

# Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho

Jesús Alfaro Águila-Real

Facultad de Derecho  
Universidad Autónoma de Madrid

417

### *Abstract*

*El análisis económico del Derecho es la forma más adecuada de analizar las reglas jurídicas, en particular, en lo que al Derecho privado se refiere. Es decir, que no solo no hay incompatibilidad alguna entre análisis económico y Derecho sino que el Derecho ha de ser analizado económicamente. De hecho, el Derecho Privado occidental constituye la institucionalización de la economía de mercado. Las instituciones jurídicas están al servicio de los fines de los particulares: su diseño, la interpretación y aplicación de sus reglas debe hacerse, por tanto, sin perder de vista tal función y tratando de maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto de manera que podamos explotar los enormes beneficios que se derivan del intercambio. A continuación se comentan varias instituciones y su relación con el análisis económico del derecho.*

Mis recuerdos más antiguos relacionados con el análisis económico del Derecho se remontan a cuarto o quinto de carrera. Entonces – hacia 1984 – Cándido Paz-Ares, que era mi profesor de Derecho Mercantil, dio un par de clases sobre el *franchising* y José María Miquel, mi profesor de Civil, me recomendó que leyera el libro de Trimarchi titulado *Rischio e responsabilità oggettiva* que se había publicado en 1961.

Cándido Paz-Ares había hecho su tesis doctoral en Bolonia, en 1979 y había formulado la “naturaleza jurídica” del *franchising* en términos económicos como una empresa dual. La franquicia – decía PAZ-ARES – era una forma muy eficiente de organizar la empresa cuando hay elementos de la misma que pueden centralizarse porque las economías de escala en su producción son prácticamente inagotables (como ocurre con los derechos de propiedad intelectual, las marcas, el saber hacer, el diseño de nuevos productos, el diseño de los establecimientos o el marketing) y elementos cuya producción no debe centralizarse porque se producen, rápidamente, diseconomías de escala. Tal ocurre, sobre todo, con el control y vigilancia de los empleados y con la proximidad a la clientela. Lo que las empresas franquiciadoras hacen es, precisamente, concentrar la producción de los intangibles en la sociedad franquiciadora y asignar el control de los empleados a la empresa franquiciataria. Haciendo titular residual de los rendimientos que produce cada establecimiento franquiciado a un individuo, se le proporcionan los incentivos para maximizar éstos. Como el franquiciatario sólo puede influir sobre los ingresos del establecimiento asegurando la calidad del servicio que presta y éste depende de la labor de los empleados, el franquiciatario tiene los incentivos adecuados para vigilar y controlar a los empleados de su establecimiento, actividad en la que goza de claras ventajas en términos de coste, respecto de la sede central de la empresa franquiciadora. Es decir, asignar la vigilancia de los empleados al franquiciatario es la solución más eficiente en términos de incentivos y de costes.

Si traigo aquí la clase del *franchising* de Cándido Paz-Ares es porque fue la que más me impresionó de toda la carrera. Representaba un discurso que tenía poco que ver con la retahíla de descripciones de sectores normativos que constituía el contenido de la típica clase en la Facultad. Y, la verdad, resultaba intelectualmente mucho más atractivo porque explicaba por qué la gente hace las cosas como las hace y esta era una pregunta que, en las facultades de Derecho, tenía una respuesta obvia e indiscutida: porque hay una norma que dice que hay que hacerlo así. No es de extrañar que los estudiantes de Derecho sean, en general, muy poco críticos.

El recuerdo del libro de Trimarchi se ha difuminado. Si lo traigo a colación es por la fecha de su publicación. Es prácticamente coetáneo del *Problema del Coste social* y no tuvo ninguna trascendencia en el ámbito de la Economía. Como no la habían tenido – salvo las de BENTHAM – las aportaciones de los juristas al análisis económico aunque, al menos desde el siglo XIX un razonamiento económico no formalizado estaba presente en los estudios de los mejores juristas académicos. Déjeme recordar aquí la explicación que daba IHERING (¡nuestro KEYNES!) a una regla de la Ley de las XII Tablas – Derecho romano primitivo – según la cual, “*al tercer día de mercado, los acreedores pueden descuartizar al deudor*”. ¿Es que el Derecho romano era tan salvaje que permitía a los acreedores insatisfechos descuartizar – eso sí *trans tiberim* – al deudor que no

atendía al pago de sus obligaciones? No. En realidad, les permitía hacerlo llevándose cada uno una parte del cuerpo del deudor exactamente proporcional a la cuantía de su crédito, ni más, ni menos. Al hacerlo así, la regla obligaba a los acreedores a ponerse de acuerdo para dar al cuerpo del deudor el destino que maximizase su valor. Como un pie del deudor difícilmente tendría algún valor, la regla llevaba a los acreedores a mantener vivo al acreedor y convertirlo en una fuente de ingresos que podrían repartirse entre ellos. O sea, que IHERING ya comprendió perfectamente cuál es el sentido económico del Derecho concursal.

Este cuento me permite enlazar con la siguiente tesis que me gustaría defender. Y es ésta que, en realidad, el análisis económico del Derecho es la forma más adecuada de analizar las reglas jurídicas, en particular, en lo que al Derecho privado se refiere. Es decir, que, en contra de lo que algunos de mis colegas han sostenido, no solo no hay incompatibilidad alguna entre análisis económico y Derecho sino que el Derecho ha de ser analizado económicamente y que si la Dogmática jurídica o, en términos más presuntuosos, la Ciencia del Derecho, no lo ha hecho hasta ahora es porque “no era necesario”.

Trataré de argumentar jurídicamente semejante afirmación. Un argumento de autoridad, para empezar. ZÖLLNER, uno de los dogmáticos alemanes de mayor reputación, afirmaba que el Derecho privado codificado es producto no sólo del pensamiento revolucionario francés, sino también del pensamiento económico clásico representado especialmente por Adam SMITH (ZÖLLNER, 1988, p. 330). Y es que, efectivamente, el Derecho Privado occidental - y aquí me refiero tanto a los países de *common law* como a los de Derecho continental - constituye la institucionalización de la economía de mercado. O, en términos más queridos para la dogmática jurídica, las sociedades occidentales son sociedades de derecho privado por contraposición a las sociedades socialistas que serían sociedades de derecho público. Es decir, en nuestros países, las decisiones económicas se remiten a los particulares quienes, libremente y coordinados por el sistema de precios, asignan los recursos sin la intervención centralizada y coactiva del Estado. En términos jurídico-constitucionales, el Estado deja en manos de los ciudadanos la elección libre de sus fines vitales y de los medios para alcanzarlos, lo que está expresado de manera inmejorable en el art. 10.1 de nuestra Constitución cuando afirma que el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad humana constituyen las bases del sistema social y político.

¿Qué instituciones jurídicas garantizan a los particulares que podrán tomar las decisiones económicas libremente y que, en consecuencia, podrán elegir libremente sus fines vitales y los medios para alcanzar tales fines? La libertad contractual, la libertad y seguridad en la propiedad, la libertad de testar, la libertad de empresa, la libertad para constituir organizaciones, todo ello garantizado por el Estado en forma de *enforcement* público de los acuerdos privados y respeto y protección de los derechos de los individuos - que se intercambian en el mercado - frente a la expropiación estatal y la apropiación por otros particulares. En definitiva, todas aquellas instituciones que constituyen “la infraestructura jurídica del mercado”.

Se sigue casi automáticamente que las instituciones jurídicas están al servicio de los fines de los particulares y, por tanto, que su diseño y la interpretación y aplicación de sus reglas debe hacerse sin perder de vista tal función. En tal caso, no resulta difícil concluir que estas tareas han de ser

realizadas (por juristas, en buena medida), tratando de maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto de manera que podamos explotar los enormes beneficios que se derivan del intercambio. Si - decía ALCHIAN - una Sociedad es básicamente un instrumento para facilitar el intercambio de servicios especializados - y las organizaciones - ahora es Arrow - no son mas que instrumentos para obtener los beneficios de la acción colectiva cuando el sistema de precios falla, no se me ocurre una mejor perspectiva que la económica para analizar las reglas que organizan los intercambios y las organizaciones que permiten sustentarlos cuando los precios no son suficientemente eficaces para dirigir la conducta de los individuos que recurrir al razonamiento económico. Porque las reglas han sido dictadas y las organizaciones creadas para maximizar el bienestar de los individuos y por tanto su análisis - positivo - ha de consistir

- a. en determinar si lo logran o no
- b. en cubrir las lagunas y resolver las dudas interpretativas en el sentido que favorezca la obtención del resultado eficiente
- c. y - normativamente - en si podrían ser diseñadas de otra forma que permitiese alcanzar mejor tales objetivos. Es decir, en términos de eficiencia.

Así, y como todos sabemos, el Derecho de los contratos trata de reducir los costes de intercambiar; los derechos reales tratan de asignar facultades sobre los bienes de forma que se asegure que se extraerá el máximo rendimiento de tales bienes; el derecho de la responsabilidad extracontractual trata de proporcionar los incentivos adecuados a los particulares para que desarrollen su actividad con una intensidad y actitud óptimas en términos de internalización de todos los costes de dicha actividad; el derecho de los títulos-valor trata de reducir los costes de circulación de los créditos; el derecho de sociedades se ocupa de examinar qué formas organizativas son más eficientes para permitir a los grupos de individuos cooperar (es decir, aumentar la producción en relación con la producción individual de la suma de los individuos) en la consecución de un fin común por no hablar de instituciones jurídicas más complejas que significan la creación y ordenación de mercados específicos como los mercados de capitales, la banca los seguros o el registro de la propiedad.

Así las cosas, lo natural es que las instituciones jurídicas se analicen económicamente porque sólo desde esa perspectiva podemos estar seguros que el Derecho cumple la función social que le corresponde: facilitar los intercambios y la cooperación entre individuos.

A mí, esta conclusión me parece obvia. Si no se ha puesto de manifiesto en el pasado es, en alguna medida, por culpa de Kelsen, el positivismo estatalista y la unidad del Derecho. Insistir en la unidad del derecho; en que todo el Derecho tiene origen en el Estado y que toda norma jurídica es un *mandato* del legislador deformó el pensamiento sobre el Derecho privado que perdió su carácter de instrumento de facilitación de la cooperación entre particulares que el Estado se limita a apoyar y formalizar poniendo a disposición de los particulares el aparato de *enforcement* pero que tiene su fuente, en la generalidad de los casos, en los propios pactos entre particulares. La Justicia se convirtió en el valor supremo de todo el ordenamiento jurídico y la eficiencia, la facilitación del intercambio y la cooperación pasaron a un plano mucho más discreto. Pero el

Derecho público tiene poco que ver con el Derecho Privado. El Derecho público es el de control de los poderes públicos y el Derecho privado no es el del control de los individuos.

Decía que el Derecho ha de ser analizado económicamente pero que, hasta ahora, no ha hecho falta que los juristas lo hagan explícitamente. ¿Por qué? Los juristas interpretan y “construyen” el Derecho a través de la idea de sistema u ordenamiento. El Derecho es un sistema porque está formado por infinidad de piezas y todas ellas encajan *valorativamente*, de modo que cada nueva pieza que hay que encajar, puede hacerlo porque conocemos los valores del sistema y evitamos las contradicciones de valoración. No en vano, la aportación de la Dogmática jurídica al discurso intelectual se centra en la analogía (aplicar una regla prevista para un supuesto X a otro supuesto Y que es semejante en términos valorativos a X); la reducción teleológica que es lo contrario de la analogía y poco más. Los juristas son expertos en determinar si dos casos son iguales o distintos y si son distintos en qué medida son relevantemente distintos. Pero los juristas no ponen en cuestión ni examinan los valores que están detrás de cada norma cada vez que se encuentran con un caso. Es decir, no necesitan examinar en cada caso la racionalidad o eficiencia de la regla jurídica. Ellos han de procurar que la “nueva” regla o que la aplicación de la regla a un caso concreto sea coherente con el sistema. Que el sistema sea coherente con la eficiencia no es un problema suyo. Es un problema del legislador. Como van reconociendo ya los economistas, los Códigos del siglo XIX eran coherentes con la eficiencia de modo que al ir reparando, ampliando, corrigiendo, extendiendo, reduciendo los códigos, los juristas estaban asegurando que la institucionalización jurídica del libre mercado que es el Derecho privado liberal alcanzara cada uno de los rincones de la cooperación y el intercambio entre individuos. Sin embargo, la magna obra de racionalización que supusieron los códigos no fue una comida gratis. Convirtió a los juristas en exégetas. Dejaron de ser productores de Derecho e ingenieros sociales para convertirse en funcionarios.

Cuando los Códigos pierden centralidad en el Derecho realmente aplicado porque el desarrollo económico y las innovaciones multiplican la especialización y los intercambios, los juristas han de recuperar el papel que les correspondía: han de auxiliar a los particulares en la organización eficiente de sus intercambios y de su cooperación – ingenieros de los costes de transacción que ha dicho Gilson - y, al hacerlo, han de comenzar de nuevo a examinar las reglas desde la perspectiva de su eficiencia. No es extraño, pues, que el análisis económico haya surgido y se haya desarrollado en los países de *common law* donde los Códigos no han tenido un papel relevante nunca; donde el Derecho privado ha mantenido su identidad sin diluirse en el concepto de “ordenamiento jurídico” y donde el Derecho privado es producto mucho más del quehacer de los abogados y de los jueces que de los funcionarios.

Por otro lado, la evolución de la dogmática jurídica y de la teoría del Derecho hacen que los tiempos estén maduros para la utilización masiva del análisis económico en el estudio del Derecho. En efecto, hoy son dominantes las doctrinas que se denominan argumentativas del Derecho. En los términos más simples, el discurso jurídico sería una aplicación del discurso práctico y las soluciones (interpretación, aplicación de reglas y principios) serían producto de la argumentación. La Dogmática jurídica establece qué argumentos son admisibles y de qué forma y en qué entornos pueden utilizarse. La regla de Derecho sería aquella que consigue “convencer a

la comunidad jurídica” porque los argumentos en su apoyo son los más convincentes. Pues bien, como veremos inmediatamente, los argumentos económicos resultan especialmente convincentes por su carácter pragmático y funcional. Esta evolución implica un importante cambio en el razonamiento jurídico. Bajo el dominio del positivismo, la tarea de los juristas es, como hemos dicho, la de los exégetas. Se trata de interpretar textos y se utilizan las herramientas interpretativas propias de las dogmáticas (como la teología): sentido de las palabras; conexión entre textos; prohibición de incurrir en contradicciones lógicas; argumentos de la lógica formal, sobre todo, el silogismo (hechos, supuesto de hecho y consecuencia jurídica). Con el predominio de las doctrinas argumentativas, la tarea del jurista se torna más compleja. Su función es la ponderar los argumentos a favor y en contra de una determinada solución a una cuestión de Derecho. La distinción nítida entre análisis positivo y análisis normativo se convierte en brumosa y los argumentos basados en la consecución de fines se consideran lícitos aunque no estén expresamente recogidos en la norma. Por tanto el jurista ha de ser un sujeto dotado y preparado para atribuir “peso” a un determinado argumento. Así las cosas, es fácil deducir semejanzas entre el análisis de los economistas y el de los juristas. En ambos casos, hay ponderación aunque la de los economistas es cuantitativa mientras que la de los juristas es, sobre todo, cualitativa. Pero si, como hemos visto, los fines del Derecho Privado no son los de lograr la Justicia en las relaciones entre particulares ni evitar la “explotación del hombre por el hombre” sino el de facilitar la cooperación y los intercambios, se comprenderá que el tipo de razonamiento “válido” en uno y otro campo sea semejante. Ahora bien, y como he leído en relación con la aplicación de la prohibición de abuso de posición dominante (conductas excluyentes) en el Derecho antimonopolio, “una regla que pretendiera reflejar en el ámbito de aplicación de las normas lo que resulta de la teoría económica prohibiendo, pero prohibiendo exclusivamente las conductas que reducen el bienestar no sería una regla “práctica”. Los costes de aplicar la regla y los costes de error han de tenerse en cuenta de manera que la regla *eficiente* no tiene por qué coincidir con la que resulta de la aplicación de la teoría económica. Una regla más simple de aplicar y menos proclive a generar falsos positivos puede ser preferible aunque impida la realización de algunas transacciones beneficiosas. Valores como la predictibilidad de la decisión o de la interpretación de una norma son de la máxima importancia en la aplicación de las normas y del máximo valor económico también.

¿Cuáles son los aspectos más positivos que ha aportado el análisis económico al estudio del Derecho? El primero, sugerido por Posner, es que el análisis económico ofrece un punto de vista neutral para el examen de “*cuestiones jurídicas políticamente controvertidas*” (POSNER, 2001, p. 36). POSNER pone el ejemplo del Derecho concursal y la discusión acerca de si debe ser más “pro deudor” o más “pro acreedores”. Si es más pro-deudor, el sistema facilitará la extinción de la responsabilidad del deudor de manera que sea fácil un *fresh start* y mantendrá al deudor en el control de los activos salvo que hubiera actuado fraudulentamente y reducirá las posibilidades de los acreedores de provocar la apertura del concurso etc. Si es más “pro-acreedores”, el sistema otorgará a éstos remedios potentes; rebajará los requisitos del acuerdo entre acreedores para tomar decisiones respecto del deudor y favorecerá, en principio, la liquidación de los activos para satisfacer a los acreedores. A mi juicio, no es que las cuestiones jurídicas a las que se refieren sean “políticamente” controvertidas y, por tanto, que sea necesario un punto de vista neutral. El análisis económico del Derecho obliga al creador y al intérprete, al que organiza las transacciones

a tener en cuenta los efectos de las distintas reglas al llamar la atención sobre las consecuencias que una determinada norma (liberación de responsabilidad del deudor) tiene o puede tener sobre el volumen de crédito en una economía; sobre los costes de “autoprotección” de los acreedores y, por tanto, el eventual encarecimiento del crédito; sobre los incentivos para comportarse estratégicamente etc. Y al hacerlo así, permite que el discurso sobre la materia vaya más allá del (i) análisis sistemático, es decir, cómo encaja la norma en el conjunto del ordenamiento, si una regla sobre suspensión de las ejecuciones singulares es coherente con el carácter colectivo del procedimiento concursal, por ejemplo, y (ii) de las valoraciones escasamente refutables fundadas en la justicia o injusticia de una norma concreta. No es que sean argumentos neutrales. Porque, como hemos visto, el Derecho privado, en general, no es neutral: trata de maximizar la riqueza de la sociedad y no se preocupa de la redistribución. Si la sociedad en su conjunto quiere redistribuir a través, por ejemplo, de las normas del Derecho de quiebras, puede hacerlo, pero la lógica de esas normas ya no será la del Derecho privado.

En definitiva, el análisis económico enriquece notablemente la argumentación del jurista en pro o en contra de una regla o de la interpretación de una regla y hace la discusión mucho más rigurosa. Los ejemplos podrían multiplicarse. Uno de mis favoritos es el del *leasing* y la cuestión de si la sociedad de leasing ha de responder frente al usuario de los vicios ocultos que tenga la cosa dada en *leasing*. Tras un período de dudas en la jurisprudencia (no hay regulación legal supletoria en los códigos, lógicamente) hoy está definitivamente aceptado que la sociedad de *leasing* no responde de los vicios ocultos que tenga la cosa. La argumentación dogmática se funda en la calificación del contrato de *leasing*. Los primeros autores decían que estábamos ante un arrendamiento (financiero, pero un arrendamiento) y, por tanto, que el arrendador – la sociedad de leasing – debía asegurar al arrendatario – el usuario – la posesión legal y pacífica y el disfrute de la cosa<sup>1</sup>. Por lo tanto, la conclusión – pensamiento sistemático – es que debía afirmarse la responsabilidad del arrendador – sociedad de leasing. Esto es una barbaridad desde el punto de vista de la eficiencia en la asignación de los riesgos: el usuario es el *cheapest cost bearer* del riesgo de que la cosa tenga vicios ocultos porque él es el que eligió al suministrador y el tipo de producto, su marca y negoció las condiciones de la compraventa limitándose la sociedad de leasing a “colocarse” en la posición contractual de comprador en los términos pactados por el usuario. Es decir, que atribuir el riesgo de la existencia de vicios al financiador es ineficiente y, si así lo establecía la Ley, la práctica contractual se encargaba de derogar la norma trasladándolo al usuario quien, por lo demás, podía reclamar en ejercicio de las acciones del comprador contra el

---

<sup>1</sup> “Courts would be sorely tempted to resolve disputes about how to categorize new or complex forms of conduct by using the kind of analogical reasoning to which they are accustomed in more ordinary legal contexts. To the extent that they do so, the result would likely be a collection of legal rulings based on formal attributes of conduct that often disserve the substantive, economic objectives of antitrust law. Moreover, even if courts avoided that pitfall, disagreements about how to categorize conduct would necessarily reduce predictability and increase uncertainty in antitrust disputes. If categories turned on matters of degree, such as the duration of an agreement, the outcome would necessarily be arbitrary. Inconsistency and lack of predictability would be compounded to the extent that litigants were able successfully, in a legal regime that was hospitable to the idea of different rules for different types of conduct, to persuade decision makers that the conduct at issue in their case required the creation of a new category and a new antitrust rule. And the more categories and rules courts were called upon to create, each requiring a sophisticated analysis of the economic and legal process considerations applicable to the conduct at issue, the more mistake courts would make”, A. DOUGLAS MELAMED (2006), “Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct – Are There Unifying Principles?”, *Antitrust L. J.* 73, p. 385.

vendedor-suministrador. Si el producto adquirido en *leasing* es un producto estandarizado y la sociedad de leasing puede negociar condiciones de garantía y mantenimiento mejores – porque adquiere grandes cantidades – que el usuario, la regla que veremos reflejada será justamente la contraria porque el riesgo está mejor asignado a la sociedad de leasing: el usuario puede despreocuparse porque la sociedad de leasing le garantiza la posibilidad de utilizar en todo momento el bien objeto del leasing. Esa es la regla que vemos utilizar en el *renting* de automóviles.

Otro ejemplo de cómo el análisis económico enriquece la argumentación sobre las reglas nos lo proporciona la discusión acerca de cómo han de entenderse las *arras* pactadas sin haber dicho las partes qué efectos quieren darle. En principio, puede entenderse que las partes atribuyen a las arras una función confirmatoria de la celebración de un contrato. El carácter confirmatorio -y no sólo penal- de las arras tiene perfecto sentido sobre todo en un ordenamiento como todos los continentales “espiritualistas” o que establecen que los contratos se perfeccionan -y obligan- por el mero consentimiento (art. 1258 CC). Que los contratos se perfeccionen sin necesidad de cubrir forma alguna es eficiente ya que reduce los costes de celebrar los contratos que articulan los intercambios pero no es una comida gratis: se elevan los costes de determinar si las partes de una relación han celebrado un contrato o simplemente han mantenido relaciones precontractuales. Pues bien, la entrega de una señal (no en vano son sinónimos los términos “arras” y “señal”) constituye una forma poco costosa para las partes de una negociación de publicar que han abandonado la fase de tratos previos y que han celebrado un contrato vinculante. ¿Qué conclusión se deduce de este razonamiento económico? Que las arras han de entenderse, en principio y salvo voluntad expresa o presunta de las partes, como confirmatorias, esto es, que dan derecho a las partes a compelerse recíprocamente al cumplimiento de lo pactado y no como simplemente penitenciales en el sentido de legitimar a las partes para apartarse del contrato renunciando a las arras entregadas o devolviéndolas duplicadas. Y así, puede argumentarse racionalmente por qué es correcta la jurisprudencia que, no obstante el tenor literal del art. 1454 CC, exige que conste expresamente que las partes quisieron dar a las arras el valor de arras penitenciales para atribuirles tal carácter y no el de arras confirmatorias<sup>2</sup>. Se da así cumplimiento al objetivo perseguido por las partes al publicar mediante la entrega de la señal su consentimiento: un intercambio mutuamente beneficioso ha quedado acordado y ha de obligarse, en principio, a las partes a cumplirse ya que, de no hacerse, se elevarán los costes futuros para cualesquiera otros contratantes de asegurarse que los contratos celebrados serán objeto de *enforcement* por los órganos judiciales.

La segunda gran ventaja del análisis económico es que ha puesto en retirada las concepciones dominantes en el mundo jurídico de los años sesenta y que tendían a ver las normas jurídicas (y recuérdese, todas las reglas de comportamiento incluyendo las cláusulas de los contratos y, por

---

<sup>2</sup> STS 10.10.83 y, más recientemente, STS 10.2.97. No son, pues, al menos primariamente, una garantía del cumplimiento (así, no obstante, por ejemplo COCA PAYERAS, Voz “Arras”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Madrid 1995, p. 559) y no lo son porque representan, normalmente una fracción pequeña del precio total debido y, sobre todo, porque sólo serían garantía para el que las recibe (el vendedor) y no para el que las paga (el comprador) quien, en su caso tendría que reclamar judicialmente su devolución duplicadas o el cumplimiento del contrato.

supuesto, todas las normas del Derecho privado) como decisiones que resuelven un conflicto de intereses repartiendo pérdidas y ganancias entre las partes del intercambio o los miembros de la organización. Las normas sobre la compraventa resuelven el “conflicto” entre comprador y vendedor; las del arrendamiento, el conflicto entre arrendador y arrendatario; las del derecho cambiario, el conflicto entre el librador y el librado o el librado y el tomador de la letra; las del Derecho de sociedades, el conflicto entre socios. Como dice TRIMARCHI<sup>3</sup> *“una de las ideas elementales y fundamentales de la economía es que el intercambio voluntario conviene a ambas partes y, consiguientemente, crea utilidad. Pero a algunos escritores de cosas jurídicas, esta idea les parece extraña: parecen convencidos de que también en el campo de la utilidad económica vale una especie de principio de Lavoisier «nada se crea, nada se destruye». Si se está convencido de esto, se considerará que en todo intercambio la ganancia de uno no puede ser sino la pérdida del otro y, consecuentemente, que cualquier contrato que sea fuente de beneficios constituye siempre una estafa”*. El análisis económico de los contratos – y su lógica es extensible a cualquier sector del derecho privado – ha puesto de manifiesto que las relaciones entre particulares no deben verse como conflictos sino como oportunidades para la cooperación mutuamente beneficiosa y lo hace cambiando la perspectiva. No ha de examinarse el contrato desde la perspectiva del juez que ha de resolver un conflicto – *ex post* – y repartir las pérdidas, sino desde la perspectiva del abogado que organiza la transacción tratando de maximizar las ganancias del intercambio (o desde la perspectiva del intercambio “ideal” si los elevados costes de transacción hacen imposible el intercambio real). Y la regulación legal supletoria de cada uno de los tipos de intercambio en los códigos y en la legislación aparecen ahora estructuradas perfectamente bajo ese punto de vista. Dado que las partes son sujetos racionales que tratan de maximizar su utilidad y el legislador no es un Estado socialista que trata de organizar las relaciones entre los particulares sino un Estado liberal que auxilia a los particulares en la libre consecución de sus objetivos por éstos, el acuerdo hubiera caído a favor de la solución maximizadora, esto es, la que minimizara la posibilidad de producción del daño eliminando los daños evitables mediante una inversión en prevención inferior a su coste esperado, es decir, atribuyéndolo a quien hubiera podido dominarlo a menor coste, porque el menor coste hace lógicamente mayor la ganancia derivada del intercambio y cómo se proporcionan a las partes los incentivos para cumplir lealmente los contratos de manera que la ganancia prevista y pretendida por las partes se logre plenamente.

En estrecha relación con lo anterior, el análisis económico vuelve a poner en relación el Derecho con el desarrollo económico. Gracias al análisis económico, los juristas dejan de ser exégetas para participar en el diseño institucional que se ha revelado como la principal explicación del distinto nivel de desarrollo económico de los países<sup>4</sup> y no ya en el nivel macroeconómico sino en el nivel

---

<sup>3</sup> *Riv. Dir. Civ.* 1980, p. 46.

<sup>4</sup> V., los trabajos de D. ACEMOGLU, S. JOHNSON and J.A. ROBINSON (2001), “The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation”, *American Economic Review* 91(5): 1369-1401; D. ACEMOGLU, S. JOHNSON and J.A. ROBINSON (2002), “Reversal of Fortune: Geography and Institutions in the Making of the Modern World Income Distribution”, *Quarterly Journal of Economics* 117(4): 1231-1294. D. ACEMOGLU, S. JOHNSON and J.A. ROBINSON (2004), “The Rise of Europe: Atlantic Trade, Institutional Change and Economic Growth”, in press. D. ACEMOGLU, S. JOHNSON, J.A. ROBINSON, and Y. TCHAICHAOEN (2003), “Institutional Causes, Macroeconomic Symptoms: Volatility, Crises, and Growth”, *Journal of Monetary Economics* 50: 49-123.

macroeconómico que tiene que ver con la redacción de contratos que maximicen la eficiencia de los intercambios y de las organizaciones. Por ejemplo, si se entiende que el art. 347 C de c al exigir como requisito de validez de una cesión de un crédito la notificación al deudor, está en vigor, estamos elevando los costes de ceder un crédito cuando podemos estar razonablemente seguros de que al reducir dichos costes aumentará el volumen de créditos que se ceden y, en la medida en que se cedan voluntariamente, el volumen de las ganancias derivadas de tales intercambios. Por tanto, si la posición del deudor del crédito cedido no se ve afectada por la cesión, hay un argumento muy poderoso a favor de considerar que el art. 1164 y el art. 1527 del Código civil – que es posterior al Código de comercio – derogaron el art. 347 C de c al configurar la notificación al deudor únicamente como un requisito no para la validez de la cesión sino para impedir que el deudor, ignorante de la cesión, se libere pagando al primitivo acreedor. En este sentido, el análisis económico del Derecho permite la crítica de los cambios legislativos y de las evoluciones doctrinales y jurisprudenciales en términos de su contribución al desarrollo económico o a poner palos en las ruedas del funcionamiento de la economía. El análisis de las reglas e instituciones en términos de eficiencia obliga a tomar conciencia de que ni las reglas ni las “opiniones” o “interpretaciones” son inocuas.

Compárese el atractivo intelectual de estas discusiones con el que tiene determinar si el plazo de un mes del art. 97.2 de la Ley de Sociedades anónimas (el anuncio de la convocatoria de una junta de accionistas ha de publicarse con un mes de antelación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario de gran difusión en la provincia donde tenga su domicilio la compañía) ha de computarse incluyendo el día de la celebración (esto es, si el anuncio se publicó el 5 de febrero, la junta puede celebrarse el 5 de marzo) o no (de modo que si el anuncio se publicó el 5 de febrero la junta sólo podrá celebrarse válidamente el día 6 de marzo). Y eso que no he dicho ni una palabra de toda la discusión acerca del buen gobierno corporativo o del Derecho antimonopolio o de la competencia desleal que son sectores completos del Derecho cuyo estudio no puede entenderse ya sino es desde la perspectiva económica.

Voy terminando. No he dicho una palabra acerca de sectores del Derecho en el que el razonamiento que lleva a una determinada aplicación de las normas es explícitamente económico como sucede con el Derecho antimonopolio pero también con el Derecho de la competencia desleal o el Derecho de patentes y marcas o el Derecho del mercado de valores o el Derecho de supervisión bancaria o el Derecho denominado de los “sectores regulados” o, cada vez más, conforme se va desarrollando la Ciencia de las finanzas y la teoría económica de la empresa, todo el Derecho de sociedades. El simple examen de algunas sentencias dictadas en procesos por competencia desleal demuestra que los jueces califican como desleales – ilegales – o lícitos determinados comportamientos de las empresas en función de su carácter eficiente o ineficiente. Un ejemplo muy llamativo nos lo proporcionan los casos de imitación.

Dos cuestiones más. No voy a desarrollar este punto porque no me siento capacitado, pero el análisis económico ha permitido utilizar en el debate jurídico de la información y los argumentos proporcionados por los estudios empíricos, es decir, cuantificar la “fuerza de convicción” de los

argumentos a favor de una u otra interpretación de una norma atendiendo a la observación de los efectos que una u otra interpretación causan.

La segunda cuestión se resume diciendo que, en mi opinión, la Dogmática como forma de análisis del Derecho está agotada. Y lo mejor de todo es que Coase, una vez más, tenía razón y las verdades de la Economía son verdades simples y no demasiado difíciles de entender por lo que su estudio no constituye una barrera de entrada elevada para juristas con curiosidad intelectual.

Entonces ¿por qué ha tenido un éxito tan limitado el análisis económico entre los juristas españoles y, en particular, por qué no ha arrasado entre civilistas y mercantilistas? No voy a terminar mi exposición con una pregunta pero sólo voy a sugerir la respuesta. A mi juicio, las razones son las siguientes

- a. En primer lugar, la potencia de la Dogmática jurídica y el nivel académico de la “ciencia del Derecho” en Europa continental presenta una resistencia muy superior frente a la invasión de las Facultades de Derecho por el análisis económico que la que presentaron las *Law School* americanas que nunca fueron – hasta los años ochenta – centros de investigación o instituciones al servicio de la ciencia y el avance del conocimiento sino escuelas profesionales de formación de abogados<sup>5</sup>. Los profesores alemanes de Derecho se consideran *Rechtswissenschaftler* y en los manuales hablamos de la “ciencia del Derecho”. Canaris ha publicado incluso un libro en el que trata de aplicar la “lógica de la investigación científica” – la falsabilidad de las afirmaciones – a la Dogmática jurídica. Es lógico que los profesores de Derecho europeos se hayan sentido legitimados para aferrarse a su forma de estudiar el Derecho con mayor intensidad que sus colegas norteamericanos que, sencillamente, han sido sustituidos por estudiosos de otras disciplinas.

---

<sup>5</sup> V., R. POSNER, *Overcoming Law*, p. 70 ss; R. POSNER, “Legal Scholarship Today”, *Harvard L. Rev.* 115(2002) p. 1314 ss Como señala POSNER (p. 82) los “profesores de Derecho estaban en la universidad pero pertenecían a las profesiones jurídicas. Es decir, se trataba de abogados que preparaban a la siguiente generación de abogados. Eran, pues, no instituciones al servicio de la ciencia y la ampliación del conocimiento -funciones sociales del profesorado universitario- sino profesionales identificados con las profesiones jurídicas cuya función era producir conocimiento útil para la práctica. P. 83 eran “abogados de rango superior”. Este tipo de profesorado está en franca decadencia en las grandes School of Law. Los profesores actuales han abandonado el estudio tradicional del Derecho y, sobre todo, el método de análisis de las decisiones judiciales y de las leyes para abrazar métodos provenientes de otras ramas del saber: economía, ciencia política, filosofía, sociología etc. La interdisciplinariedad se ha convertido en la tendencia más marcada. Los profesores de Derecho se han convertido en parte del profesorado universitario aproximándose a las demás disciplinas. Pp. 84 ss., para esta evolución. Este mismo autor ha señalado, posteriormente, que “*law has been a university subject in the United States for a long time, but as recently as the 1960s the law schools stood to one side of the academic culture of their universities, structurally as well as attitudinally. Law schools placed relatively little emphasis on scholarly writing, compared to the overwhelming emphasis placed on it in the other departments of the leading universities. At many law schools, including some of the best, scholarly publication was not even a condition of tenure, which was often granted after as few as three years in teaching, let alone a career expectation; other forms of service to the profession such as work on the American Law Institute’s Restatements of the Law could be substituted*” R. POSNER, “Legal Scholarship Today”, *Harvard L. Rev.* 115 (2002) pp. 1314 ss., pp. 1319-1320 y nota 17, reconociendo que la situación en Europa Continental era muy distinta al referirse a la obra de Kelsen.

- b. Pero tengo una explicación más pesimista: los estudios académicos del Derecho sufren en Europa continental de una acusada decadencia. La calidad de la producción académica en el ámbito jurídico – es mi impresión – se ha reducido notablemente, al menos, desde los años sesenta. Es probable que haya dejado de constituir un “programa de investigación” con futuro y es seguro que las mejores cabezas europeas no se dedican al estudio académico del Derecho (lo que, probablemente, no sucede en los Estados Unidos). Una reducción de la calidad muy acusada reduciría, a su vez, las posibilidades de expansión del análisis económico porque los juristas de menor calidad encontrarían infranqueable la barrera de entrada que supone tratar de entender la lógica del razonamiento económico. Por tanto, y a la vista de la situación de las Facultades de Derecho en España – pero también en los otros grandes países de Europa continental – soy pesimista respecto del florecimiento de los estudios de análisis económico del Derecho *hechos por juristas*.

### ***Bibliografía***

- D. ACEMOGLU, S. JOHNSON and J.A. ROBINSON (2001) “The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation” *American Economic Review* 91(5): 1369-1401;
- D. ACEMOGLU, S. JOHNSON and J.A. ROBINSON (2002) “Reversal of Fortune: Geography and Institutions in the Making of the Modern World Income Distribution”, *Quarterly Journal of Economics* 117(4): 1231-1294.
- D. ACEMOGLU, S. JOHNSON and J.A. ROBINSON (2004) “The Rise of Europe: Atlantic Trade, Institutional Change and Economic Growth”, in press. D. ACEMOGLU, S. JOHNSON, J.A. ROBINSON, and Y. TCHAICHARON (2003) “Institutional Causes, Macroeconomic Symptoms: Volatility, Crises, and Growth”, *Journal of Monetary Economics* 50: 49-123.
- R. POSNER (2002), “Legal Scholarship Today”, *Harvard L. Rev.* 115 pp. 1319-1320
- R. POSNER (2001), *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- R. POSNER (1995), *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- A. DOUGLAS MELAMED (2006), “Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct – Are There Unifying Principles?”, *Antitrust L. J.* 73, pp. 375 y ss.
- COCA PAYERAS, Voz “Arras”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Madrid 1995, p. 559.
- W. ZÖLLNER (1988), *JuS*, p. 330.