia jurídica gratuita pueda funcionar no solo como herramienta redistributiva a los más desfavorecidos, sino también como una forma de generar beneficios en términos de eficiencia. El enfoque del artículo se centra en la situación de desventaja informativa jurídica en que se encuentran las personas con menos recursos. Un modelo sencillo demuestra que la desventaja informativa jurídica puede conducir a una excesiva litigiosidad, y que subsidiar el coste de la asistencia jurídica para los más necesitados no solo favorece a estos, sino que además reduce el índice de litigiosidad y el coste social aparejado a ella, generando, por tanto, ganancias de eficiencia que podrían impulsar el comercio y la participación en la actividad económica.

El artículo está estructurado del siguiente modo: la segunda sección ofrece una panorámica de la literatura comparada sobre programas presenciales públicos, sobre la redistribución y la justicia, y más en concreto sobre la asistencia jurídica gratuita. La tercera sección presenta el análisis de un ejemplo de litigio en el que un agente, en ausencia de esquemas públicos de asistencia jurídica, dispone de una ventaja informativa jurídica respecto a la otra parte. La cuarta sección se dedica al análisis de un entorno de referencia o *benchmark*. Tomando

como referencia dicho entorno, la quinta sección estudia las consecuencias económicas de la introducción de la asistencia jurídica gratuita, mientras que la sexta sección considera los efectos que se derivan de una reducción del coste de la parte con la ventaja informativa jurídica. Por último, la sección séptima contiene la discusión de los principales resultados obtenidos, y concluye con un breve repaso de las alternativas públicas y privadas a la asistencia jurídica gratuita.

II. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: REDISTRIBUCIÓN Y EFICIENCIA

La asistencia jurídica gratuita está aceptada desde hace mucho tiempo como un elemento esencial de un funcionamiento correcto y equitativo del sistema judicial. Tal vez por ello sorprende la escasa presencia en la literatura de estudios sobre sus consecuencias, ya sean intencionadas o no. Son contadas las obras publicadas que proponen un análisis teórico, y menos aún los intentos de evaluar empíricamente el impacto sobre los resultados económicos relevantes, tales como los índices de litigiosidad, o de explicar las variaciones internacionales del nivel de financiación de la asistencia jurídica gratuita y los muy diversos modos en que están estructurados los diferentes programas de asistencia jurídica gratuita. Una posibilidad es que la práctica ausencia de esquemas públicos de asistencia jurídica gratuita en Estados Unidos haya orillado este asunto de un área, la del Derecho y la Economía, donde la presencia de investigadores radicados en EE.UU. es mayoritaria.

Hecha la salvedad de las contadas contribuciones específicas que se mencionan a continuación, convendría enmarcar el debate sobre la asistencia jurídica gratuita dentro de un debate más amplio sobre redistribución y los costes y beneficios de esta en términos de eficiencia.

Currie y Gahvari (2008) recuerdan que los «[e]conomistas se han mostrado tradicionalmente escépticos sobre los programas prestacionales, por considerar a las aportaciones monetarias como un método superior en términos de utilidad para el beneficiario: los programas prestacionales constriñen el comportamiento de los beneficiarios, mientras que los pagos de efectivo no» (Currie y Gahvari, 2008: 333); y, sin embargo, apuntan que los programas públicos prestacionales son consistentemente grandes en casi todos los países desarrollados. En sus análisis, revisan las posibles explicaciones de

la utilización de los programas prestacionales en materias como educación, sanidad o vivienda pública a la luz de la evidencia disponible. Una explicación que barajan es que en realidad no contribuyen a mejorar la eficiencia, sino que simplemente son el resultado de la interacción entre las presiones de signo opuesto ejercidas por los distintos grupos de interés. Pero también hay una serie de motivos por los que podrían conducir a beneficios en términos de eficiencia. Uno de ellos consiste en que, si bien las prestaciones van destinadas a ciertos colectivos concretos (p. ej., a la infancia), su administración se realiza a través de colectivos distintos (p. ej., los progenitores), los cuales podrían desviar el efectivo para fines diferentes a los originales. Otra explicación es que, mientras que el efectivo es atractivo para todos los individuos, las prestaciones de servicios son más atractivas para unos (p. ej., los económicamente más débiles) que para otros y esto podría utilizarse para direccionar los esquemas de asistencia a los segmentos objetivo. Otra razón es que la información asimétrica podría conducir a problemas de selección adversa y a una provisión ineficiente de cobertura, o incluso a un fallo de mercado completo. Por último, se apunta que los programas prestacionales podrían utilizarse para corregir la distorsión en las decisiones trabajo/ocio y contribuir a una mayor tasa de participación en el mercado laboral.

Un reducido número de investigadores ha abordado estas preocupaciones y otras similares, pero centrandolo su enfoque en si la legislación debería utilizarse como medio para la redistribución. Kaplow y Shavell (1994, 2000) se muestran contrarios al uso de la norma legal con fines redistributivos debido a que ello conduciría a una «doble distorsión». Cualquier clase de redistribución, con independencia de si se canaliza a través del sistema tributario o de la norma legal, distorsiona la decisión trabajo/ocio, pero la redistribución a través de la norma legal –por ejemplo, reduciendo los daños y perjuicios reconocidos contra los demandados más desfavorecidos en casos de responsabilidad extracontractual–, introduce una distorsión adicional en el comportamiento que el legislador debería intentar regular, a saber, la elección de los agentes económicos sobre si ejercer un nivel de diligencia adecuado. Por este motivo, la norma legal debería basarse en criterios de eficiencia, y utilizar exclusivamente la normativa tributaria para la redistribución. Sanchirico (2000) objeta que el argumento de la doble distorsión solo es tal si los daños y perjuicios se hacen depender de los ingresos, pero que aplicar indiscriminadamente una desviación de la cuantía

de daños y perjuicios desde sus niveles eficientes puede generar redistribución sin distorsionar la decisión trabajo/ocio: «incluso en presencia de un sistema tributario con una configuración redistributiva óptima, la norma legal se haría diferir de la configuración dictada por criterios de pura eficiencia, en un intento de generar efectos redistributivos positivos».

Centrándonos en la literatura dedicada a analizar los efectos del gasto en asistencia jurídica gratuita, resulta útil, en primer lugar, observar que la asistencia jurídica gratuita diluye el efecto disuasión, en la medida en que reduce el coste de intervenir ante los tribunales (Gravelle y Garoupa, 2002); dicho efecto podría verse agravado, a su vez, por los menores incentivos resultantes para confesar una conducta punible antes de ser detectada o para suscribir «pactos de conformidad» (es decir, acuerdos entre las partes para una declaración de culpabilidad pactada a cambio de una reducción de condena) después de detectada (Grossman y Katz, 1983; Reinganum, 1988; Kaplow y Shavell, 1994).

Garoupa y Stephens (2004) analizan explícitamente la asistencia jurídica gratuita en un modelo de responsabilidad extracontractual con error judicial y pactos de conformidad. Considerar la posibilidad de error judicial es importante, ya que pone de manifiesto que la asistencia jurídica gratuita, en cuanto que subsidio del gasto de defensa, reduce el coste unitario de la defensa no solo para los demandados culpables, sino también para los inocentes. Los subsidios a la defensa letrada aumentan el gasto total de defensa y disminuyen los incentivos para pactar «en conformidad» y evitar el juicio, pero el efecto disuasión está menos claro: el motivo es que la asistencia jurídica gratuita opera a favor tanto del inocente como del culpable. Pero si favorece más al inocente que al culpable, los incentivos para aplicar el nivel debido de diligencia serían mayores, no menores.

En su análisis teórico de los costes económicos del premio y el castigo, Dari-Mattiacci y De Geest (2009) se fijan en los incentivos que existen para interponer una demanda o para que el demandante formule reclamaciones excesivas. Su trabajo mantiene en general que, a diferencia de las «zanahorias», los «palos» tienen un efecto «multiplicador», e indica que la asistencia jurídica gratuita puede justificarse con base en dicho argumento. Sostienen que unos menores costes unitarios de la defensa letrada sirven como amenaza, reduciendo el incentivo para pleitear o para formular pretensiones excesivas. En la medida en que la existencia de asistencia jurídica

gratuita logre su objetivo de prevenir una excesiva litigiosidad y unas reclamaciones desmesuradas por los demandantes, no consumiría recursos y se revelaría como una vía de redistribución coste-efectiva.

III. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN EL ORDEN CIVIL Y ASIMETRÍAS DE INFORMACIÓN JURÍDICA

En comparación con los sectores de la población más desfavorecidos, los individuos adinerados y las empresas disfrutan probablemente de ventajas informativas jurídicas por al menos dos motivos: primero, porque poseen mayores conocimientos jurídicos, y segundo, porque las economías de escala les permiten acceder a asesoramiento y servicios jurídicos a menores costes. De acuerdo con Abel (1984), por ejemplo, «en los litigios civiles, los clientes que dependen de la asistencia jurídica gratuita se enfrentan a adversarios [...] que disfrutan de ventajas de experiencia, información, [...] y que pueden tener acceso a los beneficios de las economías de escala» (Abel, 1985).

Esta observación subraya que la desigualdad en sede judicial es una posible fuente de amplificación e histéresis de la desigualdad económica. Pero eso no es todo. La información jurídica previa y el coste de contratar asesoramiento jurídico y representación legal ante los tribunales también influyen en la decisión sobre pleitear o no. Esto implica que puede ser importante analizar cómo afecta la distribución de los costes legales a la decisión del demandante de pleitear o no, y a la decisión del demandado de contratar o no a un profesional de la abogacía que le represente y ejerza su defensa durante los procedimientos judiciales.

Esta sección tiene por objeto analizar las implicaciones estratégicas de las asimetrías informativas y los costes asimétricos de la asistencia jurídica gratuita. Para ello se recurre a un sencillo ejemplo que tiene en cuenta que la decisión de un demandante con ventaja informativa de ir a juicio podría señalar su superior información. El ejemplo se utilizará para realizar predicciones que dependerán de los conocimientos jurídicos previos de cada una de las partes de un procedimiento civil y sus costes respectivos de contratar asesoramiento jurídico y representación y defensa letrada. En concreto, se utilizará el ejemplo para plantear tres preguntas:

– *¿La ventaja informativa del demandante, conduce a un incremento de la probabilidad de pleitear?*

– ¿Cuál es el efecto de subsidiar en sus costes de asistencia jurídica a un demandado comparativamente menos informado?

– ¿El abaratamiento para el demandante del coste de la asistencia jurídica, amplifica el efecto que dicha superior información tiene sobre la probabilidad de pleitear?

En el resto de la sección introduzco el entorno general, y seguidamente paso a responder a cada una de las tres preguntas en una sección diferente.

Supongamos una situación en la que dos sujetos disputan en torno a un excedente de una unidad. El sujeto Π , al que nos referiremos como el demandante, debe decidir si interpone una demanda contra el sujeto Δ , al que se denominará el demandado. La interposición de la demanda tiene un coste para Π y dicho coste, denotado como C_{Π} , podría incluir tanto las tasas judiciales como el coste de la representación y defensa letrada en los procedimientos judiciales. Si Π interpone la demanda, el demandado Δ debe decidir si contratar o no a un profesional que lo represente. Dicho coste se representa por C_{Δ} .

Si el demandante Π interpone una demanda y la sentencia es favorable para él, recibe un pago de 1 del demandado Δ . En cambio, si el fallo es favorable al demandado, no tiene lugar ningún pago. Supongo que aplica la legislación estadounidense por la que cada parte soporta sus costes con independencia de cuál sea el sentido de la sentencia final (1). Si Π no interpone la demanda, no tiene lugar ningún pago y ni Π ni Δ soportan ningún coste legal.

A continuación me centraré en la probabilidad de cada uno de los posibles resultados de la demanda, y en particular, cómo dependen de si el demandado contrata o no un representante legal. Utilizo las siguientes hipótesis:

– El fundamento jurídico *ex ante* de la posición del demandante está «equilibrado» o, dicho de otro modo, si el demandante interpone la demanda y el demandado contrata a un representante legal, el demandante ganaría con una probabilidad de $\frac{1}{2}$.

– No contratar a un representante legal reduce la probabilidad de una sentencia favorable para el demandado, es decir, si el demandante interpone la demanda y el demandado no contrata a un representante legal, el juez fallará a favor del demandante con una probabilidad de $\frac{3}{4}$.

También asumo que existe asimetría en los conocimientos jurídicos previos del demandante y del demandado. Esta asimetría se formaliza suponiendo que antes de decidir si interpone una demanda o no, el demandante observa privadamente una señal π que se extrae de una distribución uniforme en $[0,1]$. La señal π transmite información sobre los fundamentos jurídicos de la demanda, siendo el valor de π más elevado cuanto mayor sea la probabilidad de una sentencia favorable. Al igual que en la situación *ex ante*, es decir, antes de la observación de la señal π , la probabilidad de una sentencia favorable también depende de si el demandado contrata a un representante legal o no. Si el demandante observa la señal π e interpone la demanda, resultará favorecido por la sentencia:

– Con una probabilidad π si Δ contrata representante legal;

– Con una probabilidad $\frac{1+\pi}{2} > \pi$ si Δ no contrata representante legal.

Antes de seguir, es importante hacer constar que si el demandante observa una señal exactamente igual a la media, $\frac{1}{2}$, significa que las probabilidades estimadas de una sentencia favorable son las mismas que antes de haber observado la señal, $\frac{1}{2}$ o $\frac{3}{4}$, según si el demandado contrata un representante legal o no. Si el demandante observa una señal superior a la señal promedio (por ejemplo, $\frac{3}{4}$) las probabilidades estimadas de una sentencia favorable son superiores a las de antes de observar la señal ($\frac{3}{4}$ o $\frac{7}{8}$, según si el demandado contrata un representante legal o no). Por último, si el demandante observa una señal inferior a la señal promedio (por ejemplo, $\frac{1}{4}$) las probabilidades estimadas de una sentencia favorable son más bajas que las de antes de observar la señal ($\frac{1}{4}$ o $\frac{5}{8}$, según si el demandado contrata un representante legal o no). También es importante destacar que el hecho de observar la señal π no aumenta por sí mismo la probabilidad de una sentencia favorable (las probabilidades esperadas son las mismas que sin la señal), sino que simplemente concede al demandante una ventaja informativa, por cuanto que le permite tomar una decisión más informada sobre si interponer la demanda o no.

Por último, asumo que ambas partes son neutrales respecto al riesgo. Esta hipótesis simplifica sustancialmente el análisis y también hace más sencillo caracterizar los resultados eficientes como aquellos que maximizan la suma de las utilidades del demandante y del demandado. Dado que para

cada sentencia posible, la suma de pagos es igual a 0 (si la sentencia es favorable al demandado, no se produce ningún pago, mientras que si es favorable al demandante, este recibe un pago de +1 y el demandado un pago de -1) y habida cuenta de que los pleitos tienen coste, el resultado eficiente es que no se interponga una demanda. Es importante entender que esto no significa que todas las demandas deberían verse en general como ineficientes *ex ante* o *ex post*. Más bien, con esta construcción del ejemplo lo que se pretende es incorporar la posibilidad de que el índice de litigiosidad registrado sea excesivo, esto es, que la probabilidad de litigiosidad supere el nivel eficiente. Con fines de simplicidad, el ejemplo fija la probabilidad eficiente de litigación en 0, haciendo posible de ese modo interpretar la probabilidad de litigiosidad como la probabilidad de litigiosidad excesiva.

Las tres secciones siguientes analizan este entorno general bajo diferentes hipótesis sobre costes legales para el demandante y el demandado. Las proposiciones en estas secciones se derivan de los respectivos equilibrios del juego (subjuego de equilibrios perfectos para el caso sin señal privada, equilibrios bayesianos perfectos para el caso con señal privada). En aras de la sencillez, en lugar de aportar pruebas formales presento una discusión detallada de las proposiciones y su interpretación.

IV. ENTORNO DE REFERENCIA O BENCHMARK

Comienzo el análisis planteándome un entorno de referencia en el que los parámetros de coste para el demandante y el demandado son $(C_{\Pi}, C_{\Delta}) = (\frac{3}{4}, \frac{1}{5})$. El hecho de que los costes sean distintos no tiene una significación especial, pero sirve para facilitar el cálculo de ejemplos modificados a fin de analizar los efectos de los costes sobre los resultados.

Antes de analizar este escenario de referencia, conviene señalar que, dado que el coste para el demandante $C_{\Pi} = \frac{3}{4}$ es elevado en relación con el pago potencial de 1 por parte del demandado, en la situación en la que el demandante no pueda contar con la señal privada π , la demanda se interpondría con una probabilidad de 0 (2), los perfiles de cobros y pagos para el demandante y el demandado serían ambos 0 y los costes legales esperados serían también 0.

Pasemos ahora a la situación en la que el demandante observa la realización de la señal π antes de decidir si interponer una demanda o no. En este caso, las estrategias del demandante y el demandado son las siguientes:

1. El demandante Π interpone la demanda si, y solo si, recibe una señal $\pi \geq \frac{1}{2}$.
2. Si el demandante Π interpone la demanda, Δ no contrata un representante legal.

Esto implica que Π interpone la demanda con una probabilidad $\frac{1}{2}$, que es simplemente la probabilidad con que observa una materialización de $\pi \geq \frac{1}{2}$. Debido a que el valor esperado de contratar un representante legal para el demandado es bajo cuando jurídicamente la demanda está bien fundamentada, y debido a que el hecho de que el demandante decidiera interponer la demanda significa que la probabilidad de que jurídicamente la demanda esté bien fundamentada es elevada (dado que $\pi \geq \frac{1}{2}$, el demandado estima un valor medio para π de $\frac{3}{4}$), el demandado opta por no contratar un representante legal (la ganancia esperada es inferior al coste $C_{\Delta} \frac{1}{5}$). Dado que el demandante interpone la demanda solo si $\pi \geq \frac{1}{2}$, dado que la π esperada condicional a $\pi \geq \frac{1}{2}$ es $\frac{3}{4}$, y dado que el demandado no contrata un representante legal, si el demandante interpone la demanda, la gana con una probabilidad $\frac{1+\frac{3}{4}}{2} = \frac{7}{8}$.

La pérdida de eficiencia con respecto a la situación en la que el demandante no obtiene información privada puede calcularse de uno de los dos modos equivalentes siguientes.

– *El primero es comparar las sumas de las utilidades de equilibrio para el demandante y el demandado.* Cuando el demandante tiene información privada, las utilidades de equilibrio para el demandante y el demandado son, respectivamente, $\frac{1}{16}$ y $\frac{7}{16}$ y su suma es $\frac{1}{16} - \frac{7}{16} = -\frac{3}{8}$; comparada con la situación sin información privada para el demandante, con 0 utilidades para ambos actores y por tanto una suma igual a 0, la pérdida de bienestar es $\frac{3}{8}$.

– *El segundo es comparar costes legales.* Con información privada, debido a que la probabilidad de interponer la demanda es $\frac{1}{2}$ y los costes son solo los soportados por el demandante, $C_{\Pi} = \frac{3}{4}$, los costes legales esperados ascienden a $\frac{1}{2} \cdot \frac{3}{4} = \frac{3}{8}$. Comparado con la situación sin información privada para el demandante, con 0 costes legales, existe de nuevo una pérdida de bienestar de $\frac{3}{8}$.

Antes de continuar con el análisis de otros entornos con diferentes costes legales (privados), es útil señalar que fijando $C_\pi = \frac{3}{4}$, todos los resultados serían idénticos para $C_A \in [\frac{1}{8}, 1]$. Un coste de $C_A = \frac{1}{8}$ es ya suficiente para hacer que el demandado no desee contratar a un representante legal si el demandante interpone la demanda. Además, las utilidades de equilibrio, los costes legales y la medida del bienestar son independientes de C_A por la sencilla razón de que en equilibrio el coste no se paga.

V. LA ARITMÉTICA DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

El análisis de la cuarta sección sugiere que el elevado coste de la asistencia jurídica para el demandado, y su reticencia consiguiente a contratar a un representante legal, hacen al demandante más agresivo a la hora de decidir si interpone o no una demanda, y que una rebaja de los costes legales para el demandado ejercería cierta disuasión y, por tanto, reduciría la probabilidad de ir a juicio. Con argumentos similares, Dari-Mattiacci y De Geest (2009) han aducido que subsidiar en sus costes legales a un demandado podría, de hecho, llevar aparejado un consumo nulo de recursos, ya que la disuasión total se traduce en un coste cero. La complicación en el entorno descrito en este trabajo estriba en que la disuasión total es imposible, porque con alguna probabilidad el demandante obtendrá una señal que le hará confiar arbitrariamente en obtener una sentencia favorable, e incluso la plena seguridad de enfrentarse a un demandado asistido por un representante legal sería insuficiente para convencerle de no interponer la demanda. Esto significa que en el entorno que describo un subsidio a un demandado menos informado tiene dos efectos contrapuestos sobre los costes legales esperados:

- Puede reducir los costes legales esperados porque el subsidio reduce la probabilidad de que se interponga la demanda.

- Puede incrementarlos porque, asumiendo que se interpone la demanda, los costes legales aumentarán en los costes del representante legal del demandado (tanto en la parte que deba ser abonada personalmente por el demandado como en la parte subsidiada).

A continuación demuestro que, dependiendo de los costes iniciales, el *trade-off* podría resultar en una ganancia de bienestar total, una pérdida de

bienestar total o simplemente una redistribución. Para ello, comienzo suponiendo los mismos costes legales $(C_\pi, C_A) = (\frac{3}{4}, \frac{1}{5})$, pero ahora presumo que existe algún tipo de programa de asistencia jurídica gratuita que proporciona al demandado un subsidio de $\frac{3}{20}$, de modo que su coste privado solo sería de $\frac{1}{5} - \frac{3}{20} = \frac{1}{20}$.

Con el subsidio para el demandado, las estrategias del demandante y del demandado son las siguientes:

- El demandante Π interpone la demanda si, y solo si, recibe una señal $\pi \geq \frac{3}{4}$.

- Si el demandante Π interpone la demanda, Δ contrata a un representante legal.

Esto implica que Π interpone la demanda con probabilidad $\frac{1}{4}$, es decir, la probabilidad con la que observa un valor realizado de $\pi \geq \frac{3}{4}$. En comparación con el entorno de referencia, esto significa que cuando el demandante interpone la demanda, esta tiene una probabilidad más alta de estar jurídicamente bien fundamentada, ya que ahora el demandante, disuadido por los menores costes legales privados del demandado, solo interpone la demanda cuando $\pi \geq \frac{3}{4}$. El demandado, pese a estimar un valor medio para π de $\frac{7}{8}$, decide contratar a un representante legal porque solo debe correr con una parte del coste. Dado que el demandante interpone la demanda solo si $\pi \geq \frac{3}{4}$, dado que el π esperado, condicionado a $\pi \geq \frac{3}{4}$, es $\frac{7}{8}$, y, dado que el demandado contrata a un representante legal, si el demandante interpone la demanda, la sentencia le resultará favorable con una probabilidad de $\frac{7}{8}$.

Analicemos ahora las utilidades de equilibrio y los costes legales esperados para evaluar qué consecuencias tienen sobre el bienestar total los programas de asistencia jurídica gratuita. Primero, las utilidades de equilibrio para el demandante y para el demandado son, respectivamente, de $\frac{1}{4}(\frac{7}{8} - \frac{3}{4}) = \frac{1}{32}$ y $\frac{1}{4}(\frac{7}{8} - \frac{1}{20}) = \frac{37}{160}$ y la utilidad de equilibrio para el Estado (el coste esperado de la asistencia jurídica gratuita) es de $\frac{1}{4}(\frac{3}{20}) = \frac{3}{80}$. La suma de estas utilidades es $\frac{1}{32} - \frac{37}{80} - \frac{3}{80} = \frac{19}{80} > \frac{3}{8}$. De manera equivalente, el cálculo de los costes legales esperados (incluyendo, en el caso del demandado, tanto la parte privada como el subsidio) da $\frac{1}{4}(\frac{3}{4} + \frac{1}{20} + \frac{3}{20}) = \frac{19}{80}$. Esto significa que partiendo de $(C_\pi, C_A) = (\frac{3}{4}, \frac{1}{5})$, un programa de asistencia jurídica gratuita parcial que proporcione un subsidio de $\frac{3}{20}$ genera una reducción en la probabilidad de litigio que más que compensa el aumento de los costes legales condicionados a

que el litigio tenga lugar, y por tanto genera una ganancia neta de bienestar.

Este resultado no se debería interpretar en el sentido de que la asistencia jurídica gratuita es necesariamente beneficiosa. Incluso en este ejemplo sumamente estilizado es fácil observar que la asistencia jurídica gratuita podría ser beneficiosa o no, dependiendo de los costes legales del demandante y del demandado. Para ver esto, nótese que si fijamos $C_{\Pi} = \frac{3}{4}$, es fácil comprobar que la asistencia jurídica gratuita produce una ganancia neta de bienestar (menores costes legales esperados) para $C_A \in [\frac{1}{8}, \frac{3}{4})$, produce una pérdida neta de bienestar (mayores costes legales esperados) para $C_A \in [\frac{3}{4}, 1)$ y en el caso de que $C_A = \frac{3}{4}$ la asistencia jurídica gratuita no produciría ningún cambio en el bienestar total (mismos costes legales esperados) y, por tanto, solo tendría un efecto redistributivo.

VI. ESTÁTICA COMPARATIVA DE LOS COSTES LEGALES DEL DEMANDANTE INFORMADO

Una vez reconocido que un demandante con ingresos más elevados tiene probabilidad de disponer de un conocimiento jurídico previo superior, ¿debería preocuparnos que las ventajas en cuanto a costes legales asociadas a las economías de escala pudieran aportarle una ventaja adicional? ¿Y tiene esto algo que ver con la probabilidad de pleitear? En esta sección, se trata de responder a estas preguntas modificando los parámetros de coste del demandante.

Para responder a las preguntas, comparo la situación descrita en el entorno de referencia, (C_{Π}, C_A) , $= (\frac{3}{4}, \frac{1}{5})$, con otra en que el coste para el demandante se ve reducido a $C_{\Pi} = \frac{1}{10}$. Con este menor coste para el demandante, las estrategias del demandante y del demandado son las siguientes:

- El demandante Π interpone la demanda si, y solo si, recibe una señal $\pi \geq \frac{1}{10}$.
- Si el demandante Π interpone la demanda, Δ contrata a un representante legal.

Esto implica que Π interpone la demanda con probabilidad $\frac{9}{10}$, es decir, la misma probabilidad con la que observa un valor realizado de $\pi \geq \frac{1}{10}$. En comparación con el entorno de referencia, esto significa que cuando el demandante interpone la demanda, esta tiene una probabilidad más baja de estar jurí-

dicamente bien fundamentada, ya que ahora los menores costes legales inducen al demandante a interponer la demanda siempre que $\pi \geq \frac{1}{10}$. La menor probabilidad de fundamento jurídico de la demanda interpuesta por el demandante (un valor esperado de π de tan solo $\frac{11}{20}$) induce al demandado a contratar un representante legal para los procedimientos judiciales. Dado esto, si el demandante interpone la demanda, obtendrá una sentencia favorable con una probabilidad de $\frac{11}{20}$.

La descripción anterior ya demuestra que una reducción del coste para un demandante que dispone de superiores conocimientos jurídicos previos puede, de hecho, conducir a una disminución de la probabilidad de que el demandante obtenga una sentencia favorable, condicionado a la presentación de la demanda. En el caso del entorno de referencia con $C_{\Pi} = \frac{3}{4}$, esta probabilidad era de $\frac{7}{8}$; en el caso actual con $C_{\Pi} = \frac{1}{10}$, dicha probabilidad es solo de $\frac{11}{20}$. Existen dos razones para este resultado. La primera, es que un menor coste induciría al demandante a interponer la demanda incluso con un fundamento jurídico más endeble, de modo que, condicionando por el hecho de que la demanda se interponga, cabría esperar una menor probabilidad condicionada de que el demandante obtenga una sentencia favorable. La segunda razón es que la señalización funciona exactamente porque el emisor de la señal soporta un coste. Cuanto más elevado es dicho coste, mayor es el valor informativo de las acciones y, a la inversa, a menor coste, menor valor informativo de las acciones. En este caso, este principio general implica que cuando el coste para la parte con la ventaja informativa, es decir, el demandante, es reducido, este se vuelve más propenso a interponer la demanda; lo que implica que la señal transmitida por la demanda es menos informativa para el demandado y que este, a su vez, inalterado por la escasa información asociada al hecho de que el demandante haya decidido interponer la demanda, decide contratar un representante legal que equilibre la relación de fuerzas en la sala de juicios.

Para completar el análisis de este caso, también calculo las utilidades de equilibrio y los costes legales esperados. Las utilidades de equilibrio para el demandante y el demandado son, respectivamente, $\frac{9}{10} (\frac{11}{20} - \frac{1}{10}) = \frac{81}{200}$ y $\frac{9}{10} (\frac{11}{20} - \frac{1}{5}) = \frac{27}{40}$ y su suma es $\frac{81}{200} - \frac{27}{40} = \frac{27}{100}$. De forma equivalente, podemos calcular los costes legales esperados y obtenemos $\frac{9}{10} (\frac{1}{5} + \frac{1}{10}) = \frac{27}{100}$. Comparado con la economía de referencia, la reducción de los costes legales del demandante conduce a un incremento de la utilidad de equilibrio para el demandante ($\frac{81}{200} > \frac{1}{16}$), una

disminución de la utilidad de equilibrio para el demandado ($\frac{-27}{40} < \frac{-7}{16}$), y una reducción de los costes legales esperados ($\frac{27}{100} < \frac{3}{8}$).

Todo esto significa que las soluciones aportadas por este ejemplo a las preguntas formuladas al comienzo de esta sección tienen dos caras. Por un lado, la reducción del coste para un demandante con ventaja informativa juega a favor del demandante y en detrimento del demandado, pero, al mismo tiempo, conduce a una menor probabilidad de que el demandante goce de una posición prevalente en la sala de juicios y a una reducción de los costes legales esperados.

VII. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS Y CONCLUSIONES

El resultado de la quinta sección pone de relieve que si las personas económicamente desfavorecidas poseen menores conocimientos jurídicos previos en los que sustentar sus decisiones legales, la asistencia jurídica, ya sea en forma de servicios jurídicos directos o de subsidios para costear su representación y defensa letrada, no solo constituye un medio de igualar el terreno de juego para las dos partes, sino también una forma de mitigar los costes sociales de las asimetrías en la información jurídica. Si se compara con el equilibrio de la cuarta sección, el equilibrio en la quinta sección evidencia que la asistencia jurídica gratuita puede reducir los costes legales esperados en caso de pleito. La simplicidad del ejemplo no debería hacernos pensar que esta es la única ganancia que puede derivarse. Las ganancias analizadas aquí podrían verse amplificadas si tanto la disminución de la probabilidad de que la controversia acabe dirimiéndose en los tribunales, como la disminución asociada de los costes legales esperados hacen más probable que las partes entren en relaciones contractuales susceptibles de derivar en una controversia legal. En otras palabras, la asistencia jurídica gratuita podría generar una ganancia de eficiencia adicional al mitigar el problema del agente cautivo (*hold up*) porque ofrece una vía para limitar los casos en los que la parte con información jurídica superior intentará la expropiación *ex post* de la otra.

Los resultados en el presente artículo pueden contemplarse a la luz de la discusión de los esquemas públicos prestacionales recogida en Currie y Gavhari (2008). Al igual que en la revisión de Currie y Gavhari (2008), este artículo hace hincapié en que hay motivos por los que un programa público de prestaciones, como la asistencia jurídica gra-

tuita, puede generar ganancias de bienestar social. Concluyo que, como sucede en los seguros sanitarios, la asimetría de información puede ser uno de dichos motivos. Pero la naturaleza de la asimetría de información y el motivo por el que su coste social puede ser mitigado por un programa público de prestaciones son completamente diferentes. Es también importante señalar que si bien Currie y Gavhari (2008) afirman que un programa público de prestaciones podría generar ganancias de bienestar si ayuda a corregir la distorsión de las decisiones trabajo/ocio y promover la participación en el mercado laboral, no encuentran evidencia de dicho efecto en los esquemas públicos de prestaciones analizados por ellos. El análisis previo sobre los posibles efectos beneficiosos de la asistencia jurídica gratuita para la participación en el mercado sugiere que la asistencia jurídica gratuita podría tener una importante contribución en términos de eficiencia, con unas repercusiones que no se limitan a la mera reducción de los costes legales esperados de una controversia jurídica exógena.

Más allá de los diferentes enfoques en las asimetrías informativas, los resultados de este trabajo entroncan con el análisis de Garoupa y Stephens (2004) sobre la asistencia jurídica gratuita, en el sentido de que colocan el énfasis en los aspectos estratégicos de la decisión de iniciar un procedimiento judicial. Al poner el acento en la decisión de iniciar una demanda, el artículo comparte la misma aproximación que Dari Mattiacci y De Geest (2009), pero va un poco más lejos al tener en cuenta que, en determinados entornos, no existe ningún subsidio de los costes legales del demandado capaz de impedir la decisión del demandante de interponer la demanda, y reconociendo que dichos subsidios tienen un coste en el equilibrio.

Desde varios puntos de vista, la asistencia jurídica gratuita parece un medio atractivo de redistribución. Los requisitos para el reconocimiento del derecho suelen consistir en un examen de recursos económicos y una determinación de méritos en términos jurídicos. El requisito basado en los recursos económicos hace posible priorizar la atención a individuos en situación de exclusión económica o social, mientras que la determinación del mérito jurídico puede utilizarse para evitar distorsiones no intencionadas en el sistema judicial que produzcan una litigiosidad excesiva. Pero al evaluar si dicha herramienta es o no deseable deben tomarse en consideración otros dos factores. El primero, es si existen esquemas públicos alternativos superiores para llevar a cabo la redistribución. El segundo, es

si los problemas que los sistemas de asistencia jurídica gratuita están llamados a resolver podrían ser resueltos por el mercado.

La primera cuestión ya ha sido abordada en la segunda sección, señalando la importancia de determinar si un programa público de prestaciones como la asistencia jurídica gratuita es o no es inferior a una redistribución estrictamente monetaria. La tercera sección ha introducido un novedoso razonamiento a favor de la asistencia jurídica gratuita, demostrando que podría generar ganancias de bienestar dado que los conocimientos jurídicos y el acceso al asesoramiento legal no están distribuidos de forma aleatoria en la sociedad, sino que se correlacionan positivamente con los ingresos. Existen, por supuesto, otros motivos por los que la asistencia jurídica gratuita podría generar ganancias de eficiencia, entre los cuales cabe destacar uno, que podría dar pie a futuras investigaciones: en el caso de las responsabilidades contractuales, un reparto eficiente del riesgo requiere un mayor seguro para los individuos con bajo nivel de ingresos y elevada aversión al riesgo, y la asistencia jurídica gratuita podría resultar una valiosa herramienta de seguro que cumpla exactamente esa función.

En cuanto a la segunda cuestión, ¿las ganancias generadas por la asistencia jurídica gratuita podrían obtenerse a través de otros esquemas basados en el mercado que ofrezcan alguna clase de seguro jurídico para los más desfavorecidos, o que palién sus limitaciones crediticias en caso de enfrentarse a una controversia que pueda derivar en un procedimiento judicial? Algunos esquemas de mercado ya existen, como el seguro contra gastos judiciales, tasas contingentes, fondos para litigios, o acciones colectivas. Responder a esta pregunta queda claramente fuera del alcance de este trabajo, pero conviene notar que estas soluciones podrían estar sujetas a fallos de mercado por los motivos habituales (selección adversa, riesgo moral) y esto podría dejar espacio para que exista un programa de seguro público, como la asistencia jurídica gratuita, dirigido a promover la participación en el mercado y generar ganancias de eficiencia.

NOTAS

(*) Agradezco el apoyo financiero del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España concedido a través de la beca ECO2014-59491-P. Agradezco a los participantes en la Jornada sobre los costes de la justicia del ICAV, en la Jornada de Economía y Derecho de Funcas y en las Jornadas de Economía Industrial de Mallorca por sus valiosas aportaciones y sugerencias. Estoy especialmente agradecido a FERNANDO GÓMEZ por sus comentarios, sugerencias y aliento.

(**) Departamento de Economía, Universidad Carlos III; marco.celentani@uc3m.es

(1) Los resultados son cualitativamente los mismos si resulta aplicable la legislación inglesa, por la que la parte condenada asume a su cargo todas las costas legales.

(2) Cuando $C_{II} = C_A = \frac{3}{4}$ existe también otro equilibrio perfecto de subjuego en el que el demandante interpone la demanda con una probabilidad de 1, pero para todos los valores de $C_{II} > \frac{3}{4}$, en el único equilibrio perfecto de subjuego el demandante interpone la demanda con probabilidad 0.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, R. L. (1984), «Law without politics: asistencia letrada under advanced capitalism», *UCLA L. Rev.*, 32: 474.
- BARENDRECHT, M.; KISTEMAKER, L.; SCHOLTEN, H. J.; SCHRADER, R., y WRZESINSKA, M., (2014), *Legal aid in Europe: Nine different ways to guarantee access to justice?*, Hague Institute for the Internationalisation of Law (HIIL).
- CURRIE, J., y GAHVARI, F. (2008), «Transfers in Cash and In-Kind: Theory Meets the Data», *Journal of Economic Literature*, 46: 333-383.
- DARI-MATTIACCI, G., y DE GEEST, G. (2009), «Carrots, Sticks, and the Multiplication Effect», *Journal of Law, Economics, and Organization*.
- GAROUPA, N., y STEPHEN, F. H. (2004), «Optimal Law Enforcement with Legal Aid», *Economica*, 71: 493-500.
- GRAVELLE, H., y GAROUPA, N. (2002), «Optimal deterrence with legal defense expenditure», *Economic Inquiry*, 40: 366-379.
- GROSSMAN, G. M., y KATZ, M. L. (1983), «Plea bargaining and social welfare», *The American Economic Review*, 73: 749-757.
- KAPLOW, L., y SHAVELL, S. (1994), «Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior», *Journal of Political Economy*, 102: 583-606.
- (1994), «Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income», *The Journal of Legal Studies*, 23: 667-681.
- (2000), «Should Legal Rules Favor the Poor—Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income», *J. Legal Stud.*, 29: 821.
- REINGANUM, J. F. (1988), «Plea bargaining and prosecutorial discretion», *The American Economic Review*, 78: 713-728.
- SANCHIRICO, C. W. (2000), «Taxes versus legal rules as instruments for equity: A more equitable view», *The Journal of Legal Studies*, 29: 797-820.

UN ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: EL EFECTO DEL NUEVO CRITERIO DE COSTAS Y LAS TASAS JUDICIALES

Marta MARTÍNEZ-MATUTE
Juan S. MORA-SANGUINETTI (*)

Banco de España

Resumen

En los años más recientes, la litigación en la jurisdicción contencioso-administrativa se ha visto afectada por dos reformas importantes: un cambio en el criterio de la imposición de costas procesales en 2011 y la ampliación, por primera vez, del pago de las tasas judiciales a las personas físicas en 2012. Este artículo estudia los efectos que produjeron ambas iniciativas en la litigiosidad del orden contencioso-administrativo y en la congestión de sus juzgados tanto para el conjunto de procesos entrantes como por materias (desde los casos de urbanismo a los relacionados con la actividad sancionadora). Para abordar este análisis, recopilamos una base de datos sobre el funcionamiento de esta jurisdicción por materia, año y provincia y analizamos su evolución mediante modelos econométricos. El estudio concluye que el cambio en el criterio de imposición de costas en 2011 redujo tanto el número de procesos per cápita como la tasa de congestión. Sin embargo, el impacto es dispar si analizamos las materias. La aprobación de las nuevas tasas judiciales, que nacieron ya en un contexto dominado por el nuevo criterio de costas, tuvo, en general, efectos cuantitativamente inferiores en esta jurisdicción.

Palabras clave: tasas judiciales, costas procesales, jurisdicción contencioso-administrativa, eficacia judicial, litigiosidad.

Abstract

In recent years, litigation in the jurisdiction for suits under administrative law has been affected by two major legal reforms: a change in the criterion that determines the allocation of trial costs (fee-shifting rules) in 2011 and the extension, for the first time, of the payment of court fees to individuals in 2012. This article studies the effects of both reforms on the litigation rates of that jurisdiction and on the congestion of its courts for both the total number of new conflicts and when we divide those conflicts by subject (ranging from urbanism to sanctions). In order to do this, we compiled a database on the functioning of this jurisdiction by subject, year and province and analyzed its performance using econometric models. This study concludes that the change in the fee shifting rules of 2011 reduced both the number of new conflicts per capita entering this jurisdiction and the congestion rate of the administrative courts. However, the impacts differ by subject. The impact of the adoption of the new court fees, which were implemented in a legal context in which the new fee-shifting rule was already in force was, in general, quantitatively lower.

Key words: court fees, fee-shifting rules, administrative jurisdiction, judicial efficacy, litigation.

JEL classification: K23, K41.

I. INTRODUCCIÓN

EL sistema judicial español se enfrenta a un nivel de litigiosidad más alto que el de otros países desarrollados. Los estudios suelen centrarse en la jurisdicción civil, en parte por su mayor tamaño (véase Mora-Sanguinetti y Garoupa, 2015), y concluyen que nuestro país sería la tercera economía más litigiosa de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (1), ya se mida en términos per cápita o en relación a su riqueza (Palumbo *et al.*, 2013a y 2013b) (2). Este hecho parece importante porque el acceso a la justicia (que toma la forma de tasa de litigación) tiene una relación directa a nivel empírico con los niveles de eficacia del sistema judicial (Palumbo *et al.*, 2013a). Es decir, a mayor litigiosidad, mayor tiempo de resolución *ceteris paribus* (3).

Dicho esto, la jurisdicción contencioso-administrativa española, menos estudiada que la civil en

la literatura internacional, parece enfrentarse con problemas parecidos. Según la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ, 2014) en el año 2012 el número de casos entrantes («en primera instancia») de carácter administrativo era de 428 por 100.000 habitantes, por encima de la media de los 42 países cubiertos en el informe (que se situaba en 400 casos) (4). Este hecho puede estar pesando en que, según la misma fuente, el tiempo de resolución para estos casos sea superior en España (427 días) que en otros países europeos (302 días en Francia, 354 días en Alemania y 356 días en media). La duración de los procesos de la jurisdicción contencioso-administrativa española es, de hecho, valorada como «muy elevada» por los estudios españoles, como el Informe sobre la Justicia Administrativa del Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa (CIJA-UAM, 2015), lo cual se relaciona con sus altas tasas de pendencia, que duplicarían a los del resto de jurisdicciones.

La idea de una jurisdicción lenta o con un nivel de eficacia limitado (5) lleva al legislador a justificar «medidas de agilización» o la introducción de tasas judiciales. Entre las «medidas de agilización procesal» (así denominadas en la propia normativa), cabe destacar el cambio de criterio en la imposición de costas procesales llevado a cabo por la Ley 37/2011 (6), con lo que se pasó de un sistema de temeridad a un sistema de vencimiento en la jurisdicción contencioso-administrativa. Es decir, tras la ley, aquel que pierde el juicio debe pagar las costas. Este criterio, usualmente denominado como regla «británica» de determinación de las costas, se enfrenta a otras opciones que hubieran sido posibles, como que cada parte (ya sea la que pierde o la que gana) contribuya pagando los costes que produce (esta sería la denominada regla «americana»). La realidad es que la regla «británica» es la más común en otros sistemas jurídicos (el 22 por 100 de los países siguen ese criterio, frente al 7 por 100 que siguen la regla «americana» u otro 7 por 100 que sigue criterios mixtos) (7) (Palumbo *et al.*, 2013a) (8). Debe destacarse, sin embargo, que lo más usual es que cuando se recurre en primera instancia contra la Administración, sea la Administración la que gane el juicio, por lo que, con alta probabilidad, el nuevo criterio de costas se asemeja a un coste directo para el litigante (lo que podría conllevar un desincentivo a la litigación).

Por el lado de las tasas judiciales, la Ley 10/2012 las extendió a las personas físicas y hablaba de una intención de «racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional». Más en general, la literatura identifica diferentes objetivos que son utilizados por los gobiernos para establecer –y justificar– un sistema de tasas judiciales: desde una política de «disuasión» del litigio (con el objetivo último de reducir la «congestión» del sistema judicial) a un instrumento de provisión de financiación para la administración de justicia (Shavell, 1997 o Mery Nieto, 2015).

Al igual que con las costas, las tasas judiciales parecen hacer converger la normativa reguladora del sistema judicial español con la del resto de países. Las tasas, de hecho, son una realidad extendida y usual en la práctica totalidad de países europeos hoy día. Según la CEPEJ (2014) en el año 2012 existían tasas judiciales, con distintas características y carga tributaria, en todos los países que cubría la Comisión salvo en Luxemburgo. España entró en este grupo de países en el año 2002 (si no tenemos en cuenta las experiencias previas a 1987 (9)). Con la Ley 53/2002 (10) España aprobó unas tasas a pagar por las personas jurídicas (que

denominaremos en este artículo como «antiguo» sistema de tasas). Posteriormente, en 2012, a partir de la aprobación de las «nuevas» tasas judiciales (Ley 10/2012), se amplió el pago a las personas físicas. Tanto las «antiguas» como las «nuevas» tasas afectaban a la jurisdicción contencioso-administrativa (11). Comparando a España de nuevo con los países de su entorno, también cabe señalar que, en el largo plazo, la recaudación mediante tasas ha sido históricamente baja (12).

La literatura clarifica que ningún extremo es beneficioso en cuanto a intentar reducir la litigación en un país: tan dañino es un nivel de litigación muy elevado que lleve a un colapso judicial (13) (con la consiguiente reducción del ejercicio efectivo del acceso a la justicia) como un sistema de tasas tan elevado que, si bien liberara de carga de trabajo al sistema judicial, impidiera que algunos casos «meritorios» no llegaran a ser juzgados.

Este artículo analiza el impacto del nuevo criterio de costas (de 2011) y las nuevas tasas judiciales (aprobadas en 2012) en el número de procesos iniciados per cápita en la jurisdicción contencioso-administrativa en España y en la tasa de congestión de sus juzgados. Junto a ello, analizamos también estas magnitudes por materia; es decir, diferenciando si el proceso trata materias tan dispares como urbanismo o contratos administrativos. Para ello, recopilamos una extensa base de datos reales de carga de trabajo de los juzgados de lo contencioso-administrativo por años y a nivel local a partir del año 2001. El artículo concluye que la introducción del nuevo criterio de costas de 2011 limitó el número de procesos per cápita que se iniciaron en esta jurisdicción y mitigó la congestión de sus juzgados. Las nuevas tasas judiciales nacieron en un contexto ya afectado por el nuevo criterio de costas y tienen, a nivel global y en la mayor parte de las materias, un efecto inferior al del nuevo criterio de costas. Este efecto secundario (el de las tasas) es también de signo contrario al de las costas cuando es significativo. El análisis de las tasas debe tomarse con las debidas cautelas por el corto espacio de tiempo desde su aprobación.

El resto de este artículo se estructura como sigue: en la sección segunda proporcionamos algunas aclaraciones más sobre el proceso de introducción de las nuevas tasas judiciales. La tercera sección explora la jurisdicción contencioso-administrativa y muestra cómo hemos construido la base de datos a partir de la recopilación de información real de actividad judicial. La sección cuarta plantea la estrategia empírica

de este artículo y los controles tenidos en cuenta. En la quinta sección se muestran los resultados de las estimaciones y los principales hallazgos tanto para las costas como para las tasas judiciales. Finalmente, la sexta sección proporciona unas breves conclusiones.

II. LAS TASAS JUDICIALES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA (1986-2015)

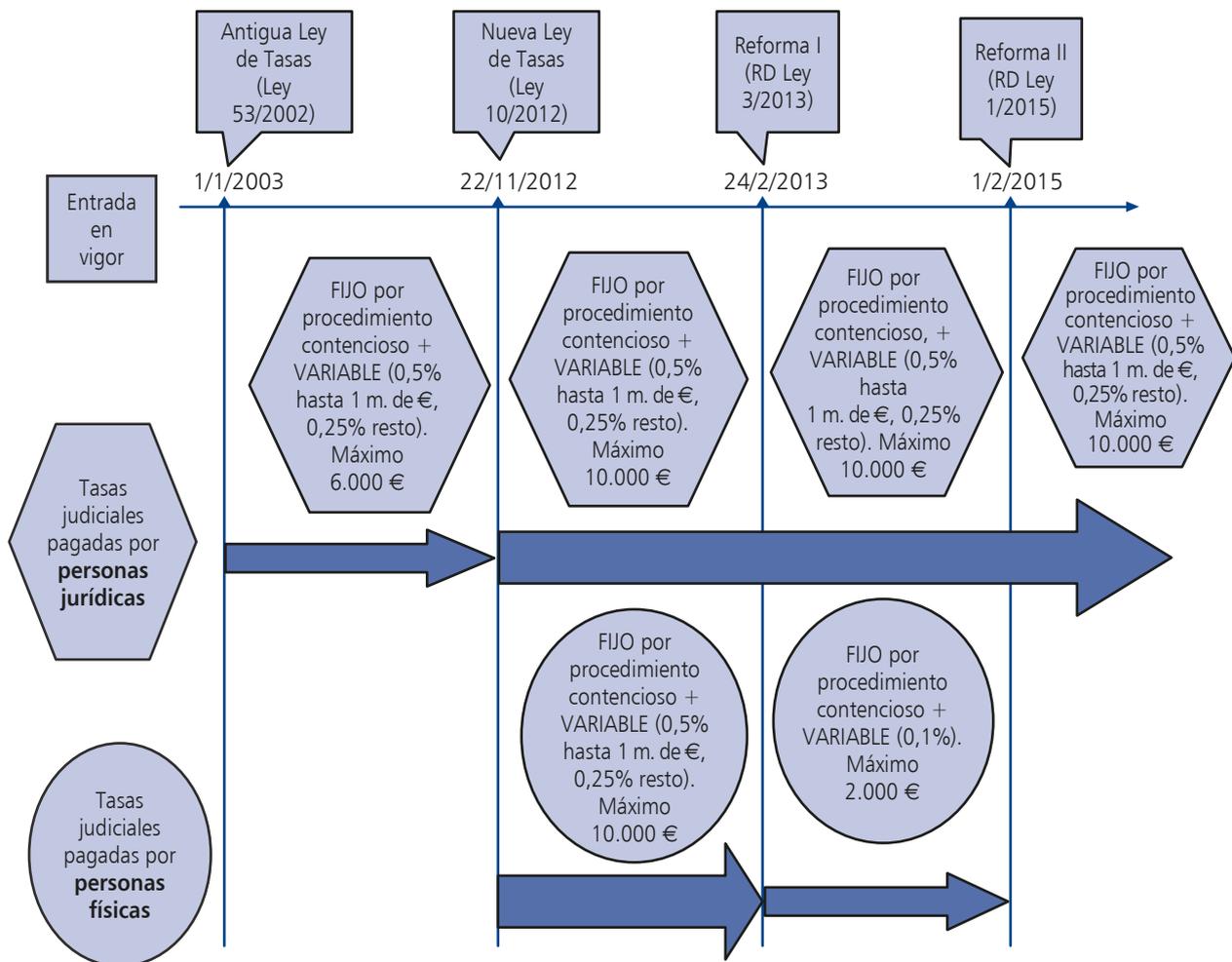
Si bien el cambio en el criterio de costas tuvo lugar de forma clara en 2011 (entrando en vigor el 31 de octubre de 2011), las tasas judiciales en la jurisdicción contencioso-administrativa han sufrido

de varias reformas que conviene explicar con más detalle en esta sección.

Desde 1986, en que se suprimió el sistema de tasas judiciales de 1959 (14), ha habido dos conjuntos de tasas judiciales en los años más recientes: el sistema de tasas judiciales de la Ley 53/2002 (llamado en el artículo como «antiguo» sistema de tasas) y el sistema de «nuevas» tasas judiciales de la Ley 10/2012, reformado en varias ocasiones (15). Ambos sistemas de tasas afectaban a la jurisdicción contencioso-administrativa. El gráfico 1 proporciona un esquema de las tasas judiciales en estas dos etapas así como sus reformas posteriores (de 2013 y 2015).

GRÁFICO 1

LAS «ANTIGUAS» Y «NUEVAS» TASAS JUDICIALES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA



Fuente: Elaboración propia.

Las «antiguas» tasas judiciales fueron aprobadas por la Ley 53/2002 y entraron en vigor el día 1 de enero de 2003. Estuvieron vigentes hasta el día 21 de noviembre de 2012. El sujeto pasivo de esas tasas eran únicamente las personas jurídicas. Las tasas se componían de una parte fija, pagadera por el tipo de procedimiento (abreviado, ordinario, una apelación o una casación) y una parte variable, consistente en el 0,5 por 100 de la cuantía del procedimiento (si esta era de hasta un millón de euros) y 0,25 por 100 si esta era de más. Esta parte variable tenía un máximo de 6.000 euros.

La gran novedad al sistema llegó en 2012, con la aprobación de la Ley 10/2012, que entró en vigor el día 22 de noviembre de 2012 e introdujo el pago de tasas también para personas físicas (a partir de ese momento tanto las personas físicas como jurídicas pagaban tasas). Estas tasas sustituyeron por completo a las «antiguas». Al igual que en el sistema anterior, las tasas incluían una parte fija, por tipo de procedimiento (abreviado, ordinario, un recurso de apelación o de casación) y otra variable (consistente en el 0,5 por 100 de la cuantía del procedimiento hasta un millón de euros y 0,25 por 100 en el resto). La parte variable tenía un máximo de 10.000 euros. La ampliación de las tasas a las personas físicas fue en gran parte la base de las protestas de la abogacía que, además de ejercer presión a nivel profesional, llevó en varias ocasiones la Ley de Tasas a los tribunales (para un análisis extenso de la jurisprudencia sobre las tasas judiciales tanto a nivel nacional como internacional, puede consultarse, entre otros, Doménech, 2014).

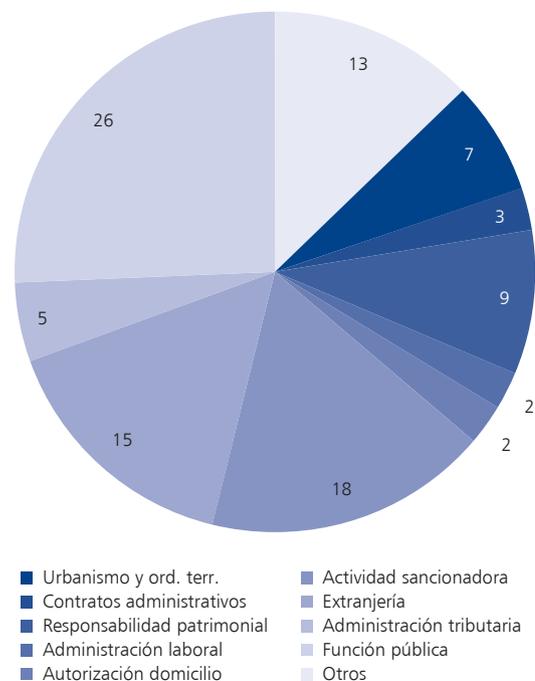
En un corto espacio de tiempo (prácticamente tres meses), el Gobierno reformó las tasas judiciales (con entrada en vigor el día 24 de febrero de 2013). La reforma (a través del Real Decreto Ley 3/2013) («Reforma I» en el gráfico 1) disminuyó la parte variable para las personas físicas al 0,1 por 100 de la cuantía y estableció su máximo en 2.000 euros. Finalmente, en una segunda reforma («Reforma II») que entró en vigor el día 1 de febrero de 2015 (Real Decreto Ley 1/2015), se eliminaron las tasas judiciales para las personas físicas.

Tal y como se ha señalado, este artículo estudia los impactos de las «nuevas» tasas judiciales (junto al cambio de criterio de costas) tanto en el nivel de «litigiosidad» (el volumen, en términos per cápita de procesos en la jurisdicción contencioso-administrativa) como en la eficacia de los juzgados (medida como una tasa de congestión). Estas medidas se explicarán en la siguiente sección.

III. MEDICIÓN DE LA LITIGACIÓN Y LA EFICACIA DE LOS JUZGADOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS EN ESPAÑA

Para la realización de este artículo hemos recopilado datos provenientes del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) a nivel juzgado, por materia y por año. La base de datos del CGPJ proporciona información estadística de cargas de trabajo real de los juzgados y tribunales españoles. Es decir, nos proporciona información sobre los flujos de entrada y salida de conflictos canalizados hacia el sistema judicial por los abogados. Estos datos, con sus limitaciones, son oficiales y no estimaciones. La información estadística que poseemos en el momento de cierre de este artículo alcanza hasta el año 2014, inclusive. Una primera característica observable en este orden jurisdiccional es la diversidad de materias que trata (y que serán debidamente analizadas en este artículo). El gráfico 2 muestra el peso de cada una de las materias para la media

GRÁFICO 2
COMPOSICIÓN DE LOS CASOS INICIADOS PER CÁPITA EN LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.
PROMEDIO DEL PERIODO 2001-2014 (%)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del CGPJ (2016).

de nuestro periodo de análisis (2001-2014). El mayor volumen de conflictos se concentra en el ejercicio de la función pública, la actividad sancionadora de las administraciones públicas y la extranjería.

El gráfico 3 muestra los procesos de naturaleza contencioso-administrativa a lo largo del tiempo tanto en términos brutos como divididos por la población (escala derecha).

Poco podemos concluir de un análisis meramente gráfico. La tendencia creciente en el número de procesos enjuiciados por los juzgados de lo contencioso-administrativo se interrumpió a partir de 2009 y solo parece encontrar una recuperación en el último año de análisis (2014). Este perfil puede tener que ver, por un lado, con el contexto de expansión económica vivido en España hasta 2008 y la posterior recesión. La literatura económica plantea que la litigiosidad es reactiva al ciclo económico (Palumbo *et al.*, 2013a; Ginsburg y Hoetker, 2006) (16). Como señala el CIJA-UAM (2015) la crisis afecta a esta jurisdicción tanto como a las demás. Por otro lado, además de la crisis, sabemos que hay múltiples factores que afectan a las tasa de litigación, desde la actividad propia del mercado de la abogacía o la complejidad de la economía local (Mora-Sanguinetti y Garoupa, 2015). Es por todo ello que se hace necesario proporcionar estimaciones econométricas que tengan en cuenta los

distintos factores que puedan afectar a la litigiosidad, los llamados «controles» del modelo, para conocer si el cambio de criterio en la imposición de costas procesales o la aprobación de las nuevas tasas tuvieron un impacto significativo.

Los gráficos 4 y 5 muestran la evolución temporal de una medida de eficacia de la jurisdicción contencioso-administrativa: la tasa de congestión.

En el primer caso, el gráfico 4 presenta la proporción o peso de la tasa de congestión de cada grupo de asuntos particulares en la congestión total de los juzgados de lo contencioso-administrativo. Así, se observa que los casos de «contratación administrativa» y «urbanismo y ordenación del territorio» son los que presentan unas tasas de congestión mayores en relación con la congestión general de este orden jurisdiccional.

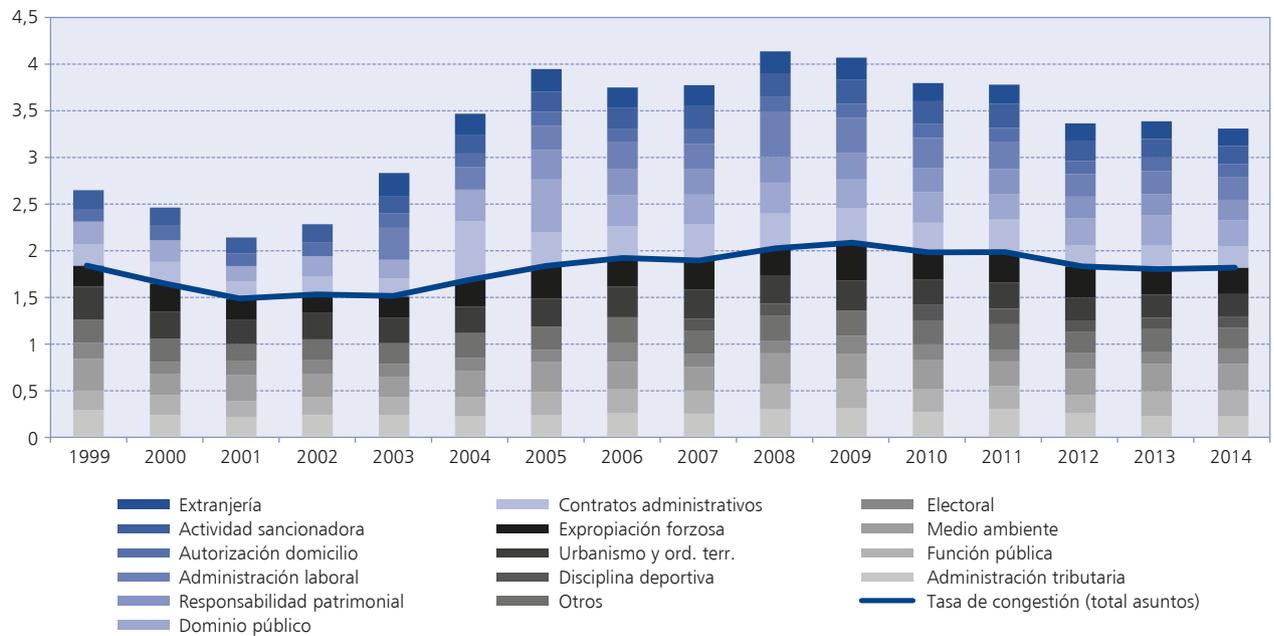
Para analizar si dicha congestión de casos particulares contribuye positiva o negativamente al flujo de casos total, se representan en el gráfico 5 las contribuciones de las tasas de congestión de los casos particulares. De este modo, se observa que los «contratos administrativos», el «urbanismo y ordenación del territorio», la «expropiación forzosa» y los conflictos sobre el «dominio público» contribuyen de forma positiva a esa congestión total, mientras que los asuntos relacionados con temas de

GRÁFICO 3
EVOLUCIÓN DE LOS PROCESOS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA POR AÑO



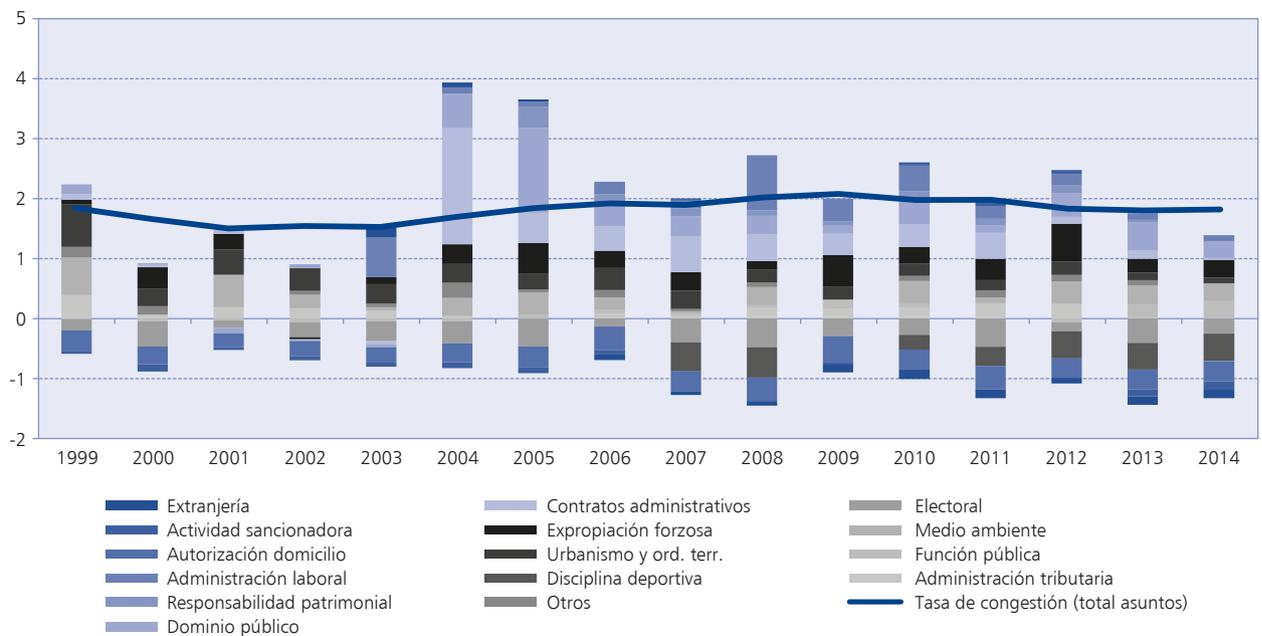
Nota: Véase la escala izquierda para los procesos en términos brutos. Véase la escala derecha para los procesos divididos por la población.
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del CGPJ (2016).

GRÁFICO 4
TASA DE CONGESTIÓN POR MATERIA EN LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del CGPJ (2016).

GRÁFICO 5
CONTRIBUCIONES A LA TASA DE CONGESTIÓN MEDIA DE ASUNTOS DE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del CGPJ (2016).

«autorización de domicilio», «disciplina deportiva» y asuntos de orden «electoral» contribuyen a reducir la congestión total de dichos Juzgados. También se observa que la contribución de la congestión de los asuntos particulares al total de carga de trabajo de estos juzgados ha variado a lo largo del periodo. Por ejemplo, en los casos de «contratación administrativa, urbanismo y administración laboral», la contribución a la congestión se reduce de forma notable durante los últimos años del periodo de análisis.

Pretendemos, por tanto, estudiar los impactos que puedan haber tenido el cambio en el criterio de imposición de las costas procesales y la aprobación de las nuevas tasas judiciales en el nivel de litigación per cápita en España a nivel provincia (es decir, agrupando a los juzgados contencioso-administrativos de cada provincia) y en la eficacia del sistema judicial (medida como una tasa de congestión). Todo ello garantizando, a nivel estadístico, que los resultados no reflejan otras tendencias que podrían enmascarar los efectos principales (diferencias en los impactos del ciclo económico en la litigiosidad de unas provincias frente a otras, por ejemplo). Para ello, necesitamos definir, en primer lugar, las medidas tanto de eficacia como de litigiosidad que vamos a estudiar.

Calculamos, por un lado, una tasa de litigación per cápita por materia tratada por los juzgados de lo contencioso-administrativo. El subíndice j denota la provincia y t el año. La tasa de congestión se calcula para el total de casos y también para los casos específicos de una materia concreta m , como pueda ser el urbanismo.

$$\text{Tasa de litigación}_{j,t,m} = \frac{\text{Procesos nuevos}_{j,t,m}}{\text{Población}_{j,t}}$$

Calculamos, por otro lado, una medida clásica de «eficacia» de la justicia: la «congestión» judicial (17), que puede ser obtenida para cada tipo de materia (ver, entre otros muchos, García-Posada y Mora-Sanguinetti, 2015).

La tasa de congestión se define así como la relación entre la suma de los casos pendientes (medidos al inicio del año), sumados a los nuevos casos medidos en un año específico y los casos resueltos en ese mismo año por un juzgado de lo contencioso administrativo (medida que agrupamos con la del resto de juzgados de la provincia). Es decir, la capacidad de un juzgado de reducir la pila de

trabajo teniendo en cuenta los recursos con los que cuenta. Una tasa de congestión más baja está relacionada con una mayor eficacia del órgano judicial.

Una última cuestión de interés en cuanto a la construcción de estas variables es si la «provincia» j como ámbito geográfico es adecuada. En otras palabras, debería preocuparnos si las observaciones que analizamos sobre litigación y congestión en j corresponden concretamente con conflictos que tienen lugar en la provincia j (lo cual sería adecuado para la correcta estimación del modelo) o si, por el contrario, capturamos conflictos que han tenido lugar en otras provincias, pero son resueltos en j . Si bien no se posee información concreta sobre el contenido de los conflictos de nuestra base de datos (y, por tanto, no se puede saber el origen geográfico de demandante y demandado), la lectura conjunta de los artículos 8 y 14 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) nos da una respuesta suficientemente completa. El segundo de los artículos nos indica que los juzgados contencioso-administrativos de una provincia resolverán los conflictos relacionados con órganos que tengan su sede en esa provincia. Otra regla, además, favorece el juzgado local frente a otros de otras provincias en cuanto a que cuando la materia es de responsabilidad patrimonial, sobre sanciones o sobre conflictos de personal, el demandante puede escoger la provincia de su domicilio (cosa que es posible prever como la opción más probable) (18). Por otro lado, la competencia por órgano judicial (artículo 8, LJCA) nos indica que los conflictos relacionados con entidades locales y sus corporaciones dependientes o vinculadas y las cuestiones de personal, sanciones o reclamaciones por responsabilidad patrimonial de las comunidades autónomas (salvo de sus Consejos de Gobierno) también recaen en los juzgados contencioso-administrativos (que tienen estructura provincial). También recaen en estos juzgados los recursos contra la administración periférica del estado o de las comunidades autónomas en algunos casos, así como contra las resoluciones en materia de extranjería, de las Juntas Electorales de Zona, autorizaciones para la entrada en domicilios o medidas de salud pública. Este conjunto de información nos indica que nuestra observación de litigación en « j », captura una parte relevante de los conflictos con origen en « j » y no en otras provincias. Sin embargo, la existencia de otros órganos judiciales que concentran otros muchos conflictos en Madrid, como los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, aconsejan que hagamos una prueba de robustez en las estimaciones. Dicha prueba consistirá en la exclusión de la provincia

de Madrid en uno de los experimentos, tal como se muestra en el Apéndice. Por otro lado, la alta movilidad laboral de Madrid así como la presencia de numerosos despachos de abogados en esta provincia refuerzan la idea de contrastar si excluyendo esta provincia los resultados se mantienen.

IV. ESTRATEGIA EMPÍRICA E IDENTIFICACIÓN

1. Medición de la introducción del cambio de criterio en la imposición de costas y de la aprobación de las «nuevas» tasas judiciales

Hemos construido una variable dicotómica que captura la entrada en vigor del cambio de criterio de imposición de las costas procesales de la Ley 37/2011 (que entró en vigor el 31 de octubre de 2011, por tanto cerca del final del año). Para ello, analizamos las observaciones acerca de la tasa de litigación y la congestión judicial y dividimos el periodo (2001-2014) en dos: el comprendido hasta 2011 y el comprendido a partir de 2012, inclusive (este segundo periodo lo consideramos afectado por el cambio de criterio de costas). La variable dicotómica tiene, por tanto, los siguientes valores:

$$\text{Costas 37/2011}_t = \begin{cases} 0 & \text{si } t < 2012 \\ 1 & \text{si } t \geq 2012 \end{cases}$$

En segundo lugar, creamos una variable dicotómica que captura la entrada en vigor de las «nuevas» tasas judiciales de 2012 (el 22 de noviembre de 2012, por tanto, como antes, cerca del final del año). Para ello, dividimos igualmente el periodo (2001-2014) en dos: el comprendido hasta 2012 y el comprendido a partir de 2013, inclusive. La variable dicotómica toma así la siguiente forma:

$$\text{Reforma 10/2012}_t = \begin{cases} 0 & \text{si } t < 2013 \\ 1 & \text{si } t \geq 2013 \end{cases}$$

2. Variables de control

Como se discutía en la sección tercera de este artículo, el volumen de litigiosidad y, en parte derivado de ello, la congestión de los tribunales puede ser resultado de múltiples variables no relacionadas con la introducción de las tasas judiciales o un cambio de criterio en la imposición de costas procesales. Es por ello que un modelo econométrico debe tener en cuenta otros factores.

Por un lado, incluimos controles para el «contexto macroeconómico» de cada provincia en cada momento del tiempo. En nuestra modelización estos controles son la composición sectorial (manufactura, construcción, agricultura y servicios) de la economía de la provincia o la ratio de créditos morosos. En cuanto al control sectorial, Palumbo *et al.* (2013a) argumentan que el peso del sector industrial puede estar relacionado negativamente con la litigiosidad. Por otro lado, como se discutió, la literatura empírica sugiere que la tasa de litigación puede estar relacionada con el ciclo económico (Ginsburg y Hoetker, 2006 o Palumbo *et al.*, 2013a). En nuestra muestra, que comienza en el año 2001, cubrimos varios años de expansión y de recesión.

En cuanto a la ratio de créditos morosos, se calcula como la proporción de créditos impagados sobre el crédito total disponible. Para construir esta variable obtuvimos datos de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIR), que contiene información sobre todos (19) los préstamos a las empresas españolas no financieras concedidos por entidades de crédito que operan en España por encima de un umbral de registro de 6.000 euros. Dado que los préstamos a las empresas suelen ser mayores que el umbral de registro, la CIR proporciona en la práctica toda la población de los préstamos a empresas en España. Nos referimos a un «crédito impagado» a un préstamo que está en mora o cerca de estar en mora (20).

Por otro lado, incluimos el número de empresas, en términos per cápita, para dar cuenta de la «complejidad social» que pueda influir en la tasa de litigación provincial (Carmignani y Giacomelli, 2010; Mora-Sanguinetti y Garoupa, 2015) y, finalmente, controlamos el modelo por la presencia de abogados *per cápita* en la provincia considerada. Hay estudios que sugieren que los abogados y la tasa de litigación pueden ser correlacionados (aunque la relación no es necesariamente endógena) (además de las referencias anteriores, puede consultarse: Hanssen (1999) o Buonanno y Galizzi (2012)).

3. Modelo de identificación

En función de la información discutida anteriormente, fijamos un modelo de regresión que relaciona nuestra medida de tasa de litigación o nuestra medida de eficacia judicial (la tasa de congestión) con las variables dicotómicas que capturan el cambio en el criterio de imposición de costas procesales

y la aprobación de las nuevas tasas judiciales, el conjunto de controles especificado en la sección 4.2 y «efectos fijos» provinciales (que capturan las características de las provincias españolas que no varían o que varían muy lentamente en el tiempo). El modelo pretende analizar el efecto acumulado de ambas reformas, la de 2011 (costas) y la de 2012 (nuevas tasas) en tanto que la reforma de 2012 se produce una vez que la reforma de 2011 ya había entrado en vigor.

En resumen, las estimaciones se realizan mediante el siguiente modelo econométrico (donde, como antes, el subíndice m denota la materia, t el año y j la provincia):

$$\text{Litigación}_{jtm} = \alpha_j + \beta_1 \text{Costas37/2011}_t + \beta_2 \text{Reforma10/2012}_t + \sum_{k=1}^K \delta_k \text{Control}_{jt}^k + \varepsilon_{jtm}$$

«Litigación $_{jtm}$ » representa la tasa de litigación (por tanto, en términos per cápita) para cada uno de las materias tratadas por los juzgados contencioso-administrativos en una provincia determinada. « α_j » representa los efectos fijos provinciales, «Control $_{jt}^k$ » es una matriz que incluye los controles explicados en la sección 4.2 y « ε_{jtm} » es el término del error del modelo.

En las regresiones anteriores procedemos a agrupar los errores (en «clústers») de tal forma que los errores estándar sean robustos a heterocedasticidad y correlación serial (21). Finalmente, cabe recordar que la estrategia de incluir efectos fijos por provincia ayuda a mitigar parcialmente el sesgo por variables omitidas. En el cuadro nº 1 se muestran los estadísticos descriptivos de las principales variables empleadas. Los resultados de este modelo se discuten en la sección quinta de este artículo.

CUADRO N.º 1

ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS

VARIABLE	OBS.	MEDIA	STD. DEV.	MIN	MAX
Asuntos totales iniciados per cápita	700	2.7589	1.3575	0.8534	15.6102
Autorización domicilio	700	0.0700	0.0571	0.0042	0.4313
Contratos administrativos.....	700	0.0724	0.0788	0	0.4427
Extranjería.....	700	0.4296	0.4964	0	4.6775
Función pública.....	700	0.7075	0.8814	0.0474	12.6029
Asuntos particulares iniciados per cápita	700	0.0643	0.0610	0	0.6126
Otros asuntos	700	0.3270	0.2246	0.0574	2.5178
Responsabilidad patrimonial...	700	0.2468	0.3208	0	3.9340
Actividad sancionadora	700	0.4864	0.3047	0.0941	2.7442
Administración tributaria.....	700	0.1358	0.1157	0	1.3801
Urbanismo	700	0.1936	0.0986	0.0062	0.5929
Tasa de congestión de asuntos totales	800	1.8052	0.4264	1.0944	4.1234
Autorización domicilio	799	1.1971	0.2423	0.5714	4.2500
Contratos administrativos.....	697	2.4714	1.9009	0	29
Extranjería.....	593	1.7357	0.7990	0.5955	13
Función pública.....	800	1.8803	0.7298	0.7558	6.7355
Tasas de congestión de asuntos particulares	577	2.4187	3.5419	0.7500	80
Otros asuntos	800	1.9582	0.7066	0.9571	8.8141
Responsabilidad patrimonial...	500	2.1444	0.6918	0.8393	5.8030
Actividad sancionadora	800	1.7353	0.6447	0.9545	11.8451
Administración tributaria.....	800	2.0497	0.9511	0.8889	12.7500
Urbanismo	800	2.3167	0.8958	1	10.3333
Costas 37/2011	750	0.1500	0.3393	0	1
Reforma 10/2012	750	0.1333	0.3402	0	1
Abogados per cápita	696	0.0020	0.0009	0.0003	0.0168
Ratio de créditos morosos	750	0.0871	0.1237	0.0027	0.6294
Número de empresas per cápita	700	0.0659	0.0084	0.0359	0.0917
Construcción	650	0.1085	0.0356	0.0433	0.2266
Industria	650	0.1626	0.0622	0.0393	0.3538
Servicios	650	0.6525	0.0806	0.4439	0.8802

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del CGPJ (2016).

V. RESULTADOS DE LOS MODELOS DE ESTIMACIÓN

Los resultados de los modelos de estimación se muestran en los cuadros n.ºs 2 y 3. En primer lugar, en el cuadro n.º 2 se presenta la estimación considerando como variable dependiente el número de asuntos iniciados per cápita en los juzgados de lo contencioso-administrativo. Se puede observar que, con la entrada en vigor del nuevo criterio de costas, la proporción de asuntos iniciados en dicha jurisdicción se reduce de forma significativa. Sin embargo, si dividimos el total de asuntos por los diferentes asuntos por materia, esta reducción a raíz de la entrada en vigor de la Ley 37/2011 solo es significativa en el caso de asuntos de «función pública», «actividad sancionadora», «urbanismo» y «administración laboral». Además, el impacto de la nueva regulación difiere en su intensidad dependiendo del tipo de asuntos. El efecto del nuevo criterio de costas es muy intenso en los asuntos que versan sobre cuestiones relativas a la «función pública».

La nueva regulación no parece tener un impacto significativo en la reducción de asuntos

relativos a casos de «extranjería», «responsabilidad patrimonial», «administración tributaria», «autorización de domicilio», «contratos administrativos» y «otros asuntos», bien porque no contamos con un número representativo de conflictos que permitan analizar su variabilidad, o bien porque constituyen grupos que cuentan con asuntos muy heterogéneos entre sí, lo cual dificulta clarificar la magnitud del impacto. En el caso concreto de los asuntos de «extranjería», debemos recordar que muchos de estos casos pueden estar beneficiándose del derecho a la asistencia jurídica gratuita (22), lo que los haría menos reactivos a cambios en los posibles costes de litigación. En cuanto a la litigación en materia de contratos, puede estar también afectada a la baja por normativas como la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón (que crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

En cuanto al efecto de las nuevas tasas en la litigación, parece que la reforma de 10/2012 atenúa el efecto de la reforma 37/2011. Las tasas habrían tenido un impacto de entidad menor (y de sentido contrario al de las costas) en las ma-

CUADRO N.º 2

IMPACTO DEL NUEVO CRITERIO DE COSTAS Y LAS NUEVAS TASAS JUDICIALES EN LA LITIGIOSIDAD

VARIABLES	ASUNTOS TOTALES INICIADOS PER CÁPITA	ASUNTOS PARTICULARES INICIADOS PER CÁPITA									
		Función pública	Actividad sancionadora	Extranjería	Administración laboral	Responsabilidad patrimonial	Urbanismo	Administración tributaria	Contratos administrativos	Autorización domicilio	Otros asuntos
Costas 37/2011.....	-3.654*** (0.854)	-3.275*** (0.649)	-0.682*** (0.112)	0.0511 (0.278)	-0.0616* (0.0320)	0.605 (0.623)	-0.180*** (0.0465)	0.00525 (0.0588)	-0.0343 (0.0499)	0.00233 (0.0216)	-0.0489 (0.113)
Reforma 10/2012.....	2.824*** (0.650)	2.870*** (0.510)	0.368*** (0.0821)	-0.0904 (0.194)	0.0326 (0.0229)	-0.472 (0.412)	0.118*** (0.0335)	-0.0315 (0.0387)	-0.0478 (0.0353)	0.00673 (0.0157)	0.0499 (0.0732)
Ratio de créditos morosos.....	-0.442 (0.866)	0.229 (0.581)	0.0610 (0.296)	-0.223 (0.344)	0.0403 (0.0301)	-0.780 (0.769)	-0.0452 (0.0551)	-0.0262 (0.134)	0.180** (0.0729)	-0.0395 (0.0334)	0.144 (0.168)
Abogados per cápita.....	-80.39*** (29.32)	-47.10** (19.45)	-10.47** (4.779)	-21.53 (30.21)	-0.675 (1.451)	8.151 (5.016)	1.917 (1.376)	-2.054 (3.441)	-0.567 (1.396)	-0.238 (0.751)	-8.550** (4.065)
Número de empresas per cápita	110.5*** (26.88)	45.93** (18.23)	-3.649 (2.798)	38.08*** (14.04)	2.842*** (0.779)	21.94*** (4.123)	4.718** (1.877)	-4.367** (2.050)	2.329 (1.410)	-0.477 (0.597)	1.583 (2.633)
Industria.....	-5.235 (3.841)	-4.764 (2.996)	0.633 (0.570)	-1.950 (1.478)	-0.362 (0.218)	0.462 (0.953)	0.227 (0.232)	0.155 (0.315)	0.0137 (0.254)	0.143 (0.155)	0.140 (1.011)
Construcción.....	-7.478 (4.670)	-7.941** (2.986)	-0.683 (0.842)	-0.259 (2.197)	-0.188 (0.233)	0.354 (0.966)	0.361 (0.298)	0.0981 (0.336)	-0.450** (0.219)	0.327*** (0.110)	0.935 (0.755)
Servicios.....	7.445** (3.288)	1.337 (1.934)	0.480 (0.464)	1.340 (1.457)	0.0594 (0.140)	3.248*** (1.198)	0.427* (0.214)	0.110 (0.222)	0.574*** (0.192)	0.115 (0.0957)	-0.281 (0.654)
Constante.....	-7.274*** (2.337)	-1.340 (1.210)	0.450 (0.395)	-2.516** (1.092)	-0.0755 (0.138)	-3.392*** (0.942)	-0.457*** (0.157)	0.323 (0.206)	-0.408*** (0.143)	-0.0303 (0.0956)	0.278 (0.617)
Efectos fijos provincia.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	646	646	646	646	646	646	646	646	646	646	646
R ²	0.326	0.173	0.224	0.180	0.089	0.267	0.306	0.027	0.488	0.066	0.031
Clústers (provincias).....	50	50	50	50	50	50	50	50	50	50	50

terias de «función pública», «actividad sancionadora» y de «urbanismo». Estos resultados deben tomarse con las debidas cautelas debido al corto espacio de tiempo transcurrido tras su aprobación. Por último, en cuanto a materias concretas, cabe resaltar que, de nuevo, la materia de «extranjería» (que no muestra una reactividad significativa a las tasas) puede no mostrar cambios sustanciales porque la propia Ley de Tasas reconoce una exención si el procedimiento trata casos de protección de derechos fundamentales (23). Igual falta de reactividad cabía esperar en los casos de «administración electoral» (igualmente exentos de la tasa por el mismo artículo) y los casos de «autorización de domicilio», en tanto que la administración no paga la tasa (y es la administración la que solicita la entrada en un domicilio).

En el cuadro n.º 3 hemos introducido como variable dependiente la tasa de congestión de los procesos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Del mismo modo que la entrada en vigor del nuevo criterio de costas afectaba a los asuntos iniciados per cápita, dicha iniciativa legislativa también tiene un efecto significativo y negativo sobre la tasa de congestión. Por tanto, se puede concluir que el nue-

vo criterio de costas ha supuesto una reducción de 0,8 puntos en la congestión total de los juzgados de este orden jurisdiccional. Si profundizamos en la composición del tipo de casos de esta jurisdicción, se puede observar que los efectos son bastante heterogéneos. El impacto de las costas en la reducción de la congestión se observa significativamente en las materias de «función pública», «actividad sancionadora», «urbanismo», «contratos administrativos», «administración laboral» y «otro tipo de asuntos». Sin embargo, no hay impactos destacables en el resto de materias.

A la luz de estos resultados, conviene, por tanto, aclarar que la congestión de los casos relacionados con contratación administrativa y urbanismo, que eran dos de las áreas donde la congestión era mayor, se ha visto reducida como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 37/2011.

Por su lado, la entrada en vigor de las nuevas tasas tuvo un impacto de entidad menor (comparada a las costas) y de signo contrario, en la congestión de los juzgados de lo contencioso administrativo. El impacto positivo en la congestión se observa a nivel global y se concentra, por

CUADRO N.º 3

IMPACTO DEL NUEVO CRITERIO DE COSTAS Y LAS NUEVAS TASAS JUDICIALES EN LA CONGESTIÓN DE LOS JUZGADOS

VARIABLES	TASA DE CONGESTIÓN DE ASUNTOS TOTALES	TASAS DE CONGESTIÓN DE ASUNTOS PARTICULARES									
		Función pública	Actividad sancionadora	Extranjería	Administración laboral	Responsabilidad patrimonial	Urbanismo	Administración tributaria	Contratos administrativos	Autorización domicilio	Otros asuntos
Costas 37/2011.....	-0.821*** (0.236)	-1.810*** (0.454)	-0.727* (0.408)	0.396 (0.510)	-2.048*** (0.701)	-0.174 (0.374)	-0.931** (0.361)	-0.815 (0.638)	-2.898*** (0.887)	-0.0727 (0.179)	-0.997** (0.408)
Reforma 10/2012.....	0.577*** (0.181)	1.874*** (0.333)	0.116 (0.517)	-0.285 (0.321)	1.561** (0.703)	-0.0668 (0.248)	0.415 (0.285)	0.131 (0.536)	2.139*** (0.601)	0.00734 (0.137)	0.522 (0.321)
Ratio de créditos morosos.....	0.266 (0.353)	0.769 (0.738)	0.670 (0.620)	-1.589 (1.030)	-2.130 (3.252)	-0.642 (0.817)	0.795 (0.590)	-0.615 (0.772)	0.885 (1.246)	-0.0197 (0.177)	0.765 (0.700)
Abogados per cápita.....	44.12*** (9.433)	-75.17*** (20.31)	-70.96*** (22.13)	-48.98*** (12.40)	-113.7** (45.89)	-45.17*** (8.215)	-51.91*** (16.69)	-78.13*** (13.72)	-102.0*** (20.62)	7.495* (4.429)	30.10*** (11.19)
Número de empresas per cápita.....	37.00*** (9.595)	60.86*** (16.02)	45.16*** (10.76)	-0.633 (13.20)	63.03 (46.70)	7.369 (14.99)	26.79 (17.96)	27.23 (19.78)	93.12*** (23.03)	7.585** (2.844)	24.70** (9.564)
Industria.....	-1.896 (1.425)	-3.662 (2.976)	-2.561* (1.370)	0.804 (2.719)	14.23 (16.47)	1.184 (3.058)	1.784 (2.121)	-1.387 (2.461)	4.675 (5.408)	0.890 (0.711)	-1.302 (1.420)
Construcción.....	-2.990* (1.749)	-3.808 (3.041)	-2.823 (1.928)	-2.493 (2.709)	10.96 (12.01)	-3.306 (2.889)	0.687 (2.085)	0.687 (2.100)	-6.809*** (6.062)	-0.606 (0.664)	-2.881* (1.598)
Servicios.....	0.219 (1.365)	-0.549 (2.806)	1.394 (1.120)	-0.337 (1.686)	20.38 (19.16)	-1.634 (2.044)	1.118 (1.662)	3.113 (2.455)	0.572 (4.659)	0.864* (0.497)	-0.0308 (1.250)
Constante.....	-0.00310 (0.977)	-0.614 (2.120)	-1.210 (0.864)	2.376 (1.694)	-18.08 (17.88)	3.121* (1.730)	-0.459 (1.176)	-0.476 (1.832)	-4.350 (3.915)	0.0576 (0.419)	0.850 (0.846)
Efectos fijos provincia.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	646	646	646	589	573	496	646	646	595	646	646
R ²	0.200	0.160	0.152	0.033	0.025	0.135	0.059	0.118	0.054	0.047	0.078
Clústers (provincias).....	50	50	50	50	50	50	50	50	50	50	50

materias, en la «función pública» (que de modo específico, a pesar de lo dicho, tiene un impacto de entidad mayor y de signo contrario, al observado en el análisis del nuevo criterio de costas), «contratos administrativos», «administración laboral» y en el conjunto de «otros asuntos». De nuevo, estos resultados deben ser tomados con cautelas. Por tanto, se puede concluir que con respecto a la situación anterior a la reforma 37/2011, la congestión de los juzgados de lo contencioso-administrativo se ha visto reducida de forma neta.

Los resultados de los modelos anteriores parecen ser robustos a la exclusión de la provincia de Madrid, tal y como se muestra en el Apéndice (cuadros n.ºs A.1 y A.2).

VI. CONCLUSIONES

Este artículo proporciona algunas conclusiones acerca de los efectos que ha tenido la aprobación de un nuevo criterio de imposición de costas procesales (en 2011) y un nuevo sistema de tasas judiciales (en 2012) en la eficacia y la litigiosidad de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para ello, una vez analizadas estas dos novedades legislativas desde un punto de vista jurídico, recopilamos información estadística del funcionamiento de los juzgados de lo contencioso-administrativo desde el año 2001 hasta el año 2014.

Dada la heterogeneidad de materias que existen en esta jurisdicción, parece importante analizar el efecto que hayan podido tener las dos reformas en cada uno de ellas (dado que, además, la carga de trabajo es distinta en función del grupo de asuntos de que se trate). Un análisis previo nos indica que la congestión de estos juzgados de lo contencioso-administrativo se debe principalmente a asuntos relacionados con el urbanismo y la ordenación del territorio y con la contratación administrativa.

Mediante modelos econométricos que tienen en cuenta las realidades provinciales que pueden afectar a la litigación más allá del criterio de costas o las tasas (es decir, tomando en cuenta, por ejemplo, el tamaño del mercado de la abogacía local o la composición sectorial de la economía de la provincia), este artículo estudia empíricamente si el nuevo criterio de imposición de costas procesales y las nuevas tasas judiciales tuvieron un impacto significativo en la litigiosidad y si tuvieron un reflejo en la eficacia de los juzgados (medida como la congestión judicial) tanto para el total de asuntos

como por materia.

Esta investigación lleva a la conclusión de que el nuevo criterio de costas se relaciona con una menor litigiosidad total (per cápita) en la jurisdicción contencioso-administrativa y con una reducción de la congestión judicial. Sin embargo, los efectos están lejos de ser homogéneos si observamos los efectos por materias. Así, el impacto de la reducción de la carga de trabajo de los juzgados (en cuanto a una menor litigiosidad) se observa en las materias de «función pública», «actividad sancionadora», «urbanismo y administración laboral». Por otro lado, las nuevas costas se relacionan con una reducción de la congestión en las materias de «función pública», «actividad sancionadora», «urbanismo», «contratos administrativos», «administración laboral» y el conjunto de otro tipo de asuntos.

En paralelo, la aprobación de las nuevas tasas judiciales (que nacieron en un contexto jurídico en el que ya se aplicaban las nuevas costas) muestra impactos menores y de atenuación (por tanto, de signo contrario) de los efectos de las costas. Estos resultados son robustos a la exclusión de Madrid de nuestras muestras.

NOTAS

(*) Queremos agradecer la ayuda prestada por ILDEFONSO VILLÁN CRIADO (CGPJ) por sus consejos sobre la utilización y análisis de datos judiciales y los comentarios y críticas de GABRIEL DOMÉNECH (Universitat de València) a una versión previa de este artículo, que han sido de una especial valía. Estamos igualmente agradecidos a los asistentes a la jornada de discusión sobre *Papeles de Economía Española* (Funcas, Madrid, 2016). Las opiniones y conclusiones recogidas en este trabajo representan las ideas de los autores, con las que no necesariamente tiene que coincidir el Banco de España o el Eurosistema. Ambos autores trabajan en la DG de economía y estadística del Banco de España. Correspondencia: MARTA MARTÍNEZ-MATUTE, economista. Correo electrónico: marta.martinez@bde.es. Teléfono: (+34) 913387036. JUAN S. MORA-SANGUINETTI, economista titulado y abogado (ICAM). Correo electrónico: juans.mora@bde.es. Tel. (+34) 913385197. Fax: (+34) 913385486. Banco de España. Alcalá 48, 28014, Madrid.

(1) Los países (o sistemas legales) cubiertos en el estudio de Palumbo *et al.* (2013a y 2013b) fueron: Australia, Austria, Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Inglaterra y Gales (Reino Unido), Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte (Reino Unido), Noruega, Polonia, Portugal, Rusia, Escocia (Reino Unido), República Eslovaca, Eslovenia, Sudáfrica, España, Suecia, Suiza y Turquía.

(2) España es el país con la tercera tasa más alta per cápita de litigios (después de Rusia y la República Checa y seguido de Grecia e Italia). La tasa de litigiosidad se mide como el cociente entre el número de nuevos conflictos de naturaleza civil llevados a los tribunales en un año determinado en relación con la población. Además, España es el país (después de Rusia, la República Checa y Grecia y seguido de Italia) con la cuarta tasa más alta de litigios llevados a los tribunales en un año determinado en relación con el PIB (medido en paridad de poder de compra -PPP- en dólares estadounidenses).

(3) Es decir, una vez tenidos en cuenta factores como la riqueza del país, el número de procedimientos, el ciclo económico o la «familia legal».

(4) Esto es sin perjuicio del menor tamaño de esta jurisdicción respecto de otras. Concretamente, su volumen de litigiosidad ascendería a un 3 por 100 del total entre 2003 y 2013 (CIJA-UAM, 2015).

(5) Es decir, como se señalaba antes, cabe contraponer plazo y «eficacia» de la justicia (o tutela judicial «efectiva») en palabras de CIERCO SEIRA, (2014).

(6) Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

(7) Estas proporciones fueron calculadas para la presencia de cada tipo de criterio en la jurisdicción civil.

(8) Cabe señalar que SHAVELL (1982) pensaba que la regla «británica» (ahora aplicable) parece favorecer que lleguen a los juzgados casos de menor cuantía (con mayor probabilidad de ganar el juicio) y la regla «americana» casos de mayor cuantía (con menor probabilidad de ganar).

(9) Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales.

(10) Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

(11) Para un análisis econométrico del impacto de las tasas judiciales en la jurisdicción civil, puede consultarse el trabajo de MORA-SANGUINETTI y MARTÍNEZ-MATUTE (2017).

(12) Según la CEPEJ, en 2010 las tasas cubrían el 4,1 por 100 del presupuesto de justicia en España, frente a la media europea del 22,3 por 100.

(13) La relación empírica entre litigiosidad y lentitud de la justicia es clara (PALUMBO *et al.*, 2013a).

(14) Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales.

(15) Mediante Real Decreto Ley 3/2013 y Real Decreto Ley 1/2015.

(16) De hecho, el gráfico sería evidencia (parcial, en cualquier caso) de que la litigiosidad en la jurisdicción contencioso-administrativa en España es procíclica. GINSBURG y HOETKER (2006), de hecho, argumentaban que la litigiosidad se ve potenciada en las etapas de expansión.

(17) Otras medidas de eficacia hubieran sido también posibles e informativas, como la tasa de «resolución judicial» o la «tasa de pendencia».

(18) En general, la población española tiene una movilidad interprovincial reducida. De acuerdo con la *Encuesta de Población Activa*, solo el 4,6 por 100 de los trabajadores españoles se movía a una provincia distinta a la de su residencia en el periodo 2005-2013.

(19) Estamos incluyendo cualquier instrumento a través del cual los bancos pueden ofrecer crédito a las empresas: préstamos financieros, préstamos comerciales, crédito documentario, *leasing*, *factoring*, *repos*, préstamos de valores y préstamos o créditos transferidos a terceros.

(20) La regulación del Banco de España establece que un préstamo está en esta situación si el pago del principal o de los intereses se ha retrasado por más de 90 días o hay alguna circunstancia que hace que la devolución total del préstamo sea poco probable (es decir, en ese caso se hablaría de un «crédito dudoso»).

(21) Tenemos 50 clústers representando a las 50 provincias, número que parece suficiente (sobre la discusión sobre el número de agrupaciones, véase ANGRIST y PISCHKE, 2009).

(22) Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

(23) Artículo 4 de la Ley 10/2012.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGRIST, J. D., y PISCHKE, J-S. (2009), *Mostly Harmless Econometrics: An Empiricist's Companion*, Princeton University Press, Princeton.
- BUONANNO, P., y GALIZZI, M. M. (2012), «Advocatus, et non latro? Testing the Supplier-Induced-Demand Hypothesis for Italian Courts of Justice», *Carlo Alberto Notebooks* 250.
- CARMIGNANI, A., y GIACOMELLI, S. (2010), *Too many Lawyers? Litigation in Italian Civil Court*, . Temi di Discussione 745, Banca d'Italia.
- CEPEJ - EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (2014), Report on «European judicial systems - Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice».
- CIERCO, C. (2014), *Tasas judiciales y justicia administrativa*, Marcial Pons, Madrid.
- CIJA-UAM (CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOBRE JUSTICIA ADMINISTRATIVA) (2015), *Informe sobre la Justicia Administrativa*, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid.
- DOMÉNECH, G. (2014), *Las tasas judiciales. Una valoración global*, Seminari de la Facultat de Dret de la Universitat de València, Mimeo.
- GARCÍA-POSADA, M., y MORA-SANGUINETTI, J. S. (2015), «Does (average) size matter? Court enforcement, business demography and firm growth», *Small Business Economics Journal*, 44: 639-669.
- GINSBURG, T., y HOETKER, G. (2006), «The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation», *Journal of Legal Studies*, 35: 31-59.
- HANSEN, F. (1999), «The Effects of Judicial Institutions on Uncertainty and the Rates of Litigation: The Election versus Appointment of State Judges», *Journal of Legal Studies*, 28: 205-232.
- MERY, R. (2015), «Court Fees: Charging the User as a Way to Mitigate Judicial Congestion», *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, 1(1), Article 7.
- MORA-SANGUINETTI, J. S. (2010), «A characterization of the judicial system in Spain: analysis with formalism indices», *Economic Analysis of Law Review*, 1: 210-240.
- (2013) «El funcionamiento del sistema judicial: nueva evidencia comparada», *Boletín Económico-Banco de España*, 11: 57-67.
- MORA-SANGUINETTI, J. S., y GAROUPA, N. (2015), «Do lawyers induce litigation? Evidence from Spain, 2001-2010», *International Review of Law and Economics*, 44: 29-41.
- MORA-SANGUINETTI, J. S., y MARTÍNEZ-MATUTE, M. (2017), *The impacts of court fees in the accessibility of justice: evidence for the new civil fees systems of 2002 and 2012 in Spain*, Mimeo.
- PALUMBO, G.; GIUPPONI, G.; NUNZIATA, L., y MORA-SANGUINETTI, J. S. (2013a), «The Economics of Civil Justice: New Cross-Country Data and Empirics», OECD Economics Department, *Working Papers* n.º 1.060.
- (2013b), «Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective», *OECD Economic Policy Paper* n.º 5.
- SHAVELL, S. (1982), «Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs», *The Journal of Legal Studies*, 11: 55-81.
- (1997), «The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System», *The Journal of Legal Studies*, 26: 575-612.

APÉNDICE

CUADRO N.º A.1

IMPACTO DEL NUEVO CRITERIO DE COSTAS Y LAS NUEVAS TASAS JUDICIALES EN LA LITIGIOSIDAD (EXCLUYENDO A MADRID)

VARIABLES	ASUNTOS TOTALES INICIADOS PER CÁPITA	ASUNTOS PARTICULARES INICIADOS PER CÁPITA									
		Función pública	Actividad sancionadora	Extranjería	Administración laboral	Responsabilidad patrimonial	Urbanismo	Administración tributaria	Contratos administrativos	Autorización domicilio	Otros asuntos
Costas 37/2011.....	-3 477*** (0.849)	-3.334*** (0.657)	-0.670*** (0.115)	0.227 (0.223)	-0.0607* (0.0326)	0.638 (0.642)	-0.181*** (0.0478)	0.00372 (0.0594)	-0.0333 (0.0515)	0.00442 (0.0220)	-0.0345 (0.117)
Reforma 10/2012.....	2.718*** (0.652)	2.914*** (0.516)	0.363*** (0.0845)	-0.208 (0.160)	0.0319 (0.0233)	-0.494 (0.424)	0.119*** (0.0343)	-0.0300 (0.0392)	-0.0497 (0.0363)	0.00537 (0.0159)	0.0439 (0.0755)
Ratio de créditos morosos	-0.636 (0.852)	0.285 (0.587)	0.0585 (0.297)	-0.432 (0.279)	0.0405 (0.0303)	-0.810 (0.785)	-0.0435 (0.0555)	-0.0228 (0.134)	0.184** (0.0734)	-0.0400 (0.0335)	0.124 (0.170)
Abogados per cápita.....	-62.92*** (19.58)	-51.62*** (17.43)	-9.926** (4.808)	-2.512 (9.651)	-0.813 (1.379)	10.15 (6.132)	1.852 (1.348)	-2.354 (3.727)	-1.092 (1.420)	-0.225 (0.751)	-7.025 (4.588)
Número de empresas per cápita	103.1*** (26.44)	46.73** (19.13)	-4.521 (2.817)	29.26*** (10.74)	2.892*** (0.807)	22.88*** (4.309)	4.790** (1.959)	-4.371** (2.142)	2.243 (1.468)	-0.460 (0.617)	2.121 (2.691)
Industria	-4.302 (3.847)	-4.821 (3.119)	0.822 (0.545)	-0.970 (1.136)	-0.363 (0.221)	0.327 (0.941)	0.223 (0.239)	0.169 (0.321)	0.0366 (0.261)	0.146 (0.155)	0.0611 (1.022)
Construcción.....	-6.924 (4.687)	-7.908** (3.067)	-0.510 (0.829)	0.232 (2.130)	-0.189 (0.235)	0.231 (0.973)	0.363 (0.304)	0.117 (0.338)	-0.429* (0.223)	0.331*** (0.111)	0.869 (0.759)
Servicios.....	8.033** (3.256)	1.273 (1.992)	0.542 (0.461)	2.055 (1.230)	0.0550 (0.141)	3.174** (1.185)	0.421* (0.218)	0.109 (0.227)	0.581*** (0.196)	0.113 (0.0963)	-0.326 (0.659)
Constante	-7.390*** (2.340)	-1.316 (1.219)	0.408 (0.389)	-2.658** (1.097)	-0.0738 (0.138)	-3.355*** (0.935)	-0.455*** (0.157)	0.318 (0.206)	-0.410*** (0.144)	-0.0313 (0.0955)	0.288 (0.618)
Efectos fijos provincia.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	633	633	633	633	633	633	633	633	633	633	633
R ²	0.315	0.171	0.222	0.197	0.086	0.269	0.305	0.026	0.484	0.067	0.030
Clústers (provincias).....	49	49	49	49	49	49	49	49	49	49	49

CUADRO N.º A.2

IMPACTO DEL NUEVO CRITERIO DE COSTAS Y LAS NUEVAS TASAS JUDICIALES EN LA CONGESTIÓN (EXCLUYENDO A MADRID)

VARIABLES	TASA DE CONGESTIÓN DE ASUNTOS TOTALES	TASAS DE CONGESTIÓN DE ASUNTOS PARTICULARES									
		Función Pública	Actividad sancionadora	Extranjería	Administración laboral	Responsabilidad patrimonial	Urbanismo	Administración tributaria	Contratos administrativos	Autorización domicilio	Otros asuntos
Costas 37/2011.....	-0.865*** (0.237)	-1.736*** (0.455)	-0.783* (0.412)	0.371 (0.521)	-2.096*** (0.723)	-0.213 (0.381)	-0.946*** (0.370)	-0.854 (0.655)	-2.832*** (0.910)	-0.0875 (0.184)	-1.018** (0.416)
Reforma 10/2012.....	0.611*** (0.181)	1.839*** (0.336)	0.156 (0.526)	-0.267 (0.328)	1.591** (0.719)	-0.0395 (0.253)	0.423 (0.291)	0.154 (0.550)	2.090*** (0.615)	0.0180 (0.139)	0.527 (0.327)
Ratio de créditos morosos	0.314 (0.351)	0.704 (0.739)	0.731 (0.618)	-1.552 (1.035)	-2.086 (3.253)	-0.589 (0.824)	0.814 (0.590)	-0.556 (0.768)	0.784 (1.263)	-0.00698 (0.179)	0.802 (0.704)
Abogados per cápita.....	-47.65*** (10.79)	-68.46*** (16.56)	-73.24*** (24.22)	-51.49*** (13.35)	-115.9** (47.23)	-47.90*** (8.182)	-53.00*** (17.29)	-82.20*** (15.14)	-101.9*** (21.50)	7.077 (4.512)	26.69** (12.71)
Número de empresas per cápita	35.90*** (9.850)	57.49*** (16.07)	40.45*** (9.756)	-0.999 (13.80)	61.17 (48.47)	5.843 (15.25)	25.51 (18.66)	23.77 (20.16)	94.84*** (23.98)	7.172** (2.914)	23.20** (9.652)
Industria	-1.665 (1.448)	-3.043 (2.953)	-1.868 (1.225)	0.902 (2.782)	14.39 (16.31)	1.300 (3.080)	1.970 (2.203)	-0.828 (2.473)	4.193 (5.455)	0.943 (0.718)	-1.081 (1.427)
Construcción.....	-2.752 (1.766)	-3.371 (3.040)	-2.210 (1.850)	-2.363 (2.722)	11.17 (11.89)	-3.119 (2.914)	0.829 (2.110)	-6.333*** (2.056)	-0.549 (6.134)	-0.549 (0.673)	-2.695* (1.597)
Servicios.....	0.302 (1.383)	-0.294 (2.810)	1.759* (1.048)	-0.324 (1.699)	20.50 (19.09)	-1.664 (2.052)	1.225 (1.691)	3.383 (2.463)	0.381 (4.716)	0.896* (0.500)	0.0927 (1.251)
Constante	-0.0371 (0.977)	-0.721 (2.109)	-1.314 (0.846)	2.361 (1.693)	-18.03 (17.83)	3.189* (1.734)	-0.478 (1.174)	-0.550 (1.818)	-4.204 (3.924)	0.0513 (0.419)	0.831 (0.844)
Efectos fijos provincia.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	633	633	633	577	561	486	633	633	582	633	633
R ²	0.192	0.150	0.139	0.034	0.025	0.137	0.057	0.113	0.054	0.045	0.075
Clústers (provincias).....	49	49	49	49	49	49	49	49	49	49	49

Resumen

Este trabajo ofrece un análisis descriptivo de las fluctuaciones de la demanda y la oferta de justicia en la jurisdicción civil de primera instancia y primera instancia e instrucción en España, durante los años 2004 a 2014. En la última década, los asuntos ingresados han aumentado un 74,2 por 100, mientras que los asuntos resueltos crecieron un 95,4 por 100. Sin embargo, la tasa de congestión en el año 2014 era del 153 por 100 y los procesos duraban 202,6 días en promedio, al tiempo que se apelaban un 19,2 por 100 del total de sentencias y autos dictados en primera instancia. Estudios previos sugieren que el aumento de la litigiosidad se debe, entre otras variables, a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001, a la recesión económica, y al número de abogados. La oferta de justicia se encuentra altamente correlacionada a su demanda, y también depende de la dotación de factores y medios, de la eficiencia en la asignación de los recursos, y del desempeño de los juzgados.

Palabras clave: demanda de justicia, oferta de justicia, administración de justicia, justicia civil.

Abstract

This paper offers a descriptive analysis on the demand and supply of Civil Justice in Spain, from 2004 to 2014. In the last decade the filed cases have increased a 74.2 por 100, while the resolved cases have grown a 95.4 por 100. Nevertheless, in 2014 the congestion rate was 153 por 100 and the duration of proceedings was about 202.6 days on average. Previous studies suggest that this growing trend of civil litigation in Spain responds to the last major reform in the Civil Procedure Code, the economic recession, the number of lawyers and the population, among others determinants. The supply of Civil Justice is highly correlated to its demand, and also depends on the factors endowment, the judicial efficiency and the courts' performance.

Key words: demand of justice, supply of justice, justice administration, civil justice.

JEL classification: K40, K41, K49.

DEMANDA Y OFERTA DE JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA

Virginia ROSALES (*)

Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

DESDE el trabajo pionero de Santos Pastor Prieto (1993), en España cada vez son más los estudios que analizan los problemas que atañen a la administración de justicia desde un enfoque económico (1). En su libro *«¡Ah de la Justicia! Política Judicial y Economía»*, Pastor Prieto comenzaba con el planteamiento de una serie de cuestiones relacionadas a la actividad del sistema judicial:

«¿Por qué y sobre qué pleitea la gente? ¿Cuánto cuesta a la sociedad que la gente litigue? ¿Qué papel juegan los abogados en la potenciación o reducción de la litigiosidad? ¿Cómo afectan los cambios en los costes de pleitear, en la tardanza o en otras variables a la conducta de los potenciales litigantes? [...] ¿Qué y cuánto “producen” nuestros jueces? [...] ¿Se administran bien los recursos de que dispone la justicia española?»

Estas y otras preguntas, formuladas desde el enfoque económico, aportaron en su momento una forma poco habitual de abordar los problemas del sistema judicial en España, y su objetivo principal consistió en *dar soporte a una política judicial con sentido* (Pastor, 1993:23). Hoy por hoy podemos decir que, efectivamente, estudiar los problemas de la administración de justicia utilizando el marco conceptual y metodológico de la ciencia económica proporciona una herra-

mienta de gran utilidad a la hora de diseñar políticas que busquen mejorar el desempeño judicial, siendo cada vez mayor el número de estudios tanto en el ámbito profesional como en el académico que analizan los problemas de la justicia bajo el prisma de la economía (2).

Es importante resaltar que, cuando nos acercamos al sistema judicial desde el enfoque económico, debemos tener en cuenta las dos caras de la moneda; esto es, el lado de la demanda y el lado de la oferta. En la tradición del análisis económico del derecho, el lado de la demanda estudia los incentivos que tienen las partes a ir a juicio, así como también los costes y los beneficios que estas deben sopesar a la hora de tomar la decisión de pleitear o llegar a un acuerdo (3). Por su parte, el lado de la oferta analiza problemas relacionados con el diseño institucional, la organización y la gestión del Sistema Judicial, como por ejemplo: los incentivos de los jueces y otros operadores judiciales (4), y el desempeño de los juzgados como unidades de producción (que abarca, entre otros, aspectos relacionados con la eficacia, eficiencia, calidad, accesibilidad, independencia y transparencia del Sistema de Justicia) (5).

Este trabajo ofrece un análisis descriptivo de las fluctuaciones de la demanda y la oferta de justicia en la jurisdicción civil de primera instancia y primera instancia e instrucción en España durante los años 2004 a 2014. En las sec-

ciones segunda y tercera de este trabajo se ofrece una panorámica de la demanda y la oferta de justicia civil en España; mientras que en la cuarta sección se analizan algunos de sus determinantes a la luz de los resultados de estudios empíricos previos para el caso de España. Por último, en la sección quinta se presentan los comentarios finales y las implicaciones de política pública.

II. DEMANDA DE JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA

En esta sección se presenta un análisis descriptivo de la carga de trabajo de los juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción, durante los años 2004 a 2014, poniendo énfasis en el movimiento y la composición de asuntos que ingresan al sistema.

1. ¿Cuánto se demanda?

Tal como se puede apreciar en el gráfico 1, en el período de tiempo estudiado los asuntos ingresados en los juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción presentan una tendencia creciente desde el 2004 al 2009, mostrando a partir de ese año pequeñas fluctuaciones, para situarse en 1.244.192 asuntos ingresados en el año 2014 (6). Si se toma en cuenta que en el 2004 se ingresaron 714.429, se puede decir que la demanda de justicia civil ha aumentado un 74,2 por 100 en los últimos 10 años. Este dato no resulta sorprendente, ya que de acuerdo al informe *The Economics of Civil Justice 2013* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), España se encuentra entre los países más litigiosos, después de Rusia y la República Checa.

La carga de trabajo de los juzgados muestra una tendencia muy parecida a la de los asuntos ingresados. Dicha variable es la suma de los asuntos pendientes al inicio y los asuntos ingresados, y pasó de 1.159.735 asuntos en 2004 a 1.966.303 asuntos en 2014, lo que significa que aumentó un 69,5 por 100 en la última década. En la sección cuarta se analizan algunos de los determinantes de la demanda de justicia civil en España; sin embargo, tal como sugieren algunos estudios previos, podemos adelantar que hay factores como el ciclo económico, la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil o el número de abogados que han influido en la demanda de justicia civil en el país.

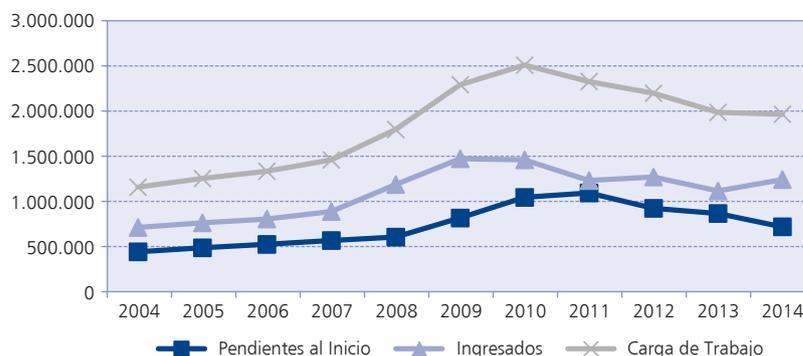
Otro indicador clave en este ámbito es la tasa de litigiosidad. Como se puede ver en el gráfico 2, en el año 2004 fue de 1,65 por 100 mientras que en el 2014 era mayor en un punto porcentual. El valor máximo de la serie se alcanza en el año 2009, y como veremos en la

sección IV, esto puede estar estrechamente ligado al ciclo económico.

¿Qué se demanda?

También es interesante observar la composición de la demanda de justicia civil en primera instancia y primera instancia e instrucción. Como se puede ver en el gráfico 3 el procedimiento que ocupa un mayor porcentaje de los asuntos ingresados es, sin lugar a dudas, el procedimiento monitorio, seguido de los procedimientos verbales y ordinarios. El procedimiento monitorio llegó a ocupar el 61,15 por 100 de los asuntos en el año 2010. Como veremos en la cuarta sección, esto puede estar ligado a la crisis económica iniciada en el año 2009, dado que el procedimiento monitorio permite reclamar ante los juzgados, de una manera rápida y sencilla, el pago de deudas; por tanto, es razonable esperar que durante los periodos de recesión económica aumente la demanda de este tipo de procedimiento.

GRÁFICO 1
DEMANDA DE JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA(*): ASUNTOS PENDIENTES AL INICIO, INGRESADOS Y CARGA DE TRABAJO, 2004-2014



(*) Asuntos pendientes al inicio (1), ingresados (2) y carga de trabajo (1+2), en los juzgados de primera instancia e instrucción durante los años 2004 a 2014. Tomando en cuenta únicamente los procesos contenciosos de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente (sin derecho de familia). Para mayor detalle, véase el Apéndice n.º 1.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la estadística oficial del Consejo General del Poder Judicial.

GRÁFICO 2
DEMANDA DE JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA(*): TASA DE LITIGIOSIDAD.
2004-2014

(Porcentaje)

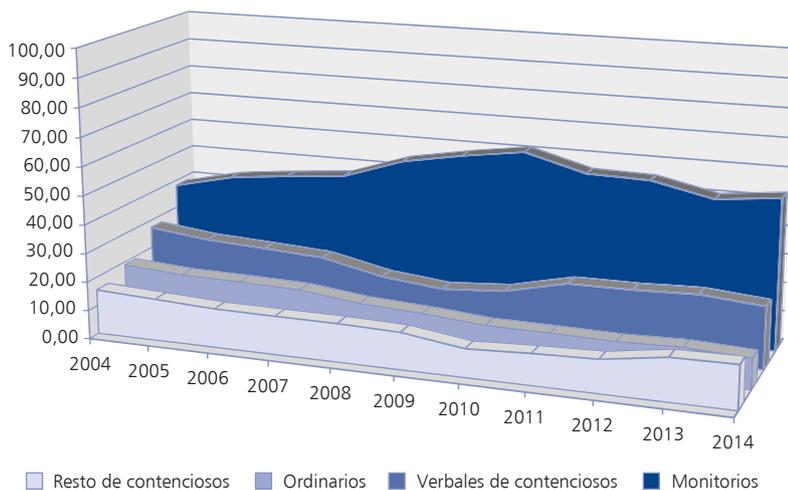


(*) Tasa de litigiosidad civil en los juzgados de primera instancia e instrucción durante los años 2004 a 2014. Tomando en cuenta únicamente los procesos contenciosos de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente (sin derecho de familia). Tasa de litigiosidad = (asuntos ingresados ÷ población) * 100. Para mayor detalle, véase el Apéndice n.º 1.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial y el Instituto Nacional de Estadística.

GRÁFICO 3
COMPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA (*):
POR TIPO DE PROCEDIMIENTO, 2004-2014

(Porcentaje)



(*) Para mayor detalle sobre los asuntos presentados en esta figura, véase Apéndice n.º 2.
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial.

1. ¿Cuánto se oferta?

Tal como se puede ver en el gráfico 4, los asuntos resueltos, así como lo asuntos pendientes al finalizar, presentan una tendencia muy parecida, creciente hasta el 2010, año en el que ambas variables alcanzan su máximo, y a partir de allí decreciente, aunque a ritmos distintos. Llama la atención que en 2004 el número de asuntos resueltos fue de 656.567, mientras que en el año 2014 este valor casi se duplica, ascendiendo el número de resoluciones a 1.282.696.

¿Qué variables explican este comportamiento de las series de asuntos resueltos y pendientes al finalizar? De acuerdo con los resultados de estudios previos, podemos tener en cuenta los «factores de producción» (trabajo, capital, tecnología), los medios con los que cuenta la Justicia, y también la relación que existe entre la oferta y la demanda de justicia. En este sentido, cabe resaltar que, si comparamos las tendencias de las variables que miden la demanda y la oferta de justicia civil en España, podemos ver que es evidente la correlación positiva que existe entre ambas. En la sección IV profundizaremos en los determinantes de la oferta.

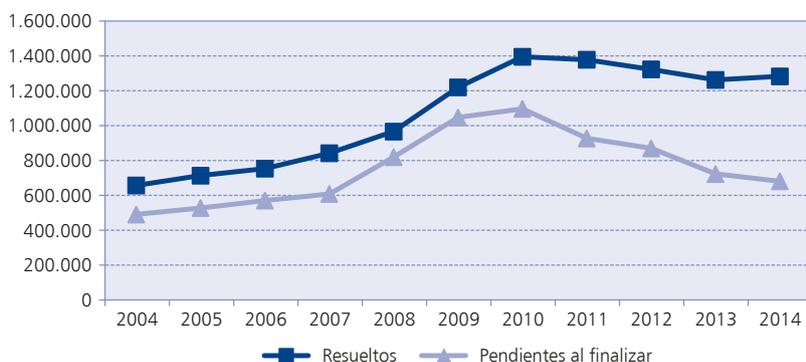
En el gráfico 5 se presentan las tasas de resolución, pendencia y congestión. Aunque la serie de datos correspondiente a la tasa de congestión nos muestra que la jurisdicción civil de primera instancia en España está congestionada, cabe resaltar que la serie presenta una tendencia decreciente, y si bien en el 2004 la tasa de congestión alcanzaba el 177 por 100, en el 2014 ya había bajado a un 153 por 100. Lo mismo se puede decir para la tasa de pendencia, que ha ido

III. OFERTA DE JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA

A continuación se presenta un análisis descriptivo de la oferta de justicia civil de los juzgados de primera instancia

y primera instancia e instrucción, durante los años 2004 a 2014. Además del movimiento y composición de los asuntos, se ofrecen algunos datos sobre duración y calidad de las resoluciones.

GRÁFICO 4

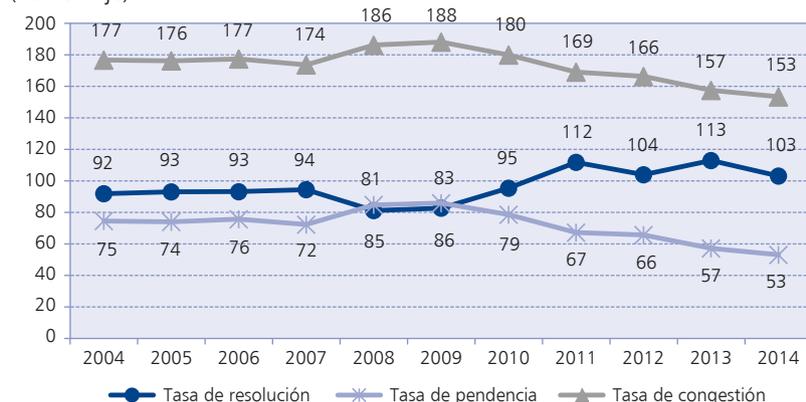
OFERTA DE JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA (*): ASUNTOS RESUELTOS Y PENDIENTES AL FINALIZAR, 2004-2014

(*) Asuntos resueltos y pendientes al finalizar, en los juzgados de primera instancia e instrucción durante los años 2004 a 2014. Tomando en cuenta únicamente los procesos contenciosos de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente (sin derecho de familia). Para mayor detalle, véase el Apéndice n.º 3. Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial.

GRÁFICO 5

OFERTA DE JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA (*): TASAS DE RESOLUCIÓN, PENDENCIA Y CONGESTIÓN, 2004-2014

(Porcentaje)



(*) Tasas de resolución, pendencia y congestión en los juzgados de primera instancia e instrucción durante los años 2004 a 2014. Tomando en cuenta únicamente los procesos contenciosos de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente (sin derecho de familia). Tasa de resolución = (asuntos resueltos ÷ asuntos ingresados)*100. Tasa de pendencia = (asuntos pendientes al final ÷ asuntos resueltos)*100. Tasa de congestión = [(asuntos pendientes al inicio + asuntos ingresados) ÷ asuntos resueltos]*100. Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial.

disminuyendo en los últimos años. Por su parte, la tasa de resolución, que mide el cociente entre el número de asuntos resueltos y el número de asuntos ingresados, pasó de un 92 por 100 a un 103 por 100 en la

última década. Como analizaremos en la siguiente sección, la congestión del sistema no solo depende del desempeño de los juzgados, también está estrechamente ligada a la demanda de justicia. En el año 2007, en un

estudio sobre la litigiosidad en España, Pastor (2007: 336) sostenía que «existe una litigiosidad excesiva e ineficiente».

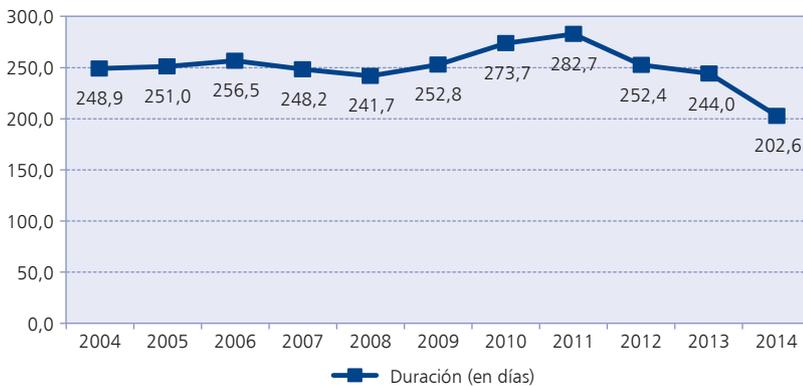
Otro indicador importante para evaluar el lado de la oferta de justicia es la duración de los procesos. En el caso de España, la estadística judicial no proporciona datos sobre esta variable, pero se puede aproximar a partir de un indicador que mide el cociente entre la suma de asuntos pendientes al inicio y pendientes al finalizar y la suma de los asuntos ingresados más los resueltos en el período, multiplicado por 365 (7).

La duración de los procesos es una variable que está altamente correlacionada a la tasa de congestión del sistema. En el caso que nos ocupa, tal como se puede ver en el gráfico 6, aunque la serie presenta pequeñas fluctuaciones, en el período de tiempo estudiado, a los largo de la última década, se puede decir que ha disminuido en un 18,6 por 100 si comparamos los datos de 2004 y el 2014.

2. ¿Qué se oferta?

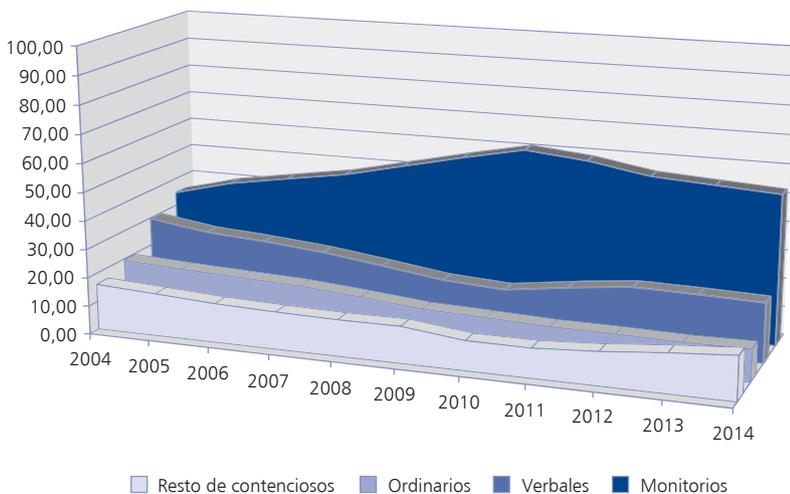
La composición de la oferta de los juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción está estrechamente ligada a la demanda. En ese sentido, como se puede ver en el gráfico 7, el procedimiento que representa un mayor porcentaje de la oferta es el monitorio, seguido de los procedimientos verbales y ordinarios. En el año 2010, el porcentaje de monitorios resueltos sobre el total de asuntos resueltos fue de un 60,9 por 100, mientras que, en ese mismo año, otros procedimientos como los ordinarios o los verbales representaron un 12,3 por 100 y un 16,4 por 100 respectivamente.

GRÁFICO 6
OFERTA DE JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA (*): DURACIÓN DEL PROCESO, 2004-2014



(*) Duración del proceso en los juzgados de primera instancia e instrucción durante los años 2004 a 2014. Tomando en cuenta únicamente los procesos contenciosos de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente (sin derecho de familia). Al no existir datos sobre duración, se ha utilizado un indicador que se calcula como sigue, duración = [(asuntos pendientes al inicio + asuntos pendientes al final) ÷ (asuntos ingresados + asuntos resueltos)]*365.
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial.

GRÁFICO 7
COMPOSICIÓN DE LA OFERTA DE JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA (*): POR TIPO DE PROCEDIMIENTO, 2004-2014
(Porcentaje)



(*) Para mayor detalle sobre los asuntos presentados en esta figura, véase el Apéndice n.º 1. Para mayor detalle, véase el Apéndice n.º 2.
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial.

tra las resoluciones dictadas por los órganos de instancia. En este caso, y como indicadores claves al menos podríamos señalar dos: la tasa de nulidad y la tasa de revocación».

En este sentido, la tasa de apelación del total de sentencias y autos dictados en primera instancia y primera instancia e instrucción ha sufrido importantes variaciones en el periodo de tiempo que se analiza en este estudio. Sin embargo, como se puede ver en el gráfico 8, si comparamos el valor del año 2004, cuando se apelaban el 8,2 por 100 de las sentencias y autos dictados en primera instancia, con el valor del año 2014, donde se apelaban el 7,38 por 100 de las sentencias y autos dictados en primera instancia, podemos decir que el balance de esta década es positivo, ya que las apelaciones han disminuido en más de un punto porcentual.

Por otro lado, tal como se puede ver en el gráfico 9, la tasa de revocación del total de sentencias y autos que se recurrieron también ha variado durante los años 2004 a 2014. Experimentando subidas y bajadas a lo largo de la década. En 2004, la tasa de revocación era del 17,5 por 100 de los asuntos elevados a segunda instancia, mientras que en 2014 este valor subía a 18,1 por 100

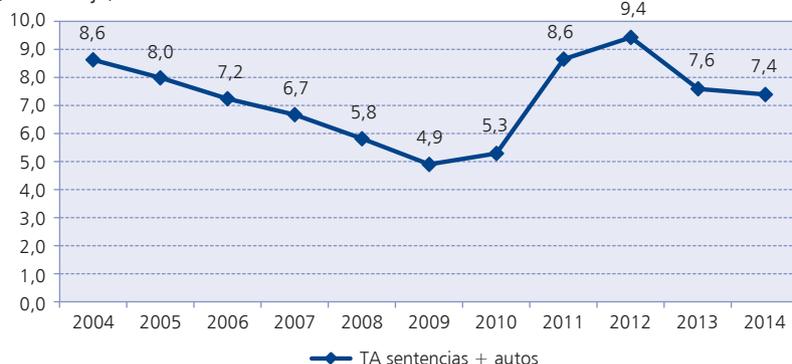
Por último, como se puede ver en el gráfico 10, la tasa de nulidad de sentencias y autos presenta una tendencia decreciente durante el periodo de tiempo estudiado. En el año 2004, la tasa de nulidad de sentencias y autos que se recurrieron en ese año fue del 1,57 por 100, mientras que en el año 2014 este valor bajó al 0,79 por 100.

¿Qué sucede con la calidad de las resoluciones?

Tal como señala Pastor (2016) (8), en referencia a este tema,

«para el control y la promoción de la calidad de las resoluciones, la ley dispone de un buen mecanismo cual es las apelaciones y otros recursos y nulidades con-

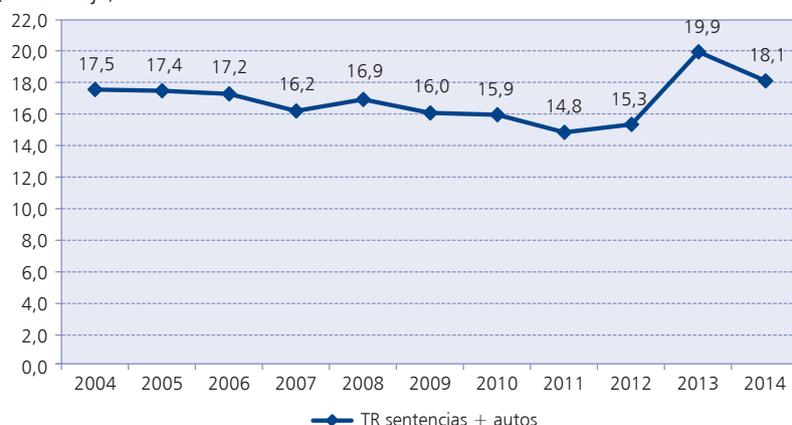
GRÁFICO 8
TASA DE APELACIÓN DE SENTENCIAS + AUTOS (*): SERIE 2004-2014
(Porcentaje)



(*) Tasa de apelación = (recursos elevados a segunda instancia contra sentencias + autos) ÷ (sentencias + autos dictados en primera instancia y primera instancia e instrucción).

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial.

GRÁFICO 9
TASA DE REVOCACIÓN DE SENTENCIAS + AUTOS (*): SERIE 2004-2014
(Porcentaje)



(*) Tasa de revocación = (sentencias + autos revocados total o parcialmente en segunda instancia) ÷ (recursos elevados a segunda instancia contra sentencias + autos).

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial.

IV. ANÁLISIS DE LOS DETERMINANTES DE LA DEMANDA Y OFERTA DE JUSTICIA CIVIL EN ESPAÑA

La teoría que analiza los determinantes de la demanda y la oferta de justicia es muy extensa, y el análisis empírico de los mismos no se queda atrás,

siendo cada vez mayor el número de estudios que buscan explicar las causas tanto de la litigiosidad como del desempeño judicial (9). En esta sección solo profundizaremos en la evidencia empírica de estudios recientes aplicados al caso de España, para intentar explicar las fluctuaciones de la demanda y la oferta que hemos presenta-

do en las secciones dos y tres de este trabajo.

1. El lado de la demanda

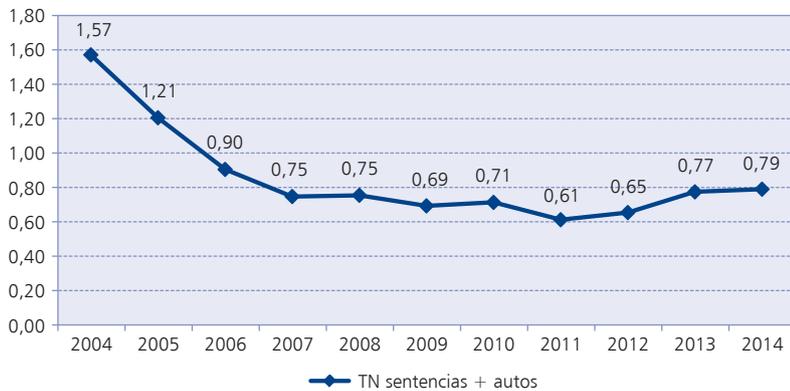
Estudios empíricos recientes sugieren que entre los principales determinantes de la demanda de justicia en España podemos citar:

Ley de Enjuiciamiento Civil/2000

El 8 de enero de 2000 se publicó la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000), y entró en vigor a mediados de enero del año 2001. La Ley contó con un amplio consenso parlamentario, y venía a sustituir a la Ley de 1881 y sus numerosas modificaciones desde entonces. Cuando se aprobó la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC/2000), la justicia española atravesaba por una grave crisis en su valoración por los ciudadanos, y, lo que es peor, en su propio funcionamiento, con una duración desmedida de los procedimientos y un estado obsoleto de los elementos instrumentales, a lo que se sumaba una deficiente relación con usuarios y operadores jurídicos. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil obligó al poder judicial, a las administraciones responsables de proveer los recursos y a los ciudadanos a acercarse más a la justicia. La Ley obligó no solo a un cambio de los modos procesales, sino también a un cambio en los espacios en los que se imparte la justicia, y en los instrumentos que se usan para hacerlo (véase Pastor y Robledo, 2006: capítulo 21).

En términos generales se puede decir que los principales cambios que introducía la LEC/2000 se traducían en una simplificación de los procedimientos, menor bu-

GRÁFICO 10
TASA DE NULIDAD DE SENTENCIAS + AUTOS (*): SERIE 2004-2014
 (Porcentaje)



(*) Tasa de nulidad = (sentencias + autos anulados en segunda instancia) ÷ (recursos elevados a segunda instancia contra sentencias + autos).
 Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial.

rocratización, mayor accesibilidad a la justicia (10). Desde el punto de vista de nuestro análisis, en este cambio de ley es destacable la introducción del procedimiento monitorio, que en su momento dio un perfil renovador a un tipo de litigiosidad sencilla, como deudas documentadas vencidas, líquidas y exigibles; en un principio menores de 30.000 euros, aunque en la actualidad, debido a una reforma de la Ley en el año 2011, no existe un límite cuantitativo para introducir la reclamación (11). Estas reclamaciones pueden ser tramitadas sin abogado ni procurador.

Desde el punto de vista del enfoque económico, los cambios introducidos en la LEC/2000 reducen el coste esperado de la justicia; por tanto, es un factor a la hora de tener en cuenta como uno de los principales determinantes del aumento de la litigiosidad en España. En cuanto a la evidencia empírica, estudios llevados a cabo por Rosales-López (2007 y 2008), Pastor (2007) y por Rosales y Jiménez-Rubio (2016), encontraron que la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

ha tenido un efecto positivo y significativo en la tasa de litigiosidad civil en España.

El ciclo económico

Como se puede apreciar en el gráfico 11, durante el período de tiempo estudiado, España vivió grandes fluctuaciones macroeconómicas. Hemos pasado de un periodo de bonanza, que llegó a su punto máximo en el año

2006, a caer vertiginosamente hasta llegar al mínimo en el año 2009. A partir de ese año, la tasa de crecimiento del producto interior bruto (PIB) ha registrado una actividad inestable; previéndose una recuperación económica en el corto plazo, tanto por fuentes nacionales como internacionales.

El ciclo económico está altamente correlacionado con la demanda de justicia. Los datos utilizados en este estudio muestran que la correlación entre ambas variables es elevada y negativa (-0,81), lo que significa que a menor tasa de crecimiento económico, mayor litigiosidad civil (12). Lo que se encuentra en línea con los resultados del estudio de Rosales y Jiménez-Rubio (2016), quienes a partir de un análisis del panel de datos de los años 1995 hasta el 2010, encontraron que la tasa de litigiosidad en España está fuertemente ligada al ciclo económico. También con los estudios de Clemenz y Gugler (2000) y Ginsburg y Hoetker (2006) (13).

Número de abogados

La teoría económica predice que un aumento en el número

GRÁFICO 11
CRECIMIENTO ECONÓMICO EN ESPAÑA (%): TASA DE VARIACIÓN ANUAL DEL PIB, 2004-2014



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Instituto Nacional de Estadística.

de abogados reduce el precio de su servicio (véase Posner, 1997). Esto significa una reducción en los costes de presentar una demanda y, por tanto, una mayor tasa de litigios. Sin embargo, el mercado de servicios legales no siempre es un mercado competitivo, por tanto, no es tan sencillo predecir lo que sucederá con la tasa de litigios ante un aumento en la oferta de servicios legales, especialmente en países con altas regulaciones impuestas por los colegios de abogados.

En España, el mercado de servicios legales no es un mercado competitivo. En la actualidad, la profesión jurídica está regulada por la Ley de Acceso (Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales) (14). Con respecto a la evidencia empírica para el caso español, en su estudio *Do Lawyers Induce Litigation? Evidence from Spain 2001-2010*, Mora-Sanguinetti y Garoupa (2015) encontraron una relación estadísticamente significativa y positiva entre el número de abogados per cápita y la tasa de litigios a nivel de provincia. En concreto, cuando aumenta el número de abogados en un 1 por 100, la tasa de litigios aumenta en un 1,4 por 100.

Variables demográficas

La demanda de justicia está estrechamente ligada a la población. Los datos muestran que la correlación entre ambas variables es muy alta y positiva (0,88), lo que quiere decir que a mayor población, mayor número de asuntos ingresados en el sistema.

2. El lado de la oferta

La evidencia empírica de estudios previos sugiere que el *output*

judicial depende de variables tales como el número de personal que trabaja en los juzgados, la disponibilidad de personal de refuerzo en los juzgados, el nivel educativo de los jueces, las perspectivas de promoción de los jueces y del personal de gestión, el tiempo que los jueces dedican a tareas de adjudicación y a tareas administrativas (15). Asimismo, como en cualquier función de producción, se puede decir que factores como el capital y la tecnología también influyen sobre el *output* judicial (véase Buscaglia y Dakolias, 1999). La complejidad de los casos ingresados en el sistema, el nivel de ingreso y carácter litigioso de la población, también han sido halladas significativas a la hora de explicar el desempeño judicial (véase Gorman y Ruggiero, 2009). Por último, el incremento del gasto público: por un lado, tiene un efecto positivo sobre la oferta de justicia, pero por otro lado, en el medio plazo, hace que aumente la demanda de justicia, alimentando así la congestión judicial, lo que dificulta conocer su efecto neto sobre la eficiencia (Pastor, 1993 y 2003; Buscaglia y Ulen, 1997).

A continuación nos centraremos en las variables que han sido encontradas significativas a la hora de explicar la oferta de justicia en España.

Los factores de producción

— Si bien el capital, el capital humano, y la tecnología han sido dos factores hallados significativos en estudios fuera de España, la estadística judicial española no proporciona datos sobre estas variables que permitan determinar el efecto que puedan tener sobre el *output* judicial en el país. Sin embargo,

sobre la influencia del factor trabajo en la oferta de justicia, la evidencia empírica sugiere que a medida que aumenta el personal judicial aumenta el número de resoluciones por juzgado, pero con rendimientos decrecientes, lo que quiere decir que, por cada trabajador adicional que se contrata, el *output* judicial va aumentando, pero a un ritmo cada vez menor (Rosales-López, 2008).

Variables económicas:

— *El gasto público en justicia.* Un mayor gasto en justicia no necesariamente implica una mayor producción, porque, tal como decía Pastor (2003) «[l]os problemas de la justicia no son cuestión que pueda solventarse solo ni principalmente con más recursos. (...) La justicia española no produce cuanto puede con los recursos con que cuenta, y lo que produce no lo hace al menor coste posible; esto es, existe un cierto grado de despilfarro».

Carga de trabajo

— *Litigiosidad.* Tal como hemos visto en la segunda sección de este trabajo, el número de asuntos ingresados ha aumentado un 74,2 por 100 entre el 2004 y el año 2014. Con los datos disponibles, podemos decir que existe una alta correlación positiva (+0,9) entre los asuntos ingresados y los asuntos resueltos.

Aspectos organizacionales

— *Incentivos de los jueces.* De acuerdo con Cabrillo y Pastor (2001), el marco de incentivos de los jueces puede tener efectos positivos sobre la productividad, como por ejemplo la

perspectiva de ascenso o promoción. Sin embargo, también hay incentivos que pueden generar efectos negativos sobre la producción. Algunos sistemas de evaluación de los jueces no siempre han dado los resultados deseados. Tal como señala Doménech-Pascual (2009), el sistema de retribución variable basado en la productividad del juez puede incluso tener incentivos perversos, como, por ejemplo, el suministro de información distorsionada sobre la productividad judicial.

— *Incentivos del personal judicial.* Es de esperar que en el caso del personal judicial suceda lo mismo que con los jueces; la perspectiva de ascenso, promoción o reconocimiento del trabajo y esfuerzo tienen un efecto positivo sobre el *output* judicial. Por otro lado, según Cabrillo y Pastor (2001), la impune dejación de responsabilidades tendrá un efecto negativo sobre la producción de justicia.

— *Rigidez/flexibilidad organizacional.* De acuerdo con Pastor (2007b), una estructura organizacional rígida, difícil de cambiar ante las nuevas necesidades, generalmente está asociada a una producción más ineficiente.

— *Rotación, cese o vacante de juez y/o personal judicial.* Los juzgados, como cualquier organización, necesitan cierta estabilidad en su plantilla. Sucede que en los juzgados pequeños, que se encuentran en poblaciones rurales o alejadas de las grandes ciudades, suele haber un nivel más alto de rotación, cese o vacantes, lo que genera retraso y acumulación del trabajo, y por tanto, ineficiencia en la producción de justicia. En ese sentido, Rosales-López (2008) encontró que la produc-

tividad judicial es menor si en los juzgados existe rotación, cese o vacante de juez.

Diseño institucional

— *Grado de formalismo.* Tal como estudiaron Djakov *et al.* (2001), a medida que el sistema es más complejo menor es la productividad de los juzgados, traduciéndose en una mayor duración de los procesos. En este sentido, Mora-Sanguinetti (2009) encontró que la reducción de la complejidad de los procesos en España, debido a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, está altamente correlacionada con la reducción de la congestión del sistema de justicia civil.

V. COMENTARIOS FINALES

En este trabajo se presentó un análisis descriptivo de las fluctuaciones de la demanda y la oferta de justicia en la jurisdicción civil de primera instancia y primera instancia e instrucción en España, durante los años 2004 a 2014.

La estadística del Consejo General del Poder Judicial muestra que, en la última década, los asuntos ingresados han presentado grandes fluctuaciones, aumentado un 74,2 por 100, si comparamos los datos de 2004 con los de 2014. Si a los asuntos ingresados sumamos los asuntos pendientes al inicio, nos encontramos que los juzgados tienen una elevada carga de trabajo que ha pasado de 1.159.735 asuntos en 2004 a 1.966.303 en 2014, lo que representa un aumento del 69,5 por 100. Al estudiar con más detalle la composición de los asuntos que ingresan al sistema, se puede ver que

los procedimientos que constituyen la mayor parte de la carga de trabajo son los ordinarios, verbales y monitorios. Por citar un ejemplo, en 2014, los ordinarios representaban un 10,58 por 100 de los asuntos ingresados, los verbales un 21,58 por 100 y los monitorios un 52,81 por 100. Rosales y Jiménez-Rubio (2016) sugieren que este aumento de la litigiosidad civil en España se debe, entre otros factores, a la reforma del 2001 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que disminuyó los costes de acceso a la Justicia. Por otro lado, las autoras encontraron que, si bien el aumento de la renta nacional aumenta la demanda de justicia, la recesión económica también ha jugado un papel importante en el incremento de la tasa de litigios, debido a que en épocas de crisis hay mayor incumplimiento de contratos e impago de deudas. Conectando esos hallazgos, con los datos presentados en este estudio, se puede ver que el procedimiento monitorio, introducido en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001, ha generado un importante aumento de la carga de trabajo de los juzgados durante los años de recesión económica. Esto se debe a que dicho procedimiento permite demandar ante la Justicia el pago de deudas sin necesidad de estar asistido por abogado ni procurador.

Por su parte, los asuntos resueltos crecieron un 95,4 por 100. No obstante, se puede decir que el sistema de justicia sigue estando congestionado. En ese sentido, la tasa de congestión en el año 2014 era del 153 por 100 y los procesos duraban 202,6 días en promedio. Con respecto a la calidad de las resoluciones, la tasa de apelación del total de sentencias y autos dictados en primera instancia ha disminuido de 8,6 por 100

en 2004 a 7,4 por 100 en 2014; sin embargo, la tasa de revocación ha aumentado de 17,5 por 100 a 18,1 por 100 en el mismo período de tiempo. Tal como hemos visto en la cuarta sección, la evidencia empírica presentada en estudios previos muestra que la oferta de justicia se encuentra altamente correlacionada a su demanda, y también depende de la dotación de factores y medios, de la eficiencia en la asignación de los recursos, y del desempeño de los juzgados. En 2001 se firmó en España un pacto de Estado por la Justicia, y desde entonces ha habido un proceso de «modernización de la justicia» que se ha traducido en un incremento del gasto público, un aumento de la plantilla judicial, mejoras en materia de infraestructura y tecnología, así como también se han adoptado reformas de carácter organizacional, especialmente en las oficinas judiciales. Cabe esperar que todas estas mejoras hayan contribuido al aumento que ha registrado la oferta de justicia durante el período estudiado.

Por último, como hemos visto antes, aunque la oferta de justicia ha aumentado en los últimos años, el sistema aún se encuentra congestionado. De acuerdo con los datos presentados en este estudio, se puede decir que la demanda de justicia ha aumentado de forma espectacular, sobre todo en los años de recesión económica. La rigidez organizacional de los juzgados españoles no permite mucho margen de maniobra ante incrementos inesperados de los asuntos ingresados al sistema judicial. Por tanto, la principal implicación de política pública de este trabajo es resaltar la necesidad de una mayor flexibilidad de la organización judicial, de manera que, en periodos de crisis económica, cuando se

espera una mayor demanda de justicia, debido al impago de deudas, se pueda incorporar personal de apoyo en los juzgados (incluyendo jueces y otro personal no juzgador) para poder gestionar de una manera más eficaz el aumento repentino de la carga de trabajo en los juzgados.

NOTAS

(*) Profesora del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Granada y miembro del Consejo del Instituto Universitario en Derecho y Economía de la Universidad Carlos III de Madrid. Email: vrosales@ugr.es. Me gustaría agradecer a D. IDELFONSO VILLÁN CRIADO por su valiosa ayuda en el uso de la Estadística del Consejo General del Poder Judicial; así como también los comentarios realizados por los participantes del Workshop en Derecho y Economía realizado en Funcas, en abril de 2016. Es motivo de agradecimiento especial la invitación de FERNANDO GÓMEZ POMAR a participar en este número de la revista *Papeles de Economía Española*.

(1) Entre otros podemos citar a PEDRAJA-CHAPARRO y SALINAS-JIMÉNEZ (1995), CABRILLO RODRÍGUEZ y PASTOR PRIETO (2001), PASTOR y VARGAS (2002), PASTOR (2003a), PASTOR (2003b), ALBERT y CABRILLO (2004), PASTOR y ROBLEDO (2006), PASTOR (2007a), PASTOR (2007b), CABRILLO y FITZPATRICK (2008), ROSALES-LÓPEZ (2008), DOMENECH-PASCUAL (2009), PASTOR (2009), SÁEZ LACAVE (2009), GARCÍA-RUBIO y ROSALES-LÓPEZ (2010), MORA-SANGUINETTI (2010), CABRILLO (2011), OUBIÑA-BARBOLLA (2012), GAROUPA, GÓMEZ-POMAR y GREMBI (2013), ESPASA y ESTELLER-MORÉ (2015), MORA-SANGUINETTI y GAROUPA (2015), ROSALES y JIMÉNEZ-RUBIO (2016).

(2) Para una exhaustiva revisión de la literatura en este ámbito, véase Voigt (2016).

(3) Véase el análisis económico del proceso legal en SHAVELL (2004), COOTER y ULEN (2011), POSNER (2014).

(4) Para una referencia imprescindible en el tema véase POSNER (1993). Más recientemente, el compendio *The Economics of Judicial Behaviour*, Volumen I y II, editado por LEE EPSTEIN (2013). Para el caso de España véase CABRILLO (2011).

(5) Véase entre otros, KITTELESEN y FORDSUND (1992), PASTOR (1993), PEDRAJA-CHAPARRO y SALINAS-JIMÉNEZ (1995), BUSCAGLIA y ULEN (1997), BUSCAGLIA y DAKOLIAS (1999), CABRILLO y PASTOR (2001), FIX-FIERRO (2003), PASTOR (2003a), PASTOR (2003b), SCHNEIDER (2005), ROSALES-LÓPEZ (2008), GARCÍA-RUBIO y ROSALES-LÓPEZ (2010), BALL y KESAN (2010), DI VITA (2010), EL BIALY y GARCÍA-RUBIO (2011), DIMITROVA-GRALZ *et al.* (2012), MARCIANO y KHALIL (2012), PALUMBO *et al.* (2013), CASTRO y GUCCIO (2012), VOIGT y EL BIALY (2014), DIMITROVA *et al.* (2015), ESPASA y ESTELLER-MORÉ (2015),

MELCARNE y RAMELLO (2015).

(6) Todos los datos relacionados con la Justicia que aquí se presentan, provienen de la estadística del Consejo General del Poder Judicial. En este estudio nos centraremos en la oferta y demanda de justicia civil en los juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción, tomando en cuenta únicamente los procesos contenciosos de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente (sin derecho de familia), que incluyen: procedimientos ordinarios, verbales, cambiarios, monitorios, división de patrimonios, medidas cautelares, incidentes, quiebras y concurso de acreedores, suspensión de pagos/ quitas y esperas, y procesos europeos de escasa cuantía.

(7) En el Informe sobre justicia civil de la OCDE (2013) utilizan esta variable proxy para los casos donde no existen datos sobre la duración de los procedimientos.

(8) En su libro póstumo *Análisis Económico de la Justicia y Reforma Judicial*.

(9) Véase, entre otros, SHAVELL (2004), KESSLER y RUBINFELD (2007), PASTOR (2007), CABRILLO y FITZPATRICK (2008), VOIGT (2016).

(10) Para mayor detalle sobre los cambios introducidos por la LEC/2000 véase LLEDÓ YAGÜE (2001), LORCA (2001), SAVURIDO y PASTOR (2004), DE ANDRÉS (2006) y, PASTOR y ROBLEDO (2006).

(11) «[...] se suprime el límite cuantitativo del procedimiento monitorio, equiparándolo de este modo al proceso monitorio europeo, con el fin de evitar limitaciones de acceso a este procedimiento, que se ha convertido con mucho en la forma más frecuente de iniciar las reclamaciones judiciales de cantidad.» Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

(12) Correlación de PEARSON.

(13) Es importante tener en cuenta que, tal como sostienen CLEMENZ y GUGLER (2000), la litigiosidad está positivamente correlacionada con el nivel de ingreso de un país, es decir, cuando el PIB es mayor, hay más litigiosidad, porque hay más transacciones en la economía. Sin embargo, está relacionado negativamente a la tasa de crecimiento del PIB, lo que significa que cuando el PIB decrece hay mayor litigiosidad, esto se debe a que en épocas de recesión hay mayor incumplimiento de contratos e impago de deudas.

(14) En vigor desde el 31 de octubre de 2011. Para mayor detalle, véase <http://www.abogacia.es/2014/10/07/ejercicio-programadolicenciado-en-derecho-en-espana/>

(15) Véase KITTELESEN y FORDSUND (1992), PASTOR (1993), PEDRAJA y SALINAS (1995), BUSCAGLIA y ULEN (1997), BUSCAGLIA y DAKOLIAS (1999), CABRILLO y PASTOR (2001), FIX-FIERRO (2003), SCHNEIDER (2005), ROSALES-LÓPEZ (2008), GARCÍA-RUBIO y ROSALES-LÓPEZ (2010), ESPASA y ESTELLER-MORÉ (2015).

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, R., y CABRILLO, F. (2004), «Un Análisis Económico de la Reforma Concursal Española», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, 11, 113-136.
- CABRILLO, F. (2011), «Un Análisis Económico de la Administración de Justicia: ¿Qué Maximizan los Jueces?», en *Derecho y Economía*, Universidad San Martín de Porres.
- CABRILLO, F., y FITZPATRICK, S. (2008), *The Economics of Courts and Litigation*, Edward Elgar, Cheltenham, United Kingdom.
- CABRILLO, F., y PASTOR, S. (2001), *Reforma Judicial y Economía de Mercado*, Círculo de Empresarios, Madrid.
- CLEMENZ, G., y GUGLER, K. (2000), «Macroeconomic Development and Civil Litigation». *European Journal of Law and Economics*, 9: 215-230.
- COOTER, R. D., y ULEN, T. (2011), *Law and Economics*, 6.ª edición, Prentice Hall.
- DI VITA, G. (2010), «Production of laws and delays in court decisions». *International Review of Law and Economics*, 30: 276-281.
- DIMITROVA-GRAJZL, V.; GRAJZL, P.; SUSTERSIC, J., and ZAJC, K. (2012), «Court Output, Judicial Staffing, and the Demand for Court Services: Evidence from Slovenian Courts of First Instance», *International Review of Law and Economics*, 32: 19-29.
- (2015), «Courts in a transition economy: Case disposition and the quantity-quality tradeoff in Bulgaria», *Economic Systems*, doi:10.1016/j.ecosys.2015.09.002
- DOMENECH-PASCUAL, G. (2009), *Juzgar a destajo*. Editorial Aranzadi, Pamplona.
- ESPASA, M., y ESTELLER-MORÉ, A. (2015), «Analyzing judicial courts' performance: inefficiency vs. congestion», *Revista de Economía Aplicada*, 69: 61-82.
- GARCÍA-RUBIO, M. A., y ROSALES-LÓPEZ, V. (2010), «Justicia y Economía: Evaluando la Eficiencia Judicial en Andalucía». *Revista Indret*. http://www.indret.com/pdf/773_es.pdf
- GAROUPA, N.; GILLI, M., y GÓMEZ-POMAR, F. (2012), «Political Influence and Career Judiciary: An Empirical Analysis of Administrative Review by the Spanish Supreme Court», *Journal of Empirical Legal Studies*, 9: 795-826.
- GAROUPA, N.; GÓMEZ-POMAR, F., y GREMBI, V. (2013), «Judging under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court», *Journal of Law, Economics and Organization*, 29: 513-534.
- GINSBURG, T., y HOETCKER, G. (2006), «The Unreluctant Litigant: An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation», *The Journal of Legal Studies*, 35: 31-59.
- GÓMEZ-POMAR, F., y LYCZKOWSKA, K. (2014), «Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law», *Revista Indret*, <http://www.indret.com/pdf/1093.pdf>
- JIMÉNEZ-RUBIO, D.; GAROUPA, N., y ROSALES, V. (2016), «Explaining divorce rate determinants: new evidence from Spain». *Applied Economics Letters*. 23: 461-464.
- KESSLER, D., y RUBINFELD, D. (2007), «Empirical Study of the Civil Justice System», en POLINSKY, M., y SHAVELL, S. (2007), *Handbook of Law and Economics*. Elsevier, United Kingdom.
- MELCARNE, A., y RAMELLO, G. B. (2015), «Judicial Independence, Judges' Incentives and Efficiency». *Review of Law & Economics*. 11: 149-169.
- MORA-SANGUINETTI, J. S. (2010), «A Characterization of the Judicial System in Spain: Analysis with Formalism Indices» *Economic Analysis of Law Review*, 1 (2): 210-240.
- MORA-SANGUINETTI, J. S., y GAROUPA, N. (2015), «Do lawyers induce litigation? Evidence from Spain, 2001-2010». *International Review of Law and Economics*, 44: 29-41.
- OUBIÑA-BARBOLLA, S. (2012), *El Tribunal Constitucional: pasado, presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PASTOR, S. (1993), *Ah de la justicia, política judicial y economía*. Civitas, Madrid.
- (2003a), «Eficiencia y Eficacia de la Justicia», *Papeles de Economía Española*, n.º 95.
- (2003b), «Dilación, Eficiencia y Costes», *Documentos de Trabajo*, Fundación BBVA, Bilbao.
- (2007a), «Litigiosidad Ineficiente», en «La Sociedad Litigiosa», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 13. Consejo General del Poder Judicial.
- (2007b), «Los Nuevos Sistemas de Organización y Gestión de la Justicia». En *Justicia. Un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, Banco Interamericano de Desarrollo.
- (2009), «Justicia y economía: panorámica, crítica e implicaciones», *Manuales de Formación Continuada*, 49, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- (2016), *Análisis Económico de la Justicia y Reforma Judicial*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- PASTOR, S., y MASPONS, L. (2003), *Cifrar y Descifrar: Manual para Generar, Recopilar, Difundir y Homologar, Estadísticas e Indicadores Judiciales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, <http://www.cejamericas.org/>
- (2004), *Indicadores Judiciales para las Américas*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, <http://www.cejamericas.org/doc/>
- PASTOR, S., y ROBLEDO, J. (2006), *Buenas prácticas en gestión de calidad, información y transparencia y atención al ciudadano*, Eurosócial, Madrid.
- PASTOR, S., y ROSALES, V. (2005), «Dos Dimensiones de la Eficiencia de la Justicia», *Revista del Colegio de Economistas de Madrid*, 105. Año 2005. pp.103 a 113.
- PASTOR, S., y VARGAS, C. (2002), «El coste de la Justicia: datos y un poco de análisis», en: Consejo General del Poder Judicial, «El coste de la Justicia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XV. Madrid.
- PEDRAJA, F., y SALINAS, J. (1995), «La Eficiencia en la Administración de Justicia. Las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia», *Revista de Economía Aplicada*, n.º 8, 163-195.
- POSNER, R. (1993), «What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)», *Supreme Court Economic Review*, 3, 1-41.
- (2014 [1992]), *Economic Analysis of Law*, 9.ª edición, Wolters Kluwer Law & Business, primera edición en 1992.
- ROSALES-, V. (2004), «Justicia y Bienestar: De la Eficiencia del Sistema Judicial y el Desarrollo Económico», *Télos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, Vol. XIII, n.º 1-2.
- ROSALES, V., y JIMÉNEZ-RUBIO, D. (2016), «Empirical Analysis of Civil Litigation Determinants: the Case of Spain». *European Journal of Law and Economics*, doi:10.1007/s10657-016-9543-2
- ROSALES-LÓPEZ, V. (2008), «Economics of Court Performance: An Empirical Analysis». *European Journal of Law and Economics*, n.º 25: 231-251.
- (2008), «Racionalidad de los litigios: Un análisis Empírico», en FRANCÉS et al. (Compiladores), Universidad de Granada.
- SÁEZ LACAVE, M. I. (2009), «Los Pactos Parasociales de Todos los Socios en Derecho Español. Una materia en Manos de los Jueces», *Indret*, n.º 3/2009.
- SHAVELL, S. (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, EE.UU.
- VOIGT, S. (2016), «Determinants of Judicial Efficiency: a survey». *European Journal of Law and Economics*. DOI 10.1007/s10657-016-9531-6

APENDICE

APÉNDICE N.º 1

DEMANDA DE JUSTICIA

Juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción. Serie 2004-2014. Asuntos Contenciosos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Sin Derecho de Familia).

FUENTES

Datos de Justicia: Consejo General del Poder Judicial.

Datos de Población: Instituto Nacional de Estadística.

CUADRO 1.1A

ASUNTOS PENDIENTES AL INICIO, INGRESADOS Y CARGA DE TRABAJO (*)

AÑOS	PENDIENTES AL INICIO	INGRESADOS	CARGA DE TRABAJO
2004	445.306	714.429	1.159.735
2005	489.627	765.929	1.255.556
2006	527.208	808.504	1.335.712
2007	570.127	891.130	1.461.257
2008	608.069	1.189.443	1.797.512
2009	819.054	1.474.615	2.293.669
2010	1.046.961	1.462.750	2.509.711
2011	1.096.479	1.233.006	2.329.485
2012	926.325	1.273.186	2.199.511
2013	869.343	1.117.923	1.987.266
2014	722.111	1.244.192	1.966.303

(*) Donde: Asuntos Pendientes al Inicio (1), Ingresados (2) y Carga de Trabajo (1+2).

CUADRO 2.1A

TASA DE LITIGIOSIDAD (%) (**)

AÑOS	INGRESADOS	POBLACIÓN	TASA DE LITIGIOSIDAD
2004	714.429	43.197.684	1,65
2005	765.929	44.108.530	1,74
2006	808.504	44.708.964	1,81
2007	891.130	45.200.737	1,97
2008	1.189.443	46.157.822	2,58
2009	1.474.615	46.745.807	3,15
2010	1.462.750	47.021.031	3,11
2011	1.233.006	47.190.493	2,61
2012	1.273.186	47.265.321	2,69
2013	1.117.923	47.129.783	2,37
2014	1.244.192	46.771.341	2,66

(**) Donde: Tasa de Litigiosidad = (Asuntos Ingresados ÷ Población) * 100. Para mayor detalle véase el Apéndice N.º 1.

APÉNDICE N.º 2

Los asuntos presentados en las figuras N.º 3 y N.º 7 están agregados de acuerdo a la siguiente tabla:

CUADRO 2.1A

PROCESOS CONTENCIOSOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL VIGENTE (SIN INCLUIR DERECHO DE FAMILIA)

Ordinarios de propiedad horizontal Resto de ordinarios	ORDINARIOS
Verbales arrendaticios Verbales precarios Verbales posesorios Verbales de propiedad horizontal Demás verbales	VERBALES
Monitorios europeos Monitorios restantes	MONITORIOS
Cambiaris División de patrimonios Medidas cautelares Incidentes art. 241.1. LOPJ Resto incidentes Quiebras y concurso de acreedores Suspensión de pagos y quitas y espera Otros contenciosos Procesos europeos de escasa cuantía Rgl.CE 861/07	RESTO DE CONTENCIOSOS

CUADRO 2.2A

COMPOSICIÓN DE LOS ASUNTOS INGRESADOS. PORCENTAJE SOBRE TOTAL DE ASUNTOS INGRESADOS

AÑOS	ORDINARIOS	VERBALES	CAMBIARIOS	MONITORIOS	RESTO DE CONTENCIOSOS
2004	18,93	27,33	3,94	38,15	15,58
2005	17,53	24,88	3,61	43,00	14,59
2006	17,25	23,84	3,44	45,33	13,58
2007	16,73	22,63	3,70	47,20	13,45
2008	14,29	18,05	5,61	54,31	13,35
2009	13,17	15,88	5,84	58,11	12,84
2010	11,49	17,47	3,54	61,19	9,85
2011	11,32	22,39	3,06	55,45	10,84
2012	10,98	22,54	2,67	54,97	11,51
2013	11,56	23,29	1,87	50,38	14,77
2014	10,58	21,58	1,15	52,81	15,03

CUADRO 2.3A

COMPOSICIÓN DE LOS ASUNTOS RESUELTOS. PORCENTAJE SOBRE TOTAL DE ASUNTOS RESUELTOS

AÑOS	ORDINARIOS	VERBALES	CAMBIARIOS	MONITORIOS	RESTO DE CONTENCIOSOS
2004	19,4	29,8	3,8	34,7	16,08
2005	18,3	26,6	3,6	40,1	14,94
2006	17,5	25,3	3,3	43,6	13,72
2007	16,6	23,4	3,3	46,9	13,11
2008	14,9	20,6	4,0	51,7	12,72
2009	13,0	17,6	5,2	56,6	12,85
2010	12,3	16,4	4,0	60,9	10,37
2011	11,5	19,3	3,4	58,9	10,29
2012	11,4	21,8	3,3	55,2	11,63
2013	11,0	21,5	2,8	53,9	13,67
2014	11,2	20,9	1,8	52,6	15,30

APÉNDICE N.º 3

OFERTA DE JUSTICIA

Juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción. Serie 2004-2014. Asuntos Contenciosos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Sin Derecho de Familia).

FUENTES

Datos de Justicia: Consejo General del Poder Judicial.

CUADRO 2.4A

ASUNTOS RESUELTOS Y PENDIENTES AL FINALIZAR (*)

AÑOS	RESUELTOS	PENDIENTES AL FINALIZAR
2004	656.567	489.621
2005	712.744	527.210
2006	753.093	570.127
2007	841.709	608.069
2008	965.831	819.052
2009	1.219.726	1.046.867
2010	1.395.238	1.096.479
2011	1.378.396	926.327
2012	1.323.096	869.343
2013	1.262.389	722.111
2014	1.282.696	680.666

Resumen

A fin de garantizar una salida ordenada y transparente del mercado, las sociedades españolas disponen de dos mecanismos legales alternativos: la liquidación privada-societaria, y la liquidación concursal. Nuestra estrategia empírica ha consistido en seleccionar 5.352 empresas industriales que a fines de 2008 estaban financieramente sanas, siguiendo su evolución a lo largo de la gran recesión (2009-2013). Durante este período, hemos identificado hasta 245 liquidaciones concursales directas (empresas insolventes en las que no se observó intento alguno de convenio), junto con 124 sociedades que finalizaron en una liquidación societaria-privada. Estas últimas reflejan ratios de apalancamiento superiores y disponen de mayores niveles de activos líquidos, sugiriendo una adecuada especialización institucional. Al mismo tiempo también se observan similitudes (pobre rentabilidad y reducida productividad del factor trabajo) que explican su salida de mercado.

Palabras clave: España, gran recesión, liquidación concursal, liquidación societaria-privada, especialización institucional.

Abstract

Aiming at guaranteeing orderly and transparent exit to the market, Spanish companies are offered two alternative legal mechanisms: societal-private liquidation, and bankruptcy liquidation. Our empirical strategy has consisted of selecting a sample of 5.352 industrial companies which by the end of 2008 where financially healthy, to track their evolution throughout the great recession (2009-2013). During this period, we have identified up to 245 direct bankruptcy liquidations (insolvent companies for which no debt restructuring agreement was attempted), along with 124 companies which ended up in societal-private liquidation. The latter show lower leverage ratios and hold higher levels of liquid assets, thus suggesting sound institutional specialization. At the same time, certain similarities are also found (poor returns and labor productivity), thus supporting the existence of a common background for market exit.

Key words: Spain, great recession, bankruptcy liquidation, societal-private liquidation, institutional specialization.

JEL classification: K20.

DISOLUCIÓN Y APERTURA DE LA LIQUIDACIÓN, SOCIETARIA O CONCURSAL (*)

Stefan F. van HEMMEN

Universidad Autónoma de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO

EN una sociedad de capital, la consecución del objeto social puede dejar de tener sentido, por múltiples razones. No tiene sentido, por ejemplo, continuar indefinidamente una actividad económicamente inviable (incapacidad de retribuir a sus factores de producción al menos a su coste de oportunidad), en cuyo caso conviene que la sociedad se disuelva y que su objeto pase a ser la liquidación. Se precisa, pues, de un mecanismo legal que ordene la salida del mercado de la sociedad, tutelando en todo momento los intereses de socios y acreedores, e impidiendo la acumulación de empresas inactivas en el sistema económico y jurídico, problema este último constatado en su momento por Rojo (1993: 1490) en los siguientes términos:

«Ciertamente, en la realidad española la frecuencia de sociedades extintas no canceladas constituye motivo de meditación sobre la necesidad de articular un régimen jurídico suficientemente ágil y flexible para facilitar la extinción de la sociedad, sin mengua de la tutela de acreedores y de socios.»

El texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) provee a este propósito un mecanismo que comprende la disolución, la liquidación y la extinción de sociedades de capital no insolventes y que,

en condiciones normales, se administra por sus propios órganos de gobierno, dando lugar a liquidaciones societarias-privadas, así referidas en atención a la ausencia de intervención externa judicial o administrativa. Realizada la inscripción de la disolución en el Registro Mercantil, la razón o denominación social de la sociedad experimenta un cambio al añadirse a la misma la expresión «en liquidación» (art. 371.2, LSC). A partir de ese momento, la sociedad conserva su personalidad jurídica, pero ya no dedica su actividad a la realización de su objeto social, sino a la liquidación, quedando excluida la posibilidad de contratar y asumir nuevas obligaciones.

Alternativamente, las sociedades pueden disolverse por vía administrativa, judicial o concursal... o pueden no disolverse aun cuando legalmente debieran de hacerlo. Las disoluciones concursales proceden solamente en el supuesto de insolvencia, por la mera apertura de la fase de liquidación una vez que ha sido solicitada por el deudor, cesa la actividad, se constata la imposibilidad de alcanzar un convenio con los acreedores, o se incumple el convenio alcanzado. Traemos aquí un párrafo de Beltrán (2011: 2593), clarificador de la naturaleza de los diversos tipos de liquidaciones:

«La liquidación de la sociedad es normalmente una liquidación privada (voluntaria y ordinaria), gobernada por

la propia sociedad; pero en las sociedades anónimas es posible el nombramiento de un interventor público (*liquidación intervenida*; art. 382) y en determinados sectores –particularmente en el ámbito asegurador– es posible incluso una *liquidación administrativa*. La llamada *liquidación concursal* no es propiamente un modo de extinción de la sociedad, sino una fase de un procedimiento judicial previsto exclusivamente para satisfacer los derechos de los acreedores en los casos de insolvencia de la sociedad (art. 372), aunque puede determinar la extinción de la sociedad cuando el concurso concluya por inexistencia de activo (art. 178.3, LC; v. com. Art. 372).» (Beltrán, 2011) (1).

No resta validez a lo dicho por el maestro Beltrán el que, por motivos prácticos y de clarificación, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal extendiera el efecto de extinción de la persona jurídica al supuesto de conclusión del concurso por liquidación (modificación del art. 178.3, LC): la fase de liquidación no es un modo de extinguir la sociedad puesto que, una vez se entra en insolvencia, no se ofrecen otras posibilidades. En realidad, la liquidación concursal es un modo de satisfacción de los acreedores alternativo al convenio.

En este estudio proponemos identificar las características de las sociedades que se disuelven por vía societaria-privada y a las que lo hacen por vía concursal, relacionándolas con otros grupos de empresas, incluyendo aquellas que operan sin incidencias, así como las que incurrir en irregularidades contables y que muy probablemente acaben como

extintas no canceladas. Se ha combinado información económica y financiera con el tratamiento que les proporciona el ordenamiento legal español.

Como se verá, se trata de aportar evidencia que, en primer lugar, confirme la especialización de dos instituciones legales (la societaria y la concursal), sustentada en separar a las sociedades insolventes de las solventes; segundo, vaya más allá de esta separación por razón de insolvencia, revelando otras diferencias, así como las similitudes entre las empresas que se liquidan de una u otra forma; y tercero, que arroje luz sobre un aspecto relevante de nuestro sistema legal y económico, esto es, sobre la forma de salir del mercado de las empresas españolas.

II. MARCO LEGAL

Empezamos por referirnos a la disolución, en tanto que suceso legal que normalmente ha de marcar el inicio de la salida del mercado de una sociedad de capital, por vía de liquidación societaria (regulada por la LSC) o por vía concursal (LC). Por *salida* del mercado generalmente se entiende el cese en la venta o provisión de servicios, dejando de ser actor reconocible en el mercado. Ciertamente, la liquidación concursal puede derivar en la venta de unidades productivas en bloque; no obstante, hay un amplio reconocimiento práctico sobre el predominio de la venta separada de activos (2) (3). Otro tanto puede afirmarse de la liquidación societaria (4).

Así, siendo que la mayoría de empresas que utilizan la vía concursal o la societaria salen del mercado, también es verdad que salvo raras excepciones (las referidas liquidaciones intervenidas,

o las administrativas, en sectores que tienen su propia regulación, como el financiero o asegurador) legalmente no hay otra manera de salir del mercado que por medio de estos dos mecanismos.

1. Causas de la disolución

Dice la LSC que la disolución puede producirse en cualquier momento por mero acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos (art. 368, LSC; arts. 199 y 200 en las sociedades de responsabilidad limitada (SRL); arts. 194 y 201 en las sociedades anónimas (SA)). Además de esta causa de disolución, también están las legales, las estatutarias y las de pleno derecho.

En cuanto a las causas *legales* (establecidas por ley) y *estatutarias* (incluida como cláusula en el estatuto) de la disolución, son de obligado cumplimiento y deben ser constatadas por junta general o por resolución judicial (art. 362, LSC).

La concurrencia de causa legal o estatutaria obliga a los administradores a convocar la junta en el plazo de dos meses con la finalidad de acordar la disolución, pudiendo cualquier socio solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurre alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente (art. 365.1, LSC). La constatación de los hechos que se encuadran en los supuestos de disolución puede ser difícil, cuestión muy relevante puesto que el incumplimiento del deber de convocatoria o, en caso de no celebración o falta de acuerdo, la no solicitud de disolución judicial (aquí también el plazo es de dos meses), supondrá a los adminis-

tradores responder solidariamente de las obligaciones sociales *posteriores*, estableciéndose a tal efecto la fecha de ocurrencia de la causa legal, la fecha establecida para la junta finalmente no celebrada, o la fecha de la junta sí celebrada sin haberse alcanzado acuerdo de disolución (art. 367.1, LSC).

De entre las causas legales, *a priori* ofrece sencilla interpretación el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social (art. 363.1.a, LSC). La sustitución de hecho del objeto social (sin mediar modificación de los estatutos) da pie a la posible expropiación de acreedores (por concesión de crédito sobre la base de información falsa, *selección adversa*) o socios (por impedirles disponer la cuota social que les pueda corresponder, *riesgo moral*). En definitiva, la disolución opera de forma imperativa si las actividades no concuerdan con el objeto social, o incluso si la sociedad cesa totalmente sus actividades. En este sentido, se establece el periodo de un año como referencia para entender que la sociedad ha cesado en la realización de actividades constitutivas del objeto social (art. 363.1.a, LSC). Apuntemos que, originalmente, esta norma se aplicaba solo a las sociedades de responsabilidad limitada, y que el referido periodo pasó de tres años a uno a raíz de la reforma introducida por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, Ley 25/2011, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (5). La existencia anteriormente referida de empresas extintas no canceladas ha podido motivar tal modificación.

También constituye causa de disolución legal la conclusión de la empresa que constituya su objeto (363.1.b, LSC). Aquí es previsible que las actividades que constituyen el objeto social tengan duración limitada (no indefinida), supuesto en el que se halla por ejemplo la construcción de un edificio u otro tipo de obras. La razón de la disolución no se asienta en la inactividad, sino en la ocurrencia de un suceso (la conclusión de la empresa), cuya dificultad de constatación guarda relación inversa con el grado de precisión con que tal suceso quede referido en el objeto social. La obligación de los administradores de promover la disolución tiene efectos informativos: la no disolución indica la no finalización de la empresa (empresa activa); la disolución señala la conclusión de la empresa, e informa del inicio de la liquidación que ha de llevar al reparto social. La disolución opera así en protección de terceros socios ajenos a la evolución de la empresa (6).

Por su parte, se añade como causa de disolución legal la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social (art. 363.1.c, LSC), tratándose de una cuestión interpretativa determinar hasta qué punto el «fin social» que es imposible conseguir se puede o no equiparar al «objeto social», o alternatively se entiende este último como medio para conseguir una finalidad más genérica, cual es la viabilidad económica o la generación de beneficios. La indeterminación del supuesto resta efectividad a una eventual solicitud por un socio o socios. Otra fuente de incertidumbre constituye la diversidad de causas de esta imposibilidad, que pueden ser originarias (daño desconocido en el momento de constitución) o

sobrevenidas, internas (pasividad absoluta de los órganos sociales, desacuerdo grave sobre las estrategias a seguir ...) o externas (catástrofe natural, inestabilidad política), de hecho (obsolescencia tecnológica) o de derecho (incertidumbre legal o regulatoria, no renovación de una concesión...). En cualquier caso, la disolución informa a terceros de la ocurrencia de circunstancias que hacen inviable la consecución del fin social.

Sigue como causa de disolución legal la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento (art. 363.1.d, LSC). Puede tratarse de la incapacidad de la junta para constituirse (especialmente cuando estatutariamente se requieran *quorum* de asistencia reforzados), para tomar decisiones (para las que los estatutos prevean mayorías cualificadas), o para proveer a la sociedad de un órgano de administración eficaz (con capacidad para actuar). La disolución permite poner fin a la incapacidad de la sociedad de avanzar en la realización del objeto social (en perjuicio del conjunto de socios), y de responder a las obligaciones contractuales (en perjuicio también de terceros). La constatación de la referida paralización ha de basarse en documentos sociales o en su ausencia. Se incluye en este sentido la falta de convocatorias de junta, la no ejecución de los acuerdos de la junta por los administradores (por ejemplo, el incumplimiento del depósito de cuentas aprobadas), el incumplimiento de obligaciones fiscales, la no rendición de cuentas... También puede tener valor probatorio la existencia de litigios entre socios.

Pasamos a la causa legal de disolución por «pérdidas que de-

jen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso» (art. 363.1.e, LSC), que nos interesa especialmente por identificar a sociedades en crisis estructural (normalmente irreversible), para lo cual se recurre a la relación de magnitudes del balance estático-patrimonial.

Las opciones de las sociedades de capital con pérdidas cualificadas quedan legalmente delimitadas a la disolución y liquidación societaria-privada, al aumento o reducción del capital social (requiriéndose mayoría reforzada en la SRL, art. 199.b, LSC), o a cualquiera de las opciones preconcursales o concursales si además concurría el estado de insolvencia. La disolución por pérdidas tiene carácter imperativo, y trata de proteger a los acreedores sociales en compensación por el privilegio de responsabilidad limitada de que gozan los titulares del capital (principio de no responsabilidad de los socios), así como al conjunto de socios, que pueden incluso perder completamente el valor de sus participaciones (7).

A diferencia del capital social (expresión del importe de las aportaciones realizadas), el patrimonio neto refleja los riesgos económicos y financieros a los que se ha ido exponiendo la sociedad (8). Fue precisamente en el año 2008 (en una coyuntura de pronunciado deterioro del valor de los activos productivos) en que la obligatoriedad de la disolución por pérdidas se estimó excesivamente rígida, puesto que empujaba a muchas empresas a la liquidación en un momento

en que estaban renegociando sus créditos privadamente con la finalidad de evitar el concurso. Una vez implantadas las nuevas normas contables (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad*), los balances debían actualizarse reflejando el deterioro a que estaban sujetos sus activos, deterioro que «al incorporarse a la cuenta de pérdidas y ganancias habrían de computar a los efectos del cálculo de la pérdida del patrimonio neto en los supuestos señalados de reducción de capital y disolución (Motivación del Real Decreto 10/2008, de 12 de diciembre, *por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias*)». De ahí que se suspendiera «con una vigencia temporal de dos años y únicamente para los casos de pérdidas por deterioro del inmovilizado material, de las inversiones inmobiliarias y de las existencias, el régimen societario aplicable, sin que ello suponga, por lo demás, alteración del correspondiente régimen contable». Inicialmente previsto para los ejercicios sociales cerrados en 2008 y 2009 (por tanto, de aplicación a las cuentas de 2008 en sociedades cuyo cierre coincidiera con el fin del año natural), esta situación excepcional se fue prorrogando hasta incluir finalmente el ejercicio 2014 (9).

Otra causa legal de disolución sucede cuando el capital social se reduce por debajo del mínimo legal, siempre que no sea consecuencia (directa) del cumplimiento de una ley (363.1.f, LSC). Se procura así proteger los intereses de los acreedores más allá del momento de constitución, en compensación por el privilegio de responsabilidad limitada y

del control y ventaja informativa de los socios y administradores. La cifra de referencia es ajena a la evolución patrimonial (positiva o no) de la sociedad. Dada la nulidad del cualquier acuerdo que resulte en una cifra inferior al referido límite, hay que encontrar esta causa en razones como el ejercicio del derecho de separación o la exclusión de uno o varios socios. La ampliación del capital o, en el caso de una sociedad anónima, su transformación en sociedad de responsabilidad limitada sirven como formas legalmente válidas de evitar la disolución.

Para finalizar con las causas legales, la disolución también opera por exceder el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto la mitad del capital social desembolsado, sin restablecimiento de la proporción en el plazo de dos años (art 363.1.g, LSC). En efecto, la ley exige que el importe nominal de las participaciones o acciones sin voto no sea superior a la mitad del capital en las SRL y del capital social desembolsado en las SA (art. 98, LSC), con razón del tratamiento económico privilegiado (esencialmente en materia de dividendos preferentes –art. 99, LSC– y del derecho de reembolso previo a la distribución del valor al resto de los socios en la liquidación –art. 101, LSC) que se concede en compensación por no poder ejercer el derecho de voto (10). Esta causa de disolución sirve como recordatorio de lo establecido en el art. 100.1 LSC en relación con la reducción de capital social por pérdidas, pudiéndose en definitiva, interpretar como un intento de proteger los intereses de las participaciones o acciones con voto, por su posición subsidiaria en caso de proceder la liquidación (11).

Las causas legales no pueden ser suprimidas por acuerdo de los socios y por tanto limitan la libertad de pactos. Siempre dentro de los límites legales, los socios pueden anticipar otras causas de disolución en los estatutos iniciales o posteriormente modificarlos (363.1 h, LSC). Así, caben cláusulas relacionadas con la defunción de un socio o socios, la separación de socios cónyuges, la evolución de determinadas magnitudes contables (12). Con respecto a las causas de pleno derecho, apuntemos previamente que la LSC, en su art. 25, señala que la sociedad tendrá duración indefinida, salvo disposición contraria de los estatutos. Desde esta perspectiva, las sociedades se pueden distinguir entre aquellas que tienen duración indeterminada y aquellas cuya existencia se prevé acotada estatutariamente a un periodo de tiempo específico, constituyendo esta última circunstancia una de las causas de disolución de pleno derecho (art. 360.1.a, LSC) (13). La razón de esta causa puede radicar en el deseo de los socios (especialmente los de sociedades cerradas), expresado en los estatutos, de garantizarse una opción de salida que les permita recuperar su inversión. En este sentido, el art. 346.1.b, LSC opera en garantía del ejercicio de esta opción al establecer como causa de separación la prórroga de la sociedad.

Otra causa de disolución de pleno derecho constituye el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una canti-

dad igual o superior al mínimo legal (art. 360.1.b, LSC). Añade la norma que transcurrido el año sin haberse removido la causa, los administradores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales. Los motivos pueden ser diversos, incluyéndose entre los mismos la amortización por separación o exclusión de socio o socios (art. 358.1 y 358.2, LSC), o la reducción de capital obligatoria cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto (art. 327, LSC).

Pasamos, finalmente, a la apertura de la fase de liquidación concursal como causa de disolución de pleno derecho (361.2, LSC). Si bien el inicio del concurso no implica la disolución de la sociedad (cabe la posibilidad de alcanzar un convenio), nuestro ordenamiento configura la liquidación societaria y la concursal como mecanismos alternativos, en virtud del deber de los administradores de instar el concurso si la sociedad fuera insolvente (art. 3.1, LC; art. 365.1, LSC, si además de ser insolvente incurre en alguna causa de disolución legal o estatutaria), así como por la exigencia de aplicar las normas de liquidación del concurso con ocasión de la apertura de la fase de liquidación (art. 372, LSC). Por su parte, el incumplimiento del deber de solicitud del concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubieren conocido o debido conocer el estado de insolvencia los administradores o liquidadores de la sociedad, se encuentra entre las presunciones de culpabilidad del juicio de calificación (arts. 5.1 y 165.1.1.º, LC). En definitiva, una sociedad insol-

vente no puede liquidarse por vía societaria, es decir, privadamente.

Superados ciertos niveles de apalancamiento financiero, es posible que el estado de insolvencia y algunas de las causas de disolución concurren: así, la disminución crítica del patrimonio neto (pérdidas cualificadas) por debajo de la mitad del capital social, una eventual reducción del capital social por debajo de los mínimos legales, o el cese de actividad. Siendo estas últimas causas de disolución societaria y siendo la insolvencia presupuesto de la apertura del concurso, es posible que el concurso se inicie cuando la sociedad ya se encuentra en disolución. Esto es, una vez iniciada la disolución, los liquidadores solicitan el concurso por haber advertido la imposibilidad de satisfacer a los acreedores sociales. No obstante, no se puede ignorar que durante el periodo especial iniciado con el Real Decreto 10/2008, de 12 de diciembre, «por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias», de no aplicación de la disolución por pérdidas cualificadas, se ha podido reducir la frecuencia de esta eventualidad.

2. Especificidades de los mecanismos de liquidación, concursal y privado

Como mecanismos de liquidación, el societario-privado y el concursal tienen poco o nada en común, difiriendo especialmente en los fines y en el nivel de complejidad. Sin insolvencia, el problema a resolver se centra en la venta de activos, destacando el carácter meramente subsidiario de cualquier intervención jurisdiccional.

diccional. El concurso, en cambio, nace para administrar el conflicto y el riesgo de pérdida generalizada, siendo muy diversos los intereses a tutelar. La administración del concurso recae en profesionales nombrados por el juez, quienes sustituyen a los administradores sociales, percibiendo una retribución, y debiendo ejecutar operaciones diversas y complejas (la lista de funciones que les son atribuidas –art. 33, LC– es ciertamente extensa), y que deben atender al objetivo de satisfacción de los acreedores (función solutoria del concurso), privilegiando en lo posible la preservación de la actividad empresarial (función conservativa del concurso, incluso en la liquidación, por medio de la venta de unidades productivas) y de puestos de trabajo.

Desde el punto de vista organizativo, el concurso se caracteriza por instituir un conjunto de relaciones de agencia, donde el juez actúa como principal supervisor del administrador concursal (agente), con este último precisando de la colaboración de los administradores sociales para acceder a la información interna de la empresa. Nada de esto ocurre en la liquidación societaria privada: caso de ser nombrados liquidadores los propios administradores societarios, nadie mejor que ellos conoce la sociedad.

Los administradores concursales toman parte activa en la presentación de un plan de liquidación (o en informar del plan que en su caso el deudor haya presentado con la solicitud del concurso; art. 191 ter, LC, introducido en la reforma de 2011), y deben informar razonadamente sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso... Todo ello respetando plazos que en ocasiones pueden

resultar ajustados (14), si bien es posible que se agoten cuando no son tan estrechos, dado el incentivo que provee el art. 9.2 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, *por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales*, que establece la percepción del 10 por 100 de la retribución aprobada en fase común durante los primeros seis meses de la fase de liquidación, y del 5 por 100 en los sucesivos.

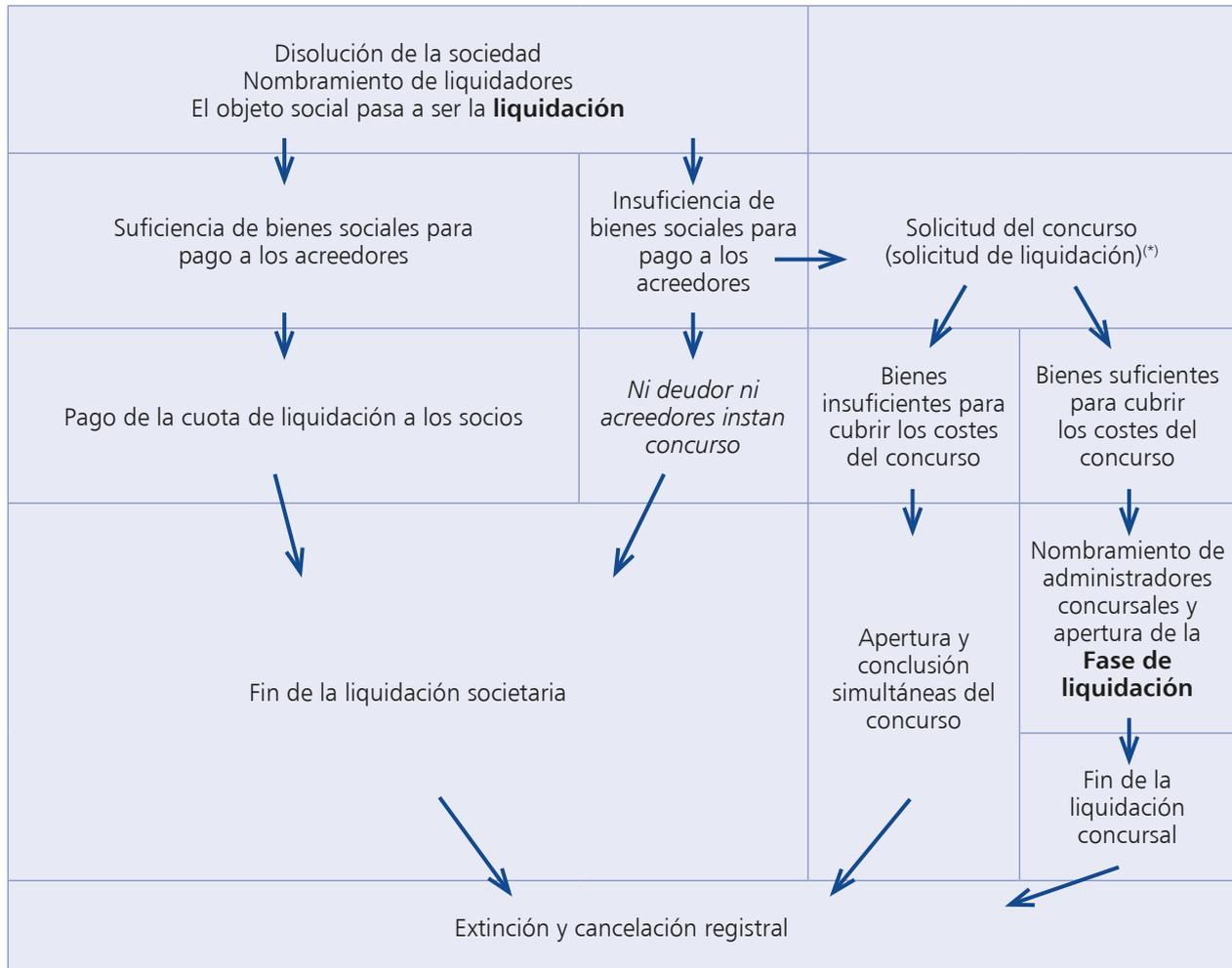
Por su parte, y siguiendo a SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2012: 381), la liquidación societaria se puede entender como estructurada en dos fases, consistiendo la primera en la venta de los bienes sociales al objeto de satisfacer a los acreedores sociales (arts. 385.1 y 387, LSC), procediéndose en segunda fase a distribuir entre los socios el importe restante (art. 391.2, LSC). Salvo que los estatutos dispongan otra cosa, será normal que el pago de la cuota de liquidación a los socios se realice en dinero (art. 393, LSC) y en proporción al capital social desembolsado (art. 392).

En el transcurso de la liquidación la representación y la gestión de la sociedad recae en los liquidadores que, salvo que en los estatutos o en la junta se acuerde algo distinto, serán «quienes fueren administradores al tiempo de la disolución de la sociedad... (art. 376.1 LSC)», habiendo indicado la jurisprudencia que no perciban retribución por desempeñar el cargo, si bien hay que subrayar el interés del propio liquidador, cuando sea receptor residual como propietario (una vez satisfechos los acreedores) del valor de liquidación, en optimizar los tiempos y el resultado de las operaciones de enajenación de los bienes

sociales. Tampoco podemos obviar, sin embargo, que la LSC establece unos plazos máximos bastante laxos: «Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la junta general el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del secretario judicial o registrador mercantil del domicilio social la separación de los liquidadores» (art. 389.1, LSC).

Además del pago a acreedores y socios, las operaciones de liquidación societaria incluyen la llevanza de contabilidad (art. 386, LSC), la elaboración en tres meses de un inventario y un balance referidos a la fecha de la disolución (art. 383, LSC), la enajenación de los bienes sociales (art. 387, LSC) y la información periódica del estado de la liquidación (art. 388, LSC). La duración del cargo de los liquidadores es, en principio, ilimitada, a menos que se produzca la mencionada solicitud de separación al secretario judicial o registrador mercantil, quien caso de no apreciar causa justa de la dilación procederá a nombrar a quien tenga por conveniente (art. 389.2, LSC). Tras la enajenación de los bienes y el pago a los acreedores sociales, «los liquidadores someterán a la aprobación de la junta general un balance final, un informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante (art. 390.1, LSC) (15). Distribuido el haber social entre los socios (art. 394, LSC), se procede al otorgamiento de escritura pública de extinción de la sociedad (art. 395 LSC) y a la inscripción de la misma en el Registro Mercantil (art. 396.1, LSC) para la cancelación de los asientos relativos a la sociedad (art. 396.2, LSC), lo que supone

GRÁFICO 1
DE LA DISOLUCIÓN SOCIETARIA A LA EXTINCIÓN



(*) Concurso sin fase común.
Fuente: Elaboración propia.

el cese de su personalidad jurídica (16). En el supuesto de que resten créditos insatisfechos no identificados durante el período de liquidación (se habla de pasivo sobrevenido), establece el art. 399.1, LSC que «Los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación».

La insatisfacción de las deudas sociales identificadas por los

liquidadores impide la extinción y la cancelación registral de la sociedad, debiéndose en ese caso iniciar el concurso (gráfico 1). Los liquidadores tienen el deber y están legitimados para solicitar el concurso (arts. 3.1, LC y 365.1, LSC). En principio, dado que la insatisfacción de las deudas sociales se da por inexistencia de bienes suficientes, el juez habrá de acordar la apertura y la conclusión del concurso en el mismo auto (al constatar la insuficiencia de bienes que permitan satisfacer

los previsible créditos contra la masa del procedimiento, siempre que no sea previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros; art. 176 bis 4, LC), concurso que informalmente recibe el apelativo de *exprés*, y en el que no procede la apertura del juicio de calificación. En estas circunstancias, la conclusión conlleva la extinción de la sociedad, en virtud del art. 178.3, LC: «La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liqui-

dación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda». Ello sin perjuicio de las posibles acciones de responsabilidad contra los administradores (art. 241, LSC), o de la posible reapertura del concurso por iniciativa de los acreedores dentro del año posterior a la conclusión (art. 179.2, LC) o en otras circunstancias (dentro de los cinco años posteriores a la conclusión; art. 179.1, LC) por motivo de la posterior aparición de bienes y derechos, reapertura que se hará con el único fin de liquidarlos.

Como se ha dicho en la sección II.1, la fase de liquidación

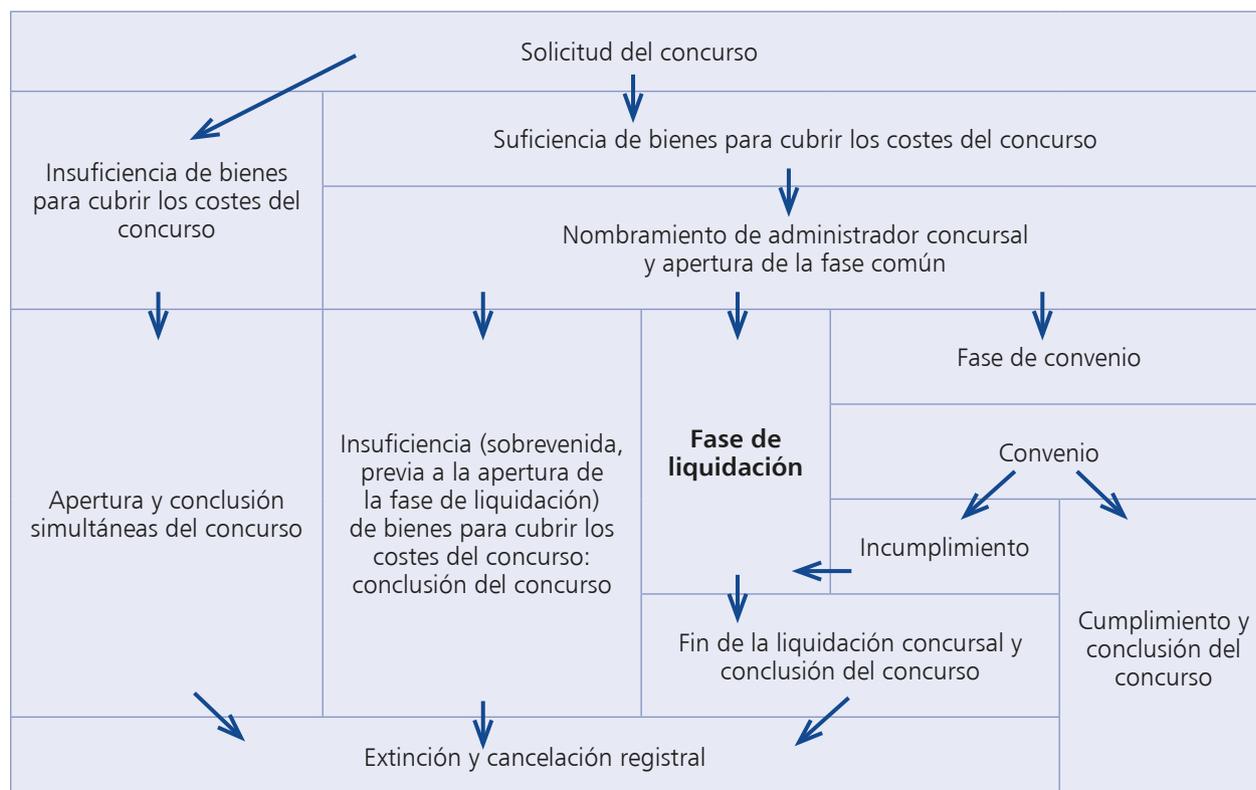
tiene por efecto la disolución de pleno derecho de la sociedad (art. 361.2, LSC), si no estuviese ya acordada (art. 145.3, LC). En el concurso *express* o en el concurso concluido posteriormente por insuficiencia de masa activa (cuando no sea previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, o que encontrándose el concurso en alguna de estas circunstancias no fuera posible dar satisfacción a los créditos contra la masa; art. 176 bis 1, LC), pero sin haberse abierto la fase de liquidación, la conclusión del concurso conlleva la extinción de la sociedad (art. 178.3, LC) sin que la misma se

halle necesariamente en disolución (gráfico 2). Es decir, nos encontramos en un supuesto de extinción sin previa disolución de la sociedad (17).

Además del presupuesto de insolvencia genérico del concurso, la fase de liquidación se caracteriza por la imposibilidad de continuidad del deudor al frente del proyecto empresarial (por motivos económicos o extraeconómicos que le llevan a no desear continuar, por cese de la actividad, o por no aceptar los acreedores sus propuestas de convenio) (18), derivando las operaciones de liquidación, bien en una venta por partes, bien en la venta de la unidad productiva (art. 146 y 149.1.1.º, LC).

GRÁFICO 2

DE LA SOLICITUD DEL CONCURSO A LA CONCLUSIÓN Y (POSIBLE) EXTINCIÓN



Fuente: Elaboración propia.

A diferencia de la liquidación de las sociedades de capital, que por sí misma no produce un cambio de administradores (ya se ha dicho que normalmente serán estos quienes actuarán como liquidadores; art. 376.1, LSC), la apertura de la fase de liquidación concursal causa automáticamente el cese de los administradores o liquidadores (sin perjuicio de continuar estos representando a la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte; art. 145.3), y la suspensión del ejercicio de las facultades de administración del deudor (art. 145.1, LC), recayendo, por tanto, las funciones de administración y liquidación en la administración concursal.

La liquidación concursal gravita, como se ha dicho, en torno a la iniciativa de la administración concursal (a partir del plan de liquidación elaborado por la misma cuando sea aprobado por el juez, con aplicación de las reglas del art. 149, LC en lo no previsto por el plan, o con aplicación general de las mismas en el supuesto de no aprobación judicial) (19). En caso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos y la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, se abre un procedimiento de negociación entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, cuya competencia corresponde al juez del concurso, reservándose a la legislación laboral una posición subsidiaria respecto de la concursal (art. 64, LC).

La administración concursal está obligada a informar cada tres meses del estado de las operaciones de liquidación (art. 152.1, LC), así como a elaborar un informe final justificativo dentro del mes siguiente a la

conclusión de las mismas, razonando «inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas ni otros bienes o derechos del concursado (art. 152.2, LC)», informe al que se acompañará una completa rendición de cuentas. Con respecto a la duración de la liquidación, dice el art. 153.1, LC que «Transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos». Caso de prosperar, añade el art. 153.3, LC que perderá la administración concursal «el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación».

III. IDEAS PREVIAS AL ESTUDIO EMPÍRICO

De la anterior sección extraemos las siguientes ideas:

a) La LSC contempla un conjunto de supuestos que conducen a la disolución de las sociedades de capital, y que son *de naturaleza muy diversa*.

b) *Muchos de estos supuestos, legales y estatutarios, requieren constatación* por junta o judicial (art. 363.1, LSC); otros simplemente requieren actuación registral (art. 360.1, LSC), del juez del concurso (art. 361.2, LSC), o el mero acuerdo de la junta (art. 368, LSC).

c) La disolución opera con la *finalidad de proteger* a los so-

cios (especialmente a los que no reúnan el suficiente control; así es en el art. 363.1.a, o en el 360.1.a, LSC, entre otros), a los acreedores societarios actuales (v.g. arts. 361.2 y 363.1.c, LSC), o bien a acreedores potenciales y a terceros en general (en 363.1.d, LSC, por ejemplo).

d) Además, se ha visto que los *mecanismos societario-privado y concursal difieren tanto en su finalidad como en el grado de complejidad* de las operaciones que integran, aspecto último que incide sobre los costes de la transacción comprendidos desde la disolución a la extinción, seguramente mayores en la fase de liquidación del concurso.

A fin de aportar una visión esquemática, el Apéndice A incluye una serie de cuadros de síntesis:

— Cuadros 1A al 4A, en los que se comentan las causas de disolución en función de tres dimensiones: naturaleza, constatación de las causas y protección.

— Cuadro 5A, en el que se comparan los costes de cada mecanismo de liquidación, societario-privado y concursal.

Desde una perspectiva económica, y reflexionando sobre el conjunto de causas de disolución societaria privada, se advierte que muchas de ellas no son incompatibles, pudiendo, por ejemplo, encontrar denominador común en la falta de viabilidad estructural e irreversible. Así, la falta de viabilidad (expresada, por ejemplo, en una rentabilidad reducida y prolongada) puede encontrar las siguientes manifestaciones:

— El cese del ejercicio de la actividad que constituye el objeto social (art. 362.1.a).

— Las pérdidas cualificadas (363.1.e, LSC).

— La imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social (art. 363.1.c, LSC).

— Incapacidad para respetar los límites legales mínimos de capital (art. 363.1.f y art. 360.1.b).

— Decisión de no prorrogar la vida de la sociedad una vez ha transcurrido el término de duración estatutario (art. 363.1.a, LSC).

— Simple deseo de no continuar expresado por los socios (estatutariamente, art. 363.1.h, LSC; o por mero acuerdo en la junta, art. 368, LSC).

En la siguiente sección se realiza un ejercicio empírico al objeto de identificar las características financieras y económicas de una muestra de sociedades cuya disolución, ocurrida durante el periodo recesivo comprendido entre 2009 y 2013, ha dado lugar, bien a una liquidación societaria-privada, bien a una liquidación concursal. Se han comparado estos dos tipos de liquidaciones entre sí, poniéndolas además en relación con otros grupos de referencia: uno compuesto por sociedades que entran en concurso, pero que alcanzan convenio con los acreedores (sin que luego se tenga conocimiento de su fracaso); otro en que se incluyen sociedades que alcanzaron un convenio, pero que posteriormente fracasaron; otro compuesto por sociedades que incurren en incumplimiento informativo (obligación de depósito de cuentas); y otro integrado por el resto de sociedades (de las que no se tiene conocimiento de las anteriores incidencias en un periodo de cinco años, de 2009 a 2013) (20).

Antes de realizar el ejercicio comparativo, conviene señalar algunos de los resultados que esperamos encontrar:

1. Es muy posible que la disolución societaria privada sea la única opción disponible cuando la sociedad sea de difícil venta en el mercado de empresas, circunstancia que puede atribuirse a la reducida dimensión y al acusado perfil personalista de la misma. Por su parte, probablemente el grupo de concursadas refleje una mayor dimensión que el resto de sociedades, dados los costes fijos que el concurso supone al deudor (arancel de administradores con cargo a la masa, asesoramiento legal externo, especialmente en previsión de la apertura del juicio de calificación...), quedando expuestas las insolventes con menos recursos a una salida informal e irregular.

2. Se espera que las empresas que entran en fase de liquidación se encuentren más apalancadas que las que lo hacen por vía societaria-privada. Si bien la frontera que delimita a ambos grupos es la insolvencia y no el grado de apalancamiento, la primera suele ser consecuencia del segundo. Paralelamente, un nivel insuficiente de tesorería debe de asociarse a la insolvencia.

3. Las liquidaciones societarias-privadas deberían exhibir una menor rentabilidad financiera, lo que explicaría su decisión de abandonar el mercado. Posiblemente lo mismo suceda con las concursadas.

4. Otra posible explicación a la salida de las que optan por la vía societaria privada puede relacionarse con una menor productividad y con una estructura de costes no financieros relativamente menos flexible (mayores

costes fijos) y, por tanto, más perjudicial para los propietarios (en tanto que perceptores de las rentas residuales) en escenarios desfavorables.

Hechas estas consideraciones, pasamos seguidamente a exponer los resultados del ejercicio empírico realizado.

IV. ESTUDIO EMPÍRICO

En esta sección se aporta evidencia sobre las características de las sociedades que se liquidan por vía societaria privada y las que se liquidan en fase sucesiva concursal. Para ello se ha seleccionado una muestra de empresas, todas ellas en estado inicial perfectamente activo (es decir, cumpliendo sus obligaciones contables y no inmersas en un concurso o en liquidación), estableciendo un intervalo de tiempo para la observación de la posible ocurrencia de estos sucesos. El punto de partida temporal elegido ha sido el 31 de diciembre de 2008, por varias razones.

La primera, es que se trata del primer ejercicio de no aplicación (para las empresas que cerraran sus ejercicios contables posteriormente al 12 de diciembre de 2008, la gran mayoría) de la causa de disolución por pérdidas que dejen el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social (Real Decreto 10/2008), excepción condicionada a que las pérdidas fueran por deterioro del inmovilizado material, de las inversiones inmobiliarias y de las existencias. Como se ha dicho, la medida refleja la voluntad de mitigar la destrucción de empresas en un momento de depreciación acusada del valor de los referidos activos. La segunda razón radica en el interés de observar una etapa intensa de disoluciones

societarias (a pesar, incluso, de la mencionada suspensión) y concursales. Según la *Estadística de Sociedades Mercantiles* del Instituto Nacional de Estadística, el total de sociedades mercantiles disueltas voluntariamente creció un 6,3 por 100 en 2009 (de 13.209 en 2008, a 14.037), creciendo un 41,8 por 100 las que lo hicieron por otras causas dentro de las que se incluyen los concursos (de 948 en 2008, a 1.344) (21). La tercera razón es que, por la naturaleza cambiante del objeto de observación (la empresa), se precisa tomar una perspectiva temporal lo suficientemente amplia, dado que existe la posibilidad de que ciertos eventos de interés puedan darse sucesivamente (por ejemplo, cuando se observa una fase de liquidación posterior a una disolución por vía societaria o a un convenio). Este requisito queda asegurado, en tanto que la muestra se elaboró en noviembre de 2015.

A efectos de delimitar el periodo de observación, se ha establecido como fecha de finalización el 31 de diciembre de 2013, que para muchos marca la conclusión de la llamada *gran recesión*; justamente, al haber experimentado el año 2014 un descenso acusado en el número de disoluciones voluntarias (de 17.196 en 2013 a 14.879, un 15,6 por 100), y observándose un descenso del 7,3 por 100 en las disoluciones por otras causas (de 5.505 en 2013 a 5.131) (22).

El principal obstáculo del estudio ha consistido en registrar fielmente los sucesos de interés: la disolución e inicio de la liquidación societaria (nombramiento de liquidador o liquidadores) y el auto de apertura de la fase de liquidación. Puesto que las empresas pueden pasar de «disueltas,

en liquidación» a «extinguidas», o bien de «concuradas» a «disueltas, en liquidación» y luego a «extinguidas», o incluso directamente de «concuradas» a «extinguidas», no existe fuente que permita identificar estos eventos de forma sencilla y completa. Por ejemplo, tomando como referencia el Sistema de Análisis de Balances Ibéricos (SABI), no es posible conocer cuántas de las sociedades que figuran como *extinguidas* lo han sido por disolución societaria privada, por finalización de concurso, por fusión, o por escisión. Tampoco se conoce el supuesto que ha llevado a una sociedad que aparece como *disuelta* a tal estado. Ni puede asegurarse que una sociedad que figura en *concurso* no ha entrado en fase de liquidación. Ello ha obligado a acotar el estudio a una muestra reducida, sobre un conjunto determinado de sectores (cuadro n.º 1), realizando para estos un extenso trabajo de verificación a través de la publicidad del *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (23).

A tal fin se optó por estudiar sociedades industriales, empezando por analizar la industria del metal (metalurgia y la fabricación de objetos metálicos), un sector que, a juzgar por la

estadística de bajas de empresas ofrecida por el *Directorio Central de Empresas (DIRCE)* sufrió un impacto muy duro durante el periodo de estudio y que, por este motivo, ofrecía la posibilidad de crear una muestra lo suficientemente amplia (24). Con vistas a ampliar el tamaño de la muestra, también se incluyeron sectores dedicados a la transformación de otros materiales. Así, se añadieron la transformación del plástico, de la madera y del papel.

Como se puede apreciar en el cuadro n.º 1, han quedado excluidas las sociedades capitalistas personalistas (sociedades colectivas y comanditarias simples) que, además de tener su patrimonio unido al de los socios, suelen operar con una muy reducida estructura organizativa. Tampoco se han incluido las sociedades que no tuvieran al menos un empleado, ni las de responsabilidad limitada o anónimas laborales que, si bien en lo concerniente a la disolución-liquidación se regulan por lo establecido en la LSC, responden a un paradigma de relaciones de cooperación y conflicto distinto al que deseamos analizar: la salida por liquidación de sociedades de capital no laborales refleja el abandono del proyecto de quie-

CUADRO N.º 1

CRITERIOS PARA LA SELECCIÓN DE LAS EMPRESAS

CRITERIO:	DESCRIPCIÓN:
Datos financieros	Disponibilidad del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2008
Forma jurídica.....	Sociedad de capital (a 31 de diciembre 2008), excluidas las diversas sociedades personalistas (responsabilidad ilimitada) y las Sociedades Anónimas Laborales y Sociedades Limitadas Laborales
Estado	Activa a 31 de diciembre de 2008.
Edad.....	Mínimo 8 años (a 31 diciembre de 2008)
Asalariados	Mínimo uno
Sectores.....	Producción de semielaborados y elaborados (actividades primarias excluidas) de: Metal/ Plástico / Madera /Papel

Fuente: Elaboración propia.

nes ostentan la condición de socios capitalistas.

Otra restricción de muestreo ha sido que la sociedad tuviera una edad mínima de ocho años al inicio del período de observación (31 de diciembre de 2008). Dado que se trata de estudiar las circunstancias que normalmente han de llevar a la empresa a salir del mercado, se ha juzgado apropiado asegurar que previamente han formado parte del mercado al menos un cierto tiempo. Por supuesto, somos conscientes de que las decisiones de muestreo no son neutras con respecto a las causas de la disolución. Por ejemplo, la «conclusión de la empresa que constituya su objeto (363.1.b, LSC)» podría ser menos probable en las empresas industriales (especialmente cuando sus procesos de producción sean continuos), más cuando acumulen una trayectoria en el mercado de varios años.

Una vez extraída la información legal relevante, se ha procedido a clasificar las sociedades en seis grupos, cuya frecuencia se expone en el cuadro n.º 2.

La muestra se compone de 5.369 sociedades, de las cuales un 4,6 por 100 son disoluciones-liquidaciones societarias privadas

CUADRO N.º 3

TIPOS DE LIQUIDACIÓN ESTUDIADAS

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Concursales*	265	68,1
Privadas	124	31,9
Total	389	100,0

* Incluyen liquidaciones directas y convenios fracasados.
Fuente: Elaboración propia.

[124], mientras que las fases de liquidación concursales representan el 7,6 por 100 [245]. Por su parte, hemos registrado 54 convenios alcanzados entre 2009 y 2013, de los cuales 20 fracasaron en algún momento posterior y, por tanto, se disolvieron al iniciar la fase de liquidación (25). Si nos centramos únicamente en los tipos de liquidación se advierte el predominio de las de tipo concursal (algo más de dos tercios).

Antes de seguir con el análisis estadístico y con los cuadros que los recogen, tal vez sea útil reseñar algunas singularidades observadas en estos grupos, empezando por las disoluciones-liquidaciones privadas (grupo 4). Así, a partir de la publicación del *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (en adelante, BORME) es posible identificar si tienen carácter voluntario o

no. Concretamente, del grupo de 124 disoluciones societarias-privadas, 101 fueron voluntarias (legales, estatutarias o por mero acuerdo de la junta), y otras tres lo fueron por otros motivos («Otras causas» que no eran fases de liquidación concursales). No se indicó el tipo de disolución en los 20 casos (cuadro n.º 3) restantes (26). Es decir, fueron voluntarias el 97,1 por 100 de las disoluciones para las que se ha conocido la causa (27).

Otro aspecto relevante es que en un total de 18 disoluciones-liquidaciones societarias-privadas se ha constatado la acumulación en una misma reunión en junta de un acuerdo social simultáneo de disolución-liquidación de la sociedad. Hecho que explica Fernández del Pozo de la siguiente manera: «Así pues, los administradores de nuestras sociedades realizan las operaciones materiales de la liquidación (conclusión de las operaciones pendientes, liquidación del activo, pago de acreedores) antes de acordar formalmente la disolución y solo entonces, concluidas las operaciones antes dichas, liquidado todo el activo y pagados los acreedores, se deciden los administradores a someter a la consideración de los socios la disolución-liquidación de la sociedad. Todo ello a la vista de un balance final en el que no

CUADRO N.º 2

**MUESTRA DE SOCIEDADES TRANSFORMADORAS DE MATERIALES.
SUCEOS DEL PERIODO 2009-2013**

CATEGORÍAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Grupo general.....	4.536	84,5
Convenios concursales.....	34	0,6
Convenios fracasados.....	20	0,4
Liquidaciones concursales.....	245	4,6
Liquidaciones societarias.....	124	2,3
Irregularidades contables.....	410	7,6
Total	5.369	100

Fuente: Elaboración propia.

figura ya ningún acreedor y sin que en el activo luzcan bienes distintos de la tesorería restante, si es que la hay (Fernández del Pozo, 2011: 223)». Una dinámica probablemente similar se ha observado en 43 casos, en las que el tiempo que medió entre la disolución y el final de la liquidación (nombramiento y cese del liquidador) fue como máximo de dos semanas. Como apunta Fernández del Pozo, la práctica de la «liquidación anticipada» perjudica, cuando los haya, a los socios minoritarios, quienes quedan privados de su derecho de información. Solamente en 12 de las 124 liquidaciones societarias privadas (no judiciales) se observa un lapso de tiempo superior a los catorce días, mientras que en 51 casos o no se dio fin a la liquidación, o bien no se publicitó tal suceso. Es decir, la duración de este tipo de operaciones no puede valorarse a partir de las fechas publicadas en el *BORME*. De otro lado, a finales de 2008, 19 sociedades de las 124 que posteriormente habrían de disolverse de forma privada presentaban fondos propios negativos (15,3 por 100). Ello no obstante, del total de 124, muy pocas (9 casos) registraron alguna incidencia judicial o tributaria grave que indique que se encontraban con dificultades de pago antes de la disolución, apoyando la hipótesis de separación institucional de liquidaciones societarias y concursales.

En relación con las fases de liquidación (245 observaciones), únicamente cuatro casos correspondieron a concursos necesarios (es decir, solicitados por los acreedores). Y solo se registraron cinco observaciones en que la sociedad había iniciado la disolución por vía societaria antes del concurso, de nuevo confirmando la separación en la práctica entre

ambas instituciones (28). Resulta interesante anotar que al inicio del periodo de observación (fin de 2008) exhibían fondos propios negativos 30 sociedades (un 12,2 por 100) del total de las que habrían de liquidarse por vía concursal.

En cuanto a los convenios no fracasados (34 observaciones), todos lo fueron en concursos voluntarios, mientras que en los convenios que sí fracasaron (20 casos) en un caso el concurso fue necesario. Dentro de los 34 convenios no fracasados, cuatro presentaban fondos propios negativos en diciembre de 2008, mientras que en los convenios fracasados fueron dos los que reflejaron tal grado de desequilibrio patrimonial.

Con respecto al total de 410 sociedades que incurrieron en irregularidades contables (no depósito de cuentas en al menos un ejercicio contable de los correspondientes al periodo 2009-2013), en 46 casos se registraron fondos propios negativos a 31 de diciembre de 2008 (un 11,2 por 100), y en un total de 108 observaciones (un 26,3 por 100) se dio alguna incidencia judicial o tributaria grave, observándose al menos alguna de las siguientes (normalmente una combinación de las mismas): baja en el índice de entidades jurídicas por incurrir en incumplimientos fiscales, ser declarada fallida por la agencia tributaria, haberles sido declarado incobrable un crédito tributario, o ser declaradas en insolvencia parcial o total por los juzgados de lo social. De los 410 casos, 280 incumplieron la obligación de depósito de cuentas en tres o más ejercicios de los que constituyen el periodo de observación (recordemos, de 2009 a 2013).

Retomemos en este punto los cuadros descriptivos, centrándonos en el tamaño (cuadro n.º 4).

Los datos revelan que, sea cual sea el indicador elegido, el grupo de disoluciones-liquidaciones privadas está integrado por sociedades típicamente más pequeñas. Las fases de liquidación concursal, en cambio, reflejan un pasivo típico (mediana) muy superior al grupo general, siendo sus activos y número de trabajadores bastante similares. Por su parte, entre los convenios (especialmente los fracasados) se encuentran sociedades mucho más grandes que el resto. De otro lado, se observa mucha dispersión entre las que cometen irregularidades contables, por lo que conviene fijarnos en las medianas: sin reflejar una dimensión tan reducida como las liquidaciones societarias, registran cifras mucho menores que el resto.

Muy relacionada con el tamaño se encuentra la forma jurídica (cuadro n.º 5), teniendo las concursadas que alcanzan convenio (fracase luego o no) un porcentaje muy superior de sociedades anónimas, en contraste con lo obtenido para el grupo de disoluciones privadas o las que revelan incumplimientos contables.

Las fases de liquidación concursal estarían por encima del grupo general, aunque solamente en 9 puntos porcentuales.

En cuanto a su distribución por actividades (cuadro n.º 6), vemos que el sector del metal está mucho más representado entre las disoluciones privadas. En el Apéndice B se informa de los subsectores que integran estas actividades (con un grado de detalle de 4 dígitos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, CNAE).

CUADRO N.º 4

INDICADORES DE DIMENSIÓN, A 31 DE DICIEMBRE DE 2008

Categorías	Núm.	ACTIVO		PASIVO	
		Promedio	Mediana	Promedio	Mediana
Grupo general.....	4.536	4.969.210	1.168.019	2.666.183	555.919
Convenios concursales.....	34	6.650.090	3.396.056	5.558.882	2.926.514
Convenios fracasados.....	20	11.700.000	5.028.920	9.292.979	4.047.810
Liquidaciones concursales.....	245	3.632.781	1.540.709	2.707.354	1.231.026
Liquidaciones societarias.....	124	855.855	293.434	576.161	183.593
Irregularidades contables.....	410	1.518.505	628.716	1.083.323	475.237
Total	5.369	4.585.521	1.102.369	2.541.921	564.562

Categorías	Núm.	V. DE ACTIVIDAD		EMPLEADOS	
		Promedio	Mediana	Promedio	Mediana
Grupo general.....	4.536	5.353.246	1.391.470	27	12
Convenios concursales.....	34	7.101.935	3.825.727	39	28
Convenios fracasados.....	20	11.700.000	6.323.087	71	41
Liquidaciones concursales.....	245	3.715.952	1.688.696	29	19
Liquidaciones societarias.....	124	1.051.917	465.060	10	6
Irregularidades contables.....	410	1.655.025	660.936	13	8
Total	5.369	4.931.446	1.297.982	26	12

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO N.º 5

FORMA JURÍDICA, SOCIEDADES ANÓNIMAS (Porcentaje)

CATEGORÍAS	NÚM.	PORCENTAJE
Grupo general.....	4.536	33
Convenios concursales.....	34	65
Convenios fracasados.....	20	60
Liquidaciones concursales.....	245	42
Liquidaciones societarias.....	124	18
Irregularidades contables.....	410	20
Total	5.369	

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO N.º 6

DISTRIBUCIÓN POR SECTORES (Porcentaje)

CATEGORÍAS	NÚM.	PLÁSTICO %	MADERA %	PAPEL %	TOTAL %
Grupo general.....	4.536	25,4	9,8	11,9	100
Convenios concursales.....	34	35,3	8,8	5,9	100
Convenios fracasados.....	20	20,0	20,0	15,0	100
Liquidaciones concursales.....	245	22,4	11,8	8,6	100
Liquidaciones societarias.....	124	18,5	11,3	5,6	100
Irregularidades contables.....	410	22,4	18,0	9,3	100
Total	5.369				

Fuente: Elaboración propia.

El grupo de disoluciones privadas se encuentra en niveles muy inferiores de actividad exterior, al igual que las que incurren en irregularidades contables. Lo contrario sucede con cualquiera de los grupos que entraron en concurso (cuadro n.º 7).

Seguimos con la selección de algunas ratios informativas del estado financiero y económico en que se encontraban los distintos grupos al inicio del periodo de observación (cuadro n.º 8).

Comenzando con la ratio de apalancamiento (exigible / activo), se observa que las sociedades que se disuelven-liquidadas privadamente tienen una posición de solvencia inferior a la total de la muestra (un 70 por 100 de deuda sobre activo, frente al 57 por 100 general), si bien también se aprecia que están por debajo del resto de grupos con dificultades. Así, el grupo con mayores niveles de apalancamiento está representado por los convenios fracasados, seguido

También nos informa de sus características la realización o no

de actividades exteriores, como se aprecia en el siguiente cuadro.

CUADRO N.º 7

ACTIVIDAD EXTERIOR (Porcentaje)

CATEGORÍAS	NÚMERO	EXPORTADORAS	IMPORTADORAS	SIN ACTIVIDAD EXTERIOR
Grupo general.....	4.536	27,6	24,9	66,7
Convenios concursales.....	34	47,1	44,1	47,1
Convenios fracasados.....	20	30,0	50,0	50,0
Liquidaciones concursales.....	245	35,9	28,6	58,4
Liquidaciones societarias.....	124	10,5	9,7	86,3
Irregularidades contables.....	410	14,6	14,9	80,2
Total	5.369			

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO N.º 8

SELECCIÓN DE INDICADORES FINANCIEROS, A 31 DE DICIEMBRE DE 2008

Categorías	Frecuencia	EXIGIBLE / ACTIVO		TESORERÍA / ACTIVO	
		Promedio	Mediana	Promedio	Mediana
Grupo general.....	4.527	0,56	0,57	0,09	0,04
Convenios concursales.....	34	0,73	0,71	0,03	0,02
Convenios fracasados.....	20	0,86	0,81	0,02	0,01
Liquidaciones concursales.....	243	0,78	0,78	0,03	0,01
Liquidaciones societarias.....	123	0,68	0,70	0,10	0,05
Irregularidades contables.....	405	0,75	0,77	0,07	0,02
Total	5.352	0,59	0,60	0,09	0,04

Categorías	Frecuencia	REND. NETO / C. SUSCR.		GASTOS PERSONAL / V. NEGOCIO	
		Promedio	Mediana	Promedio	Mediana
Grupo general.....	4.527	1,80	0,30	0,30	0,28
Convenios concursales.....	34	-1,07	-0,20	0,33	0,27
Convenios fracasados.....	20	-2,29	0,02	0,28	0,25
Liquidaciones concursales.....	243	-2,20	-0,04	0,36	0,35
Liquidaciones societarias.....	123	-1,56	-0,02	0,41	0,41
Irregularidades contables.....	405	0,03	0,11	0,35	0,34
Total	5.352	1,38	0,24	0,31	0,29

Fuente: Elaboración propia.

de las liquidaciones concursales. Es decir, hay diferencias entre tipos de disoluciones, estando mucho más apalancadas aquellas que se inician por apertura de la fase de liquidación. Sin embargo, del cuadro se extrae también la conclusión siguiente: las disoluciones privadas no se caracterizan precisamente por tener niveles reducidos de deuda.

El hecho de que las disoluciones privadas se caractericen por niveles de apalancamiento superior

al grupo general indica que su posición patrimonial no es especialmente buena, sugiriendo que, en muchos casos, en el reparto de los bienes sociales los socios probablemente tengan poco que recibir. No obstante, que el exigible alcance tal peso no significa que sean sociedades insolventes, tal como sugiere la ratio de tesorería, constituyendo las que mejor perfil presentan (por encima, incluso, del grupo general). Recordemos que uno de los presupuestos de la disolución societaria

privada ha de ser la solvencia, al contrario de lo que sucede con las que inician la liquidación concursal. Se vuelve a reforzar la idea de separación institucional por razón de la solvencia.

Las ratios de rentabilidad financiera (a efectos de asegurar la estabilidad del denominador, se ha tomado como referencia el capital suscrito, medida del valor atribuido por los socios a la sociedad, inicialmente o tras posteriores modificaciones), el grupo de general está muy por encima del resto (tanto en promedio como en mediana), destacando los valores negativos tanto de los concursos (lleguen a alcanzar convenio o no, fracase este o no) como de las liquidaciones societarias privadas. Con respecto a estas últimas, deducimos pues que la disolución privada se asocia a niveles muy pobres de retorno de la inversión a los socios, explicando su voluntad de abandonar el proyecto empresarial.

Proseguimos con la ratio de gastos de personal sobre el volumen de negocio. Este indicador capta el peso de estos gastos en relación con lo ingresado por la sociedad. Es posible que muchas de las actividades seleccionadas requieran la contratación de asalariados cualificados (técnicos que sepan manipular la maquinaria y los equipos), siendo más difícil prescindir de ellos que en otros sectores (por ejemplo, el comercio o el turismo) y, en consecuencia, siendo los gastos de personal más difíciles de ajustar de forma acorde a las evoluciones de la demanda. Una vez que se entra en dificultades (rentabilidades negativas), parece el momento de cesar las operaciones, evitando que las pérdidas se perpetúen.

Estas consideraciones vienen al caso de lo reflejado en el mis-

mo cuadro n.º 8: la proporción de gastos de personal sobre ingresos es muy superior en las sociedades que se disuelven de forma privada. Les siguen las liquidaciones concursales, y las que dejan de depositar cuentas. En suma: así como en los concursos es la combinación de carga de deuda, laboral e iliquidez lo que las empuja a salir del mercado (siendo especialmente cierto para las que transitan del convenio a la liquidación), posiblemente una estructura de costes poco flexible en razón al mayor peso de los gastos de personal explica principalmente la decisión de salir en muchas de las disoluciones privadas.

Cabe añadir a lo anterior otra posible interpretación: la ratio de gastos de personal sobre volumen de ingresos se ha utilizado con frecuencia como indicador (inverso) de productividad. Nuestros resultados estarían indicando que, sea por vía societaria o concursal, salen del mercado las empresas que reflejan una menor productividad del factor trabajo.

Para finalizar esta breve exposición de las características financieras, y por su interés en el contexto de las causas de disolución previstas por la ley, añadimos un último indicador que sirve como aproximación al nivel de actividad de la sociedad (cuadro n.º 9).

El cuadro n.º 9 revela un aspecto llamativo: en relación con la inversión realizada (activo), las disoluciones privadas muestran mayor actividad que el resto. A propósito, se ha creado una variable binaria que identifica a las sociedades con muy baja actividad con respecto al activo: solamente un 5,6 por 100 de las disoluciones privadas reflejaban una ratio de rotación inferior a 0,5, estando solamente por debajo el grupo de convenios no

CUADRO N.º 9

RATIO DE ROTACIÓN

ROTACIÓN (VOL. NEGOCIO / ACTIVO)				
Categorías	Frecuencia	Promedio	Mediana	Binaria = 1 si Ratio < 0,5 Porcentaje:
Grupo general.....	4.531	1,35	1,23	6,0
Convenios concursales.....	34	1,27	1,25	2,9
Convenios fracasados.....	20	1,03	1,08	10,0
Liquidaciones concursales.....	245	1,32	1,20	9,0
Liquidaciones societarias.....	124	1,78	1,57	5,6
Irregularidades contables.....	408	1,24	1,05	10,5
Total	5.362	1,35	1,23	6,5%

Fuente: Elaboración propia.

CUADRO N.º 10

MODELO MULTINOMIAL LOGIT

Obs.....		5.110		
Log Likelihood.....	664,69	Prob > Chi2	0,00	
Binarias sector (4 dígitos CNAE).....	Si			
GRUPO DE REFERENCIA: GRUPO GENERAL		COEFICIENTES LIQUIDACIONES CONCURSALES		
Variables explicativas	Coficiente	Error estándar	P> z	
Sociedad anónima (1=binaria).....	0,48	0,17	0,01	
Edad.....	0,00	0,00	0,17	
Sin actividad exterior (1=binaria).....	-0,40	0,16	0,01	
Exigible / Activo.....	2,37	0,28	0,00	
Tesorería / Activo.....	-6,98	1,49	0,00	
Rend. neto / C. suscr.	-0,03	0,01	0,00	
Gastos personal / V. negocio	2,47	0,43	0,00	
Vol. Negocio / Activo.....	-0,02	0,10	0,82	
Const.	-5,04	0,35	0,00	
GRUPO DE REFERENCIA: GRUPO GENERAL		COEFICIENTES LIQUIDACIONES SOCIETARIAS		
Variables explicativas	Coficiente	Error estándar	P> z	
Sociedad anónima (1=binaria).....	-0,25	0,28	0,38	
Edad.....	0,00	0,00	0,38	
Sin actividad exterior (1=binaria).....	0,64	0,30	0,03	
Exigible / Activo.....	1,43	0,36	0,00	
Tesorería / Activo.....	0,49	0,80	0,54	
Rend. neto / C. suscr.	-0,02	0,01	0,01	
Gastos personal / V. negocio	3,06	0,58	0,00	
Vol. Negocio / Activo.....	0,46	0,10	0,00	
Const.	-6,62	0,53	0,00	
GRUPO DE REFERENCIA: LIQUIDACIONES SOCIETARIAS		COEFICIENTES LIQUIDACIONES CONCURSALES		
Variables explicativas	Coficiente	Error estándar	P> z	
Sociedad anónima (1=binaria).....	0,73	0,32	0,02	
Edad.....	0,00	0,00	0,15	
Sin actividad exterior (1=binaria).....	-1,05	0,33	0,00	
Exigible / Activo.....	0,95	0,43	0,03	
Tesorería / Activo.....	-7,47	1,67	0,00	
Rend. neto / C. suscr.	-0,01	0,01	0,46	
Gastos personal / V. negocio	-0,58	0,70	0,40	
Vol. Negocio / Activo.....	-0,48	0,13	0,00	
Const.	1,58	0,62	0,01	

Nota: en cada comparación la variable dependiente incluye a los otros grupos (Convenios concursales, Convenios fracasados e Irregularidades contables), para los que no se muestran los coeficientes.

Fuente: Elaboración propia.

fracasados. Es decir, no parece que el cese de actividad (causa de disolución enmarcada en el art. 363.1.a, LSC) se relacione con las sociedades disueltas por vía societaria privada.

A modo de confirmación de lo anterior, el cuadro n.º 10 muestra el resultado de un análisis de *Logit Multinomial*, cuya variable dependiente se ha elaborado a partir de las categorías expuestas (no ordenadas).

En cuanto al perfil de las sociedades, se observa que la proporción de sociedades anónimas es significativamente mayor en las liquidaciones concursales (en consonancia con su mayor tamaño), manteniendo además una actividad exterior (importaciones y/o exportaciones) superior. Como se ha visto anteriormente, las disoluciones privadas son más pequeñas y están menos conectadas al exterior.

El modelo estimado también revela que, con respecto al grupo general, tanto las sociedades que se liquidan por vía concursal como las que lo hacen de forma privada tienen mayor apalancamiento (en efecto, también las disoluciones privadas, si bien su coeficiente es claramente inferior al del grupo de liquidaciones concursales: 1,43 frente a 2,37), retribuyen peor a sus socios, siendo el peso de los gastos laborales significativamente superior.

Resulta interesante advertir, por su parte, que las salidas privadas exhiben mayor actividad, no solo respecto al grupo de liquidaciones concursales (que muestran un nivel similar al grupo general), sino también en comparación con el grupo general.

En comparación directa con las liquidaciones concursales

(parte baja del cuadro n.º 10), las disoluciones-liquidaciones privadas reflejan un nivel superior de tesorería y de actividad (rotación), a la vez que un apalancamiento menor. Es decir, en lo relativo al apalancamiento, se confirma que las disoluciones privadas se sitúan por encima del grupo general, pero por debajo de las liquidaciones concursales.

V. CONCLUSIONES

Este estudio se ha centrado específicamente en comparar dos mecanismos de disolución y liquidación, privado y concursal, que normalmente derivan en la salida del mercado de las empresas involucradas. Se han observado diferencias muy significativas:

Primera. Las disoluciones societarias acogen empresas de muy reducida dimensión y con escasa exposición al exterior. Razones que, en algunos casos, pueden explicar que no hayan sido transferidas a otros propietarios por medio de su venta en el mercado corporativo. Por su parte, las sociedades concursadas reflejan mayor dimensión, lo que es consistente con la presencia de costes fijos en este mecanismo judicial, que ahuyentarían a los deudores más pequeños.

Segunda. La disolución societaria privada incluye a sociedades más apalancadas que el grupo general de empresas, pero menos que las que se liquidan por vía concursal. Estas últimas exhiben niveles exigüos de tesorería, al contrario que las primeras. En general, los resultados apoyan la hipótesis de separación institucional por razón de solvencia.

Tercera. Con respecto al grupo general, tanto las liquidaciones societarias-privadas como las

concuradas se asocian con una pobre retribución de sus propietarios (similar en ambos grupos), así como con una estructura de costes menos flexible y una menor productividad del factor trabajo, como revela el mayor peso de los gastos de personal que, a diferencia de otros gastos de producción (como los consumos), son más difíciles de ajustar frente a las caídas de la demanda.

Cuarta. Se advierte, por su parte, que las salidas societarias privadas exhiben mayores cifras de actividad, no solo respecto al grupo de liquidaciones concursales, sino también en comparación con el grupo general. Es decir, muy probablemente su crisis no se debe a una caída de ventas, sino a una reducción de márgenes.

Desde una perspectiva más general, este estudio ha servido para aportar evidencia sobre la especialización de ambas instituciones legales (societaria y concursal), que radica en separar a las sociedades que salen del mercado según su estado, solvente o insolvente. Es evidente que los resultados no hacen más que reflejar lo dispuesto por la ley, pero también es cierto que *a priori* no se podían descartar otras posibilidades: por ejemplo, que las sociedades más pequeñas se disolvieran por vía societaria aun siendo insolventes, por carecer sus acreedores de incentivos para instar el concurso. Todo ello sin ocultar los puntos comunes observados en ambos tipos de liquidación: baja productividad del factor trabajo y reducida rentabilidad de los socios.

Como extensión a lo realizado, sería deseable estudiar con detalle los efectos sectoriales y geográficos, ampliar la muestra a otros sectores, captar los posibles efectos temporales, analizar diferencias intragrupo, así como

comparar los dos grupos sobre los que ha girado el análisis con las sociedades que incumplen sus deberes contables (que, como se ha visto, en muchos casos también incumplen sus deberes tributarios y laborales), en conexión con el fenómeno que los expertos prácticos señalan como la liquidación irregular, cierre de persiana o cerrojazo, con empresarios ilocalizables y acreedores sin incentivos para reclamar sus deudas...

NOTAS

(*) Agradecimientos: este trabajo ha recibido ayuda del proyecto «Compromiso empresarial para mejorar las organizaciones y fomentar el bienestar social» ECO2013-48496-C4-4R, liderado por el Dr. MIGUEL ÁNGEL GARCÍA CESTONA. Agradezco el apoyo del Dr. INAKI VÁZQUEZ así como los valiosos comentarios del Dr. VICENTE SALAS, y de los organizadores y asistentes a las Jornadas de discusión «Papeles de Economía Española: Derecho y Economía», celebradas en Madrid el 21 y 22 de abril de 2016.

(1) Los artículos 372 y 382 remiten a la LSC.

(2) Carecemos de estadísticas sobre esta materia. La venta de unidades productivas podría ir ganando terreno, especialmente tras haber, el art. 146 bis LC, ampliando el alcance de la subrogación o transmisión de la posición contractual del anterior empresario al nuevo en contratos afectos a la continuidad de la actividad sin necesidad de consentimiento de la otra parte —por ejemplo en arrendamientos, suministros, franquicias, licencias de uso de propiedad industrial, licencias o autorizaciones administrativas para instalaciones que el adquirente desee seguir utilizando...—, si bien requiriéndose autorización previa y expresa del correspondiente órgano de contratación en los contratos administrativos. Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de *medidas urgentes en materia concursal*, con refrendo parlamentario en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de *medidas urgentes en materia concursal*. Véase ESCOLÁ (2015).

(3) Nótese, asimismo, tal como propone CAMPUZANO, (2015: 152-153), la posibilidad de una modificación estructural en la fase de liquidación del concurso, no obstante haberse decantado el legislador por la venta de la unidad productiva.

(4) En el contexto de la liquidación societaria, como alternativa al procedimiento general consistente en la enajenación por partes de los bienes, prevé el legislador que se pueda optar por la transmisión de empresa por medio de las modificaciones estructurales (cesión global de activo y pasivo; MIGUEL (2011: 209 y ss.), siempre que no se haya dado inicio a la distribución del patrimonio

entre los socios (art. 83 de la Ley de Modificaciones Estructurales, LME).

(5) Otra relevante modificación operada por esta ley resultó en la siguiente norma supletoria para el nombramiento de los liquidadores (art. 376.1, LSC): «Salvo disposición contraria de los estatutos o, en su defecto, en caso de nombramiento de los liquidadores por la junta general de socios que acuerde la disolución de la sociedad, quienes fueren administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores».

(6) En ocasiones, como alternativa a la constitución de una sociedad con objeto social delimitado y allí donde se precise una coordinación intensa con otra empresa o empresas que aporten tecnologías o medios complementarios es posible optar por las Uniones Temporales de Empresa, que carecen de personalidad jurídica y se sustentan en un contrato formalizado en escritura pública, creándose al objeto de desarrollar o ejecutar exclusivamente una obra, servicio o suministro concreto, con duración definida o no, con un máximo de veinticinco años, o de cincuenta cuando el contrato comprenda la ejecución de obras y explotación de servicios públicos (art. 8.c, Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre *régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional*).

(7) Encontramos el antecedente a esta norma en el Código de Comercio (en adelante, CC), que preveía la disolución por pérdida completa del capital social, protección que quedó reforzada en las respectivas leyes reguladoras de la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, en que el umbral de pérdidas quedó reducido a la mitad del capital social.

(8) A efectos del cálculo del patrimonio neto según se define en el art. 36.1.c del CC, véanse los ajustes introducidos por la disposición adicional del RD 10/2008, de 12 de diciembre, *por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias*, para el supuesto de disolución obligatoria por pérdidas, aplicables también al supuesto de reducción obligatoria de capital social: «... se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto».

(9) Concretamente, el primer apartado de la disposición adicional única (cómputo de pérdidas en los supuestos de reducción obligatoria de capital social en la sociedad anónima y de disolución en las sociedades

anónimas y de responsabilidad limitada) del RD 10/2008 indica: «A los solos efectos de la determinación de las pérdidas para la reducción obligatoria de capital regulada en el artículo 327 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y para la disolución prevista en el artículo 363.1.e) del citado texto refundido, así como respecto del cumplimiento del presupuesto objetivo del concurso contemplado en el artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias y las existencias o de préstamos y partidas a cobrar».

(10) Cualquiera que fuere la causa disolutiva, y en relación con este tipo de participaciones o acciones, el art. 101 de la LSC establece que «En el caso de liquidación de la sociedad, las participaciones sociales sin voto conferirán a su titular el derecho a obtener el reembolso de su valor antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes. En las sociedades anónimas el privilegio alcanzará al reembolso del valor desembolsado de las acciones sin voto».

(11) En cualquier caso, téngase en cuenta que en sociedades anónimas no cotizadas y en las de responsabilidad limitada la emisión de participaciones o acciones sin voto tiene poco sentido, por las escasas posibilidades de venta que ofrecen.

(12) Partiendo del ámbito donde actúan, resulta muy clarificadora la distinción en causas exógenas y endógenas que BATALER (p. 56) nos ofrece en los siguientes términos: «1.º) *Causas exógenas*. Son circunstancias que atañen a las relaciones externas de la sociedad, cuya trascendencia es tal que los socios deciden prever su solución cuando sobrevenga. Entran en este grupo la disolución por pérdida de un determinado cliente, por la declaración de guerra, por el embargo internacional sobre un país, etc.

2.º) *Causas endógenas*. Se trata de contingencias que afectan a las relaciones internas de la sociedad. Estas pueden incidir, bien sobre la estructura corporativa de la sociedad, bien sobre el carácter *intuitu personae* que los socios pretenden dar a la sociedad.»

(13) Es posible prorrogar la fecha establecida estatutariamente, siempre que tal prórroga se realice con anterioridad a la misma y se inscriba en el Registro Mercantil (art. 360.1.a, LSC).

(14) Quince días (prorrogables otros quince) para elaborar un plan de liquidación (art. 148.1 de la Ley Concursal, LC), disponiendo para su ejecución de tres meses (prorrogables uno más) a contar desde la aprobación del plan en el procedimiento abreviado, o de un año desde la apertura de la fase de liquidación en el ordinario (arts. 191.6 y 153, LC, respectivamente).

(15) A lo largo de la liquidación, y únicamente para las sociedades anónimas, la

LSC prevé la posibilidad de que los accionistas que representen la vigésima parte del capital social puedan solicitar del secretario judicial o del registrador mercantil del domicilio social la designación de un interventor que fiscalice las operaciones de liquidación (art. 381, LSC).

(16) El art. 398.1, LSC, señala que, tras la cancelación de asientos, «si aparecieran bienes sociales los liquidadores deberán adjudicar a los antiguos socios la cuota adicional que les corresponda, previa conversión de los bienes en dinero cuando fuere necesario».

(17) En definitiva, en el procedimiento concursal liquidatorio siempre hay conclusión y extinción de la persona jurídica, pero puede darse el caso de que la sociedad se extinga sin haberse previamente disuelto. Esto último sucede cuando la sociedad inicia el concurso sin haberse disuelto, y luego no se da la apertura de la fase de liquidación.

(18) La fase de liquidación se puede iniciar mediante solicitud por el deudor en cualquier momento del concurso (art. 142.1, LC), o bien cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas en un convenio vigente (solicitud que también puede hacer un acreedor, si no lo hace el propio deudor; art. 142.2, LC), o incluso por iniciativa de la administración concursal en caso de cese de la actividad empresarial (art. 142.3, LC). También puede producirse de oficio por el juez en cualquiera de los supuestos de imposibilidad del convenio (art. 143, LC).

(19) De no haber sido presentado por el deudor con la solicitud del concurso, la administración concursal presentará el plan de liquidación, bien con el informe de la fase común, bien en los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, prorrogables otros quince en los supuestos de mayor complejidad (art. 148.1, LC). Formuladas eventualmente (en un plazo de quince días) las propuestas de modificación del plan por el deudor, los acreedores y los trabajadores (arts. 148.2 y 148.3, LC), el juez «resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias (art. 148.2, LC).» De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a un conjunto de reglas supletorias, que admiten un amplio abanico de posibilidades, todas ellas por resolución judicial: desde la enajenación individualizada de bienes (en cuyo caso se requiere la elaboración de informe por la administración concursal), la enajenación de varias unidades productivas, a la transmisión del conjunto productivo mediante subasta o por venta directa según convenga a los intereses del conjunto (art. 149.1.1.ª y 149.1.3.ª, LC).

(20) Las salidas aquí analizadas conciernen a las sociedades en tanto que unidades

jurídicas que reúnen derechos de propiedad sobre un conjunto de activos productivos. No obstante, no debemos olvidar la relevancia de procesos que simultánea y frecuentemente afectan a buena parte de estos activos, y que en insolvencia encuentran salida por vía de la ejecución hipotecaria, como revelan los resultados de GARCÍA-POSADA Y MORA-SANGUINETTI (2014: 287-332).

(21) Fuente: www.ine.es, consulta realizada el 9 de diciembre de 2015.

(22) Fuente: www.ine.es, consulta realizada el 9 de diciembre de 2015.

(23) La publicidad de la disolución se regula por el art. 369, LSC, que en su actual redacción dice: «La disolución de la sociedad se inscribirá en el Registro Mercantil. El registrador mercantil remitirá de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, la inscripción de la disolución al *Boletín Oficial del Registro Mercantil* para su publicación». Véase el art. 238 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM) en relación con el procedimiento de inscripción.

(24) El total de bajas de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada de la metalurgia y de la fabricación de objeto metálicos (excluida la maquinaria y equipo) con al menos un asalariado pasó de 633 en 2008 a 1.173 en 2009. Fuente: www.ine.es, consulta realizada el 9 de diciembre de 2015.

(25) De las 124 liquidaciones sociales incluidas en el análisis, solamente en 13 casos se nombró a liquidadores que no figuraban entre los administradores sociales. De estas trece, diez liquidaciones sociales fueron voluntarias y una por «otras causas», sin conocerse en dos casos el tipo de disolución. Señalemos que hubo que descartar dos observaciones, por desconocer si se trataba de disoluciones societarias por sentencia judicial (en que el juez nombra liquidador a instancias de algún accionista que solicita la disolución; art. 366.1, LSC), o concursales. Por su parte, se observaron 42 concursos iniciados entre 2009 y 2013, pero se excluyeron del análisis bien por desconocer su desarrollo (es decir, conclusión por insuficiencia de bienes previa a la liquidación, liquidación o convenio) o por producirse este desenlace posteriormente al periodo de análisis (31 de diciembre de 2013).

(26) La expresión «disolución voluntaria» que contiene la mayoría de los extractos de los actos de disolución publicados en el *BORME* no debe solo identificarse con la que se produce por mero acuerdo de la junta general («La sociedad de capital podrá disolverse por mero acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos», art. 368, LSC), sino también con cualquiera de las causas legales o estatutarias referidas en el art. 363 de la LSC, puesto que una vez producida disponen los socios de la posibilidad de remover la causa. De hecho, de acuerdo con el Índice Metodológico Completo del INE la «Disolución voluntaria» corresponde a la «Disolución de la sociedad proveniente del acuerdo de los socios».

(27) El *BORME* no aporta mayor detalle; es decir, no permite reconocer el supuesto o causa legal exacta dentro de las estipuladas en los arts. 360.1, 361.2, 363.1 y 368, LSC.

(28) El grupo incluye únicamente a concursos en los que, efectivamente, se abrió la fase de liquidación, excluyéndose los concursos exprés (apertura y conclusión simultáneas por falta de bienes) que, por motivos de la fecha de aprobación de la reforma Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en vigor desde el 1 de enero de 2012, solo pudieron darse durante los dos últimos años del periodo de referencia de este estudio, que finaliza en 2013. Así, en los ejercicios 2012 y 2013 solamente se observaron tres casos, mientras que otros seis casos se dieron posteriormente a 2013.

BIBLIOGRAFÍA

- BATALLER, J. (2011), «La disolución», en CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coord.), ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J. y BELTRÁN, E. M. (dir.), *La liquidación de las sociedades mercantiles*, cap. 1, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BELTRÁN, E. M. (2011), «Art. 371», en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (eds.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, coord. Thomson Reuters - Civitas, Madrid.
- CAMPUZANO, A. B. (2015), «Las modificaciones estructurales en el concurso de acreedores», en LLORET, J. y MARQUÉS, J. M. (eds.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, cap.4, Bosch Wolters Kluwer, Barcelona.
- ESCOLÀ, M. E. (2015), «La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento», en LLORET, J. y MARQUÉS, J. M. (eds.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, cap. 3, Wolters Kluwer, Barcelona.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2011), «La información contable en la liquidación en la ley de sociedades de capital», en CAMPUZANO, A. B. (coord.), ROJO, A. J. (dir.) y BELTRÁN, E.M.: *La liquidación de las sociedades mercantiles*, cap. 5, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA-POSADA, M. J., y MORA-SANGUINETTI, S. (2014), «Are there alternatives to bankruptcy? A study of small business distress in Spain», *Journal of the Spanish Economic Association*, 5: 287-332.
- MIQUEL, J. (2011), «Las operaciones de liquidación», en CAMPUZANO, A. B. (coord.), ROJO, A. J. (dir.) y BELTRÁN, E. M., *La liquidación de las sociedades mercantiles*, cap. 4., Tirant lo Blanch, Valencia.
- ROJO, A. (1993), «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 618.
- SÁNCHEZ-CALERO, F y J. SÁNCHEZ-CALERO (2012), *Instituciones de Derecho Mercantil*, 35.ª ed., Thompson Reuters Aranzardi, Cizur Menor, Navarra.

APENDICE

APÉNDICE A CUADRO DE SÍNTESIS

CUADRO DE SÍNTESIS 1A

DISOLUCIÓN POR MERO ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL (ART. 368, LSC)

La sociedad de capital podrá disolverse por mero acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos.

Naturaleza: Expresa la libertad de los propietarios de finalizar la actividad y la existencia de la sociedad, percibiendo la parte del patrimonio en liquidación que les pueda corresponder.

Constatación: No se precisa constatación judicial.

Protección: Conjunto de los socios.

CUADRO DE SÍNTESIS 2A

CAUSAS DE DISOLUCIÓN LEGALES (ART. 363.1, LSC, LETRAS A, B, C, D, E, F, G), LSC

a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un periodo de inactividad superior a un año.

Naturaleza: Incide sobre el objeto social definido en los estatutos, aunque también abarca cualquier supuesto de cese total de las actividades.

Constatación: La realización de una actividad distinta de la prevista estatutariamente puede ser difícil de constatar.

Protección: Tiene efectos informativos, evitando la expropiación de acreedores (concesión de crédito creyendo a la sociedad activa en realización de las actividades previstas en los estatutos) o socios minoritarios (imposibilidad de disponer de la parte que corresponda del patrimonio inactivo o puesto a realizar fines distintos del objeto social).

b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.

Naturaleza: La razón de la disolución radica en la finalización de una actividad temporalmente definida, si bien con incertidumbre sobre la fecha de finalización. No adaptado a empresas con objeto social compuesto por múltiples actividades. Alternativa: Unión Temporal de Empresas.

Constatación: Puede ser de difícil constatación cuando el evento (empresa) esté poco acotado.

Protección: La disolución es informativa de la constatación de un evento (*conclusión de la empresa*), y, por tanto, protege a terceros (p. ej. potenciales acreedores), protegiendo también a los socios (minoritarios) por poder disponer de la parte que corresponda en liquidación.

c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

Naturaleza: Indeterminación de lo que ha de entenderse por fin social, restando efectividad a una eventual solicitud por un socio o socios: ¿se trata del propio objeto social? ¿de la obtención de beneficios?

Constatación: Amplitud de causas que pueden conducir a la imposibilidad, pueden ser de muy difícil o costosa constatación.

Protección: Protege a terceros informando de la ocurrencia de algún evento que hace inviable la consecución del fin social, y da pie a que los socios puedan disponer de la cuota social de liquidación que les corresponda.

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

Naturaleza: Enfrentamiento entre socios; no incluye el supuesto de pasividad de los órganos sociales, sino la imposibilidad de tomar decisiones. Se ha incluido, en cambio, la actividad de órganos sociales conducente a la destrucción grave del valor social.

Constatación: Basada en los documentos sociales (ausencia de convocatorias de junta, no ejecución de los acuerdos de la junta por los administradores, incumplimiento de depósito de cuentas o de obligaciones fiscales, no rendición de cuentas...), y en la existencia de pleitos y litigios entre socios. Las decisiones que destruyan valor pueden sustentarse en

CUADRO DE SÍNTESIS 2A (Continuación)

CAUSAS DE DISOLUCIÓN LEGALES (ART. 363.1, LSC, LETRAS A, B, C, D, E, F, G), LSC

pérdidas patrimoniales reflejadas en cuentas, aunque también deben documentarse por otras vías.

Protección: La disolución protege a terceros desconocedores de la situación (poniéndose fin a la incapacidad para cumplir compromisos) y a socios disidentes (con el suficiente control para frenar decisiones, pero sin el suficiente poder para imponer sus opciones).

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

Naturaleza: Se refiere a situaciones de crisis estructural conducente a pérdidas calificadas que dejan a la sociedad extremadamente descapitalizada.

Constatación: Requiere disponer de cuentas anuales (no necesariamente las del ejercicio completo) que reflejen la imagen fiel del patrimonio neto.

Protección: Protege a los acreedores sociales en compensación por el privilegio de responsabilidad limitada de que gozan los titulares del capital, o por una administración ruinosa que destruya valor, así como al conjunto de socios que pueden llegar a perder completamente el valor de sus participaciones.

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.

Naturaleza: Garantizar niveles de capital social iguales o superiores al mínimo legal más allá del momento de constitución.

Constatación: Cifra de capital social recogida en los estatutos.

Protección: Se trata de proteger los intereses de los acreedores, en compensación por el privilegio de responsabilidad limitada, del control y ventaja informativa de los socios y administradores. Se protege también a los socios en general, frente a la pérdida de valor de sus aportaciones.

g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.

Naturaleza: Se fundamenta en el requerimiento de que el importe nominal de las participaciones o acciones sin voto sea igual o inferior a la mitad del capital en las SRL y del capital social desembolsado en las SA (art. 98, LSC).

Constatación: Composición del capital social tras una operación de reducción de capital

Protección: Poner límite a las pérdidas de los titulares de participaciones o acciones con voto frente al privilegio económico en liquidación de los que no tienen derecho a voto.

CUADRO DE SÍNTESIS 3A

CAUSAS DE DISOLUCIÓN ESTATUTARIAS (ART. 363.1, LSC, LETRA H)

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

Naturaleza: Supuestos no previstos legalmente, acordados por voluntad de los socios en los estatutos (en el momento de fundación, o posteriormente) y que responden a aspectos idiosincráticos.

Constatación: En función del grado de precisión y posibilidades de verificación por terceros.

Protección: Socios.

CUADRO DE SÍNTESIS 4A

CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO (ARTS. 360.1, LSC; ART. 361.2, LSC)

Art. 360.1.a), LSC. Por el transcurso del término de duración fijado en los estatutos, a no ser que con anterioridad hubiera sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil.

Naturaleza: Responde a la voluntad de los socios reflejada en los estatutos de establecer una opción de salida que posibilite la desinversión, cláusula útil esencialmente en sociedades cerradas.

Constatación: Fecha recogida en los estatutos, produciéndose de forma automática por procedimiento registral, sin requerir constatación por junta ni judicial.

Protección: Garantiza la opción de salida a los socios.

Art. 360.1.b), LSC. Por el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal.

Naturaleza: Garantizar niveles de capital social iguales o superiores al mínimo legal más allá del momento de constitución.

Constatación: Cifra de capital social recogida en los estatutos, produciéndose de forma automática por procedimiento registral, sin requerir constatación por junta ni judicial.

Protección: Se trata de proteger los intereses de los acreedores, en compensación por el privilegio de responsabilidad limitada, del control y ventaja informativa de los socios y administradores; y a los socios en general, frente a la pérdida de valor de sus aportaciones.

Art. 361.2, LSC. La apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores producirá la disolución de pleno derecho de la sociedad.

Naturaleza: Disolución vinculada al inicio de una fase en el concurso dirigida a liquidar (conversión en dinero) los bienes y derechos de la masa activa: por voluntad de liquidar expresada por el deudor, por imposibilidad de alcanzar un convenio con los acreedores sociales, por incumplimiento del convenio alcanzado, por cese de la actividad profesional o empresarial...

Constatación: La declaración de disolución (si no estuviese ya acordada) se incluye automáticamente en la resolución (auto) que abre la fase de liquidación., debiendo el juez del concurso resolver en función de las causas establecidas por la LC, entre otras: no haberse alcanzado convenio (art. 143, LC), incumplimiento del convenio (art. 142.2, LC; art. 143.1.5.º, LC), solicitud del deudor (art. 142.1 y 2, LC), solicitud de la administración concursal (art. 142.3, LC).

Protección: Se protege a los administradores o liquidadores (puesto que cesan en sus funciones, permitiéndoles seguir representando a la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte). También protege a los socios y a los acreedores sociales gracias a la garantía de los órganos judiciales y a la sustitución de los administradores o liquidadores sociales por los administradores concursales, quienes supervisan y aportan transparencia al proceso de liquidación.

CUADRO DE SÍNTESIS 5A

COSTES DE LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA-PRIVADA Y LA CONCURSAL

Dimensión	Societaria-privada	Concursal
Retribución del liquidador	Ninguna	Arancel (regulado por el RD 1860/2004), con incrementos basados en la función (de intervención o sustitución), en criterios de complejidad (v.g. número de acreedores, número de trabajadores...), y duración (p. ej., con incremento de hasta un 25 por 100 en el convenio anticipado; o percepción mensual de un porcentaje).

CUADRO DE SÍNTESIS 5A

COSTES DE LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA-PRIVADA Y LA CONCURSAL

Dimensión	Societaria-privada	Concursal
Incentivos (hasta el plazo máximo de liquidación, posiblemente perjudiciales en el concurso)	<ul style="list-style-type: none"> • Interés del propio administrador en tanto que accionista y perceptor residual (una vez satisfechos los acreedores) de lo obtenido, en liquidar de forma eficiente los bienes y derechos patrimoniales. • Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la junta general el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del secretario judicial o registrador mercantil del domicilio social la separación de los liquidadores (art. 389.1, LSC). 	<ul style="list-style-type: none"> • Posible dilación debida al art. 9.2 del RD 1860/2004: La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación será equivalente al 10 por 100 de la retribución aprobada para la fase común. A partir del séptimo mes desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta, la retribución de los administradores durante cada uno de los meses sucesivos será equivalente al 5 por 100 de la retribución aprobada para la fase común. • Transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos (art. 153.1, LC). • Los administradores concursales separados por prolongación indebida de la liquidación perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación (art. 153.3, LC).
Deberes de información (similares)	Los liquidadores harán llegar periódicamente a conocimiento de los socios y de los acreedores el estado de la liquidación por los medios que en cada caso se reputen más eficaces (art. 388, LSC).	La administración concursal está obligada a informar cada tres meses del estado de las operaciones de liquidación (art. 152.1, LC), así como un informe final justificativo dentro del mes siguiente a la conclusión de las mismas.
Dimensión organizativa (mucho más compleja en el concurso)	<ul style="list-style-type: none"> • Composición del órgano liquidador: por defecto, será el órgano de administración, a menos que la junta disponga otra cosa. • Conocimiento interno de la sociedad. 	<ul style="list-style-type: none"> • Relación de agencia juez-administración concursal, normalmente compuesta por un único miembro. • Necesidad de aprobación judicial en todas las operaciones de liquidación. • Ventaja informativa del administrador concursal con respecto al juez, pero desventaja con respecto a los administradores sociales.
Necesidad de asesoramiento externo	Las responsabilidades del liquidador tienen expresión en el régimen ordinario de responsabilidad de un administrador social.	El deudor puede estimar elevado el riesgo de responsabilidad por una sentencia desfavorable en el juicio de calificación.

APÉNDICE B SECTORES ANALIZADOS

SECTORES ANALIZADOS

TÍTULO CNAE 2009

MADERA

1610	Aserrado y cepillado de la madera
1621	Fabricación de chapas y tableros de madera
1622	Fabricación de suelos de madera ensamblados
1623	Fabricación de otras estructuras de madera y piezas de carpintería y ebanistería para la construcción
1624	Fabricación de envases y embalajes de madera
1629	Fabricación de otros productos de madera; artículos de corcho, cestería y espartería

PAPEL

1711	Fabricación de pasta papelera
1712	Fabricación de papel y cartón
1721	Fabricación de papel y cartón ondulados; fabricación de envases y embalajes de papel y cartón
1722	Fabricación de artículos de papel y cartón para uso doméstico, sanitario e higiénico
1723	Fabricación de artículos de papelería
1724	Fabricación de papeles pintados
1729	Fabricación de otros artículos de papel y cartón

PLÁSTICO

2221	Fabricación de placas, hojas, tubos y perfiles de plástico
2222	Fabricación de envases y embalajes de plástico
2223	Fabricación de productos de plástico para la construcción
2229	Fabricación de otros productos de plástico

METAL

2550	Forja, estampación y embutición de metales; metalurgia de polvos
2561	Tratamiento y revestimiento de metales
2562	Ingeniería mecánica por cuenta de terceros
2571	Fabricación de artículos de cuchillería y cubertería
2572	Fabricación de cerraduras y herrajes
2573	Fabricación de herramientas
2591	Fabricación de bidones y toneles de hierro o acero
2592	Fabricación de envases y embalajes metálicos ligeros
2593	Fabricación de productos de alambre, cadenas y muelles
2594	Fabricación de pernos y productos de tornillería
2599	Fabricación de otros productos metálicos n.c.o.p.

LAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL DURANTE LA GRAN RECESIÓN

Miguel GARCÍA-POSADA (*)

Raquel VEGAS

Banco de España

Resumen

Tradicionalmente, los concursos de acreedores en España han sido procedimientos largos y costosos que casi siempre terminaban en la liquidación de la empresa concursada (95 por 100). Estas disfuncionalidades quedaron en evidencia con el fuerte aumento de los concursos de acreedores durante la crisis iniciada en 2008 y la consiguiente congestión de los juzgados por esta causa. Con el objetivo de resolver estos y otros problemas, la Ley Concursal ha sido reformada en diversas ocasiones. El objetivo de esta investigación es analizar el impacto de algunas de estas reformas en dos dimensiones: por un lado, la duración de los concursos y, por otro lado, la probabilidad de alcanzar un convenio y, por tanto, evitar la liquidación de la empresa. Los resultados muestran que dos de las cuatro reformas analizadas habrían incrementado el porcentaje de convenios, y reducido la duración de concursos, a través de la mejora de la calidad de los administradores concursales y el fomento de los acuerdos preconcursales para grandes empresas.

Palabras clave: concurso de acreedores, quiebra, convenio, liquidación, análisis de duración, modelos de riesgos en competencia.

Abstract

We assess the effectiveness of the four reforms to the Spanish bankruptcy code implemented during the Great Recession (2008-2013). Our results indicate that two of the reforms increased the percentage of successful reorganisations by increasing the quality of insolvency administrators and reducing the costs of financial distress, suggesting an increase in ex-post efficiency. One of the reforms decreased the average duration of insolvency procedures by increasing the appeal of private workouts as an alternative to formal bankruptcy. By contrast, two of the reforms did not achieve their goals and failed to have any robust impact on those dimensions.

Key words: bankruptcy, reorganisation, liquidation, duration analysis, competing risks.

JEL classification: C41, G33, K22.

I. INTRODUCCIÓN

EN España, durante la Gran Recesión (2008-2013) el producto interior bruto (PIB) real cayó más de un 8 por 100, el desempleo alcanzó el 26 por 100 (partiendo de niveles próximos al 10 por 100), el crédito al sector no financiero bajó más de un 18 por 100 y los precios reales de la vivienda descendieron alrededor de un 35 por 100. Todos estos acontecimientos llevaron a un fuerte aumento de la morosidad y de los procedimientos de insolvencia. Así, las ejecuciones hipotecarias se incrementaron en más de un 55 por 100 y los juzgados de lo mercantil pasaron de albergar menos de 1.000 concursos anuales, antes de la crisis (1), a resolver más de 9.000 en los momentos más agudos de esta (véase gráfico 1).

La consiguiente congestión de los juzgados dejó en evidencia algunas de las disfuncionalidades de la Ley Concursal. Así, en España el sistema concursal ha estado tradicionalmente caracterizado por procedimientos largos y costosos (Van Hemmen, 2007-2014; Consejo General del Poder Judicial, 2007-2014), que tienden a destruir el valor de la empresa

y reducir las tasas de recuperación de crédito de los acreedores, y por terminar en la liquidación de la empresa concursada en alrededor del 95 por 100 de los casos (Van Hemmen, 2014; Celentani *et al.*, 2010; Banco de España, 2014), lo que sugiere que está sesgado hacia la liquidación (2).

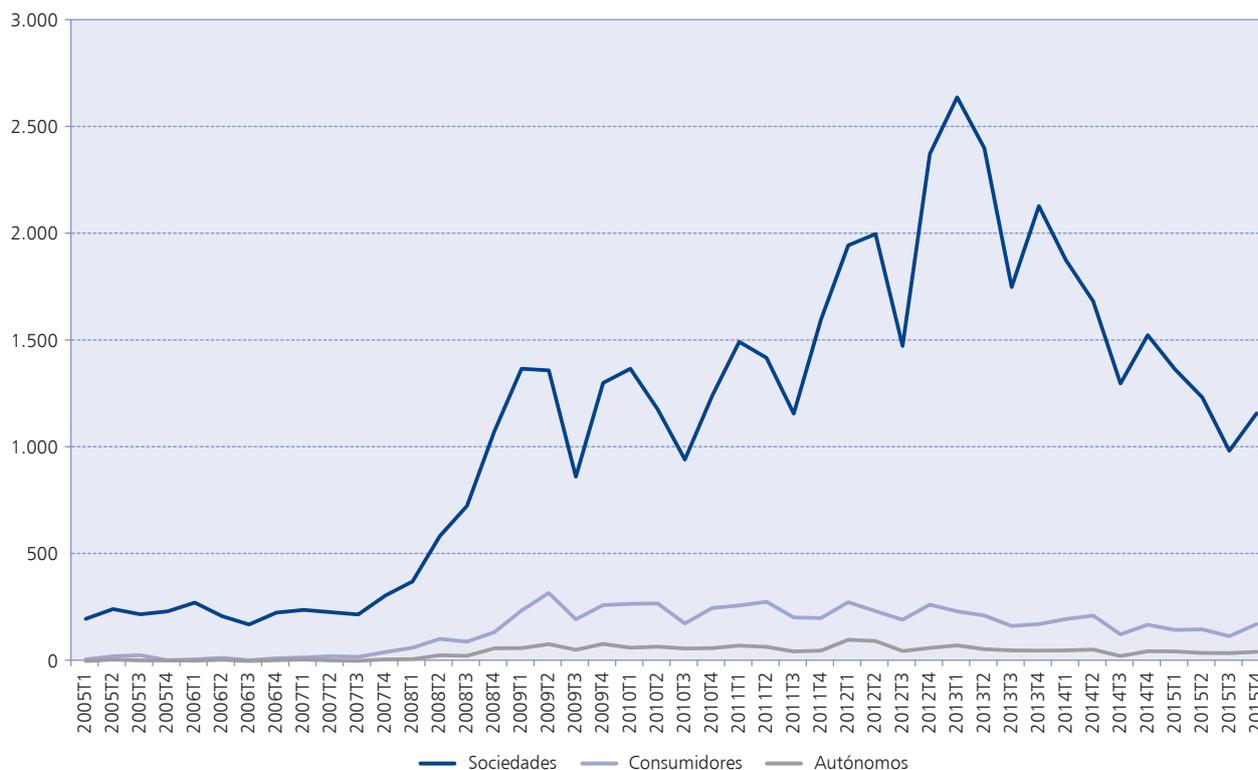
Con la intención de resolver estos y otros problemas, la Ley Concursal ha sido reformada seis veces en el período de 2009 a 2015. El objetivo de este artículo es realizar una primera valoración de estas reformas, en concreto de cuatro de ellas cuyo propósito principal ha sido mejorar los procedimientos concursales y preconcursales usados por sociedades no financieras, en dos dimensiones: la duración de los concursos y la probabilidad de alcanzar un convenio y, por tanto, evitar la liquidación de la empresa.

Con este fin se han utilizado microdatos procedentes de los registros mercantiles sobre la evolución de los concursos y los balances de las empresas concursadas obtenidos de la Central de Balances del Banco de España. La metodología utilizada es la estimación de modelos de duración y modelos de probabilidad lineal (3), explotando

información diaria sobre las fechas de aprobación de convenio, de inicio de la liquidación y de finalización de los concursos para estimar el impacto de las sucesivas reformas de la Ley Concursal. Con el objetivo de comparar empresas que se declaran en concurso de acreedores en momentos del ciclo económico similares y cuantificar el impacto regulatorio en el desarrollo del concurso en términos de tiempo necesario para su resolución y del tipo de solución acordada, se compararán empresas que inician concurso de acreedores en horquillas de tiempo estrechas alrededor de la fecha de aprobación de cada reforma (tres meses antes y tres después de la entrada en vigor de cada una). Por otro lado, para controlar por otros factores que pueden tener un impacto en la probabilidad de convenio y en la duración de los concursos, se han incluido una serie de características de las empresas concursadas (tamaño, edad, rentabilidad, endeudamiento, sector, etc.), así como algunas características de la provincia (tasa de paro, tasa de concursos) en la que tienen la sede social.

Los resultados muestran que algunas de las reformas han tenido un impacto reseñable en la probabilidad de convenio y en la duración de los concursos. En primer lugar, la reforma de 2012 (4) incrementó la probabilidad de convenio en, al menos, 5 puntos porcentuales, cifra considerable cuando se tiene en cuenta que solo un 7 por 100 de las empresas de la muestra alcanzó un convenio con sus acreedores (5). Asimismo, el efecto de la reforma de 2012 en la probabilidad de convenio fue mayor en empresas con menor valor de liquidación, lo que sugiere un aumento en la eficiencia *ex post* (reestructurar empresas cuyo valor como unidad de negocio es mayor que su valor de liquidación y liquidar aquellas en las que ocurre lo contrario). Estos efectos pueden deberse al cambio en el nombramiento y composición de los administradores concursales que se produjo con la reforma de 2012. Antes de la reforma, la regla general era que hubiera tres (un abogado, un auditor –economista o titulado mercantil– y un acreedor sin garantía

GRÁFICO 1
EVOLUCIÓN DE LOS CONCURSOS DE ACREEDORES (N.º CONCURSOS)



Fuente: Estadística del Procedimiento Concursal (INE).

real), todos ellos designados por el juez del concurso. Tras la reforma, la administración concursal pasó a estar integrada, generalmente, por un único miembro (salvo en concursos muy complejos, en los que habría un segundo administrador, un acreedor grande sin garantía real). Ello pudo haber reducido los problemas de coordinación (p.ej., conflictos entre administradores) y, probablemente, supuso un ahorro de costes, factores que facilitarían que se alcanzara un convenio. Además, la reforma buscó una mayor profesionalización del administrador concursal, lo que pudo llevar a una mayor capacidad para discernir entre empresas viables e inviables. Así, se endurecieron los requisitos, en términos de experiencia y formación específica, para acceder al cargo, y se permitió que personas jurídicas donde hubiera, al menos, un abogado en ejercicio y un auditor, economista o titulado mercantil (p.ej. empresas de consultoría) pudieran ser nombradas administradores concursales.

En segundo lugar, la reforma de marzo de 2014 (6) redujo sustancialmente la duración de los concursos. En concreto, disminuyó su duración media en, al menos, un 17 por 100. Este efecto puede deberse a que esta reforma mejoró, en diversas dimensiones, el marco legal de los acuerdos de refinanciación (el llamado «preconcurso de acreedores»). Si bien el número de empresas que logran un acuerdo de refinanciación con sus acreedores es muy reducido —entre 100 y 200 al año (7)—, estas son mucho más grandes que la mayoría de las que entran en concurso de acreedores: por ejemplo, en 2013, el activo medio de las que obtuvieron un acuerdo de refinanciación fue de 177 millones de euros, mientras que el de las concursadas fue de 6 millones (Van Hemmen, 2014). Esto podría sugerir que, mediante el aumento del atractivo de los acuerdos de refinanciación como vía alternativa al concurso, la reforma de marzo de 2014 pudo liberar recursos de los juzgados de lo mercantil, reduciendo la congestión de los mismos y favoreciendo con ello la disminución de la duración de los concursos de acreedores.

Tras esta introducción, el resto del artículo se estructura de la siguiente manera. La segunda sección describe los principales rasgos de la Ley Concursal y de las cuatro reformas cuyo impacto vamos a analizar. La tercera explica la estrategia de identificación y los modelos econométricos que usaremos. En la sección cuarta se describen las características de las fuentes de los datos, la construcción de las principales variables utilizadas en el estudio y se hace una descripción de las

mismas. En la quinta sección se muestran los principales resultados del análisis empírico. La sección sexta presenta las conclusiones y sugerencias para investigaciones futuras. El apéndice complementa y detalla el análisis realizado en el texto principal.

II. MARCO INSTITUCIONAL: LA LEY CONCURSAL Y SUS REFORMAS

1. La Ley Concursal

Los concursos de acreedores, los acuerdos extrajudiciales de pagos y los acuerdos de refinanciación son los procedimientos que existen en España para gestionar los casos de insolvencia. Todos se rigen por una misma legislación, la Ley Concursal (8) (en adelante, LC), que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004. Esta ley supuso la primera renovación en profundidad de la normativa concursal en más de un siglo, sustituyendo a las disposiciones relativas a la quiebra y suspensión de pagos del antiguo Código de Comercio de 1829 y de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922. A continuación se resumirán los rasgos más relevantes de la LC y de sus diversas reformas. Para una descripción más detallada véase Celentani *et al.* (2010) y García-Posada y Mora-Sanguinetti (2012).

Originalmente, el sistema concursal español constaba de un único procedimiento de insolvencia, el concurso de acreedores, que sigue siendo, a día de hoy, el procedimiento más usado por las empresas. Existen dos variantes dentro del mismo: el concurso ordinario y el abreviado, que es una versión simplificada y más rápida. El sistema también puede ser utilizado por las personas físicas, si bien su uso en la práctica es marginal —menos de 300 casos al año (9)—. La solicitud de concurso puede realizarse por cualquiera de los acreedores o por el deudor. En el caso de sociedades, la empresa deudora está obligada a solicitar concurso en un plazo de dos meses desde que está en una situación de insolvencia (10). En caso de no hacerlo, se presumirá culpa por parte de los gerentes de la empresa, lo cual puede acarrear importantes sanciones. Cada solicitud de concurso es analizada por un juez de lo mercantil, que puede aceptarla o denegarla.

Una vez declarado el concurso, comienza la fase común, que tiene por objetivo reducir las asimetrías de información entre los distintos acreedores y el deudor. El juez nombra un administrador concursal, que tendrá que ser un abogado, un economista, un auditor o un titulado mercantil. El administrador

concurzal realiza diversas actividades de especial trascendencia durante el proceso. Así, es el encargado de realizar un listado de las deudas y los activos de la sociedad concursada, ayudando a determinar por tanto su viabilidad. Además, tiene amplias facultades de control de la empresa, que dependen de quien haya solicitado el concurso. Si lo ha hecho la propia compañía (concurso voluntario), la dirección continúa gestionando su patrimonio y su actividad comercial, si bien sus operaciones son supervisadas por el administrador, quien tiene que autorizar todas las transacciones que no están relacionadas con la gestión cotidiana de la empresa. Si el concurso ha sido solicitado por los acreedores (concurso necesario), los directivos son relevados de sus funciones y la gestión de la empresa es llevada a cabo por el administrador (11).

Tras la fase común, el concurso de acreedores entra en su fase sucesiva, en la que terminará, o bien en un convenio entre el deudor y los acreedores, que consiste en una reestructuración de la deuda y la supervivencia de la empresa, o bien en la liquidación de esta. El convenio puede ser propuesto tanto por el deudor como por los acreedores (12) –aunque en la práctica casi siempre lo hace el primero (Celentani *et al.*, 2010)– y ha de ser aceptado por una mayoría de acreedores ordinarios para prosperar (13). En caso de liquidación se paga a los acreedores mediante la venta de los activos, de acuerdo con el orden de prelación establecido en la LC. La liquidación puede ser propuesta por el deudor o, en caso de que no se alcance un convenio, por parte del administrador concursal. Ha de destacarse que, en la práctica, la gran mayoría de las compañías concursadas acaban siendo liquidadas. Así, según Celentani *et al.* (2010), entre 2004 y 2008 solo un 5 por 100 de los concursos resultaron en convenio. Entre 2006 y 2012, según Van Hemmen (2014), esta cifra oscilaría entre el 5 por 100 y el 10 por 100 anual.

2. Reformas de la Ley Concursal

La crisis económica, y el consiguiente aumento de los concursos de acreedores, pusieron pronto de manifiesto algunas deficiencias de la LC, que se han intentado corregir desde entonces, dando lugar a seis reformas sucesivas de la misma. A continuación, resumimos los aspectos más destacados de las cuatro reformas encaminadas a mejorar los procedimientos de insolvencia de las sociedades no financieras, que son nuestro objeto de estudio (14).

La reforma de 2009 (15) buscó agilizar los procesos concursales aumentando el ámbito de utilización del procedimiento abreviado a empresas de mayor tamaño (16) y mediante la figura de la «liquidación anticipada», por la que el deudor podía solicitar la liquidación durante la fase común, hasta los quince días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal, sin esperar a la conclusión de impugnaciones concernientes al inventario y a la lista de acreedores. Con ello se perseguía no tener que esperar a la fase sucesiva en los casos en los que parecía obvio que la mejor solución asignativa era la liquidación. Además, la reforma facilitó las propuestas anticipadas de convenio (17), aumentó la protección de las garantías asociadas a acuerdos de refinanciación y estipuló un límite máximo en las retribuciones de los administradores concursales.

La reforma de 2011 (18) profundizó en algunas de las medidas de la anterior. Así, amplió las circunstancias bajo las cuales se podía usar el procedimiento abreviado (19) –para el cual también estableció plazos máximos en algunas de sus fases (20)–, fomentó los acuerdos de refinanciación como vía alternativa al concurso y permitió que el deudor pudiera solicitar la liquidación en cualquier momento del procedimiento, cosa que también podía hacer la administración concursal en caso de cese de la actividad empresarial. En línea con esto último, y con el objetivo de evitar desperdiciar los recursos judiciales, se creó el llamado «concurso exprés», que consiste en la conclusión del concurso en el mismo auto de declaración, por falta de activos para satisfacer los créditos contra la masa (21). También redefinió la administración concursal. En concreto, esta pasó a estar generalmente compuesta por un único miembro, frente a los tres anteriores (22). Además, se buscó su mayor profesionalización, por lo que se reforzaron los requisitos para ser nombrado administrador, exigiendo experiencia profesional y formación en el ámbito concursal (23), y se permitió que los administradores concursales fueran personas jurídicas, es decir, sociedades profesionales.

La reforma de marzo de 2014 (24) perfeccionó la regulación de los acuerdos de refinanciación, que ya había sido mejorada en las dos anteriores reformas. Así, la mera comunicación al juzgado pertinente por parte del deudor de que se habían iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación paralizaba todas las ejecuciones de bienes que resultaran necesarios para la actividad de la empresa durante los tres meses que la LC

daba de plazo para llegar a un acuerdo. También se flexibilizaron los requisitos para impedir la rescisión de los acuerdos de refinanciación (25) y se permitió que estos acuerdos, además de quitas y esperas, incluyeran capitalizaciones de deuda y daciones en pago. Además, a los acreedores disidentes (aquellos que no se adherían al acuerdo de refinanciación) se les podía imponer los términos del acuerdo si se daban ciertas mayorías reforzadas (26).

La reforma de septiembre de 2014 (27) flexibilizó los posibles términos de los convenios y las mayorías requeridas para su aceptación (28), permitió la imposición de los convenios a acreedores privilegiados disidentes si concurrían ciertas mayorías dentro de su misma clase (29) y estableció ciertas disposiciones encaminadas a facilitar la venta de la empresa como unidad de negocio –frente a la venta de sus activos por separado– en caso de liquidación. El cuadro n.º 1 resume los principales rasgos de estas cuatro reformas.

III. ESTRATEGIA DE IDENTIFICACIÓN

Para analizar el impacto de las cuatro reformas en la probabilidad de alcanzar un convenio, se han

utilizado modelos de probabilidad lineal (30) (MPL) y modelos de duración. En concreto, se han estimado MPL:

$$CONVENIO_i = \alpha + \beta * REFORMA_i + \sum_{k=1}^K \gamma_k CONTROL_i^k + \varepsilon_i \quad [1]$$

donde *CONVENIO* es una variable *dummy* que toma el valor 1 si la empresa alcanzó un convenio y este no fracasó posteriormente; *REFORMA* toma el valor 1 si la empresa declaró concurso después de la entrada en vigor de una de las cuatro reformas; *CONTROL* es un vector de características de la empresa concursada y de la provincia en la que se ubica su sede social y ε es una perturbación estocástica que captura todos los factores no observables para el investigador.

Para estudiar el impacto de las reformas en la duración de los concursos se han utilizado modelos de duración log-normal:

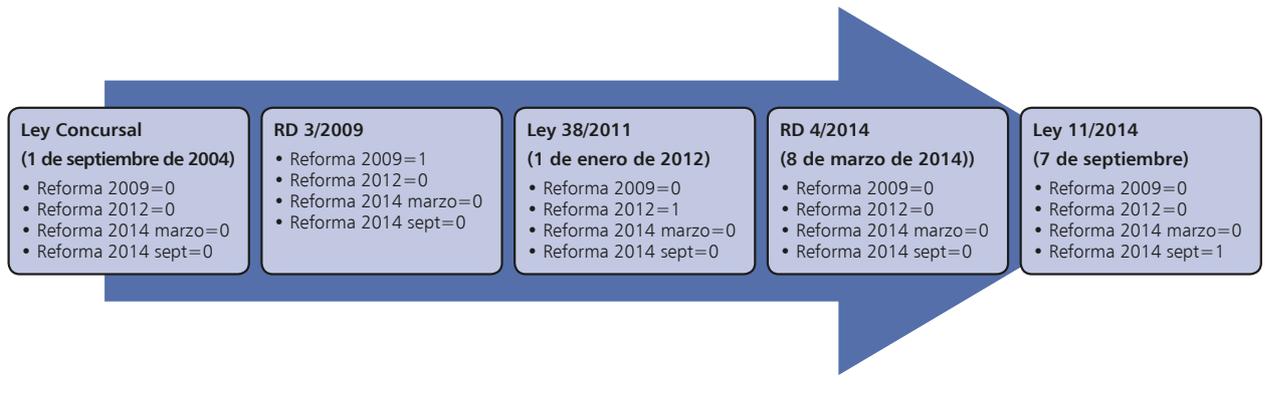
$$LOG(DURACION_i) = \alpha + \beta * REFORMA_i + \sum_{k=1}^K \gamma_k CONTROL_i^k + \varepsilon_i \quad [2]$$

CUADRO N.º 1

RESUMEN DE LAS PRINCIPALES REFORMAS SOBRE CONCURSOS DE ACREEDORES EMPRESARIALES

REFORMA	ENTRADA EN VIGOR	PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS
2009	1 abril 2009	<ul style="list-style-type: none"> – Amplía el uso del procedimiento abreviado. – Liquidación anticipada. – Facilita las propuestas anticipadas de convenio. – Irrescindibilidad de los acuerdos de refinanciación. – Límite en la retribución de los administradores concursales.
2012	12 de octubre de 2011 (acuerdos de refinanciación) y 1 de enero 2012 (resto de reformas)	<ul style="list-style-type: none"> – Amplía el uso del procedimiento abreviado. – Liquidación por parte del administrador en caso de inactividad empresarial. – “Concurso exprés” – Se pasa a un único administrador concursal. – Las personas jurídicas pueden ser administradores concursales.
Marzo 2014	8 de marzo	<ul style="list-style-type: none"> – Mejora del régimen de los acuerdos de refinanciación: paralización de ejecuciones, irrescindibilidad, términos de los acuerdos, imposición a los acreedores disidentes.
Septiembre 2014	7 de septiembre	<ul style="list-style-type: none"> – Mejora del régimen de los convenios: términos de los convenios, imposición a acreedores privilegiados disidentes. – Se facilita la venta de la empresa como unidad de negocio.

GRÁFICO 2

VALOR DE LAS *DUMMIES* DE LAS REFORMAS DE 2009, 2012 Y 2014, SEGÚN LA FECHA DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO

donde DURACION es la duración del concurso, en días, y el resto de variables son las mismas que en la ecuación (1). No se observa la duración completa de un porcentaje importante de los concursos, de los que solo se sabe que aún no han terminado en el momento del análisis. Es decir, una parte de las observaciones está censurada a la derecha (*right-censoring*) (31). En este contexto, una regresión por mínimos cuadrados ordinarios usando únicamente las observaciones con duración completa generaría estimaciones sesgadas e inconsistentes (Wooldrige, 2003). Es por ello que se ha optado por modelos de duración estimados mediante máxima verosimilitud (*maximum likelihood*) que son robustos a esta característica de los datos.

Consideramos que una empresa «i» está «tratada» por la reforma «n», $REFORMA_i^n = 1$, si su concurso fue declarado con posterioridad a la entrada en vigor de dicha reforma y antes de la entrada en vigor de la siguiente reforma «n+1», $REFORMA_i^{n+1} = 0$ (32). A modo de esquema el gráfico 2 ilustra los valores que tomarían las *dummies* de las cuatro reformas consideradas (2009, 2012, marzo y septiembre de 2014) para empresas que declararon concurso de acreedores entre la entrada en vigor de la Ley Concursal (1 de septiembre de 2004) y el RDL 4/2014, que entró en vigor el 7 de septiembre de 2014. Así, un concurso declarado el 1 de junio de 2009 y que terminase el 1 de junio de 2012 se consideraría «tratado» por la reforma de 2009 ($REFORMA^{2009} = 1$) y «no tratado» por la reforma de 2012 ($REFORMA^{2012} = 0$). Existen dos razones principales que motivan esta forma de asignar el valor de las *dummies* a los concursos. La primera es que las reformas concursales se han caracterizado por su poca retroactividad, si bien han sido contemplados un régimen transitorio para los concursos ya iniciados antes de su entrada en vigor. La segunda, y más importante, es puramente lógica.

En el ejemplo anterior, si consideráramos que el concurso está «tratado» por la reforma de 2012, estaríamos relacionando un concurso de una duración de tres años –desde el 1 de junio de 2009 hasta el 1 de junio de 2012– con la reforma de 2012, a pesar de que gran parte del procedimiento, dos años y medio, se dio bajo un marco concursal previo.

Con el objetivo de controlar por la evolución de las condiciones macroeconómicas y financieras en España –especialmente cambiantes durante el período de crisis– nuestra estrategia de identificación se basa en comparar el resultado (convenio o liquidación) y la duración de concursos que fueron declarados en fechas próximas en el tiempo, pero bajo regímenes concursales distintos debido a la entrada en vigor de las diferentes reformas. En concreto, restringimos nuestras estimaciones a concursos que fueron declarados como máximo tres meses antes o tres meses después de la entrada en vigor de cada reforma, es decir, restringimos nuestra muestra a horquillas temporales de seis meses alrededor de cada cambio regulatorio. Así, por ejemplo, estimamos el impacto de la reforma que entró en vigor el 1 de abril de 2009 usando todos los concursos que fueron declarados entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2009. De esta manera, se comparan empresas que se declararon en concurso de acreedores en un entorno temporal lo suficientemente cercano como para que se pueda afirmar que las circunstancias macroeconómicas a las que se enfrentaban, y que podían afectar al desarrollo del concurso, eran similares, pero no el régimen regulatorio al que estaban sujetas

IV. DATOS Y VARIABLES

La información que utilizamos para el análisis corresponde al período comprendido entre la en-

trada en vigor de la Ley Concursal, 1 de septiembre de 2004, y la última fecha de recepción de los datos, 16 de febrero de 2016. Estos proceden de dos fuentes principalmente: los registros mercantiles sobre concursos y la información contenida en los balances de las empresas concursadas obtenidos a partir de los registros de la Central de Balances del Banco de España (33). Los primeros contienen, para cada empresa concursada, su razón social, su NIF, su forma jurídica y cinco fechas que describen momentos clave del procedimiento concursal:

1. *La fecha de declaración del concurso*: identifica el inicio del procedimiento, una vez que la solicitud de declaración de concurso, realizada por el deudor o por alguno de los acreedores, ha sido aceptada por el juez.

2. *La fecha de aprobación del convenio*, en los casos de aprobación judicial de un convenio que previamente ha sido aceptado por una mayoría cualificada de los acreedores.

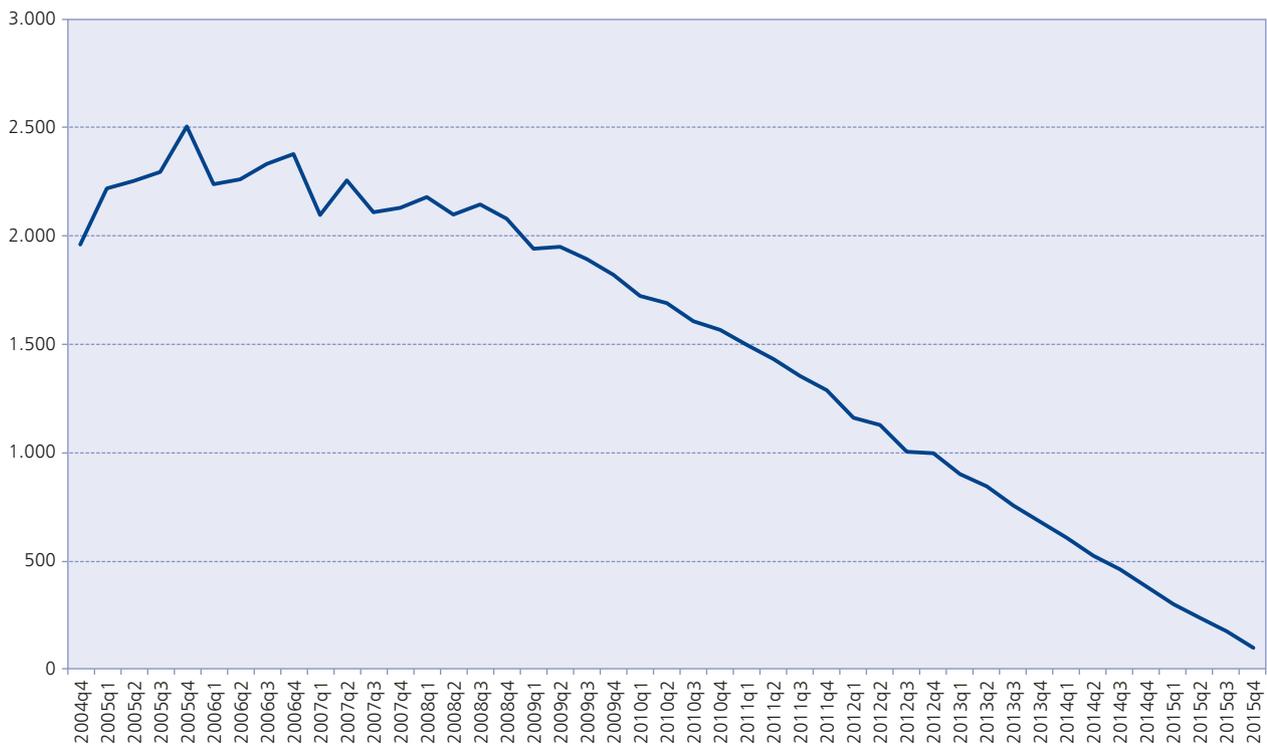
3. *La fecha de apertura de la fase de liquidación*, en los casos en los que se alcanza la fase de liquidación, ya sea porque no ha habido propuesta de convenio, porque las propuestas no han sido respaldadas por las mayorías necesarias o porque la empresa ha incumplido las obligaciones dispuestas en un convenio aprobado judicialmente.

4. *La fecha de aprobación de la liquidación*: identifica la fecha en la que el juez del concurso aprueba el plan de liquidación preparado por la administración concursal.

5. *La fecha de conclusión del concurso*: identifica el fin del procedimiento.

A partir de esas cinco fechas, podemos construir nuestras variables de interés en este estudio, la duración del procedimiento concursal (*DURACION*) y el resultado del concurso (*CONVENIO* o *LIQUIDACION*). La duración del concurso depende de si este ha terminado o no y de cómo lo ha hecho. Para los concursos finalizados, cuando han terminado en liquidación, la

GRÁFICO 3
DURACIÓN MEDIA DE LOS CONCURSOS TERMINADOS POR FECHA DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO (DÍAS)



Fuente: Elaboración propia.

duración es la diferencia, en días, entre la fecha de conclusión del concurso y su fecha de declaración. En el caso de concursos que han terminado en convenio, calculamos la duración como la diferencia, en días, entre la fecha de aprobación del convenio y la fecha de declaración del concurso. La razón por la que optamos por hacer esta distinción es porque consideramos la duración de los concursos como una medida de la eficiencia del proceso y de los recursos que los tribunales han de destinar a su resolución. Por lo tanto no parece lógico considerar la duración de los concursos resueltos mediante convenio de la misma manera que la de los concursos que terminan en liquidación, pues la duración de un convenio, tras su aprobación judicial, depende de un pacto libre entre el deudor y los acreedores y no de la carga de trabajo de los juzgados o de la mayor o menor agilidad de las diferentes fases procesales. Por ejemplo, una mayor duración de los concursos que se resuelven mediante convenio puede simplemente deberse al establecimiento de mejores condiciones para el repago de la deuda (por

ejemplo, mayor espera), sin que ello indique retrasos en la administración de justicia u otro tipo de ineficiencias. Para los concursos todavía no finalizados, la duración es la diferencia, en días, entre la última fecha de recepción de los datos (16 de febrero de 2016) y la fecha de declaración del concurso. En otras palabras, la duración de estos concursos no se observa completamente, sino que está «censurada»; solo sabemos que dichos concursos aún no habían terminado el 16 de febrero de 2016.

Tenemos alrededor de un 60 por 100 de empresas con duraciones censuradas. Para ilustrar el problema que genera la censura en la estimación por mínimos cuadrados ordinarios el gráfico 3 muestra la evolución de la duración media por fecha de declaración de concurso y el gráfico 4 la evolución del porcentaje de concursos con duración censurada, es decir, concursos no terminados. Así, podemos observar una tendencia decreciente a partir de finales del 2008. Si bien no podemos descartar que

GRÁFICO 4
PORCENTAJE DE CONCURSOS NO TERMINADOS (CON DURACIÓN CENSURADA) POR FECHA DE DECLARACIÓN DE CONCURSO (%)



Fuente: Elaboración propia.

una parte de esa tendencia se deba al efecto de las reformas de la Ley Concursal –de hecho, ese es el objetivo de nuestro análisis– parece claro que otro factor que juega un papel crucial en el porcentaje creciente de concursos no terminados –para los que solo observamos una parte de su duración– es simplemente el propio devenir temporal. Por tanto, una estimación de mínimos cuadrados ordinarios utilizando la duración observada estaría infravalorando la duración real y llevaría a conclusiones erróneas sobre la efectividad de las diversas reformas.

Captaremos el resultado del concurso mediante una variable *dummy* llamada CONVENIO que tomará el valor 1 si el concurso ha terminado en convenio y 0 si el concurso ha terminado en liquidación. Este segundo caso recoge tanto los concursos que han desembocado directamente en liquidación porque los acreedores no han llegado a votar a favor de ninguna propuesta de convenio como los «convenios fallidos», en los que la empresa concursada no cumplió las obligaciones estipuladas en el convenio, por lo que el concurso terminó en liquidación. El gráfico 5 muestra la evolución temporal del porcentaje de convenios en el período 2005-2015 para las entidades de nuestra muestra. Las líneas verticales señalan la fecha de entrada en vigor de cada una de las reformas. Se observa un comportamiento volátil de la serie en los años anteriores a la crisis (2005-2007), que obedece al hecho de que durante ese período el número de concursos era reducido. En los siguientes años (2008-2011) el porcentaje medio de convenios se encuentra en torno al 7 por 100. Coincidiendo con la entrada en vigor de la reforma de 2012, la serie alcanza un mínimo local, para comenzar desde entonces una trayectoria ascendente hasta alcanzar valores entre el 8 por 100 y el 10 por 100.

Además de las *dummies* de las reformas concursales, cuya construcción ya ha sido explicada en la anterior sección, incluiremos como controles un conjunto de características de las empresas concursadas, obtenidas a partir de sus balances del año anterior a la declaración del concurso. Así, la edad de la empresa (EDAD) es la diferencia, en años, entre el año de declaración del concurso y el año de constitución de la empresa (34). El tamaño de la empresa se calcula como el logaritmo del valor del activo total (LOG ACTIVO TOTAL) o, alternativamente, como el logaritmo del total de sus empleados (LOG TOTAL EMPLEO). La rentabilidad la medimos con la ratio entre el beneficio neto y el activo total (ROA). El endeudamiento (ENDEUDAMIENTO) es el cociente entre el *stock* de deuda y el activo total. La ratio de liquidez

(LIQUIDEZ) se define como el cociente entre el activo circulante y la deuda a corto plazo. Utilizamos dos medidas para ver el nivel de dificultades financieras, la ratio de cobertura de intereses (COBERTURA DE INTERESES) y una *dummy* por patrimonio neto negativo (PATRIMONIO NETO NEGATIVO). COBERTURA DE INTERESES es el cociente entre el resultado bruto de explotación y los gastos financieros de la empresa. PATRIMONIO NETO NEGATIVO toma el valor 1 si el patrimonio neto de la empresa es negativo, lo que implica que su deuda es mayor que el valor en libros de sus activos. Siguiendo a Rajan y Zingales (1995) (35) aproximamos el valor de la liquidación de la empresa con la variable INMOVILIZADO MATERIAL, que es el peso del inmovilizado material (terrenos, construcciones, maquinaria, etc) en el activo total de la empresa. A partir de la información sobre el sector productivo en el que opera la empresa (Clasificación Nacional de Actividades Económicas, CNAE, 2009 a cuatro dígitos) construimos un conjunto de *dummies* sectoriales.

Por último, creamos una variable que toma el valor 1 si se trata de un «concurso exprés». Se trata de concursos que no terminan ni en liquidación ni en convenio, es decir, concursos que el juez decide cerrar sin la necesidad de nombrar un administrador concursal porque considera que no hay suficiente masa activa ni siquiera para satisfacer los costes del procedimiento.

Además, también conocemos la provincia en la que la empresa tiene su sede social. Esta información es importante porque la Ley Concursal establece que el juzgado de lo mercantil competente en caso de concurso de acreedores ha de ser uno de los existentes en dicha provincia. Por otra parte, esperamos que, en el caso de las pymes, que son la gran mayoría de las empresas españolas, la empresa realice una parte destacable de sus actividades productivas en la provincia en la que tiene su sede social. Por tanto, en todas nuestras especificaciones incluiremos *dummies* de provincia. Asimismo, para controlar por las condiciones macroeconómicas provinciales incluiremos la tasa de paro en el trimestre anterior al de la declaración de concurso, al que previamente le hemos aplicado un filtro Hodrick-Prescott (TASA DE PARO). Por último, para capturar la congestión de los juzgados de lo mercantil usaremos como *proxy* la tasa de concursos provincial (número de concursos sobre total de empresas) en el trimestre anterior al de la declaración de concurso (TASA DE CONCURSOS).

El cuadro n.º 2 muestra los estadísticos descriptivos de las principales variables. La duración me-

CUADRO N.º 2

ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS DE TODA LA MUESTRA

VARIABLE	N.º OBSERVACIONES	MEDIA	DESVIACIÓN ESTÁNDAR	MÍNIMO	MÁXIMO
Duración	44.311	1.186,06	827,36	1,00	4187,00
Convenio	30.453	0,07	0,26	0,00	1,00
Reforma 2009.....	44.311	0,26	0,44	0,00	1,00
Reforma 2012.....	44.311	0,43	0,49	0,00	1,00
Reforma marzo 2014.....	44.311	0,19	0,39	0,00	1,00
Reforma septiembre 2014.....	44.311	0,13	0,34	0,00	1,00
Edad.....	14.444	15,09	10,40	0,00	202,00
Log (edad)	14.444	2,58	0,66	0,00	5,31
Activo total.....	14.444	4.187,94	40.910,26	0,00	2.727.696,00
Log (activo total).....	14.439	6,60	1,67	0,00	13,54
Empleo.....	14.444	15,81	48,21	0,00	1.859,00
Log (empleo).....	14.444	1,98	1,25	0,00	7,53
ROA.....	13.573	-26,69	36,06	-176,50	125,33
Inmovilizado material.....	14.236	27,83	28,40	0,00	100,00
Endeudamiento.....	13.364	106,26	47,15	0,00	288,77
Patrimonio neto negativo.....	44.311	0,15	0,36	0,00	1,00
Ratio de liquidez.....	13.287	0,96	0,71	0,00	3,99
Ratio de cobertura de intereses.....	12.202	-5,71	10,57	-50,15	37,83
Concurso exprés.....	44.311	0,05	0,22	0	1
Tasa de paro.....	44.311	0,59	1,97	-7,72	9,85
Tasa de concursos.....	44.053	5,31	3,20	0,00	43,15

dia de un concurso es de 1.186 días, es decir, unos 40 meses, pero nótese que esta media no es representativa de la duración media poblacional debido a que el 63 por 100 de los concursos están censurados, por lo que solamente observamos una parte de su duración (36). Un 7 por 100 de las empresas concursadas terminan en convenio y un 93 por 100 terminan en liquidación. Si bien tenemos observaciones correspondientes a unos 44.000 concursos, únicamente tenemos información sobre la empresa concursada en unos 12.000-14.000 casos, dependiendo de la variable. Usando esta información, observamos que la empresa concursada media es relativamente madura (15 años) y que es una empresa pequeña (con una media de 16 trabajadores en el año previo a la declaración del concurso y con algo más de 4 millones de euros de balance). La empresa prototipo que entra en concurso, como es de esperar, está en serias dificultades financieras, y así lo ponen de manifiesto las diferentes medidas que utilizamos en nuestro análisis. Así, la relación entre su beneficio neto y el total de sus activos (ROA) es negativa, lo que indica que está incurriendo en pérdidas. Su ratio de cobertura de intereses en media también es negativo, y está muy por debajo del valor 1 que suele tomarse como referencia para indicar problemas para hacer frente al servicio de la deuda. Su ratio de liquidez es también ligeramente menor que 1, indicando problemas en esta dimensión. La empresa está altamente endeudada (su deuda sobrepasa el 100

por 100 del activo) e incluso un 15 por 100 de las empresas tienen patrimonio neto negativo, es decir, el valor de su deuda es superior al valor de sus activos. Por último, un 5 por 100 de los concursos de nuestra muestra son «concurso exprés».

En el cuadro n.º 1A del apéndice se desglosa con más detalle la evolución de las principales variables utilizadas para describir las características de las empresas concursadas por año de declaración del concurso en el período comprendido entre 2004 y 2015. En términos medios se observa que las empresas que entraron en concurso de acreedores eran más antiguas en 2015 (en torno a 16 años) que las que lo hicieron en 2004 (alrededor de 13 años). Asimismo, su tamaño medio disminuyó de manera considerable, tanto medido por su número de empleados como en términos de total de activo. Mientras que en el año 2004 la empresa concursada media podía considerarse una empresa mediana (37) por volumen de empleo, con alrededor de 55 empleados, a partir del año 2005 su tamaño medio fue descendiendo, hasta situarse en 2015 por debajo de los 10 empleados. El total de activos de las nuevas empresas concursadas para cada uno de los años entre 2004 y 2015 también descendió. Así su valor promedio en 2015 era casi tres veces menor que en 2004. De la misma manera, la relación entre el resultado neto y el total de activos (ROA) de las nuevas empresas concursadas,

así como su ratio de endeudamiento, de liquidez y de cobertura de intereses, indican peor situación financiera en promedio al final del período que al principio del mismo.

El cuadro n.º 3 muestra los estadísticos descriptivos de las principales variables para la submuestras de empresas para las que sabemos el resultado del concurso, diferenciando entre aquellos que terminan en liquidación (CONVENIO=0) y los que terminan en convenio (CONVENIO=1). De forma consistente con los resultados de Davydenko y Franks (2008) y Van Hemmen (2014), se deduce que las empresas cuyo concurso se resuelve mediante convenio son más grandes y más antiguas que las que terminan en liquidación, lo que puede deberse a los menores problemas de información asimétrica en-

tre empresas y acreedores en el caso sociedades de mayor dimensión (generalmente presentan balances más completos) y antigüedad (tienen una trayectoria más larga en el mercado). También se observa que los balances de las empresas que consiguen alcanzar un acuerdo están sustancialmente menos deteriorados (menor endeudamiento, mayor ROA, mayor ratio de cobertura de intereses, mayor ratio de liquidez, etc). Esto puede, en parte, explicar el hecho de que la duración media de los concursos que terminan en convenio (unos 18 meses) sea menos de la mitad que la de los concursos que terminan en liquidación (unos 45 meses), ya que debido a una situación financiera más favorable y, probablemente, mejores expectativas de negocio futuro, los acreedores están más dispuestos a hacer concesiones y aceptar un convenio para reflotar la empresa. También cabe

CUADRO N.º 3

ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS PARA CONVENIO Y LIQUIDACIÓN

EMPRESAS CONCURSADAS QUE NO ALCANZAN CONVENIO COMO SOLUCIÓN CONCURSAL (CONVENIO=0)

VARIABLE	N.º OBSERVACIONES	MEDIA	DESVIACIÓN ESTÁNDAR	MÍNIMO	MÁXIMO
Duración	28.238	1.366,24	770,22	1,00	4.163,00
Reforma 2009	28.238	0,30	0,46	0,00	1,00
Reforma 2012	28.238	0,42	0,49	0,00	1,00
Reforma marzo 2014	28.238	0,13	0,34	0,00	1,00
Reforma septiembre 2014	28.238	0,08	0,27	0,00	1,00
log(edad)	9.452	2,59	0,65	0,00	4,73
Log(activo total)	9.452	6,68	1,54	0,00	13,48
Log (empleo).....	9.452	2,03	1,24	0,00	7,53
ROA	8.918	-27,64	36,37	-176,50	125,33
Inmovilizado material.....	9.318	27,49	27,90	0,00	100,00
Endeudamiento	8.805	106,60	46,04	0,00	286,58
Patrimonio neto negativo	28.238	0,16	0,36	0,00	1,00
Ratio de liquidez	8.708	0,97	0,70	0,00	3,97
Ratio de cobertura de intereses.....	8.079	-5,83	10,32	-49,20	37,04
Tasa de paro	28.232	0,62	1,94	-8,96	8,50
Tasa de concursos exprés	28.043	5,19	3,15	0,00	43,15

EMPRESAS CONCURSADAS QUE ALCANZAN CONVENIO COMO SOLUCIÓN CONCURSAL (CONVENIO=1)

VARIABLE	N.º OBSERVACIONES	MEDIA	DESVIACIÓN ESTÁNDAR	MÍNIMO	MÁXIMO
Duración	2.215	541,90	315,74	1,00	2733,00
Reforma 2009	2.215	0,27	0,44	0,00	1,00
Reforma 2012	2.215	0,47	0,50	0,00	1,00
Reforma marzo 2014	2.215	0,07	0,26	0,00	1,00
Reforma septiembre 2014	2.215	0,03	0,16	0,00	1,00
log(edad)	942	2,79	0,64	0,69	5,31
Log(activo total)	942	7,86	1,56	1,39	13,30
Log (empleo).....	942	2,55	1,36	0,00	7,27
ROA.....	928	-15,22	24,84	-174,55	84,83
Inmovilizado material.....	934	37,27	29,08	0,00	100,00
Endeudamiento	930	88,75	32,70	0,00	248,63
Patrimonio neto negativo	2.215	0,11	0,31	0,00	1,00
Ratio de liquidez	883	1,04	0,68	0,00	3,74
Ratio de cobertura de intereses.....	874	-2,76	8,25	-46,23	33,87
Tasa de paro	2.215	0,71	1,99	-7,49	6,90
Tasa de concursos exprés	2.184	5,11	3,23	0,00	43,15

destacar que las empresas que terminan en convenio tienen una mayor proporción de inmovilizado material que las que acaban en liquidación. Esto puede explicarse por el hecho de que estos activos pueden ser usados como garantía para los nuevos créditos que la empresa necesita tras su declaración de insolvencia (*fresh money*) y que, al reducir los problemas de liquidez, hacen más probable un eventual convenio con los acreedores originales.

Con el objetivo de ilustrar, de forma no condicionada, las diferencias en las tasas de resolución concursal en cada una de las horquillas de tiempo consideradas, se comparan empresas que se declaran en concurso de acreedores tras la entrada en vigor de cada una de las reformas con empresas que lo hicieron estando sujetas a la legislación concursal inmediatamente anterior. A modo de ejemplo, el gráfico 6 muestra el estadístico Kaplan-Meier (KM) para la reforma de marzo de 2014. Así, el 10 por 100 (= 100-90 por 100) de las empresas que se declararon en concurso de acreedores sujetas a la reforma de marzo de 2014 habían terminado el procedimiento tras 400 días, mientras que solo el 7 por 100 (= 100-93 por 100) de aquellas que lo habían hecho sujetas a la legislación anterior —la que entró en vigor el 1 de enero de 2012— habían llegado a alguna solución concursal tras 200 días. Mediante un test *log-rank* podemos rechazar la hipótesis nula de igualdad de las dos curvas de KM, lo que parece indicar que la duración de los concursos iniciados tras la entrada en vigor de la reforma de marzo 2014 fue significativamente inferior a la de aquellos bajo el régimen regulatorio anterior (38). En el gráfico 1A del apéndice se reportan los estadísticos KM para cada uno de los períodos temporales identificados en el cuadro n.º 1 de la sección II.2.

V. PRINCIPALES RESULTADOS

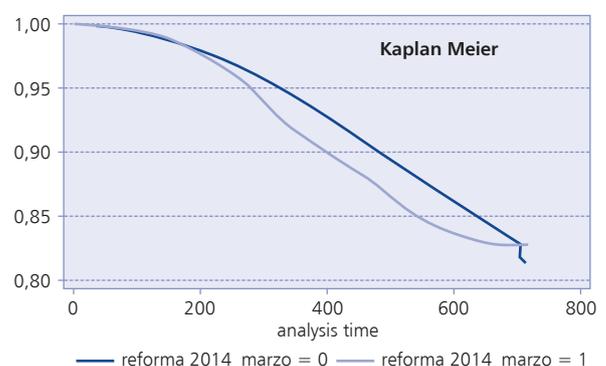
1. Impacto de las reformas en la probabilidad de convenio

Los resultados muestran que, en términos generales, las reformas no han tenido un impacto reseñable en la probabilidad de convenio, con una notable excepción, la reforma de 2012. El cuadro n.º 4 muestra los efectos marginales, en porcentaje, de cada uno de los regresores. Así, aumentó alrededor de un 5 por 100 la probabilidad de convenio, lo que es un incremento considerable ya que solo un 7 por 100 de empresas acordaron esta solución con sus acreedores.

Este hecho puede deberse al cambio en el nombramiento y composición de los administradores concursales que se produjo con la reforma de 2012. Antes de ella, la regla general es que hubiera tres (un abogado, un auditor, economista o titulado mercantil y un acreedor sin garantía real), todos nombrados por el juez del concurso. Tras la reforma, la administración concursal pasó a estar integrada, generalmente, por un único miembro (salvo en concursos muy complejos, en los que habría un segundo administrador, un acreedor grande sin garantía real). Esto pudo haber reducido los problemas de coordinación (p.ej., conflictos entre administradores) y probablemente supuso un ahorro de costes, lo que facilitaría alcanzar un convenio. Además, la reforma buscó una mayor profesionalización del administrador concursal, lo que pudo llevar a una mayor capacidad para discernir entre empresas viables e inviables. Así, se endurecieron los requisitos, en términos de experiencia y formación específica, para acceder al cargo, y se permitió que personas jurídicas en las que hubiera al menos un abogado en ejercicio y un auditor, economista o titulado mercantil (p.ej. empresas de consultoría) pudieran ser nombradas administradores concursales.

En cuanto a los controles de empresa con coeficientes significativos, tienen el signo esperado. Así, empresas más grandes (mayor activo total o más empleados) tienen una mayor probabilidad de convenio. Empresas con mayor rentabilidad o menores pérdidas

GRÁFICO 6
ESTIMADOR DE KAPLAN MEIER DE LA REFORMA
MARZO DE 2014



Nota: La variable reforma 2014 marzo es una *dummy* que toma el valor 1 en el caso de empresas que declararon concurso de acreedores tras la reforma de marzo de 2014 y que toma el valor 0 para aquellas que lo declararon entre el 1 de enero de 2012 y el 7 de marzo.

CUADRO N.º 4

IMPACTO DE LA REFORMA DE 2012 EN LA PROBABILIDAD DE CONVENIO

EFECTOS MARGINALES EN LA PROBABILIDAD DE CONVENIO (%)

Variable dependiente	(1) Convenio	(2) Convenio	(3) Convenio	(4) Convenio
Reforma 2012.....	5,267** (2,401)	5,815** (2,334)	5,109** (2,408)	5,647** (2,351)
Log(edad).....	0,275 (1,882)	0,818 (1,808)	0,922 (1,807)	1,495 (1,734)
Log(activo total).....	4,523*** (1,420)	4,493*** (1,417)	–	–
Log(empleo).....	–	–	3,483** (1,664)	3,395** (1,655)
ROA.....	0,031 (0,056)	0,078** (0,038)	0,073 (0,054)	0,122*** (0,038)
Inmovilizado material.....	-0,035 (0,035)	-0,023 (0,035)	-0,010 (0,036)	0,001 (0,037)
Endeudamiento.....	-0,102* (0,052)	–	-0,102* (0,054)	–
Patrimonio neto negativo.....	–	-6,164 (4,023)	–	-5,819 (4,085)
Ratio de liquidez.....	-1,097 (1,797)	-0,808 (1,913)	-0,186 (1,816)	0,125 (1,977)
Ratio de cobertura de intereses.....	-0,062 (0,159)	-0,061 (0,167)	-0,041 (0,161)	-0,037 (0,167)
Tasa de paro.....	1,663*** (0,618)	1,817*** (0,628)	2,217*** (0,590)	2,375*** (0,595)
Tasa de concursos.....	0,539 (1,541)	0,968 (1,544)	0,469 (1,429)	0,872 (1,456)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	678	687	678	687
R-cuadrado.....	0,229	0,229	0,217	0,216
Período.....	1 oct 2011 - 1 abr 2012			

Estimador: Mínimos cuadrados ordinarios. Variable dependiente: *dummy* de convenio.

Errores estándar robustos a clustering en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

(mayor ROA) también tienen una mayor probabilidad de convenio, y lo mismo ocurre con las sociedades menos endeudadas. En cuanto a los controles provinciales, cabe destacar el signo positivo del coeficiente de la tasa de paro. Esto podría deberse a que el juez del concurso y los administradores concursales designados por él pueden estar más sensibilizados ante la liquidación de la empresa concursada y la consiguiente destrucción de puestos de trabajo en momentos con mayor tasa de paro, pudiendo, por tanto, persuadir –que no imponer– a los acreedores que acepten un convenio que garantice el empleo.

No obstante, el hecho de que la reforma de 2012 aumentara la probabilidad de convenio no implica, *per se*, una ganancia de eficiencia. Esto se debe a que un convenio es una solución asignativa ineficiente cuando el valor de la empresa como unidad

de negocio (esto es, el valor de la empresa «viva») es menor que el valor de liquidación de sus activos. Para investigar esto aproximamos el valor de liquidación de la empresa por el porcentaje de inmovilizado material en su balance (INMOVILIZADO MATERIAL) y el valor como unidad de negocio por la rentabilidad de su activo (ROA) e interaccionamos estas variables con la *dummy* de la reforma de 2012. Los resultados, resumidos en el cuadro n.º 5, muestran un coeficiente negativo y significativo en la interacción entre la *dummy* de la reforma e INMOVILIZADO MATERIAL y un coeficiente no significativo en la interacción entre la *dummy* de la reforma y ROA. Es decir, el impacto de la reforma de 2012 en la probabilidad de convenio fue menor en empresas con mayor valor de liquidación, lo que sugiere un aumento en la eficiencia *ex-post* (reestructurar las empresas cuyo valor como unidad de negocio es mayor que su valor

CUADRO N.º 5

IMPACTO DE LA REFORMA DE 2012 EN LA PROBABILIDAD DE CONVENIO (INTERACCIONES CON VARIABLES DE EMPRESA)

EFECTOS MARGINALES EN LA PROBABILIDAD DE CONVENIO (%)				
Variable dependiente	(1) Convenio	(2) Convenio	(3) Convenio	(4) Convenio
Reforma 2012	12,426*** (3,409)	13,633*** (3,428)	12,305*** (3,646)	13,456*** (3,605)
Reforma 2012*inmovilizado material	-0,220*** (0,077)	-0,224*** (0,080)	-0,216*** (0,080)	-0,220** (0,083)
Reforma 2012*ROA	0,016 (0,037)	0,037 (0,037)	0,021 (0,040)	0,041 (0,039)
Log(edad)	0,136 (1,873)	0,718 (1,817)	0,761 (1,780)	1,369 (1,720)
Log(activo total)	4,696*** (1,435)	4,653*** (1,435)	—	—
Log(empleo).....	—	—	3,715** (1,719)	3,612** (1,702)
ROA.....	0,028 (0,057)	0,057 (0,047)	0,069 (0,056)	0,100** (0,046)
Inmovilizado material.....	0,058 (0,048)	0,072 (0,051)	0,083 (0,052)	0,096* (0,056)
Endeudamiento	-0,100* (0,051)	—	-0,099* (0,054)	—
Patrimonio neto negativo	—	-6,491 (4,032)	—	-6,105 (4,081)
Ratio de liquidez	-0,828 (1,813)	-0,598 (1,948)	0,147 (1,852)	0,389 (2,026)
Ratio de cobertura de intereses.....	-0,056 (0,161)	-0,051 (0,166)	-0,034 (0,161)	-0,026 (0,164)
Tasa de paro	1,603*** (0,590)	1,781*** (0,597)	2,182*** (0,568)	2,360*** (0,572)
Tasa de concursos	0,777 (1,538)	1,203 (1,537)	0,698 (1,427)	1,099 (1,451)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	YES
Observaciones.....	678	687	678	687
R-cuadrado	0,237	0,237	0,224	0,224
Período	1 oct 2011 - 1 abr 2012			

Estimador: Mínimos cuadrados ordinarios. Variable dependiente: *dummy* de convenio. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1
Errores estándar robustos a *clustering* en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

de liquidación y liquidar aquellas en lo que ocurre lo contrario).

Estos resultados son consistentes con el análisis teórico de Ayotte y Yun (2007), según el cual una mayor calidad de los administradores concursales —entendida como la capacidad para discernir entre empresas viables y no viables— mejora la eficiencia *ex post* del sistema concursal. Esto se debe a que la mayoría de los sistemas concursales otorgan importantes derechos de control a jueces y administradores concursales o les permiten mediar en la asignación de estos derechos a deudores y acreedores (39). Por tanto, una mayor profesionalización de los administradores concursales, como la

experimentada en España con la reforma de 2012, conllevaría un aumento de la eficiencia *ex-post* de los concursos de acreedores.

Por último, a la hora de valorar el efecto de la reforma de 2012 en la probabilidad de convenio cabe preguntarse si este dependió de la dimensión de la empresa concursada. Por ejemplo, si el aumento de los convenios se hubiera concentrado en empresas pequeñas, la magnitud económica del impacto sería mucho menor que si el aumento hubiera correspondido a empresas de mayor dimensión. Con este objetivo, el cuadro n.º 6 muestra las probabilidades de convenio predichas, a través de un modelo de regresión probit, para empresas tratadas por la re-

CUADRO N.º 6

PROBABILIDADES (%) PREDICHAS DE CONVENIO ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA POR TAMAÑO EMPRESARIAL (40)

	MICRO	PEQUEÑAS	MEDIANAS	GRANDES
reforma 2012=0	9,2	12,5	21,2	41,2
reforma 2012=1	16,0	21,6	31,7	52,9

Estimaciones a partir de un modelo probit de la regresión (1) del cuadro n.º 4. Empresas micro: de 0 a 9 empleados; empresas pequeñas: de 10 a 49 empleados; empresas medianas: de 50 a 249 empleados; empresas grandes: 250 empleados o más.

forma de 2012 (reforma_2012=1) y no tratadas (reforma_2012=0) de diversos tamaños. Así, puede observarse como, si bien la probabilidad de convenio es siempre mayor en el grupo de las tratadas, la diferencia entre los dos grupos aumenta a medida que lo hace el tamaño empresarial. Por ejemplo, de

acuerdo con el cuadro n.º 6, la reforma de 2012 habría aumentado la probabilidad de convenio de una empresa micro (menos de 9 trabajadores) en algo menos de 7 puntos –de 9,2 por 100 a 16 por 100– mientras que habría aumentado la de las grandes (con 250 o más trabajadores) más de 11 puntos –de 41,2 por 100 a 52,9 por 100. Por tanto, podemos concluir que el aumento en la probabilidad de convenio causado por la reforma de 2012 no es solo estadísticamente significativo, sino también económicamente, al afectar a empresas de todos los tamaños y, en mayor medida, a las más grandes.

2. Impacto de las reformas en la duración de los concursos

En términos generales, las reformas no han tenido un impacto reseñable en la duración de los concursos, con una notable excepción, la reforma

CUADRO N.º 7

IMPACTO DE LA REFORMA DE MARZO DE 2014 EN LA DURACIÓN DE LOS CONCURSOS

Variable dependiente	(1) Log(duración)	(2) Log(duración)	(3) Log(duración)	(4) Log(duración)
Reforma marzo 2014	-0,178** (0,091)	-0,165* (0,091)	-0,218** (0,100)	-0,200** (0,098)
Log(edad)	-0,258*** (0,067)	-0,265*** (0,064)	-0,205*** (0,064)	-0,223*** (0,063)
Log(activo total)	0,172*** (0,045)	0,174*** (0,043)	–	–
Log(empleo)	–	–	0,097* (0,054)	0,118** (0,050)
ROA	-0,004** (0,002)	-0,005*** (0,002)	-0,003* (0,002)	-0,004*** (0,002)
Inmovilizado material	0,001 (0,002)	0,001 (0,002)	0,002 (0,002)	0,002 (0,002)
Endeudamiento	0,001 (0,001)	–	0,001 (0,001)	–
Patrimonio neto negativo	–	-0,014 (0,084)	–	-0,086 (0,076)
Ratio de liquidez	0,146 (0,107)	0,141 (0,092)	0,141 (0,101)	0,141 (0,088)
Ratio de cobertura de intereses	-0,002 (0,009)	-0,001 (0,008)	0,001 (0,008)	0,002 (0,008)
Concurso exprés	-6,912*** (0,134)	-6,922*** (0,118)	-6,970*** (0,142)	-6,961*** (0,121)
Tasa de paro	0,107** (0,052)	0,098* (0,053)	0,097* (0,054)	0,088 (0,055)
Tasa de concursos	-0,095** (0,037)	-0,087** (0,037)	-0,097*** (0,033)	-0,091*** (0,033)
Dummies provinciales	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones	519	538	519	538
Período	8 dic 2013-8 jun 2014			

Estimador: Máxima verosimilitud de un modelo log-normal. Variable dependiente: log (duración).

Errores estándar robustos a clustering en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

de marzo de 2014. Como puede observarse en el cuadro n.º 7, el coeficiente de la reforma es negativo y significativo en las cuatro especificaciones. En concreto, la reforma habría reducido la duración media de los concursos entre un 17 por 100 y un 22 por 100, dependiendo de la especificación.

Las funciones de riesgo predichas, evaluadas en determinados valores de los regresores nos permiten ver también esto. Así, el gráfico 7 muestra las funciones de riesgo predichas al evaluar todos los regresores en sus medias con excepción de la *dummy* de la reforma, para la que se toman los valores 0 y 1. Por tanto, se trata de las funciones de riesgo de la empresa media, bajo dos escenarios: existencia de la reforma (reforma 2014=1) y ausencia de la misma (reforma 2014=0). Así, podemos observar como la línea roja, correspondiente a reforma 2014=1, se encuentra siempre por encima de la línea azul, correspondiente a reforma 2014=0, lo que indica que la reforma de marzo de 2014 hizo que los concursos terminaran antes.

Este efecto puede deberse a que la reforma de marzo de 2014 mejoró en diversas dimensiones el marco legal de los acuerdos de refinanciación (el llamado «preconcurso de acreedores»). Si bien el número de empresas que logran un acuerdo de refinanciación con sus acreedores es muy reducido (entre 100 y 200 al año), se trata de empresas mucho más grandes que la mayoría de las que entran en concurso de acreedores: por ejemplo,

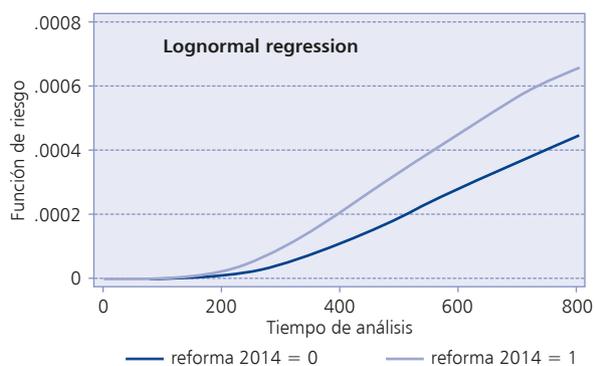
en 2013, el activo medio de las que obtuvieron un acuerdo de refinanciación fue de 177 millones de euros, mientras que el activo medio de las concursadas fue de 6 millones (Van Hemmen, 2014). Esto podría sugerir que, mediante el aumento del atractivo de los acuerdos de refinanciación como vía alternativa al concurso, la reforma de marzo de 2014 pudo liberar recursos de los juzgados de lo mercantil, reduciendo la congestión de los mismos y, por tanto, disminuyendo la duración de los concursos de acreedores.

En cuanto a los coeficientes de los controles, estos tienen el signo esperado en los casos en que son significativos. Así, las empresas más antiguas tienen concursos más cortos, probablemente por el mejor conocimiento que tienen de ellas sus acreedores, al haber tenido la posibilidad de establecer relaciones comerciales más largas. Por otro lado, la duración media es mayor en empresas más grandes debido probablemente a la mayor complejidad del procedimiento y de su estructura de financiación. A mayor rentabilidad, (ROA), se observa menor duración, porque esto podría aumentar la probabilidad de convenio y, en general los concursos que acaban en convenio son más cortos que los que acaban en liquidación (véase cuadro n.º 3) (41). Los llamados «concursos exprés» tienen, como es lógico, un impacto negativo en la duración. Por último, mayores tasas de paro y menores tasas concursales están asociadas con mayor duración de los concursos.

En el gráfico 8 se muestran las funciones de supervivencia (42) predichas para empresas de diferente tamaño, antes y después de la reforma. Para todos los tamaños de empresa, la reforma de marzo de 2014 redujo la duración de los concursos de manera estadísticamente significativa y, por tanto, también la probabilidad de que estos estuvieran pendientes de resolver.

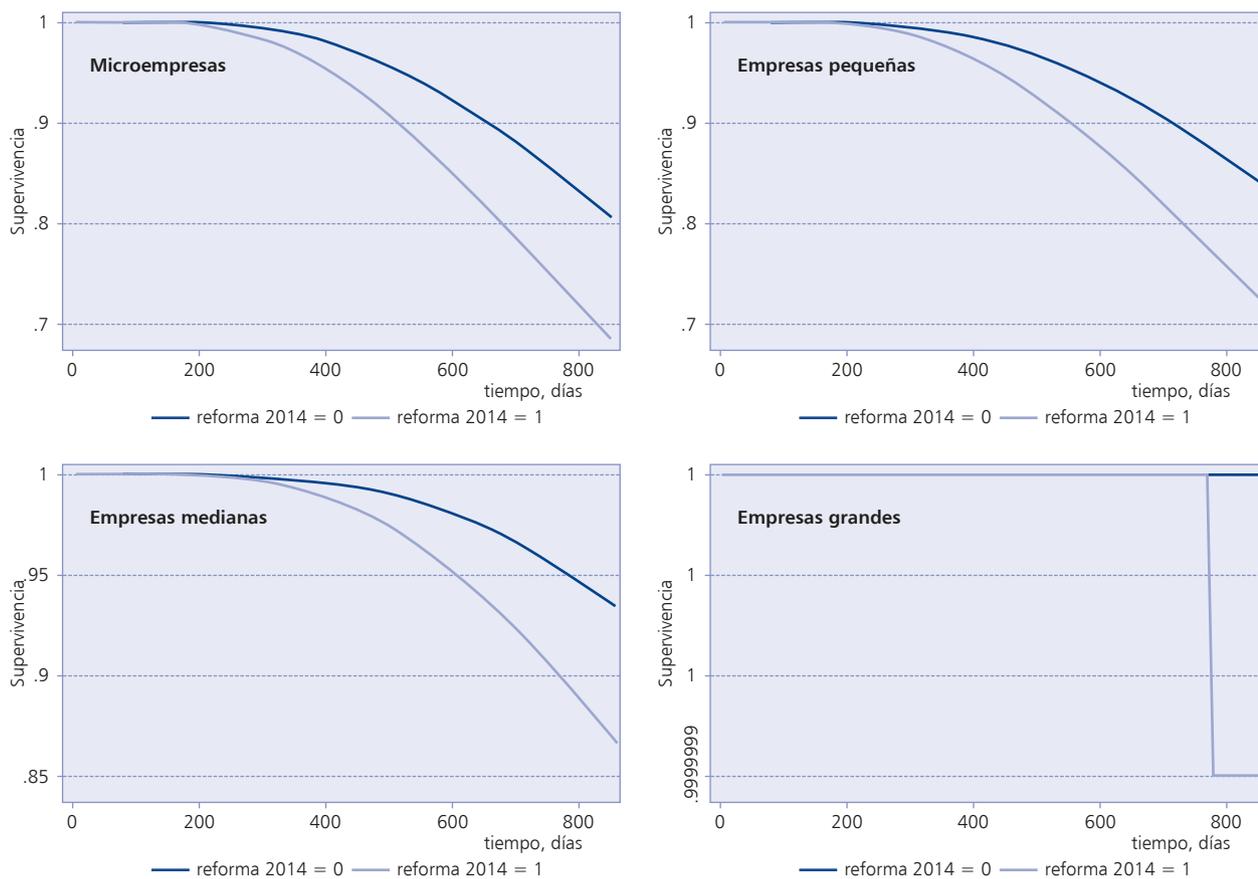
En el caso de las microempresas, tras la reforma de marzo de 2014 la función de supervivencia predicha nos indica que alrededor del 20 por 100 de los concursos se resolverían en algo menos de 700 días, frente a los más de 800 necesarios para alcanzar tasas de resolución similares a antes de la reforma. Por otro lado, antes de la reforma eran precisos más de 750 días para que al menos un 10 por 100 de los concursos de empresas pequeñas estuvieran terminados, mientras que tras la reforma se redujo alrededor de 150 días esta cifra (según la función de supervivencia predicha, tras 600 días el 20 por 100 las empresas pequeñas reguladas por la

GRÁFICO 7
FUNCIONES DE RIESGO PREDICHAS DE LOS CONCURSOS TRATADOS Y NO TRATADOS POR LA REFORMA DE MARZO DE 2014



Nota: A partir de la regresión (1) del cuadro n.º 6. Modelo de duración log-normal estimado por máxima verosimilitud.

GRÁFICO 8
PROBABILIDAD DE CONTINUAR EN CONCURSO DE ACREEDORES: FUNCIONES DE SUPERVIVENCIA PREDICHAS DE LOS CONCURSOS TRATADOS Y NO TRATADOS POR LA REFORMA DE MARZO DE 2014, POR TAMAÑO DE EMPRESA



Nota: A partir de un estimador de máxima verosimilitud, modelo log-normal, donde la variable dependiente es log(duración). Empresas micro: de 0 a 9 empleados; empresas pequeñas: de 10 a 49 empleados; empresas medianas: de 50 a 249 empleados; empresas grandes: 250 empleados o más.

legislación concursal de marzo de 2014 finalizarían sus procedimientos concursales). De la misma manera, la tasa de supervivencia estimada de los concursos de empresas de tamaño mediano –con más de 49 trabajadores y menos de 250– ha pasado de ser de alrededor del 95 por 100 a alcanzar valores en torno al 90 por 100 después de 800 días tras la fecha de declaración del concurso.

3. Modelo de riesgos en competencia

A la hora de analizar el efecto de cada reforma, como ya se ha indicado, es relevante no solo su impacto en términos del tiempo necesario para la resolución de la situación de insolvencia, sino también

del tipo de solución acordada –esto es, convenio o liquidación– que presumiblemente puede ser muy diferente en función del marco regulatorio vigente.

En las secciones anteriores, se ha analizado el impacto de cada reforma sobre la probabilidad de alcanzar un acuerdo entre los concursados y sus acreedores (convenio), evitando la liquidación, a través de un modelo lineal de probabilidad. Por otro lado, se ha estimado en qué medida cada una de las reformas permitió reducir el tiempo necesario para alcanzar una solución concursal, mediante la estimación de un modelo de duración, con una distribución log-normal para la función de riesgo de finalización del concurso. Sin embargo, en la medida en que las diferentes soluciones concursales son

excluyentes y que el resultado alcanzado –convenio o liquidación– puede determinar la propia duración del mismo, se hace necesario completar el análisis mediante la estimación de un modelo de riesgos en competencia, en el que se considere el impacto de las reformas sobre la probabilidad de alcanzar una determinada solución concursal y el tiempo necesario para ello. Se pueden distinguir tres posibles tipos de soluciones concursales, excluyentes entre sí, lo que la literatura de análisis de duración con múltiples estados de salida denomina riesgos en competencia: convenio, liquidación y concurso exprés.

Al analizar eventos en los que los posibles resultados se corresponden con una situación de riesgos en competencia, una alternativa bastante común en la literatura es modelizar la variable tiempo como T_1, \dots, T_k , variables aleatorias para la duración de cada uno de los posibles K estados en los que puede terminar el proceso que se está analizando. Sin embargo, en la práctica, solo es posible observar para cada individuo el tiempo que transcurre hasta que se produce el evento K , es decir, $\bar{T} = \min\{T_1, \dots, T_k\}$. En nuestro caso, para cada empresa en concurso de acreedores, podemos observar el tiempo, t_i , en el que finaliza el concurso (o, en el caso de observaciones censuradas, el último momento de tiempo en el que observamos a la empresa sin que se haya resuelto su concurso) y una variable de estado d_i que, para cada empresa i , nos indica el tipo de resultado que ha alcanzado (o si aún está dentro del procedimiento concursal, es decir, si la observación es censurada). Es decir, observamos $d_i \in \{1, \dots, K\}$, donde $K=4$, siendo $d_i=1$ si liquidación, $d_i=2$ si convenio, $d_i=3$ si concurso exprés y $d_i=4$ si censura. Por sencillez, estimaremos, siguiendo la metodología de Prentice *et al.* (1978), un modelo de duración lognormal para cada uno de los estados de referencia, tratando los estados en competencia como censurados. De esta manera, la función de incidencia acumulada (definida como la probabilidad de que el evento de interés ocurra antes de un determinado momento del tiempo) para cada una de las K salidas posibles de una situación concursal, dependerá de las tasas de salida instantáneas de cada uno de los k riesgos alternativos, considerados como censura. Para ello, consideramos las mismas especificaciones que en las secciones anteriores (43), con horquillas temporales de tres meses alrededor de cada una de las reformas.

Ya vimos, en el epígrafe anterior, que, en términos generales, las reformas parecen no haber tenido un impacto reseñable en la duración de los

concursos, con una notable excepción, la reforma de marzo de 2014. Ahora, considerando riesgos en competencia, es posible distinguir cómo afectó el cambio regulatorio a la duración de cada una de las soluciones concursales. Concretamente, la reforma de marzo de 2014, como se indica en el cuadro n.º 8, habría reducido la duración en el tiempo de resolución de los concursos que finalizan con un convenio entre las partes entre un 30 por 100 y un 37 por 100 respecto a la legislación anterior, mientras que no habría tenido efectos significativos en la duración de los procedimientos que concluyen en la liquidación de la empresa concursada.

Para el resto de reformas, no encontramos evidencia válida que indique un impacto significativo sobre la duración de ningún tipo de solución concursal (44). Interpretamos este resultado en línea con el epígrafe anterior, donde señalábamos que las reformas no han tenido, generalmente, un impacto reseñable en la duración de los concursos. Los resultados detallados de las estimaciones para las reformas de 2009, 2012 y septiembre de 2014 se recogen respectivamente en los cuadros n.ºs A7, A.8 y A.9 del apéndice.

VI. CONCLUSIONES E INVESTIGACIÓN FUTURA

En España, el sistema concursal ha estado tradicionalmente caracterizado por procedimientos largos y costosos (Van Hemmen, 2007-2014; Consejo General del Poder Judicial, 2007-2014), que casi siempre terminan en la liquidación de la empresa concursada (Van Hemmen, 2014; Celentani *et al.*, 2010; Banco de España, 2014). Estas disfuncionalidades, que quedaron en evidencia con el fuerte aumento de los concursos de acreedores durante la crisis, motivaron a reformar la Ley Concursal seis veces durante el período de 2009 a 2015. El objetivo de este artículo es realizar una primera valoración de estas reformas. En concreto de cuatro de ellas, cuya orientación principal ha sido la mejora de los procedimientos concursales y preconcursales usados por sociedades no financieras.

Los resultados muestran que algunas de las reformas han tenido un impacto reseñable en la probabilidad de convenio y en la duración de los concursos. Primero, la reforma de 2012 (45) incrementó la probabilidad de convenio en, al menos, 5 puntos porcentuales, lo que es una cifra importante cuando se tiene en cuenta que solo un 7 por 100 de las empresas de la muestra alcanzó

CUADRO N.º 8

IMPACTO DE LA REFORMA DE MARZO DE 2014 EN LA DURACIÓN DE LOS CONCURSOS, POR TIPO DE SOLUCIÓN CONCURSAL

ESTADO DE INTERÉS CONVENIO				
Variable dependiente	(1) Log(duración)	(2) Log(duración)	(3) Log(duración)	(4) Log(duración)
Reforma marzo 2014	-0,376** (0,183)	-0,301* (0,175)	-0,374** (0,181)	-0,306* (0,173)
Log(edad)	-0,578 (0,378)	-0,610* (0,363)	-0,507 (0,349)	-0,526 (0,339)
Log(activo total)	-0,036 (0,100)	-0,020 (0,109)	—	—
Log(empleo).....	—	—	-0,169 (0,117)	-0,158 (0,116)
ROA.....	-0,006 (0,004)	-0,008** (0,004)	-0,006 (0,004)	-0,008** (0,004)
Inmovilizado material.....	0,000 (0,004)	-0,001 (0,004)	-0,001 (0,005)	-0,002 (0,004)
Endeudamiento	0,003 (0,002)	—	0,002 (0,003)	—
Patrimonio neto negativo	—	-0,067 (0,256)	—	-0,041 (0,231)
Ratio de liquidez	0,347 (0,213)	0,287 (0,178)	0,338 (0,224)	0,315 (0,196)
Ratio de cobertura de intereses.....	-0,017 (0,017)	-0,015 (0,018)	-0,019 (0,018)	-0,017 (0,019)
Tasa de paro	0,123 (0,147)	0,119 (0,148)	0,127 (0,150)	0,120 (0,151)
Tasa de concursos	-0,301*** (0,100)	-0,317*** (0,093)	-0,327*** (0,101)	-0,340*** (0,094)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	519	538	519	538
Período	8 dic 2013-8 jun 2014			
ESTADO DE INTERÉS LIQUIDACIÓN				
Variable dependiente	(1) Log(duración)	(2) Log(duración)	(3) Log(duración)	(4) Log(duración)
Reforma marzo 2014	-0,125 (0,114)	-0,147 (0,125)	-0,162 (0,130)	-0,172 (0,131)
Log(edad)	-0,301** (0,133)	-0,312** (0,135)	-0,193* (0,110)	-0,205* (0,109)
Log(activo total).....	0,337*** (0,060)	0,326*** (0,059)	—	—
Log(empleo).....	—	—	0,195*** (0,059)	0,201*** (0,049)
ROA.....	-0,004* (0,002)	-0,005** (0,002)	-0,002 (0,002)	-0,004* (0,002)
Inmovilizado material.....	0,002 (0,003)	0,002 (0,003)	0,004 (0,003)	0,004 (0,003)
Endeudamiento	0,001 (0,001)	—	-0,000 (0,001)	—
Patrimonio neto negativo	—	0,027 (0,076)	—	-0,086 (0,076)
Ratio de liquidez	0,028 (0,105)	0,027 (0,099)	0,048 (0,113)	0,048 (0,107)
Ratio de cobertura de intereses.....	0,007 (0,007)	0,007 (0,007)	0,011 (0,007)	0,011 (0,007)
Tasa de paro	0,080 (0,071)	0,071 (0,069)	0,044 (0,058)	0,035 (0,059)
Tasa de concursos	-0,008 (0,048)	-0,008 (0,051)	-0,009 (0,041)	-0,012 (0,043)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	519	538	519	538
Período	8 dic 2013-8 jun 2014			

Estimador: Máxima verosimilitud de un modelo log-normal. Variable dependiente: log (duración).

Errores estándar robustos a clustering en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

un convenio con sus acreedores (46). Asimismo, el impacto de la reforma de 2012 en la probabilidad de convenio fue mayor en empresas con menor valor de liquidación, lo que sugiere un aumento en la eficiencia *ex-post* (reestructurar las empresas cuyo valor como unidad de negocio es mayor que su valor de liquidación y liquidar aquellas en las que ocurre lo contrario). Estos efectos pueden deberse al cambio en el nombramiento y composición de los administradores concursales que se produjo con la reforma de 2012, que llevó a que la administración concursal pasara a estar integrada, generalmente, por un único miembro, endureció los requisitos, en términos de experiencia y formación específica, para acceder al cargo y permitió que personas jurídicas (p.ej. empresas de consultoría) pudieran ser nombradas administradores concursales. Todo ello pudo eliminar los problemas de coordinación entre administradores, suponer un ahorro de costes y mejorar la capacidad de estos para discernir entre empresas viables e inviables, factores que facilitarían que se alcanzara un convenio.

Segundo, la reforma de marzo de 2014 (48) redujo la duración media de los concursos en, al menos, un 17 por 100. Este efecto puede deberse a que esta reforma mejoró, en diversas dimensiones, el marco legal de los acuerdos de refinanciación (el llamado «preconcurso de acreedores»). Si bien el número de empresas que logran un acuerdo de refinanciación con sus acreedores es muy reducido, se trata de empresas mucho más grandes que la mayoría de las que entran en concurso de acreedores. Esto podría sugerir que, mediante el aumento del atractivo de los acuerdos de refinanciación como vía alternativa al concurso, la reforma de marzo de 2014 pudo liberar recursos de los juzgados de lo mercantil, reduciendo su congestión y por tanto disminuyendo la duración de los concursos de acreedores. Cuando consideramos los diferentes resultados concursales, liquidación *versus* convenio, como soluciones en competencia, encontramos que la reforma de marzo de 2014 habría reducido el tiempo de resolución de los concursos que finalizan con convenio entre las partes entre un 30 por 100 y un 37 por 100 respecto a la legislación anterior, mientras que no habría tenido efectos significativos sobre aquellas situaciones que terminan en liquidación. Para el resto de reformas, no encontramos evidencia importante a especificación que nos indique impacto sobre la duración de ningún tipo de solución concursal.

Para el futuro, existen varias direcciones en las que continuar nuestra investigación. Por un lado, dentro de los procedimientos concursales existe

una notable heterogeneidad (concursos ordinarios *versus* abreviados, concursos necesarios *versus* voluntarios) que en este artículo hemos obviado. Futuros estudios deberían tener en cuenta esta heterogeneidad de procedimientos a la hora de analizar el impacto de las reformas en la duración de los concursos y en el resultado de los mismos (convenio o liquidación). Por otra parte, como documenta Van Hemmen (2014), un porcentaje importante de las empresas que alcanzan un convenio con sus acreedores acaban incumpléndolo, por lo que el concurso termina en liquidación después de un fallo asignativo (reestructurar una empresa inviable). Sería importante saber si las reformas han paliado esta ineficiencia y otro problema más general: el hecho de que las empresas reestructuradas pueden exhibir un peor rendimiento en el mercado que empresas similares.

NOTAS

(*) Agradecemos a JAIME LAZARENO y MARISTELA MULINO su inestimable ayuda en la investigación. También queremos agradecer a ROBERTO BLANCO, FERNANDO GÓMEZ, STEFAN VAN HEMMEN y los participantes en los seminarios del Banco de España, de la Universidad Pompeu Fabra y de Funcas sus numerosos comentarios e ideas. Todos los posibles errores son nuestra responsabilidad.

(1) Antes de la crisis, el uso de los concursos de acreedores como manera de solucionar problemas de insolvencia era muy escaso en nuestro país. De hecho, como documentan Celentani *et al.* (2010), España tenía una de las tasas de concurso (número de concursos de acreedores dividido por el número de empresas existentes) más bajas del mundo.

(2) Nótese que la liquidación no es, *per se*, un mal resultado del concurso, y que de hecho puede ser la opción asignativa eficiente en los casos en los que el valor de liquidación de la empresa es mayor que su valor como unidad de negocio (*going concern value*). Pero el hecho de que el 95 por 100 de los concursos acaben en liquidación es, prácticamente, una solución de esquina, y es poco plausible que dicha solución sea óptima, pues ello requeriría que ninguna empresa concursada fuera viable económicamente.

(3) En análisis de robustez se han usado modelos probit, obteniendo resultados muy similares. Resultados disponibles bajo petición.

(4) Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La mayoría de las reformas entraron en vigor el 1 de enero de 2012, si bien se establecieron algunas salvedades que entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (11 de octubre de 2011).

(5) Este porcentaje está en línea con lo observado por la literatura. Por ejemplo, VAN HEMMEN (2014) encuentra que entre un 5 por 100 y un 10 por 100 de las empresas de su muestra alcanzaron un convenio en los años 2006-2012.

(6) Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que entró en vigor el 8 de marzo de 2014.

(7) Fuente: VAN HEMMEN (2007-2014).

(8) Ley 22/2003, de 9 de julio.

(9) Fuente: *Estadística del Procedimiento Concursal* (INE).

(10) La LC presupone insolvencia cuando no se han pagado impuestos, cotizaciones a la seguridad social o salarios en los últimos tres meses.

(11) Desde la entrada en vigor de la LC, aproximadamente el 94 por 100 de los concursos han sido voluntarios, lo que refleja los fuertes incentivos de los deudores a solicitar el concurso antes de que lo hagan sus acreedores. Fuente: *Estadística del Procedimiento Concursal*, INE.

(12) El administrador concursal también tiene que dar su opinión sobre todas las propuestas de convenio que son formuladas.

(13) El porcentaje de pasivo ordinario requerido para la aprobación del convenio depende de los términos del mismo (porcentaje de quita, años de espera, etc.) y oscila desde la mayoría simple hasta el 65 por 100.

(14) Las otras dos reformas cambiaron principalmente los procedimientos de insolvencia de las personas físicas tanto empresarios individuales como consumidores. Son la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y el Real Decreto-ley (RDL) 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

(15) Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

(16) Concretamente, toda empresa cuya estimación inicial de pasivo no superara los 10 millones de euros, desde un umbral de 1 millón de euros anterior a la reforma.

(17) La propuesta anticipada de convenio la puede presentar el deudor junto con la propia solicitud de concurso voluntario o, cuando se trate de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la LC establece. Su objetivo es acelerar el proceso concursal.

(18) Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La ley entró en vigor el 1 de enero de 2012, salvo algunas disposiciones, principalmente relacionadas con los acuerdos de refinanciación, que entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (11 de octubre de 2011).

(19) Menos de 50 acreedores; pasivo que no supere los 5 millones de euros; bienes y derechos que no alcancen los 5 millones de euros; propuesta anticipada de convenio; propuesta de plan de liquidación junto con la solicitud de concurso que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento.

(20) Por ejemplo, un máximo de quince días para el inventario de bienes y derechos y un mes para el informe del administrador concursal, cinco días para la presentación de propuestas de convenio y tres meses para las operaciones de liquidación.

(21) Artículo 176.bis.4 de la Ley Concursal.

(22) Salvo en concursos de especial trascendencia por la gran dimensión de la empresa concursada, en los que el juez nombrará a un segundo administrador, que ha de ser un gran acreedor ordinario o con privilegio general no garantizado.

(23) En concreto, cinco años de experiencia profesional como abogado, economista, titulado mercantil o auditor con especialización demostrable en el ámbito concursal.

(24) Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

(25) Antes de la reforma, el único mecanismo para asegurar que un acuerdo de refinanciación no podía ser rescindido era que fuera

apoyado por acreedores que constituían 3/5 del pasivo de la empresa y que un experto independiente nombrado por el juzgado verificara tanto dicha cifra como un plan de viabilidad que había de ser presentado. Tras la reforma, solo se exige que un auditor verifique que se cumple el requisito de los 3/5 del pasivo o el 51 por 100 del pasivo financiero.

(26) A los acreedores disidentes sin (con) garantía real se les puede imponer esperas de hasta cinco años y conversiones de deuda en préstamos participativos durante el mismo período si el acuerdo ha sido suscrito por al menos el 60 por 100 (65 por 100) del pasivo financiero, y se les puede imponer esperas de hasta diez años, conversiones de deuda en préstamos participativos durante el mismo período, conversión de deuda en acciones, quitas y cesiones de bienes o derechos en pago si el acuerdo ha sido suscrito por al menos el 75 por 100 (80 por 100) del pasivo financiero. Antes de la reforma solo se podían imponer esperas.

(27) Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

(28) Antes de la reforma, un convenio requería del voto favorable de al menos el 50 por 100 del pasivo ordinario y podía comprender una quita no superior al 50 por 100 y una espera no superior a cinco años. Tras la reforma, además del anterior caso, si un convenio recibe el voto favorable de al menos el 65 por 100 del pasivo ordinario, puede comprender una quita superior al 50 por 100, una espera de hasta diez años, conversión de deuda en acciones y cesión de bienes o derechos en pago de créditos.

(29) La reforma crea cuatro clases de acreedores privilegiados (ya sean acreedores con privilegio especial o general): acreedores laborales, públicos, financieros y resto (por ejemplo, acreedores comerciales). Cada clase votará por separado la propuesta de convenio. Los acreedores privilegiados disidentes quedarán vinculados al convenio si concurren ciertas mayorías dentro de su misma clase.

(30) En análisis de robustez (disponibles bajo petición) se han usado modelos prohibitivos, obteniendo resultados muy similares.

(31) En concreto, tenemos un 63 por 100 de observaciones con duración censurada. Este porcentaje baja a 60 por 100 cuando consideramos solo las empresas para las que tenemos información de su balance, que son las que usaremos en nuestro análisis.

(32) Todas las reformas entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE con la excepción de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de enero de 2012, salvo algunas disposiciones, principalmente relacionadas con los acuerdos de refinanciación, que entraron en vigor el 12 de octubre de 2011.

(33) Los primeros se actualizan cada mes y llegan filtrados a través de la Central de Balances del Banco de España (empresas no financieras).

(34) Tomamos logaritmo neperiano de esta variable para corregir por asimetría derecha.

(35) Según RAJAN y ZINGALES (1995), los activos materiales a largo plazo (activo inmovilizado material) deberían tener un mayor valor de venta en caso de liquidación de la empresa.

(36) Esta es la misma razón por la que regresiones por mínimos cuadrados ordinarios darían estimaciones sesgadas e inconsistentes.

(37) Se consideran empresas medianas a aquellas que tienen entre 50-249 empleados, empresas pequeñas a aquellas que tienen entre 10-49 empleados y microempresas a aquellas que tienen 9 empleados o menos.

(38) Chi-cuadrado=193.51, con lo que rechazamos la hipótesis nula de igualdad de ambas curvas de KM.

(39) En España, los administradores concursales toman la administración de la empresa cuando el juez lo decide –generalmente, en el caso de los concursos solicitados por los acreedores– y en el resto de los casos supervisan la labor de los gerentes de la empresa y tienen

que autorizar todas las transacciones fuera de la operativa regular del negocio. También han de elaborar las listas de activos y acreedores de la empresa, han de dar su opinión sobre todos los planes de reestructuración que se presentan y están a cargo de elaborar el plan de liquidación, a menos que el deudor haya presentado un plan de liquidación anticipada aprobado por el juez.

(40) El tamaño de empresa se define en función de su número de trabajadores. Siguiendo la clasificación tradicionalmente aceptada, consideramos que son microempresas aquellas con hasta 9 trabajadores; empresas pequeñas aquellas con entre 10 y 49 trabajadores; empresas medianas aquellas con entre 50 y 249 trabajadores y empresas grandes, aquellas con 250 o más trabajadores.

(41) Entendiendo la duración del concurso de la manera descrita en la sección IV.

(42) La función de supervivencia en T mide la probabilidad de que un evento (p.ej., muerte en un posoperatorio) no ocurra antes de T días. En nuestra aplicación, mide la probabilidad de que un concurso no termine antes de T días.

(43) En las primeras dos columnas del cuadro se controla por tamaño a través de la variable activo total y en las columnas (3) y (4) a través del volumen de empleo. La relación entre activos y pasivos de la empresa se controla en las columnas (1) y (3), mediante el ratio de endeudamiento, mientras que en las (2) y (4) se controla con la *dummy* PATRIMONIO NETO NEGATIVO. En el apéndice se indica de forma detallada el resultado completo para cada estimación para horquillas de tres meses alrededor de cada una de las reformas.

(44) En el caso de la reforma de 2012, cuando consideramos riesgos en competencia encontramos en tres de las cuatro especificaciones consideradas reducciones estadísticamente significativas, de entre el 42 por 100 y el 32 por 100, en el tiempo de resolución de las liquidaciones. En el caso de la reforma de 2012, únicamente en una de las cuatro especificaciones consideradas encontramos efectos estadísticamente significativos de la reforma en el tiempo de resolución de los concursos que terminan en convenio, reduciéndolos.

(45) Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La mayoría de las reformas entraron en vigor el 1 de enero de 2012, si bien se establecieron algunas salvedades que lo hicieron al día siguiente de su publicación en el BOE (11 de octubre de 2011).

(46) Este porcentaje está en línea con lo que se observa en la literatura. Por ejemplo, VAN HEMMEN (2014) encuentra que entre un

5 por 100 y un 10 por 100 de las empresas de su muestra alcanzaron un convenio en los años 2006-2012.

(47) Real Decreto Ley (RDL) 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que entró en vigor el 8 de marzo de 2014.

BIBLIOGRAFÍA

AYOTTE, K., y YUN, H. (2007), «Matching Bankruptcy Laws to Legal Environments», *The Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 25, no. 1.

BANCO DE ESPAÑA (2014), *Informe Anual*, 2013.

CELENTANI, M.; GARCÍA-POSADA, M., y GÓMEZ, F. (2010), «The Spanish Business Bankruptcy Puzzle and the Crisis», *Working Paper 2010-2011*, FEDEA.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2007-2015), *La justicia dato a dato: año 2014* (y ediciones posteriores).

DAVYDENKO, S. A., y FRANKS, J. R. (2008), «Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Default in France, Germany, and the U.K.», *The Journal of Finance*, 43(2).

GARCÍA-POSADA, M. y MORA-SANGUINETTI, J. S. (2012), «El uso de los concursos de acreedores en España», *Boletín Económico*, Banco de España, diciembre.

RAJAN, R., y ZINGALES, L. (1995), «What Do We Know about Capital Structure? Some Evidence from International Data», *The Journal of Finance*, 50: 1421-1460.

VAN HEMMEN, E. (2007-2014), *Estadística concursal. Anuario 2006*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (y ediciones posteriores).

VAN HEMMEN, E. (2014), «La sociología de la liquidación concursal en la realidad española», en *La liquidación de la masa activa*, A. J. ROJO (dir.), J. QUIJANO (dir.), ANA BELÉN CAMPUZANO (dir.), ISBN 9788447049707, pp. 39-68.

WOOLDRIDGE, J. (2003), *Introductory Econometrics: A Modern Approach*, 2.ª ed., Thomson South-Western, Ohio.

APÉNDICE: IMPACTO DE LAS REFORMAS

CUADRO N.º 1A

ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS POR AÑO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO

AÑO DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO	EDAD	N.º MEDIO EMPLEADOS (AÑO PREVIO)	TOTAL DE ACTIVO	ROA	INMOV. MATERIAL	ENDEUDAMIENTO	PATRIMONIO NETO NEGATIVO	RATIO DE LIQUIDEZ	RATIO DE COBERTURA DE INTERESES	OBS.
2004.....	12,8	55,0	7.372,9	-10,2	21,0	87,4	0,1	1,1	-0,6	105
2005.....	13,9	31,0	3.318,4	-26,1	20,9	111,4	0,1	0,8	-5,1	754
2006.....	13,1	28,5	2.011,3	-28,9	22,4	110,6	0,2	0,9	-4,7	839
2007.....	14,3	30,7	3.834,8	-24,6	23,8	105,5	0,1	0,9	-4,7	926
2008.....	12,9	21,8	4.239,3	-16,9	21,4	101,5	0,1	1,0	-2,2	2.643
2009.....	13,9	22,8	6.322,3	-23,8	29,0	103,4	0,1	1,0	-4,1	4.592
2010.....	14,1	15,2	3.510,3	-26,6	29,3	107,8	0,2	1,0	-5,2	4.393
2011.....	14,6	14,9	4.451,6	-24,7	28,0	105,3	0,2	1,0	-5,5	5.189
2012.....	16,0	15,0	5.186,6	-27,1	28,3	105,7	0,2	1,0	-5,8	7.069
2013.....	16,2	14,0	4.915,3	-29,7	29,9	107,6	0,2	0,9	-6,7	8.055
2014.....	15,3	10,9	1.654,8	-29,1	28,0	106,3	0,2	0,9	-6,9	5.680
2015.....	15,6	9,4	2.599,7	-29,0	25,5	110,5	0,1	0,9	-7,7	3.995

1. Impacto en la probabilidad de convenio

CUADRO N.º 2A

IMPACTO DE LA REFORMA DE 2009 LA PROBABILIDAD DE CONVENIO

EFECTOS MARGINALES EN LA PROBABILIDAD DE CONVENIO (%)

Variable dependiente	(1) Convenio	(2) Convenio	(3) Convenio	(4) Convenio
Reforma 2009.....	-8,607 (12,102)	-6,083 (10,658)	-10,122 (12,052)	-7,408 (10,325)
Log(edad).....	4,540 (3,116)	4,067 (3,089)	6,277* (3,371)	5,692* (3,077)
Log(activo total).....	3,696** (1,672)	2,994 (2,019)	—	—
Log(empleo).....	—	—	0,745 (3,026)	0,198 (3,141)
ROA.....	-0,035 (0,131)	-0,037 (0,073)	0,001 (0,135)	0,004 (0,065)
Inmovilizado material.....	0,026 (0,123)	0,030 (0,108)	0,026 (0,131)	0,030 (0,114)
Endeudamiento.....	-0,098 (0,085)	—	-0,125 (0,081)	—
Patrimonio neto negativo.....	—	-14,977*** (3,744)	—	-16,489*** (3,519)
Ratio de liquidez.....	7,042 (5,019)	6,129 (4,353)	7,112 (4,810)	5,976 (4,115)
Ratio de cobertura de intereses.....	-0,020 (0,167)	-0,018 (0,153)	0,006 (0,178)	-0,003 (0,161)
Tasa de paro.....	2,145 (3,715)	1,592 (3,063)	2,216 (3,661)	1,708 (2,933)
Tasa de concursos.....	-2,740 (2,762)	-3,254 (2,802)	-2,532 (2,604)	-3,166 (2,632)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	336	342	336	342
R-cuadrado.....	0,274	0,297	0,262	0,288
Período.....	31 dic 2008 - 30 jun 2009	1 oct 2011 - 1 abr 2012	1 oct 2011 - 1 abr 2012	1 oct 2011 - 1 abr 2012

Estimador: Mínimos cuadrados ordinarios. Variable dependiente: *dummy* de convenio.Errores estándar robustos a *clustering* en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

CUADRO N.º 3A

IMPACTO DE LA REFORMA DE MARZO DE 2014 EN LA PROBABILIDAD DE CONVENIO

EFECTOS MARGINALES EN LA PROBABILIDAD DE CONVENIO (%)				
Variable dependiente	(1) Convenio	(2) Convenio	(3) Convenio	(4) Convenio
Reforma march 2014	4,466** (2,137)	3,594 (2,387)	4,649** (2,219)	3,712 (2,413)
Log(edad)	2,054 (3,691)	2,459 (3,522)	1,294 (3,430)	1,704 (3,240)
Log(activo total)	1,601 (1,742)	1,131 (1,643)	—	—
Log(empleo).....	—	—	2,936* (1,688)	2,439 (1,608)
ROA.....	0,068 (0,044)	0,077* (0,045)	0,086* (0,048)	0,092* (0,049)
Inmovilizado material.....	0,066 (0,050)	0,057 (0,050)	0,090 (0,054)	0,076 (0,053)
Endeudamiento	-0,001 (0,051)	—	-0,000 (0,053)	—
Patrimonio neto negativo	—	-1,849 (3,621)	—	-1,661 (3,630)
Ratio de liquidez	-1,231 (1,486)	-2,199 (1,452)	-0,542 (1,447)	-1,696 (1,456)
Ratio de cobertura de intereses.....	0,243 (0,201)	0,224 (0,183)	0,263 (0,206)	0,238 (0,188)
Tasa de paro	-2,003 (1,509)	-2,010 (1,464)	-1,946 (1,447)	-1,945 (1,407)
Tasa de concursos.....	2,369 (1,621)	2,413* (1,217)	2,415 (1,645)	2,440* (1,234)
<i>Dummies</i> provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
<i>Dummies</i> sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	373	389	373	389
R-cuadrado	0,263	0,251	0,269	0,255
Período	8 dic 2013 - 8 jun 2014	8 dic 2013 - 8 jun 2014	8 dic 2013 - 8 jun 2014	8 dic 2013 - 8 jun 2014

Estimador: Mínimos cuadrados ordinarios. Variable dependiente: dummy de convenio.

Errores estándar robustos a *clustering* en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

CUADRO N.º 4A

IMPACTO DE LA REFORMA DE SEPTIEMBRE DE 2014 EN LA PROBABILIDAD DE CONVENIO

Variable dependiente	EFECTOS MARGINALES EN LA PROBABILIDAD DE CONVENIO (%)			
	(1) Convenio	(2) Convenio	(3) Convenio	(4) Convenio
Reforma septiembre 2014.....	-6,173 (4,257)	-6,362 (4,083)	-7,229* (4,273)	-7,182* (4,175)
Log(edad).....	-2,954 (3,462)	-3,342 (3,629)	-2,217 (3,123)	-2,459 (3,207)
Log(activo total).....	5,583** (2,176)	5,373** (2,153)	—	—
Log(empleo).....	—	—	5,101** (2,263)	5,016** (2,223)
ROA.....	0,015 (0,050)	-0,018 (0,056)	0,041 (0,048)	0,029 (0,045)
Inmovilizado material.....	0,039 (0,051)	0,030 (0,051)	0,096** (0,044)	0,091** (0,041)
Endeudamiento.....	0,012 (0,038)	—	-0,002 (0,042)	—
Patrimonio neto negativo.....	—	-3,492 (3,802)	—	-2,604 (3,389)
Ratio de liquidez.....	0,569 (2,367)	-0,135 (2,305)	2,058 (1,985)	1,778 (1,772)
Ratio de cobertura de intereses.....	0,156 (0,132)	0,164 (0,129)	0,272 (0,184)	0,265 (0,171)
Tasa de paro.....	-1,017 (1,441)	-1,080 (1,376)	-1,262 (1,431)	-1,258 (1,363)
Tasa de concursos.....	-0,137 (1,172)	0,007 (1,137)	-0,240 (1,121)	-0,131 (1,087)
<i>Dummies</i> provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SI
<i>Dummies</i> sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SI
Observaciones.....	459	466	459	466
R-cuadrado.....	0,315	0,317	0,308	0,309
Período.....	7 jun 2014 - 7 dic 2014	7 jun 2014 - 7 dic 2014	7 jun 2014 - 7 dic 2014	7 jun 2014 - 7 dic 2014

Estimador: Mínimos cuadrados ordinarios. Variable dependiente: *dummy* de convenio.Errores estándar robustos a *clustering* en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,11

2. Impacto en la duración

CUADRO N.º 5A

IMPACTO DE LA REFORMA DE 2009 EN LA DURACIÓN MEDIA

Variable dependiente	(1) Log(duración)	(2) Log(duración)	(3) Log(duración)	(4) Log(duración)
Reforma marzo 2009	0,276 (0,187)	0,161 (0,176)	0,219 (0,183)	0,108 (0,178)
Log(edad)	-0,097 (0,094)	-0,093 (0,098)	-0,075 (0,097)	-0,066 (0,098)
Log(activo total)	0,150*** (0,041)	0,159*** (0,040)	—	—
Log(empleo).....	—	—	0,119* (0,069)	0,125* (0,066)
ROA.....	0,001 (0,002)	0,002 (0,001)	0,002 (0,002)	0,004** (0,001)
Inmovilizado material.....	-0,001 (0,003)	-0,002 (0,003)	-0,002 (0,003)	-0,002 (0,003)
Endeudamiento	0,001 (0,002)	—	0,000 (0,002)	—
Patrimonio neto negativo.....	—	0,224** (0,098)	—	0,175* (0,091)
Ratio de liquidez	-0,208** (0,104)	-0,190** (0,095)	-0,163 (0,107)	-0,142 (0,103)
Ratio de cobertura de intereses.....	-0,000 (0,004)	-0,002 (0,004)	-0,001 (0,005)	-0,004 (0,005)
Tasa de paro	-0,140** (0,058)	-0,098** (0,046)	-0,129** (0,059)	-0,086* (0,049)
Tasa de concursos	0,199** (0,087)	0,188** (0,078)	0,201** (0,092)	0,176** (0,079)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	387	394	387	394
Período	31 dic 2008 - 30 jun 2009	31 dic 2008 - 30 jun 2009	31 dic 2008 - 30 jun 2009	31 dic 2008 - 30 jun 2009

Estimador: Máxima verosimilitud de un modelo log-normal. Variable dependiente: log (duración).
 Errores estándar robustos a clustering en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

CUADRO N.º 6A

IMPACTO DE LA REFORMA DE 2012 EN LA DURACIÓN MEDIA

Variable dependiente	(1) Log(duración)	(2) Log(duración)	(3) Log(duración)	(4) Log(duración)
Reforma 2012.....	0,054 (0,172)	0,035 (0,163)	0,047 (0,178)	0,027 (0,169)
Log(edad).....	-0,105 (0,087)	-0,131 (0,084)	-0,072 (0,085)	-0,102 (0,081)
Log(activo total).....	0,118*** (0,036)	0,121*** (0,035)	—	—
Log(empleo).....	—	—	0,083** (0,036)	0,090** (0,038)
ROA.....	0,002 (0,002)	-0,001 (0,002)	0,003* (0,002)	0,000 (0,002)
Inmovilizado material.....	0,004*** (0,001)	0,004*** (0,001)	0,005*** (0,001)	0,004*** (0,001)
Endeudamiento.....	0,004*** (0,001)	—	0,004*** (0,001)	—
Patrimonio neto negativo.....	—	0,117 (0,124)	—	0,118 (0,123)
Ratio de liquidez.....	0,097* (0,056)	0,084 (0,060)	0,114* (0,063)	0,110* (0,066)
Ratio de cobertura de intereses.....	0,005 (0,005)	0,006 (0,005)	0,006 (0,005)	0,007 (0,005)
Concurso expres.....	-6,344*** (0,901)	-6,538*** (0,750)	-6,540*** (0,873)	-6,664*** (0,692)
Tasa de paro.....	-0,166*** (0,048)	-0,167*** (0,052)	-0,151*** (0,050)	-0,151*** (0,054)
Tasa de concursos.....	-0,092 (0,079)	-0,088 (0,075)	-0,089 (0,084)	-0,085 (0,080)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	828	845	828	845
Período.....	1 oct 2011 - 1 abr 2012			

Estimador: Máxima verosimilitud de un modelo log-normal. Variable dependiente: log (duración).

Error estándar robustos a clustering en paréntesis. Nivel de clúster provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

CUADRO N.º 7A

IMPACTO DE LA REFORMA DE SEPTIEMBRE DE 2014 EN LA DURACIÓN MEDIA

Variable dependiente	(1) Log(duracion)	(2) Log(duracion)	(3) Log(duracion)	(4) Log(duracion)
Reforma septiembre 2014.....	0,133 (0,119)	0,107 (0,107)	0,137 (0,119)	0,113 (0,105)
Log(edad)	-0,019 (0,065)	-0,006 (0,065)	-0,018 (0,075)	-0,002 (0,072)
Log(activo total)	0,032 (0,039)	0,049 (0,039)	— —	— —
Log(empleo).....	— —	— —	0,057 (0,055)	0,076 (0,053)
ROA.....	-0,003* (0,002)	-0,003** (0,001)	-0,003* (0,002)	-0,003** (0,001)
Inmovilizado material.....	0,005*** (0,001)	0,005*** (0,002)	0,005*** (0,001)	0,005*** (0,002)
Endeudamiento	0,000 (0,001)	— —	-0,000 (0,001)	— —
Patrimonio neto negativo	— —	0,053 (0,073)	— —	0,051 (0,074)
Ratio de liquidez	0,108** (0,051)	0,103* (0,058)	0,117** (0,055)	0,121** (0,061)
Ratio de cobertura de intereses.....	-0,000 (0,004)	0,002 (0,004)	-0,000 (0,004)	0,002 (0,004)
Concurso expres.....	-7,048*** (0,082)	-7,030*** (0,091)	-7,052*** (0,082)	-7,045*** (0,094)
Tasa de paro	-0,026 (0,055)	-0,035 (0,053)	-0,026 (0,055)	-0,036 (0,053)
Tasa de concursos.....	0,054 (0,039)	0,046 (0,037)	0,058 (0,039)	0,051 (0,037)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	770	790	770	790
Período	7 jun 2014 - 7 Dic 2014			

Estimador: Máxima verosimilitud de un modelo log-normal. Variable dependiente: log (duracion).

Errores estándar robustos a clustering en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

CUADRO N.º 8A

IMPACTO DE LA REFORMA DE 2009 EN LA DURACIÓN MEDIA, POR TIPO DE SOLUCIÓN CONCURSAL

ESTADO DE INTERÉS CONVENIO				
Variable dependiente	(1) Log(duración)	(2) Log(duración)	(3) Log(duración)	(4) Log(duración)
Reforma marzo 2009	-0,182 (0,566)	-0,574 (0,631)	0,247 (0,624)	-0,176 (0,642)
Log(edad)	-0,432 (0,312)	-0,415 (0,314)	-0,703** (0,286)	-0,650** (0,283)
Log(activo total)	-0,261* (0,148)	-0,251 (0,180)	—	—
Log(empleo).....	—	—	0,153 (0,194)	0,116 (0,214)
ROA.....	-0,003 (0,009)	-0,000 (0,007)	-0,006 (0,008)	-0,004 (0,006)
Inmovilizado material.....	-0,015** (0,006)	-0,014** (0,007)	-0,012* (0,006)	-0,011* (0,006)
Endeudamiento	0,007 (0,005)	—	0,010** (0,004)	—
Patrimonio neto negativo	—	1,112*** (0,238)	—	1,140*** (0,220)
Ratio de liquidez	-0,823*** (0,222)	-0,748*** (0,212)	-0,638*** (0,203)	-0,602*** (0,204)
Ratio de cobertura de intereses.....	0,025 (0,017)	0,021 (0,016)	0,025* (0,015)	0,020 (0,014)
tasa de paro.....	-0,383** (0,193)	-0,297 (0,214)	-0,432** (0,210)	-0,328 (0,219)
Tasa de concursos.....	1,527*** (0,343)	1,553*** (0,307)	1,304*** (0,303)	1,301*** (0,272)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	387	394	387	394
Período	31 dic 2008 - 30 jun 2009			
ESTADO DE INTERÉS LIQUIDACIÓN				
Variable dependiente	(1) Log(duración)	(2) Log(duración)	(3) Log(duración)	(4) Log(duración)
Reforma marzo 2009	0,425** (0,171)	0,310* (0,178)	0,329* (0,176)	0,240 (0,178)
Log(edad)	0,007 (0,050)	-0,000 (0,059)	0,028 (0,054)	0,025 (0,060)
Log(activo total).....	0,219*** (0,040)	0,208*** (0,041)	—	—
Log(empleo).....	—	—	0,118** (0,052)	0,116** (0,048)
ROA.....	-0,000 (0,002)	0,001 (0,001)	0,001 (0,002)	0,003** (0,001)
Inmovilizado material.....	-0,001 (0,003)	-0,001 (0,002)	-0,000 (0,003)	-0,001 (0,002)
Endeudamiento	-0,001 (0,001)	—	-0,003* (0,002)	—
Patrimonio neto negativo	—	-0,102 (0,074)	—	-0,183** (0,083)
Ratio de liquidez	-0,081 (0,081)	-0,097 (0,079)	-0,003 (0,062)	-0,022 (0,068)
Ratio de cobertura de intereses.....	0,000 (0,002)	-0,001 (0,002)	-0,001 (0,002)	-0,002 (0,002)
Tasa de paro	-0,130** (0,061)	-0,096* (0,049)	-0,111* (0,059)	-0,075 (0,050)
Tasa de concursos.....	0,024 (0,074)	0,031 (0,075)	0,028 (0,088)	0,009 (0,078)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	387	394	387	394
Período	31 dic 2008 - 30 jun 2009			

Estimador: Máxima verosimilitud de un modelo log-normal. Variable dependiente: log (duración).
 Errores estándar robustos a clustering en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

CUADRO N.º 9A

IMPACTO DE LA REFORMA DE 2012 EN LA DURACIÓN MEDIA, POR TIPO DE SOLUCIÓN CONCURSAL

ESTADO DE INTERÉS CONVENIO				
Variable dependiente	(1) Log(duración)	(2) Log(duración)	(3) Log(duración)	(4) Log(duración)
Reforma 2012.....	-0,291 (0,439)	-0,468 (0,395)	-0,442 (0,413)	-0,603* (0,364)
Log(edad).....	0,130 (0,215)	0,039 (0,204)	0,005 (0,207)	-0,081 (0,194)
Log(activo total).....	-0,397*** (0,097)	-0,384*** (0,105)	—	—
Log(empleo).....	—	—	-0,351*** (0,135)	-0,330** (0,132)
ROA.....	-0,015* (0,009)	-0,018*** (0,006)	-0,019** (0,009)	-0,020*** (0,006)
Inmovilizado material.....	0,010* (0,005)	0,006 (0,005)	0,007 (0,005)	0,004 (0,005)
Endeudamiento.....	0,018*** (0,006)	—	0,018*** (0,006)	—
Patrimonio neto negativo.....	—	0,710* (0,392)	—	0,746* (0,393)
Ratio de liquidez.....	0,176 (0,167)	0,067 (0,161)	0,144 (0,177)	0,009 (0,169)
Ratio de cobertura de intereses.....	0,002 (0,020)	0,001 (0,016)	-0,001 (0,020)	-0,005 (0,014)
Tasa de paro.....	-0,204** (0,085)	-0,212** (0,089)	-0,237*** (0,085)	-0,242*** (0,089)
Tasa de concursos.....	-0,169 (0,253)	-0,139 (0,233)	-0,091 (0,225)	-0,064 (0,206)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	828	845	828	845
Período.....	1 Oct 2011 - 1 Abr 2012			
ESTADO DE INTERÉS LIQUIDACIÓN				
Variable dependiente	(1) Log(duración)	(2) Log(duración)	(3) Log(duración)	(4) Log(duración)
Reforma 2012.....	0,021 (0,185)	0,044 (0,157)	0,003 (0,173)	0,008 (0,166)
Log(edad).....	-0,033 (0,046)	-0,065 (0,059)	-0,001 (0,062)	-0,015 (0,063)
Log(activo total).....	0,210*** (0,026)	0,182*** (0,025)	—	—
Log(empleo).....	—	—	0,112*** (0,027)	0,104*** (0,024)
ROA.....	0,002 (0,002)	0,001 (0,001)	0,004** (0,002)	0,003* (0,001)
Inmovilizado material.....	0,001 (0,001)	0,001 (0,001)	0,002* (0,001)	0,002* (0,001)
Endeudamiento.....	0,001 (0,001)	—	0,001 (0,001)	—
Patrimonio neto negativo.....	—	0,000 (0,108)	—	0,011 (0,101)
Ratio de liquidez.....	0,040 (0,070)	0,036 (0,067)	0,078 (0,065)	0,067 (0,066)
Ratio de cobertura de intereses.....	0,002 (0,004)	0,004 (0,004)	0,005 (0,004)	0,004 (0,004)
Tasa de paro.....	-0,079* (0,042)	-0,098** (0,046)	-0,073 (0,050)	-0,078 (0,051)
Tasa de concursos.....	-0,036 (0,074)	-0,046 (0,061)	-0,025 (0,072)	-0,029 (0,066)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	828	845	828	845
Período.....	1 oct 2011 - 1 abr 2012			

Estimador: Máxima verosimilitud de un modelo log-normal. Variable dependiente: log (duración).

Errores estándar robustos a clustering en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

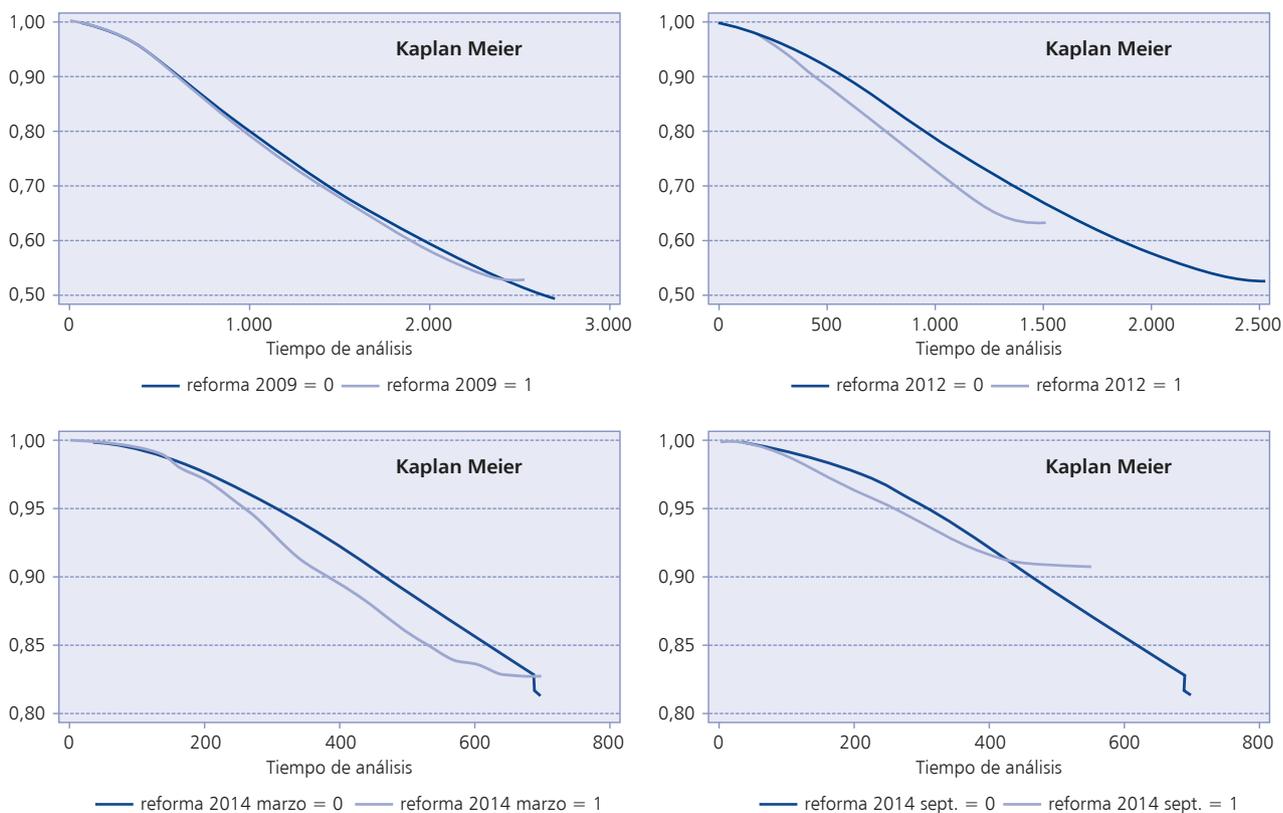
CUADRO N.º 10A

IMPACTO DE LA REFORMA DE SEPTIEMBRE DE 2014 EN LA DURACIÓN MEDIA, POR TIPO DE SOLUCIÓN CONCURSAL

ESTADO DE INTERÉS CONVENIO				
Variable dependiente	(1) Log(duración)	(2) Log(duración)	(3) Log(duración)	(4) Log(duración)
Reforma septiembre 2014.....	0,279 (0,303)	0,254 (0,336)	0,294 (0,292)	0,272 (0,320)
Log(edad).....	-0,035 (0,142)	-0,031 (0,141)	-0,054 (0,168)	-0,045 (0,161)
Log(activo total).....	-0,325*** (0,105)	-0,297*** (0,105)	—	—
Log(empleo).....	—	—	-0,408*** (0,131)	-0,391*** (0,147)
ROA.....	-0,014*** (0,005)	-0,009* (0,005)	-0,014** (0,006)	-0,011* (0,006)
Inmovilizado material.....	-0,005 (0,003)	-0,003 (0,003)	-0,007** (0,003)	-0,005* (0,003)
Endeudamiento.....	-0,005 (0,003)	—	-0,004 (0,003)	—
Patrimonio neto negativo.....	—	0,048 (0,209)	—	-0,025 (0,204)
Ratio de liquidez.....	-0,079 (0,226)	0,014 (0,216)	-0,128 (0,226)	-0,061 (0,200)
Ratio de cobertura de intereses.....	0,010 (0,016)	0,009 (0,016)	-0,001 (0,017)	-0,000 (0,016)
Tasa de paro.....	0,019 (0,111)	0,007 (0,117)	0,051 (0,110)	0,039 (0,115)
Tasa de concursos.....	0,189** (0,081)	0,173** (0,083)	0,123 (0,097)	0,116 (0,098)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	387	394	387	394
Período.....	7 dic 2014-7 jun 2014	8 dic 2014-7 jun 2014	9 dic 2014-7 jun 2014	10 dic 2014-7 jun 2014
ESTADO DE INTERÉS LIQUIDACIÓN				
Variable dependiente	(1) Log(duración)	(2) Log(duración)	(3) Log(duración)	(4) Log(duración)
Reforma septiembre 2014.....	0,091 (0,151)	0,047 (0,130)	0,062 (0,147)	0,032 (0,133)
Log(edad).....	-0,036 (0,151)	-0,057 (0,125)	-0,033 (0,130)	-0,028 (0,116)
Log(activo total).....	0,281*** (0,074)	0,286*** (0,077)	—	—
Log(empleo).....	—	—	0,350*** (0,110)	0,396*** (0,134)
ROA.....	0,002 (0,003)	-0,001 (0,003)	0,002 (0,003)	0,000 (0,002)
Inmovilizado material.....	0,011*** (0,004)	0,007** (0,004)	0,009** (0,004)	0,009** (0,004)
Endeudamiento.....	0,005* (0,003)	—	0,003 (0,003)	—
Patrimonio neto negativo.....	—	0,148 (0,199)	—	0,085 (0,169)
Ratio de liquidez.....	0,303*** (0,103)	0,451*** (0,083)	0,536*** (0,106)	0,548*** (0,101)
Ratio de cobertura de intereses.....	0,005 (0,008)	0,015 (0,010)	0,015 (0,011)	0,020** (0,010)
Tasa de paro.....	0,018 (0,092)	0,017 (0,098)	0,024 (0,101)	0,024 (0,107)
Tasa de concursos.....	-0,120 (0,123)	-0,134 (0,112)	-0,164 (0,114)	-0,134 (0,101)
Dummies provinciales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Dummies sectoriales.....	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Observaciones.....	770	790	770	790
Período.....	7 dic 2014-7 jun 2014	8 dic 2014-7 jun 2014	9 dic 2014-7 jun 2014	10 dic 2014-7 jun 2014

Estimador: Máxima verosimilitud de un modelo log-normal. Variable dependiente: log (duración).
 Errores estándar robustos a clustering en paréntesis. Nivel de clúster: provincia. *** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

GRÁFICO 1A

ESTIMADORES DE KAPLAN MEIER, REFORMAS LEY CONCURSAL 1 ABRIL 2009, 1 ENERO 2012, MARZO 2014; 7 SEPTIEMBRE 2014

Nota: En cada horquilla temporal, se considera como grupo de control a las empresas que se declararon en concurso de acreedores bajo el régimen concursal previo. Es decir, en el gráfico superior izquierdo se comparan empresas en concurso de acreedores tras la reforma de 2004 (reforma 2009=0) con aquellas bajo el nuevo régimen introducido por la reforma que entró en vigor el 1 de abril de 2009 (reforma 2009=1); en el gráfico superior derecho se comparan empresas bajo el régimen concursal que entró en vigor el 1 de enero de 2012 (reforma 2012=1) con empresas bajo el régimen concursal inmediatamente anterior, que entró en vigor el 1 de abril de 2009 (reforma 2012=0); en el gráfico inferior izquierdo se comparan empresas tras la reforma que entró en vigor en marzo de 2014 (reforma 2014 marzo=1), con empresas bajo el régimen concursal inmediatamente anterior, que entró en vigor el 1 de enero de 2012 (reforma 2014 marzo=0); en el gráfico inferior derecho se comparan empresas tras la reforma concursal que entró en vigor el 7 de septiembre de 2014 (reforma 2014 sept.=1) con empresas bajo el régimen concursal inmediatamente anterior, que entró en vigor marzo de 2014 (reforma 2014 sept.=0). Se excluyen aquellos concursos que concluyen con el mismo auto de declaración.

Resumen

En este artículo se analizan las características de un nuevo mercado, que ha surgido, sin un desarrollo normativo previo, como consecuencia de la actividad de unos agentes a los que una nueva tecnología disruptiva ha permitido ofrecer un servicio de transporte a través de plataformas como Uber, que compite con estructuras tradicionales. El objetivo del artículo, por tanto, no es solo tratar de dar respuesta a cuestiones sobre la eficiencia del nuevo modelo y sus efectos sobre el bienestar de quienes en él intervienen, sino que trata también de analizar el mercado como institución, para explicar tanto por qué ha surgido y se ha desarrollado, como cuál debe ser la reglamentación a aplicar. La nueva regulación que se propone establece una serie de cambios en las normas con el fin de permitir el desarrollo de estas nuevas formas de mercado, en régimen de competencia abierta, que internalice los potenciales efectos negativos como problemas de responsabilidad civil, control tributario, gestión de licencias, etc., derivados de estos nuevos modelos.

Palabras clave: economía colaborativa, Uber, costes de transacción, bienes de club, asimetría de información, regulación, licencias.

Abstract

This article describes the features of a new emerged market, without prior regulation, as a result of a new disruptive technology that has made it possible to offer alternative ways of running shuttle cars, through web platforms like Uber, which compete with traditional structures. The aim of the article, therefore, is not only trying to answer questions about the efficiency of the new model and its effects on private welfare; but it also tries to analyze the market as an institution, to explain why it has arisen and has developed, and at the same time what should be the regulation of this new market. This proposal establishes some rules' changes in order to allow the development of these new forms of market, encouraging competition, which will internalize potential negative effects as liability issues, tax control, management licenses, and etc. from these new models.

Key words: ????

JEL classification: D21, D52, K21, L23, L51.

TAXI DRIVER 2.0. ¿POR QUÉ UBER YA HA GANADO LA BATALLA?

Rocío ALBERT

Rogelio BIAZZI

Francisco CABRILLO

Universidad Complutense de Madrid

«Los días se suceden con monotonía, uno tras otro, ninguno de ellos se diferencia del anterior ni del siguiente, son como eslabones de una larga cadena, hasta que de repente surge el cambio.»

*Robert De Niro
(Travis Bickle) Taxi Driver*

EN un futuro no muy lejano, la siguiente situación será muy común.

Estaremos de pie en una esquina de Madrid, cogeremos nuestro teléfono inteligente (*smartphone*) y le diremos a Siri, Cortana o a quien sea: «necesito un taxi para ir a la estación de Atocha» (o al Vips más cercano, o a la casa de mi madre). En un momento, nuestro móvil nos mostrará distintas opciones ordenadas según diferentes criterios: por precios, el tipo de vehículo, la valoración del conductor, el viaje más rápido o la opción más amigable con el medioambiente. Una vez que elijamos, nos dirá cuánto tardará en llegar y cuánto costará el viaje. Además, podremos monitorear en un mapa al vehículo elegido mientras se va acercando a recogerlos. En el momento previsto, veremos detenerse delante nuestro un *minicooper*, un monovolumen, un coche eléctrico o hasta una motocicleta (si elegimos el medio más rápido y barato), según lo que hayamos indicado como

preferencias. Este vehículo no llevará identificaciones externas, ni cartel luminoso en el techo, ni números de licencia, ni ningún aparato que vaya calculando la tarifa mientras avanzamos hacia el destino. Podrá ser de Uber, de Lift o de cualquier otra empresa que, por la inexistencia de barreras de entrada, esté en el mercado prestando este tipo de servicios.

Esto ocurrirá así de forma inexorable. No se pueden poner puertas al campo, la innovación disruptiva en la prestación de servicios avanza a la velocidad de la luz y la tecnología actual, no la que vendrá sino la que ya existe, ya permite perfectamente todo esto reduciendo sustancialmente los problemas de los costes de transacción e información asimétrica que existían en este mercado.

No se puede predecir si seguirán existiendo los taxis tradicionales, de un mismo color, con dispositivo luminoso en el techo y taxímetro. Quizá sobrevivan algunos, como todavía pueden verse algunos videoclubs, tiendas de discos o cabinas de teléfono. Pero lo que es seguro es que el transporte urbano, como otros servicios, está cambiando de una forma tan vertiginosa que la situación hipotética que antes mencionábamos puede ser realidad en cualquier momento. De hecho, ya lo es, con matices, en muchas ciudades importantes del mundo, donde el mercado tradicional del taxi ha visto cómo su mundo ha cambiado con la apa-

rición de Uber o de cualquier otra empresa basada en una app que intermedia para conectar oferta con demanda en el sector del transporte urbano. También está ocurriendo con otros sectores, como el del transporte de larga distancia (Blablacar, Amovens) o el de los alojamientos temporales (Airbnb, Wimdu, HomeAway).

¿Es esto bueno o malo? Veremos a través del análisis en este artículo, que hay varios aspectos a considerar y que así como pueden encontrarse fácilmente muchas ventajas a este tipo de provisión de servicios (precios dinámicos fijados de acuerdo a oferta y demanda, mayor competencia, posibilidad de evaluación del servicio, comodidad en el modo de pago, mayores alternativas, etc.) también puede haber ciertos problemas que pueden aparecer y que deben ser solucionados mediante una regulación eficiente (responsabilidad civil, seguridad, temas fiscales, etc.). Pero, si volvemos a la pregunta inicial del párrafo, no es que esta nueva forma de proveer ciertos servicios que ha irrumpido gracias a la tecnología y a la innovación empresarial sea buena o mala en sí misma, es que es imparable, ya es una realidad.

I. SHARING ECONOMY (1): LA LÓGICA TRADICIONAL DEL INTERCAMBIO ANTE LA AUSENCIA DE COSTES DE TRANSACCIÓN

1. Elementos básicos en la economía colaborativa

La economía colaborativa se centra en compartir el conocimiento sobre bienes y servicios para intercambiarlos de una manera más eficiente. Los intercambios en estos mercados con modelos innovadores se

facilitan gracias a que el conocimiento tiene un menor coste y además está disponible para todos gracias a la tecnología disruptiva. Las características fundamentales de este tipo de modelos de economía colaborativa son la descentralización de los intercambios (el modelo de intercambio entre pares, llamado *peer-to-peer*); el enfoque en el acceso más que en la propiedad de los recursos (exceso en la capacidad de bienes o recursos susceptibles de ser compartidos, como vehículos, casas, herramientas...); empresas que son intermediarias que facilitan los intercambios más que actuar como unidades de producción; e inclusión de mecanismos de autorregulación (como, por ejemplo, evaluaciones del servicio y penalizaciones en caso de denuncia de problemas).

La economía colaborativa está en pleno auge y crecimiento. El mercado de alquileres llamados *peer-to-peer* ha tenido un volumen global, hasta el año 2011, de 26 billones de dólares (Bostman, 2011). Desde su lanzamiento en 2008 hasta el año 2012, más de 4 millones de personas han alquilado apartamentos temporales o vacacionales a través de la plataforma Airbnb (*The Economist*, 2013). Se calcula que en el año 2013 el volumen de negocio de las empresas dentro de la economía colaborativa ha crecido un 25 por 100 anual y ha tenido unas ganancias globales de 3,5 billones de dólares (Geron, 2013).

Hay que tener en cuenta que en estos modelos existen las llamadas «externalidades de red» (Shapiro y Vara, 1999), es decir, cuantos más usuarios existen en el mercado o en una red, más beneficios reciben todos de esta participación. Los mercados o negocios relaciona-

dos o basados en Internet y la utilización de la tecnología son aquellos que más externalidades de red generan (2). En estas situaciones con efectos de red, el consumo de una persona influye directamente en la utilidad de otra. En términos generales, el consumo de un determinado producto reporta cierto valor. En el caso de los productos sujetos a efectos de red, dicho valor se disocia en dos. Por una parte, un valor intrínseco que proviene del consumo del bien en sí mismo y por otra parte, un valor de sincronización que dependerá del número de usuarios que consumen dicho producto. Como hemos visto por las cifras de negocios y de usuarios, la economía colaborativa, en todas sus vertientes, está creciendo de manera exponencial, y ello, además de las ventajas que estos modelos tienen en sí mismo, según lo mencionado sobre efectos de red, hace que cualquiera de estas empresas que trabajan con estas plataformas o aplicaciones incremente el valor para sus usuarios a pasos de gigante con cada nuevo cliente que consigan.

2. Modelos de economía colaborativa: el caso Uber

Uber es una plataforma que conecta conductores con pasajeros dentro de una ciudad. Es una *app* que sirve como base tecnológica para la prestación de una nueva modalidad de servicio dentro del transporte urbano de pasajeros. Esta empresa fue creada en 2010 en Estados Unidos y se ha extendido a más de 45 países. Uber –en principio– no es una empresa de transporte, no tiene una flota propia de coches, no cuenta con conductores profesionales en nómina. Es una *app* para teléfonos inteligentes que coordina a pasajeros

necesitados de transporte urbano con conductores particulares que quieren obtener ingresos extra transportando gente de un sitio a otro de una ciudad. Los pasajeros, encuentran en esta app, una serie de conductores disponibles, con su ubicación, tiempo de espera, evaluaciones de usuarios de cómo han prestado servicios anteriores y el precio que van a tener que pagar por determinado viaje. El pasajero únicamente tiene que elegir entre varias opciones la que prefiere y marcar un sitio de encuentro. Hay que señalar que Uber trabaja con varias modalidades diferentes según el tipo de servicio, desde coches normales hasta coches más lujosos o todoterrenos, pero a efectos de este artículo simplificaremos pensando en un Uber básico, parecido a un taxi cualquiera que se pudiese coger en cualquier ciudad.

3. La teoría económica detrás de la economía colaborativa

Desde nuestro punto de vista, tres son los puntos fundamentales que, desde la teoría económica clásica, debemos analizar para comprender el fenómeno de la economía colaborativa. Por un lado, se debe hacer hincapié en la existencia de bienes con distintas características, respecto a rivalidad en el consumo y posibilidad de exclusión. Un análisis de este tipo ayudará a comprender el fenómeno que se está estudiando, en cuanto a que el uso y goce de algunos bienes tradicionalmente considerados privados y de consumo rival, pueda convertirse en «colaborativo». Por otro lado, cabe enfocarse en dos situaciones que se presentan en los mercados: los costes de transacción y la asimetría de la información. Lo que distingue a los modelos

de negocio identificados dentro de la economía colaborativa es que han logrado abordar, desde la tecnología y con mecanismos privados basados en la innovación, estos dos problemas básicos que suelen aparecer en muchos mercados, como son, por una parte, los costes de transacción elevados y, por el otro, los problemas de asimetría de información. Estos problemas han sido, además, la justificación utilizada por las administraciones públicas para regular –de manera más o menos intervencionista– muchos mercados, propensos a fallar ante la existencia de los mismos. Sin embargo, como se ha dicho, la disrupción provocada por el acceso masivo a nuevas tecnologías y la facilidad de acceso a Internet a través de múltiples dispositivos, ha dejado en muchos casos sin justificación a la intervención pública vía regulación.

3.1. Economía colaborativa y consumo no rival

Muchos bienes comparten la característica de permitir una mayor utilización que la que realmente tienen al existir un exceso de capacidad para su uso habitual. La idea ha sido aplicada, desde hace muchos años, al estudio de los denominados bienes de club, a partir del conocido trabajo de Buchanan de 1965, *An economic theory of clubs* (Buchanan, 1965). Si hacemos uso del esquema de Musgrave (Musgrave, 1992) de clasificación de los bienes en función de la existencia o no de la posibilidad de exclusión –por una parte– y la rivalidad en el consumo, por otra, los bienes de club se consideran excluibles y no rivales, al menos hasta alcanzar el punto de congestión. Una vez que existe congestión, se mantiene la exclusión y surge, además, la rivalidad

en el consumo. En condiciones de mercado libre, esto llevaría a la oferta de un nuevo bien de club de la misma naturaleza, que permitiría la existencia de consumo no rival, hasta que un nuevo crecimiento de la demanda generara congestión.

Ejemplos que habitualmente se utilizan para explicar la naturaleza de estos bienes son las piscinas de los clubs o las localidades de un cine. Un nadador extra en una piscina casi vacía y un nuevo espectador cuando en el cine hay muchas localidades libres no generan congestión. Y una vez que el crecimiento de la demanda genera tal congestión, es posible crear una nueva piscina –o un nuevo club– o construir otro cine, iniciándose así un nuevo proceso similar.

Estos son casos claros; pero es posible analizar desde este punto de vista otros bienes que, tradicionalmente, han sido considerados casos típicos de bienes privados. Utilizando otro ejemplo de Buchanan, podríamos preguntarnos hasta qué punto un par de zapatos es un bien de consumo rival, cuyo uso por una persona excluye de su utilización al resto de la gente. Un determinado par de zapatos –para jugar a los bolos, por ejemplo– nunca son utilizados de forma continua por una persona; y, con frecuencia, se prestan o se alquilan en las boleras. Y lo mismo podríamos decir de determinadas ropas, como un chaqué o una toga académica. Si pensamos que los zapatos o la ropa son los ejemplos que habitualmente se utilizan para explicar los bienes privados puros –excluibles y de consumo rival– cabe preguntarse hasta qué punto realmente lo son; o, más interesante, cuáles pueden ser las condiciones para que se puedan convertir en bienes de consumo, parcialmente, no rival (3).

¿Puede aplicarse esta idea a otros tipos de bienes, por ejemplo, una vivienda o un automóvil? Sin duda. Existen mercados bien definidos de coches y de casas en alquiler. En el caso de estos últimos, se trata, por lo general, de empresas que compran los automóviles con el único objetivo de alquilarlos a usuarios potenciales. Y en el de las viviendas, este tipo de empresas especializadas se ve complementada por particulares que, bien han adquirido un inmueble para ofrecerlo en alquiler de forma permanente, bien arriendan una vivienda por no hacerles falta durante un determinado periodo de tiempo, o bien alquilan una habitación mientras ellos siguen utilizando el resto de la casa.

La economía colaborativa permite extender este enfoque a un número mucho mayor de casos. La gente puede alquilar una vivienda –o parte de ella– por un periodo muy breve de tiempo; y el propietario de un coche puede convertirlo en vehículo de alquiler con conductor durante la parte del día que considere adecuado y seguir utilizándolo como bien exclusivamente privado el resto del tiempo. El resultado sería, por una parte, un beneficio de carácter privado para quienes realizan estas actividades; y, por otra, un beneficio neto para el conjunto de la sociedad, en cuanto su más intensa utilización supone un uso más eficiente de los bienes que se ofrecen en el marco de la economía colaborativa.

3.2. *La evaporación de los costes de transacción: una visión irreal para el propio Coase*

En *El problema del coste social* (Coase, 1960) Ronald Coase explicó el papel de los costes de

transacción en los mercados con las siguientes palabras: «A la hora de analizar cualquier actividad de intercambio es preciso determinar cuáles son las partes del negocio, cómo transmitir la información pertinente, cómo negociar las condiciones del contrato y adoptar las medidas necesarias para que el contrato se cumpla». Cuando Ronald Coase vio el rumbo que habían tomado los planteamientos iniciales de su artículo se sintió un poco abrumado. Es más, a una edad ya más avanzada, se quejó de que la gente se centró en unas pocas páginas de su artículo original de 1960 –la parte referente al mundo ideal de negociaciones sin esfuerzo y «costes de transacción» cero– e ignoró las demás. En el discurso que pronunció cuando recibió el Nobel, dijo modestamente: «tiendo a ver el teorema de Coase como un paso en el camino del análisis de una economía con costes de transacción positivos». De hecho, muchas veces dejó claro que en su artículo estaba hablando de un mundo en el que las partes afectadas se podían reunir, con toda la información relevante en la mano, y llegar a un acuerdo voluntario con un coste igual a cero; pero que este, era en los hechos «un supuesto irrealista» (Cassidy, 2013). Coase vivió una vida larga y aunque no hay ninguna evidencia de que hubiese estudiado en sus últimos años de vida académica algo relacionado con la economía colaborativa, posiblemente su inteligencia lo llevó alguna vez a reflexionar sobre el modo en que los avances tecnológicos hacían posible –al menos en algunos aspectos– aquel mundo que él mismo calificó de irreal. Es decir, sí era posible que en algunos mercados los costes de transacción fueran despreciables.

Y este es el primer punto que debemos tener en cuenta cuando analizamos estas nuevas formas de contratación, estas nuevas formas de intercambio, esto que muchos llaman economía colaborativa, pero que no es más que una forma en la que los mercados funcionan con mínimos o casi nulos costes de transacción gracias a la tecnología. Los costes de transacción (Arrow, 1969; Williamson, 1981), que podemos dividir en costes de búsqueda, de acuerdo y de control, en ciertos mercados han quedado pulverizados con la simple creación de unos algoritmos y programas integrados en lo que hoy se llama una *app* o aplicación. Ninguno de estos costes mencionados están presentes cuando se utiliza, por ejemplo, una *app* como la de Uber. La aplicación busca para el usuario, entre cientos o miles de conductores aquel que el usuario necesita, por cercanía, por precio, por tipo de coche y hasta por cualificación del conductor (los usuarios evalúan a los conductores en la propia *app* y su valoración es un indicador *proxy* de su cualificación). La aplicación propone las condiciones y el acuerdo se cierra con solo hacer clic en un botón de la pantalla del móvil. Y respecto a los costes de control y ejecución ocurre lo mismo: se hace el pago con cargo a una tarjeta de crédito previamente registrada en la aplicación, al mismo tiempo que se acepta el transporte propuesto, y además, en referencia al control, se ofrece la posibilidad de evaluar el servicio y en caso de que el mismo haya sido deficiente o hayamos quedado insatisfechos no hay más que hacer una evaluación negativa que tendrá consecuencias también negativas para el prestador de servicio.

La tecnología ha permitido poner en contacto directo a

oferentes y demandantes y dar respuesta a los problemas que se han mencionado. Y esta es la simple, pero muy importante, innovación disruptiva a la que se ha hecho referencia. Se debe también destacar otro factor importante en el éxito de la difusión de la tecnología que es el exponencial crecimiento del uso de teléfonos móviles, más específicamente los llamados teléfonos inteligentes (4), unido al hecho de la facilidad de acceso a tarifas planas de datos móviles cada vez más baratas y accesibles y por supuesto los sistemas de geolocalización que permiten determinar con exactitud y rapidez la situación de los demandantes del servicio así como la posición exacta de los oferentes, permitiendo un *matching* más eficiente en estos mercados.

En relación con el caso que se analiza en este artículo (el mercado del taxi y Uber), la ausencia de las «ventajas» de los modelos de negocio de la economía colaborativa gracias a la aplicación de la tecnología ha permitido que surgiesen situaciones de ineficiencia en los mercados (protección de situaciones de oligopolio, *lobby*). Por ello, al menos es la justificación que se ha esgrimido, el mercado de transporte urbano (taxis) siempre estuvo fuertemente regulado. Por ejemplo, se han regulado precios (tarifas obligatorias fijadas por la Administración) y se ha controlado estrictamente su seguimiento a través de los taxímetros. También ha hecho que se requiera una identificación visual física para que los demandantes encuentren a los oferentes, los costes de búsqueda (taxis de un color determinado y con un cartel luminoso en el techo con indicación de disponibilidad o no disponibilidad e incluso con indicación de tipo de tarifa que

se está cobrando). Se requiere una licencia de conducir especial para poder llevar un taxi que equivale a una valoración de sus aptitudes de conducción. Y se requieren especificaciones técnicas en los vehículos destinados a taxi

Hay algunos aspectos en los que el sector tradicional del taxi también ha evolucionado, como, por ejemplo, la posibilidad de pago con tarjeta en el mismo coche o prepago con tarjeta o abono de empresa. También, en algún sentido, se ha mejorado el *matching* de oferta y demanda a través de aplicaciones propias que utilizan los taxis (MyTaxi, Hailo, Pidetaxi). Pero sigue habiendo graves problemas que afectan a la estructura del mercado del taxi, como son la mencionada fijación de tarifas y la insalvable barrera de entrada que constituye las licencias de taxi otorgadas en origen por las AA.PP. Más adelante, se analizarán estos problemas y sus consecuencias negativas para el mercado.

3.3. Otra aplicación del enfoque de Coase: distintos modelos empresariales

En trabajos anteriores (Coase, 1937), el propio Coase había explicado la existencia de las empresas como consecuencia de la existencia de tales costes de transacción, en cuanto el establecimiento de decisiones de carácter jerárquico permitía incrementar la eficiencia si los costes de integrar la toma de decisiones en el seno de una estructura productiva son inferiores a los que implica obtener en el mercado determinados servicios de producción o distribución.

No es difícil dar un paso más en esta teoría e ir más allá de la

simple dicotomía empresa (jerarquía) – mercado (contrato) para encontrar un continuo de posibles situaciones intermedias. Si partimos de un modelo de producción y distribución empresarial, este enfoque nos permite, por una parte, explicar las estrategias de externalización de numerosas actividades de las empresas actuales; y, por otra, analizar las diversas formas legales que adoptan hoy los procesos de distribución y venta de bienes y servicios, con grados diversos de jerarquía en las relaciones entre las partes implicadas. Un productor de confección textil puede, por ejemplo, mantener una estructura jerárquica que le permita controlar todo el proceso de producción y distribución, siendo el propietario no solo de las plantas de fabricación, sino también de la cadena de distribución y de las tiendas que venden a los consumidores. Pero puede también limitarse a la fabricación y vender a las empresas de comercio minorista; y esto puede hacerlo controlando directamente la distribución o contratando esta a una –o varias– empresas. O puede, por fin, diseñar un modelo de franquicias para la venta de sus productos, modelo en el que no es propietario de las tiendas que venden a los consumidores, pero mantiene en relación con ellas una relación jerárquica que puede tener grados diversos de intensidad. El hecho de que, en el mencionado sector de la confección textil, por ejemplo, funcionen de forma simultánea modelos de diferentes de organización indica que no existe un modelo óptimo de aplicación general, sino que las características de cada empresa explican modelos de integración vertical diferentes. La aparición en los últimos años de la *sharing economy* muestra que pueden

existir otros modelos, que comparten algunas de estas características de una forma particular. En el modelo Uber existen, en efecto, elementos de economía colaborativa, pero también, de asignación de recursos, vía precios.

Otra idea importante de Coase para explicar las nuevas formas de suministro de bienes y servicios es la que, en el estudio de los mercados, no se fija tanto en sus datos básicos –número de empresas, diferenciación de productos, establecimiento de precios etc.– como en su diseño institucional. Si los mercados son instituciones diseñadas para facilitar las operaciones entre los agentes económicos y reducir los costes de las transacciones, el derecho y la regulación desempeñan un papel relevante. En este trabajo analizamos las características de un nuevo mercado, que ha surgido, sin un desarrollo normativo previo, como consecuencia de la actividad de agentes a los que una nueva tecnología ha permitido ofrecer un servicio de transporte en automóvil que compite con estructuras tradicionales. El objetivo del artículo, por tanto, no es solo tratar de dar respuesta a cuestiones sobre la eficiencia del nuevo modelo y sus efectos sobre el bienestar de quienes en él intervienen, básicamente los conductores –que aportan, además, el vehículo– y los clientes, temas sobre los que hay ya alguna literatura, aunque sus resultados no sean aún concluyentes; se trata también de analizar el mercado como institución, para explicar tanto por qué ha surgido y se ha desarrollado como cuál debe ser la reglamentación a aplicar. Esta ordenación puede basarse tanto en la autorregulación como en la regulación externa. Y debe resolver cuestiones muy diversas. ¿Cómo definir

el producto? ¿Cómo se establecen los precios? ¿Cómo conseguir que los agentes económicos cumplan las normas? ¿Qué mecanismos se pueden arbitrar en el caso de incumplimiento? ¿Cabe aplicar sanciones? ¿De qué tipo?

3.4. *Asimetría de información: incertidumbre en la calidad del servicio y en los precios*

Otro de los paradigmas tradicionales de la microeconomía clásica es el problema de la asimetría de la información que puede llegar a producir un fallo en el mercado. Existe información asimétrica en un mercado cuando una de las partes que intervienen en un intercambio no cuenta con la misma información que la otra sobre el bien o servicio objeto del intercambio (Akerlof, 1970). Este problema puede verse superado, en parte, por la nueva tecnología disruptiva y su utilización masiva, es decir, por estas *apps* que forman parte de los intercambios en la economía colaborativa. En concreto, en lo referido a un servicio como el del transporte urbano, en principio hay asimetría de información entre el cliente y el proveedor, en varios aspectos. Uno muy importante es la calidad del servicio, que, *a priori*, en el mercado del taxi tradicional no puede ser constatada y evaluada por un potencial usuario. Cabe recordar que estamos hablando de un servicio que se identifica con los llamados «bienes de experiencia», que son aquellos cuyas características relevantes, en este caso la calidad, no pueden ser determinadas por el cliente hasta que han sido adquiridos o consumidos (Philip, 1970). En el mercado del taxi tradicional se ha intentado solucionar en parte este tema mediante la regulación: espe-

cificaciones detalladas para los vehículos, requisitos para los conductores (licencia de conducir específica), etc. Sin embargo, en el caso de estudio, la tecnología a través de la propia *app* permite solucionar de manera más eficiente (menos costes) estos problemas de información. La calidad del servicio es evaluada de manera continua y constante por los propios usuarios: cuando se utiliza el servicio de Uber hay que evaluar al conductor y al servicio, y esta evaluación, además, es necesaria una vez que se ha utilizado el servicio para volver a utilizarlo (5). La calidad medida por el cliente después de haber recibido la prestación elimina mucho mejor cualquier problema de información, ya que estas evaluaciones son publicadas en la propia *app* y están a disposición de cualquier usuario. Así, un conductor con malas evaluaciones tendrá menos probabilidad de conseguir pasajeros y además Uber podrá expulsar a aquellos conductores que estime han prestado un servicio defectuosos o han incurrido en alguna falta mayor. Por tanto, la información suministrada por el mercado en este aspecto debería ser más sólida que la suministrada a través de las licencias concedidas por la Administración por varios motivos. En primer lugar, se trata de situaciones reales de viajes realizados y no de hipotéticos viajes por potenciales conductores. Además, las opiniones de otros viajeros tienen un mayor valor añadido que la que puede suministrar la Administración a través de proxies como las licencias, y, por último, el sentido común nos dice que las opiniones de cientos de usuarios a la fuerza tienen que suministrar una mayor y más cualificada información que la que nos podría otorgar la Administración vía licencias.

Otro aspecto que genera incertidumbre es que, por lo general, el cliente no tiene información cierta sobre el precio antes de utilizar el servicio. Decimos, por lo general, pues hoy se han intentado introducir mecanismos de mercado para paliar en algunos casos esa incertidumbre como modalidades de abonos mensuales, tarjetas prepago y aplicaciones utilizadas por taxistas que permiten el cargo del coste del servicio en una tarjeta de crédito. También se ha utilizado la regulación para dar más certeza al cliente sobre el precio del servicio, básicamente con la regulación sobre taxímetros, publicación de precios públicos del transporte de taxi y otros (p. ej., tarifa plana para ir al aeropuerto de Madrid). Respecto a la incertidumbre sobre los precios, el cliente de Uber sabrá de antemano a través de la app lo que costará el viaje. Incluso como Uber tiene un sistema de precios llamado *surge pricing*, es decir que los precios pueden elevarse en momentos de mayor demanda y menor oferta, la app advierte en esos casos al potencial usuario que en ese momento los precios son especialmente más altos. Se ha demostrado que este mecanismo de fijación de precios que utiliza Uber es eficiente (Hall, Kendrick y Nosko, 2015). No solo porque incorpora avisos para el potencial usuario para paliar problemas de información y que el cliente decida en el caso de que los precios sean más altos en Uber en ese momento coger otro medio de transporte. También hace actuar las fuerzas de la oferta y demanda porque incentiva a conductores que no están en activo en ese momento a incorporarse a la oferta de viajes atraídos por los mayores precios, lo que a su vez, si esa oferta aumenta suficientemente empujará nuevamente los precios hacia abajo.

II. EL MERCADO DEL TAXI: BARRERAS DE ENTRADA, PRECIOS REGULADOS, SECTOR PROTEGIDO, PROBLEMAS DE COMPETENCIA

En la mayor parte de las ciudades del mundo existe un servicio de taxis, regulado por la Administración Pública en alguno de sus niveles; por lo general, a nivel regional o local. Esta regulación incluye varios aspectos de esta actividad económica: necesidad de poseer una licencia de actividad, regulación de precios, regulación de zonas de actividad y horarios, especificaciones que deben cumplir los vehículos que realizan este servicio, licencias específicas para los conductores, normas sobre contratación obligatoria de seguros, etc. Las regulaciones pueden variar según los sitios, pero los aspectos mencionados son los que suelen estar presentes en la mayoría de las legislaciones. Esta regulación se ha ido implantando por diversos motivos y con distintos objetivos, pero generalmente se utiliza como justificación el hecho de que el servicio de taxis forma parte del servicio de transporte público de una ciudad. Se lo considera un servicio público impropio: el servicio público impropio es aquel prestado por personas privadas, aunque de acuerdo con disposiciones reglamentarias, establecidas por la Administración Pública (De la Cuétara, 1997). En los servicios públicos impropios, la Administración tiene un evidente y específico control sobre quienes ejercen las respectivas actividades, control que difiere –por su mayor intensidad y amplitud– del ejercicio de otras actividades llevadas a cabo por particulares que tienen características similares (por ejemplo, en el caso del transporte urbano, la

finalidad de desplazarse de un sitio a otro) y –a priori– características muy distintas (en el mismo ejemplo, el hecho de transportar personas de un sitio a otro es, en sí mismo, el ejercicio de una actividad profesional). Estos servicios no constituyen parte del patrimonio público, sino que son de titularidad privada y se prestan a riesgo y ventura del particular o de la empresa correspondiente.

Los motivos para establecer este tipo de regulación tan férrea en el sector no se sostienen en la actualidad. Como hemos mencionado anteriormente, se ha utilizado siempre como justificación el hecho de que este mercado de servicios tiene características especiales y que estas características pueden llevar a que se produzcan los fallos de mercado que antes hemos apuntado: asimetría de información sobre calidad y precios por un lado; y enormes costes de transacción por el otro. Pero como hemos visto, la innovación, la tecnología, en fin, el progreso, ya permite que estos posibles fallos de mercado se eviten o sean solucionados a partir de mecanismos privados sin necesidad de legislar al respecto. Sin embargo, la dependencia del camino recorrido (Pierson, 2000), hace muy difícil que las administraciones públicas cambien la legislación del sector, básicamente desregulando algunos aspectos que hemos visto que ya encuentran solución gracias a la tecnología. El problema fundamental está en el origen de estos mercados de transporte urbano público impropio: la concesión de licencias de actividad con un *numerus clausus* imprescindibles para prestar el servicio y las características con que se otorgaron estas licencias, especialmente la no caducidad de las mismas. Y,

sin duda, lo que ha devenido en el problema fundamental actual en este punto: la permisividad para la existencia de un mercado de compra venta de estas licencias entre particulares, que ha provocado una «burbuja» de precios muy importante. En España se han llegado a pagar más de 200.000 euros por licencia (y ha habido casos puntuales con un precio de 400.000).

Volviendo a la estructura del mercado del transporte urbano de taxi, lo que provoca, por un lado, problemas de competencia, es la barrera de entrada de las licencias. Aquí hay que añadir que la regulación contempla otro tipo de licencias que no son propiamente las de taxis, pero que permiten que legalmente un particular pueda transportar personas en su coche. Hablamos de las llamadas licencias VTC, para alquiler de vehículos con conductor y que constituye una autorización para ejercer este tipo de actividad. Estas licencias, en el caso de Madrid, las otorga la Administración regional y es la vía de entrada que ha encontrado Uber para reponer el servicio en esta ciudad (otra empresa, Cabify, también ha entrado en el mercado utilizando estas licencias). Sin embargo, aquí aparece nuevamente el problema de los *numerus clausus*, ya que aunque en Madrid haya actualmente unas 1.500 licencias VTC, la legislación actual, el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, ha establecido un ratio máximo de una licencia VTC por cada 30 licencias de taxi, ratio a partir del cual la Administración correspondiente podrá denegar la concesión de una nueva licencia. Es decir, si se supera ese ratio, la auto-

ridad «entenderá en todo caso que se produce una situación de desequilibrio», y entonces podrá denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos. Actualmente, se están produciendo estas denegaciones y los solicitantes están recurriendo a la vía judicial. Por otro lado, se establecen requisitos más exigentes para el otorgamiento o traspaso de estas licencias: se establece en siete, como mínimo, las licencias VTC que tiene que tener una empresa dedicada al transporte con esta actividad. Es decir, que la regulación no incentiva la adquisición de estas licencias a particulares autónomos, sino que privilegia la creación de empresas dedicadas al servicio de transporte. También establece que los coches con licencias VTC deberán estar aparcados en una base y funcionar bajo petición telefónica o por Internet. «El trasfondo de esta regulación tan restrictiva de la actividad de las licencias VTC parece ser la voluntad de reducir o eliminar la presión competitiva que estos operadores pueden ejercer sobre el sector del taxi puesto que, limitando artificialmente la actividad de VTC, se preserva a los prestadores del servicio de taxi de la competencia» (6).

La estructura del mercado del taxi y la regulación sobre concesión de licencias VTC ha provocado la intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Recientemente, la CNMC ha decidido interponer un recurso contencioso-administrativo contra determinadas restricciones a la competencia establecidas en la normativa de vehículos de alquiler con conductor (7).

En concreto, el mercado del taxi es un sector protegido por

barreras de entrada insalvables, que si alguna vez tuvieron justificación, ya no la tienen. Esta regulación quizás tuviese sentido en su momento, pero hoy día no. Lo que produce en la actualidad, y la propia CNMC lo destaca al ser uno de sus objetivos velar por el bienestar de los consumidores, es un detrimento del bienestar del conjunto de la población por la vía de restringir la competencia, esto es, no permitir la competencia de precios (que como enseña la teoría económica en condiciones de competencia los precios tienden a disminuir hasta el coste marginal), no incentivar la mejora de la calidad del servicio al ser un sector tan protegido y, claramente, producir un descenso de los servicios prestados (volumen de viajes).

III. UBER VERSUS TAXI. ¿FORMAN PARTE DE UN MISMO MERCADO? ¿HAY DIFERENCIAS RELEVANTES QUE JUSTIFIQUEN REGULACIONES DIFERENTES?

Con el fin de poder determinar cuál debería ser la regulación más eficiente del servicio ofrecido por Uber y cuál la regulación eficiente para los taxis, lo primero que se debe determinar es si el servicio ofrecido por los taxis y los vehículos pertenecientes a Uber es el mismo, parecido, pero con características especiales, o completamente diferente. Queda claro, en ambos casos, que el servicio principal es el transporte urbano de pasajeros. Sin embargo, existen diferencias sustanciales en el modo de suministrarlo que podrían ameritar el desarrollo de regulaciones diferentes para el sector del taxi y para el sector de Uber o compañías similares.

La primera diferencia fundamental entre ambos sectores

es la forma de contratación del servicio. Así, en el ámbito de los taxis, en el que los vehículos están identificados claramente como tales, el servicio se puede contratar en la vía pública y en el mismo momento en que se quiere utilizar, es decir, que se pueden coger directamente en la calle. Esto constituye una ventaja competitiva para los taxis ya que podrán captar una parte de la demanda a la que no podrán acceder los coches de Uber, como por ejemplo viajeros de último momento, viajeros con mucha prisa y sin tiempo para solicitar el servicio vía *app*, o simplemente viajeros acostumbrados a la forma tradicional de coger un taxi y sin interés por las nuevas tecnologías (generalmente personas mayores). Por otra parte, esta ventaja competitiva de los taxis se ve reforzada ya que estos también pueden ser contratados por otras vías, incluso la misma vía que utiliza *Uber*, es decir una *app*. Así, los taxis también pueden ser solicitados por vía telefónica y en la actualidad también cuentan con la misma herramienta de contratación que un vehículo Uber, esto es por vía telemática, a través de diferentes aplicaciones (Pidetaxi, Mytaxi, Hailo). Por el contrario, en el caso de Uber, se trata de un servicio que solo se puede contratar a través de su aplicación informática y en ningún caso se puede parar a un vehículo de Uber en la calle para que transporte a un pasajero.

Otra diferencia radica en la forma de pago en este tipo de servicios, aunque hay que decir que también la incorporación de tecnología digital en las aplicaciones mencionadas que utilizan los taxis ha hecho que esta diferencia en la forma de pago sea cada vez menor. Aun así, en la actualidad, en los taxis conven-

cionales, por lo general el pago por la prestación de servicios suele ser realizada directamente en metálico, a través de tarjeta de crédito e incluso con tarjetas específicas de empresas que actúan de forma semejante a una de crédito (tarjetas de abono que contratan generalmente empresas para sus trabajadores y que pagan a determinada compañía de taxi en base a un contrato de liquidación semanal, quincenal, mensual...). En el caso de Uber el pago se hace directamente a través de la aplicación a la que previamente se ha suscrito el viajero y en la que ha registrado su tarjeta de crédito. No se hacen pagos en efectivo en ningún caso. Según mencionábamos, las nuevas aplicaciones informáticas que utilizan los taxis tradicionales ya han incorporado este tipo de modalidad de pago, por lo que parece que en esto también el mercado tradicional se va pareciendo cada vez más al mercado creado por las nuevas empresas de economía colaborativa (8).

Respecto a los precios, cabe subrayar que en el caso de los taxis el precio por distancia y tiempo está regulado por el sector público, de forma que no es necesario pactar un precio con el taxista cada vez que un pasajero utiliza el servicio. Adicionalmente, también está regulado el precio de la bajada de bandera (momento en que se pone en marcha el taxímetro), el coste de transportar maletas, el servicio al aeropuerto y un largo etcétera. Es distinto con los vehículos de Uber, cuyo precio se fija de antemano al solicitar y contratar el servicio, y aunque puede haber un precio mínimo y los componentes básicos del precio también son fijados de antemano (*fee* inicial, *fee* por tiempo; *fee* por distancia), el precio también tiene un com-

ponente variable en función de los elementos determinantes de demanda y oferta de coches que existe en el sitio geolocalizado en el que se solicita el servicio (tráfico existente, la climatología, etc). Esto es importante, porque introduce importantes diferencias para el pasajero a la hora de decidir entre ambas posibilidades. Precisamente, porque en los taxis los precios están regulados, no es necesario saber el coste aproximado de antemano del servicio y siempre se pagará lo mismo, independientemente de las condiciones del mercado, de la hora del día, de la meteorología o de otras circunstancias. Por el contrario, con los coches de Uber la fijación de precios incorpora el mecanismo básico del mercado: la oferta y la demanda.

También existen diferencias sustanciales respecto a los conductores de ambos tipos de servicios. En el supuesto de los taxis, carecemos de cualquier tipo de información previa sobre el conductor. Aunque una vez dentro del taxi puede verse la licencia del conductor con su foto y alguno de sus datos personales, no puede evaluarse de antemano su nivel de conducción y otros parámetros de calidad del servicio. Esa asimetría de información se ha intentado solucionar con la regulación, exigiendo a los taxistas una licencia de conducir específica. La licencia específica intenta ser una señal sobre la *expertise* del taxista en la conducción que intentaría reducir el problema de la asimetría de información. No hay ningún otro mecanismo, ni regulatorio ni de otro tipo, que permita medir otros elementos de la calidad del servicio de determinado taxista. Por el contrario, en el supuesto de Uber, los conductores carecen de licencias específicas. Sin embargo, la tecnología desarro-

llada por la aplicación permite conocer las cualidades del conductor del vehículo en función de un sistema de evaluación por parte de los pasajeros. Se trata de un sistema de evaluación (9) por usuarios que permite aproximar la *expertise* del conductor y otros elementos de la calidad del servicio (amabilidad de trato, conocimiento de las calles...). Cuanto mejor sea la valoración del conductor es más probable que tenga mayor número de solicitudes como conductor. Es decir, la evaluación y la reputación, como en otros tantos sectores, se convierten en una señal poderosa sobre la calidad de los conductores de Uber. Además, a través de la aplicación, se podrá conocer el nombre del conductor, su foto y, por supuesto, sus evaluaciones, de modo que el usuario sabe por anticipado quien le va a recoger. La incertidumbre sobre quién es el conductor y sus características queda minimizada por los avances tecnológicos que se han desarrollado para el funcionamiento de la aplicación. Adicionalmente, la *app* ha desplegado un sistema de sensores de velocidad, movimiento y giro de los dispositivos móviles que permiten determinar la pericia del conductor y contrastar las evaluaciones emitidas por los usuarios, añadiendo mayor fiabilidad a la baremación que recibe finalmente el consumidor. En los taxis, un buen servicio es compensado por una propina; en los vehículos Uber, donde las propinas no son tan comunes, la forma de recompensar un buen servicio de un conductor es a través de una buena evaluación. Este sistema de baremación puede causar ciertas molestias ya que el usuario tiene la obligación de valorar al conductor para que el sistema funcione (no podrá solicitar un nuevo viaje hasta que evalúe a su conductor

anterior). Podría argumentarse que forma parte de la esencia de este tipo de servicio, pero lo cierto es que tiene un coste añadido, bien porque el usuario no quiera contestar o porque requiera un tiempo que no posee. Este coste no lo tienen los que utilizan los taxis. Además, en Uber, también es evaluado el pasajero, lo que permite al conductor reducir la asimetría de información sobre el comportamiento del usuario disminuyendo las posibilidades de peligro que en ocasiones se presentan en los trayectos de taxi (ausencia de dinero para pagar, robos o tentativa de robo, comportamientos obscenos...).

Por último, y con la base de las diferencias mencionadas, debemos analizar si el servicio ofrecido por los conductores que pertenecen a Uber es un servicio sustitutivo o complementario al servicio de los taxis convencionales.

Si consideramos que el servicio de Uber es una prestación que compite y sustituye a los taxis tradicionales la respuesta de los conductores de los taxis convencionales es una respuesta racional (sobre todo cuando se ha invertido tiempo y recursos para hacerse con la mayor cuota del mercado posible) como la que tendría cualquiera que se enfrenta a un potencial competidor que quiere entrar en «su mercado» para competir por el mismo servicio, reduciendo su cuota de mercado. Por el contrario, si los conductores de Uber ofrecen un servicio distinto y complementario al que ofrecen los taxis convencionales, la respuesta debería ser completamente distinta, pues los nuevos competidores «los *ubers*» estarían compitiendo por un nicho de mercado inexplorado que además podría tener repercusiones positivas no solo

para ellos, sino también sobre el mercado tradicional. Es decir, si se trata de un servicio complementario, la cuota de mercado de los taxis convencionales no tendría porque reducirse, sino como es habitual en los bienes y servicios complementarios tendería a aumentar. La clave, por tanto, está en determinar si se trata de un juego de suma cero o no.

En principio, tenderíamos a considerar que si aparece un servicio de transporte de viajeros como Uber donde de media los precios son más baratos, los tiempos de espera son inferiores, las condiciones de pago y seguridad son más favorables para los usuarios, estos van a reaccionar demandando más servicios de Uber y menos de taxis convencionales, y ante esta situación tendríamos que afirmar que se trata de dos servicios sustitutivos. No existen datos todavía para Madrid, pero sí hay estadísticas para la ciudad de New York elaboradas por la TLC (Comisión reguladora de Taxis y Limusinas de New York) para los años 2014 y 2015. Por un lado, la llegada de Uber a Nueva York coincidió con un incremento superior al 7,5 por 100 del número de carreras de taxis y *ubers*, poniendo de manifiesto que no se trata de un juego de suma cero y que los beneficios experimentados por Uber y sus clientes no han sido un resultado directo de la reducción de las carreras en taxis convencionales. Estos datos señalan que muchos clientes que antes no utilizaban el taxi como medio de transporte han pasado a utilizar tanto taxis como *ubers* para desplazarse. Sin embargo, las cifras también sugieren que la mayor parte del crecimiento de Uber ha sido resultado de la sustitución de carreras en taxis convencionales. Así, mientras que Uber se expandió aproximada-

mente diez veces en los últimos dos años, (de 300.000 carreras en 2013 a 3,5 millones en 2015), el volumen de carreras en taxis convencionales se ha reducido en 2,1 millones en el mismo periodo. En una primera aproximación, esto implicaría, que el 35 por 100 del crecimiento de Uber durante este periodo de veinticuatro meses se explica por una nueva demanda no satisfecha hasta el momento, mientras que el 65 por 100 de su crecimiento sería el resultado de la sustitución de viajes en Uber que antes eran realizados por taxis convencionales. Es decir, con los datos existentes hasta el momento, los servicios de Uber parecen ser fundamentalmente sustitutivos, pero también, y en un porcentaje considerable, servicios complementario al transporte convencional

IV. DATOS RELEVANTES EN EL MERCADO DEL TAXI Y DE LAS NUEVAS EMPRESAS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

La experiencia de Uber en España, en Madrid, tiene muy poco recorrido por lo que es difícil contar con datos empíricos en una serie temporal importante. Por ello, en relación a Uber se ha recurrido a datos de ciudades donde la aplicación lleva funcionando un periodo de tiempo contrastable.

1. Datos sobre precios del servicio

Los modelos de fijación de precios varían entre el mercado del taxi y el de Uber. Como se ha comentado, Uber incorpora elementos de fijación de precios de mercado de acuerdo a oferta y

demanda de servicios en distintos sitios y horarios. Por el contrario, como ya se ha señalado, las tarifas de taxi están fijadas o reguladas por la Administración que sea competente en cada caso. Sin embargo, tanto para la fijación de precios de taxis como para los precios estándares de Uber, se toman, por lo general, criterios similares. Básicamente, estos criterios son: una tarifa base (bajada de bandera para los taxistas), un coste por distancia recorrida y un coste por el tiempo consumido en el viaje. En uno y otro sistema encontramos algunas variaciones, como por ejemplo un «fee de reserva» en los coches de Uber en algunas ciudades, una tarifa mínima, independientemente de la distancia y tiempo del viaje, que se aplica en todos los casos estudiados en Uber y en algunos casos también en taxis en algunas ciudades (el precio de la bajada de bandera podría asimilarse también a un precio mínimo). Otra diferencia es que en Uber, al contratarse previamente el servicio a través de la *app*, existe un *fee* por cancelación para el caso de que el pasajero una vez contratado el servicio finalmente no lo utilice. Hay otros matices que se han dejado de lado para poder simplificar una comparación, como por ejemplo ciertos suplementos o precios especiales para trayectos específicos que se aplican en el mercado del taxi. Respecto a Uber, esta compañía presta distintos tipo de servicios, pero para poder hacer una comparación entre taxis y coches de Uber, se ha tomado como referencia el servicio UberX, que es el más parecido a un taxi.

A continuación se presentan datos de precios estándar comparando taxis y Uber. Los datos se han tomado de la web oficial de Uber por un lado y de webs

oficiales públicas en la mayoría de las ciudades para el caso de los taxis. Para esta comparación se han propuesto supuestos de viajes con una distancia y un tiempo de viaje determinado.

Como se puede observar en el cuadro n.º 1, en los distintos ejemplos de viajes propuestos los precios de Uber son más bajos que los de un taxi. Esa diferencia parece aumentar, según se incrementa la distancia y el tiempo que dura el viaje, llegándose a ver diferencias de más del 80 por 100; es decir, para el mismo viaje ir en taxi cuesta un 80 por 100 más caro que contratar un coche de Uber. Por otra parte, como consecuencia de que Uber es más proclive a aplicar precios mínimos, en viajes cortos, en algunas ciudades (Nueva York, Madrid y Bogotá), el precio de un taxi es más bajo. Hay que aclarar que estos son precios estándar, en el sentido de que no se tiene en cuenta el mecanismo de precios que aplica Uber llamado *surge pricing*, es decir, que los precios pueden elevarse en momentos de mayor demanda y menor oferta. Por ello, conviene tener en cuenta que en momentos específicos los precios de Uber podrían ser más altos de lo que se indica en el cuadro precedente. De todas formas, en estos casos, la *app* advierte al potencial cliente que en ese momento los precios son especialmente más altos, y los usuarios podrían decidir pagar ese precio más alto o tomar un taxi u otro medio de transporte.

Aun así, puede concluirse que la competencia que ha introducido Uber en el mercado de los servicios de transporte urbano de pasajeros ha redundado en beneficios para los consumidores en relación al coste del servicios. En líneas generales, los precios de

CUADRO N.º 1

COMPARACIÓN DE PRECIOS ESTÁNDAR TAXI/UBER EN DISTINTOS EJEMPLOS

	TORONTO			NUEVA YORK			LONDRES			
	TAXI	UBER	DIF TAXI/UBER	TAXI	UBER	DIF TAXI/UBER	TAXI	UBER	DIF TAXI/UBER	
TARIFA BASE.....	3,6	2,5		2,5	2,55		2,6	2,5		
FEE RESERVA.....	0	1,5		0	0		0	0		
COSTE POR MIN.....	0,5	0,18		0,5	0,35		1	0,15		
COSTE POR KM/MILL.....	1,75	0,8		2,5	1,75		2,6	1,25		
TARIFA MÍNIMA.....	0	5			8			5		
Ejemplos										
Viaje 1 km, 3 min.....	6,85	5,34	28%	6,5	8	-19%	Viaje 1 mill, 6 min	5,8	5	16%
Viaje 2 km, 6 min.....	10,1	6,68	51%	10,5	8,15	29%	Viaje 2 mill, 10 min	8,8	6,5	35%
Viaje 3 km, 9 min.....	13,35	8,02	66%	14,5	10,95	32%	Viaje 4 mill, 16 min	15	9,9	52%
Viaje 4 km, 12 min.....	16,6	9,36	77%	18,5	13,75	35%				
Viaje 5 km, 15 min.....	19,85	10,7	86%	22,5	16,55	36%				
	MADRID			PARIS			BOGOTÁ			
	TAXI	UBER	DIF TAXI/UBER	TAXI	UBER	DIF TAXI/UBER	TAXI	UBER	DIF TAXI/UBER	
TARIFA BASE.....	2,4	0		3,83	1		2.000	2.200		
FEE RESERVA.....	0	0		0	0		0	0		
COSTE POR MIN.....	0,34	0,1		0,59	0,25		156	110		
COSTE POR KM/MILL.....	1,05	1,2		1,06	1		780	550		
TARIFA MÍNIMA.....	0	5		7	5		3.900	4.600		
Ejemplos										
Viaje 1 km, 3 min.....	4,47	5	-11%	7	5	40%	3.900	4.600	-15%	
Viaje 2 km, 6 min.....	6,54	5	31%	9,49	5	90%	4.496	4.600	-2%	
Viaje 3 km, 9 min.....	8,61	5	72%	12,32	6,25	97%	5.744	4.840	19%	
Viaje 4 km, 12 min.....	10,68	6	78%	15,15	8	89%	6.992	5.720	22%	
Viaje 5 km, 15 min.....	12,75	7,5	70%	17,98	9,75	84%	8.240	6.600	25%	

Fuentes:

<https://www.uber.com/cities/>

<http://www.toronto.ca/311/knowledgebase/39/101000038339.html>

http://www.numbeo.com/taxi-fare/city_result.jsp?country=Canada&city=Toronto

http://www.nyc.gov/html/tlc/html/passenger/taxicab_rate.shtml

<https://tfl.gov.uk/modes/taxis-and-minicabs/taxi-fares>

<http://www.movilidadbogota.gov.co/?sec=10>

<http://www.interieur.gouv.fr/A-votre-service/Mes-demarches/Secteurs/Transports/Taxi/Tarifs-et-paiement-des-taxis>

Uber son más bajos y no puede negarse que ello constituya un aumento del bienestar social en términos de eficiencia potencial. No hablamos de una situación óptima desde el punto de vista de Pareto (algunos taxistas pierden), pero sí desde el punto de vista de Kaldor (1939) y Hicks (1939), ya que la ganancia obtenida por los consumidores (por los precios más bajos) siempre será más alta que la pérdida sufrida por los taxistas, que son un colectivo muchísimo más reducido que los potenciales viajeros que hay en una ciudad. También hay que recordar que un estudio (McDonald, 2014) ya mencionado ha demostrado para una ciudad determinada,

Chicago, que la incorporación de Uber al mercado produjo una ampliación del volumen de negocio, y se realizaron más viajes que antes, lo que implica que se ha conseguido mejorar no solo la eficiencia potencial, sino que también la riqueza a través del incremento de una actividad económica (con valor añadido sobre otros medios de transporte público como el metro o el autobús, por ejemplo).

En el cuadro n.º 2 podemos ver una comparación de precios entre taxis y Uber en distintas ciudades americanas. El cuadro está extraído de un trabajo publicado en la revista *Business Insider* y realizado por Sara

Silverstein (10). En la primera parte, puede verse la comparación sin incluir la propina (20 por 100) para el taxista; y en la segunda parte del cuadro, una nueva comparación añadiendo esa propina. Puede observarse que en ambos casos, con y sin propina, salvo dos casos, los precios de Uber están por debajo de los precios de los taxis, lo que confirma nuestra comparación anterior de elaboración propia. Se ha adoptado un solo supuesto que es un viaje de unas 5 millas de recorrido y con una velocidad media de 30 millas por hora.

Por otra parte, hay que señalar que la introducción de nue-

CUADRO N.º 2

COMPARACIÓN DE PRECIOS UBER *versus* TAXIS EN CIUDADES AMERICANAS, PARA UN VIAJE DE 5 MILLAS Y A 30 MPH DE MEDIA

CIUDAD	UBER	TAXI	TAXI/UBER	TAXI+20%*	TAXI/UBER
NUEVA YORK.....	17,75	15,50	0,9	18,60	1,0
FILADELFIA.....	15,25	14,20	0,9	17,04	1,1
PORTLAND.....	15,05	15,00	1,0	18,00	1,2
CLEVELAND.....	13,00	13,95	1,1	16,74	1,3
DALLAS.....	10,30	11,25	1,1	13,50	1,3
MIAMI.....	13,25	14,50	1,1	17,40	1,3
INDIANAPOLIS.....	11,65	13,00	1,1	15,60	1,3
PHOENIX.....	11,00	12,50	1,1	15,00	1,4
MINNEAPOLIS.....	12,15	14,25	1,2	17,10	1,4
BALTIMORE.....	10,75	13,05	1,2	15,66	1,5
COLUMBUS.....	10,20	12,85	1,3	15,42	1,5
DENVER.....	10,35	13,75	1,3	16,50	1,6
DETROIT.....	12,30	16,50	1,3	19,80	1,6
SEATTLE.....	11,70	16,00	1,4	19,20	1,6
SAN FRANCISCO.....	12,30	17,25	1,4	20,70	1,7
CHICAGO.....	9,50	14,00	1,5	16,80	1,8
BOSTON.....	11,10	16,60	1,5	19,92	1,8
ATLANTA.....	10,00	15,00	1,5	18,00	1,8
HOUSTON.....	9,00	13,75	1,5	16,50	1,8
SAN DIEGO.....	11,35	17,80	1,6	21,36	1,9
LOS ANGELES.....	9,40	16,35	1,7	19,62	2,1

* 20 por 100 corresponde a propina para el taxista, casi obligatoria en EE.UU.

Fuente: *Bussines Insider*. Datos de Uber y TaxiFareFinder.com

vas formas de competencia en el mercado del transporte urbano han introducido una mayor calidad en el servicio. De hecho, un estudio de Scott Wallsten, recientemente publicado, señala que desde que Uber empezó a operar en Nueva York y Chicago, han descendido de manera sustancial las quejas de los usuarios de taxis tradicionales en esas metrópolis.

Wallsten estudió bases de datos de las autoridades neoyorquinas sobre casi 1.000 millones de viajes en taxi y estableció que *a medida que aumentaba la popularidad de Uber, también se reducía el número de quejas formales contra los taxis*. Parecían haber mejorado en asuntos como la falta de modales, el hecho de que hablaran por teléfono móvil mientras conducían o que no funcionara el aire acondicionado o la calefacción de su vehículo. Y encontró resultados parecidos

para Chicago, tanto en números absolutos de quejas, como en el número de quejas por viaje en taxi. Estos datos podrían estar indicando que muchos taxistas, ante la presencia de este nuevo reto, buscan recuperar a los clientes con buen servicio (Wallsten, 2015).

5. PROPUESTAS DE REGULACIÓN

Hemos analizado distintos aspectos del sector del taxi y del modelo de Uber, que ya ha sido implantado con éxito en muchos lugares y lucha por entrar en ciudades en las que hasta el momento la regulación no se lo permite. Tras el análisis de las ventajas que los modelos de economía colaborativa basados en innovaciones tecnológicas, como el caso de Uber, han mostrado tanto desde el punto de vista de la eficiencia económica

como desde la visión de los beneficios para los consumidores en la formación de precios, podemos posicionarnos a favor de permitir que modelos de negocio como los de Uber puedan entrar a competir en sitios donde hasta ahora no pueden. Ello implica un esfuerzo por establecer una regulación del mercado de transporte urbano de pasajeros distinta a la existente y que, además de permitir la entrada de Uber, tenga en cuenta los aspectos que deben regularse para evitar caer en nuevos problemas o al menos que se mitiguen. Lo primero a destacar es que, aunque en principio hablamos de un mismo mercado que incluye a Uber y a los taxis, este mercado parece estar segmentado, por lo que la regulación para los taxis y para Uber no puede ser la misma. Teniendo en consideración que las normas para el segmento del taxi ya existen, este apartado se centrará en los principales aspectos que la regulación de los servicios nuevos de transporte urbano tendría que considerar.

En primer lugar, la regulación para el segmento de Uber o similar, debería exigir, tal y como está funcionando en la actualidad, que los conductores de estas aplicaciones posean una licencia VTC, es decir, una licencia para alquiler de vehículos con conductor; de esta manera, se reduce sustancialmente el riesgo de que los conductores de las mismas no tengan la cualificación suficiente para transportar pasajeros eliminando potenciales riesgos y además a través de esas licencias se garantiza que los vehículos que se utilizan para este transporte de pasajeros cumplan determinadas condiciones de seguridad que eviten potenciales peligros derivados de la antigüedad o insalubridad del automóvil que pueden no ser

observados a simple vista (estado de los frenos, dirección, etc). Es cierto que estos peligros pueden ser minimizados a través de las evaluaciones de los conductores por parte de los pasajeros, pero ello requiere un tiempo considerable hasta que la *app* tiene comentarios suficientes para poder obtener conclusiones fiables, y además, se ha analizado que los usuarios en este tipo de servicios colaborativos tienden en ocasiones a sobrevalorar los servicios por encima de lo que realmente han sido los mismos (Bolton, Greiner y Ockenfels, 2013). Es decir, cuando el usuario tiene que poner por escrito las bondades de un conductor o una casa tiende a darle una evaluación por encima de lo que realmente piensa. El motivo para ello no está claro: la tendencia a recordar más lo positivo que lo negativo, el hecho de que la otra parte va a leer los comentarios realizados, etcétera.

Sin embargo, de igual manera, sería absolutamente necesario que no existan límites cuantitativos en la concesión de este tipo de licencias, puesto que no existe ningún argumento de racionalidad económica que justifique este límite. El único motivo que justificaría cualquier limitación respecto al número de concesiones de licencias o establecer un número en función de las licencias existentes en el ámbito del taxi serían argumentos de determinados grupos de presión, pero que irían en contra de la competencia efectiva del transporte urbano. En este mismo sentido, sería deseable que la regulación elimine las restricciones existentes actuales sobre el traspaso de este tipo de licencias VTC. En la actualidad se exige que para una licencia de autorización de transporte de pasajeros pueda ser adquirida por un nuevo conduc-

tor que éste posea un número mínimo de vehículos y licencias anteriores, cuya justificación solo beneficia a los que ya están en el mercado y establece barreras de entrada discriminatorias para los nuevos incumbentes, reduciendo de manera artificial el mercado. Además, la regulación sobre las VTC debería otorgar licencias nacionales válidas para todo el territorio con el fin de contribuir a garantizar la unidad de mercado en consonancia con la Ley 20/2013 en vez de crearse 17 normas autonómicas que solo sirven para fragmentar todavía más el mercado español.

La regulación debe hacer especialmente hincapié en la cobertura de aquellas externalidades que no son mitigadas por la autorregulación, aspecto tales como la necesidad de exigir coberturas de seguros comerciales para los vehículos particulares usados en Uber o similares, o el pago de impuestos específicos, semejantes a los pagados por las líneas de taxi, parecen elementos que necesariamente deben ser regulados para permitir el desarrollo de este segmento del mercado.

Uno de los temas más controvertidos es si la seguridad de los pasajeros, en caso de accidente, si el servicio es a través de Uber podría ser inferior a la que garantiza un servicio de taxi; sin embargo, esto podría ser resuelto fácilmente si la regulación de este tipo de servicios exigiese que los seguros de los conductores de Uber contarán con una cobertura de una cantidad determinada para cubrir a los conductores y sus pasajeros desde el momento en que el conductor acepta una llamada hasta que finaliza el transporte. También se debería exigir que o bien la póliza personal del conductor incluya el riesgo derivado de la utilización del

vehículo en una actividad profesional de transporte o bien la plataforma garantice el pago de una indemnización de una cantidad determinada por accidentes durante el periodo de tiempo en que el vehículo está dado de alta en la plataforma pero sin prestar efectivamente el servicio; es decir, el riesgo de accidentes entre una llamada y otra.

Respecto al tema de la tributación, se suele aducir que los servicios de Uber contribuyen a la economía sumergida y realizar servicios al margen de una posible tributación. Sin embargo, esto no tiene por qué ser cierto, tal y como sugiere, Falcón Tella (2015), lo primero que tiene que quedar claro es que independientemente de que la actividad de transporte con Uber sea o no legal, hay que concluir que los servicios contratados a través de esta plataforma deben gravarse con el IVA. El paso siguiente es determinar quién debe soportar el IVA. De acuerdo con la regulación actual, en donde se exigen licencias VTC para alquiler de vehículos con conductor, es decir, se trata de conductores con autorización para el transporte de pasajeros, de tal modo que Uber podría ser considerada como una simple plataforma de reservas, y se gravaría al conductor, el cual indudablemente debería considerarse, en este caso, como empresario o profesional a efectos de IVA. Es decir, sería aplicable el mismo régimen que a los «radioteléfonos digitales». Frente a ello, si se considera que UBER es la empresa transportista puesto que el usuario se relaciona con la plataforma, que es quien le envía el coche y quien cobra, pagando después al conductor un 80 por 100 del importe del viaje, la operación podría estar sujeta al IVA español por la parte del trayecto que se realice en el

territorio de aplicación del impuesto (art. 70.1. 2º de la Ley del IVA), y ello con independencia de que el usuario sea un empresario o un particular.

Lo cierto es que las mayores dificultades podrían presentarse por imposiciones sobre las rentas. Es claro que las cantidades percibidas por los conductores podrían quedar sujetas al IRPF, pues se tratará normalmente de personas residentes, no habiendo mayores problemas que la obtención de los datos necesarios para calcular adecuadamente la base imponible. Mucho más complicado podría ser grabar al beneficio obtenido por Uber por sus servicios en España, ya que se trata de servicios sin establecimiento permanente, que, por tanto, no puede gravarse en nuestro país, pero tal y como señala Falcón Tella podrían modificarse los convenios de doble imposición (y la ley interna) para ampliar el concepto de establecimiento permanente a efectos de imposición sobre la renta, de modo que se incluyan supuestos como el que nos ocupa, en que no existe un lugar fijo de negocios, ni un agente dependiente.

Otro de los temas más delicados y que surge precisamente como desarrollo de las nuevas tecnologías es el de la propiedad de los datos personales y el acceso a ellos. Cada vez hay más redes y dispositivos interconectados y nuestra información fluye entre ellos, las *apps* acceden a la información sobre nuestras tarjetas de crédito y, por tanto, el peligro de que la información privada sea mal usada se multiplica, lo que obliga a repensar cómo se regulan y protegen los datos en la nueva economía, pero quizá este aspecto regulatorio es común a todas las nuevas aplicaciones telemáticas y re-

quieran una regulación conjunta sobre protección de datos personales y no sea necesario una regulación *ad hoc* para cada *app*.

En definitiva, todo parece indicar que el mundo de la economía colaborativa ha supuesto una revolución que ha llegado para quedarse de igual manera que en su momento llegaron los coches (sustituyendo a los carruajes), los ordenadores (a las máquinas de escribir) y un largo etcétera. A través de la aplicación de las nuevas tecnologías se hace un uso más eficiente de los recursos disponibles (habitaciones y viviendas vacías, asientos desocupados, etc.) en beneficio de los consumidores y además ha tenido la virtud de agitar las aguas mansas de sectores demasiado protegidos e inmovilistas (turismo, transportes), que seguían actuando en el siglo XXI con la lógica económica del siglo XIX. Ahora bien, con el fin de evitar externalidades negativas que se generan en estos nuevos tipos de economías, consideramos que es necesaria una regulación que fomente la competencia, internalice los potenciales efectos negativos y, al mismo tiempo, contribuya a la innovación, al progreso material y tecnológico, elementos fundamentales para el desarrollo de cualquier economía moderna.

CONCLUSIONES

Estas reflexiones ponen de manifiesto la relación que existe entre el funcionamiento de los mercados, el progreso técnico y la regulación. Una estructura de mercado, bien asentada a lo largo de mucho tiempo, puede encontrarse en crisis si se produce un cambio tecnológico que permite introducir formas de organización o gestión más eficien-

tes. Y en estos casos se produce, con frecuencia, un desajuste entre el funcionamiento del sector y las normas legales que lo regulan. Si, como afirmaba Coase, la política económica supone realizar una elección entre instituciones sociales alternativas y estas son creadas por el derecho o, al menos, dependen de él en un momento determinado, es preciso reformular la regulación de las nuevas formas de mercado creadas por el cambio tecnológico.

La economía colaborativa es un caso interesante desde el punto de vista del análisis, y muy relevante desde el punto de vista de la actividad económica, por el peso que ha adquirido en los últimos años y su previsible rápido desarrollo futuro. A partir del modelo de la teoría económica de los clubs, hemos estudiado la posibilidad de extender los modelos de consumos no rivales a situaciones impensables hasta hace poco tiempo. La reducción de los costes de transacción, debidas al progreso técnico, permiten, por una parte, una utilización más eficiente de los recursos productivos; y, por otra, el desarrollo de operaciones económicas descentralizadas que sustituyen a los modelos más tradicionales basados en la jerarquía de las empresas.

El fenómeno Uber ha supuesto una auténtica revolución en el sector del transporte urbano, al poner en contacto –con costes de transacción muy reducidos– a oferentes y demandantes de servicios de coches de alquiler con conductor. Como ocurre, con frecuencia, el desarrollo de la nueva actividad ha encontrado la oposición de los oferentes del servicio tradicional –los taxis, en este caso– y la resistencia de las administraciones públicas a aceptar la prestación de nuevos servi-

cios que podrían escapar de su control. El resultado ha sido una regulación tan restrictiva que, en España, ha llevado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a interponer un recurso contencioso-administrativo contra la regulación estatal por las restricciones a la competencia que esta establece.

Sería un error, sin embargo, considerar que el modelo Uber puede funcionar de manera eficiente sin regulación alguna. Lo que hace falta es, en cambio, una regulación que permita el desarrollo de las nuevas formas de mercado en régimen de competencia abierta y resuelva los problemas que la información asimétrica y la mayor dificultad de control tributario de la actividad podrían generar.

NOTAS

(1) A lo largo de este artículo se utilizarán de forma indistinta los términos *sharing economy*, «economía colaborativa», *peer-to-peer economy*, en alusión a los modelos innovadores que a través de *apps* o plataformas digitales prestan distintos servicios. Puede decirse que la colaboración dentro de la actividad económica o el hecho de compartir recursos propios para obtener un beneficio no es algo nuevo. Lo que caracteriza como novedosos a estos modelos es la aparición e incorporación de tecnologías que permiten solventar problemas existentes en los modelos de negocio tradicionales, como la eliminación de costes de transacción o la solución de problemas de información asimétrica.

(2) Un ejemplo sencillo puede verse en las redes sociales o redes de contactos profesionales como Facebook o LinkedIn: cuanto más gente esté dentro de la red que se utiliza o a la que se está conectado, hay más posibilidades conectar con más amigos o con más contactos profesionales.

(3) El argumento de que la utilización de este calzado o estas prendas por una sola persona tiene como efecto una mayor duración y, por tanto, su utilización privada supone, al final, el mismo grado de consumo hasta el agotamiento del producto no desmonta este planteamiento del problema por, al menos, dos motivos. El primero, el coste de capital de mantener el bien sin utilizar durante largos periodos de tiempo; el segundo, la obsolescencia del producto (el chaqué puede

pasar de moda y perder una parte importante de su valor por el paso del tiempo, aunque no se desgasta por el uso.

(4) Con más de 7.300 millones de dispositivos, el número de teléfonos móviles ha superado el número de personas en el mundo. En 2014 se vendieron 1.245 millones de teléfonos inteligentes en el mundo –lo que supuso un aumento del 28,4 por 100 respecto al año anterior. «Informe Mobile en España y en el Mundo 2015»; DITRENDIA; Digital Marketing Trends; http://www.ditrendia.es/wp-content/uploads/2015/07/Ditrendia-Informe-Mobile-en-Espa_por_100C3_por_100B1a-y-en-el-Mundo-2015.pdf

(5) Otros ejemplos de economía colaborativa como Airbnb tienen esta misma funcionalidad y los «anfitriones» que alquilen su casa y tengan críticas negativas sobre la experiencia de sus huéspedes no solo perderán futuros clientes, sino que pueden ser expulsados como anfitriones por la empresa intermediaria.

(6) Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO); «Reflexiones procompetitivas sobre el modelo regulatorio del taxi y del arrendamiento de vehículos con conductor: resumen ejecutivo» http://acco.gencat.cat/web/conten/80_acco/documents/arxiu/actuacions/reflexions_taxi_vtc_resum_ex_esp.pdf

(7) Se ha interpuesto contra las restricciones a la competencia incorporadas en el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre de 2015 y en la Orden FOM 2799/2015, de 18 de diciembre, ambas perjudiciales para el interés general. Según la CNMC las barreras impuestas por esta regulación limitan la entrada y la capacidad de competir de los vehículos de alquiler con conductor (VTC); reducen la competencia en el mercado de transporte urbano de viajeros; y afectan negativamente a los precios, la calidad, la innovación y, en definitiva, al bienestar general. Entre las principales restricciones establecidas en el Real Decreto y en la Orden Ministerial, que deberán ser eliminados por no estar suficientemente justificados, se encuentran los siguientes:

— Límites cuantitativos a licencias de VTC, obligación de contratación previa del servicio y prohibición de competir de forma directa en la calle.

— Restricciones geográficas en la prestación del servicio que fraccionan el mercado español.

— Establecimiento de un número mínimo de vehículos para operar en perjuicio de los autónomos y restricciones innecesarias y discriminatorias para los nuevos entrantes, relativas a la representatividad y la antigüedad de los vehículos.

Todas estas limitaciones son contrarias a la libertad de establecimiento en los términos establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Estas barreras carecen de justificación, obstaculizan la competencia efectiva en el transporte urbano de pasajeros en todo el territorio nacional, afectan negativamente a la

innovación y, por tanto, reducen el bienestar general. En consecuencia, la CNMC considera que deben ser eliminadas en aras de un mejor funcionamiento de la economía española.

Este recurso es el desenlace de las primeras actuaciones de la CNMC en este tema, cuando, en el mes de enero de 2016, había requerido al Ministerio de Fomento que elimine las restricciones en materia de transporte de pasajeros mediante vehículos de alquiler con conductor. Las limitaciones que la CNMC pretende que se remuevan de la regulación son las que ya se han mencionado y que son materia específica del recurso contencioso-administrativo que se ha interpuesto, habida cuenta que el Ministerio de Fomento no ha hecho caso al requerimiento anterior de la CNMC.

Nota de Prensa de la CNMC del 07/04/2016 https://www.cnmc.es/Portals/0/Notas_por_10020de_por_10020prensa/20160704_recurso_VTC.pdf

(8) Respecto al pago del servicio, cabe mencionar otra diferencia: mientras en los taxis las propinas están permitidas, e incluso en muchos sitios constituyen una parte del precio que el usuario paga la mayoría de las veces casi de forma obligatoria, en Uber las propinas están prohibidas.

(9) Cuanto mejor sea la valoración, más posibilidades tienen de el conductor de volver a ser solicitado como conductor a través de la aplicación. Existe un sistema de baremación que determina la calidad. Si se cuenta con menos de 4,3 de media es motivo para que salte la alarma. Si se llega a cuatro durante varias semanas, la expulsión puede estar cerca. Formalmente, no es un despido, ya que los conductores de Uber no son trabajadores de la empresa, sino proveedores de servicios externos. Siempre que se le otorga a un conductor tres o menos estrellas aparece una encuesta para explicar el motivo de tan baja valoración.

(10) <http://www.businessinsider.com/uber-vs-taxi-pricing-by-city-2014-10>.

BIBLIOGRAFÍA

- AKERLOF, G. (1970), «The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism», *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3).
- ARROW, K. (1969), «Classificatory Notes on the Production and Transmission of Technological Knowledge», *American Economic Review. Papers and Proceedings*, 59(2).
- BOLTON, G.; GREINER, B., y OCKENFELS, A. (2013), «Engineering Trust. Reciprocity in the production of reputation information», *Management science: Journal of the Institute for operations research and the management science*, 59(2).
- BOTSMAN, R. (2011), *What's Mine is Yours: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live*, HarperCollins, Londres.

<p>BUCHANAN, J. (1965), «An Economic Theory of Clubs», <i>Economica</i>, New Series, 32: 1-14.</p> <p>CASSIDY, J. (2013), «Ronald Coase y el mal uso de la economía», <i>Revista de Economía Institucional</i>, 15(29).</p> <p>COASE, R. (1937), «The Nature of the Firm», <i>Economica</i>, 4: 368-405.</p> <p>— (1960), «The Problem of Social Cost», <i>Journal of Law and Economics</i>, 3: 1-44.</p> <p>DOMENECH, G. (2015), «La regulación de la economía colaborativa. El caso Uber contra el taxi» <i>CEFLEGAL</i>, 175-176, 2015, pp. 61-104.</p> <p>DE LA CUÉTARA, J. M. (1997), «Aproximación a la regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos», en <i>ARIÑO, G.; DE LA CUÉTARA, J. M.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L.</i> (eds.): <i>El nuevo servicio público</i>, pp. 87-106. «The rise of the sharing economy», <i>The Economist</i>, March, 9th, 2013.</p> <p>FALCÓN TELLA, R. (2015), «La tributación de Uber (plataforma de servicios de transporte en vehículos particulares)», <i>Quincena Fiscal de Aranzadi</i>, 1: 1-5.</p>	<p>GERON, T. (2013), «Airbnb and the Unstoppable Rise of the Share Economy», <i>Forbes</i>, 23.</p> <p>HALL, J.; KENDRICK, C., y NOSKO, C. (2015), «The Effects of Uber's Surge Pricing: A Case Study», http://faculty.chicagobooth.edu/chris.nosko/research/effects_of_uber's_surge_pricing.pdf</p> <p>HICKS, J. (1939), «The Foundations of Welfare Economics», <i>The Economic Journal</i>, 49(196).</p> <p>KALDOR, N. (1939), «Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility», <i>The Economic Journal</i>, 49(195).</p> <p>MACDONALD, A. (2014), «UberData: Uber's Economic Impact on the City of Chicago», <i>Uber Blog</i>, 12 marzo, 2014.</p> <p>MUSGRAVE, R. A., y MUSGRAVE, P. B. (1992), <i>Hacienda Pública teórica y aplicada</i>. McGraw Hill.</p> <p>NELSON, P. (1970), «Information and Consumer Behavior», <i>Journal of Political Economy</i>, 78: 311-329.</p>	<p>PHILIP, N. (1970), «Information and Consumer Behavior», <i>Journal of Political Economy</i>, 78(2): 311-329.</p> <p>PIERSON, P. (2000), «Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics», en <i>The American Political Science Review</i>, vol. 94, núm. 2, junio. Washington: The American Political Science Association.</p> <p>SHAPIRO, C., y VARIA, H. R. (1999), «El Dominio de la Información. Una Guía Estratégica para la Economía de la Red», Antoni Bosch, Barcelona.</p> <p>WALLSTEN, S. (2015), <i>The Competitive Effects of the Sharing Economy: How is Uber Changing Taxis?</i> WP Technology Policy Institute, www.techpolicyinstitute.org</p> <p>WILLIAMSON, OLIVER E. (1981), <i>The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach</i>. <i>American Journal of Sociology</i>, 87(3).</p>
--	--	---

Resumen

El mercado de viviendas turísticas es uno de los ejemplos de nuevas estructuras de mercado que han surgido en el marco de la llamada economía colaborativa. En Barcelona, este mercado ha crecido de forma exponencial a lo largo de los últimos diez años. Esta rápida evolución ha conllevado importantes retos para los reguladores que no han conseguido reglar de forma efectiva las dificultades que presentaba esta estructura de mercado.

La estrategia normativa de las viviendas turísticas en Barcelona se ha basado en gran medida en el derecho administrativo. Este artículo plantea la necesidad de regular este mercado a través de una perspectiva más amplia y global. Este planteamiento debería incluir las distintas instancias de gobierno, todos los instrumentos normativos disponibles y tener presente la información generada por el mercado y por su dinámica. Las nuevas estructuras de mercado requieren enfoques más imaginativos en relación al uso de la información generada por el mercado y en relación con la regulación que debería adoptarse teniendo en cuenta su efectividad y a su vez, si fuera posible, su aplicación coste efectiva.

Palabras clave: economía colaborativa, derecho administrativo, derecho civil, aplicación del derecho, estructuras de mercado nuevas.

Abstract

The market for residential apartments for tourist use is one of the main examples of new market structures often called collaborative economy. In Barcelona, this market has grown exponentially during the last ten years. Such rapid evolution has presented major challenges to regulators, that have not been able to address the challenges presented by this new market structure.

The current regulation of residential apartments for tourist use in Barcelona has been mostly based on administrative law. This paper advocates for using a broader and global perspective when regulating residential apartments for tourist use in Barcelona. Such perspective should involve different layers of government, should include all the normative instruments available and consider the information generated by the market and by its dynamics. New economic structures require imaginative approaches in terms of information generated by this market, the regulation that should be adopted and ensuring an effective and if possible, cheap enforcement.

Key words: sharing economy, administrative law, civil law, law enforcement, new market structures.

JEL classification: K42, K49.

RETOS DE LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS EN BARCELONA: ENTRE EL MERCADO Y LA REGULACIÓN

Mireia ARTIGOT GOLOBARDES (*)

Universitat Pompeu Fabra de Barcelona

I. LA DIVERSIDAD DE MODELOS DE NEGOCIO Y DE RETOS QUE PLANTEA LA ECONOMÍA COLABORATIVA

INTERNET y las redes sociales han permitido el intercambio de información que ha resultado en la creación de nuevos modelos de negocio. Estos nuevos modelos de negocio, a menudo llamados de economía colaborativa (1), han sido posibles como consecuencia del cambio tecnológico y su inherente fácil disponibilidad e intercambio de la información. A su vez, estos nuevos modelos de negocio han supuesto un cambio en la manera de entender los intercambios comerciales y la percepción de rentas. Así, estas nuevas estructuras de actividad económica permiten a los individuos obtener ingresos derivados de su patrimonio como consecuencia de la realización de actividades comerciales que tradicionalmente estaban reservadas a empresas –sociedades mercantiles– y en sectores económicos más o menos intensamente regulados. Ejemplos de sectores en los cuales la economía colaborativa ha representado cambios importantes y en los cuales plantea retos de coexistencia entre los dos modelos de negocio –tradicional y colaborativo– se encuentran en los alojamientos turísticos y el sector del taxi.

Esta nueva actividad económica ha generado tensiones en algunos de los sectores econó-

micos en los que han surgido, sobre todo en aquellos intensamente regulados, en los que han visto cómo desaparecía un segmento de su mercado y los ingresos que éste les reportaba. La interacción en el mercado entre participantes «regulados» y participantes «no regulados» ha generado conflictos desde el punto de vista del derecho de la competencia y de la regulación del mercado. Por otro lado, esta dualidad ha presentado retos para el regulador que ha visto que un segmento de algunos mercados de economía colaborativa escapaban la regulación vigente y a su vez no podía controlar los efectos –a menudo negativos– de las actividades económicas generadas en dichos mercados –por ejemplo el de las viviendas turísticas–.

No obstante sus problemas y los retos que plantea, la economía colaborativa ha venido para quedarse. Prohibir un mercado y la actividad económica en ciertos sectores resultantes del aprovechamiento de los potenciales generados por Internet a través de mercados virtuales, plataformas de información y con medios de pago también virtuales es un objetivo, aparte de cuestionable e ineficiente, poco viable. Sin embargo, el hecho de que estos mercados y la actividad económica que generan exista no significa que no se pueda regular, controlar e incluso influir sobre ella y sobre la dinámica del mercado que crean o en el que participan. Es indudable que el

surgimiento de este nuevo tipo de negocios y la actividad económica que conllevan presentan retos para los agentes participantes en los mercados tradicionales que ven en la nueva actividad un competidor que, a menudo, entienden como desleal, para el regulador del mercado, para los consumidores y para terceros, que en algunos casos sufren los efectos generados por estas actividades económicas.

La economía colaborativa ha surgido en muy distintas áreas y ámbitos y a través de distintas contrapartidas, no necesariamente monetarias. Actualmente, contamos con numerosos y muy diversos ejemplos de actividades. Así, cabe destacar plataformas que permiten la venta de productos de segunda mano a través de Wallapop (2); el préstamo de productos domésticos con NeighborGoods (3); la cesión gratuita de alojamiento –un sofá donde dormir generalmente– a través de Couchsurfing (4); el intercambio de casas a través de Homeexchange (5); el alquiler de habitaciones en pisos compartidos o de pisos completos a través de Airbnb (6), así como el alquiler de un recorrido en un coche privado a través de Uber (7), intercambios culturales –Workaway (8)– o la existencia de bancos de tiempo (9), entre otros.

Internet y las plataformas virtuales como aplicaciones o páginas web han permitido crear mercados en los cuales la oferta y demanda de bienes se encuentra para poder vender, ceder, alquilar o intercambiar bienes propiedad de una de las partes del mercado, generalmente los oferentes a cambio de una compensación económica, otro bien, o simplemente la satisfacción de haber compartido una experiencia vital (10). Así, la economía

colaborativa ha generado, genera y generará una nueva manera de aproximarse a la propiedad, sus usos, rendimiento y valoración por parte de los propietarios y de los usuarios.

Barcelona se ha convertido en uno de los destinos turísticos más importantes de Europa con más de ocho millones de turistas (11) y más de 17 millones de pernoctaciones durante el año 2014 (12). De hecho, en los últimos veinte años Barcelona ha experimentado un crecimiento del 350 por 100 tanto en el número de turistas como en el número de pernoctaciones. La oferta de alojamientos para turistas en Barcelona es variada y de distinta naturaleza ya que va desde hoteles de lujo, hostales, campings, albergues hasta el alquiler de habitaciones en residencias y desde el año 2007, y con una tendencia claramente expansiva, el alquiler de viviendas turísticas. Paralelamente al aumento del turismo en la ciudad de Barcelona ha crecido la utilización de las viviendas de uso turístico.

Este artículo se centra en los retos normativos que presenta la actividad de las viviendas turísticas en la ciudad de Barcelona. La estructura de este artículo se configura de la siguiente forma: la primera sección se centra en el concepto de vivienda turística y en los distintos segmentos de negocio que se encuentran dentro del mercado de viviendas turísticas en la ciudad de Barcelona. La segunda sección, y en base a la reacción social y del regulador, en este caso de Barcelona, a las viviendas turísticas. La tercera sección del artículo se centra en las dificultades con las que se encuentra el regulador para regular las viviendas turísticas en general. El artículo continúa con una

discusión de los estatutos de las comunidades de propietarios como un instrumento en manos de estos para limitar el uso de los elementos privativos en las comunidades de propietarios y evitar así la actividad de las viviendas turísticas. A continuación, este artículo plantea la necesidad de contar con todos los instrumentos normativos disponibles para regular, de forma efectiva la actividad de las viviendas turísticas. La última sección del artículo presenta unas breves conclusiones.

II. DECONSTRUYENDO LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS EN BARCELONA: UN NEGOCIO CON DISTINTOS MODELOS

El concepto de vivienda turística engloba modelos de negocio muy distintos. Así, es común referirse a una vivienda turística como aquella que se alquila por días en su totalidad o en parte. El alquiler de viviendas turísticas puede consistir en el alquiler de propiedades vacantes por días o en el alquiler de habitaciones en pisos en los que reside su propietario o un inquilino que es el titular de un contrato de alquiler. En el primer caso, el alquiler de un piso completo por días, esencia de las viviendas turísticas, queda expresamente excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (13). Por otro lado, el alquiler de una habitación situada en un piso en el que reside su propietario, aunque sin regulación específica, se rige por el Código Civil (14). Finalmente, el alquiler de una habitación en un piso en el cual reside un arrendatario queda sujeta a las provisiones del contrato de arrendamiento entre el arrendador y el arrendatario y en su defecto, y de forma general, a las provisiones del Código Civil (15).

Estos tres tipos de alquileres representan distintos tipos de negocio con diferentes relaciones contractuales entre las partes y distintas consecuencias y planteamientos regulatorios. El alquiler por días de un piso en su totalidad o de forma parcial –una o varias habitaciones– por parte de su propietario son algunas de las facultades del titular del inmueble sujetas a las exigencias administrativas que eventualmente sean aplicables (16). Por otro lado, el alquiler por días de parte o de la totalidad de un piso por parte del inquilino –del arrendatario– queda sujeto a las provisiones contractuales entre el arrendador y el arrendatario y a las provisiones generales del Código Civil. Los distintos tipos de alquileres tanto desde el punto de vista del objeto del alquiler como del punto de vista de las partes –propietario o arrendatario– en la transacción plantean diferentes cuestiones tanto normativas como económicas.

Este artículo se centra en la primera modalidad de alquiler. Es decir, en los retos que plantea la actividad económica resultante del alquiler por días de un piso en su totalidad por parte de su propietario. Es decir, de la actividad económica generada por las viviendas turísticas. El alquiler de habitaciones y el análisis de las posibles relaciones contractuales entre arrendador y arrendatario y el posible ámbito de subarrendamiento quedan fuera del objeto de análisis de este artículo.

Con anterioridad a la existencia de Internet los alquileres por días en pisos de particulares –personas físicas o jurídicas–, aunque posibles, no eran frecuentes. El problema esencial era la obtención de información de posibles alojamientos en un destino turístico, que a menudo

era difícil de obtener sin haber visitado el lugar de destino o sin conocer a alguien que pudiera proporcionar dicha información (17). Así, anteriormente a la explosión de los potenciales que Internet proporciona, los turistas generalmente se alojaban en hoteles, hostales, albergues o en alguno de los alojamientos turísticos que tradicionalmente ofrecían las empresas turísticas u hoteleras y que proporcionaban confianza y tenían reputación en el sector.

La aparición de Internet ha hecho muy barato superar una de las principales barreras de este tipo de negocio: la información. Actualmente, los visitantes de un destino turístico se organizan el viaje y tienen a su alcance múltiples páginas de Internet que proporcionan información sobre tipos de alojamientos, precios, disponibilidad, ofrecen fotografías, y a menudo incluyen opiniones de visitantes o de turistas que anteriormente se han alojado en este alojamiento. Junto con el uso que hacen de Internet las grandes empresas hoteleras o los negocios que tradicionalmente operaban en el mercado turístico, Internet ha hecho posible que los particulares puedan ofrecer a los turistas viviendas de su propiedad en las cuales no residen o habitaciones en su residencia habitual para así obtener un rendimiento de la propiedad potencialmente mayor al que obtendrían con un alquiler regular.

Las plataformas que facilitan la información y el mercado para alquilar viviendas turísticas –completas o habitaciones– son numerosas y de distinta naturaleza. La más conocida probablemente es Airbnb (18) a través de la cual se pueden alquilar alojamientos turísticos de los dos tipos. Sin embargo, cabe

destacar que existen numerosas empresas que permiten alquilar pisos y habitaciones a través de su página web. Son ejemplos de este tipo de páginas Aparteasy (19), Booking.com (20), Onlyapartments (21) Open House Spain (22), Rent4days (23), Tripadvisor (24), Habitaclic (25), Home Away Spain (26), e Inside Barcelona (27), entre otras.

Estas distintas páginas permiten la creación de un mercado que a menudo funciona al margen de la normativa aplicable al sector económico. De esta forma, en el mercado de las viviendas turísticas encontramos un segmento del mercado en el que las viviendas turísticas ofrecidas en alquiler cuentan con licencia turística y que, por tanto, cumplen con los requisitos normativos aplicables y, por otro lado, un segundo segmento del mercado en el que las viviendas turísticas se ofrecen en alquiler sin contar con una licencia de vivienda turística.

Esta dualidad crea tensiones y conflictos a distintos niveles: por un lado a nivel de derecho de la competencia. Mientras que un segmento del mercado cumple con la normativa vigente, otro segmento ofrece el mismo producto –o uno parecido– sin cumplir los requisitos exigidos por el regulador. De esta forma, el segmento «no regulado» puede ofrecer un precio menor que el del segmento de mercado regulado de forma que la competencia en el mercado se ve distorsionada.

Por otro lado, la recaudación fiscal a la que la actividad económica está sujeta también se ve afectada por la dualidad del mercado dado que el segmento «no regulado» del mercado puede llevar a cabo su actividad de forma opaca y con dificultad de las

administraciones para detectar las irregularidades y para recaudar impuestos derivados de la actividad económica.

Finalmente, la dualidad del mercado que plantea la «economía colaborativa» plantea retos nuevos y complejos para el regulador, especialmente desde el punto de vista de las dificultades que plantea la detección de la actividad irregular y de la imposición de sanciones por dicha actividad. Detectar y sancionar la actividad irregular siempre es un reto para las administraciones. No obstante, el alquiler de viviendas turísticas plantea retos especiales porque la carga de la prueba de la irregularidad es elevada y difícil. Por ejemplo: a menudo es difícil saber cuántos turistas, cuántas noches y cuánto dinero ha generado la actividad. Por otro lado, frecuentemente, la actividad no deja rastro económico y resulta difícil probar que no se ha prestado un piso o una habitación a unos amigos que visitan la ciudad, sino que se ha alquilado y, por tanto, la normativa de alquiler de viviendas turísticas es aplicable.

Todos estos factores han creado distorsiones, tensiones y algunos conflictos entre particulares, comunidades de vecinos y administraciones, que han visto que mientras el mercado de alquiler de viviendas turísticas en Barcelona aumentaba, su recaudación fiscal no lo hacía en la misma medida y su capacidad de regular y de influir en el mercado se reducía.

1. Las licencias de viviendas turísticas en Barcelona: una historia en suspenso

El alquiler de viviendas turísticas en edificios residenciales en

Barcelona ha sido un éxito, ha crecido de forma exponencial y el mercado se ha desarrollado en apenas diez años y de forma muy rápida.

El alquiler de un piso para usos turísticos, la crisis económica en España y la regulación de esta actividad han evolucionado en paralelo. La crisis económica en España empezó aproximadamente en 2007 y desde entonces, entre otras cosas, las tasas de paro aumentaron significativamente (28) y las clases medias, de forma general, han visto sus ingresos, su renta disponible y sus recursos económicos reducidos (véase Defensor del Pueblo, 2015). Dado el atractivo de Barcelona para los turistas y los pingües ingresos que se podían obtener, muchos ciudadanos decidieron aumentar sus ingresos a través del alquiler de sus pisos, a veces vacíos, a veces alquilados, a otros residentes de la ciudad, a turistas. Junto con pequeños propietarios de pisos han surgido empresas, la actividad de las cuales ha sido el alquiler de pisos situados en edificios residenciales a turistas, bien como intermediarios, bien como propietarios de los mismos.

Esta actividad ha tenido distintos efectos. Por un lado, ha permitido a los propietarios de estos pisos obtener un rendimiento de su patrimonio y, por tanto, unos ingresos que, en muchos casos, han sido importantes para la viabilidad económica de muchas personas y familias, de especial importancia, sobre todo, teniendo en cuenta el impacto de la crisis económica en España. De esta forma, el atractivo de Barcelona como destino turístico combinado con la necesidad de muchas personas de obtener ingresos adicionales ha favorecido un crecimiento exponencial del alquiler de pisos a turistas.

No obstante, la elevada cantidad de viviendas para uso turístico en Barcelona y su concentración en algunas zonas de la ciudad también ha generado una cantidad importante de conflictos entre residentes y turistas en edificios en los cuales estos tipos de usos coexisten. Además, en ciertas zonas de Barcelona la cantidad de hoteles y propiedades para uso turístico es muy importante comparado con el número de residentes en estas mismas zonas (29), de forma que los precios de los pisos han aumentado, han aparecido *lobbies* de empresas turísticas con interés en influir en la normativa urbanística y en el sector turístico de forma que permitiera las actividades turísticas en zonas en las cuales el negocio era especialmente provechoso. Este contexto ha resultado en una disminución de residentes, de comercios tradicionalmente para residentes y un aumento y concentración muy importante de turistas en ciertas zonas de Barcelona.

El uso de viviendas en edificios residenciales para turistas se permitió por primera vez de forma expresa en la Ley 18/2007 del 28 de diciembre relativa al derecho a la vivienda del Parlament de Catalunya (30). Esta ley permitió por primera vez a los ayuntamientos regular el posible uso turístico de pisos residenciales. Aunque inicialmente esta actividad se enmarcó en la regulación del derecho a la vivienda, desde 2011 se consideró que esta actividad contribuía a crear valor al sector turístico catalán (31) y se reguló a través de la regulación catalana de turismo (32). Junto con la regulación catalana de turismo, en 2012 se aprobó la Ley 5/2012 de 20 de marzo de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación

del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos (33). Una de las novedades más importantes de la ley fue la introducción de una tasa turística, duramente criticada por las empresas hoteleras y de establecimientos turísticos en general. Además, el legislador catalán promulgó el Decreto 159/2012, en el cual consolidaba la normativa de establecimientos turísticos en general –que, por tanto, incluía las viviendas turísticas– y a través de la cual establecía los requisitos de las viviendas turísticas y requería la constitución de una persona jurídica que fuera la que gestionara el establecimiento turístico en cuestión (34).

En base al Decreto 159/2012, una vivienda turística es aquella que el propietario, directa o indirectamente, cede de forma habitual y con carácter profesional a terceros a cambio de un precio, por un periodo corto de tiempo, bajo condiciones de disponibilidad inmediata y de acuerdo con los requisitos legales aplicables a este tipo de oferta turística (35). El piso debe cederse en su totalidad y debe cumplir unos requisitos (36). Primero, el piso debe disponer de la cédula de habitabilidad y cumplir en todo momento con las condiciones técnicas y de calidad exigibles a las viviendas. Las viviendas no pueden ser ocupadas con más plazas que las indicadas en la cédula. A su vez, las viviendas turísticas deben estar suficientemente amuebladas, dotadas de los enseres y aparatos necesarios para su empleo inmediato y en perfecto estado de higiene con el fin de poder prestar un servicio de alojamiento correcto. Cabe señalar que dentro de la oferta para turistas también deben contarse las habitaciones en propiedades o en pisos residenciales de vecinos. En estos ca-

sos, generalmente, el propietario del piso o el titular del arrendamiento residen en la vivienda a la vez que alquila una habitación en el mismo. Este tipo de actividad, muy importante en Barcelona, no constituye un uso turístico de la vivienda y, por tanto, no conlleva calificar la vivienda como una vivienda turística. Así, esta oferta de habitaciones deberá tenerse en cuenta al analizar la oferta turística de Barcelona y su potencial regulación, pero no al analizar la problemática concreta que plantean las viviendas turísticas en Barcelona y las propuestas regulatorias que puedan realizarse para mejorar la actual situación de este tipo de alojamientos.

Por otro lado, en base a este Decreto 159/2012 –en vigor actualmente–, los propietarios de viviendas turísticas deben crear una sociedad mercantil –limitada o anónima– que gestione la actividad económica generada por el piso turístico. A su vez, estas sociedades también serán las responsables de cobrar la tasa turística (37), así como registrar las viviendas turísticas en el Registro de viviendas residenciales de uso turístico de la Generalitat de Catalunya (38).

De esta forma, para poder utilizar un piso en un edificio residencial es necesario que la sociedad mercantil que lo gestiona comunique al ayuntamiento el inicio de la actividad económica. A su vez, los ayuntamientos proporcionan esta información a la Generalitat de Catalunya, que finalmente es quien ingresa la tasa turística. La idea tras la creación de la tasa turística era revertir lo recaudado a través del impuesto en las áreas con mayor densidad de turistas y más castigadas por la actividad. No obstante, la tasa ha tenido un éxito muy modesto y no ha gene-

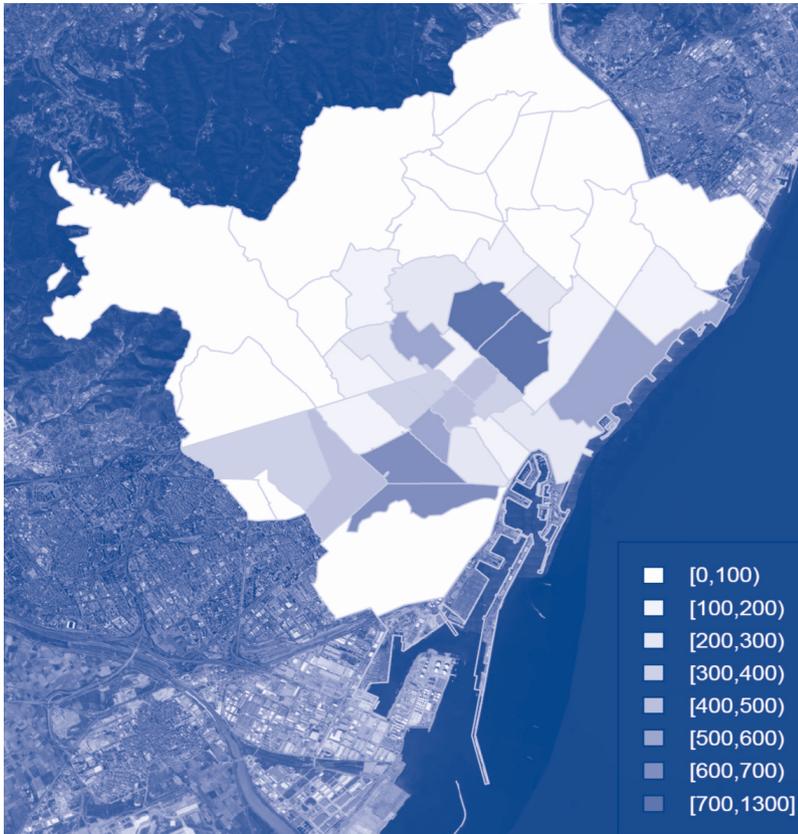
rado los ingresos que en un primer momento se esperaban (39).

Por otro lado, el registro de viviendas turísticas estaba pensado para tener un control de la cantidad y localización de viviendas turísticas a través de asignarles un número de registro. Una vez conseguido este número, la vivienda se puede empezar a explotar para uso turístico. La creación de este registro fue el resultado del incremento de la actividad ilegal de propietarios que utilizaban sus propiedades para usos turísticos sin licencia, a menudo generando externalidades negativas a sus vecinos y no declarando los ingresos obtenidos por la actividad.

Datos del Ayuntamiento de Barcelona muestran que mientras en enero de 2012 había 2.349 viviendas turísticas, en 2014 había 7.261. Hoy los registros muestran 9.929 viviendas turísticas en la ciudad (40). Esta evolución ha representado un incremento del 300 por 100 en cuatro años. Como puede verse en el mapa 1, las viviendas de uso turístico con licencia se encuentran en el centro de Barcelona, concretamente en el Eixample, en Poble Sec y en Paral·lel.

La creciente cantidad de turistas en Barcelona (41) –y en Cataluña en general (42)– y el aumento de la cantidad de hoteles y de viviendas turísticas ha ido en paralelo con las quejas vecinales por las externalidades negativas generadas por los turistas en Barcelona, por su densidad y por las molestias que estos ocasionan en algunos barrios de la ciudad (43). Las quejas de vecinos y residentes llegaron al ámbito político y ante la dificultad de encontrar soluciones y de regular el sector satisfactoriamente, en 2014, el entonces alcalde de

MAPA 1
VIVIENDAS TURÍSTICAS CON LICENCIA EN LOS DIFERENTES CÓDIGOS POSTALES DE LA CIUDAD DE BARCELONA



Fuente: Mapa elaborado por John R. B. Palmer a partir del registro oficial de viviendas turísticas con licencia de la Generalitat de Catalunya.

Barcelona, Xavier Trias, suspendió por primera vez la concesión de licencias de viviendas turísticas en ciertas zonas de la ciudad que presentaban importantes problemas (44). Meses más tarde, la suspensión de concesión de licencias se extendió a toda la ciudad de Barcelona (45).

Estos últimos años, la regulación del turismo se ha convertido en uno de los ejes centrales del debate político en Barcelona. Actualmente, distintas propuestas forman parte de los programas electorales de los distintos partidos políticos. De hecho, la limita-

ción y regulación del turismo en la ciudad fue una de las grandes promesas de Ada Colau, actual alcaldesa de Barcelona desde 2015 (46). Meses después de su elección, en julio de 2015, la alcaldesa decidió suspender el otorgamiento de licencias de viviendas turísticas en Barcelona hasta que se aprobara la nueva regulación de la actividad (47), y recientemente se ha prorrogado una vez más la suspensión de licencias hasta 2017 sin aún haber aprobado una regulación de dicha actividad (48).

La decisión del Ayuntamiento de Barcelona de suspender el

otorgamiento de nuevas licencias de viviendas turísticas en Barcelona representa un intento de congelar el mercado a la oferta existente con anterioridad a la suspensión de licencias, eliminando así los excedentes y beneficios que dicha actividad podría generar. A su vez, la decisión del Ayuntamiento de Barcelona y su planteamiento parece ignorar los mecanismos del mercado que podrían proporcionar soluciones que equilibraran los intereses de los residentes en la ciudad y a la vez permitir la actividad de las viviendas turísticas.

2. Las plataformas de alquiler de viviendas turísticas: un mercado paralelo difícil de acotar

A pesar de los distintos proyectos normativos para regular las viviendas turísticas tanto a nivel de la Generalitat como del Ayuntamiento de Barcelona, el mercado de viviendas turísticas y su importancia como oferta de alojamiento turístico ha aumentado. Teniendo en cuenta que la cantidad de viviendas turísticas con licencia municipal está congelada desde el año 2014 es posible pensar que una parte significativa de la presente oferta de viviendas turísticas en la ciudad de Barcelona no cuenta con licencia turística y es, por tanto, ilegal.

Este mercado, estructurado actualmente entre viviendas turísticas legales e ilegales, genera una cantidad importante de molestias como consecuencia del ruido, dificultades para el descanso, vandalismo o falta de seguridad. Dichas molestias han generado conflictos entre turistas y residentes y una convivencia en un mismo edificio muy complicada entre ellos (véase Horton, 2014).

Tal como se ha explicado anteriormente y como muestra el mapa 1, desde el año 2014 Barcelona cuenta con 9.606 viviendas turísticas con licencia administrativa. No obstante, la cantidad de viviendas turísticas en la ciudad de Barcelona es mucho mayor. Conocer la oferta agregada de viviendas turísticas y, por tanto, la cantidad de viviendas turísticas sin licencia administrativa no es tarea fácil. No obstante, existen formas de aproximarse a este segmento de mercado a través de la información que proporcionan las distintas páginas y plataformas *online* en las que se ofrecen estas viviendas.

Airbnb (49) es la plataforma de alquiler de viviendas turísticas más importante en este mercado. Airbnb, no obstante, no hace pública información relativa a la cantidad de viviendas turísticas ofrecidas en su página, el porcentaje de éstas que cuentan con licencia, el calendario de ocupación, los precios, etc., entre otros parámetros necesarios para estudiar el mercado. No obstante, la página Insideairbnb (50), captura y publica la información que contiene Airbnb y permite, de esta forma, aproximarse al segmento de mercado de viviendas turísticas que contiene Airbnb.

Así, según Insideairbnb, en noviembre de 2015 Airbnb ofrecía 7.872 viviendas turísticas en la ciudad de Barcelona. De esta forma, es posible deducir que el mercado de viviendas turísticas de Barcelona tenga alrededor de 17.000. Esta cifra es simplemente orientativa por distintas razones. En primer lugar, porque solamente tiene en cuenta la oferta que incluye Airbnb y no otras plataformas y webs que ofrecen este tipo de alojamientos y de las que no es posible obtener información (51). En segundo lugar, porque los

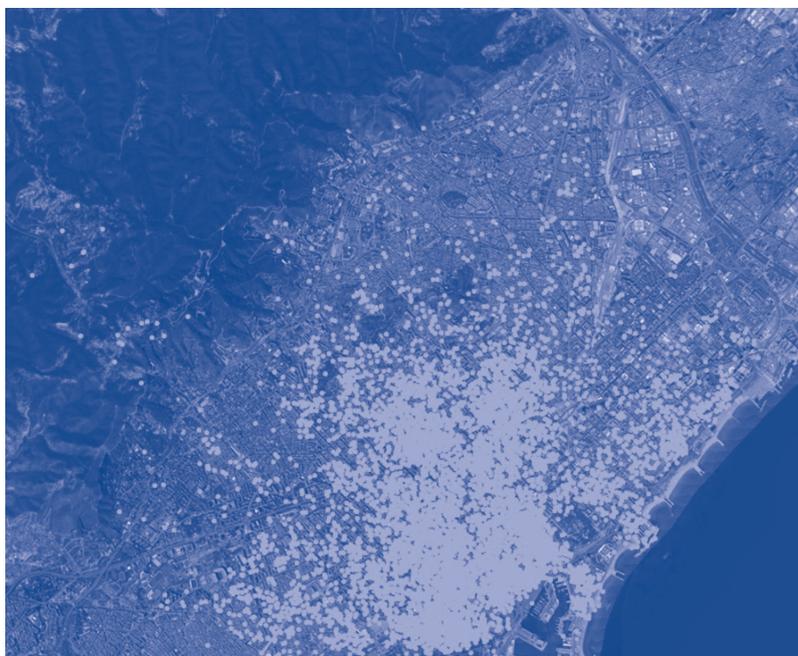
7.872 pisos que incluye Airbnb son una cifra estática del momento que Insideairbnb proporcionó la información. Es decir, es una cifra de noviembre de 2015; que posiblemente no refleja la situación exacta del mercado actual. Finalmente, pero no de menor importancia, cabe señalar que entre estas 7.872 viviendas es posible que algunas de ellas cuenten con licencia administrativa para llevar a cabo la actividad. Así, es posible que exista solapamiento entre las dos cifras y que algunos pisos con licencia que se encuentran entre los 9.606 contabilizados por la Generalitat se anuncien en Airbnb y, por tanto, formen parte de los 7.872 que constan en Insideairbnb. Es difícil conocer la magnitud del solapamiento de pisos con licencia en Airbnb, pero parece razonable decir que,

teniendo en cuenta Airbnb y los pisos con licencia, la oferta de viviendas turísticas en Barcelona sea como máximo de alrededor de 17.000 viviendas. Si este es aproximadamente el tamaño del mercado de viviendas turísticas en Barcelona, parece posible decir que un mínimo del 56 por 100 de la oferta es legal; es decir, cuentan con licencia administrativa de vivienda turística mientras que, como máximo, el 44 por 100 de la oferta es muy posible que no cuente con licencia.

El mapa 2 muestra las 7.872 viviendas turísticas que se ofrecen en la página de Airbnb Barcelona. Es difícil relacionar los mapas y los datos de los pisos con licencia (véase mapa 1) y el mapa de los pisos de Airbnb (mapa 2) porque la información en la que se basan es distinta.

MAPA 2

VIVIENDAS TURÍSTICAS OFRECIDAS EN LA PÁGINA AIRBNB EN LA CIUDAD DE BARCELONA



Fuente: Mapa elaborado por John R. B. Palmer a partir de la información facilitada por la página www.insideairbnb.com a partir de las entradas en la página de Airbnb.

Aunque parece difícil sobreponer los mapas, de la información que ambos proporcionan parece poder deducirse que las zonas con una mayor densidad de oferta agregada de viviendas turísticas –de pisos con licencia y sin licencia– en Airbnb son parecidas que las zonas con una mayor densidad de oferta de pisos con licencia administrativa.

Sin embargo, los retos que presentan los dos segmentos de mercado son muy diferentes.

III. LOS RETOS Y DIFICULTADES DEL REGULADOR PARA DETECTAR Y SANCIONAR LA ACTIVIDAD IRREGULAR

La creciente importancia de las viviendas turísticas como alternativa atractiva de alojamiento para turistas ha generado conflictos entre residentes y turistas y de cuestionamiento del modelo de ciudad y del rol de la actividad turística en Barcelona. Para afrontar lo que se ha considerado un creciente problema, los distintos ayuntamientos de la ciudad han intentado regular la actividad turística en general y los requisitos, funcionamiento y obligaciones de las viviendas turísticas en particular. A día de hoy, parece que no ha sido posible ni proponer ni adoptar una regulación que tuviera en cuenta y equilibrara los intereses de los residentes, empresas turísticas, hostales y empresas de viviendas turísticas.

Uno de los motivos que explica la ineficacia de la regulación de las viviendas turísticas como mecanismo de ordenación de esta actividad, y más generalmente de este mercado, ha sido el hecho de que la regulación de esta actividad fue planteada, adop-

tada y ha evolucionado en paralelo a su existencia y crecimiento. La regulación de las viviendas turísticas en Barcelona no ha sido el resultado del análisis del sector, sus prioridades y sus efectos, especialmente en terceros –en este caso residentes–. Al contrario, la regulación de las viviendas turísticas en la mayoría de los casos ha sido la reacción del legislador al crecimiento de la actividad en muchas partes de la ciudad y, sobre todo, a la saturación, la dificultad de convivencia entre turistas y residentes en muchas zonas de la ciudad y a la presión que la densidad de turistas ha tenido en los precios de las viviendas y de los alquileres en algunas zonas de la ciudad. Hasta el momento, la regulación ha funcionado como instrumento de reacción a un problema en concreto y como parte de la agenda política y no ha respondido a un planteamiento normativo de un modelo turístico y del rol que las viviendas turísticas deberían desempeñar. Esta estrategia se ha mostrado como un gran fracaso. La suspensión de la concesión de licencias de viviendas turísticas desde el año 2014 por parte del Ayuntamiento de Barcelona es una clara muestra del bloqueo, fracaso e incapacidad normativa del regulador.

Parece innegable que el mercado de viviendas turísticas ha cambiado algunas zonas de la ciudad, generado externalidades negativas a residentes e indirectamente modificando la oferta de pisos para usos residenciales –tanto de propiedad como de alquiler– y como consecuencia de la reducción de la oferta, de su precio. No obstante, suspender la potencial evolución de este mercado restringiendo la oferta –legal– de apartamentos turísticos existente en 2014 no parece que haya sido una alternativa

ni eficiente ni permanente para equilibrar los distintos intereses en conflicto.

Además del fracaso del modelo normativo, las medidas contra la actividad ilegal y contra las molestias que las viviendas turísticas pudieran generar han sido escasas y poco eficaces. El pasado año 2015, el Ayuntamiento de Barcelona contaba solamente con 18 inspectores (Ayuntamiento de Barcelona, 2016) dedicados a las campañas de la ciudad centradas en aspectos relacionados con el turismo. Si tenemos en cuenta que la oferta de viviendas turísticas en la ciudad de Barcelona podría ser de aproximadamente 17.000 viviendas turísticas, la cantidad de inspectores parece totalmente insuficiente. Además, más de la mitad de las inspecciones de viviendas turísticas que se llevan a cabo en la ciudad de Barcelona se centran en el distrito de Ciutat Vella (Ayuntamiento de Barcelona, 2016). Además, un 27 por 100 de las inspecciones llevadas a cabo en Ciutat Vella a lo largo del año 2015 fueron desestimadas.

Así, casi la mitad de las inspecciones que iniciaron un procedimiento sancionador a las viviendas turísticas en Barcelona a lo largo del año 2015 fueron desestimadas (52). Del resto de los procedimientos sancionadores iniciados a lo largo del 2015, un 33 por 100 del total concluyó en una sanción y un 18 por 100 en la cesación de la actividad.

La efectividad de los procedimientos sancionadores administrativos llevados a cabo por el Ayuntamiento es significativamente baja. Solamente uno de cada cinco procedimientos culmina con la cesación de la actividad y solamente la mitad de ellos resulta en sanción –o mo-

netaria o con la cesación de la actividad—. Por cada dos procedimientos iniciados durante 2015, solamente uno de ellos detectó actividad turística irregular o ilegal. Así, la detección de la actividad ilegal o irregular por parte del Ayuntamiento solamente es del 50 por 100.

Dieciocho inspectores para todos los distritos de Barcelona parecen claramente insuficientes. Más recursos son claramente necesarios, pero también parece importante mejorar la efectividad en la detección de la actividad ilegal. Es importante mejorar la detección de la actividad irregular o ilegal de las viviendas turísticas para dedicar los recursos —escasos— de los que se dispone a sancionarla y cuando sea necesario ordenar su cesación de forma lo más efectiva posible.

Además, la carga de la prueba para establecer la actividad ilegal de una vivienda turística es realmente elevada dado que es necesario mostrar que el propietario la ha cedido dos o más veces al año a terceros por un período de menos de 31 días a cambio de una contraprestación (53). Es decir, para probar que se está ejerciendo una actividad turística ilegal es necesario, en primer lugar, probar que existe una cesión a un tercero a cambio de una contraprestación, que dicha cesión es por un periodo inferior a 31 días y que esta cesión se ha llevado a cabo dos o más veces al año. La prueba de estos tres elementos es tremendamente costosa y difícil.

Como consecuencia, el derecho administrativo como mecanismo regulatorio y sancionador del mercado de viviendas turísticas en Barcelona se ha mostrado como un mecanismo inefectivo y claramente insuficiente. Parece

necesario expandir los instrumentos disponibles a las distintas partes afectadas por la actividad de las viviendas turísticas. Entre otros, este artículo plantea utilizar los estatutos de las comunidades de propietarios en división horizontal como un instrumento adicional de regulación del mercado de viviendas turísticas. Este instrumento será el objeto de la siguiente sección del presente artículo.

IV. LOS ESTATUTOS DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS COMO INSTRUMENTO DE DERECHO PRIVADO EN MANOS DE LAS PARTES MÁS INTERESADAS EN EVITAR VIVIENDAS TURÍSTICAS EN SUS COMUNIDADES

Los vecinos y/o propietarios de viviendas en edificios en los cuales existen viviendas turísticas experimentan en muchos casos los efectos negativos de dicha actividad. Desde el punto de vista económico, el precio de los pisos residenciales situados en las comunidades en las cuales existen viviendas turísticas es menor que el precio de pisos residenciales similares situados en edificios en los cuales no existe una vivienda turística.

Además, es frecuente y así lo muestran múltiples casos en Barcelona, que las viviendas turísticas ocasionan molestias a los residentes, generalmente ocasionadas por el ruido y el comportamiento de los turistas y, en definitiva, por la distinta naturaleza de los usos de los pisos —residencial y turístico— que en muchos casos son difíciles de compatibilizar. Es innegable que existen muchas viviendas turísticas que no ocasionan molestias

al resto de propietarios del edificio y que se preocupan de que la actividad turística sea compatible con los hábitos, horarios y necesidades de descanso del resto de vecinos del edificio en el que se encuentra la vivienda turística. No obstante, también parece innegable que el precio de las propiedades residenciales situadas en comunidades de propietarios en las cuales existen viviendas turísticas es distinto y menor al de las propiedades situadas en comunidades en las que no hay viviendas turísticas debido a las posibles molestias que la difícil convivencia entre turistas y residentes puedan comportar.

Por este motivo, parece razonable pensar que los propietarios, vecinos de una vivienda turística potencialmente molesta, serán los primeros y más interesados en evitar los usos no deseados, limitarlos o incluso, prohibirlos. Aunque la limitación de los usos de la propiedad privada afecta la esencia del concepto y derecho de propiedad privada consagrado en la Constitución (54), el hecho que esta propiedad que eventualmente pueda tener un uso turístico se encuentre en una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal permite una posible limitación por parte del resto de los propietarios del edificio. La limitación de usos de los pisos, es decir, de los elementos privativos del edificio en régimen de propiedad horizontal, puede llevarse a cabo a través de los estatutos de las comunidades de propietarios regulados por el artículo 553-11 del Código Civil catalán (55), modificado por la Ley 5/2015 (56).

Los estatutos de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal permiten a los propietarios establecer

los términos de las relaciones entre ellos, el uso de los elementos comunes del edificio, establecer limitaciones del uso de los elementos privativos e incluso determinar cuotas de participación en los gastos comunes de los propietarios de los elementos privativos en una proporción distinta a los coeficientes de los elementos privativos (57).

Concretamente y de especial importancia para el objeto de este artículo, los artículos 553-40 y 553-11-2e del Código Civil catalán permiten que los estatutos incluyan cláusulas que limiten los usos de los elementos privativos situados en un edificio en régimen de propiedad horizontal (58). Para que los estatutos sean válidos es necesario que sean aprobados por una mayoría reforzada de 4/5 votos de propietarios que representen 4/5 partes de los coeficientes (59) del edificio en propiedad horizontal. Es importante señalar que si los estatutos del edificio incluyen cláusulas limitativas de los usos de los elementos privativos como, por ejemplo, limitar su utilización para fines turísticos, el Código Civil de Cataluña, hasta su modificación en 2015, requería el consentimiento expreso de los propietarios afectados por dicha prohibición. De esta forma, *de facto* se exigía la unanimidad cuando los estatutos incluían una cláusula estatutaria en la que se limitaba el uso de los elementos privativos (60). El Código Civil de Catalunya exigía el consentimiento como una medida de protección del derecho de propiedad para evitar que otros propietarios pudieran limitar los usos de los elementos privativos de otro propietario (61). No obstante, desde mayo 2015, en el que se modificó el libro quinto del Código Civil de Cataluña no se requiere el consentimiento expreso del propieta-

rio del elemento privativo al cual pretende limitarse su uso (62).

Una vez los estatutos se adoptan válidamente, estos vinculan a todos los propietarios que los adoptaron. No obstante, para que los estatutos tengan efectos *erga omnes*, deben registrarse en el Registro de la Propiedad (63). A su vez, para que los estatutos de una comunidad de propietarios sean inscribibles en el Registro de la Propiedad es necesario que sean elevados a escritura pública, y una vez realizado el control de legalidad por parte del registrador de la propiedad, permitirá su inscripción (64). Una vez inscritos en el Registro de la Propiedad, los estatutos tendrán efectos *erga omnes* y, por tanto, vincularán tanto a los propietarios que los adoptaron como a los futuros propietarios que adquieran en dicha comunidad elementos privativos (65).

Aunque muchas comunidades de propietarios entendieron que la adopción de estatutos podía ser un instrumento efectivo para evitar el uso turístico de los elementos privativos de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, el contenido de los estatutos –especialmente en relación a las cláusulas limitativas de uso de los elementos privativos–, las mayorías requeridas para su adopción y su inscripción en el Registro de la Propiedad han resultado más accidentadas de lo que se preveía inicialmente. La necesidad de 4/5 partes de votos y de coeficientes de propietarios del edificio para adoptar los estatutos de un edificio y del consentimiento expreso del propietario, necesario para limitar los usos de los elementos privativos exigido por el Código Civil catalán hasta 2015, ha sido una de las cuestiones más con-

trovertidas que ha conducido a la modificación del artículo 553-25-4 del Código Civil catalán.

Una primera cuestión que fue objeto de interpretación fue si la adopción de los estatutos que incluían una limitación del uso de los elementos privativos por la mayoría necesaria por el Código –4/5 partes de votos y de coeficientes– era condición suficiente para garantizar su inscripción en el Registro de la Propiedad. Una segunda cuestión fue si dentro de las 4/5 partes de votos y coeficientes debía incluir el consentimiento del propietario afectado por la limitación. Esto es, si era necesario contar con el consentimiento expreso de todos los propietarios de elementos privativos en la comunidad. Si el consentimiento expreso era exigible, los estatutos no serían inscribibles en el Registro de la Propiedad a no ser que estos fueran adoptados unánimemente. Finalmente y relacionado con esta última interpretación, ha surgido la cuestión de cómo debe prestarse este consentimiento expreso. Es decir, si consentimiento expreso significaba voto positivo a favor del acuerdo según el cual se adoptó en los estatutos o simplemente la falta de oposición del propietario afectado era suficiente.

Al dilucidar estas cuestiones, surgen tres constelaciones de casos:

a) Un primer grupo son casos en los que los propietarios de los elementos privativos del edificio adoptaron válidamente los estatutos de la comunidad, pero en el que uno o distintos propietarios se opusieron expresamente a la adopción de dichos estatutos y, por tanto, a la limitación de uso de los elementos privativos (66).

Para este primer grupo de casos, aunque los estatutos esta-

ban válidamente adoptados, el Registro de la Propiedad no permitió su inscripción. Por tanto, dichos estatutos tenían efectos inter partes –para los propietarios que los adoptaron–, pero no frente terceros. El Registro de la Propiedad interpretaba que la expresa oposición a la adopción de los estatutos de la propiedad no permitía inscribir unos estatutos que incluían una provisión que requería consentimiento expreso de todos los afectados. Esta interpretación fue repetidamente confirmada por la Dirección General de Derecho y entidades jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya al resolver los recursos planteados por las comunidades de propietarios a las decisiones de los registradores de propiedad que denegaban la inscripción de los estatutos (67).

El problema jurídico que planteaba este tipo de casos es la tensión entre la válida adopción de los estatutos por las mayorías requeridas por el Código Civil de Cataluña (68) y el contenido de dichos estatutos, que al incluir una cláusula limitativa de los usos de los elementos privativos entendía que era necesario el consentimiento expreso de dicho propietario (69). El contenido de los estatutos, pues, implicaba la necesidad de unanimidad, que no se conseguía si alguno de los propietarios había votado en contra de la adopción del acuerdo.

Cabe señalar que el consentimiento expreso de los propietarios para limitar el uso de los elementos privativos se entendía como necesario tanto en los casos en los cuales el propietario del elemento privativo realizaba el uso que se pretendía limitar estatutariamente como en los

casos en los cuales no realizaba la actividad que se pretendía prohibir (70).

Exigir unanimidad contradiría el artículo 253-25-2 del Código Civil catalán que establece una mayoría reforzada de 4/5 votos que representen 4/5 partes de los coeficientes de la comunidad (71). Cuando los estatutos incluyen una limitación de un uso privativo era necesario el consentimiento del propietario afectado para poder adoptar dicha previsión estatutaria (72). Esta limitación de un uso privativo podía afectar a uno, algunos o a todos los propietarios. Cuando la limitación afecta algunos elementos privativos además de la mayoría reforzada necesaria para adoptar los estatutos también era necesario el consentimiento de los propietarios afectados por la limitación (73). No obstante, el acuerdo final no tiene porque adoptarse unánimemente.

La particularidad que presenta limitar los usos turísticos de los elementos privativos es que afecta a todos los propietarios de elementos privativos y, por tanto, el consentimiento de todos ellos es necesario. De esta forma, en este caso particular, la adopción de estatutos limitando los usos turísticos de los elementos privativos debería realizarse *de facto* unánimemente como consecuencia de la afectación de esta limitación para todos los elementos privativos de la comunidad. Así, la oposición de alguno de los propietarios imposibilitaba la inscripción de dichos estatutos en el Registro de la Propiedad y, por tanto, sus potenciales efectos a terceros.

b) Un segundo grupo de casos son aquellos en los que los estatutos de la comunidad, limitando los usos turísticos de los elemen-

tos privativos, se adoptaron por las mayorías de 4/5 requeridas por el Código Civil catalán, pero en los que alguno de los propietarios se había abstenido en la votación del acuerdo (74).

Este tipo de casos planteaba cuál era el contenido del consentimiento expreso requerido por el artículo 553-24-4 del Código Civil catalán para adoptar cláusulas limitativas de usos en los elementos privativos de un edificio en propiedad horizontal. Es decir, el registro de consentimiento expreso se cumplía al abstenerse a la adopción del acuerdo limitativo –al no oponerse expresamente– o era necesario el voto afirmativo al acuerdo para entender que se cumplía el requisito?

En estos casos, alguno de los propietarios se abstuvo en la rotación que adoptaría el acuerdo en el que se adoptaban los estatutos limitativos de los usos de los elementos privativos. Los casos que han llegado a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya contra decisiones de los registradores de la propiedad denegando la inscripción de los estatutos al Registro de la Propiedad plantean dos tipos de abstenciones: un primer tipo son casos en los cuales el propietario está presente en la reunión de la junta de propietarios y se abstiene en la votación del acuerdo de adopción de estatutos. Un segundo tipo de abstención han sido casos en los cuales los propietarios no fueron a la junta de propietarios y, por tanto, no votaron a favor, pero tampoco en contra de la adopción del acuerdo estatutario y no impugnaron el acuerdo de la junta en el plazo determinado por el Código Civil catalán (75).

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya ha tratado de forma significativamente diferente estos dos tipos de casos. De alguna forma, la interpretación de estos casos fue el preludio de la opción de la Ley 5/2015 de modificación del libro quinto del Código Civil de Cataluña (76). Respecto al primer tipo de abstención en la que el propietario fue a la junta de propietarios y no votó ni a favor ni en contra de los estatutos adoptados, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Catalunya entendió que esta actitud del propietario no equivale al consentimiento expreso necesario por el artículo 553-25-4 del Código Civil catalán (77). Esta interpretación conlleva que el voto de los propietarios que atendían la junta de propietarios de la comunidad debía de ser afirmativo para que se entendiera que se ha prestado consentimiento expreso al acuerdo estatutario (78). Por lo tanto, la abstención en estos casos no equivalía al consentimiento expreso al acuerdo.

Muy distinta es la situación de una abstención de un propietario que no atendió la junta de propietarios en la que se adoptó el acuerdo estatutario limitativo de los usos de los elementos privativos y que no impugnó el acuerdo adoptado en el plazo legal (79). Aunque la abstención es la misma que en el caso anterior, sus consecuencias legales son muy distintas en base a la distinta actitud del propietario abstencionista. En este segundo caso, la abstención del propietario resultaba de la actitud pasiva del mismo. La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Catalunya entendió que en estos casos la abstención de un propietario

pasivo ante los acuerdos de la comunidad que eventualmente pudieran mejorar el bienestar de los propietarios –o como mínimo de una mayoría de ellos– no podía impedir la adopción de los acuerdos. Así, la abstención de un propietario pasivo se entendió que equivalía al consentimiento expreso (80). Un propietario pasivo, pues, no tiene derecho de veto ante un acuerdo limitativo de los usos de los elementos privativos.

De esta forma, la abstención, dependiendo de la conducta del propietario abstencionista, tiene un distinto contenido y consecuencias (81). Si el propietario atendió la junta de propietarios y se abstuvo, dicha abstención no equivale al consentimiento expreso. Sin embargo, si el propietario no estuvo presente en la junta de propietarios, su abstención equivale al consentimiento expreso (82). Este tipo de consentimiento es el que la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat entendió que era un consentimiento legal (83). El principio rector de esta interpretación es que los propietarios deberían tener incentivos –interés– en los asuntos de la comunidad y ser diligentes para colaborar en su funcionamiento de forma que la actitud pasiva de alguno de ellos no debería condicionar o impedir la adopción de acuerdos que una mayoría reforzada de propietarios entendiera como necesarios para la mejora de su bienestar (84).

c) Reaccionado ante las realidades sociales: modificaciones legislativas para dotar a los propietarios de un instrumento efectivo para evitar las viviendas turísticas en sus comunidades

En base a la dificultad para encontrar un instrumento efec-

tivo que evitara un eventual uso turístico de pisos en comunidades de propietarios en régimen de propiedad industrial, el contenido y forma del consentimiento expreso necesario para adoptar cláusulas estatutarias limitativas de los usos de los elementos privativos se convirtió en el elemento esencial para que estos pudieran inscribirse en el Registro de la Propiedad. La falta de consentimiento expreso de los propietarios afectados por la limitación estatutaria era una causa que no permitía la inscripción de los estatutos en el Registro de la Propiedad y, por tanto, que estos tuvieran efectos *erga omnes*.

No obstante, el creciente número de viviendas turísticas en Barcelona y el creciente malestar de los residentes por los efectos negativos de dicha actividad empujaron al gobierno de la Generalitat a modificar el libro quinto del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales a través de la adopción de la Ley 5/2015 (85).

La Ley 5/2015 introduce dos novedades importantes. Por un lado, una nueva redacción del artículo 553-26.2 según la cual es posible que las juntas de propietarios adopten estatutos que incluyan limitaciones de los usos de los elementos privativos por 4/5 partes de los propietarios con derecho a voto que representen 4/5 partes de las cuotas. Esta redacción elimina, pues, la necesidad del consentimiento expreso del propietario afectado por la limitación (86). Por otro lado, el artículo 553-45, que establece la posibilidad de determinar cuotas a los gastos comunes de la comunidad de propietarios distintas a los coeficientes de los elementos privativos en base al uso intensivo de los elementos comunes de la comunidad.

Aunque es prematuro anticipar cómo se interpretarán estas modificaciones legales, parece que la nueva redacción permitirá que las comunidades de propietarios adopten estatutos que limiten el uso de los elementos privativos con la mayoría reforzada de 4/5 de los votos que representen 4/5 partes de los coeficientes de la comunidad sin la necesidad del consentimiento expreso de los propietarios afectados (87). Parece pues que el legislador catalán ha querido eliminar el potencial veto del propietario que se oponía o se abstenía en junta de propietarios al adoptar el acuerdo estatutario con limitaciones de usos de los elementos privativos y susceptibles de ser inscritos en el Registro de la Propiedad (88). Parece que el legislador ha querido equilibrar los intereses de la mayoría de los propietarios con los intereses de la minoría que se pudiera oponer a la limitación del uso turístico. Así, el legislador ha intentado equilibrar la pérdida de valor del elemento privativo resultante de la limitación de los usos permitidos (89) con la pérdida de valor del resto de elementos privativos potencialmente afectados, de forma negativa, por la actividad potencialmente molesta de un piso turístico en su comunidad de propietarios. No obstante, será necesario esperar la interpretación que se haga de la Ley 5/2015 y del equilibrio de intereses entre las partes en el universo de casos que con toda seguridad surgirán (90).

V. BUSCANDO UN EQUILIBRIO ESTABLE: ENTRE EL MERCADO Y LA REGULACIÓN DE LAS VIVIENDAS TURÍSTICAS

La situación actual del mercado de viviendas turísticas en Barcelona es insatisfactoria para

muchos, sino todos los agentes que forman el sector.

Las administraciones, tanto municipales como autonómicas, ven como el impacto de la regulación administrativa en vigor en el mercado es muy débil y como los intentos de limitar el crecimiento del mercado en base a suspender la concesión de licencias de viviendas turísticas ha resultado en un crecimiento del mercado ilegal, es decir, de los pisos sin licencia de actividad de viviendas turísticas. Podría, de alguna forma, decirse que el Derecho administrativo se ha mostrado, de momento, incapaz de regular dicho mercado.

A su vez, los propietarios de pisos que quisieran darles un uso turístico ven como la administración no concede licencias turísticas a pesar de cumplir con los distintos requisitos establecidos por la normativa en vigor, aunque actualmente suspendida. Algunos de ellos, en base a la imposibilidad de ejercer la actividad de forma legal, deciden alquilar la vivienda turística sin licencia, es decir, de forma ilegal.

Por otro lado, los vecinos de la ciudad que sufren los efectos, a menudo negativos de las viviendas turísticas, legales o ilegales, y ven como el número de estos pisos en la ciudad de Barcelona no para de crecer.

De hecho, los únicos que parecen estar satisfechos con la situación actual son aquellos que ostentaban una licencia de vivienda turística con anterioridad a la suspensión de la concesión de licencias porque han visto como el valor de esta aumentaba y su rentabilidad también (91).

Así, parece claro que el Derecho administrativo no es un

mecanismo suficientemente efectivo para regular el mercado de las viviendas turísticas. Los costes administrativos de detección son elevados tanto por la dificultad de la administración para obtener información de actividad ilegal como por la carga de la prueba de dicha actividad ilegal (92). Además, la tasa de efectividad de la administración se ha mostrado baja. Por cada dos procedimientos sancionadores iniciados en 2015, solo uno de ellos terminó en sanción o clausura del establecimiento (véase Ayuntamiento de Barcelona, 2016). Finalmente, los procedimientos administrativos son caros y largos. Como consecuencia, hasta hoy, la efectividad de las administraciones como agentes reguladores del mercado de viviendas turísticas ha sido significativamente baja. De hecho, una muestra de la incapacidad de la administración como agente regulador de este mercado es la decisión de suspender la concesión de licencias de viviendas turísticas en la ciudad de Barcelona.

Aunque la Administración y la regulación administrativa de las viviendas turísticas se ha mostrado y continúa mostrándose a día de hoy insuficiente, existen mecanismos alternativos para influir en este mercado. Uno de ellos, y quizás uno de los más importantes, son los propios agentes del mercado de viviendas turísticas. Las partes, la oferta y la demanda de viviendas turísticas, al interactuar en el mercado, se encuentran en la mejor posición y tienen los mayores incentivos para maximizar su bienestar o sus beneficios económicos o para minimizar sus costes, en este caso, las molestias generadas por la actividad en cuestión.

Las fuerzas del mercado generan mecanismos para poder alcanzar equilibrios que maxi-

misen el bienestar de las partes. Entre los mecanismos de mercado que pueden ser instrumentos efectivos para la regulación de las viviendas turísticas en Barcelona merece la pena destacar dos: por un lado, el derecho privado –los estatutos de las comunidades de propietarios comentados anteriormente–; y por otro, la reputación como elemento disciplinador del mercado.

Los estatutos de las comunidades de propietarios presentados anteriormente se erigen *de facto* en el único instrumento normativo disponible para las comunidades de propietarios para evitar la actividad de las viviendas turísticas en una comunidad de propietarios. Los propietarios, potenciales oferentes de viviendas turísticas legales o ilegales, pero también posibles víctimas de las molestias generadas por ellos, tienen los mayores incentivos en influir en el mercado y en que este funcione de la mejor manera posible. La adopción de los estatutos limitando el uso turístico de los elementos privativos, como se ha comentado anteriormente, se ha mostrado eficaz como instrumento para exigir judicialmente la cesación de la actividad de las viviendas turísticas (93). Así, la cesación de la actividad ilegal a través de una limitación estatutaria es una alternativa mucho más barata que la que puede resultar por vía administrativa. Aunque no muy conocidos entre los propietarios e infravalorados por las administraciones (94), merece la pena destacar su potencial como instrumento efectivo en manos de los propietarios, quien a su vez son los que tienen los mayores incentivos y se encuentran en la mejor posición para incidir de forma efectiva en la dinámica de las viviendas turísticas. Los estatutos de las

comunidades de propietarios se erigen como un instrumento esencial de la regulación privada del mercado del mercado de viviendas turísticas.

Por otro lado, la reputación de los oferentes es un elemento esencial en los mercados competitivos, especialmente en aquellos ámbitos en los cuales las partes contratantes interactúan repetidamente en el mercado. La reputación de la oferta es un elemento especialmente importante en el mercado de viviendas turísticas dado que una gran parte de los contactos entre oferta y demanda así como de los contratos entre ellos, se llevan a cabo a través de Internet. Al no haber tenido contacto presencial y disponer esencialmente de información *online*, la reputación de las partes derivada de la información y opiniones generadas y disponibles en Internet, como elemento generador de confianza entre ellas, resulta extremadamente útil.

Los propietarios y/o vecinos de las viviendas turísticas serán quienes tendrán acceso a una mayor y mejor información que influirá directamente en la posición de los participantes en este mercado y en la potencial viabilidad económica de su actividad. Así, parece necesario aprovechar la información generada por las plataformas de las viviendas turísticas para poder eliminar la oferta ilegal, de mala calidad o que perjudique el funcionamiento del mercado de las viviendas turísticas. De esta forma, la información generada en el mercado y que afecta directamente a la reputación de los participantes es un mecanismo a través del cual la oferta potencialmente negativa podría decidir abandonar el mercado, mientras que la oferta que generara unos beneficios mayores que las exter-

nalidades negativas de su actividad deberían poder participar y permanecer en el mercado.

Sin embargo, los vecinos afectados por la actividad de las viviendas turísticas no deberían ser los únicos interesados en la información generada por dicha actividad. Las administraciones también tienen interés en la información generada por la dinámica del mercado de viviendas turísticas para saber el número de pernoctaciones, el precio que se ha recibido por ellas, las prestaciones ofrecidas y las eventuales molestias causadas. Todas estas variables son de suma importancia para las administraciones no solamente para saber cuáles deberían ser los impuestos que debería obtener de dicha actividad, sino también para saber si esta actividad se lleva a cabo de forma legal y de acuerdo con la normativa en vigor. En definitiva, el mercado como instrumento de interacción entre los oferentes y los demandantes de las viviendas turísticas genera unas dinámicas y una cantidad de información que puede resultar muy valiosa tanto para los agentes afectados por la actividad de las viviendas turísticas como para las administraciones que pretenden regular este mercado.

Una de los aspectos especiales que presenta la llamada economía colaborativa es que el mercado frecuentemente se encuentra en una plataforma de Internet que a menudo funciona al margen de la regulación y que es quien dispone y controla la información que se ha generado. No son, por tanto, las administraciones las que se encuentran en la mejor posición para controlar y utilizar la información generada por el mercado. No obstante, lo que parece llamativo es que hasta hoy las administra-

ciones han pretendido regular el mercado de viviendas turísticas al margen de la información generada por dicho mercado a través de las distintas plataformas y han seguido una estrategia esencialmente basada en el derecho administrativo tanto en su vertiente procesal como en su vertiente sancionadora. Este planteamiento se ha mostrado claramente insuficiente e ineficaz.

Por tanto, en base a la situación actual de las viviendas turísticas en Barcelona, parece inevitable que los instrumentos para regular el mercado sean muchos, de distinta naturaleza y que se combinen y actúen conjuntamente. La administración como único agente regulador del mercado parece insuficiente. Entre otras cosas porque no dispone de la información necesaria para regularlo eficazmente. Parece necesario utilizar el máximo potencial de los instrumentos en manos de los agentes con los mayores incentivos. Por un lado, las plataformas de Internet que posibilitan las pernoctaciones en las viviendas turísticas. Por otro lado, los instrumentos a disposición de los propietarios, como agentes del mercado mejor posicionadas y con los mayores incentivos para su buen funcionamiento.

VI. CONCLUSIONES

El mercado de viviendas turísticas en Barcelona, aunque joven, presenta síntomas de colapso. Su nacimiento hace menos de una década, su rápido crecimiento y su regulación, que ha evolucionado en paralelo al mercado, han sobrepasado la capacidad normativa de las administraciones, que se han mostrado incapaces de regular el mercado de forma satisfactoria y eficaz.

No obstante, las administraciones no son las únicas que eventualmente podrían influir en las dinámicas del mercado de viviendas turísticas. El mercado y sus agentes también tienen intereses para que este funcione correctamente y maximice los beneficios de sus participantes minimizando a su vez los costes de los afectados por dicha actividad.

Así, existen instrumentos a disposición de las partes para contribuir al buen funcionamiento del mercado de viviendas turísticas. Por un lado, los propietarios disponen de los estatutos de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal a través de los cuales pueden evitar, cuando estos se aprueben por las mayorías necesarias, que los elementos privativos de la comunidad de propietarios tengan un uso turístico. De esta forma, a través de los estatutos de las comunidades de propietarios, las comunidades que deseen mantener su naturaleza esencialmente residencial podrán evitar un uso alternativo de los elementos privativos. Un segundo instrumento se basa en la información generada por el mercado que afecta directamente la reputación y, por tanto, la posición de los agentes participantes en dicho mercado. Como se ha comentado anteriormente, la información generada por el mercado se encuentra en manos de las plataformas que permiten la interacción entre oferentes y demandantes de viviendas turísticas. No obstante, las administraciones deberían cooperar con estas plataformas para poder obtener dicha información y disciplinar la actividad ilegal que se pudiera llevar a cabo.

La llamada economía colaborativa y concretamente el mercado de viviendas turísticas plantean retos muy importantes des-

de distintos puntos de vista. Este artículo propone un enfoque global para regular el mercado de viviendas turísticas en Barcelona utilizando todos los instrumentos a disposición de las distintas partes interesadas en el buen funcionamiento del mercado.

Esta propuesta conlleva una aplicación de instrumentos jurídicos de distinta naturaleza así como una mayor interacción entre las administraciones, plataformas, participantes y afectados por la actividad de las viviendas turísticas. La sinergia entre normas jurídicas y la cooperación permitirá una mejora de la eficiencia del mercado así como del bienestar de las partes participantes o afectadas por el mismo.

NOTAS

(*) Profesora visitante de la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

(1) «The rise of the sharing economy», *The Economist*, 9 de marzo de 2013. Disponible en <http://www.economist.com/news/leaders/21573104-internet-everything-hire-rise-sharing-economy> (última consulta en 5-10-2016) y STEPHEN R. MILLER, «First Principles for Regulating the Sharing Economy», 53 *Harvard Journal of Legislation* 147 (2016).

(2) <http://es.wallapop.com/>

(3) <http://neighborgoods.net/>

(4) <https://www.couchsurfing.com/>

(5) <https://www.intercambiocasas.com/es/>

(6) <https://www.airbnb.es/>

(7) <https://www.uber.com/>

(8) <https://www.workaway.info/>

(9) <http://www.bdtonline.org/ca/>

(10) La naturaleza de la contrapartida de la prestación es tremendamente importante para establecer si nos encontramos ante una transacción comercial o un intercambio de favores que, a su vez, condicionarán la naturaleza de la plataforma en la cual se lleva a cabo el intercambio. Es decir, si las plataformas que posibilitan estos intercambios son simples mercados o un agente de estos como un intermediario o, incluso, un prestador de servicios. Para este tipo de análisis y discusión en el contexto de Uber GINÉS (véase Ginés y Gálvez, 2016).

<p>(11) Los datos de 1990 a 2011 se han obtenido de http://www.turisme2015bcn.cat/files/7931-125-arxiuCAT/Estad por 100C3 por 100ADstiques por 10020a por 10020Barcelona por 10020i por 10020prov por 100C3 por 100ADncia por 100202011_s por 100C3 por 100ADntesi.pdf. A partir de 2010, la información proviene de http://www.bcn.cat/estadistica/catala/dades/anuari/pdf/cap13.pdf (p. 8).</p> <p>También pueden encontrarse datos desde el año 2009 en http://barcelonaeconomia.bcn.cat/ca/turisme-fires-i-congressos/activitat-turistica/turistes-i-pernoctacions-als-hotels-de-barcelona.</p> <p>(12) Los datos sobre el número de pernoctaciones están disponibles de http://www.idescat.cat/economia/inec?tc=3&id=5417</p> <p>(13) Véase el artículo 5(e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.</p> <p>(14) Véanse los artículos 1542 a 1582 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE n.º 206).</p> <p>(15) Véanse los artículos 1542 a 1582 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE n.º 206).</p> <p>(16) Véase CAMPUZANO (2015: 1199-1246), «El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica».</p> <p>(17) La facilidad en el acceso a la información ha hecho posible que tanto el número de turistas como el de pernoctaciones haya aumentado un 350 por 100 en los últimos 25 años (los datos de 1990 a 2011 están disponibles en http://www.turisme2015bcn.cat/files/7931-125-arxiuCAT/Estad por 100C3 por 100ADstiques por 10020a por 10020Barcelona por 10020i por 10020prov por 100C3 por 100ADncia por 100202011_s por 100C3 por 100ADntesi.pdf mientras que los datos a 2010 se encuentran en http://www.bcn.cat/estadistica/catala/dades/anuari/pdf/cap13.pdf (p. 8).</p> <p>(18) La historia de Airbnb nace, como muchas, de una casualidad. En 2007, BRIAN CHESKY y JOE GEBBIA se mudaron de Nueva York a San Francisco. Al no tener trabajo y encontrarse con dificultades para llegar a fin de mes, buscaron una forma de ganar algo de dinero y decidieron alquilar una habitación de su <i>loft</i>. En vista del éxito que tuvo la habitación que alquilaban, en 2008 crearon Airbnb. http://getpaidforyourpad.com/blog/the-airbnb-founder-story/</p> <p>Actualmente ofrecen habitaciones y pisos enteros de alquiler en todo el mundo y su valoración se estima en aproximadamente 20.000 millones de dólares. JASON CLAMPET, «Airbnb's New \$1 Billion Funding Would Value It At \$20 Billion, <i>Skift</i>, 28 de febrero de 2015 (http://skift.com/2015/02/28/airbnbs-new-1-billion-funding-would-value-it-at-20-billion/; última consulta: 5-10-2016).</p> <p>(19) http://www.aparteasy.com/en/</p>	<p>(20) http://www.booking.com/index.ca.html?label=gen173nr-1BCAEoggJCAIHYS-DNiBW5vcmVmaEalAQGYAQS4AQvIAQ_YAQ_HoAQGoAgM;sid=c534a71296be8d24933af-fa35054b53a;dcid=12;sb_price_type=total&</p> <p>(21) https://www.only-apartments.com/cat.html</p> <p>(22) http://www.openhousegroup.com/es/</p> <p>(23) http://es.rent4days.com/</p> <p>(24) https://www.tripadvisor.es/</p> <p>(25) http://catala.habitacalia.com/</p> <p>(26) https://www.homeaway.es/</p> <p>(27) https://www.insidebarcelona.com/</p> <p>(28) Durante la crisis, la tasa de paro de España era una de las más elevadas de la Unión Europea y se encontraba alrededor del 24 por 100. Desde 2014 parece haber disminuido un poco y actualmente, aunque todavía alta, parece estar alrededor del 20 por 100. La información sobre las tasas de paro en España y en los distintos países de la Unión Europea se encuentra en http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=lfsq_urgan&lang=en (última visita 5-10-2016).</p> <p>(29) Ayuntamiento de Barcelona, Plan Especial de usos de Alojamientos Turísticos (2015) (http://premsa.bcn.cat/download/peuat.pdf). Los datos y el mapa sobre la tasa de plazas turísticas y plazas residenciales en los distintos barrios de Barcelona se encuentra en la página 20.</p> <p>(30) Ley 18/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre Derecho a la Vivienda (http://www.gencat.cat/mediamb/publicacions/monografies/L_18_2007_dret_hab_(cat).pdf). Esta Ley, en su artículo 19 permite a los ayuntamientos regular el uso turístico de las viviendas residenciales. En diciembre de 2011 este artículo fue derogado por el artículo 155 de la Ley 9/2011 de 29 de diciembre de promoción de la actividad económica (http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&versionId=1215849&language=ca_ES&mode=single) en el que se requiere, en su primer apartado, en la necesidad de contar con «títulos habilitantes correspondientes a la actividad [turística]» así como en su segundo apartado conmina a las administraciones a impulsar políticas orientadas a evitar la utilización ilegal de las residencias para la realización de actividades económicas que requieran de algún tipo de título para su realización.</p> <p>(31) Decreto 159/2012 de 20 de noviembre de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turísticos. (http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa?documentId=622795&action=fitxa)</p> <p>(32) Ley 9/2011 de 29 de diciembre de promoción de la actividad económica (http://</p>	<p>portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&versionId=1215849&language=ca_ES&mode=single); http://www.parlament.cat/document/catala-leg/48191.pdf</p> <p>(33) Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos. http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa?documentId=603168&action=fitxa</p> <p>(34) Los requisitos de las viviendas de uso turístico se encuentran regulados en el artículo 67 del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turísticos.</p> <p>(35) Véase el título II del Decreto 159/2012 de 20 de noviembre de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turísticos.</p> <p>(36) Artículo 67 del Decreto 159/2012 de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico.</p> <p>(37) La tasa turística es muy variable y puede ir de 0,65 euros a 2,25 euros por noche por turista más un 10 por 100 de IVA en Barcelona, y de un 0,45 euro por noche por turista más un 10 por 100 de IVA en el resto de Cataluña.</p> <p>(38) El registro de viviendas turísticas está en vigor desde el 30 de enero de 2014. http://empresaiocupacio.gencat.cat/ca/treb_ambits_actuacio/emo_turisme/emo_empreses_establiments_turistics/emo_registre_turisme_catalunya/ La guía oficial de viviendas de uso turístico en Cataluña se encuentra en http://www14.gencat.cat/rtcwebguies/AppJava/cercaEstabliments.do?pst=5&lg=</p> <p>(39) Desde 2012, la tasa turística ha recaudado 80 millones de euros aproximadamente en toda Cataluña. http://empresaiocupacio.gencat.cat/ca/treb_ambits_actuacio/emo_turisme/emo_empreses_establiments_turistics/emo_registre_turisme_catalunya/emo_llistat_establiments_turistics/</p> <p>(40) Ver http://empresaiocupacio.gencat.cat/ca/treb_ambits_actuacio/emo_turisme/emo_empreses_establiments_turistics/emo_registre_turisme_catalunya/emo_llistat_establiments_turistics/</p> <p>(41) Ver http://www.turisme2015bcn.cat/files/7931-125-arxiuCAT/Estad por 100C3 por 100ADstiques por 10020a por 10020Barcelona por 10020i por 10020prov por 100C3 por 100ADncia por 100202011_s por 100C3 por 100ADntesi.pdf para los datos entre 1990 y 2011 y para los datos a partir de 2010, http://www.bcn.cat/estadistica/catala/dades/anuari/pdf/cap13.pdf (p. 8).</p> <p>También pueden encontrarse datos desde el año 2009 en http://barcelonaeconomia.bcn.cat/ca/turisme-fires-i-congressos/activitat-turistica/turistes-i-pernoctacions-als-hotels-de-barcelona.</p>
--	--	---

(42) Ver http://www.turisme2015bcn.cat/files/7931-125-arxiuCAT/Estad por 100C3 por 100ADstiques por 10020a por 10020Barcelona por 10020i por 10020prov por 100C3 por 100ADncia por 100202011_s por 100C3 por 100ADntesi.pdf para los datos entre 1990 y 2011 y para los datos a partir de 2010, <http://www.bcn.cat/estadistica/catala/dades/anuari/pdf/cap13.pdf> (p. 8).

También pueden encontrarse datos desde el año 2009 en <http://barcelonaeconomia.bcn.cat/ca/turisme-fires-i-congressos/activitat-turistica/turistes-i-pernoctacions-als-hotels-de-barcelona>.

(43) Es importante señalar que las molestias potencialmente generadas por los turistas no son el único tipo de externalidades negativas que se pueden dar como consecuencia de la existencia de viviendas de uso turístico en una comunidad de propietarios. Por ejemplo, las viviendas turísticas también pueden hacer que las viviendas residenciales de las comunidades de propietarios en las que se encuentran viviendas turísticas experimenten una pérdida de valor.

(44) Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona de 30 de abril de 2014, BOPB 02/05/2014 (<https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.aspx?fnew?bop2014&05/022014011202.pdf&1>). El 10 de septiembre de 2014, en base a los conflictos existentes entre vecinos y turistas en Ciutat Vella, se decidió suspender la concesión de licencias también en este barrio. (<https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.aspx?fnew?bop2014&09/022014023407.pdf&1>). El 22 de octubre de 2014, la suspensión de concesión de licencias de viviendas de uso turístico se suspendió en toda la ciudad de Barcelona (<https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.aspx?fnew?bop2014&10/022014027807.pdf>). El Ayuntamiento de Barcelona promulgó un plan según el cual las viviendas de uso turístico debían encontrarse, en el plazo de seis años, en un mismo edificio.

(45) <https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.aspx?fnew?bop2014&10/022014027807.pdf>.

(46) El programa electoral de Barcelona en Comú está disponible en https://barcelonaencomu.cat/sites/default/files/programaencomun_cast.pdf om

(47) http://www.diba.cat/documents/479934/60665050/12.2+ATI-38-2015_-suspensio-licencias-BCN_WEB_versio-CAT.+Alfred+Lacasa.pdf/485ea61a-767a-4398-a858-8ede7c9b4ade

(48) http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/04/01/catalunya/1459524425_450822.html

(49) www.airbnb.com

(50) www.insideairbnb.com

(51) Ejemplos de páginas con oferta de viviendas turísticas en Barcelona son Tripadvisor, Fotocasa, Rent4days, 9flats, Housetrip, Only-apartments, Windy, Oh Barcelona y Niumba.

(52) Concretamente, un 48 por 100 de las inspecciones iniciadas fueron desestimadas (Ayuntamiento de Barcelona, 2016).

(53) Véase el artículo 66.3 del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico.

(54) Véase el artículo 33 de la Constitución española.

(55) Artículo 553-11 del Código Civil catalán http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&mode=single&documentId=694077&language=ca_ES

(56) Según el artículo 553-11 del Código Civil catalán:

»1. Els estatuts regulen els aspectes referents al règim jurídic real de la comunitat i poden contenir regles sobre les qüestions següents:

a) Les limitacions d'ús i altres càrregues dels elements privatius.

»2. Són vàlides les clàusules estatutàries següents, entre d'altres:

a) Les que limiten les activitats que es poden acomplir en els elements privatius.

(57) Los propietarios de viviendas no gozan un derecho de propiedad absoluto. Las facultades de los propietarios de viviendas situadas en edificios en régimen de propiedad horizontal pueden verse limitadas por los reglamentos de régimen interior y por los estatutos de las comunidades de propietarios, si los propietarios lo consideran conveniente y aprueban por las mayorías requeridas. En este sentido, el Código Civil de Cataluña limita los derechos de los propietarios relativos a sus derechos y deberes respecto de los elementos comunes del edificio y respecto su organización. Ejemplos de estos deberes son las facultades reguladas en los artículos 553-38, 553-39, 553-40 y 553-47 del Código Civil de Catalunya. A su vez, los estatutos de las comunidades de propietarios, en base al artículo 553-11 del Código Civil de Catalunya pueden incluir restricciones adicionales.

(58) Si los estatutos de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal limita el uso de los elementos privativos, los propietarios no podrán llevar a cabo dichos usos en su propiedad. Artículo 553-40 del Código Civil de Catalunya.

(59) Artículo 553-25-2 del Código Civil de Catalunya.

(60) Véase la redacción anterior del artículo 553-25-4 del Código Civil de Catalunya. El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya ha establecido repetidamente que los usos de las facultades de los propietarios no pueden verse limitadas a no ser que los propietarios estén de acuerdo con dichas limitaciones o en situaciones en las que existe una causa legal que las justifica. En cualquier otro caso, las limitaciones de las facultades de los propietarios no son aplicables. Véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya

de 25 de marzo de 2013 y de 20 de febrero de 2012. Esta interpretación está en la misma línea que la realizada por el Tribunal Supremo de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal que, en su sentencia de 12 de septiembre de 2013, entendió que los propietarios de los elementos privativos deberían tener derecho a utilizar y hacer con su propiedad lo que consideraran siempre que no estuviera prohibido legalmente o por la normativa aplicable en la comunidad de propietarios, como https://www.theguardian.com/cities/2016/oct/05/building-way-to-hell-readers-ales-gentrification-around-world?CMP=share_btn_tw el reglamento de régimen interior y/o los estatutos de la comunidad de propietarios.

(61) Resolución JUS/163/2010 de 21 de abril de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, DOGC 5637 (2010). Merece destacar que si un propietario votara en contra de la limitación de usos de los elementos privativos de mala fe, con abuso de su posición o ejerciendo sus derechos de forma antisocial, el resto de propietarios podrían acudir a los tribunales para cuestionar el no consentimiento. Véase la resolución JUS/1726/2015 de 14 de julio de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, DOGC 6925 (2015).

(62) Ver la nueva redacción del artículo 553-24 del Código Civil de Catalunya en base a las modificaciones introducidas por la Ley 5/2015, de 13 de Mayo, de modificación del libro quinto del Código Civil de Catalunya, relativo a los derechos reales.

(63) Artículo 553-11.3 del Código Civil de Catalunya.

(64) El artículo 18 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria exige que el registrador, antes de proceder a inscribir las formas extrínsecas de los documentos, los califique.

(65) El artículo 13 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

(66) Ver la Resolución JUS/163/2010 de 21 de abril, DOGC 5637 (2010); JUS/2299/2013 de 28 de octubre, DOGC 6498 (2013), JUS/2410/2014 de 9 de octubre, DOGC 6742 (2014) y JUS/1726/2015 de 14 de julio, DOGC 6925 (2015) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.

(67) Resolución JUS/163/2010 de 21 de abril, DOGC 5637 (2010) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.

(68) Véase el artículo 553-25-2 del Código Civil de Catalunya.

(69) Véase el artículo 553-25-4 del Código Civil de Catalunya.

<p>(70) Resolución JUS/2410/2014 de 9 de octubre, DOGC 6742 (2014) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya señalando que la limitación de usos de los elementos privativos requiere consentimiento expreso si se trata de un uso que potencialmente se pudiera dar al elemento privativo aunque de hecho no se esté llevando a cabo.</p> <p>(71) Resolución JUS/2299/2013 de 28 de Octubre, DOGC 6498 (2013) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.</p> <p>(72) Véase el artículo 253-25-2 del Código Civil catalán.</p> <p>(73) Esta fue la interpretación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en las sentencias de 20 de febrero de 2012, de 22 de julio de 2013 y en las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) de 12 de diciembre de 2002, de 9 de febrero de 2008, 22 de septiembre de 2009, 27 de diciembre de 2010 o de 8 de abril de 2011 así como las resoluciones de la Dirección General de 21 de abril de 2010 y de 28 de octubre de 2013. Véase JUS/105/2015 de 7 de enero de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, DOGC 6804 (2015). La jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra una interpretación en la misma dirección en sus sentencias de 23 de febrero de 2006, de 20 de septiembre de 2007, de 20 de octubre de 2008, de 27 de noviembre de 2008, de 30 de septiembre de 2010 y 1 de octubre de 2013.</p> <p>(74) Resoluciones JUS/2426/2014 de 14 de octubre, DOGC 6743 (2014) y JUS/105/2015 de 7 de enero, DOGC 6804 (2015) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.</p> <p>(75) Véase el artículo 553-25.6 del Código Civil de Cataluña según el cual los propietarios que no fueron a la junta de propietarios tienen 30 días para impugnar dicho acuerdo.</p> <p>(76) Ley 5/2015 de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.</p> <p>(77) Resolución JUS/2426/2014 de 14 de octubre, DOGC 6743 (2014) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.</p> <p>(78) Resolución JUS/2426/2014 de 14 de octubre, DOGC 6743 (2014) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.</p> <p>(79) Resolución JUS/105/2015 de 7 de enero, DOGC 6804 (2015) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.</p>	<p>(80) Véase el artículo 553-26.2 del Código Civil catalán.</p> <p>(81) Resolución JUS/105/2015 de 7 de enero, DOGC 6804 (2015) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.</p> <p>(82) Véase el artículo 553-26.3 del Código Civil catalán.</p> <p>(83) Resolución JUS/105/2015 de 7 de Enero, DOGC 6804 (2015) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.</p> <p>(84) Resolución JUS/105/2015 de 7 de Enero, DOGC 6804 (2015) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.</p> <p>(85) Ley 5/2015 de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.</p> <p>(86) Parece razonable pensar que esta modificación responde a la problemática existente con la necesidad de consentimiento expreso para poder inscribir estatutos de comunidades de propietarios limitando el uso turístico de los elementos privativos. Véase la nueva redacción del artículo 553-26.4 de la Ley 5/2015 de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales según el cual se elimina el requisito del consentimiento expreso de los propietarios para adoptar estatutos de las comunidades de propietarios que limiten los usos de los elementos privativos.</p> <p>(87) Artículo 553-26 de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.</p> <p>(88) Una de las cuestiones más complejas que genera la modificación legislativa de la ley 5/2015 es cómo quedarán los estatutos adoptados con las mayorías necesarias en comunidades de propietarios en las que existen viviendas turísticas. ¿La adopción e inscripción de los estatutos significará el cese de la actividad turística que previamente se desarrollaba en el edificio? Si la respuesta es afirmativa, ¿generará este cese un derecho a compensar al propietario que realizaba la actividad?</p> <p>(89) Resolución JUS/2426/2014 de 14 de octubre, DOGC 6743 (2014) de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya.</p> <p>(90) La interpretación de la voluntad del legislador en equilibrar los intereses de las partes en tensión queda por verse. De momento, parece difícil anticipar una interpretación coherente de la Ley 5/2015 y el libro quinto del Código Civil de Cataluña. A modo de ejemplo, la resolución JUS/2426/2014 de 14 de octubre, DOGC 6743 (2014) de</p>	<p>la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya adoptada cuando la Ley 5/2015 aún era un proyecto anticipa la necesidad de las mayorías reforzadas de 4/5 para la adopción de los estatutos limitativos de los usos privativos, pero entiende que este acuerdo no se podrá imponer a un propietario que discrepe con dicha limitación. Aunque la Ley 5/2015 no incluye esta interesante interpretación, queda por ver cómo se dará sentido a la modificación legislativa. En la misma dirección, véase también MIRIAM ANDERSON, Recursos Governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (juliol - octubre 2015) (2016), 7, Indret 1/2016, www.indret.com</p> <p>(91) Aunque la tendencia parece innegable, no hay datos oficiales publicados. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/02/07/catalunya/1454868172_907693.html</p> <p>(92) El artículo 66.3 del Decreto 159/2012 de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico exige que para poder considerar que una vivienda tiene un uso turístico es necesario que el propietario la ceda a terceros a cambio de un precio por un periodo máximo de 31 días, dos o más veces al año.</p> <p>(93) Véase las Sentencias 384/2011 de 12 de julio y 379/2015 de 9 de octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona.</p> <p>(94) Cabe señalar que el uso de los estatutos de las comunidades de propietarios limitando el uso turístico de los elementos privativos es aún hoy muy minoritario.</p> <p>BIBLIOGRAFÍA</p> <p>Ayuntamiento de Barcelona (2016), «Informe: Actuacions municipals sobre l'oferta il·legal d'allotjaments turístics 2015», https://bcnroc.ajuntament.barcelona.cat/jspui/bitstream/11703/86530/1/actumunofi_2016.pdf</p> <p>CAMPUZANO, H. (2015), «El alquiler de viviendas para uso vacacional a partir de la Ley 4/2013, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Alquiler de Viviendas», <i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>, 749: 1199-1246.</p> <p>Defensor del Pueblo (2015), «Informe anual 2015», https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2015/</p> <p>GINÉS, A. y GÁLVEZ, S. (2016), «Sahring economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital», <i>InDret Revista para el Análisis del Derecho</i>, 1, http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf</p> <p>HORTON, J.J. (2014), «The Tragedy of Your Upstairs Neighbors: Is the Airbnb Negative Externality Internalized?», SSRN, http://ssrn.com/abstract=2443343</p>
--	--	--

COLABORADORES EN ESTE NÚMERO

ALBERT, Rocío. Es directora del Consorcio Urbanístico Tecnológico de la Carpetanía, Madrid. Con anterioridad, ha desempeñado distintos cargos en la Comunidad de Madrid: viceconsejera de Economía e Innovación; directora general de Universidades e Investigación; directora general de Mejora de Calidad de Enseñanza; jefa de Gabinete en la Consejería de Economía y Consumo y secretaria general del Consejo Económico y Social. Además, ha sido decana de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación de la Universidad Europea. Es profesora de Economía y Hacienda en la Universidad Complutense de Madrid desde el año 1998 y codirectora del Máster en Derecho, Economía y Políticas Públicas de la Fundación Ortega y Gasset con la UCM. Ha sido profesora invitada en diferentes universidades extranjeras (Bolonía, Bogotá, Córdoba [Argentina]). Es doctora por el departamento de Economía Aplicada IV por la Universidad Complutense de Madrid, *European Master in Law and Economics* por la Universidad de Hamburgo y máster en Dirección en Administración Pública en ESADE. Es autora de numerosos trabajos académicos sobre temas de economía, derecho y políticas públicas, monografías y artículos, y ha publicado en revistas de prestigio internacional.

AMARAL-GARCÍA, Sofía. En la actualidad es *Research Associate* en DIW Berlin, departamento de empresas y mercados; *Research Associate* en el programa *Berlin Economics Research Associates (BERA)*; y *Fellow* en el Berlin Center for Consumer Policies (BCCP). Anteriormente, fue *postdoctoral Global Fellow* en la escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, y *postdoctoral associate* en el Center for Law & Economics (ETH Zurich). También fue *visiting scholar* del Max Planck Institute for Collective Goods, la facultad de Derecho de la Universidad de Illinois y el CRED (anteriormente, ERMES), la Universidad Panthéon-Assas Paris II. Sus principales líneas de investigación comprenden los estudios empíricos sobre derecho y economía, economía de la salud, la microeconomía aplicada y el derecho comparado. Ha cursado un MPPA (Máster en Políticas Públicas y Administración) y una licenciatura en Economía en la Nova School of Business & Economics (Portugal).

ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia. Es profesora visitante en la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra; profesora colaboradora del departamento de Economía de la Universitat Pompeu Fabra; profesora asociada de la Escuela Superior de Comercio Internacional de la Universitat Pompeu Fabra y de la Escuela de Derecho de ESADE. Su investigación combina el estudio del derecho, especialmente del derecho privado, desde una perspectiva económica, especialmente el derecho de contratos, el derecho de daños —sobre todo, la responsa-

bilidad civil por daños causados por productos defectuosos— y el derecho de sucesiones. Además, el derecho comunitario y el proceso de integración económica y monetaria de la Unión Europea forma parte de sus líneas de investigación. Obtuvo su doctorado, un *Juris Science Doctor (JSD)* y un Máster en Derecho (LLM) por la Cornell Law School, licenciándose en Derecho y en Economía por la Universitat Pompeu Fabra. Tiene experiencia internacional como profesora visitante de la Brooklyn Law School, del Institut für Wirtschaftsrecht de la Kassel Universität, del departamento de Economía y de la Facultad de Derecho de la Montenegro University, del departamento de Derecho de la University of Trento y del Center for South African Studies de la University of Western Cape. Fue *law clerk* del Juez Edwin H. Stern, juez presidente del Tribunal de apelación de Nueva Jersey. Abogada del Colegio de Abogados de Barcelona y en el estado de Nueva York.

BIAZZI SOLOMONOFF, Rogelio. Es profesor de Economía de la Universidad Complutense y docente de grado y posgrado en otras universidades españolas y extranjeras. Es director de Posgrado y Desarrollo Universitario en ESNE. Autor de numerosos trabajos académicos relacionados con el análisis económico del derecho y las políticas públicas. Coautor del Índice de *libertad económica en las CC.AA.* (Marcial Pons, 2008), *Libertad Económica en España 2011* (Cívitas), *Libertad Económica en España 2013 y 2015* (Civismo). Ha trabajado como consultor en organismos nacionales e internacionales.

CABRILLO, Francisco. Catedrático de Economía Aplicada en la Universidad Complutense de Madrid. Académico de reconocido prestigio, ha desempeñado diversos cargos de responsabilidad en las administraciones públicas, habiendo sido presidente del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid entre 2004 y 2011. Ha sido investigador visitante en las universidades de Princeton, Roma y Oxford. Entre 1990 y 2008 dirigió en España el *Erasmus Programme in Law and Economics*. En la actualidad es director del Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho del Instituto Universitario Ortega y Gasset; y desde 2004 dirige el *Seminar in Law and Economics* (Harvard University-Fundación Rafael del Pino). Su obra científica, centrada en el análisis económico del derecho y las instituciones, es muy amplia siendo autor de más de veinte libros y un centenar de artículos en publicaciones académicas. Entre sus libros publicados en los últimos años cabe mencionar *The Economics of Courts and Litigation* (Ed. Edgard Elgar, 2008), *Constitutional Economics and Public Institutions* (ed.) (Edward Elgar, 2013) y *Libertad económica en España 2015* (Ed. Civismo, 2015).

CELENTANI, Marco. Profesor titular del Departamento de Economía y director de la Escuela de Doctorado de la Universidad Carlos III. Es licenciado en Economía por la Università di Napoli Federico II (1987), *Master of Arts* en Economía (1991) y Ph.D. en Economía (1993) en la University of California Los Angeles. Su investigación se centra en teoría de juegos y contratos y sus aplicaciones a la economía política, remuneración de ejecutivos, economía y derecho. Sus trabajos de investigación han sido publicados en las principales revistas de economía como *Econometrica*, *Journal of Economic Theory*,

Economic Theory, Review of Economic Dynamics y European Economic Review. Su actividad docente se desarrolla en el campo de la microeconomía, la teoría de juegos y la economía de la información en cursos de grado, máster y doctorado.

DOMÉNECH, PASCUAL, Gabriel. Profesor titular (acreditado como catedrático) de Derecho Administrativo en la Universitat de València. Ha publicado varios libros y decenas de artículos sobre muy diversos temas: la invalidez de las normas jurídicas, las obligaciones positivas del Estado de proteger los derechos fundamentales, el régimen jurídico del bienestar animal, la responsabilidad civil del Estado, las tasas judiciales, los sistemas de retribuciones variables de los jueces, la especialización judicial, etc. Desde hace unos años, viene orientando su actividad investigadora y docente principalmente hacia el análisis económico del derecho público.

GANUZA, Juan José. Catedrático del departamento de Economía y Empresa de la Universitat Pompeu Fabra y profesor afiliado de la Barcelona GSE. Licenciado en Ciencias Físicas por la Universidad Complutense de Madrid (1991), y doctor en Economía por la Universidad Carlos III de Madrid en 1996. En 1998 se incorporó a la Universitat Pompeu Fabra donde fue promocionado a catedrático en 2009. Su investigación se centra fundamentalmente en cuatro áreas: i) subastas, compras públicas y diseño de mecanismos; ii) análisis económico del derecho; iii) regulación y defensa de la competencia; y iv) estrategia empresarial e innovación. Ha publicado en las principales revistas internacionales de su campo de investigación (*RAND Journal of Economics, International Journal of Industrial Organization, Journal of Industrial Economics, Journal of Economics Management and Strategy, Econometrica, Journal of Legal Studies*, etc). Finalmente, ha colaborado en la elaboración de varios libros relacionados con la regulación y la contratación pública.

GARCÍA-POSADA GÓMEZ, Miguel. Economista titulado del Banco de España desde el año 2012. Anteriormente trabajó como analista de investigación en la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA). Es doctor en Economía por la Universidad Carlos III de Madrid y cursó estudios de posgrado en la Universidad de Warwick, Reino Unido. Sus principales áreas de investigación son el análisis económico del derecho, los concursos de acreedores, las finanzas corporativas, la transmisión de la política monetaria mediante el sistema bancario y la econometría aplicada.

GAROUA, Nuno. Catedrático de Derecho y facilitador en el programa de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Texas A&M (Escuela de Derecho) y ostenta la cátedra sobre *Research Innovation* en la Escuela de Derecho Católica Global de Lisboa (Portugal). Ha sido presidente de la Fundación Francisco Manuel dos Santos en Lisboa (2014-2016) y ha impartido clases en la facultad de Derecho de la Universidad de Illinois (EE.UU.) (2007-2015), en la Universidade Nova de Lisboa (Portugal) (2001-2007) y en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona (1998-2001). Completó su doctorado en Economía en la Universidad de York (Reino Unido), y posee un máster en Derecho por la Universidad de Londres. Cuenta con una larga trayectoria investigadora

dedicada a la economía del derecho e instituciones jurídicas, así como al análisis comparado de políticas judiciales. Ha sido vicepresidente de la European Association of Law and Economics (2004-2007), miembro de los Consejos de la International Society for New Institutional Economics (2006-2009) y de la Latin America and Caribbean Law and Economics Association (2009-2011), y coeditor de las revistas *Review of Law and Economics* (2004-2010) e *International Review of Law and Economics* (desde 2012).

GÓMEZ, Fernando. Es catedrático de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. Tras licenciarse en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid y doctorarse en Derecho en la Universidad de Bolonia (Italia), ha sido profesor en distintas universidades europeas (Universidad Complutense de Madrid, University of Wales, Universidad de Hamburgo), de Israel (IDC-Herzliya) y de los Estados Unidos (NYU School of Law, George Mason University School of Law). Es coeditor de las revistas *Review of Law and Economics* y de la *European Review of Contract Law*, editor ejecutivo de *InDret*, la más destacada revista electrónica española en el ámbito jurídico, y es miembro de los comités editoriales de otras revistas internacionales y españolas. Fue nombrado por la Comisión Europea miembro del Grupo de Expertos encargado de elaborar la propuesta del Derecho Común Europeo de la compraventa. Sus trabajos se han publicado en revistas internacionales así como en revistas y libros de numerosos países (Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Portugal, Argentina, Colombia) además de en España. Sus áreas de investigación se relacionan con la aplicación de la economía a distintos campos del derecho, en especial los de contratos, responsabilidad civil, armonización jurídica y organización judicial. Su más reciente publicación internacional es «Product Liability vs. Reputation», *Journal of Law, Economics & Organization* (2016).

GUTIÉRREZ, María. Es profesora titular en el departamento de Economía de la Empresa de la Universidad Carlos III. Es doctora en Economía por la Universidad Complutense desde 2000 y completó el Máster en Economía y Finanzas del CEMFI en el año 1997. En la universidad imparte cursos de gobierno corporativo, finanzas empresariales y economía financiera tanto en grado como en posgrado. Sus intereses de investigación son el gobierno corporativo, la financiación empresarial y el análisis económico del derecho. Es investigadora asociada del European Corporate Governance Institute (ECGI). Sus trabajos teóricos estudian instituciones de gobierno corporativo como los consejos de administración o los deberes fiduciarios. Sus trabajos empíricos tratan problemas de gobierno corporativo como la expropiación de los accionistas minoritarios y los costes de quiebra. Ha recibido becas y premios por su trabajo investigador. Sus trabajos se presentan regularmente en conferencias prestigiosas, incluyendo la American Law and Economics Association, la European Economic Association y la European Finance Association. Desde 2012 hasta 2016 ha sido miembro del Comité Consultivo de la CNMV.

MARTÍNEZ-MATUTE, Marta. Doctora en Economía por la Universidad de Valladolid, actualmente trabaja como economista titulada en la DGA de Economía e Investigación del

Banco de España, labor que compagina con la docencia de la asignatura *Economics of European Integration* en la Syracuse University (Campus de Madrid). También ha sido profesora del departamento de Economía Financiera y Contabilidad y del departamento de Fundamentos del Análisis Económico de la Universidad de Valladolid. Se dedica a la investigación y ha publicado diversos artículos en revistas de impacto sobre temas relacionados principalmente con la economía aplicada, mercado de trabajo, macroeconomía y evaluación de políticas públicas.

MORA-SANGUINETTI, Juan S. Es economista titulado de la Dirección General de Economía y Estadística del Banco de España-Eurosistema y abogado. Es, además, presidente de la Asociación de Economistas del Banco de España y miembro de los consejos académicos de la Asociación Española de Derecho y Economía y de FIDE. Asimismo, profesor invitado de Análisis Económico del Derecho en la Universidad Complutense de Madrid. Se licenció en Derecho y en Economía por la Universidad Carlos III de Madrid. Obtuvo el premio al mejor expediente académico en ambas licenciaturas y el premio extraordinario en Derecho. Posee un máster de Investigación en Economía por el Instituto Universitario Europeo de Florencia. Se doctoró con mención europea *cum laude* en Historia Económica e Instituciones en la Universidad Carlos III de Madrid. Por otro lado, en 2010 y 2011 fue economista en la OCDE (París), colaborando con el equipo de análisis de las economías de España y Suiza. Posteriormente, colaboró con la OCDE (2013) en la elaboración de sus indicadores de justicia (*OECD Civil Justice Project*). Ha sido investigador visitante en las universidades de Iowa y Singapore Management University. Su investigación ha sido publicada en diversas revistas internacionales, como *Small Business Economics Journal*, *Economic Modelling* o *International Review of Law and Economics*.

ROSALES, Virginia. Doctora en Economía e Instituciones por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente desempeña su labor docente e investigadora en el departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Granada y es miembro del Consejo del Instituto Universitario de Derecho y Economía de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido investigadora visitante en el Instituto del Banco Mundial, en el Real Colegio Complutense de Harvard y en el Instituto de Derecho y Economía de la Universidad de Hamburgo. Ha colaborado en numerosos proyectos de investigación en la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad de Granada, la Universidad Pompeu Fabra y la Unidad de Gobernabilidad del Instituto del Banco Mundial. Su línea de investigación principal es el análisis económico del derecho y el proceso legal, área del conocimiento donde tiene diversas publicaciones nacionales e internacionales.

SÁEZ, Maribel. Es profesora titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Ha desarrollado actividad investigadora posdoctoral en las universidades alemanas de Marburg y Bonn (2004-2005), y en la Universidad de Columbia (2012), y ha sido profesora invitada en la Radzyner School of Law en el Interdisciplinary Center Herzliya (2013). Ha disfrutado de la beca Alexander von Humboldt (2004-2005) y Caja Madrid (2012). Su área de especialización es el

derecho de sociedades y el análisis económico del derecho. Sus trabajos se publican en revistas jurídicas internacionales como *European Business Organization Law Review*, *The Journal of Corporate Law Studies*, o *Theoretical inquiries in Law*, y se presentan regularmente en conferencias prestigiosas de law and economics, incluyendo la American Law and Economics Association y la European Law and Economics Association.

SHAVELL, Steven. Se licenció en la Universidad de Michigan en 1968, fue funcionario público del U.S. Public Health Service en los Centros para el Control de Enfermedades entre 1968 y 1970, y completó el doctorado en Economía en el MIT en 1973. Formó parte del claustro docente del departamento de Economía de la Universidad de Harvard desde 1974 hasta 1980 y pasó a la Escuela de Derecho de Harvard en 1980. Su principal línea de interés investigador es el análisis económico de las ramas básicas del derecho (contratos, *tort*, propiedad y enjuiciamiento criminal), así como el proceso legal. Es fundador y director del John M. Olin Center for Law, Economics, and Business de la Escuela de Derecho de Harvard; en el pasado dirigió el programa *Law and Economics* del National Bureau of Economic Research, y cofundó y ejerció la presidencia de la American Law and Economics Association. Ha sido *Guggenheim Fellow*, es *Fellow* electo de la Econometric Society, miembro electo de la American Academy of Arts and Sciences, y ha recibido la medalla Ronald H. Coase a la investigación sobre *Law and Economics*. Es autor de numerosos artículos y varios libros, entre los que figura el manual *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004.

VAN HEMMEN, Stefan F. Doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona (1999) y profesor titular del Departamento de Empresa en la misma universidad desde 2002, se ha especializado en el funcionamiento del sistema concursal español, tratando de medir los efectos económicos de las diversas reformas. Desde 2006 elabora anualmente la *Estadística Concursal* del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, gracias a un convenio de colaboración entre esta institución y su universidad. Tiene una motivación especial en la utilidad social de la investigación, tratando de llegar a operadores jurídicos (abogados y jueces) y económicos por medio de revistas del derecho y la economía de ámbito español, así como de obras colectivas en que participan profesionales.

VEGAS, Raquel. Economista titulada en el Banco de España desde 2016 en la Dirección General de Estabilidad Financiera y Resolución. Previamente trabajó en la Dirección General de Economía y Estadística del Banco de España, en el Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI) y en la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA). También fue asesora en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Es doctora en Economía por la Universidad Carlos III de Madrid desde 2011. Su investigación ha estado vinculada a materias relacionadas con el funcionamiento del mercado de trabajo (inmigración, pensiones, discriminación salarial) y la economía de la salud (discapacidad y envejecimiento). Actualmente, el sector bancario, las bancarrotas empresariales, la productividad y los ciclos de crédito.

PUBLICACIONES DE FUNCAS

Últimos números publicados:

PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA

N.º 149. Transformación digital en los medios de pago

N.º 150. Competitividad en los mercados internacionales: búsqueda de ventajas

PANORAMA SOCIAL

N.º 23. Retos demográficos

N.º 24. El nuevo escenario migratorio en España

CUADERNOS DE INFORMACIÓN ECONÓMICA

N.º 255. La banca en 2017: el reto de la rentabilidad

N.º 256. Tiempo de incertidumbre en la economía global

PAPELES DE ENERGÍA

N.º 2 (2016)

SPANISH ECONOMIC AND FINANCIAL OUTLOOK

Vol. 5, N.º 6 (2016). Spanish banks: Resisting a difficult climate

Vol. 6, N.º 1 (2017). Spanish in the context of heightened global uncertainty

ESTUDIOS DE LA FUNDACIÓN

N.º 85. Iberismos. Expectativas peninsulares en el siglo XIX

N.º 86. Mining structural and behavioral patterns in smart malware

PRECIO DE LAS PUBLICACIONES

AÑO 2017

Publicación	Suscripción*			Números sueltos**	
	Suscripción anual	Edición papel €	Edición digital	Edición papel €	Edición digital
Papeles de Economía Española	4 números	50	Gratuita	15	Gratuito
Cuadernos de Información Económica	6 números	40	Gratuita	10	Gratuito
Panorama Social	2 números	20	Gratuita	13	Gratuito
Spanish Economic and Financial Outlook	6 números	30	Gratuita	10	Gratuito
Papeles de Energía	2 números	20	Gratuita	13	Gratuito
Focus	6 números	–	Gratuita	–	–
Estudios (números sueltos)	–	–	–	12	Gratuito

Los precios incluyen el IVA. No incluyen los gastos de envío.

* Gastos de envío: España, 7 €/año; Europa, 10 €/ejemplar; resto países: 20,85 €/ejemplar.

** Gastos de envío: correo postal (Madrid y provincias): 1 €.

Servicio de mensajería: Madrid capital, 3,45 €; resto provincias, 10,44 €.

Forma de pago: domiciliación bancaria, transferencia bancaria y tarjeta de crédito.

SUSCRIPCIÓN Y PEDIDOS

INTERNET: <http://www.funcas.es/Publicaciones/Publicaciones.aspx?Id=0>

E-MAIL: publica@funcas.es

funcas

DOCUMENTOS DE TRABAJO

Últimos números publicados

2016

- N.º 775 *Effects of Pension Spending on Income and Employment. Evidence from Spain During the economic Crisis*
Fernando Bermejo y Eladio Febrero
- N.º 776 *Trade Openness, Transport Networks and the Spatial Location of Economic Activity*
Nuria Gallego y José L. Zofío
- N.º 777 *Determinants of Satisfaction with an Urban Tourism Destination. The Case of Barcelona*
Teresa Garín-Muñoz y María J. Moral
- N.º 778 *Understanding unrated Bond Issuance*
Armen Arakelyan, Eric Duca y Carlos Salvador
- N.º 779 *Public debt and economic growth in Spain, 1851-2013*
Vicente Esteve y Cecilio Tamarit
- N.º 780 *More news, good news? Bias in media coverage of competition policy*
Juan Luis Jiménez, Jordi Perdiguero e Inmaculada Gutiérrez
- N.º 781 *The Spanish corporate sector in the Euro: 2000-2014*
Vicente Salas Fumás e Ignacio Santillana del Barrio
- N.º 782 *Trade margins, transport cost thresholds and market areas: municipal freight flows and urban hierarchy*
Jorge Díaz-Lanchas, Carlos Llano y José Luis Zofío
- N.º 783 *Spanish Listed Firms in the last period of economic crisis: The performance of corporate diversification*
Pablo Garrido Prada, María Jesús Delgado Rodríguez y Desiderio Romero Jordán
- N.º 784 *¿Por qué incumplen fiscalmente las Comunidades Autónomas?*
Santiago Lago Peñas, Xoaquín Fernández Leiceaga y Alberto Vaquero
- N.º 785 *Regional business cycles across Europe*
Eduardo Bandrés, María Dolores Gadea-Rivas y Ana Gomez-Loscos
- N.º 786 *La educación financiera y su efecto sobre el conocimiento financiero de los alumnos españoles en PISA 2012*
José Manuel Cordero Ferrera y Francisco Pedraja Chaparro
- N.º 787 *Análisis comparativo internacional de la financiación de la educación terciaria: los préstamos a estudiantes*
Iván A. Kataryniuk

2017

- N.º 788 *El sistema de financiación autonómica: convergencia de los recursos por habitante*
Alain Cuenca

