



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Análisis Económico del Derecho: La quiebra de Enron

Presentado por:

Marta Atienza Fuente

Tutelado por:

Juan Carlos Gamazo Chillón

Valladolid, 23 de Junio de 2022

RESUMEN

El Análisis Económico del Derecho (AED) es una disciplina que se nutre de herramientas económicas para explicar, analizar y desarrollar aspectos jurídicos. Son especialmente relevantes sus aportaciones en materia de producción legislativa y apoyo jurisprudencial. Esta disciplina se basa en la complementariedad entre los campos económico y jurídico, persiguiendo objetivos de eficiencia, justicia y maximización del bienestar social a través de mejoras en la relación coste-beneficio asociada a un proceso de elección.

Desde sus inicios hasta nuestros días se ha ido ampliando su alcance, estando inicialmente limitado a materias jurídicas con matices claramente económicos. Actualmente se defiende su aplicación a todas las ramas y materias posibles. En nuestro proyecto, se examinan las ventajas de expandir su espectro de aplicación al Derecho de quiebra, siendo todavía una materia apenas desarrollada por el AED y que, de serlo, mejoraría la normativa asociada al procedimiento de quiebra y, en muchos casos, eludiría que se llegara a esta situación. Ello podría evitar sucesos tan problemáticos como el sucedido en el caso de Enron.

Palabras clave: Derecho, Economía, Análisis Económico del Derecho, Eficiencia, bienestar, quiebra, Enron.

ABSTRACT

The Economic Analysis of Law (EAL) is a discipline that draws on economic tools to explain, analyze and develop legal aspects. Its contributions in terms of legislative production and jurisprudential support are especially relevant. It is based on the complementarity between the economic and legal fields, pursuing the objectives of efficiency, justice, maximization of social welfare and the best cost-benefit ratio associated with an election process.

From its beginnings to the present day, its scope has been expanding, being initially limited to legal matters with clearly economic nuances; currently, its application to all possible branches and subjects is defended. In our project, we

examine the advantages of expanding its scope of application to Bankruptcy Law, a still barely developed matter by the EAL and, if it were, it would improve the regulation associated with the bankruptcy process, and in many cases, it would avoid this situation to be reached. This could prevent events as problematic as the Enron case.

Key words: Law, Economics, Economic Analysis of Law, Efficiency, welfare, bankruptcy, Enron.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y SU PROYECCIÓN EN EL CAMPO JURÍDICO.....	9
2.1. ORIGEN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	12
2.2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: VALOR, UTILIDAD Y EFICIENCIA	16
2.2.1. Características y componentes principales del Análisis Económico del Derecho 16	
2.2.2. Valor, utilidad y eficiencia.....	23
2.3. VIEJO Y NUEVO ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	26
2.4. ASPECTOS POSITIVOS Y NORMATIVOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	28
2.5. ESCUELAS EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	30
2.5.1. La Escuela de Chicago.....	30
2.5.2. La Escuela de New Haven (Yale).....	32
2.5.3. La Escuela Institucional.....	32
2.5.4. La Escuela de Virginia; el enfoque del “Public Choice”.....	33
2.5.5. La Escuela de Harvard	34
2.6. EVOLUCIÓN, ALCANCE Y PROYECCIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: DESDE SU ORIGEN HASTA LA ACTUALIDAD.....	35
2.6.1. Evolución metodológica del Análisis Económico del Derecho.....	35
2.6.2. Alcance y proyección del Análisis Económico del Derecho	37
2.7. CRÍTICAS AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	41
2.8. APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO A LAS DISTINTAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	43
2.8.1. Derecho Civil.....	45

2.8.2.	Derecho Penal	55
2.8.3.	Derecho Tributario.....	57
2.8.4.	Derecho Mercantil	60
3.	LAS QUIEBRAS EMPRESARIALES	67
3.1.	LAS QUIEBRAS EMPRESARIALES: CONCEPTO, OBJETIVO Y CASOS REALES.....	67
3.1.1.	Concepto y objetivo.....	67
3.1.2.	Casos reales.....	68
3.2.	EL CASO ENRON.....	70
3.2.1.	Los problemas contables	71
3.2.2.	Los fallos regulatorios.....	74
3.2.3.	Consecuencias del caso Enron.....	78
3.2.4.	El caso Enron desde la óptica del Análisis Económico del Derecho	80
4.	CONCLUSIONES.....	82
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	87

1. INTRODUCCIÓN

El Análisis Económico del Derecho (AED) es una disciplina con recientes orígenes, pero cuantiosas aportaciones que se manifiesta a día de hoy en el estudio de numerosos campos de la realidad, destacando sus aportaciones acerca del Derecho de propiedad y de algunos aspectos del Derecho Penal, teniendo especial relevancia las investigaciones en torno a la disminución del coste social asociado al proceso de imposición de sanciones.

Los estudios que se han efectuado en esta materia no son pocos, pero al ser una materia aún en desarrollo, sus indagaciones no han podido abarcar todos los aspectos y materias posibles, por lo que el presente Trabajo de Fin de Grado (TFG) pretende ahondar en su posible aplicabilidad práctica, fundamentando su implantación a todas las ramas del conocimiento, incluso a las hasta ahora inexploradas por la disciplina, como es el caso del Derecho de quiebra, parcela algo olvidada del Derecho Mercantil por su escasa incidencia en términos cuantitativos pero que puede ser extremadamente significativa en términos cualitativos, como sucedió en el caso de Enron.

En el presente trabajo se analiza una vasta bibliografía acerca del concepto, objetivos, características, componentes y enfoques del AED, pretendiendo abarcar y fundamentar su importancia, alcance y extensión. Además, se plantea una posible plasmación de esta disciplina al Derecho de quiebra, llegando a la conclusión de que si se aplicara el AED a esta materia se aumentaría la eficiencia del proceso, y con ello se incrementaría el bienestar social asociado al mismo, fines que persigue en todo caso el AED.

Se pretende mostrar que las normas son claves para el correcto desenvolvimiento de una sociedad y que un correcto desarrollo de las mismas, en todo caso, deriva en una mayor satisfacción global y en una mejor organización social. En la articulación de esta normativa deben ser perseguidos fines de justicia, igualdad, seguridad, bien común, etc., pero también de eficiencia, y es que “un mérito del análisis económico del mercado es, sin duda, recordar que no basta con la equidad y la justicia al diseñar un buen sistema legal, sino que hay que considerar también si las normas jurídicas favorecen o

dificultan la buena marcha de la economía, es decir, en definitiva, el bienestar de los ciudadanos”¹. Por tanto, la complementación entre los aspectos jurídico y económico es la piedra angular sobre la que versa este trabajo de investigación, y en la que se basan las conclusiones extraídas del mismo.

Toda investigación surge de un interés y fue mi interés por la quiebra de Enron lo que me llevo a plantear este tema como mi TFG y es que el estudio conjunto del derecho y de la economía permite ver la interconexión entre ambos campos, pues ciertas leyes son redactadas por legisladores que emplean fundamentos provenientes de la ciencia económica en su elaboración. Por tanto, aprovechar las sinergias existentes entre ambas disciplinas posibilita en todo caso soluciones más coherentes, satisfactorias y, como no, eficientes.

En la elaboración del trabajo se ha pretendido explicar de manera simple pero completa, no solo el alcance que actualmente presenta la disciplina, sino su posible proyección futura, y es que esta presenta amplias perspectivas, gran campo de desarrollo y enorme potencial. Para ello, se han consultado numerosos manuales, artículos periodísticos especializados, revistas económicas y jurídicas y publicaciones en Internet. Además, se ha realizado un análisis del caso Enron, caso con significativa relevancia mediática, cuya quiebra y consiguiente escándalo podía haberse evitado de haberse articulado una normativa adecuada y procesos de control eficientes. Por tanto, se ha utilizado una metodología de índole cualitativa y contenido meramente teórico que pretende explicar pormenorizadamente las implicaciones y puntos de vista desde los cuales se puede utilizar de manera óptima la interrelación entre lo jurídico y lo económico.

El contenido del trabajo se ha estructurado en dos capítulos principales, el primero pretende explicar teórico-conceptualmente qué es el AED, cuáles son sus componentes, características, enfoques, críticas y posibles aplicaciones, y el segundo pretende profundizar en el Derecho de quiebra y, concretamente, se detalla el caso Enron, quiebra con gran trascendencia en términos económicos, jurídicos y sociales.

¹ Ver Cabrillo, F. (1986). *Análisis económico del derecho concursal español*. Fundación Juan March. Madrid. Pág. 9.

2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y SU PROYECCIÓN EN EL CAMPO JURÍDICO

El análisis económico ha sido proyectado y utilizado en diversas y divergentes áreas y actividades, no siendo posible encuadrar este campo de estudio en ningún estadio concreto. Esto se refleja de manera clara en la definición que Viner atribuye a la economía afirmando que “es lo que hacen los economistas”.²

De hecho, Ronald Coase³ ha manifestado que los límites de la ciencia económica han ido ampliándose, siendo imposible delimitarlos con claridad en la actualidad. Esto ha posibilitado que la ciencia económica goce de una excelente salud y posibilita un cierto dinamismo en el conjunto de las ciencias sociales. Conforme a lo apuntado, resulta evidente la aportación de la economía en numerosos ámbitos tanto personales como corporativos. Esta disciplina influye en todo el comportamiento humano, no solo en los negocios jurídicos que estos realizan con carácter habitual, como la compraventa, el arrendamiento o el contrato de transporte, en los que aspectos económico-financieros influyen en gran medida.

Esta breve introducción nos permite entender plenamente la muy conocida frase keynesiana, que ha sido el comienzo de numerosos manuales y textos bibliográficos: “La teoría económica es un método más que una doctrina, un instrumento mental, una técnica de pensamiento que permite a su poseedor alcanzar conclusiones correctas⁴”.⁵

Una de las aplicaciones más valiosas y posiblemente útiles que se vienen realizando desde la ciencia económica últimamente son las que tienen su proyección sobre el derecho, y es que anexionar dos campos tan consolidados y que gozan de cierta consanguineidad no puede sino arrojar resultados cuanto menos interesantes, tanto desde un punto de vista práctico como teórico.

² Ver Torres, J. (1987). *Análisis Económico del Derecho*. Tecnos. Madrid. Págs. 13-14.

³ **Ronald Coase** (1910-2013): economista nacido en Reino Unido, galardonado en 1991 con el Premio Nobel por sus trabajos acerca de la importancia de los costes de transacción y los derechos de propiedad para el funcionamiento del mercado.

⁴ Johnson, E. y Moggridge, D. (1998). *The collected writings of John Maynard Keynes*. Cambridge University Press. Cambridge.

⁵ Ver Torres, J. (1987). Op. Cit.

Resulta evidente que el derecho goza de un componente dogmático en su espectro de estudio que se puede ver en cierto modo reducido con la intervención de la economía, posibilitando un acercamiento de lo jurídico a lo social. Pese a que existen detractores, la mayoría de la doctrina apoya la conjunción entre ambas ciencias, ya que permite un mejor entendimiento de la epistemología jurídico legal. Esto posibilita alcanzar los objetivos que realmente pretende el derecho⁶ puesto que, si la economía adquiere un carácter funcional, tal y como afirmaba Alvin Klevorick, “puede establecer las vías en que mejor puedan ser alcanzados los objetivos que persigue la norma⁷”, sobre todo si el problema jurídico es de naturaleza económica.

De hecho, Richard Posner afirma que la función del derecho radica en modificar incentivos, tener una estructura racional⁸ y estar provisto con mecanismos que permitan comprobar su veracidad y validez práctica. Es la economía la que nos proporciona suficientes herramientas para alcanzar de manera satisfactoria estos objetivos, que no aportan sino un carácter legitimador y necesario al sistema jurídico en particular y al social en general. Teniendo lo anteriormente expresado presente, formular de manera económica los problemas y dificultades que vienen aparejadas al derecho posibilita conocer la influencia que en el campo jurídico tiene lo contextual y lo social.

A su vez, Cándido Paz-Áres⁹ ha diferenciado los modos en que lo económico puede contribuir o colaborar en lo jurídico¹⁰. Aun así, este autor ha precisado que no estamos ante un *numerus clausus* y por tanto esta delimitación que a continuación vamos a detallar es meramente ejemplificativa.

⁶ Ver Durán y Lalaguna, P (1995). “Sobre el Análisis Económico del Derecho”. *Anuario de Filosofía del Derecho XII*. Págs. 705-718.

⁷ Ver Torres, J. (1987). Op. Cit.

⁸ Ver Rawls, J. (1978). *Teoría de la Justicia*. Fondo de cultura económica. Mexico. Págs. 270 y ss.

⁹ **Cándido Paz-Áres**: licenciado en derecho por la Universidad Complutense de Madrid en 1977. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria y de la Universidad Autónoma de Madrid. Ha sido Director General de los Registros y del Notariado y es socio de Uría Menéndez desde 2001.

¹⁰ Ver Paz-Ares, C. (1981). “La economía política como jurisprudencia racional”. *Anuario de Derecho Civil XXXIV*. Págs. 601-708.

En primer lugar, ha distinguido la contribución en términos informativo-conceptuales, sirviendo como base para explicar fenómenos, normativa y funcionamiento de las instituciones¹¹.

En segundo lugar, la contribución ha sido de carácter técnico, de modo que ha destacado la delimitación sistemático-procedimental de las instituciones jurídicas en términos económicos. En concreto, se pueden encuadrar en este terreno numerosas aportaciones y materias como el Derecho *antitrust*.

En tercer lugar, conviene delimitar otra aplicación que no resulta para nada desdeñable: la habilitación del economista como un auténtico *police-maker*, que toma la teoría microeconómica como teoría del derecho para la elaboración legislativa y como punto de partida para habilitar una auténtica reforma política¹².

Estas relaciones de cooperación y apoyo entre la economía y el derecho nos permiten sustentar la existencia y aplicación de una corriente que, empleando como herramienta la ciencia económica, permite explicar hechos y fundamentos jurídicos. Esto nos ayuda a conseguir una mayor sistematización en el orden normativo que puede conllevar a la consecución de importantes mejoras. Nos estamos refiriendo al AED que, como Víctor Malpartida nos ilustra, “consiste en la aplicación del análisis económico al estudio del funcionamiento del sistema jurídico, de los problemas más importantes del derecho [...] de manera que no reemplaza el razonamiento jurídico, sino que busca complementarlo. Busca que amplíemos nuestra perspectiva para que, al decidir en una controversia jurídica, tomemos en cuenta no solo los costos privados que la decisión puede tener, sino que al mismo tiempo los efectos económicos y sociales¹³”.

Todo esto nos posibilita llevar a cabo este estudio, afirmando que el AED es actualmente, y prevemos que continuará siendo, una disciplina en expansión. No son pocos los artículos, trabajos y estudios que continuamente se están

¹¹ Ver Bernd, R. (1978). *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*. Müller Press. Neuware. Vol.1.

¹² Ver Buchanan, J.M. (1974). “Good Economics – Bad Law”. *Virginia Law Review*. Vol. 60. N.º 3. Págs. 483-492.

¹³ Ver Malpartida, V. (1996). *Introducción al Derecho Económico. Análisis Económico del Derecho y Derecho al Desarrollo*. San Marcos. Lima.

desarrollando en este campo los que confirman su relevancia y creciente aceptación.

En este aspecto, una pregunta clave podría ser, ¿está el AED siendo correctamente empleado por economistas y juristas para resolver los actuales conflictos jurídico-legales o podría explotarse en mayor medida este instrumento?

2.1. ORIGEN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El pensamiento jurídico, como consecuencia del absoluto hermetismo en el que tradicionalmente se ha visto sumido, ha permanecido ajeno al soporte que otras ciencias pudieran proporcionarle. En este sentido, el ordenamiento se conformaba por normas independientes y neutrales. La preocupación de los juristas era la de crear leyes y reglas que encuadrasen y tipificasen los hechos objeto de enjuiciamiento y las correspondientes penas. Se ignoraba, con carácter recurrente, el dinamismo y los reiterados cambios que se producían en la realidad, por lo que las normas por estos elaboradas perdían con el tiempo la aplicabilidad pretendida.

Por tanto, se puede deducir que el derecho en ningún caso puede ni debe ser entendido desde una posición exclusivamente jurídica y, de hecho, la eficiencia, concepto económico clave al que en este trabajo hacemos referencia en múltiples ocasiones, constituye un fundamento sólido de la propia noción de justicia.

Como autores clásicos que emplean en mayor o menor medida la correspondencia de lo económico en lo jurídico se pueden destacar¹⁴: John Locke, Adam Smith, Jeremy Bentham, Cesare Beccaría, Karl Marx, Richard Wagner, y Max Weber, a los que seguirán: León Walras y Vilfredo Pareto.

¹⁴ Bernard, M.B. (2019). "Retrospectiva histórica del análisis económico del derecho; desde el viejo al nuevo análisis económico del derecho". *Revista cuatrimestral de las facultades de derecho y ciencias económicas y empresariales* N° 106. Disponible en <https://repositorio.usj.es/handle/123456789/244>. (último acceso en febrero de 2022)

Sin embargo, los representantes más notables y cuyo aporte al AED supondrá nuestro objeto de estudio, y a los cuales se hará especial mención en el trabajo son: Gary Becker¹⁵, Ronald Coase, Guido Calabresi¹⁶ y Richard Posner¹⁷.

Empero, en el estudio de la ciencia jurídica se han producido incidencias que han posibilitado la apreciación de hechos económicos. Esto provoca que irremediablemente deba tenerse en cuenta la ciencia económica para la correcta apreciación de los problemas acontecidos, para el estudio de los hechos jurídicos, para la búsqueda del contexto social para el que las leyes han sido elaboradas y correcta aplicación de las mismas, y sobre todo para la pesquisa de una justicia material en el empleo de la legislación apropiada en cada caso concreto.

Para mayor abundamiento, se puede asegurar que es en el núcleo de la economía y del derecho donde se pueden apreciar las relaciones, las referencias mutuas, y el común denominador entre los enunciados tanto metodológicos como epistemológicos de ambas disciplinas.

Si nos interesa, como es el caso, ahondar en la influencia del campo de la “jurisprudencia de intereses¹⁸”, se puede descubrir la pugna existente entre la realidad social y la valoración normativa. Nuestro propósito radica en que las normas sean capaces de aportar una solución a las partes involucradas en un conflicto. Esto se lleva a término abandonando la neutralidad e independencia inicial en la apreciación de lo jurídico, alcanzando una interdependencia entre ambas materias y teniendo en cuenta si los hechos y la realidad social se manifiestan en cada circunstancia jurídica analizada. Los sucesos económico-sociales se configuran como el punto de partida del problema jurídico y un

¹⁵ **Gary Becker (1930 – 2014)**: economista estadounidense, galardonado con el Premio Nobel de Economía en el año 1992 y considerado el gran economista del comportamiento humano. Se especializó en temas como la inversión, educación o salud.

¹⁶ **Guido Calabresi (1932-)**: jurista nacido en Italia y Juez del Segundo Circuito de Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos. Se considera junto a Ronald Coase precursor del AED.

¹⁷ **Richard Posner (1939-)**: abogado norteamericano y Juez en la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito en Chicago, además de profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago. Es uno de los principales exponentes de la disciplina del Análisis Económico del Derecho.

¹⁸ La jurisprudencia de intereses es una doctrina que basa la interpretación del derecho en la consideración de los intereses en conflicto planteados en cada caso. Ver Querón, N. (2014). *Origen, Fundamentos y escuelas Análisis Económico del Derecho*. Dykinson. Madrid.

correcto análisis de estos permite una correcta resolución de la problemática que se erige como el fin del análisis.

Conviene hacer notar que nuestro interés y, el del AED en general, no pretende explicar la repercusión que las normas ejercen sobre la realidad económica, sino que, lo que se pretende, como afirma Juan Torres, es “contemplar el derecho tomando en consideración la incidencia sobre las normas de las elecciones jurídicas que en el transcurso de sus actuaciones llevan a cabo los agentes sociales y económicos”¹⁹.

Llegados a este punto, se ha de atender a la importancia del Estado como agente social y económico, ya que en su discurso y en los objetivos políticos por este formulados cobra relevancia esencial la incidencia de principios económicos insertos en los textos legales que constituyen la base de funcionamiento del propio Estado. De hecho, las propias instituciones sociales quedan sometidas y a expensas del correcto funcionamiento y formulación normativa que interesa que combine adecuadamente alegatos económico-jurídicos. Todo ello para que se garantice una necesaria coherencia en el discurso que otorgue a tales enunciados la pretendida funcionalidad. Esto es lo que permite alcanzar los propósitos y metas político-económicas que persigue el Estado.

Cuando entendemos y conseguimos esto, se deduce que el derecho trata de que la ciencia económica se utilice para conocer e interpretar tanto los hechos como los textos jurídicos, y es a esto a lo que se le debe denominar en puridad AED.

Adentrándonos en lo pretendido en este trabajo, podemos conceptualizar teleológicamente qué es el AED y no es más que “una disciplina que consiste en aplicar los principios y técnicas habituales del análisis económico al estudio de temas jurídicos”²⁰.

A esta escueta pero cabal delimitación de la disciplina la podemos complementar o matizar en cierta manera con lo apuntado por Cándido Paz-Ares, que nos adentra en su carácter interdisciplinar, ya que según el autor “pretende reconstruir el *iter* formativo de las relaciones e instituciones jurídicas que se dan

¹⁹ Ver Torres, J. (1987). Op. Cit.

²⁰ Ver Querón, N. (2014). Op. Cit.

en el comercio jurídico poniendo el acento no tanto en el resultado final de las obras de ingeniería jurídica, cuanto en la explicación analítica de cada pieza o segmento que tienden a conformar el andamiaje institucional de que se valen los operadores”²¹.

Steven Telles²² afirma que el AED es el movimiento intelectual más exitoso surgido en las últimas décadas y, en base a lo afirmado por Gabriel Doménech, esto sería cierto mayoritariamente en los Estados Unidos, lugar en el que se renueva este movimiento en los años sesenta del siglo XX y donde desde sus comienzos ha inundado el objeto de estudio del profesorado y estudiantes universitarios de manera masiva.²³

De hecho, es desde los años sesenta cuando se puede diferenciar un auge en el pensamiento que relaciona lo jurídico y lo económico, protagonizado en un primer momento por Ronald Coase merced a su artículo: “El problema del coste social”, en el cual afianzó la base de los derechos de propiedad, impulsando que se abrieran nuevos horizontes en el campo del análisis jurídico. Posteriormente, Guido Calabresi difundió algunas ideas sobre la distribución de riesgos y el Derecho de daños, ampliando las materias tratadas por el AED y, por último, se perfeccionó el comienzo de la disciplina en 1968, año en el que Becker publicó su trabajo acerca del delito y el castigo explicando racionalmente el comportamiento delictivo de ciertos sujetos a partir de teorías económicas²⁴.

Con carácter previo a la década de los sesenta, las notables discrepancias entre juristas, reticentes a ponderar los valiosos aportes que pueden significar otras ciencias sociales al derecho, y economistas, que se muestran evasivos a contemplar el derecho más allá de un mero dato, impidieron en gran parte el éxito posteriormente manifestado. En efecto, no fue hasta esta década cuando

²¹ Ver Paz-Ares, C. (1981). Op. Cit.

²² Ver Steven, T. (2008). *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*, Princeton University Press. Princeton. Pág. 216: “simply measured in terms of the penetration of its adherents in the legal academy, law and economics is the most successful intellectual movement in the law of the past thirty years, having rapidly moved from insurgency to hegemony”.

²³ Ver Doménech, G. (2014). “Por qué y cómo hacer el Análisis Económico del Derecho”. *Revista de Administración Pública*. N.º 195. Págs. 99-133.

²⁴ Ver Cabrillo, F. (1990). “Una Nueva Frontera: el Análisis Económico del Derecho. Economía del Derecho”. *Información Comercial Española*. N.º 687. Págs. 9-22.

se superaron las citadas dificultades y se consiguió emprender un camino de éxitos y averiguaciones en torno a los estudios relacionados con la unión y convergencia entre ambas enseñanzas.

No obstante, con anterioridad existen trabajos que hacían presagiar el surgimiento de esta corriente, como los de Jeremy Bentham (1789) y John Stuart Mill (1846), que en sus obras plantearon el término utilidad y fueron ya los trabajos precitados de Ronald Coase (1960) y Gary Becker (1968) los que ampliaron el horizonte del AED con aplicaciones de esta disciplina en los terrenos de la competencia, la regulación de mercados y la intervención del gobierno.

Esta materia ha sustentado el tema de discusión de numerosos juristas desde sus inicios, existiendo tanto detractores como férreos defensores de sus planteamientos, entre los primeros se sitúan Morton Horwitz y Owen Fiss y entre los segundos, Richard Posner. Esto nos hace imprescindible incluir en el presente capítulo una breve sección dedicada a las críticas vertidas contra el AED, lo que nos permite apreciar y valorar su estudio desde todas las vertientes y puntos de vista posibles.

2.2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: VALOR, UTILIDAD Y EFICIENCIA

2.2.1. Características y componentes principales del Análisis Económico del Derecho

Conforme ha ido avanzando el tiempo, la recepción de ideas económicas por parte de juristas ha ido aceptándose. Actualmente, la irrupción del Estado en la vida económica y muchos aspectos de la vida social obliga al jurista a adoptar un pensamiento funcional, que le incardina a aceptar, no solo la participación de la economía en el derecho, sino a reconocer su importancia y esto se ve manifestado en todas las esferas, incluso en los textos constitucionales

contemporáneos. Por tanto, ¿no resulta absolutamente necesario un acoplamiento de los discursos económicos en el terreno jurídico?²⁵.

Se ha experimentado un notable avance jurídico-legal que ha posibilitado vislumbrar una modificación estructural y organizativa sustancial. Gracias a esto, se puede percibir cierto reflejo de la sociedad en las instituciones jurídicas, dando lugar a un derecho más aperturista, que utiliza la ciencia económica no solo para entender y estudiar, sino para interpretar y valorar los hechos jurídicos.

Anteriormente se ha definido teleológica y conceptualmente qué es el AED, pero no se ha profundizado en cuál es concretamente su objeto de estudio y el propósito que pretende conseguir. Un ejemplo de las múltiples contribuciones ya desarrolladas en este campo es el siguiente: la economía ofreció una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento²⁶.

Teniendo en cuenta que las leyes no se pueden considerar como instrumentos arcaicos en desuso, sino como el medio para lograr importantes metas sociales, es la economía la que, constituida como una herramienta de gran utilidad analítica, sirve como utensilio metodológico para pronosticar los efectos de las políticas sobre la eficiencia, logrando los resultados deseados con el menor coste posible²⁷.

El AED emplea como método de trabajo la teoría microeconómica, que no sostiene sino “el estudio de la asignación de recursos escasos entre fines rivales”²⁸, de manera que se encarga de que los agentes económicos establezcan comparaciones entre los beneficios y costes existentes en las diferentes alternativas a la hora de tomar una decisión que puede ser social, cultural, o puramente económica.

²⁵ Ver Torres, J. (1987). Op. Cit.

²⁶ Ver Cooter, R. y Ulen, T. (1998). *Derecho y economía*. Fondo de cultura económica. México D.F. Págs.5-10.

²⁷ Ver Cooter, R. y Ulen, T. (1998). Op. Cit. Pág. 10.

²⁸ Ver Cooter, R. y Ulen, T. (1998). Op. Cit.

Por tanto, en esta ponderación lo pretendido es lograr el máximo bienestar social, que no es sino la suma del bienestar de los distintos individuos, cuantificado como una mayor utilidad agregada de los agentes.

El concepto de utilidad goza de cierto componente de abstracción, conteniendo elementos no cuantificables, que dependen de las preferencias y sentimientos de cada uno de los individuos de manera particular y que no es posible valorar de manera exacta o numérica, pero sí que es factible, en la mayoría de los casos, establecer un orden jerárquico entre las preferencias de tales individuos. Este criterio utilitarista es el más utilizado y persigue una mayor eficiencia, al contrario de lo que defiende John Rawls que pugna por alcanzar fines de justicia material, pretendiendo configurar un criterio tendente a lograr una mayor igualdad distributiva.

Como ya hemos explicado, el AED ha combinado dos ámbitos de estudio que pueden acoplarse a la perfección y que de hecho lo hacen, observándose continuas influencias de lo económico en lo jurídico y viceversa, pero para delimitar aún en mayor medida el campo de estudio de este nos interesa detallar las características que lo definen, a las cuales se alude a continuación.

En un primer lugar, la continua aplicación del análisis económico en el plano jurídico legal con el constante empleo de los objetivos de maximización y eficiencia del mercado, sobre un pormenorizado análisis coste-beneficio.

En segundo lugar, la imposibilidad de entender las instituciones jurídicas únicamente desde una perspectiva legal, ya que resulta necesario tener presentes los efectos económicos que dichas instituciones producen en la sociedad y en los propios ciudadanos.

En tercer lugar, el posicionamiento de la eficiencia en el punto medio entre el derecho y la economía, pretendiéndose en todo problema conseguir soluciones óptimas desde un punto de vista social.

En cuarto lugar, se llega a la conclusión de que los métodos del análisis económico son aplicables en todos los contextos en que sea necesaria una

elección en condiciones de escasez, siendo complicado deducir algún ámbito o aspecto de la vida humana en que esto no suceda.

En último lugar, se llega a la conclusión de que, en todo caso, el derecho debe “garantizar la seguridad y libertad del mercado y la inconsistencia de este, muestra “fallos” que enmendar. Si esto sucede, el Estado tendrá que corregirlos mediante el mecanismo coercitivo del derecho²⁹”.

Tras haber detallado las características de esta disciplina, se han de mencionar sus componentes. El AED se cimenta tomando como punto de partida la premisa básica de que toda estructura normativa conformada por leyes y sanciones crea incentivos. Esto aduce a que las personas manifiesten unos u otros comportamientos que pueden ser positivos o negativos. Por tanto, se aspira a lograr el máximo bienestar social analizando las pautas comportamentales de los sujetos.

En sus planteamientos se nutre de fundamentos neoclásicos y, por tanto, las hipótesis de partida que utiliza provienen de tal escuela. Aunque como veremos, esta es solo la base que ha de ser corregida y reformulada convenientemente para poder continuar el análisis.

Según Mishan, el primer componente que se debe analizar es el *individualismo metodológico*³⁰. En este caso se presupone que la base de todo colectivo es el individuo y por consiguiente el bienestar social ha de ser tomado en cuenta como el de cada uno de sus miembros. De esta afirmación podemos deducir que los individuos pueden juzgar su propio bienestar y que este lo juzgan sin tener en cuenta la situación de los demás individuos. Esta hipótesis excluye el comportamiento altruista de los sujetos en su toma de decisiones y posterior ejecución de las mismas.

En términos de este trabajo, estas no endeables consideraciones pueden reformularse arguyendo que el sujeto económico lo que pretende es maximizar su bienestar tomando las decisiones de manera racional y ordenando sus preferencias en base a su grado de satisfacción. Además, se deduce que lo que

²⁹ Querol, N. (2014). Op. Cit. Pág. 19.

³⁰ Ver Torres, J. (1987). Op. Cit.

guía al sujeto en su elección es una función de utilidad que es en todo caso individual y diferente a la de otros individuos.

El asiento neoclásico que estamos tomando como soporte utiliza dos premisas que interesa analizar: la estabilidad en las preferencias y el concepto de coste de oportunidad.

El planteamiento neoclásico sostiene estabilidad en las preferencias. A primera vista, esta conjetura carece de consistencia ya que las preferencias cambian conforme el tiempo transcurre, afirmando Henry Miller que “es posible cambiar todo sobre la base de supuestos cambios en los gustos y preferencias”³¹. Por lo que a esto respecta, al no poder conocer ni por tanto estudiar unas pautas y consecuencias derivadas de este cambio en los gustos, se admite que existe una estabilidad en los gustos y preferencias a la hora de realizar nuestro análisis.

El coste de oportunidad se constituye como un concepto esencial ligado a la elección entre distintas opciones en condiciones de escasez y su delimitación va impositivamente atada a un estudio coste-beneficio asociado a esta disyuntiva.

Analizada y delimitada la noción de bienestar individual, el siguiente paso a nivel metodológico subyace en elevar esta idea a una escala social. Este tránsito no ha sido sencillo y de hecho Kenneth Arrow³² llegó a afirmar que este ha sido siempre el problema primordial en el terreno de la economía del bienestar.

En este sentido, tradicionalmente se ha aceptado el *criterio de Pareto* que considera que los cambios implican mayor bienestar social si no se reduce el bienestar ninguno de los individuos y al menos se mejora el de uno. Por tal razón, el *óptimo de Pareto* se culmina cuando el bienestar de un individuo no puede aumentar sin disminuir el bienestar de otros miembros de la sociedad. En este punto es cuando se alcanza el mayor grado de eficiencia social.

Algunos precursores y desarrolladores del AED en ciertos casos rechazan completamente las suposiciones antes explicadas y en otros casos nos apuntan

³¹ Ver Torres, J. (1987). Op. Cit.

³² **Kenneth Joseph Arrow** (1921- 2017): economista estadounidense galardonado con el Nobel de Economía en 1972, compartiendo dicho galardón con el británico John Hicks. Destacan sus contribuciones a la economía del bienestar y a la teoría del equilibrio general.

que existen fallos en el mercado y que, fruto de estos, se incumplen ciertos aspectos irremediablemente contenidos en la formulación anterior. Por lo que a esto respecta, a continuación, se van a explicar las principales imperfecciones que se pueden dar en el mercado que fuerzan a la adopción de medidas de ajuste tanto fuera como dentro del propio mercado.

En primer lugar, se ha de destacar que en el mercado existen obstáculos impeditivos del libre intercambio que, junto con la existencia de derechos de propiedad, imposibilitan la libre utilización de los recursos.

En segundo lugar, se acentúa la existencia de ciertos bienes a los cuales no se les puede aplicar el principio de exclusión (son a los considerados bienes públicos o colectivos). Estos por sus características no están en condiciones de ser apropiados.

En tercer lugar, para la correcta virtualidad del modelo sería imprescindible que los costes de transacción fuesen nulos, lo cual no se manifiesta en los intercambios, ya que se incurre en costes de negociación e intercambio con carácter habitual.

En cuarto lugar, se requiere una información perfecta de todos los sujetos y si no se cumple se generan asimetrías e imperfecciones en el mercado.

En quinto lugar, los fallos de mercado generan efectos externos, lo que denominamos *externalidades*³³, que alejan de la consecución de la deseada combinación óptima entre oferta y demanda, dando lugar a costes de transacción.

En sexto lugar, una deficiencia notable de este modelo reside en el no posible cumplimiento de los presupuestos de competencia perfecta, ya que la existencia de monopolios u oligopolios provoca la aparición de beneficios extraordinarios, no cumpliéndose la máxima que iguala el precio y el coste marginal.

³³ Por externalidad entendemos aquella situación en la que los costes o beneficios de consumir o producir un bien o servicio no se ven reflejados en su totalidad en su precio de mercado. Ver García, A. y Salinas, F.J. (1985). *Manual de Hacienda Pública. General y de España*. Tecnos. Madrid.

Estas imperfecciones se deberían corregir mediante la adopción de medidas que contribuyan a la recuperación de la eficiencia en el mercado.

No resulta sencilla la introducción de políticas destinadas a subsanar las deficiencias antes expuestas. De hecho, el intervencionismo no ha sido en todo caso y circunstancia aceptado como la solución a estos problemas. Diferentes economistas han apoyado posturas contrapuestas al respecto.

Lipsey y Lancaster³⁴ en 1957 demostraron que la intervención externa puede no ser efectiva para corregir desviaciones. De hecho, arguyen que intentar alcanzar una segunda mejor situación cuando no se realiza automáticamente la primera es inútil, poniendo en evidencia en todo caso la aceptación de toda aplicabilidad del modelo neoclásico.

Davis y Whinston³⁵ sí que apostaban por la intervención política, pero siempre que los efectos de esta no generasen impactos significativos sobre las actividades a las que no van dirigidas.

No obstante, según Juan Torres, lo que nos está dificultando el análisis no simplemente reside en la posibilidad de conseguir lo que hemos definido como *óptimo de Pareto*, sino que tiene como origen y causa la propia distribución eficiente de los recursos escasos de que dispone la sociedad.

Si redefinimos esta eficiencia según John Hicks³⁶ y Nicolas Kaldor³⁷, esta se alcanzaría si las ganancias de los beneficiados compensan a las pérdidas de los que han sido perjudicados; sustentándose esta definición en un mero análisis coste-beneficio que en este caso sí establece criterios viables y virtuales de acción económica.

³⁴**Richard Lipsey**, economista canadiense, y **Kevin Lancaster**, economista australiano, formularon el llamado *teorema del second best* que indica que cuando una economía está sujeta a limitaciones o restricciones que impiden que alcance su ideal, suprimir algunas de las imperfecciones carece de virtualidad práctica. Ver García, A. y Salinas, F.J. (1985). Op Cit.

³⁵Davis, O.A. y Whinston, A. (1965). "Welfare Economics and the Theory of Second Best". *Review of Economic Studies*. Vol. 32. Págs. 1-14.

³⁶**John Hicks** (1904-1989): economista inglés y Premio Nobel de Economía en 1972, reconocido por sus aportaciones a la Microeconomía y a la Macroeconomía. Es uno de los principales exponentes de la síntesis neoclásica.

³⁷**Nicolas Kaldor** (1908-1986): economista profundamente influido por la economía keynesiana y el ideario socialdemócrata.

Por tanto, debido al no consenso existente a la hora de demarcar qué se entiende por eficiencia, se deben definir otros criterios complementarios a alcanzar en la extrapolación de nociones económicas al terreno jurídico.

En consecuencia, pese a que en todo caso debemos tener como meta la eficiencia, se han de tener presentes otros objetivos de manera adicional. Esto se fundamenta en que, si se focaliza y encamina nuestro análisis hacia la persecución de un puro objetivo de eficiencia, y los resultados alcanzados no se corresponden ni con los presupuestos considerados ni con los económico-jurídicos que pretendemos examinar, este carece de virtualidad. Por ende, resulta crucial una correcta determinación de lo que se pretende resolver, evitando las confusiones terminológicas continuamente presentes. Por tanto, nos debemos adecuar a la realidad, intentando predecir si esta es modificable o si por el contrario una modificación de las premisas de partida nos abocaría a una ficción irreal.

2.2.2. Valor, utilidad y eficiencia

Se debe precisar y concretar el significado y alcance de estos términos pues contienen matices esenciales para un correcto desarrollo y entendimiento del alcance y fin del AED y, de hecho, una correcta descripción de estos nos conduce a una reducción de los errores terminológicos que pretendemos eludir. En el presente trabajo ya se ha recurrido con anterioridad a los mismos, lo que refleja no solo su importancia, sino también su imposible evitación.

En primer lugar, si aunamos lo expuesto por parte de la doctrina acerca de qué representa el *valor* en términos económicos, podemos sintetizar que la mayoría de los autores están de acuerdo en su carácter subjetivo, y en que este resulta difícilmente medible o cuantificable. Además, obedece a la utilidad que proporciona a cada sujeto un bien o servicio.

No obstante, si hemos delimitado qué entendemos por *valor* recurriendo al término *utilidad*, se debe intentar deslindar este segundo término. Si nos ceñimos a definirlo desde un punto de vista estrictamente económico, la definición más

admitida nos señala que es una medida abstracta que indica “el grado de satisfacción que proporciona determinado producto o servicio sobre la necesidad del consumidor”³⁸.

Se ha relatado anteriormente que el AED incluye como método de trabajo la teoría microeconómica, ya que los individuos como paso previo a la toma de decisiones efectúan un análisis coste-beneficio³⁹. Este se lleva a cabo en una determinada situación contextual por parte de cada agente (dependiendo de sus preferencias), desembocando tales elecciones en un determinado nivel de bienestar, medido por la función de utilidad. Tal representación no valora sino este bienestar en los individuos y simboliza un concepto abstracto que incluye aspectos no cuantificables, como el altruismo que un individuo detenta respecto de terceros, o la satisfacción de obtener bienes inmateriales como son el amor, la amistad o la alegría.

Si nos preguntamos acerca de la conexión entre los términos anteriormente expuestos y el AED, esta reside en la relevancia que tienen los mismos como medida del bienestar de los individuos. Es más, su empleo permite obtener información valiosa acerca de los efectos que tienen las decisiones jurídicas en la satisfacción de los individuos en particular y de la sociedad en general.

De igual modo, el conocimiento de estos efectos nos posibilita no solo conocer sino también entender el funcionamiento del mundo del derecho, y nos permite constatar la creciente importancia de la economía en el mundo de la política legislativa.

De hecho, pese a que *de facto* son conceptos en cierta medida indeterminados y con cierto grado de abstracción, *de hecho* nos permiten anexionar ambas disciplinas que no buscan otra cosa que optimizar sus tareas, con el fin de maximizar los resultados obtenidos, lo que en la mayor parte de las ocasiones

³⁸ Ver Larrama, A. (2021). Definición de utilidad, utilitarismo y ley de utilidad marginal decreciente. Disponible en <https://economia.org/utilidad.php> (última consulta en febrero de 2022).

³⁹ Ver Querol, N. (2014). Op. Cit.

se manifiesta como una maximización de la función de utilidad de los sujetos implicados en el caso concreto⁴⁰.

Para concluir esta demarcación conceptual, hemos de ahondar en el significado, alcance e importancia derivados de la noción de eficiencia.

Cándido Paz-Ares remite a la definición de Polinsky que nos apunta que es “aquella propiedad de una regla jurídica que consiste en la maximización de los beneficios totales o en la minimización de los costes totales de una transacción contractual o extracontractual”. Sin embargo, Cándido Paz-Ares alude a que en todo caso ha de depender de la capacidad y disposición de pagar del sujeto implicado, aunque esta apreciación se suele despreciar a la hora de formular reglas generales.

Con arreglo a lo apuntado, el derecho, en su tendencia a la consecución de este objetivo, lo que pretende es dirigirse y encaminarse al intercambio que conduzca a la maximización del valor, alejándose de todas las transacciones que tengan el resultado contrario, modificando los incentivos necesarios para ello⁴¹. Esto fue de igual manera apuntado por Richard Posner: “desde un punto de vista económico, el derecho consiste en directivas que imponen costes y beneficios a los participantes en una transacción⁴²”.

Tras haber delimitado el concepto de eficiencia de una manera más técnica, se debe especificar que comúnmente se entiende que una situación es eficiente u óptima siempre que no sea posible encontrar otra situación en que alguien pueda ver mejorada su situación sin perjudicar la de otro sujeto. Esta es la ya antes denominada *eficiencia paretiana*⁴³.

⁴⁰ Ver Doménech, G. (2009). “Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico”. *Revista de Derecho y Economía de Uruguay*. Vol. 180. Págs.159-186.

⁴¹ Ver Anglas, D.J. (2008). “Teoría del análisis económico del derecho”. Disponible en <https://cvperu1.files.wordpress.com/2011/07/analisis-economico-del-derecho.pdf>.

⁴² Ver Posner, R. (1998). *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica de España. Buenos Aires.

⁴³ El concepto lleva el nombre del economista italiano Vilfredo Pareto (economista y sociólogo conocido por sus aportaciones a la economía del bienestar). Ver García, A. y Salinas, F.J. (1985). Op Cit.

Sin embargo, Hicks propuso un concepto más extenso de eficiencia, la denominada *eficiencia potencial*, que entiende eficiente toda situación en la cual lo que puede mejorar alguien suponga más de lo que pueden empeorar otros sujetos para ello; o dicho, en otros términos, lo que se pretende es maximizar los beneficios sociales netos.

2.3. VIEJO Y NUEVO ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Este epígrafe mantiene estrecha relación con lo explicado anteriormente, ya que en el mismo se va a proceder a detallar cómo ha evolucionado el estudio de lo económico en lo jurídico, y es que la aparición de hechos económicos protagonistas de la vida social ha exigido que la normativa y legislación se haga eco de estos, sirviendo como forma de gobierno de las relaciones económicas explícitas que se dan en la sociedad.

Richard Posner en un artículo de 1975 diferencia entre Viejo y Nuevo AED y basa esta distinción en las materias o contenidos que ambas corrientes abarcan⁴⁴. No obstante, Juan Torres entiende que las disparidades estriban tanto en el método empleado como en la actitud característica de los autores de una y otra corriente⁴⁵.

Francisco Cabrillo, catedrático de Economía Política y Hacienda Pública de la Universidad Complutense de Madrid, nos apunta que el Nuevo AED presenta un objeto bien definido, mediante el cual se abandonan los problemas tradicionales abordados por la teoría económica acerca de la asignación de recursos o formas de mercado, dándose paso a la explicación de cuestiones que han sido ignoradas durante mucho tiempo, como la eficiencia de las instituciones y de las normas jurídicas.

Esta renovación del AED a la que los puristas denominan Nuevo Análisis Económico del Derecho consiste en la utilización de una metodología de corte

⁴⁴ Posner, R. (1975) "The social cost of monopoly and regulation". *Journal of Political Economy*, N.º. 83. Págs. 807-827.

⁴⁵ Ver Torres, J. (1987). Op Cit. Pág.16.

microeconómico, alejándose de la estrategia de la vieja escuela institucionalista que, tal y como afirmó Kenneth Arrow, carecía de estrategia de investigación.

No obstante, si se conjugan debidamente las conclusiones antes manifestadas, se puede concluir que el paso del Viejo al Nuevo AED ha supuesto un paso más en la conexión entre los dos campos, pretendiendo, tanto a nivel cuantitativo como mayoritariamente cualitativo, crear una unidad indisoluble entre lo jurídico-legal y lo económico, cuya meta no es sino la de expandir los efectos del propio AED a numerosos, antes no tratados, fenómenos sociales. Esto obtiene como resultado un considerable abandono de la visión reduccionista que detentaba en sus inicios para adentrarse y manifestar una visión más amplia, con mayor alcance y mayor fundamentación teórico-práctica.

Antes de nada, interesa aclarar que lo que se califica como Viejo AED tiene como origen la intercalación entre los planos jurídico y económico y que en su labor pretende compatibilizar y complementar los resultados obtenidos, de manera que se aprovechen las ventajas de ambas disciplinas, siendo únicamente aplicable la ciencia económica a los hechos jurídicos que concurren con algún hecho económico. Mientras que el denominado Nuevo AED tiene como causa el desarrollo natural de la propia ciencia económica que expande su capacidad de análisis y desarrollo a toda variedad de fenómenos, ambicionando un acoplamiento, en la medida de lo posible, entre el hecho económico y la proposición jurídica⁴⁶.

Por tanto, la diferencia capital que se percibe entre ambos, Nuevo y Viejo AED, reside y sobrepasa el objeto de estudio en ambos casos tenido en cuenta. De manera que, a diferencia de lo manifestado por Posner, la evolución se manifiesta en la disparidad de puntos de vista acerca de la contribución que la economía puede aportar a una correcta delimitación del derecho en general y de las instituciones y normas en particular⁴⁷.

⁴⁶ Ver Torres, J. (1987). Op Cit. Pág. 16.

⁴⁷ Ver Paz-Ares, C. (1981). Op. Cit.

2.4. ASPECTOS POSITIVOS Y NORMATIVOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Como ya hemos visto, el AED se ha configurado como una disciplina dotada de creciente capacidad explicativa y de amplio apoyo doctrinal con especial relevancia empírica que permite alcanzar fines de otra manera inalcanzables. Un precursor de esta concepción es Pierre Proudhon⁴⁸, quien afirma que “la reorganización social debería llevarse a cabo por medio del derecho económico, complemento y corolario del derecho y de la economía, y debería constituirse a partir de diversos grupos que participan en la actividad económica y mantener la justicia social”.

No es cuestión banal la conexión entre el derecho y la economía, ni tampoco lo es la concurrencia de aspectos positivos y normativos, que hay que tener en cuenta para un mejor estudio y análisis de la materia.

Resulta interesante remontarse al momento en el que John Neville Keynes⁴⁹ diferencia entre economía normativa y positiva y es que, en un contexto de estudio y encuadramiento del AED, son diferenciables los modelos y planteamientos que se suelen incardinar a uno u otro enfoque. El desarrollo más puro y tradicional del AED se orienta al positivismo, mientras que la vocación normativa que acarrea el análisis social y contextual (que obligatoriamente se debe efectuar para un correcto acoplamiento de la disciplina a la realidad) incita a una equiparación en términos de importancia de ambos aspectos del AED.

Desde el punto de vista positivo, el AED responde al impacto que experimentan las normas legales en el comportamiento de los agentes económicos en términos de sus decisiones de bienestar. De manera que se estudia el posible efecto que tienen estas en los propios agentes en cuanto a asignación de recursos escasos en condiciones de escasez se refiere, constituyéndose como una mera explicación teórica acerca de las reglas existentes y de su alcance, sin pretender un ulterior análisis ni una mejora de los resultados deducidos u observados. Desde esta perspectiva, se ha utilizado la teoría económica a la hora de justificar

⁴⁸Ver Proudhon, P.J. (1866). *Teoría de la propiedad*. Editorial Proyección. Buenos Aires.

⁴⁹Ver Keynes, J.N. (1981) *El alcance y el método de la Economía Política*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.

por qué ciertas regulaciones alcanzan ciertos contenidos y no otros. A su vez, ha servido para estudiar la influencia de la ideología de los jueces a la hora de pronunciar fallos, entre otros muy trascendentes usos que detenta.

Desde un punto de vista normativo, se estudian las ventajas que determinadas normas legales pueden tener en términos de bienestar social y, más concretamente, se dedica a analizar qué es lo que los agentes deberían o no realizar en cada caso concreto, teniendo en cuenta las expectativas y consecuencias susceptibles de producirse por las distintas posibles alternativas de actuación. Fruto de esto, se pretende maximizar la satisfacción global con un pormenorizado análisis de los costes y beneficios de las posibles opciones a elegir. Esto conlleva a una necesaria formulación de juicios acerca de la oportunidad o no de proceder de una determinada manera con el fin de conseguir la ya citada y constante pretendida maximización de la satisfacción en términos de bienestar social.

Por tanto, el procedimiento que se debe utilizar se asienta en el análisis microeconómico, tomando como premisa y punto de partida la consideración de que los agentes económicos toman sus decisiones de forma racional, partiendo de cierta información, y encontrándose limitados por ciertas restricciones y obstáculos, algunos relativos y otros absolutos, y por tanto insuperables, que condicionan el resultado final.

Esta utilización de la teoría económica, tal y como manifestó Keynes, se propone para analizar las realidades más dispares, como el proceder de las organizaciones, o comportamientos y materias completamente heterogéneas, como el suicidio, el matrimonio, o la familia, así como para analizar la estructura y función del sistema político o la historia.⁵⁰

Esta amplitud en su espectro de aplicación ha sido foco de innumerables críticas, ya que también se utiliza el análisis económico para explicar aspectos privados referidos a ámbitos estrictamente personales. Pese a esto, se percibe que este uso tan peculiar permite interpretar y explicar de manera más homogénea y

⁵⁰ Para J.N. Keynes la teoría económica no es sino “un método más que una doctrina, un instrumento mental, una técnica de pensamiento que permite al pensador alcanzar las conclusiones correctas”. Ver Keynes, J.N. (1981). Op. Cit.

coherente tales esferas de la vida humana. Además, permite entender mejor las estructuras de organización y creación de derecho que son las que realmente guían el comportamiento individual y sobre todo social⁵¹.

Este análisis normativo debe sustentarse y apoyarse en fundamentos sólidos y argumentos lógicos que permitan sostener que la medida propuesta o elegida goza de una mayor eficiencia, probando que el coste de oportunidad de no alcanzar otra es menor que las ventajas logradas.

2.5. ESCUELAS EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El AED, tal y como lo hemos definido, pretende basar su campo de actividad en el empleo de herramientas económicas a la hora de analizar sistemas normativos, persiguiendo alcanzar la eficiencia, sin subestimar otros objetivos inherentes al mundo del Derecho (como la justicia). Teniendo esto en mente, resulta primordial tener en cuenta que la mayoría de los estudiosos de este campo tienen la convicción de que existen muchos aspectos coincidentes en todas las teorías y enfoques que han existido y existen, sin importar ideologías o creencias.

No obstante, sin perjuicio de la férrea confianza que la mayoría de la doctrina sostiene en esta afirmación, si nos centramos en la metodología y líneas de investigación seguidas por los profesionales en la materia, también se manifiestan disparidades y fracturas entre los distintos enfoques que se presentan, resultando imprescindible distinguir entre las diferentes perspectivas que se han ido desarrollando, los diferentes argumentos esgrimidos en cada caso, y las consecuencias que de ello se derivan. Se pueden diferenciar distintas escuelas que procedemos a analizar.

2.5.1. La Escuela de Chicago

⁵¹ Ver Williamson, O. (1998). "Transaction cost economics: how it works; where it is headed". Disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.818.6433&rep=rep1&type=pdf>. (última consulta en marzo de 2022)

Esta escuela es la más conocida y de su denominación se desprende la estrecha relación que subyace entre la Universidad de Chicago y el movimiento que aúna el derecho y la economía.

Se caracteriza por su firme oposición a la intervención estatal y por su alegato a favor de la competencia perfecta y del libre mercado. Los discursos de los seguidores de este enfoque destacan por sus sesgos conservadores, limitando la posible intervención estatal a reforzar los acuerdos privados o a establecer reglas de actuación cuando la solución privada sea muy costosa.

Los promotores de esta corriente son Henry Simons, Frank Knight y Aaron Director⁵². El segundo de estos destacó por sus estudios acerca del riesgo y la incertidumbre, así como por defender la implantación de peajes en carreteras para reducir los atascos. El fuerte impulso inicial de la escuela favoreció la incorporación de Ronald Coase.

Igualmente relevante es la contribución de Gary Becker, quien divulgó el movimiento y renovó su campo de estudio, dejando de ser la empresa para convertirse en el individuo, y erigiéndose la búsqueda del máximo beneficio como el objeto primordial de la misma.

Sin perjuicio de lo antes apuntado, la figura más significativa y posiblemente conocida es el profesor Richard Posner, que afianzó los fundamentos del método de la escuela de Chicago. Con su obra "The economic análisis of Law"⁵³ fusionó los razonamientos económico-jurídicos y sostuvo la idea de que los jueces han de fundamentar sus fallos en base a una búsqueda de la eficiencia económica y de la maximización de la riqueza⁵⁴, debiendo la normativa tomar como cláusula necesaria y predominante para su correcta formulación, la racionalidad en la toma de decisiones. Se aplicaron sus deducciones a diversos ámbitos como el derecho de familia, la privacidad o la discriminación racial.

⁵² Ver Saavedra, R.E. (2015). "La(s) escuela(s) del Análisis Económico del Derecho: Hacia la necesidad de diferenciar perspectivas". Disponible en <https://ius360.com/las-escuelas-del-analisis-economico-del-derecho-hacia-la-necesidad-de-diferenciar-perspectivas/> (última consulta en febrero de 2022).

⁵³ Ver Posner, R. (1977). *Economic Analysis of Law*. Little Brown and Company. Chicago.

⁵⁴ Sin olvidar en todo caso los propósitos perseguidos directamente por el derecho como la búsqueda de justicia.

2.5.2. La Escuela de New Haven (Yale)

Esta segunda escuela presenta sus diferencias con la primera y se plantea que ha de existir suficiente regulación en los mercados, justificando y apoyando el intervencionismo estatal dirigido a solventar los fallos del mercado, con el ánimo de lograr la mayor eficiencia y justicia que desemboque en una adecuada distribución.

El principal exponente de esta escuela es Guido Calabresi. Este autor formuló conceptualmente las bases metodológicas de la fusión entre el derecho y la economía y apostó por aplicar este enfoque al terreno jurídico, admitiendo el importante papel que adquiere la economía a la hora de clarificar asuntos jurídicos.

A fin de formular conclusiones a sus estudios, reconoce que el mercado logra una asignación eficiente de los recursos, pero que existen otros propósitos que no se deben excluir a la hora de efectuar un análisis y que pueden conllevar a la elección de una alternativa menos eficiente pero que consiga mejorar la vida de los ciudadanos.

Por ende, teniendo esto presente, la eficiencia no es la única vara de medición y esto justifica la aparición y desarrollo de políticas públicas e instrumentos normativos que persigan entre otros objetivos la maximización del bienestar social.

2.5.3. La Escuela Institucional

Esta corriente destaca la importancia de la economía en la articulación de las instituciones, adoptando como fundamento primero su desconfianza en la acción individual y en la racionalidad de los individuos.

De manera paralela, defiende una visión dinámica y conjunta de la sociedad en la que priman las normas, las rutinas y los hábitos y en la que el comportamiento sigue esquemas predispuestos, ideados y artificiales.

Esta tendencia tuvo gran éxito en EE.UU., sobre todo después de la crisis de 1929, en la que la creación de instituciones sólidas para combatir los efectos negativos de tal crisis en la economía, y su influencia en variables como el consumo, estaba no solo justificada, sino que resultó clave para el surgimiento de instituciones financieras estables.

Los principales precursores de esta escuela por orden cronológico son Thorstein Veblen, John Commons⁵⁵, Clarence Ayres y Lester Thurrow. Los dos primeros desarrollaron sus trabajos profesionales centrándose en el desarrollo y avance que podía suponer la introducción de reformas laborales, económicas, y sobre todo sociales. Por su parte, Clarence Ayres⁵⁶ apostó por la influencia de la tecnología en el desarrollo sociocultural. Por último, Lester Thurrow arguyó que las preferencias humanas se encuentran delimitadas por una tónica e influjo social predominantemente que varía en cada caso concreto, dependiendo de la concreta sociedad de que se trate.

North, premio Nobel de economía en 1993, advierte que las instituciones son la clave que puede ilustrar el desarrollo y la evolución, pero una vez estructurado el diseño de las instituciones, este está condenado a perdurar y por eso necesita ser correctamente razonado y justificado con el fin de poder predecir y argumentar su afectación al bienestar individual y sobre todo al bienestar social.

2.5.4. La Escuela de Virginia; el enfoque del “Public Choice”

⁵⁵ Commons tuvo gran influencia no solo por sus trabajos teóricos, sino que consiguió que se llevaran a la práctica importantes cambios en la legislación laboral americana en épocas previas a la Primera Guerra Mundial.

⁵⁶ Ver Ayres, C.E. (1944). *The Theory of Economic Progress*. University of North California Press.

La teoría de *Public Choice* tiene su origen en los trabajos de Gordon Tullock y James Buchanan⁵⁷ y defiende que las decisiones públicas tienen su fundamento en los intereses de los individuos.

Esta teoría económica no centra su estudio en los fallos en el mercado, sino en los que acontecen en el proceso político. De acuerdo con esto, la sociedad ha de controlar a los políticos debido a las erratas que tradicionalmente se detectan en el proceso de producción legislativa. Para intentar minimizar tales deficiencias, y sobre todo para poder justificarlas, se sirve del empleo de modelos económicos que estudian las raíces culturales, históricas e ideológicas, los cuales actúan como fundamento y herramienta de justificación de los posibles cambios normativos y transformaciones institucionales que sean necesarios para aminorar las imperfecciones presentes en el desarrollo normativo.

2.5.5. La Escuela de Harvard

En los años ochenta del siglo pasado brotó la escuela de Harvard que destaca por la multitud de temas que abarca su campo de estudio e investigación. Entre estos despuntan los temas fiscales, de política financiera, de litigación, etc. En ella destaca Steven Shavell, que investigó y analizó las reglas jurídicas que podría ser preferible implementar en la sociedad, desde una óptica de eficiencia económica, con el fin de conseguir el mayor bienestar social posible.

Esta escuela, pese a que es relativamente de nueva aparición, destaca por su abundante producción doctrinal con estudios tan dispares como los realizados por Kip Viscusi, referidos a la industria tabaquera, o por Howell Jackson, referidos a temas fiscales.

Sin desvirtuar lo anterior, conviene destacar el surgimiento de nuevas corrientes de pensamiento cuyo objetivo ha sido potenciar el enfoque económico y la aplicabilidad de esta ciencia en la toma de decisiones, otorgando mayor peso a

⁵⁷ **James Buchanan** (1919-2013): fue un economista estadounidense y máximo representante de la teoría del *Public Choice*. Entre sus contribuciones destaca la de vincular la ciencia económica con la política.

esta disciplina. Resulta igualmente sustancial dejar constancia de la posibilidad de recurrir a la economía en el estudio de la conducta humana; así, el propio Alfred Marshall comenzaba sus Principios diciendo que “la economía es el estudio de la Humanidad en los asuntos ordinarios de la vida”⁵⁸.

Es cierto que la escasez y la elección se convierten en los pilares sobre los que se asienta la propia noción de economía y Robbins, en relación con esto, está de acuerdo en que toda conducta humana satisface estas condiciones pues se origina de una elección, en la que se relacionan los fines deseados con los medios planteados para conseguirlos⁵⁹.

2.6. EVOLUCIÓN, ALCANCE Y PROYECCIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: DESDE SU ORIGEN HASTA LA ACTUALIDAD

2.6.1. Evolución metodológica del Análisis Económico del Derecho

El AED desde sus comienzos ha pretendido explicar teórico-conceptualmente la realidad tal y como es. Este propósito se ha ido consiguiendo con el paso del tiempo. Como consecuencia del citado logro, se han ido proyectando nuevas metas por parte de los desarrolladores de esta disciplina.

En un primer momento la intención del AED residía en probar la veracidad de los postulados teóricos y demostrar que no son meras especulaciones vacías de contenido. Esto se llevaba a cabo mediante estudios econométricos e investigaciones científicas. Además, a través de la observación se pretendía constatar si los resultados obtenidos y las deducciones alcanzadas se materializaban en la realidad. A esta economía se la denomina *empírica*, ya que pretende utilizar la *praxis* para demostrar lo que ocurre de *facto*. En concreto, algunos de los estudios ejecutados fueron acerca de temas en su día de actualidad, como la efectividad de la imposición de penas y sanciones mayores o menores dependiendo el delito cometido.

⁵⁸ Ver Marshall, A. (1948). *Principios de economía*. Aguilar. Madrid.

⁵⁹ Ver Robbins, L. (1966). *Teoría de política económica*. Ediciones Rialp. Madrid.

Posteriormente se evolucionó hacia una economía experimental que no tiene sino el propósito de probar y advertir el realismo y la firmeza de las premisas puramente teóricas, utilizando como método la realización de una serie de ensayos cuyo objetivo estriba en replicar al mercado en laboratorios o entornos controlados.

La economía comportamental es el siguiente estadio por el que articuló su camino el AED y lo que busca es comprobar si los seres humanos trazamos nuestro camino secundando los presupuestos de la teoría económica o si por el contrario huimos de tales, ocasionándose anomalías.

La economía conductual combina en su análisis conceptos provenientes tanto de la psicología como de la microeconomía clásica. Esta vinculación se evidencia en la inherente semejanza entre la relación estímulo-respuesta (desarrollada en la psicología) y las ya explicadas relaciones causa-consecuencia o coste-beneficio (de la ciencia económica).

Este apartado lo que pretende es no incurrir en un análisis simplista e irreal acerca de qué es realmente el AED, a través de una explicación sobre el dinamismo que ha experimentado este modelo y las distintas interpretaciones posibles, que divergen dependiendo de los profesionales que dediquen tiempo a su estudio. De hecho, los “ius-economistas tienen sesgos particulares que explicarán las soluciones que formulen, las cuales no serán semejantes a las de sus colegas pertenecientes a una escuela distinta⁶⁰”.

En el momento actual, el AED ha conseguido innumerables logros, una expansión que en otros tiempos habría sido impensable, pero gracias a la interdependencia entre países, el aperturismo mercantil y a los medios de comunicación, cada vez se han hecho eco de la existencia de esta disciplina mayor número de países y sujetos, extendiéndose su campo de estudio y aplicación tanto territorial como materialmente. Consecuentemente, también se han ampliado los medios económicos y materiales utilizados para la investigación y desarrollo de la materia. Actualmente ya son diversas las revistas que se dedican exclusivamente a la aplicación de la metodología económica a

⁶⁰ Ver Saavedra, R.E. (2015). Op. Cit.

temas jurídicos entre las que podemos destacar: *Journal of Law and Economics*; *Journal of Legal Studies*; *Journal of Law, Economics and Organization*⁶¹, etc.

En este sentido, no resulta disparatado cuestionarse sobre el futuro de la disciplina, acerca de si va a continuar el incremento y expansión actual, o se va a ralentizar su avance.

Richard Posner defiende que cualquier cuestión jurídica podría ser analizada desde una perspectiva económica, y debido al planteamiento, surgimiento y aparición de nuevos temas, cuestiones y problemas objeto de debate, como la regulación de las estructuras familiares, el derecho medioambiental, las constantes crisis económicas que estamos atravesando, etc., se puede llegar a la conclusión de que el AED puede seguir contribuyendo a la explicación y análisis de numerosos fenómenos, no perdiendo la fuerza y el vigor con los que se ha desarrollado en los últimos años⁶².

En algunos ámbitos o materias es clara e indiscutible la expansión y aportación de la economía, pareciendo no encontrarnos con limitaciones conceptuales ni explicativas. Sin embargo, en otras materias como en derecho de familia, la aplicación del AED está sujeta a constante discusión y examen al no poder ser estrictamente monetizada ni cuantificable por el carácter subjetivo que comporta.⁶³

2.6.2. Alcance y proyección del Análisis Económico del Derecho

Los últimos cincuenta años han sido testigos del surgimiento, avance y consolidación de una nueva disciplina que ha ido no solo progresando, sino afianzando y ampliando sus contenidos, abarcando actualmente temas de estudio de diversas ramas y materias. El AED ha posibilitado que se enriqueciera el terreno jurídico y ha alentado a una renovación, garantizando colaboraciones entre juristas y economistas que han llegado no solo al terreno académico y

⁶¹ Ver Ellocson, R.C. (1989). "Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics". *Chicago Law Review*. Vol. 65. Págs. 1-23.

⁶² Ver Cabrillo, F. (1990). Op, Cit.

⁶³ Ver Becker, G. (1957). *The economics of discrimination*, Chicago University Press. Chicago.

profesional, también a los tribunales en los que los juzgadores ya no muestran como una deshonra el fundar sus argumentos y juicios en criterios económicos.

Santos Pastor en un compendio acerca de esta materia que publicó en 1989, sostiene que “las normas crean incentivos que hacen que las personas se comporten de una forma u otra, e inducen unos resultados que pueden ser buenos o malos socialmente, para evaluar lo cual precisamos de algún procedimiento objetivable⁶⁴”. Este procedimiento objetivable se basa en técnicas y procedimientos fundados en análisis económicos, y la evolución que estos han experimentado ha servido para que se reciban con gran acogimiento en el terreno de lo jurídico. De esta forma, prácticamente todas las áreas y todos los agentes del sistema jurídico legal se han visto influidos por esta interrelación cada vez más aceptada entre derecho y economía.

Además, este acogimiento ya no detenta índole residual, sino que cuenta con gran audiencia. Sin embargo, esto no quiere decir que la madurez y la robustez adquirida signifique homogeneidad, pues se pueden apreciar notables fracturas y discrepancias ideológicas entre las diferentes escuelas y enfoques⁶⁵.

Entre otros grupos puede advertirse la influencia en docentes que utilizan el AED para exponer y presentar el sentido de las instituciones jurídicas, en investigadores que utilizan este enfoque para plantearse las inferencias y consecuencias de las normas en el comportamiento de los seres humanos, en los juzgadores a la hora de tomar decisiones, etc.⁶⁶

No en pocas ocasiones a lo largo de este trabajo se hace referencia al constante cambio y frecuencia con el que se renueva, o más concretamente amplia, el ámbito de estudio y aplicación de esta disciplina, por lo que resulta indudable la expansión y alcance que está tomando, constituyéndose como una sólida herramienta para el estudio de las relaciones sociales. Por tanto, parece innegable la relevancia y extensión que esta disciplina está consiguiendo, fruto

⁶⁴ Ver Pastor, S. (1989). *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*. Tecnos. Madrid

⁶⁵ Esto lo hemos puesto de manifiesto con anterioridad al explicar la evolución que la disciplina ha experimentado y en concreto las diferentes escuelas que se han centrado en su desarrollo.

⁶⁶ Ver Cooter, R. y Ulen, T. (1998). *Op. Cit.*

del trabajo de muchos profesionales. Muchos de estos proceden de países anglófonos, mayoritariamente de EE.UU., país en el que confluyen diversas investigaciones en las que lo económico y lo jurídico se complementan, contrarrestando las ventajas e inconvenientes de ambas ciencias para analizar casos de diversa índole. Esto acontece mayoritariamente en las Universidades de Stanford, Harvard, Chicago, Yale y Columbia, con programas docentes y claustros especializados en la materia. Algunos de los actores más relevantes y con mayor notoriedad son: Cooter, Ulen, Polinsky, Posner, Goez, etc. Pero también existen valiosas muestras de autores provenientes de otros territorios como Nuno Garoupa, portugués, Alfredo Bullard⁶⁷, peruano, o Rafael Nery Nieto, chileno.

En estos últimos países, se imparten incluso cursos de especialización de la materia en universidades a los que han acudido jueces, docentes y abogados, produciéndose notables cambios tanto doctrinales como jurisprudenciales, entre los que se pueden resaltar el abandono de criterios tradicionales en la explicación de los costes y de la eficiencia, la presencia de diferentes argumentos a la hora de emitir sus fallos los juzgadores, y cambios legislativos importantes⁶⁸.

Si nos centramos en Europa, no debemos dejar de mencionar la existencia de la EALE (*European Association of Law and Economics*), una asociación que no solo promueve y estimula la investigación en esta materia en el continente, sino que celebra conferencias con periodicidad anual para tratar cómo y de qué manera conviene impulsar esta materia y qué caminos o nuevas líneas de investigación adoptar.

No obstante, la tradición jurídico-legal presente en la parte occidental del continente europeo se ha mantenido evasiva y ajena a la introducción de enfoques económicos, manteniéndose el mundo anglosajón más permeable a estas influencias. Concretamente, el utilitarismo ha estado presente en la

⁶⁷ Domingo Jesús Anglas Castañeda nos reproduce unas frases de Alfredo Bullard que son realmente significativas: "entender economía mejora la imagen de los abogados y enriquece el Derecho mismo. Ayuda a comprender que el derecho es solo una, y quizás no la más importante de las ramas del conocimiento". Ver Anglas, D.J. (2008). Op. Cit.

⁶⁸ Ver Polinsky, A.M. (1983). *An introduction to Law and Economics*. Little, Brown and Company. Boston.

tradición procesal y legislativa de manera más significativa en los países de habla inglesa. Esto se justifica por la forma de razonar, pensar y entender las instituciones que detentan los anglosajones en contraposición con los europeos continentales.

A su vez, no es cuestionable la importancia que para los anglosajones tiene el realismo legal que necesariamente abre camino al empleo de otras ciencias más empíricas como la economía para analizar aspectos jurídico-legales. De hecho, ya desde los años sesenta se empieza a hablar de esta disciplina de manera autónoma y separada en estos territorios, coincidiendo este momento con el momento en el que se comenzaron a impartir cursos y docencia de *law and economics* en las más conocidas universidades⁶⁹, mismo momento que hemos datado como el de comienzo de la época *dorada* del AED.

En concreto, universidades europeas han comenzado a incluir en sus programas departamentales estas líneas de investigación, concretamente universidades españolas como las de Madrid, Málaga, Salamanca, Barcelona, Valladolid, etc.

Como se desprende de lo anteriormente apuntado, en España han sido escasas en términos cuantitativos las contribuciones al estudio del Análisis Económico del Derecho, y se han realizado en su mayoría en los departamentos de Derecho Mercantil, Economía Política y Hacienda Pública de las universidades españolas, y en ciertos congresos, seminarios y debates que se han materializado en forma de publicaciones. Esta insuficiencia en cuanto a cantidad se refiere, no es tal en cuanto a calidad del material elaborado, ya que ciertos profesores de Derecho Mercantil como Cándido Paz-Áres, al que se cita en diversas ocasiones en el presente trabajo, Santos Pastor, Javier Salinas o Francisco Cabrillo, han realizado importantes aportaciones que no merecen ser obviadas y mucho menos olvidadas.

Como conclusión, se puede deducir de manera nada abrupta que el AED debe ser analizado y adoptado como un método explicativo y, por tanto, debe ser utilizado de manera complementaria a otras técnicas de análisis. Heráclito dijo

⁶⁹ Ver Krier, J.E. (1974). *Book Review of Economic Analysis of Law*. University of Pennsylvania. Pennsylvania

que “los grandes resultados requieren grandes aspiraciones”, de tal manera que, a través de la implantación del AED en los distintos campos de estudio y su creciente difusión geográfica, se pretenden conseguir cambios relevantes y significativos como los que en su corto pero intenso recorrido se han conseguido.

2.7. CRÍTICAS AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Hay que tener en cuenta que el desarrollo AED no siempre ha tenido un camino sencillo. Además, existen no pocos detractores de esta disciplina, los cuales se muestran defensores de posturas enfrentadas al AED. Estos no aceptan la idea de que la economía pueda servir como herramienta de lo jurídico.

Una de las críticas fundamentales que subyacen se asienta en la utilización de variables exclusivamente económicas en sus modelos. Esto puede hacernos pensar que no se incluyen variables psico-sociales, que pueden condicionar el mundo del Derecho tanto o más que las puramente económicas.

En este aspecto, muchos de los críticos a esta postura lo hacen desde una perspectiva ética o moral, exponiendo que la economía es una “guía inmoral para la política legal”⁷⁰. De hecho, es cierto que metodológicamente su versión más agresiva estima una valoración monetaria de la vida o la salud humana. Sin perjuicio de esto, y en contraposición a esta crítica, se puede decir que también provee una guía sensata para la mejora del sistema jurídico, lo cual resulta no solo prácticamente útil sino también intelectualmente fascinante.⁷¹

En este sentido, pese a que resulta cautivadora, sigue siendo una disciplina en desarrollo y es esa incompletitud conceptual la base sobre la que se asienta la siguiente crítica que apunta que desde un punto de vista teórico no ha sido todavía capaz de explicar todas las reglas e instituciones jurídico-legales. Pese a esto, los defensores del AED se posicionan en contra de esta afirmación con argumentos sólidos y consistentes, que apuestan por los grandes frutos

⁷⁰ Los críticos al AED arguyen que resulta lamentable considerar que la economía pueda mejorar las reglas vigentes y las instituciones legales, pues basa su examen es un análisis meramente cuantitativo y estadístico, no social o psicológico.

⁷¹ Ver Posner, R. (1998). Op. Cit.

obtenidos de un campo de tan reciente aparición que no solo es prometedor, sino aplicable por diversos profesionales provenientes de diversas ramas del conocimiento, como, por ejemplo: antropólogos, sociólogos, economistas, juristas, etc.

El siguiente juicio de valor que se realiza sobre este enfoque es efectuado por partidarios de posturas políticas y científicas de ideología progresista. El fundamento origen de tal crítica es el encuadramiento de esta corriente como conservadora. Los juicios en este sentido son utilizados como herramienta para argumentar su oposición al desarrollo del Nuevo AED. No obstante, por antonomasia la economía adquiere un carácter neutro, sin inclinaciones ideológicas⁷².

Otro frecuente reproche es el carácter prioritario que se le otorga a la eficiencia económica a expensas de la justicia⁷³, constituyéndose como uno de los fines que persigue el derecho en particular y la regulación en general. De hecho, se considera que la justicia es uno de los valores fundamentales que todo sistema jurídico debe buscar en aras de la consecución de un adecuado y efectivo cambio en la sociedad.

Esta crítica carece de sustento en gran medida, ya que la defendida persecución de la eficiencia en ningún caso resta importancia a otros objetivos igualmente importantes como son la justicia, la seguridad, la libertad o la igualdad. De hecho, lo que se defiende en el AED es la aportación de herramientas, instrumentos y medios económicos a la esfera jurídica, en ningún caso persiguiendo exclusiones ni sustituciones de ningún tipo.

Otra reiterada crítica que destacar es la que se posiciona en contra de la aceptación de ciertas premisas como ciertas e inmutables. En nuestro análisis sobresale la consideración de que el comportamiento de los individuos es

⁷² Ver Congregado, E., Pomares, J. I. y Rama, E. (2000). "Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente". *Derecho y Conocimiento*. Vol. 1, págs. 331-340. Disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1545/b1205757.pdf?sequence.> (Última consulta en abril de 2022).

⁷³ Ver Kennedy, D. (1981). "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A critique". *Stanford Law Review*, Vol. 33. N.º 3. Págs. 387-445.

completamente racional. Es evidente, el día a día lo demuestra, que en reiteradas ocasiones incurrimos en comportamientos que distan de este carácter lógico racional.

En este sentido, Richard Thaler⁷⁴ defiende este extremo arguyendo que las personas en muchas ocasiones nos guiamos por nuestras emociones, preferencias, ideas preconcebidas o miedos, adoptando decisiones que seres completamente racionales no escogerían.

Por último, se destacan los reproches que sostienen el carácter imperialista de la economía en su aplicación a lo jurídico.

Esta crítica la desvirtúa de manera brillante Guido Calabresi al incidir en que el AED tiene como objetivo conseguir sinergias entre las ciencias sociales buscando una complementación entre economía y derecho, y no un incoherente reemplazo entre estas ciencias⁷⁵.

2.8. APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO A LAS DISTINTAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La notoriedad que ha ido adquiriendo la interrelación entre derecho y economía se ha acrecentado tanto en términos cuantitativos como cualitativos, consiguiendo consolidarse tanto a nivel teórico-cognoscitivo como a nivel práctico. Esto ha permitido que se configure como una herramienta metodológica susceptible de utilización y aplicación en distintos ámbitos y materias⁷⁶.

El AED concretamente surgió con el fin de explicar y entender el sistema jurídico en un ambiente académico. No obstante, esta meta no solo fue alcanzada, sino superada, extendiéndose su aplicabilidad al tratamiento, análisis y resolución de asuntos reales, transformándose en un instrumento que permite la interpretación y adaptación del ordenamiento jurídico a los diferentes escenarios que se

⁷⁴ Ver Thaler, R. (2015). *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*. Deusto.

⁷⁵ Durán y Lalaguna, P. (1995). "Sobre el Análisis Económico del Derecho". *Anuario de Filosofía del Derecho*. Vol. XII. Págs. 705-718.

⁷⁶ Ver Doménech, G. (2014). "Por qué y cómo hacer el análisis económico del derecho". *Revista de Administración Pública*. N.º 195. Págs. 99-133.

originan, facilitando la resolución de problemas. La amplia gama de asuntos que trata ha permitido explotar los imponentes avances que ha experimentado la ciencia económica y estos nos advierten que el desarrollo de muchas materias y campos ha podido ser posible gracias a la importante y sustancial contribución de la economía.

Se puede definir el AED como disciplina, como instrumento o como método, pero en ningún caso podemos enmarcarlo como una rama del derecho. Podemos destacar que la complementariedad implícita en la relación entre derecho y economía ha posibilitado avances en diversas temáticas⁷⁷. Por ende, la pretendida funcionalidad ha podido ser aplicada en distintas ramas del derecho como son el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Tributario y el Derecho Mercantil⁷⁸.

Concretamente, el espectro de conductas y asuntos que abarca se ha dilatado notablemente, explorando campos tales como el Derecho de propiedad, el Derecho de accidentes, el Derecho contractual, el Derecho de la competencia, el Derecho de propiedad intelectual (campo de gran significación y sometido a constante estudio) y el Derecho de quiebra. Sobre este último profundizaremos en mayor medida, enlazando este apartado con el siguiente capítulo de nuestro trabajo, que versa sobre la influencia del AED en el terreno del Derecho concursal, centrándonos en el caso de la quiebra de Enron.

Con el fin de adentrarnos en el estudio relativo a la contribución y significación que ha supuesto el AED en las distintas parcelas del ordenamiento jurídico, conviene reseñar que el éxito no ha sido el mismo en todos los casos, siendo clamorosos y abundantes los resultados obtenidos en Derecho de la competencia, mientras que en otras materias ha resultado ser más bien escaso, como en Derecho de familia o Derecho Administrativo⁷⁹.

⁷⁷ Ver Jahir, A. y Gutiérrez, O. (2012). Análisis económico del derecho y del derecho económico bajo revisión empresarial. *Opinión Jurídica*, N.º 121. Págs. 117-134.

⁷⁸ Ver Jahir, A. y Gutiérrez, O. (2012). Op. Cit.

⁷⁹ Ver Weber, S. (2009). "The Law and Economics Virus". *Cardozo Law Review*. Vol. 397. Págs. 367-403.

2.8.1. Derecho Civil

El Derecho Civil se configura como una parte del derecho privado que se conforma por las diferentes normas que regulan las relaciones entre sujetos en una sociedad.

Es importante tener en cuenta la férrea unión existente entre la economía y el derecho privado. Esta ha sido reconocida por gran parte de la doctrina y jurisprudencia, y el ya citado Cándido Paz-Ares incluso nos apunta que esta supone una “correspondencia estructural” que ha supuesto el origen de la constitución económica del mundo occidental⁸⁰.

Por tanto, las categorías e instituciones jurídico-civiles pueden ser expuestas desde una perspectiva económica. Para más abundamiento, el Código Civil español actualmente vigente contiene numerosas remisiones a aspectos económicos, siendo un claro ejemplo el artículo 1106⁸¹, que emplea conceptos y lenguaje jurídico en el tratamiento de aspectos puramente económicos.

2.8.1.1. *Derecho de propiedad*

En el mundo de Robinson Crusoe los derechos de propiedad no tienen asignado papel alguno. No sucede lo mismo en el terreno del AED y, de hecho, el estudio y análisis de esta parcela del Derecho Civil, junto con el contrato y la responsabilidad, constituye la parte nuclear del derecho patrimonial privado, necesitando de la colaboración de la economía para su correcta profundización y desarrollo tanto terminológico como práctico.

Tradicionalmente se ha entendido que el Derecho de propiedad es capaz de ser la causa de todo derecho privado, al tener encomendada la función de proporcionar y asignar los recursos que posteriormente serán transferidos o

⁸⁰ Ver Paz-Ares, C. (1981). “La economía política como jurisprudencia racional. (Aproximación a la teoría económica del derecho)”. *Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos*. Vol. 2. Págs.601 y ss.

⁸¹ Ver artículo 1106 del Código Civil: “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

asignados en el mercado⁸². De hecho, el derecho ha de encargarse de la correcta delimitación de los derechos de propiedad, habilitando medidas y normativa que permitan y prohíban la injerencia en la propiedad individual, procurando la tranquilidad de los propietarios de los bienes susceptibles de afectación.

La Real Academia de la lengua española define propiedad como “el derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales”. Por su parte, Cándido Paz-Áres nos indica que alude a “las relaciones de conducta sancionadas entre los hombres que nacen de la existencia de bienes escasos y que conciernen a su uso”⁸³.

La función económica de la propiedad reviste de vital importancia, pues existen relaciones económico-sociales que vinculan a los individuos con respecto a los bienes (que son escasos). Por tanto, la delimitación de unos derechos de propiedad faculta al uso y explotación de bienes a uno o varios individuos, excluyendo a los demás⁸⁴. Esta habilitación no es en absoluto infinita, puesto que la ley y la sociedad pueden establecer limitaciones⁸⁵.

En los últimos cincuenta años, el concepto de propiedad privada se ha convertido en imprescindible para el AED, destacando los trabajos de Harold Demsetz y sobre todo los de Ronald Coase. Ronald Coase, economista británico nacido en 1929, publica el artículo: “The problem of Social Cost”⁸⁶. Este texto es el más citado de los que conforman la literatura económica global. Gracias a este escrito se le concede a su autor el Premio Nobel de economía en 1991 y es en el mismo donde se establecen los principios modernos que regulan los derechos de propiedad.

⁸²Ver Rodota, S. (1971). “Poteri dei privati e disciplina della proprietà”. *Il diritto privato nella società moderna*. Vol 1. Págs. 355 y ss.

⁸³ Ver Paz-Ares, C. (1981). Op. Cit.

⁸⁴ Ver Velasco, D. (2011). “Análisis económico de los Derechos de Propiedad”. *Revista Universidad San Marín de Porres*. Disponible en https://derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Analisis_Economico_de_los_Derechos_de_Propiedad.pdf,

⁸⁵ Ver artículo 33 de la Constitución Española: “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”.

⁸⁶ Ver Coase, R.H. (1960). “The problem of social cost”. *Journal of Law and Economics*. Vol. 3. Págs. 1-44.

Ronald Coase señala que una adecuada, o en su caso inadecuada, delimitación de los derechos de propiedad deriva en mayor o menor eficiencia. Esto es debido a que contribuye a reducir la incertidumbre asociada a las transacciones, lo que conduce a una reducción de los costes.

Este en su obra analiza cómo se puede, mediante la negociación, alcanzar una solución eficiente para las partes implicadas en un conflicto. Imaginemos que concurren dos empresas: una fábrica que vierte residuos a un río y una piscifactoría. Habida cuenta de esto, hay que considerar que la producción de bienes por la primera empresa genera un efecto negativo (externalidad negativa) a la piscifactoría, que no se beneficia en ningún caso de la actividad de la empresa productora. En un primer momento, la empresa fabricante únicamente considera a la hora de producir mayor o menor cantidad el coste marginal que a esta la supone ese incremento en la producción⁸⁷, pero ¿es realmente más relevante que dicha empresa produzca a que lo haga la piscifactoría?, Coase lo que nos dice es que hay que tener en cuenta lo que se obtiene y deja de obtener y que “independientemente de la distribución inicial de derechos, los sujetos alcanzarán una solución eficiente mediante una negociación entre las partes⁸⁸”.

De esta manera, lo que se deduce es que si mediante un acuerdo entre los sujetos implicados, todos obtienen un potencial beneficio, estarán dispuestos a llegar a tal acuerdo. Esto puede ser aplicado a nuestro ejemplo: la empresa que detenta el Derecho de propiedad puede entregar o recibir indemnización de la contraparte con el fin de que la empresa productora aumente, o en su caso disminuya, su producción, obteniendo como resultado de tal negociación un resultado eficiente para ambas partes.

Esto no es sino un reflejo del artículo 1902 del Código Civil: “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”.

Esta teoría, con enorme importancia, requiere que se cumplan ciertas condiciones para que se pueda alcanzar la pretendida eficiencia. En primer lugar,

⁸⁷ Ver Aguilar, J.M. (2009). “El análisis económico del derecho de la propiedad: una aproximación”. *Anuario Jurídico y Económico Ecurialense*. Vol. XLII. Págs. 117-128

⁸⁸ Ver Aguilar, J.M. (2009). Op. Cit.

requiere una buena definición de los derechos de propiedad; en segundo lugar, requiere ausencia de costes de transacción⁸⁹; y por último, requiere que el proceso de negociación concorra en un contexto de información perfecta. Por ende, se han de facilitar las estipulaciones necesarias para llevar a cabo los intercambios que posibiliten aumentar la eficiencia y maximizar la utilidad de los individuos, incrementando así el bienestar social.

Es el derecho quien se encarga de minimizar los costes de transacción permitiendo garantizar y delimitar el Derecho de propiedad. Concretamente, es la normativa jurídico legal, fuertemente influida por cuestiones económicas, la que permite una correcta, clara, y simple definición de los derechos de propiedad y son estas normas las que han de ser estudiadas y examinadas por el AED.

Si revestimos a esta teoría de cierto formalismo podemos enunciarla arguyendo que lo pretendido por esta subyace en la articulación de leyes que eliminen trabas a la existencia de negociación entre las partes involucradas en un conflicto.

2.8.1.2. *Derecho contractual*

El principio de autonomía de la voluntad es un principio básico dentro del Derecho contractual, y es el que posibilita que todo sujeto pueda relacionarse con otro con plena libertad para realizar los intercambios que estime conveniente.

El contrato,⁹⁰ según Vial del Río⁹¹, es un elemento creador de derechos y obligaciones para las partes que concurren en él, que detenta gran significación y relevancia tanto para la economía como para el derecho.

Si ahondamos más en las funciones que se le atribuyen a este negocio jurídico podemos diferenciar una función económica, pues sirve para satisfacer las

⁸⁹ Los costes de transacción son los costes en los que incurren las partes en el proceso de negociación.

⁹⁰ El artículo 1255 del Código Civil español nos apunta que “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

⁹¹ Ver Vial del Río, V. (1992). “Teoría general del acto jurídico”. *Revista chilena de Derecho*. Vol. 19. N. 01. Págs. 129-131.

necesidades económicas de los sujetos, y una función social, ya que resulta un medio para entablar relaciones cooperativas y colaborativas entre individuos. Asimismo, se pueden describir subfunciones que en su gran mayoría dependen del tipo de contrato que estemos considerando, algunas de estas son: función de garantía, de custodia, de cambio, etc.

El ordenamiento jurídico a la hora de regular los contratos se nutre de aportaciones y herramientas económicas, pretendiendo que se alcancen acuerdos óptimos en el sentido de Pareto⁹². Esto lo realiza habilitando un conjunto de reglas y mecanismos que faciliten a los contratistas el desarrollo, tramitación y ejecución contractual. Esta significativa aportación se realiza mayoritariamente a través de una reducción de los costes de transacción y a través de la enunciación de cláusulas legales que aseguren el cumplimiento de las condiciones insertas en los contratos.

Concretamente, la economía aplica un enfoque positivo y uno normativo a la hora de analizar los contratos⁹³. Esta distinción resulta relevante para entender que la utilización de la teoría económica resulta imprescindible para poder afirmar que las partes contratantes cumplirán los términos estipulados si obtienen un beneficio derivado del cumplimiento, pero si no obtienen este beneficio y su conducta no resulta sancionada, estas incumplirán lo pactado.

Desde la perspectiva positiva se analizan las causas que abocan a las partes a llevar a cabo una operación contractual que favorezca el intercambio de bienes y servicios, una correcta transferencia de los riesgos de unos agentes a otros y que proporcione una solución ante externalidades e ineficiencias.

Desde la perspectiva normativa se analiza la idoneidad que manifiesta el derecho contractual para solucionar posibles incumplimientos ineficientes y para asegurar tanto el intercambio de bienes y servicios como una correcta transferencia de los riesgos.

Por tanto, se tiene que pretender una regulación armoniosa que evite incumplimientos sin penalización. Un ejemplo de ello se encuentra en el Código

⁹² Ver Querol, N. (2014). Op. Cit.

⁹³ Ver Querol, N. (2014). Op. Cit.

Civil español que contiene diversos preceptos que contemplan soluciones para estos controvertidos aspectos.

Por tanto, el legislador a la hora de regular esta parcela del Derecho Civil y al igual que sucedía con el Derecho de propiedad, recurre a conceptos y fines económicos, como son: la reducción de los costes de transacción, un impulso a la cooperación que estimule la celebración de operaciones jurídicas⁹⁴, la utilización de mecanismos que ayuden a conseguir contratos óptimos⁹⁵, y la articulación de reglas que prevean indemnizaciones por incumplimiento y distribución de los riesgos entre las partes.

No obstante, no toda la doctrina se muestra conforme acerca de la contribución del AED al derecho contractual.

Por una parte, Eric Posner⁹⁶ argumenta que el Análisis Económico no ha logrado idear una teoría económica aplicable al derecho contractual que sirva como base para la reforma de la regulación contractual. En su colección bibliográfica arguye que no se cumplen algunas de las condiciones económicas impuestas. Por ejemplo, nos indica que los contratos se toman entre sujetos que no son plenamente racionales (condición que asume la economía), asumiendo variables indeterminadas y de difícil estimación.⁹⁷

Por otra parte, Ian Ayres⁹⁸ rebate lo defendido por Eric Posner, arguyendo que los resultados normativos, fruto de los análisis modernos basados en teorías económicas, han contribuido a la identificación y elaboración de una teoría contractual más moderna y con mayor capacidad de resolución de los problemas de renegociación, asunción de riesgos, posibles incumplimientos y posible pago de indemnizaciones.

⁹⁴ El derecho de contratos estimula la celebración de transacciones, negocios, alquileres, compraventas, etc.

⁹⁵ Se tiene en cuenta la definición de óptimo en sentido económico, de manera que supone que los beneficios superen a los costes.

⁹⁶ **Eric Posner (1965-)**: jurista estadounidense, hijo de Richard Posner, actualmente es Profesor de Derecho de la Universidad de Chicago. Ha continuado la línea de investigación de su padre, quien fundó y difundió el AED.

⁹⁷ Ver Posner, E. (2003). "Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure." *Yale Law Journal*. Vol. 112. Págs. 1-53.

⁹⁸ **Ian Ayres (1959-)**: abogado y economista estadounidense y profesor en la Escuela de Derecho de Yale y en la Escuela de Administración de Yale.

Pese a las críticas de algunos autores, estas son residuales de modo que se ha de tener en cuenta que la sociedad necesita la existencia de estímulos tanto positivos como negativos (para los potenciales incumplidores) que favorezcan el cumplimiento contractual, y estos han de ser correctamente tipificados.

Esta necesidad de anticiparse a las posibles contingencias para conseguir que los costes del incumplimiento consigan la correcta celebración de la transacción, convirtiendo el quebrantamiento de cualquier pacto en antieconómico, constituye una de las metas del AED en la esfera contractual⁹⁹.

En este sentido, Richard Posner afirma que la legislación contractual se autoexcluye, de manera que únicamente tendrá futuro y sobrevivirá aquella normativa capaz de aumentar el bienestar de los contratantes, ya que de otra manera las partes reemplazarán sistemáticamente la normativa vigente, cayendo esta en desuso. Sin embargo, ha de procurarse que esta normativa se articule debidamente, ya que solo así se evitan los precitados problemas inherentes al incumplimiento de los contratos, con los costes que esto acarrea.

Por tanto, el AED considera necesario que existan mecanismos legales que habiliten la existencia de responsabilidad civil en caso de incumplimiento. Esto debe ser evaluado desde una perspectiva económica, debiendo ser el montante pecuniario adaptado para cada caso concreto, evitando fijar responsabilidades excesivas en las partes. Si no acontece, los implicados recurrirán al principio de autonomía de la voluntad.

En lo que a esto respecta, la frase de Schäfer y Ott nos ilustra acerca de la inherente necesidad que detenta la sociedad para que se procuren mecanismos regulatorios de las cargas que han de asumir las partes, en miras de que el perjuicio ocasionado no quede impune: “las normas del derecho de responsabilidad civil pueden ser entendidas desde esta perspectiva como un instrumento para conseguir objetivos de bienestar para el conjunto de la sociedad”¹⁰⁰.

⁹⁹ Ver Pastor, S. (1989). Op. Cit.

¹⁰⁰ Ver Schäfer, H. y Ott, C. (1991). *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tecnos Madrid. Pág. 107.

2.8.1.3. *Derecho de accidentes*

En este caso, se va a introducir brevemente qué materias han de ser asumidas o tratadas por este derecho y es que es un derecho omnicompreensivo de todos los temas¹⁰¹ de los que se deriva responsabilidad contractual y responsabilidad civil extracontractual¹⁰².

En este caso, aunque el sistema de responsabilidad civil tradicional solía prever mecanismos compensatorios a favor de las víctimas, esto ha evolucionado. De manera que actualmente se estructuran mecanismos para dotar al tráfico de una mayor seguridad, minorizándose los riesgos.

En esta materia destacamos la contribución de Guido Calabresi, nacido en 1932, y profesor en la Universidad de Yale. Este autor publica un artículo¹⁰³ sobre los riesgos y la responsabilidad civil que marca un punto de inicio a lo que ha supuesto un auténtico estudio, desde el punto de vista económico, de los sistemas de costes privados derivados de los accidentes. Estas indagaciones duran hasta 1970, año de publicación del libro: "The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis"¹⁰⁴.

Todo este periodo de reflexión en la materia sirvió como apoyo a los argumentos que Guido Calabresi esgrime acerca de la existencia de tres tipos de costes en los sistemas de responsabilidad civil¹⁰⁵: el coste resultante de los accidentes que no solo incluyen el coste personal y material directo ocasionado en el accidente, sino también el coste asociado a prevenir el accidente; el coste económico del sistema de accidentes (también denominado coste secundario); y el coste

¹⁰¹ En este caso se aplica a accidentes automovilísticos, negligencias profesionales, responsabilidad del fabricante, etc.

¹⁰² La obligación de indemnizar el daño causado post causación de daños es diferente si está incluida en el contrato o no una cláusula al respecto.

¹⁰³ Ver Calabresi, G. (1961). "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts". *Yale Law Journal*. Vol. 70. N.º 4. Págs. 1-55.

¹⁰⁴ Ver Calabresi, G. (1970). *The cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press. Nueva York.

¹⁰⁵ Ver Calabresi, G. (1970). Op. Cit.

administrativo que supone la asignación de responsabilidades derivadas del daño ocasionado por el accidente¹⁰⁶.

De esto deriva que el objetivo económico gravite en torno al establecimiento de mecanismos que minimicen los costes derivados de los accidentes, tanto los causados directa o indirectamente como los administrativos.

A su vez, se pretende que la relación entre los costes y beneficios totales, confrontando todos los costes y todos los beneficios de todas las partes, sea la mejor posible y esto resultaría imposible de evaluar sin recurrir a la economía.

2.8.1.4. *Derecho de familia*

En el presente trabajo no queríamos dejar de aludir a las contribuciones del análisis económico al derecho de familia, ya que posiblemente constituye el ámbito jurídico que más afecta a los seres humanos en su vida cotidiana, al ser definido como la parte del ordenamiento que regula las relaciones internas y externas, tanto interpersonales como patrimoniales, de los miembros de una familia.

No obstante, son más controvertidas las aportaciones que la economía puede efectuar en este aspecto, pues monetizar y aludir a la eficiencia en esferas como el matrimonio, la adopción, la filiación o la incapacidad, es cuanto menos sorprendente.

Pese a esto, vamos a destacar la contribución de Gary Becker a la economía de la familia y es que en 1981 publica un tratado¹⁰⁷ que versa sobre este tema, que es una síntesis de obras suyas anteriores. En el mismo, estudia el matrimonio, los emparejamientos, el divorcio, la adopción, y otras instituciones familiares, recurriendo a la microeconomía y concretamente a la función de utilidad para

¹⁰⁶ Ver Aguilar, J.M. y Castro, C. (2006). "Las normas jurídicas como inventivos. Unas breves notas sobre el Análisis Económico del Derecho". *Universidad Complutense de Madrid*. Disponible en

https://www.academia.edu/6296931/Las_normas_jur%C3%ADdicas_como_incentivos_Unas_breves_notas_sobre_el_an%C3%A1lisis_econ%C3%B3mico_del_derecho.

¹⁰⁷ Ver Becker, G. (1987). *Tratado sobre la familia*. Alianza Editorial. Madrid.

realizar un estudio coste-beneficio de cada uno de los sujetos implicados. En su tarea utiliza diversas variables como son los hijos, la pareja, el trabajo, etc.

En nuestro país son escasas las contribuciones existentes en esta materia. El autor español cuyas contribuciones han sido más valiosas es Francisco Cabrillo, quien en su andadura dedicó esfuerzos al análisis económico de la institución de la familia¹⁰⁸. Entre sus materias de estudio destaca el matrimonio, la búsqueda de pareja, el cuidado de hogar, las adopciones y las herencias, y entre sus obras destaca “Matrimonio, familia y economía¹⁰⁹”, que detenta un marcado carácter multidisciplinar abordando aspectos jurídicos desde una perspectiva económica.

El profesor Cabrillo es un experto en temas que aborden las relaciones y sinergias existentes entre derecho y economía y sus lecciones acerca del análisis económico de las relaciones interfamiliares han supuesto un impulso e importante desarrollo en esta temática, ya que plantea materias cuyas bases normativas se han quedado en muchos aspectos desfasadas al haber sido elaboradas bajo circunstancias temporales y contextuales diferentes. El autor a su vez emplea una claridad terminológica que permite su entendimiento por personas sin conocimientos económicos ni jurídicos, lo que ha permitido su mayor divulgación, adquiriendo un carácter doctrinal¹¹⁰.

Todo esto nos induce a concluir que la especialización de estos autores en temas acerca de los hijos, la filiación o el matrimonio no deja de ser extraña, y de hecho existen autores que dan un paso más, recabando datos concretos acerca de aspectos como la reducción de la natalidad por áreas geográficas o la estabilidad y ruptura en el matrimonio.

Por si fuera poco, diversos juristas intentan rehuir o al menos evitar en la medida de lo posible referencias económicas, que son cuanto menos discutibles desde un punto de vista ético, como “demanda de hijos”, “economía del matrimonio”, o “eficiencia en la búsqueda de pareja”. Además, la mayoría de los profesionales

¹⁰⁸ Ver Aguilar, J.M, y Castro, C. (2006). Op. Cit.

¹⁰⁹ Ver Cabrillo, F (1996). *Matrimonio, familia y economía*. Minerva Ediciones. Madrid-

¹¹⁰ Ver Galilea, P.J. (1998). “Cabrillo, Francisco, Matrimonio, familia y economía”. *Revista Jurídica de Navarra*. N.º 26. Págs. 426-427.

del Derecho no están familiarizados con la jerga económica, lo que dificulta más si cabe la introducción de análisis microeconómicos al respecto.

2.8.2. Derecho Penal

Si se investiga acerca de si es viable aplicar las herramientas y términos del AED al Derecho Penal nos encontramos que es precisamente en esta rama donde las aportaciones económicas han sido mayores y más tempranas.

El principal precursor de esta postura ha sido Gary Becker, economista estadounidense que fue galardonado con el premio Nobel de Economía en 1992.

Iñigo Ortiz¹¹¹ publica que Becker comenzó a efectuar análisis comparativos de los costes y beneficios asociados a la elección entre las distintas alternativas posibles en los años sesenta. De hecho, relata que Becker ponderó las ventajas e inconvenientes asociados a un aparcamiento ilegal del coche, obteniendo como conclusión que le convenía aparcarlo incorrectamente. Fruto de esto, Becker continuó ahondando y extendiendo la utilización de herramientas microeconómicas a diversos comportamientos de los individuos, como son la discriminación o el delito.

Es en 1968 cuando el autor publica su clásico artículo sobre la materia (“Crime and Punishment”¹¹²), siendo este punto el origen de la denominada política criminal. Si nos centramos en el contenido de este, se enfoca en dos ejes alrededor de los cuales estructura su explicación. En primer lugar, estudia la decisión de delinquir y, en segundo lugar, pone el foco en la eficiencia que se da a la hora de asignar los recursos encaminados a prevenir el delito. En ambos casos, el economista utiliza la teoría económica con el fin de predecir el comportamiento delictivo de los sujetos.

En lo que respecta a la decisión de delinquir, nos explica que un sujeto delinque si la utilidad obtenida es mayor que la que le reporta invertir ese tiempo en otras

¹¹¹ Ver Ortiz, I. (2015) “Análisis Económico del delito: lo que hay y lo que puede haber”. *Revista Economía Industrial*. Vol. 398. Pág. 55.

¹¹² Ver Becker, G. (1968). “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *The Journal of Political Economy*, Nº. 76. Págs. 169-217.

actividades o fines. Si tenemos esto en cuenta, algunos sujetos se convierten en delincuentes porque esta opción les proporciona mayores beneficios. En su estudio, Becker relaciona diversas variables, como son: la probabilidad de condena, los ingresos que obtendría en otras actividades, las preferencias del sujeto, etc.

En cuanto a la eficiencia en la asignación de recursos a la prevención de delitos, Becker se formula ciertas pregunta clave, ¿qué cantidad de recursos es viable destinar en una sociedad a prevenir delitos?, ¿cuántos delitos pueden dejarse sin castigar? Con estas cuestiones lo que pretende es disminuir el coste social asociado al delito¹¹³. Por tanto, la teoría económica lo que pretende es elaborar y justificar una teoría del castigo óptima que permita a los legisladores establecer políticas coherentes que minimicen los recursos que la sociedad dedica al delito.

Becker justifica sus aportaciones alegando que “un incremento en la renta proveniente de las actividades legales o una mayor disposición a obedecer la ley debido, por ejemplo, a la educación reduciría el incentivo a iniciar actividades ilegales y por tanto el número de delitos”¹¹⁴.

Las conclusiones de la mayoría de los autores acerca de esta cuestión nos indican que la sanción con mayor eficiencia es aquella con una pena asociada más grave, pero con más baja posibilidad de imposición. No obstante, no todos los autores se muestran conformes con este planteamiento, pues el propio Becker y Beccaria¹¹⁵ defienden que el comportamiento de los delincuentes se ve más influido a no cometer el hecho delictivo si aumenta su posibilidad de imputación, ya que si este realiza un análisis coste-beneficio, se abstiene de delinquir si el coste asociado supera al beneficio.

Es evidente que ambas medidas, tanto la gravedad de la pena como la posibilidad de imposición efectiva, influyen al sujeto a la hora de cometer el delito,

¹¹³ Se considera coste social asociado al delito a la suma entre los costes de prevención y los costes directamente derivados de la comisión del hecho delictivo.

¹¹⁴ Ver Juárez, F. (2016). “Análisis económico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Disponible en <https://ficip.es/wp-content/uploads/2016/11/Ju%C3%A1rez-Vasallo-An%C3%A1lisis-econ%C3%B3mico-de-la-responsabilidad-penal.pdf>. (última consulta en febrero 2022).

¹¹⁵ Ver Beccaria, C. (2015). *De los delitos y las penas*. Tecnos. Madrid.

pero si lo que se pretende es una disminución del coste total, hemos de conocer que los costes directamente asociados a llevar a término ambas medidas no son equiparables. Si lo que se procura es aumentar la ratio de condenas, la inversión en personal tanto judicial como policial supondría el empleo de gran cantidad de recursos públicos. Sin embargo, los costes vinculados a un aumento en la dureza de las sanciones son menos elevados, ya que únicamente habría que llevar a cabo una votación parlamentaria que apruebe la medida¹¹⁶, reuniendo a un número suficiente de parlamentarios que voten a favor de dicho incremento en las sanciones.

Como conclusión conviene apuntar que lo que pretende el AED es ponderar los costes asociados a evitar la comisión de delitos, y es que el jurista no debe ignorar la trascendencia de la relación coste-beneficio asociado en miras de lograr un mejor y más competente desarrollo legislativo.

2.8.3. Derecho Tributario

El Derecho Tributario se encuadra dentro del Derecho Financiero y se compone por el conjunto de normas que regulan la recaudación, gestión y control de los tributos impuestos a los contribuyentes de un determinado territorio.

Esta disciplina ha obtenido y sigue obteniendo el respaldo de la economía a la hora de servir esta última como herramienta para la articulación de alternativas fiscales encaminadas a conseguir determinados objetivos de política económica, como por ejemplo, alcanzar ciertos niveles de deuda pública que sean sostenibles¹¹⁷.

En nuestro caso incidiremos en los aspectos fiscales y tributarios en los que más ha insistido el análisis económico pese a que las aportaciones reales son notablemente superiores, y es que una disciplina jurídica cuyos contenidos se

¹¹⁶ Los costes inherentes a la ejecución de penas de mayor dureza a se compensan con un menor número de personas penadas.

¹¹⁷ Ver Piffano, H.L.P. (2012). *Análisis económico del derecho tributario*. Universidad Nacional de La Plata. La Plata (Argentina). Disponible en <https://www.depeco.econo.unlp.edu.ar/wp/wp-content/uploads/2017/05/An%C3%A1lisis-econ%C3%B3mico-del-derecho-tributario.pdf> (última consulta en febrero de 2022)

encuentran tan fuertemente ligados a hechos económicos no puede sino verse afectada por la metodología económica y los estudios que se establezcan en torno a ella.

Cristiano Carvalho¹¹⁸, abogado especialista en Derecho Tributario, nos indica que la existencia de tributos obtiene su fundamento en la renuncia de los individuos a parte de su libertad con el fin de construir una unidad dotada de autoridad, con potestad de imponer y exigir tales tributos a los individuos. El carácter preceptivo de los mismos tiene como justificación evitar en la medida de lo posible la existencia de *free-riders*¹¹⁹.

Si analizamos esto desde una perspectiva económica se llega a la conclusión de que los individuos a la hora de pagar impuestos tratan de maximizar su función de utilidad bajo premisas de racionalidad y teniendo presente el contexto en el que actúan. Esta deducción se alcanza a partir del empleo de herramientas utilizadas por el análisis económico, como “la teoría de juegos”¹²⁰.

La mayor parte de los economistas están de acuerdo en considerar que los tributos distorsionan el sistema de precios al alterar la oferta y demanda de los productores y consumidores, por lo que el AED lo que debe procurar es que el sistema impositivo sea eficiente.

Esta optimización en el proceso que rodea al establecimiento de tributos requiere que las normas articuladas sean claras y comprensibles,¹²¹ procurando un sistema que evite complejidades innecesarias que hagan aumentar el coste social del proceso.

Asimismo, el AED se encarga de analizar el comportamiento de los individuos en un contexto jurídico en el cual son los destinatarios directos de los tributos y llevan a cabo una ponderación coste-beneficio a través de un análisis en el que

¹¹⁸ Ver Carvalho, C. (2011). *El análisis económico del derecho tributario*. Editora Jurídica Grijley. Lima.

¹¹⁹ Se denomina *free rider* a quien se beneficia del trabajo colectivo pero no contribuye a su financiación. Ver García, A. y Salinas, F.J. (1985). Op. Cit.

¹²⁰ La teoría de juegos es un área matemática con especial utilidad en la teoría económica que utiliza modelos para estudiar la conducta humana frente a la toma de decisiones.

¹²¹ Si se simplifica el sistema tributario y se configura de manera inteligible, los costes de transacción asociados se minorarán.

las alternativas son la asunción y la no asunción de las obligaciones tributarias¹²², eligiendo en términos de bienestar lo que más les interesa¹²³.

Según Ronald Coase¹²⁴: “si los costos de transacción fueran nulos y las partes pudieran realizar transacciones en el sentido de compensaciones mutuas, podrán solucionar las externalidades generadas con eficiencia económica”.

En el marco del derecho tributario, los costes que genera el entendimiento de los tributos y la conformidad de los ciudadanos con tales tributos, así como las constantes sanciones políticas impuestas por el Estado, ocasionan aumentos en los costes de transacción que a su vez generan ineficiencia.

El AED lo que debe estudiar es cómo se debe articular un sistema tributario que esté encaminado a una minimización de los costes sociales directa e indirectamente causados por el sistema de recaudación, gestión y control de tributos.

En el ámbito fiscal español, es constante que algunos individuos pretendan eludir (de manera lícita) o evadir (de manera ilícita) el pago de impuestos. Resulta evidente para Cristiano Carvalho que el resultado más eficiente se presentaría si todos los contribuyentes asumieran sus obligaciones tributarias¹²⁵. Por tanto, el AED debe intentar un correcto funcionamiento de las instituciones que establezca incentivos dirigidos a un masivo cumplimiento de las cargas tributarias.

Por tanto, se tienen que incrementar, tal y como apuntamos en el sistema penal, o bien las sanciones o bien la posibilidad de que los incumplidores sean sancionados, de manera que la suma de los costes totales que la sociedad tenga que soportar sean los menores posibles logrando que el cumplimiento de citadas obligaciones se incremente. La articulación de mecanismos de lucha contra el fraude ha de aportar más beneficios que cargas para las arcas del Estado, pues

¹²² La asunción de obligaciones para los contribuyentes no solo conlleva el pago de tributos, sino también deberes jurídico-formales, como presentar autoliquidaciones y un continuo deber de información a la Agencia Tributaria.

¹²³ Ver Carvalho, C. (2011). Op. Cit.

¹²⁴ Ver Coase, R.H. (1960). Op. Cit.

el objetivo final estriba en disponer de los máximos recursos posibles para hacer frente a los gastos públicos y estos recursos se logran si los individuos asumen sus obligaciones. Además, es igualmente importante articular un sistema tributario con un personal inspector eficiente que detecte a los infractores reales y que les sancione debidamente.

Finalmente, el autor menciona que una reforma que simplificase radicalmente la estructura tributaria eliminaría los beneficios fiscales y desestimularía la elusión y la evasión fiscal, por lo que se obtendría así un mejor resultado para todos, contribuyentes y Estado.

Como conclusión, podemos deducir que el AED debe centrarse en cómo ha de estructurarse el ordenamiento tributario, con el fin de que las sanciones impuestas desincentiven la elusión y evasión impositiva, aumentando la posibilidad de que los sujetos pasivos asuman sus obligaciones con la Agencia Tributaria, e incrementando la satisfacción de los que asumen tributos. Esto lo que consigue es optimizar el coste global tanto monetario como en términos de esfuerzo inherente al pago de tributos por los individuos.

2.8.4. Derecho Mercantil

2.8.4.1. Derecho de la competencia

El Derecho de la competencia se ha establecido como una rama del derecho con gran utilidad práctica, ya que se encarga de regular aspectos del comercio a través del establecimiento de una regulación acerca de acciones ilegales, fijación de precios y monopolios. En concreto, sus mayores contribuciones residen en promocionar la competencia entre empresas y el bienestar social.

En este aspecto, se utilizan constantemente como fundamento argumentos procedentes de la teoría económica que, además de tener fuerza explicativa, detentan poder de convencimiento acerca del fin que con ellos se quiere alcanzar. En este caso, conviene definir a grandes rasgos qué normativa se engloba en esta rama para posteriormente analizar la inferencia del AED en la misma.

Cada territorio posee su normativa competencial, que puede ser de origen regional, nacional, comunitario o incluso internacional, destacando los grandes acuerdos comerciales que se han establecido entre los países integrantes de la Unión Europea.

Por tanto, a través de normas de mayor y menor rango, se ha intentado configurar y organizar la estructura productiva en nuestra sociedad. Concretamente, en la Constitución Española, norma que establece los principios básicos de la nación, se consagra la libertad de empresa en el artículo 38 que literalmente dispone que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Este derecho, que ha sido elevado a nivel constitucional, se muestra como garante de la libertad económica de un estado y nos señala el deber de aseguramiento de la competencia entre oferentes de bienes y servicios en el mercado. Esta máxima protegida por el derecho de la competencia no es sino un firme reflejo de la premisa básica que pretende el AED¹²⁶: reasignar los recursos escasos de manera eficiente.

Por consiguiente, cualquier análisis que pretenda la promoción y defensa de la competencia debe incluir referencias económicas acerca de, entre otros aspectos, la estructura del mercado donde se desarrolla la actividad o los posibles efectos restrictivos de dichas conductas.

A su vez, en este terreno es frecuente el recurso a una regulación imprecisa terminológicamente, con constante utilización de conceptos jurídicos indeterminados (mercado relevante, operador dominante, etc.) y su concreción exige recurrir a criterios económicos, dotando a los agentes y autoridades jurídicas de mayor objetividad y transparencia en el proceso de evaluación de conductas.

¹²⁶ Ver Querol, N. (2014). Op. Cit.

En todo caso, el empleo del análisis económico debe efectuarse de manera coherente, ya que en el ámbito jurídico el juez debe valorar las pruebas que se le plantean y para ello la economía suministra razonamientos basados en análisis empíricos que resultan de gran utilidad¹²⁷, pero esto exige la existencia de evidencias empíricas que demuestren tales resultados.

Por tanto, la relación entre Derecho de la competencia y economía es la de colaboración y complementariedad, ya que el derecho de la competencia es un derecho especializado que requiere ser completado “requiriendo la aplicación del análisis económico con la humildad de sus limitaciones¹²⁸”.

El análisis económico se puede aplicar a distintos campos en que actúan las autoridades competenciales, como son los acuerdos colusorios, las prácticas abusivas o la promoción de la competencia. Para ejemplificar este punto, resulta ilustrativo mencionar un informe del Tribunal de Defensa de la Competencia Español¹²⁹ en el en el que se emplean distintos indicadores económicos como los índices de concentración del sector o las cuotas de mercado, conjugando el estudio jurídico con el económico con el fin de analizar la competencia en el sector bancario.

Una parte de este derecho de la competencia con especial conexión con la economía es el de las conductas colusorias y abusos de posición de dominio, ya que requiere llevar a cabo una evaluación *ex post* acerca de los posibles efectos nocivos o perjudiciales que se derivan en los agentes económicos fruto de estas prácticas perniciosas.

Otro aspecto con cierta vinculación implícita con el mundo económico es el de las operaciones de concentración, en las cuales se requiere un análisis *ex ante* que tiene como objetivo ponderar el riesgo que esta operación genera para la

¹²⁷Ver Alfaro, J. (2014). “Análisis económico y Derecho de la Competencia”. Disponible en <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2014/01/analisis-economico-y-derecho-de-la.html>. (último acceso en febrero 2022)

¹²⁸Ver Pascual, J. (2003). "Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia". *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. N.º 225. Págs. 10-31.

¹²⁹Ver Tribunal de Defensa de la competencia, (1995). *La Competencia en España: Balance y Nuevas Propuestas*. Disponible en: https://www.cnmec.es/sites/default/files/1185743_8.pdf. (última consulta en abril de 2022)

competencia dentro del mercado relevante y los beneficios en términos de eficiencia y bienestar.

Por tanto, no son pocos los ámbitos y la influencia que *per se* tiene el AED en el derecho competencial y, por consiguiente, se debe garantizar que la jurisdicción Mercantil (que es una jurisdicción especializada, en gran medida por la complejidad de los asuntos que se incluyen en esta) se dote de fundamentos y personal con conocimientos económicos que sepa no solo analizar las herramientas y legislación, sino también aplicarla adecuadamente¹³⁰.

2.8.4.2. *Derecho concursal*

El Derecho concursal se puede calificar como una rama del derecho mercantil que se compone por diversa y variopinta normativa tanto procesal, como civil, comercial, administrativa e incluso penal. En su regulación pretende solucionar y mediar en las situaciones de insolvencia tanto personales como corporativas, dando una solución ordenada a los posibles conflictos de intereses que surgen entre acreedores y deudores¹³¹.

La normativa concursal ha suscitado interés tanto en juristas como en economistas, ya que, además de ser la causa de diversos problemas legales de naturaleza jurídica variopinta, puede de manera fulminante afectar al porvenir de particulares y empresas.

Conviene destacar que el Derecho de quiebra se puede sin muchas dificultades encuadrar dentro del Derecho concursal. Francisco Cabrillo lo define como una institución jurídica con importante papel en las economías de mercado¹³² Es cierto que durante largo tiempo no se ha prestado mucha atención en el terreno económico al Derecho de quiebra¹³³, posiblemente esto es debido a que no afecta cuantitativamente a un gran número de empresas. De hecho, el propio Adam Smith, en un conocido pasaje de “La Riqueza de las Naciones”, apuntó

¹³⁰ Ver Franco, L. (2004). “Els òrgans catalans de defensa de la competència. *Els beneficis de la descentralització*”, *Competència i Territori*. Barcelona. Págs. 101-115.

¹³¹ Ver Ferrero, A. (1993). Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial. *Revista de la facultad de derecho de la Rioja*. N.º 47. Págs.385-434.

¹³² Ver Cabrillo, F. (1986). Op Cit.

¹³³ La quiebra es una situación jurídica en la que una persona no puede asumir sus obligaciones financieras por insuficiencia de recursos económicos para hacerlo.

que la quiebra es un problema de escasa importancia económica, pues apenas afecta a un uno por mil de los empresarios¹³⁴.

En el presente trabajo nos centramos en la influencia del AED sobre las quiebras, explicando y analizando en el siguiente capítulo un caso real. Concretamente, se analizará de manera pormenorizada la quiebra de Enron, uno de los escándalos financieros más relevantes de la historia por su trascendencia tanto en términos cuantitativos como cualitativos, ya que la declaración de la quiebra de Enron, empresa líder en distribución energética a nivel global, con una facturación superior a los cien millones de dólares diarios, supuso un desastre sin precedentes¹³⁵.

La regulación de quiebras destaca por su dificultad y complejidad, pues inciden en ella aspectos de numerosas vertientes tanto jurídicas como ajenas a lo jurídico. Entre estas últimas podemos señalar la económica, pues estamos ante un procedimiento mediante el cual se lleva a cabo una reasignación de factores de producción, quedando patente el trasfondo económico-financiero que subyace.

Para más abundamiento, conviene destacar que la Corte Suprema chilena ha ratificado en su reciente jurisprudencia la eficiencia como objetivo a alcanzar por los órganos de quiebra: “El derecho de quiebras tiene como principios: e) la racionalidad económica: importa una preeminencia del factor económico en el contenido e interpretación de la norma de quiebra, manifestado especialmente en la preservación de la empresa para no desalentar la marcha económica¹³⁶”.

En línea con lo apuntado, numerosos autores internacionalmente conocidos han identificado como criterios a perseguir en una regulación de quiebras la minimización de costes asociados al proceso, la necesidad de agilización de los

¹³⁴ Ver Smith, A. (1776). *La Riqueza de las Naciones*. Brontes Ediciones. Francia.

¹³⁵ En el Derecho español se distingue entre suspensión de pagos y quiebra; sin embargo, no ocurre lo mismo en el derecho estadounidense. No hemos desarrollado las diferencias de manera pormenorizada, pero conviene matizar brevemente este extremo pues la compañía Enron tiene su sede social en Norteamérica.

¹³⁶ Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Chilena (2011). Ver Núñez, R., Carrasco, N. y Ortiz, F., (2012). “Visión crítica desde el análisis económico del derecho al sistema de verificación de créditos y realización de activos de la ley de quiebras chilena”. *Ius et Praxis*. N.º 1. Págs. 267–314.

recursos judiciales para evitar dilaciones indebidas y la persecución de la citada eficiencia como máxima procesal en toda la judicialización del Derecho de quiebra.

Como ya se ha señalado, el interés de los economistas por el Derecho ha sido variopinto, registrándose a partir del último tercio del siglo XIX una pérdida de interés por el mundo jurídico social. Más acentuado fue si cabe el desafecto acontecido en el terreno institucional. Esto no cambió hasta finales del siglo XX, cuando se pueden percibir ciertos matices de política económica en el estudio de lo jurídico; no considerando el marco institucional como un mero dato teórico, sino que se considera como una variable con posible alcance empírico. El análisis económico de la regulación de quiebras ha comenzado a desarrollarse desde ese momento y, debido a la influencia que el interés por las instituciones ha experimentado, se puede percibir la notable incidencia con la que cuenta el objetivo de la optimización de los recursos disponibles en un procedimiento de quiebra, que no solo conlleva la articulación de una adecuada normativa, sino que también es necesaria una idónea puesta en marcha de los mecanismos necesarios para que el proceso se inicie y culmine de la manera en que se respeten en mayor medida los intereses de acreedores y deudores. Sobre esto se incidirá posteriormente, ya que conforma el núcleo central del presente trabajo.

Conviene explicitar que los trabajos, investigaciones y artículos acerca de la influencia del AED en el terreno concursal no son abundantes y, por supuesto, infinitamente menores a los realizadas en campos como el civil o penal. No obstante, la vinculación entre la economía y el mundo de las quiebras es equiparable a la que puede haber en terrenos como el Derecho de propiedad o el contractual.

En el caso de España se evita recurrir a los procedimientos de quiebra ya que, tal y como están conformados en la actualidad, son mecanismos poco eficientes. Por lo tanto, el AED puede contribuir a un diseño más eficiente de los mismos en términos de minimización de costes y agilización del proceso¹³⁷. La propia

¹³⁷ Ver Cabrillo, F. (1986). Op. Cit.

legislación incentiva a que se emplee, en la mayoría de las ocasiones, normativa no encaminada a procedimientos de quiebra, con el fin de liquidar empresas¹³⁸. Esto aboca a largos y costosos procedimientos.

El AED puede contribuir a lograr un aumento de la eficiencia evaluando en qué casos resulta menos costoso a nivel social la liquidación y en qué casos la conservación de la empresa. Esto se puede realizar con un análisis coste-beneficio, ponderando las ventajas e inconvenientes de ambas situaciones. El arbitrio de instrumentos que faculten llevar esto a cabo, permitiría que acreedores y deudores se vieran beneficiados o, al menos, no tan perjudicados.

Tal y como hemos expuesto en este capítulo, el empleo del análisis económico en materia de quiebras puede ser equiparable al realizable en otras materias como el Derecho Civil. Esto es un análisis basado en la reducción de costes sociales asociados al proceso, pretendiendo una mayor eficiencia global. Todo ello se alcanzaría reduciendo el coste social asociado al proceso, logrando a su vez el pretendido aumento del bienestar social.

¹³⁸ A veces se ha recurrido a normativa referente a la suspensión de pagos con el fin de liquidar compañías.

3. LAS QUIEBRAS EMPRESARIALES ¹³⁹

La mayoría de los estudios en el campo del AED se han centrado en los campos civil o penal, siendo los avances en Derecho de quiebra un tema prácticamente inexplorado. Por ello, se pretende no solo explicar, sino demostrar que esta disciplina puede mejorar tanto la producción legislativa de todas las ramas del ordenamiento jurídico como su correcta y adecuada manifestación en la realidad. Este estudio es importante pues, pretende revelar la existencia de una nueva vertiente de desarrollo del AED que es, como ya se ha manifestado en el anterior capítulo, una disciplina en expansión. Con ello se pretenden exponer las ventajas que se pueden lograr por medio de un examen pormenorizado y holístico de los infortunios y contratiempos que se podrían evitar si se integrasen ambas ciencias, la económica y la jurídica en el tratamiento de problemas y proposición de soluciones a los mismos.

En este capítulo se explican, desde un punto de vista jurídico-económico, las consecuencias de la declaración en quiebra de Enron. Ello nos permite observar la plasmación práctica del análisis económico en un caso real, con un claro componente jurídico, ya que como antes hemos apuntado, el Derecho de quiebra está comprendido dentro del Derecho Mercantil.

Enron fue una empresa estadounidense y su estudio ha sido seleccionado, no azarosamente sino premeditadamente, ya que, si se indaga en el caso, se percibe que es el “arquetipo de mala conducta, no solo corporativa, sino sistémica, un verdadero paradigma de una era especialmente desquiciada¹⁴⁰”.

3.1. LAS QUIEBRAS EMPRESARIALES: CONCEPTO, OBJETIVO Y CASOS REALES

3.1.1. Concepto y objetivo

¹³⁹ Ver Cabrillo, F. (1986). Op. Cit.

¹⁴⁰ Ver Martín, V. (2012). *El lado oscuro del capitalismo: el caso Enron*. Universidad de Alicante. Alicante. Pág. 18.

El Derecho de quiebra pretende, en casos de incumplimiento obligacional de deudores, proteger en la mayor medida posible sus intereses, los del acreedor y el interés social, evitando manifestaciones en contra de dichos intereses.

En tales procedimientos se lleva a cabo una reasignación de los factores de producción, minimizando los costes asociados al proceso. Si nos centramos en la cuestión fundamental de la que se ocupa el Derecho de quiebra, debemos decir que consiste en una mayor adjudicación de los bienes del deudor al acreedor, intentando cobrar estos la máxima cantidad de sus créditos¹⁴¹.

Al igual que el AED, esta rama del ordenamiento jurídico busca la eficiencia, pero también la equidad, interrelacionando objetivos de optimización de los recursos y fines de justicia, de manera que no únicamente se debe tender a maximizar los recursos productivos de la sociedad, sino que se deben crear incentivos encaminados a un buen empleo de tales recursos productivos en dicha sociedad. Estos propósitos no son en ningún caso excluyentes sino complementarios.

Como su propia denominación indica, esta parcela normativa se encarga de la quiebra¹⁴² que no es otra cosa que la declaración legal acerca de la posibilidad de impago de un sujeto u organización de sus deudas¹⁴³. Si ahondamos en la definición y la aplicamos al campo de estudio mercantil, podemos apuntar que es un proceso de ejecución contra los bienes del empresario cuya finalidad subsiste en liquidar su patrimonio, considerar su cuantía y la calidad de sus créditos¹⁴⁴.

3.1.2. Casos reales

La declaración de una empresa en quiebra implica un desastre a todos los niveles, que se manifiesta necesariamente en el terreno económico. Los casos

¹⁴¹ Ver Cabrillo, F. (1986). Op. Cit.

¹⁴² El artículo 874 del Código de Comercio español nos apunta que “se considera en estado de quiebra al comerciante que sobrees el pago de sus obligaciones”.

¹⁴³ Ver Gil, D. (2010). “Quiebra mercantil”. *Universidad Fermín Toro. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de Venezuela*. Disponible en <https://es.slideshare.net/dalismarveronicagil/quiebramercentil-45518941.Paper> (última consulta en abril de 2022).

¹⁴⁴ Ver Zambrano, F. (2003). *Curso de atraso y quiebra*. Editorial Atenea. Venezuela.

más escandalosos en los que grandes compañías, con fuertes estructuras financieras, gran cantidad de trabajadores e importante poder económico quebraron, provocaron desgracias a escala astronómica que repercutieron negativamente sobre el consumo, causando un empobrecimiento de la sociedad y un aumento en el nivel de desempleo.

En este apartado, únicamente se van a relatar brevemente algunos dramas corporativos de empresas con gran importancia en términos tanto cuantitativos como cualitativos. Estos sucesos han tenido gran repercusión mediática, perteneciendo las compañías implicadas a sectores estratégicos y cuya debacle ha supuesto estragos difíciles de recomponer, no únicamente en el país o territorio en el que dichas empresas tenían su sede social, sino a nivel global. Dichas quiebras acontecieron por distintos motivos que a continuación relatamos y destacamos la distinción que el caso Enron ostenta con respecto de los demás.

En primer lugar, no podemos dejar de citar la quiebra de *Lehman Brothers*, en el año 2008. Esta compañía pertenece al sector de la banca y el valor de la quiebra fue cifrado en 613.000 millones de dólares. Esta es la actualmente considerada mayor bancarrota de la historia, posiblemente debido a que aconteció en un periodo de gran auge económico. A su vez, tuvo repercusión universal y provocó el inicio de una crisis económica, social y laboral. Se identifican los siguientes motivos como causantes de este desastre: la huida de gran cantidad de clientes de la entidad, las pérdidas registradas por esta en el mercado de valores y la devaluación de sus activos por las principales compañías de calificación de riesgos.

En segundo lugar, el sector de las telecomunicaciones también ha experimentado un caso de notable relevancia con la caída de *World.com*, que fue causada por una fuerte competitividad en el sector, el auge de la telefonía móvil, y una incesante guerra de precios. En este caso, la quiebra se valoró en 103.900 millones de dólares.

En último lugar, vamos a destacar el caso de Enron, compañía energética, aflorando en ese momento un monumental desastre contable y descubriéndose que la empresa falseaba la contabilidad, dejando una bancarrota de 65.500

millones de dólares. La quiebra de Enron fue declarada el 2 de diciembre de 2001 y fue en ese momento cuando *Enron Corporation* se puso bajo la salvaguarda del Capítulo 11 de la Ley de quiebras estadounidense, acogiéndose a la protección del derecho de insolvencias. A partir de ese momento acontecieron continuos peregrinajes judiciales¹⁴⁵, con largos juicios, duros enjuiciamientos y firmes veredictos. Se había transitado en Enron del más absoluto éxito al completo hundimiento; causado por múltiples factores: una legislación imprecisa, unos sujetos ambiciosos y unos vagos mecanismos de control de las irregularidades que se estaban cometiendo. Todo esto supuso la necesidad de una reestructuración de la quiebra de la empresa y consiguiente liquidación¹⁴⁶.

El caso de Enron presenta peculiaridades y diferencias con los casos anteriores, pues en este caso se presenta un claro fraude por parte de diversas partes, desde los ejecutivos de la empresa, trabajadores de la firma auditora, e incluso cargos políticos estadounidenses.

3.2. EL CASO ENRON

El surgimiento de Enron se data en 1985 y su hundimiento, como antes hemos apuntado, en 2001. En este periodo, experimentó el más absoluto éxito y la más absoluta ruina, a lo largo de un sendero no sencillo basado en múltiples engaños a los accionistas de la compañía.

Esta empresa de tal magnitud e importancia quebró debido a la incapacidad que manifestó para afrontar sus deudas, que habían intentado ser ocultadas durante más de un lustro, pero que llegado un momento afloraron y se descubrieron, ya que “no es lo mismo ocultar un ratón que un elefante, máxime cuando este se pretende que quepa en un armario diminuto¹⁴⁷”.

¹⁴⁵ Se abrió el considerado mayor expediente de bancarrota tramitado por un tribunal de EE.UU., con una declaración de activos y pasivos falseada e incorrectamente auditada.

¹⁴⁶ Ver Martín, V. (2012). Op. Cit. Pág. 87.

¹⁴⁷ Ver Betancor, A. (2019). “El caso Enron: un ejemplo de fallo regulatorio en el contexto de la liberalización”. Disponible en <https://docplayer.es/6691111-El-caso-enron-un-ejemplo-de-fallo-regulatorio-en-el-contexto-de-la-liberalizacion.html>. (última consulta en diciembre de 2021)

Todo esto se realizó con el beneplácito de una de las más prestigiosas firmas auditoras del mundo, Arthur Andersen, que igualmente se desvaneció tras haber sido partícipe de semejante desastre¹⁴⁸. La magnitud de este abarca tanto al mundo económico, como político-social y jurídico.

Como consecuencia, traer a colación el estudio de un caso tan paradigmático, que conecta lo jurídico y lo económico, no es de ningún modo una elección aleatoria, sino que observando la literatura previa¹⁴⁹, se pone de manifiesto su interés y la implicación de numerosas ramas del conocimiento a lo largo del proceso, tanto durante el tiempo en que la compañía subsistió como mayoritariamente en el momento en el que fue declarado su fin. Además, fue en el momento en el que se declaró su quiebra¹⁵⁰, cuando alcanzó gran repercusión pública, movilizándose tanto el Congreso como el Senado y el Gobierno estadounidense en su investigación, siendo el caso primeramente tratado en el terreno contencioso-administrativo, luego en el político y, por último, en las jurisdicciones criminal, civil y penal¹⁵¹.

En las siguientes páginas nos centramos en analizar las peculiaridades del caso desde diferentes perspectivas. En primer lugar, analizamos las constantes irregularidades contables cometidas; en segundo lugar, los fallos regulatorios; y culminaremos tratando las consecuencias de que este caso ha supuesto, tanto legislativas como jurisprudenciales, a nivel global.

3.2.1. Los problemas contables

En el caso de Enron, y siguiendo con el paralelismo comenzado en el apartado anterior, la deuda que en un principio comenzó a fraguarse (del tamaño

¹⁴⁸ Ver Moro, V. B. (2022). "El caso Enron: se cumplen 20 años de uno de los mayores escándalos de la bolsa". Disponible en <https://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/11553516/01/22/El-caso-Enron-se-cumplen-20-anos-de-uno-de-los-mayores-escandalos-de-la-bolsa.html>. (última consulta en abril de 2022).

¹⁴⁹ Ver Mc Lean, B. y Elkind, P. (2003). *The Smartest Guy in the Room; The Amazing rise and Scandalous Fall of Enron*. Penguin Group. Estados Unidos.

¹⁵⁰ Cabe precisar que la referencia que en este caso concreto hacemos al término quiebra es desde un punto de vista genérico, no propiamente jurídico, ya que lo que aconteció en 2002 con la empresa Enron se situaría en el punto medio de lo que consideramos suspensión de pagos y quiebra en derecho español, distinción que no hace el derecho estadounidense.

¹⁵¹ Ver Martín, V. (2012). Op. Cit. Págs. 85-90.

de un ratón) engordó y fue imposible mantenerla oculta, haciéndose eco de la situación periodistas, investigadores, auditores, economistas, y juristas.

Podemos dar nombre a la primera periodista que sacó a la luz el titular, la heroína que, pese a la presión de una compañía con gran volumen y trascendencia, se atrevió a apuntar una posible alteración en su contabilidad. Ella es Bethany McLean quien, a través de un artículo¹⁵² publicado en la revista *Fortune*, fue la primera en percatarse de la fraudulenta situación. Esto sucedió más de medio año antes de que floreciese verdaderamente el escándalo, a partir del cual, la ceguera social dio paso a una necesaria e irremediable transparencia, que luego, ya sí, inundaría la prensa mundial.

La contabilidad es una disciplina que analiza, mide y estudia la situación económico-financiera de una compañía con el fin de que sirva de apoyo para la toma de decisiones tanto internas como externas a la propia entidad. La normativa contable difiere en los diferentes países, estando en algunos países tipificados los principios contables con mayor grado de rigurosidad que en otros. Un claro ejemplo de esto se refleja en el contraste entre la normativa contable española y la norteamericana. Esta última contiene normas más precisas y detalladas acerca de lo que está permitido y prohibido¹⁵³. Muchos sujetos han considerado que lo no prohibido estaba permitido en este último país. Esto ha dado lugar a la denominada “contabilidad creativa” que, consiste en aprovechar los caminos que los principios contables no prohíben, y que se sitúan tal vez al margen de la ética, pero no de la ley, aprovechando las lagunas y ambigüedades presentes en la normativa con el fin de satisfacer los intereses de la compañía.

Esto, sin duda, se manifiesta en el caso Enron, en el cual los líderes de la compañía priorizaron la apariencia sobre la realidad, extralimitándose en sus funciones, llegando a sobrepasar el límite de lo permitido. Esta manera de proceder desembocó en prácticas contables fraudulentas, engañosas, maquilladas, que en ningún caso respetaban las reglas. Estos se sirvieron de innumerables fórmulas, algunas ya conocidas, otras fruto de su imaginación, para conseguir que milagrosamente las pérdidas se tornaran en beneficios, no

¹⁵² Ver McLean, B. (2001). “Is Enron Overpriced?”. *Fortune*. Págs. 122-126.

¹⁵³ Martín, V. (2012). Op. Cit. Pág. 130.

empleando las herramientas contables de manera razonable, prudente y honesta, sino que de manera arbitraria e interesada. Para poner algún ejemplo al respecto, en ciertas ocasiones se contabilizaban ingresos como si fuesen beneficios, multiplicando los resultados finales; o se creaban empresas asociadas (*Special Purpose Entities*, en adelante SPE) que atraían inversiones bancarias pero cuyos resultados no se presentaban de manera consolidada junto a los de Enron¹⁵⁴. En este caso, la mala *praxis* en torno a estas entidades, conllevó el colapso de Enron, pues, al mantenerse sus estructuras de capital fuera del balance, sus quiebras no se reflejan en las cuentas de la sociedad matriz (en este caso Enron), no sirviendo de base para el cálculo de la situación de esta última.

Estas prácticas, lejos de ir desapareciendo, con el tiempo se fueron tornando en más habituales y evidentes y se fueron alejando de lo delimitado por la ley. Se vulneraban las leyes y los principios económicos, se truncaban las cuentas y se presentaban beneficios mayores cada año. Esto fue posible y pasó inadvertido para la sociedad en general gracias a la fuerte imagen que se tenía de Enron como arquetipo de empresa de la nueva economía¹⁵⁵.

En el año 2001, esta situación se volvió insostenible, y en el mes de octubre se anunció la consolidación contable de Enron con las SPE. Como consecuencia de esta, mermaron los beneficios registrados y se multiplicaron sus deudas. Su reputación ya había sido afectada, siendo constantes los rumores acerca de su deplorable situación financiera, los fraudulentos contratos en los que se había visto involucrada (fruto de sobornos por parte de los ejecutivos de Enron) y la ficticia e ilusoria situación que rodeaba a la empresa a todos los niveles, no solo contables, sino fiscales, administrativos, jurídicos, etc.

¹⁵⁴ Esto estaba permitido por la normativa contable estadounidense, no siendo preceptivo consolidar cuentas si al menos un 3% del capital social de la empresa asociada está en manos de un tercero.

¹⁵⁵ La nueva economía se fundamenta en el desarrollo y transformación de actividades económicas gracias a la implementación de la tecnología en los procesos. Por tanto, se consideran empresas de la nueva economía las que emplean tecnologías digitales que permiten un más sencillo procesamiento y tratamiento de la información.

Estábamos en este año 2001 ante el fin de Enron, lo que supuso irremediablemente el remate de la vida profesional e incluso personal¹⁵⁶ de muchos de los profesionales implicados en tal desastre de mayúsculo tamaño. Esta situación fue fruto de una no adecuada ponderación coste-beneficio por parte de los sujetos involucrados pues, una compañía que pretende maximizar sus ingresos a costa de engaños, negligencias y fraudes, realmente no está utilizando y aprovechando las herramientas que proporciona la economía a la hora de analizar la realidad que nos rodea. En las próximas páginas se va a sintetizar información acerca del caso, compilada de distintas fuentes para poder exponer una visión conjunta.

3.2.2. Los fallos regulatorios

Son muchas las personas físicas y jurídicas que han de salvaguardar el correcto desenvolvimiento de la vida económico-social de las entidades, su correcta transparencia y su debida formulación contable. En el caso de Enron, la correcta labor de los profesionales involucrados habría sido esencial para poder proteger tanto el futuro de la compañía en particular, como el del mercado financiero estadounidense en general, ya que la debacle de la empresa tuvo significativas consecuencias que luego se detallarán.

Durante el periodo en que Enron subsistió se cometieron irregularidades jurídicas y se vulneraron principios económico-financieros básicos. Una correcta persecución de los objetivos de justicia, equidad y eficiencia social, metas que persigue el AED, habrían evitado que todo esto derivara en la quiebra de la compañía.

No fueron pocas las anomalías que se cometieron, en algunos casos calificadas como desidia, descuidos, o negligencias, y en muchos casos incurriendo en delitos de fraude, maniobras financieras, o complicidad delictiva.

¹⁵⁶ Clifford Baxter, ex presidente de la compañía, se suicidó durante el procedimiento judicial del caso Enron.

Como consecuencia de esta situación, se entablaron diferentes vías de investigación que dieron como resultado famosos informes (*Informe Powers, Informe Batson e Informe Lieberman*) cuyas conclusiones redundan en la existencia de fallos multinivel, desde controles inadecuadamente ideados, errores contables simples, supervisión descuidada o estrategias fuera de la legalidad.

Son muchos los profesionales implicados en el desastre. Como sujetos directamente implicados, se encuentran los directivos de la compañía, que fueron artífices de varias estrategias encaminadas a cometer fraude, tomaron malas decisiones, y no ponderaron a largo plazo las consecuencias directas de sus actos. Además, estos no actuaron solos pues una mala ejecución si luego es sometida a suficientes y efectivos controles puede ser evitada y paliada. Los órganos e instituciones colaboradores se detallan a continuación.

1. El Consejo de Administración

El Consejo de Administración de la compañía cometió graves imprudencias ya que estaba conformado por miembros gravemente sugestionados por los directivos. El resultado se materializó en que finalmente, estos últimos actuaban sin limitaciones ni ataduras¹⁵⁷.

La revista estadounidense, *Time Magazine*¹⁵⁸, publicó un informe cuyas conclusiones dejaban constancia de la intervención de este organismo en los acuerdos clandestinos de la compañía.

2. Los Auditores.

Las cuentas fueron auditadas durante dieciséis años por Arthur Andersen¹⁵⁹. *The Economist* publicó un artículo¹⁶⁰ acerca de la incomprensibilidad de no haber

¹⁵⁷ Ver Mc Lean, B. y Elkind, P. (2003). Op. Cit.

¹⁵⁸ Constatable, S. (2021). "How the Enron Scandal Changed American Business Forever?". *The Magazine*. Disponible en <https://time.com/6125253/enron-scandal-changed-american-business-forever/>

¹⁵⁹ Arthur Andersen fue una empresa fundada en 1913 y llegó a convertirse en una de las cinco mayores auditoras del mundo.

¹⁶⁰ Segal, T. (2011), "Enron Scandal: the fall of a Wall Street Darling". Disponible en <https://www.investopedia.com/updates/enron-scandal-summary/>.(último acceso en mayo de 2022)

detectado por parte de una empresa tan experimentada como Arthur Andersen, tamaños errores.

La auditora insistía en que el no hallazgo se debe a un error de juicio y no a una actuación delictiva. No obstante, en el primer pleito en el que fue juzgada se la condeno por delito de obstrucción a la justicia, no pudiendo volver a auditar a empresas públicas. Posteriormente, en 2005 el Tribunal Supremo de Los Estados Unidos dictó sentencia absolutoria por tal hecho delictivo. A pesar de esta retractación, su imagen se había visto gravemente perjudicada y se vio obligada a emprender un proceso de paralización de su actividad.

3. SEC (Comisión de Bolsa y Valores de EE.UU)

En el *Informe Lieberman*, la SEC es considerada como la institución con mayor responsabilidad en el sistema de supervisión de los estados financieros. Se constató la falta de medios de la institución a la hora de supervisar a Enron pues solo algunos de los informes que se le presentaban fueron revisados.

En este caso, se verificó una falta de medios de la organización para poder entablar un correcto y eficiente control de la situación económico-financiera de las empresas que inspeccionaba, sobre todo si eran del tamaño de Enron. En este caso, si se hubieran empleado las adecuadas herramientas microeconómicas (en las que se basa el AED) para analizar los beneficios de una mayor financiación al SEC, se habría percibido que una mayor inversión en actividades de supervisión y control redundaba en un claro beneficio social, menores costes finales, y mayor bienestar.

4. Los Analistas de Valores de Wall Street.

En el *informe Lieberman* se pone de manifiesto que estos sujetos se mostraron en todo momento obnubilados por la compañía, e incluso en momentos previos a la quiebra de Enron recomendaban comprar sus valores.

5. Los Agentes de Calificación Crediticia.

Las agencias de calificación crediticia no prestaron atención al fraude financiero de Enron. El *informe Lieberman* apunta a que hubo una aceptación de las

“palabra” de los ejecutivos de la compañía, sin cuestionarse en ningún momento su veracidad.

6. Los Bancos.

Las entidades financieras colaboraron en el engaño contable de Enron, pues tal y como afirma el Senador Levin en su discurso en la audiencia del Subcomité Permanente de Investigación, “Enron contó con la ayuda de algunas de las instituciones financieras de nuestro país¹⁶¹”. La principal actividad fraudulenta en la que colaboraron las entidades bancarias fue en la realización de “falsos pagos por adelantado”, simulando la entrega de un producto en fecha posterior, que realmente no era tal, sino un préstamo que, fruto de esta operación, no aparecía en la contabilidad de Enron como un pasivo.

7. Las entidades tributarias americanas.

Enron trató de evitar pagar impuestos y para ello, en un primer momento, utilizó estrategias legítimas comunes en el mundo corporativo, pero después se extralimitó, utilizando herramientas, instrumentos y normativa a su conveniencia con el fin de demorar, reducir y evitar el pago de tributos, mediante una concatenación de diferentes artificios, técnicas y actitudes que pese a ser posibles según la legislación norteamericana, se organizaban con el único fin de evadir artificialmente esta obligación fiscal.

Todo lo expuesto nos conduce a considerar que el fallo de los reguladores del mercado a todos los niveles puso de manifiesto importantes déficits del sistema legislativo y de supervisión del mercado estadounidense. La existencia de muchos niveles de control de la situación económico-financiera, pero ninguna o pocas barreras infranqueables para los artificios contables y jurídicos de la empresa, revelaban un sistema poco eficiente que, en el caso de Enron, permitió una evasión normativa y fiscal durante años que únicamente cuando no se pudo ocultar por más tiempo, explotó.

En consecuencia, es “todo punto lógico que los poderes públicos, y en este caso el legislador, regulen los requisitos, condiciones y efectos que ha de tener una

¹⁶¹ Martín, V. (2012). Op. Cit. Pág. 264.

actividad de tan amplia y profunda influencia sobre el funcionamiento de la economía de mercado y de los derechos e intereses de muy diversas personas y grupos¹⁶².

Podemos por tanto afirmar que los objetivos de una correcta actividad legislativa y una adecuada auditoría son, el aseguramiento de los intereses de terceros y, la eficiencia, objetivos perseguidos por el AED.

3.2.3. Consecuencias del caso Enron

La regulación norteamericana y la española en materia de quiebra empresarial son claramente distintas en muchos aspectos. Esta diferencia era mayor en el año 2001, año en el que quiebra Enron. Los requerimientos y exigibilidades informativas a las compañías europeas eran altamente superiores que los existentes en EE.UU.¹⁶³

Un mercado no creíble no puede funcionar eficientemente, incurriendo en costes innecesarios. La información es seguridad y la quiebra de Enron es consecuencia de un cúmulo de errores que se articulan en el ámbito político, jurídico y económico, con alcance internacional.

En este epígrafe se manifiesta de manera directa, la posible aplicación del AED al Derecho contable¹⁶⁴ y del Derecho de quiebra. El estudio y análisis teórico de esta posible aplicación es novedoso, pero sus potenciales aplicaciones prácticas, en algunos casos, ya se han llevado a cabo de manera encubierta. Un reflejo de esto se presenta en la enunciación de legislación que incardina términos económico-jurídicos, como ahora veremos, que irremediamente tiene como fin conseguir mayor eficiencia. Ello no es sino una consecuencia de la aplicación del AED a una materia concreta, que carecía de una correcta y competente regulación.

¹⁶² Betancor, A. (2019). Op. Cit.

¹⁶³ Esto no libra a que en España haya habido errores y fraudes paralelos al de Enron, destacando el caso Pescanova, en el que la empresa auditora fue igualmente condenada por falsificación de cuentas.

¹⁶⁴ El derecho contable se compone del conjunto de normas que regulan la forma en que actúan los empresarios expresada en asientos contables, tanto monetarios como numéricos.

A nivel mundial se observaron notorias secuelas del caso Enron que incidieron de manera palpable en los pilares sobre los que se asienta la legislación mercantil americana, provocando no solo cambios jurídico-legislativos, sino que también procedimentales y organizativos.

A continuación, se detallan las consecuencias directas que el caso Enron supuso a nivel bursátil, financiero, económico, regulatorio y corporativo.

En primer lugar, se señala que la presencia de Enron se circunscribía a más de cuarenta países que se vieron afectados por su quiebra, en los que había contratos firmados, entidades bancarias en todo el mundo que habían concedido créditos a Enron, etc.

En segundo lugar, Arthur Andersen, fruto de la quiebra de Enron, se vio involucrada en irregularidades que provocaron su disolución.

En tercer lugar, subrayar que se produjo una caída temporal del mercado de valores de EE.UU, los accionistas que habían apostado por los valores de la compañía perdieron su inversión, se despidió directamente a más de cuatro mil empleados, y la sociedad en general mostraba una constante intranquilidad. “Estas consecuencias aún podemos observarlas en los procesos judiciales que siguen abiertos contra estas empresas, los bancos de inversión, las auditoras y demás agentes involucrados, y han supuesto una gran amenaza a la estabilidad de las economías más potentes y establecidas del mundo¹⁶⁵”.

Corolario de lo anteriormente apuntado, se elaboró la ley Sabanex-Oxley¹⁶⁶, cuyo propósito fue aumentar la eficiencia y evitación del fraude de las empresas que cotizan en bolsa a través de mecanismos que aseguran una profunda revisión de la información contable y financiera por parte de los auditores, con carácter previo a emitir su dictamen. Con la promulgación de esta ley se pretende lograr que los estados financieros de las compañías estén sometidos a requisitos de transparencia, control y cumplimiento normativo estricto, para evitar

¹⁶⁵ Llera, F. (2005). Delitos Económicos, Aumenta el Dinero Sucio. *Buen Gobierno*. Págs. 46-51.

¹⁶⁶ Ley promulgada en EE.UU. en 2002 fruto de los escándalos financieros que disminuyeron la confianza de los poderes públicos en los sistemas de contabilidad y auditoría.

indisciplinas que causan ineficiencias y empeoramientos del bienestar, tanto de los directamente implicados como a nivel social.

Esta ley supuso un antes y un después en el mundo de las finanzas corporativas, invirtiendo más recursos en la prevención del fraude. Se creó el Consejo de Vigilancia de Contabilidad de Compañías, obligando a las auditoras a registrarse en este si desean ejercer su labor; estando sometidas a más rigurosos y constantes controles por parte de las Autoridades estadounidenses.

Por tanto, los recursos empleados en la prevención de conductas ilícitas aseguran el cuidadoso y universal cumplimiento normativo, que las personas tanto físicas como jurídicas, de otra manera, evitan para obtener mayor beneficio individual. Todo esto desemboca en la consecución de mayor bienestar social.

3.2.4. El caso Enron desde la óptica del Análisis Económico del Derecho

En el presente trabajo se ha señalado reiteradamente que uno de los objetivos del AED consiste en el análisis, estudio e imposición de penas de manera eficiente, procurando estructurar un sistema de persecución delictiva que disminuya la comisión de delitos con los menores costes posibles para la sociedad.

El suceso aquí tratado (caso Enron) fue grave, escabroso y traumático. A su vez, fue fruto de diversas demandas, inculpaciones y juicios que se prolongaron durante años, además de ser noticia recurrente en los medios de comunicación durante años. La jurisdicción estadounidense se mostró implacable y severa, y los culpables terminaron juzgados, posiblemente de manera doble, tanto por el escrutinio público, como por los jueces y tribunales. En 2001, cuando la compañía, que había conseguido que la electricidad se convirtiera prácticamente en una *commodity*¹⁶⁷ se vino abajo, todo se transformó en una pirámide invertida que dio paso a la inevitable quiebra de la compañía.

¹⁶⁷ Se denomina por la palabra inglesa *commodity* a un producto básico, homogéneo y susceptible de comercialización a nivel universal, ya que son considerados esenciales.

El caso Enron a su término salpicó diversos ámbitos de la realidad: el judicial, con diversos veredictos, no declarándose hasta 2006 la culpabilidad de su presidente y exdirector ejecutivo (acusados durante años de conspiración y fraude financiero por ocultar los malos resultados de la compañía y manifestar beneficios inexistentes, con el fin de atraer el capital de inversores confiados), el económico (esparciendo sus efectos a la situación económico-financiera y bursátil tanto estadounidense como extra muros de los EE.UU.), el laboral y, sobre todo, el emocional.

Mediante la aplicación del AED se han expuesto los beneficios que implica la correcta promulgación de leyes que incluyan principios y herramientas económicas. Nuestra defensa subyace en la extensión de este enunciado a todas las ramas del derecho. La especial razón de este estudio epistemológico subyace en la convicción de que es posible lograr una mejora social a partir de la aplicación de la disciplina tratada (el AED). Ello pretende desembocar en la consecución de un mejor y menos costoso funcionamiento de la sociedad, lo que redundaría en la mejora de todos los procesos. En supuestos como el de Enron, esta mejora se habría materializado en diversos estadios: en la articulación de un más efectivo control de la situación contable plasmada en sus libros, en la regulación de normativa que permita evitar la elusión de normativa y la evasión impositiva, y en la articulación correcta de los pasos a seguir para que en un proceso de quiebra los costes sociales y humanos sean los menores posibles.

4. CONCLUSIONES

De todo lo anterior se desprende que el AED se erige como una herramienta objetiva, cuya implementación en el sistema jurídico trae consigo numerosas mejoras, ya que permite una mayor capacidad explicativa de los fenómenos ligados al mundo jurídico, mayor sistematización y organización de los procesos y mejor evaluación de los costes asociados a la implementación de medidas que solucionen las situaciones de ineficiencia que se presentan en la realidad.

Para ello, se ha expuesto el fundamento, metodología, propósito y contribuciones que el AED puede suponer en todos los ámbitos de la realidad. De esta manera, se procura presentar la conexión entre la economía y el derecho. Posteriormente, se analiza un caso real, el caso Enron, cuya historia, proceso, sucesos y, consecuencias inciden en tanto en el terreno jurídico como en el económico financiero.

Tras analizar una extensa bibliografía y aplicarla al objeto de este trabajo, se han obtenido dispares conclusiones que a continuación se presentan.

PRIMERA: Existe una necesidad de incluir el discurso económico en el terreno jurídico, ya que la economía se manifiesta en prácticamente todos los ámbitos de la realidad. En este caso se destaca la presencia de la economía en negocios jurídicos que los seres humanos realizan con carácter habitual, como es la compraventa.

SEGUNDA: La economía dota al derecho de un componente funcional y dinámico que permite que las normas sean aplicables a la realidad y que no se desvirtúen con el tiempo. A su vez, gracias al carácter eminentemente empírico de la ciencia económica, es capaz de probar si realmente se consigue el fin pretendido con la articulación de dichas normas.

TERCERA: El AED, movimiento intelectual surgido en los años sesenta del siglo XX en EE.UU., tiene su origen en un artículo de Ronald Coase: “El problema del coste social”, y no pretende otra cosa que aplicar la ciencia económica al estudio y análisis de temas jurídicos.

CUARTA: La ciencia económica puede servir de complemento informativo, explicativo, o instrumental cuando nos encontramos con una controversia jurídica, pretendiendo complementar el pensamiento jurídico y evitar el hermetismo en el que este ha estado tradicionalmente sumido. En este aspecto, el AED resulta clave para contextualizar las normas, evaluar correctamente los problemas, y establecer un objetivo que satisfaga a las partes involucradas en un conflicto

QUINTA: El AED ha manifestado hasta el momento actual múltiples contribuciones en el terreno jurídico, para ello se apoya en la microeconomía como herramienta de trabajo, estableciendo un análisis coste-beneficio entre las alternativas posibles a la hora de tomar una decisión.

SEXTA: A la hora de realizar un planteamiento, se deben perseguir objetivos de justicia y eficiencia conjuntamente, ya que lo que se defiende en el presente trabajo es una complementariedad entre lo jurídico y lo económico, aportando la economía un valor añadido que no debe en ningún caso sustituir lo tradicionalmente perseguido por el derecho.

SÉPTIMA: El AED debe ser utilizado para dotar de mayor eficiencia a la producción legislativa y a la toma de decisiones jurisprudenciales, en términos de optimización de la función de utilidad, y teniendo como fin una maximización del bienestar social.

OCTAVA: El AED en sí mismo no es una disciplina estática, sino dinámica, que ha ido ampliando su espectro de estudio. Actualmente se pueden diferenciar dos corrientes: el Viejo y el Nuevo AED. El Nuevo AED ha supuesto un paso más en el acoplamiento de lo económico y lo jurídico, aplicando estrategias y líneas de investigación más amplias. La ciencia económica actualmente es capaz de estudiar todos campos y materias jurídico-sociales.

NOVENA: El AED se puede analizar desde una perspectiva positiva pero también desde una perspectiva normativa, siendo ambas perspectivas igualmente importantes, y solo si ambas se utilizan simultáneamente es posible formular juicios acerca de la conveniencia o no de actuar de una determinada manera con el fin de maximizar el bienestar social.

DÉCIMA: El AED es aplicable al estudio y examen de temas tan dispares como el suicidio, el matrimonio, el nacimiento, el concurso mercantil, o incluso la quiebra (aspecto al que se presta especial atención en este TFG). En su estudio, no han sido todos los autores uniformes ni en los argumentos esgrimidos ni en los temas tratados o analizados. Esto puede ser consecuencia de la existencia de diferentes escuelas en el AED.

UNDÉCIMA: Aunque el sustento del que se nutre el AED no ha cambiado y se sigue basando en la aplicación de la economía al terreno jurídico, los fines en cada momento fijados han ido en cierta medida reformulándose, tanto metodológica como teleológicamente. En un primer momento se comenzaron las investigaciones desde una perspectiva empírica, más tarde experimental y, seguidamente se introdujeron dentro del campo del comportamiento humana con la economía conductual.

DUODÉCIMA: El alcance del AED ha ido ampliándose, existiendo actualmente revistas, conferencias, y seminarios acerca de esta disciplina, así como departamentos universitarios y asociaciones que se encargan de su desarrollo.

DECIMOTERCERA: Desde sus comienzos no todo han sido elogios al AED. Se han formulado recurrentes críticas, siendo las principales: la falta de ética que denota la utilización de conceptos económicos para referirse a aspectos humanos, su incapacidad (hasta el momento actual) de haber sido capaz de explicar todos los ámbitos de la realidad, el carácter prioritario que parece que le otorga a la eficiencia en aras de la justicia, o el posible carácter imperialista de lo economía sobre el derecho. No obstante, se ha argumentado, y así lo defienden los desarrolladores de la disciplina, que lo perseguido por el AED es la consecución de una complementariedad entre lo jurídico y lo económico, intentando alcanzar conjuntamente los objetivos de justicia y eficiencia.

DECIMOCUARTA: El AED ha podido ser utilizado como herramienta metodológica susceptible de utilización en múltiples disciplinas, pero su desarrollo hasta el momento no es equiparable en todos los casos, siendo más significativas cuantitativa y cualitativamente sus aportaciones en parcelas como

el Derecho de propiedad, el Derecho de la competencia, el Derecho de accidentes o el Derecho penal.

DECIMOQUINTA: En este trabajo se defiende la aplicación del AED a todas las ramas del ordenamiento jurídico pudiendo evitar con su empleo desastres que tengan como origen una insuficiente, inadecuada o ambigua legislación, mala articulación de los procesos (en este caso se ha tratado el proceso de quiebra) o la incorrecta e ineficiente regulación de mecanismos de control y supervisión, tanto corporativos como institucionales.

DECIMOSEXTA: La aplicabilidad del AED al Derecho de quiebra actualmente no ha sido desplegada. No obstante, puede ser útil para minimizar los costes asociados al proceso, mejorar el bienestar tanto de deudores como acreedores, como de la sociedad, optimizar los recursos disponibles, etc. Por tanto, es una rama no explotada suficientemente por el AED pero que puede ser muy mejorada ya que actualmente es una parcela del ordenamiento jurídico que, al menos en España, no es eficiente.

DECIMOSÉPTIMA: El análisis de un caso como el de Enron ha permitido deducir que un proceso de quiebra puede acontecer debido a múltiples factores, y en todo caso se ha de regular una normativa clarificadora encaminada a evitar o, en su caso, facilitar procesos tan costosos, desastrosos, largos, y dolorosos, cuyas consecuencias se manifiestan a nivel económico, social, judicial y, sobre todo, legislativo.

DECIMOCTAVA: La elaboración de una ley *ad hoc* (Ley Sabenes-Oxley) dota al sistema norteamericano de mayor eficiencia, pretendiendo evitar situaciones tan escandalosas como la de Enron. Esta ley materializa la interconexión entre derecho y economía en sus preceptos.

Todas las conclusiones expuestas anteriormente nos permiten aseverar que el AED es una disciplina no muy antigua que ha posibilitado mejorar numerosos aspectos regulatorios y sociales desde sus comienzos, dotando al derecho de un componente de dinamismo y funcionalidad.

Sin embargo, se debe seguir desarrollando, ya que puede aportar soluciones a numerosos problemas hasta ahora irresolubles. Se ha demostrado que la vinculación entre el derecho y la economía ha de ser explotada, ya que las ventajas de esta complementación son múltiples. La economía completa al derecho y no lo sustituye. Esta podría ser la frase que guíe a los futuros investigadores y aplicadores del AED. Estos deben focalizar su atención en las materias o problemas a los que el uso del AED puede hacer frente. Su aplicación a todas las ramas posibilita que su alcance pueda ser extendido y aprovechado sin mayor limitación que la inherente a un correcto desarrollo del problema a tratar y una adecuada la aplicación del AED proponiendo las soluciones posibles al mismo.

En cuanto al contexto en que deben ser desarrollados estas futuras líneas de investigación, se destaca el creciente interés que docentes están mostrando en el asunto, lo que no es solo positivo sino esperanzador para la disciplina, pues si mayor número de estudiantes conoce esto, se multiplica de manera exponencial su alcance.

Por ende, estamos tratando una disciplina con pasado, presente y un futuro prometedor.

5. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, J.M. (2009). El análisis económico del derecho de la propiedad: una aproximación. *Anuario Jurídico y Económico Ecurialense*. Vol XLII. Págs.117-128.

Aguilar, J.M. y Castro, C. (2006). "Las normas jurídicas como inventivos. Unas breves notas sobre el Análisis Económico del Derecho". *Universidad complutense de Madrid*. Disponible en https://www.academia.edu/6296931/Las_normas_jur%C3%ADdicas_como_incentivos_Unas_breves_notas_sobre_el_an%C3%A1lisis_econ%C3%B3mico_de_l_derecho.

Alfaro, J. (2014). "Análisis económico y Derecho de la Competencia". Disponible en <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/01/analisis-economico-y-derecho-de-la.html>.

Anglas, D.J. (2008). "Teoría del análisis económico del derecho". Disponible en <https://cvperu1.files.wordpress.com/2011/07/analisis-economico-del-derecho.pdf>

Ayres, C.E. (1944). *The Theory of Economic Progress*. University of North California Press.

Backhouse, E. y Medema, S. G. (2009). "On the Definition of Economics". *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 23. Págs. 221-233.

Barry, B. (1984) *Tragic Choices*. The University of Chicago Press,.

Beccaria, C. (2015). *De los delitos y las penas*. Tecnos. Madrid.

Becker, G. (1987). *Tratado sobre la familia*. Alianza Editorial. Madrid.

Becker, G. (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach". *The Journal of Political Economy*, N^o. 76. Págs. 169-217.

Becker, G. (1957). *The economics of discrimination*, Chicago University Press. Chicago.

Bernard, M.B. (2019). "Retrospectiva histórica del análisis económico del derecho; desde el viejo al nuevo análisis económico del derecho". *Revista cuatrimestral de las facultades de derecho y ciencias económicas y empresariales* N^o 106. Disponible en <https://repositorio.usj.es/handle/123456789/244>.

Bernd, R. (1978). *Privatrecht und Wirtschaftssordnung*. Müller Press. Neuware. Vol.1.

Betancor, A. (2019). “El caso Enron: un ejemplo de fallo regulatorio en el contexto de la liberalización”. Disponible en <https://docplayer.es/66911111-El-caso-enron-un-ejemplo-de-fallo-regulatorio-en-el-contexto-de-la-liberalizacion.html>.

Buchanan, J.M. (1974). “Good Economics – Bad Law”. *Virginia Law Review*. Vol. 60. N.º 3.

Bullard, A. (2003). *El análisis económico de las instituciones legales*. Lima Editores.

Cabrillo, F. (1996). *Matrimonio, familia y economía*. Minerva Ediciones. Madrid.

Cabrillo, F. (1990). “Una Nueva Frontera: el Análisis Económico del Derecho. Economía del Derecho”. *Información Comercial Española*. N.º 687.

Cabrillo, F. (1986). *Análisis económico del derecho concursal español*. Fundación Juan March. Madrid.

Calabresi, G. (1970). *The cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Nueva York. Yale University Press.

Calabresi, G. (1961) “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. *Yale Law Journal*. Vol. 70. N.º 4.

Carvalho, C. (2011). *El análisis económico del derecho tributario*. Editora Jurídica Grijley. Lima.

Coase, R.H. (1960). “The problem of social cost”. *Journal of Law and Economics*. Vol. 3.

Congregado, E., Pomares, J. I. y Rama, E. (2000). “Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente”. *Derecho y Conocimiento*. Vol. 1

Constable, S. (2021). “How the Enron Scandal Changed American Business Forever?”. *The Magazine*. Disponible en <https://time.com/6125253/enron-scandal-changed-american-business-forever>

Cooter, R. y Ulen, T. (1998). *Derecho y economía*. Fondo de cultura económica. México D.F.

Davis, O.A. y Whinston, A. (1965). “Welfare Economics and the Theory of Second Best”. *Review of Economic Studies*. Vol. 32

Doménech, G. (2014). “Por qué y cómo hacer el Análisis Económico del Derecho”. *Revista de Administración Pública*. N.º 195.

Doménech, G. (2009). "Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico". *Revista de Derecho y Economía de Uruguay*. Vol. 180

Durán y Lalaguna, P. (1995) *Sobre el Análisis Económico del Derecho. Anuario de Filosofía del Derecho XII*. Págs. 705-718.

Ellocson, R.C. (1989). "Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics". *Chicago Law Review*. Vol. 65. Págs. 1-23.

Ferrero, A. (1993). Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial. *Revista de la facultad de derecho de la Rioja*. N.º 47. Págs.385-434.

Franco, L. (2004): "Els òrgans catalans de defensa de la competència. *Els beneficis de la descentralització*", *Competència i Territori*. Barcelona. Págs. 101-115.

Galilea, P.J. (1998). "Francisco Cabrillo: Matrimonio, familia y economía". *Revista Jurídica de Navarra*. N.º 26. Págs. 423-427.

García, A. y Salinas, F.J. (1985). *Manual de Hacienda Pública. General y de España*. Tecnos. Madrid

Gil, D. (2010). "Quiebra mercantil". *Universidad Fermín Toro. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de Venezuela*. Disponible en <https://es.slideshare.net/dalisma.rveronicagil/quiebramercentil-45518941.Paper>

González, A. B. (2003). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores. Madrid.

Hirsck, W.Z. (1992) . "Law and Economics: Valuable but controversial". *Law and Social Inquiry*. Vol. 17.

Jahir, A. y Gutiérrez, O. (2012). Análisis económico del derecho y del derecho económico bajo revisión empresarial. *Opinión Jurídica*, N.º 121. Págs. 117-134.

Johnson, E. y Moggridge, D. (1998). *The collected writings of John Maynard Keynes*. Cambridge University Press. Cambridge.

Juárez, F. (2016). "Análisis económico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Disponible en <https://ficip.es/wp-content/uploads/2016/11/Ju%C3%A1rez-Vasallo-An%C3%A1lisis-econ%C3%B3mico-de-la-responsabilidad-penal.pdf>.

Kennedy, D. (1981). "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A critique". *Stanford Law Review*, Vol. 33. N.º 3. Págs. 387-445.

Keynes, J.N. (1981) *El alcance y el método de la Economía Política*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.

Krier, J.E. (1974). *Book Review of Economic Analysis of Law*. University of Pennsylvania. Pennsylvania

Larrama, A. (2021). Definición de utilidad, utilitarismo y ley de utilidad marginal decreciente. Disponible en <https://economia.org/utilidad.php>.

Llera, F. (2005). Delitos Económicos, Aumenta el Dinero Sucio. *Buen Gobierno*.

López, I., Cabrillo, F. y Albert, R. (2011) "El análisis económico del derecho en la encrucijada". *Ekonomiaz*. Vol. 77. Págs. 1-22.

Malpartida, V. (1996). *Introducción al Derecho Económico. Análisis Económico del Derecho y Derecho al Desarrollo*. San Marcos. Lima.

Marshall, A. (1948). *Principios de economía*. Aguilar. Madrid.

Martín, V. (2012). *El lado oscuro del capitalismo: el caso Enron*. Universidad de Alicante. Alicante.

Mc Lean, B. y Elkind, P. (2003). *The Smartest Guy in the Room; The Amazing rise and Scandalous Fall of Enron*. Penguin Group. Estados Unidos.

McLean, B. (2001). "Is Enron Overpriced?". *Fortune*. Vol. 1. Págs. 122-126.

Moro, V. B. (2022). "El caso Enron: se cumplen 20 años de uno de los mayores escándalos de la bolsa". Disponible en <https://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/11553516/01/22/El-caso-Enron-se-cumplen-20-anos-de-uno-de-los-mayores-escandalos-de-la-bolsa.html>.

Núñez, R., Carrasco, N. y Ortiz, F. (2012). "Visión crítica desde el análisis económico del derecho al sistema de verificación de créditos y realización de activos de la ley de quiebras chilena". *Ius et Praxis*. N.º 1. Págs. 267-314.

Ortiz, I. (2015) "Análisis Económico del delito: lo que hay y lo que puede haber". *Revista Economía Industrial*. Vol. 398. Pág. 55.

Pascual, J. (2003). "Fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia". *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. N.º 225.

Pastor, S. (1989). *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*. Tecnos. Madrid.

Paz-Ares, C. (1981). "La economía política como jurisprudencia racional". *Anuario de Derecho Civil*. Vol. XXXIV. Págs. 601-708.

Piffano, H.L.P. (2012). *Análisis económico del derecho tributario*. Universidad Nacional de La Plata. La Plata (Argentina). Disponible en <https://www.depeco.econo.unlp.edu.ar/wp/wp-content/uploads/2017/05/An%C3%A1lisis-econ%C3%B3mico-del-derecho-tributario.pdf>

Polinsky, A.M. (1983). *An introduction to Law and Economics*. Little, Brown and Company. Boston.

Posner, E. (2003). "Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure." *Yale Law Journal*. Vol 112 Págs. 1-53.

Posner, R. (1998). *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica de España Buenos Aires,

Posner, R. (1993). "What do Judges Maximize". *University of Chicago Press*. Vol. 15.

Posner, R. (1977). *Economic Analysis of Law*. Little Brown and Company. Chicago.

Posner, R. (1975) "The social cost of monopoly and regulation". *Journal of Political Economy*, N.º 83. Págs. 807-827.

Proudhon, P.J. (1866). *Teoría de la propiedad*. Editorial Proyección. Buenos Aires.

Puy, P. (1991). *La influencia de la economía en el derecho, veinticinco años después*. Universidade de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela.

Querón, N. (2014). *Origen, Fundamentos y escuelas Análisis Económico del Derecho*. Dykinson. Madrid.

Rawls, J. (1978). *Teoría de la Justicia*. Fondo de cultura económica. México.

Robbins, L. (1966). *Teoría de política económica*. Ediciones Rialp. Madrid.

Rodota, S. (1971). "Poteri dei privati e disciplina della proprietà". *Il diritto privato nella società moderna* Vol 1. Págs. 355 y ss.

Saavedra, R.E. (2015). "La(s) escuela(s) del Análisis Económico del Derecho: Hacia la necesidad de diferenciar perspectivas". Disponible en <https://las-escuelas-del-analisis-economico-del-derecho-hacia-la-necesidad-de-diferenciar-perspectivas>.

Schäfer, H. y Ott, C. (1991). *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tecnos. Madrid.

Segal, T. (2011). "Enron Scandal: the fall of a Wall Street Darling". Disponible en <https://www.investopedia.com/updates/enron-scandal-summary/>.

Smith, A. (1776). *La Riqueza de las Naciones*. Brontes Ediciones. Francia.

Steven, T. (2008). *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*, Princeton University Press. Princeton.

Thaler, R. (2015). *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*. Deusto.

Torres, J. (1987). *Análisis Económico del Derecho*. Tecnos. Madrid.

Tribunal de Defensa de la competencia. (1995). *La Competencia en España: Balance y Nuevas Propuestas*. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185743_8.pdf.

Velasco, D. (2011). "Análisis económico de los Derechos de Propiedad". *Revista USMP*. Disponible en [https://derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Analisis Economico de los Derechos de Propiedad.pdf](https://derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Analisis_Economico_de_los_Derechos_de_Propiedad.pdf).

Vial del Río, V. (1992). "Teoría general del acto jurídico". *Revista chilena de Derecho*. Vol. 19. N.º 1. Págs. 129-131.

Weber, S. (2009). "The Law and Economics Virus". *Cardozo Law Review*. Vol. 397. Págs. 367-403.

Williamson, O. (1998). "Transaction cost economics: how it works; where it is headed". Disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.818.6433&rep=rep1&type=pdf>.

Zambrano, F. (2003). *Curso de atraso y quiebra*. Editorial Atenea. Venezuela.