



22 de septiembre de 2022

EP2.1-22

# Encuentros en el Espacio Público. Instituciones del Estado Democrático de Derecho

**La demanda económica de  
seguridad jurídica**

**Benito Arruñada**

# Encuentros en el Espacio Público. Instituciones del Estado Democrático de Derecho Primer encuentro.

## La demanda económica de seguridad jurídica 22 de septiembre de 2022

### **Director de los encuentros “Instituciones del Estado Democrático de Derecho”**

Betancor, Andrés

Catedrático de Derecho Administrativo

### **Ponente**

Arruñada, Benito

Universidad Pompeu Fabra, BSE y FEDEA

### **Diálogo. Participantes invitados**

Albella Amigo, Sebastián

Ex presidente de la CNMV

Álvarez-Sala, Juan

Notario

Álvarez Vélez, Maribel

Facultad de Derecho-ICADE

Aragón, Manuel

Ex magistrado del Tribunal Constitucional

Astarloa, Ignacio

Huarte-Mendicoa Letrado de Cortes

Carlón, Matilde

Catedrática de Derecho Administrativo

Conthe, Manuel

TCEE; ex presidente de la CNMV

Cuenca Miranda, Alfonso

Letrado de Cortes

De Carreras, Francesc

Catedrático de Derecho constitucional

de la Fuente, María José

Consejera Tribunal de Cuentas

de Montalvo, Federico

Facultad de Derecho-ICADE

Delgado, Irene

Catedrática de Ciencia Política

del Saz, Silvia

Catedrática de Derecho administrativo

Desdentado, Eva

Catedrática de Derecho administrativo

Fernández Farreres, Germán

Catedrático de Derecho administrativo

García de Enterría, Javier

Catedrático de Derecho mercantil

---

García-Manzano Jiménez de Andrade, Pablo	Letrado del Consejo de Estado
García, Eloy	Catedrático de Derecho constitucional
Irurzun, Fernando	Abogado del Estado
Jiménez Blanco, Antonio	Catedrático de Derecho administrativo
Lavilla, Juan José	Letrado de Cortes
López Martín, Ana Gemma	Catedrática de Derecho internacional público
Madrigal, Consuelo	Fiscal, Exfiscal General del Estado
Mestre, Juan	Catedrático de Derecho administrativo
Montes Gan, Vicente J.	Director de la Fundación Rafael del Pino
Mora-Sanguinetti, Juan	Economista senior e investigador del Banco de España
Pérez de los Cobos, Francisco	Ex presidente del Tribunal Constitucional
Petitbò, Amadeo	Ex presidente Tribunal de Defensa de la Competencia
Roca, Encarna	Ex vicepresidenta del Tribunal Constitucional
Rodríguez Zapata, Jorge	Ex magistrado del Tribunal Supremo y Constitucional
Rojo, Ángel	Catedrático de Derecho mercantil
Soldevilla, Santiago	Magistrado de lo Contencioso-Administrativo
Solozábal, Juan José	Catedrático de Derecho constitucional
Tuero, Manuel	Administración Civil del Estado
Vidal, Carlos	Catedrático de Derecho constitucional

## Primera ponencia. La demanda económica de seguridad jurídica<sup>1</sup>

Benito Arruñada

Universidad Pompeu Fabra, BSE y FEDEA

En economía, ya desde el siglo XVIII y aún antes si leemos entre líneas a algunos autores de la Escuela de Salamanca, se ha dado en pensar que una función esencial de las instituciones de una sociedad moderna es canalizar la creatividad de los seres humanos hacia formas productivas de competencia. Su función es lograr que los individuos nos preocupemos por mejorar el empleo de los recursos propios en vez de esforzarnos por “capturar” los ajenos, incluida en esta actividad de captura la conducente a manipular las decisiones políticas, administrativas y judiciales. Las buenas instituciones encauzan las actividades humanas y en especial la competencia de modo que ésta pasa de ser un proceso potencialmente extractivo a un proceso productivo. De ser un “juego de suma cero” en el que unos individuos pierden para que otros ganen a otro juego en el que todos ellos ganan o en el que, al menos, las ganancias son mayores que las pérdidas totales.

Para lograrlo, las instituciones desempeñan dos tareas esenciales en el plano económico: protegen los derechos de propiedad y reducen los costes de transacción<sup>2</sup>. Proteger la propiedad es necesario para impedir que los agentes económicos se apropien de recursos ajenos y que, en cambio, centren sus esfuerzos en actividades productivas. Pero no basta con asegurar la propiedad. Productividad y crecimiento económico necesitan especialización, y ésta requiere todo tipo de transacciones: no sólo para intercambiar bienes y servicios, sino para reasignar el consumo en el tiempo, así como el riesgo entre individuos con preferencias distintas en cuanto a su aversión al riesgo. Es tarea de las instituciones reducir estos costes de transacción, posibilitando, por un lado, que los agentes económicos puedan intercambiar bienes

y servicios; así como, por otro lado, cuando dichos costes de transacción son prohibitivos, promulgando reglas imperativas que eviten externalidades y nos acerquen al óptimo colectivo.

### Deterioro del derecho de propiedad

Cuando los países alcanzan cierto grado de desarrollo, suelen olvidar que la seguridad del derecho de propiedad es condición necesaria para la prosperidad económica. Por desgracia, en comparación con los países vecinos, la situación de España es deficiente en lo relativo a la protección tanto de la propiedad física como intelectual. Incluso la protección constitucional de la propiedad está mediatizada por las crecientes limitaciones que impone su “función social” y porque la ley puede definir las facultades del titular sin que, por norma general, dé lugar a indemnización. Resulta llamativo que, si bien la propiedad se incluye en el Capítulo referente a los derechos y libertades, no se integre entre los quince artículos que contemplan los “derechos fundamentales y libertades públicas” (entre los que sí tienen cabida los derechos de sindicación y huelga), sino que se sitúe entre los “derechos y deberes de los ciudadanos”.

Por ello, no es extraño que la concreción de esta protección constitucional esté siendo crecientemente cuestionada en el plano internacional, tanto en términos de indicadores como de litigios. Además de los pobres resultados que obtenemos en cuanto a algunos de los indicadores cuantitativos, es alarmante que se hayan promulgado normas que, desde un punto de vista económico, pueden entenderse como auténticas expropiaciones de derechos sin una indemnización suficiente. Ha sucedido así con la Ley de Costas de 1988, o con los cambios que se introdujeron desde 2012 en la regulación de las energías renovables, y que han recibido posteriormente varapalos en foros supranacionales, tanto judiciales como arbitrales. Asimismo, se ha relajado el enforcement de otros

1. Aviso para juristas. El diálogo entre disciplinas es difícil y a veces puede tornarse imposible. Apelo a su benevolencia y su paciencia con los malentendidos que puedan ocasionar estas páginas, pues, aunque parece que hablemos de lo mismo e incluso aunque coincida buena parte de la terminología, no suelen hacerlo los significados, no tanto por responder los análisis a distintas preocupaciones como por manejar distintas simplificaciones y supuestos metodológicos que, al darlos por obvios y sabidos, solemos mantener implícitos. Es el caso, muy principalmente, de qué tipo de “derecho” se da por supuesto, si el vigente en una jurisdicción en un determinado momento o el derecho que demandan los ciudadanos, en general, y los operadores económicos, en particular, para facilitar su actividad y asegurar que puedan construir una sociedad más justa y productiva. En todo caso, el lector interesado en una versión más extensa y explícita de los argumentos presentados en estas páginas de forma necesariamente escueta, puede consultar Arruñada, Benito, “La seguridad jurídica en España”, FEDEA, Estudios sobre la economía española, núm. 2021-18, 10 de mayo de 2021, Madrid (<https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2020-26.pdf>); y, sobre las razones culturales subyacentes de la situación que atraviesa nuestra institucionalidad, Arruñada, Benito, “Malas leyes”, Información Comercial Española (ICE), Revista de Economía, 915, julio-agosto de 2020, 9-28 (<http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/7083>).

2. Véanse, e.g., North, Douglass C., John Joseph Wallis, y Barry R. Weingast (2009), *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge University Press, Cambridge; y Acemoglu, Daron, y James A. Robinson (2012), *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, Crown Publishers, Nueva York.

derechos de propiedad, diluyendo en gran medida el valor de los bienes para el titular. Un ejemplo notable es el de los desahucios de viviendas ante supuestos de impago de hipotecas y alquileres, así como la permisividad con su ocupación ilegal, insólita en nuestro entorno internacional.

Por su parte, si bien el buen funcionamiento de las instituciones que sustentaban el mercado hipotecario (Registro de la Propiedad y procedimiento sumario de ejecución) le habían permitido una gran expansión y un notable grado de eficiencia, desde la crisis de 2008 algunos de sus elementos esenciales han sido modificados de forma drástica. Tales cambios entrañan consecuencias potencialmente graves, al diluir la eficacia real de la garantía hipotecaria. Cabe incluso dudar cuánto del crédito hipotecario es hoy, de hecho, mero crédito personal que cuenta con garantía hipotecaria tan sólo como una protección adicional.

Asimismo, el funcionamiento del derecho administrativo y, en concreto, la ineficacia de los mecanismos de responsabilización personal de los decisores públicos pone en peligro el valor de numerosos derechos de propiedad, tanto más cuanto mayor es la capacidad reguladora de esos decisores. De modo similar, los créditos de los entes públicos siguen disfrutando privilegios concursales que, por su propia existencia, ocasionan una notable pérdida de valor para los derechos de propiedad privados sobre los correspondientes activos.

Por último, en el ámbito fiscal algunos gravámenes han alcanzado niveles que en otros países se consideran confiscatorios. Por ejemplo, el tipo marginal máximo del IRPF se ha llegado a situar en el 56%, por encima del 50% que el Tribunal Constitucional alemán empezaría a considerar expropiatorio. Además, alcanzó ese nivel para rentas no muy elevadas, y sin gran poder recaudatorio debido a la multiplicidad de exenciones, lo que podría agravar la ineficiencia que origina. Otro caso extremo es el del impuesto de plusvalía municipal, que ha venido a ser refrendado parcialmente por una sentencia del Tribunal Constitucional, la cual, si bien declara inconstitucional que la cuota a satisfacer exceda el incremento patrimonial, ha venido a amparar la confiscación de la mayor parte de la ganancia obtenida por la transmisión. Es también revelador que a raíz de la crisis económica de 2008, el Ministerio de Hacienda adoptase medidas de lucha contra el fraude que más tarde se demostraron ilegales,

como el régimen de sanciones y la no prescripción de hechos punibles en relación con la obligación de informar sobre los bienes situados en el extranjero mediante el formulario 720, condenado por el TJUE tras ser recurrido por la Comisión Europea.

### **Ley y Justicia para la contratación**

Los contratantes económicos confrontan graves problemas informativos, pues ignoran muchas de las variables relevantes. En este sentido, una función básica del derecho es proporcionar un contrato estándar dotado de un enorme grado de detalle, tal que aporte soluciones razonables para las contingencias más probables, mientras que, para las contingencias nuevas o menos probables, las partes pueden confiar en una intervención judicial que obedezca a su "voluntad hipotética" en el caso de que se hubieran parado a estipular una solución expresa para la correspondiente contingencia.

Estas reglas dispositivas son las únicas necesarias si se cumplen dos condiciones: Por un lado, que las partes del contrato estén bien informadas, de modo que sepan mejor que nadie lo que les conviene, lo que asegura el óptimo individual. Por otro lado, que, además, ese óptimo individual coincida con el óptimo colectivo, pese a los perjuicios que su actuación pueda causar a terceros (por ejemplo, como consecuencia de la actuación de empresas competidoras). Por el contrario, en ausencia de algunas de estas dos condiciones en cuanto a información y externalidades, pueden ser necesarias reglas imperativas o, lo que viene a ser equivalente, que los jueces regulen el contrato aplicando soluciones distintas de las que puedan haber pactado las partes, incluida la de no reconocer la existencia del propio contrato.

La lógica de ambos tipos de reglas es, pues, muy distinta. Mientras que la regla dispositiva busca reducir el coste en que incurren las partes para contratar, proporcionándoles una solución estandarizada a sus problemas más comunes, la regla imperativa evita fallos en la contratación libre, ya se deriven de déficits en la racionalidad de los contratantes o de que la libre contratación origina efectos externos.

Desde esta perspectiva conceptual, es probable que nuestra legislación sufra simultáneamente un notable exceso de reglas "imperativas" (de obligado cumplimiento), muchas de las cuales son innecesarias porque no responden a fallos genuinos de la

contratación libre (ya sea por fallos en la racionalidad del decisor o por la presencia de efectos externos); y un probable déficit de reglas “dispositivas” (de libre incorporación a los contratos), que ayudarían a reducir los costes contractuales, pues proporcionan soluciones estandarizadas y razonables para las situaciones más comunes. Asimismo, según numerosos autores, padece una decreciente “calidad técnica”, agravada porque las leyes tienden a multiplicarse sin necesidad y a cambiar con rapidez y de manera inesperada.

Por último, en cuanto al funcionamiento de nuestros tribunales de justicia se suele criticar su lentitud, pero su fallo más dañino reside en la baja calidad e imprevisibilidad de muchas sentencias. Numerosas sentencias se basan en criterios de “justicia material” (substantive justice) con cierta intención redistributiva. En algunas de esas sentencias, la interpretación del contrato también parece estar dirigida a establecer nuevas reglas que, de hecho, tendrían efectos económicos de carácter retroactivo. Asimismo, las sentencias motivadas por un deseo de proteger a la parte “débil” de contratos existentes, redistribuyendo recursos su favor, ponen en peligro la posibilidad de que se suscriban contratos similares en el futuro, al endurecer las condiciones a las que se enfrentarán individuos con características similares a aquellos a los que tales sentencias pretenden proteger. En consecuencia, la contratación privada padece dificultades para dotarse de mecanismos de autorregulación y la Justicia asume funciones para las que, de hecho, carece de ventaja comparativa (una situación que se presenta quizá con mayor frecuencia en materias laborales y de consumo).

## Soluciones: Casos de discusión

Junto con los dos trabajos mencionados en la nota 1, el dossier adjunto incorpora comentarios breves a diversas soluciones propuestas a algunos de los problemas principales, relativos a los asuntos siguientes:

- Cómo mejorar la calidad de las leyes: Arruñada, Benito (2022), “Voluntad política y calidad legislativa”, *The Objective*, 24 de abril, <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-04-24/voluntad-politica-calidad-legislativa/>; y Arruñada, Benito, “La excepción liberal del servicio doméstico”, *Voz Populi*, 7 de junio de 2020, [https://www.vozpopuli.com/opinion/excepcion-liberal-servicio-domestico\\_0\\_1361863867.html](https://www.vozpopuli.com/opinion/excepcion-liberal-servicio-domestico_0_1361863867.html).
- La evaluación de las leyes y las políticas públicas: Arruñada, Benito (2022), “Evaluar para no decidir”, *The Objective*, 1 de mayo, <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-05-01/evaluacion-politicas-publicas/>; y Arruñada, Benito (2022), “Basta ya de decorados institucionales”, *The Objective*, 31 de julio, <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-07-31/decorados-institucionales-evaluacion-politicas-publicas/>.
- El papel de los reguladores independientes: Arruñada, Benito (2022), “El mito del regulador independiente”, *The Objective*, 22 de mayo, <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-05-22/mito-regulador-independiente/>.
- Independencia administrativa y responsabilidad de los servidores públicos: Arruñada, Benito (2022), “Consagración del caciquismo”, *The Objective*, 5 de junio, <https://theobjective.com/elsubjetivo/categoria/2022-06-05/consagracion-caciquismo/>; y Arruñada, Benito, “¿Quién paga los caprichos del alcalde?”, *Voz Populi*, 14 de junio de 2020, [https://www.vozpopuli.com/opinion/caprichos-alcalde-torrox\\_0\\_1363964067.html](https://www.vozpopuli.com/opinion/caprichos-alcalde-torrox_0_1363964067.html).
- Reforma de la Justicia: Arruñada, Benito (2022), “Independencia y dignidad judicial”, *The Objective*, 29 de mayo, <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-05-29/independencia-dignidad-judicial/>.

- Raíces culturales del estatismo legislativo:

Arruñada, Benito (2021), "España, enferma de envidia, condenada al desgobierno", Voz Populi, 7 de marzo, <https://www.vozpopuli.com/opinion/espana-vacunas-coronavirus-paro.html>; y Arruñada, Benito (2020), "Envidia del mérito, muerte de la competencia", Voz Populi, 12 de julio, [https://www.vozpopuli.com/opinion/envidia-merito-competencia-amancio-ortega\\_0\\_1372363206.html](https://www.vozpopuli.com/opinion/envidia-merito-competencia-amancio-ortega_0_1372363206.html).

FUNDACIÓN

RAFAEL DEL PINO



Encuentros en el Espacio Público  
Rafael Calvo, 39  
28010 Madrid  
Spain

T (+34) 91 396 86 00  
info@frdelpino.es  
www.frdelpino.es



© 2022 Espacio público  
Fundación Rafael del Pino