

27 de marzo

2014



INSTITUTO
JUAN D MARIANA

VI CONGRESO DE ECONOMÍA AUSTRÍACA

PANELES TEMÁTICOS:

Teoría económica y
monetaria

Políticas públicas

Liberalismo, sociología
y política

Congreso celebrado el 22 y 23 de
mayo de 2013 en Madrid.

Realizado en colaboración
con:

**MÁSTER EN ECONOMÍA
DE LA ESCUELA
AUSTRÍACA**

 Universidad
Rey Juan Carlos

© 2014, Instituto Juan de Mariana

ISSN:

Instituto Juan de Mariana

Calle del Ángel, 2

28005 Madrid

info@juandemariana.org

CLASIFICACIÓN IBIC: KCA, KCBM, KFFL, KFFN, KNV.

CONFERENCE Classified as E1 DIISR HERDC Proxy: Refereed Conference with papers published in full. Papers peer-reviewed at national or international level.

Sumario

<i>PRESENTACIÓN DE JUAN RAMÓN RALLO</i>	6
<i>PANEL DE TEORÍA ECONÓMICA Y MONETARIA, DIRIGIDO POR DAVID SANZ</i>	8
LA TEORÍA ECONÓMICA DE MENGER SOBRE LAS INSTITUCIONES, DESARROLLADA SOBRE LA BASE DE TRES ELEMENTOS MÁS SIMPLES, POR JORGE BUESO MERINO.....	9
THE EFFICIENT MARKET CONJECTURE, POR RICARDO EMANUEL CAMPOS DIAS DE SOUSA AND DAVID HOWDEN	35
THE EVOLUTION OF SIZE AND COST OF CREDIT BEFORE THE FINANCIAL CRISIS, POR MARIANO ALIERTA.....	58
RESERVA FRACCIONARIA VS 100%. ¿AMIGOS O ENEMIGOS?, POR ÓSCAR TIMÓN	75
LA CONFUSIÓN ENTRE LIQUIDEZ Y NEGOCIABILIDAD: CONSECUENCIAS TEÓRICAS Y PRÁCTICAS, POR RAFAEL GARCÍA IBORRA.....	97
<i>PANEL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, DIRIGIDO POR ADRIÀ PÉREZ MARTÍ</i>	122
EFICIENCIA SOCIAL Y EDUCACIÓN AFECTIVO-SEXUAL, POR CARMEN GONZÁLEZ MARSAL.....	123
EL DERECHO DE CONSUMO: NOTAS SOBRE SU REPERCUSIÓN, POR IGNACIO ANDRÉS MONDÉJAR.....	144
PATENTES COMO LÍMITE A LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA*, POR ALEJANDRO PÉREZ Y SOTO DOMÍNGUEZ Y KATHERINE FLÓREZ PINILLA.....	173
WHY COMPETITION AGENCIES CAN'T STICK TO MERELY CORRECTING MARKET INEFFICIENCIES? AN ENTREPRENEURIAL APPROACH TO PERUVIAN ANTITRUST, POR RAÚL ALOSILLA Y RUBÉN MÉNDEZ REÁTEGUI	211
CRISIS ECONÓMICA Y TAMAÑO DEL ESTADO: IDENTIFICACIÓN DEL SOCIALISMO DE MERCADO EN LOS PGE 2007-2013 DE ESPAÑA , POR ÁNGEL FERNÁNDEZ.....	248

SUMARIO

PANEL DE LIBERALISMO, SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA, DIRIGIDO POR ALBERT ESPLUGAS.... 278

LA EPISTEMOLOGÍA AUSTRIACA Y LA CORRIENTE FENOMENOLÓGICA DE LA SOCIOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO, POR ALEJANDRO ROMERO RECHE 279

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FUERTE AMENAZA A LA LIBERTAD, POR DAVID DE BEDOYA AZORÍN-ALBIÑANA 303

CONSENTIMIENTO: CONTRATO SOCIAL VS. REDES CONTRACTUALES, POR ANDRÉS CASAS SOTO 324

AN INTRODUCTION TO INSTITUTIONAL COORDINATION AS AN ALTERNATE MODEL FOR NEO-INSTITUTIONAL ECONOMIC ANALYSIS, POR RUBÉN MÉNDEZ REÁTEGUI..... 346

LA CORRUPCIÓN POLÍTICA EN JUAN DE MARIANA, POR DAVID GARCÍA-MARTÍN SOUSA..... 393

Presentación

La Escuela Austriaca de Economía es una de las tradiciones más ricas y originales dentro de la ciencia económica. Si bien en la actualidad no ocupa la posición de preeminencia académica que ostentó en el pasado de la mano de economistas tan notables como Carl Menger, Eugen Böhm-Bawerk, Ludwig von Mises, Friedrich Hayek o Fritz Machlup, dista de haberse estancado o extinguido como corriente de pensamiento. Al contrario, desde los años 70, la tradición austriaca ha experimentado un efervescente renacimiento que ha llevado a numerosos científicos sociales, de campos e intereses muy diversos, a desarrollar su actividad intelectual dentro de este paradigma.

Desde su fundación, una de las actividades centrales del Instituto Juan de Mariana ha sido la promoción de la investigación y del desarrollo de nuevas ideas dentro del liberalismo y, en consecuencia, resulta del todo lógico que haya intentado proporcionar una plataforma desde la que facilitar la investigación y el desarrollo del pensamiento de la Escuela Austriaca.

En este sentido, el foro adecuado para que todos aquellos académicos que estén dedicándose a elaborar y acrecentar el paradigma austriaco puedan exponernos sus investigaciones es un Congreso de Economía, esto es, un foro donde el ponente pueda recibir la realimentación crítica de la audiencia con la que mejorar y refinar su trabajo. Por eso, en el año 2008 el Instituto Juan de Mariana decidió organizar anualmente un Congreso de Economía Austriaca que, en 2013, ya alcanzó su sexta edición.

Sin embargo, con tal de facilitar la difusión de estos trabajos de investigación así como la crítica de un público mucho más amplio, resultaba necesario dar un paso más allá: dejar constancia escrita de las ponencias de los distintos autores que hayan participado en el Congreso. De ahí que el Instituto se propusiera publicar a partir del VI Congreso de 2013 las actas de los trabajos presentados. Este libro de actas es la cristalización final de ese propósito.

Así, a lo largo de las siguientes páginas podrá encontrar todas esas ponencias organizadas en tres bloques temáticos: “teoría económica y monetaria”, “políticas públicas” y “liberalismo, sociología y política”. Esperamos que esta primera edición de los trabajos alcance la máxima difusión posible y sea de enorme utilidad tanto para los ponentes como para los lectores.

Juan Ramón Rallo
Director del Instituto Juan de Mariana

*Panel de Teoría Económica y Monetaria,
dirigido por David Sanz*

LA TEORÍA ECONÓMICA DE MENGER SOBRE LAS INSTITUCIONES, DESARROLLADA SOBRE LA BASE DE TRES ELEMENTOS MÁS SIMPLES

JORGE BUESO MERINO

Resumen: Con base en la complementariedad de sendos rasgos diferenciales de los enfoques de Menger y de Mises, se propone una teoría económica con *tres elementos más simples* como constitutivos de las interacciones económicas (entre dos personas): juegos de suma cero, juegos de suma positiva (“con sólo” sumas positivas) y juegos con resta. Se pone de manifiesto que bajo la palabra “*institución*” estamos denominando dos realidades distintas. Se caracterizan ambas realidades con base en (y como continuación de) la teoría económica, en relación a sus formas de originarse, los principios de orden que hay detrás, y los dos modos de relacionarse las personas a que dan lugar. Se discute el papel de “la función” en ambas clases de instituciones, y su carácter de medios o de fines. Y se llega a la conclusión que las que hemos caracterizado como institucionalizaciones tipo II, y el replanteamiento de Rothbard del concepto de monopolio, son fenómenos esencialmente coincidentes. Como consecuencia de todo ello, se integran la teoría económica, la teoría de las instituciones y la teoría del monopolio.

Palabras clave: Menger, teoría económica, instituciones, monopolio, Rothbard

Abstract: Walking in the steps of Menger, Mises, and Shaffer, an economic theory with *three simplest elements* is proposed, as constituents of economic interactions: zero-sum games, positive-sum games and games with subtraction. It is displayed that we are using the word “institution” for two very distinct realities. Following our economic theory proposal, we characterize both realities, according to their origins, the underlying principles of order on their grounds, and the two ways of interpersonal relation that they entail. The role of “the function” in both classes of institutions is discussed, and their character as a means, or ends. And we arrive at the conclusion that the ones we characterize as type II, and the concept of monopoly as characterized by Rothbard, are homologous. Then, the economic theory, the theory of institutions, and the theory of monopoly, get integrated.

Key words: Menger, economic theory, institutions, monopoly, Rothbard

I. ANTECEDENTES

1. Los “Principios de Economía” de Menger

La Economía moderna comienza en 1871 con la publicación por Carl Menger de “*Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*” (Principios de Economía) ¹ y su punto central: la teoría del valor. Menger muestra que son personas determinadas en momentos y ante circunstancias concretas las que imputan sobre unidades de bienes definidos la importancia que para su vida alcanzan al llegar a ser conscientes de ser dependientes de poder disponer de los mismos para la satisfacción de sus

¹ Se presenta anexo un breve resumen del mismo en forma de reseña de una guía de estudio al mismo (Rostan 2008)

necesidades (Menger 1871: 115, 114-174). La causa primaria de la valoración, que es un fenómeno ordinal, son las necesidades de cada persona, que a su vez derivan de la voluntad y hábitos de la misma (Menger 1871: 119).

Desde esta concepción subjetiva del valor muy pronto aparece como evidente la idea de valoración en el margen (o “utilidad marginal”, como se vendrá a denominar después). Sin embargo, en Jevons y Walras (postulados co-descubridores) la idea marginalista perderá muy pronto casi todo su sentido al pasar a significar meramente la pendiente de curvas de funciones matemáticas de un pretendido estado de equilibrio, que integrarían el valor como si fuera algo dado, cognoscible y predeterminado, pretendidamente objetivo, cuestión de “equi-valencias” o igualdades (Huerta de Soto 2000: 39-40). Debido a esta desviación estática y mecanicista, la concepción dinámica subjetivista y marginalista será desarrollada casi en exclusiva por aquellos investigadores que prosiguieron la línea de trabajo de Menger.

Avanzando un paso más en la teoría de Menger, serán las valoraciones recíprocas inversas que tendrán dos personas en relación con sendos respectivos bienes las que abrirán el camino a la posibilidad empresarial de descubrir y “actuar” un intercambio mutuamente beneficioso (o trueque, *elemento típico más simple que todavía puede ser objeto de adecuada [accurate] observación*, y elemento base sobre el que se desarrolla el resto de la teoría) (Menger 1871: 175-190, 46; Rostan 2008: 44-53).

2. Propuesta de desarrollo de la teoría económica: los “elementos más simples” de Menger, y su concreción.

Menger expone su programa de investigación, centrado en estudiar las relaciones de causa y efecto, en el Prefacio de su “*Grundsätze*”:

This is the ground on which I (we) stand. In what follows I have endeavored to reduce the complex phenomena of human economic activi-

ty to the simplest elements that can still be subjected to accurate observation, to apply to these elements the measure corresponding to their nature, and constantly adhering to these measure, to investigate the manner in which the more complex economic phenomena evolve from their elements according to definite principles (Menger 1871: 46-47).

Menger se sitúa en una posición de observador, y utiliza la lógica como herramienta, para intentar explicar el proceso económico paso a paso. Por su parte, Mises, en su tratado de Economía “La Acción Humana” (Mises 1949), replantea la teoría de Menger caracterizando su estructura lógica, la lógica de la elección (*choice*; señalando los límites lógicos del actuar humano en un entorno de escasez, así como su creatividad), desde una perspectiva radicalmente subjetivista. La complementariedad de ambas perspectivas nos ha permitido, en un estudio previo presentada al I Congreso “Economía y Libertad” celebrado en Avila (Bueso 2012), distinguir tres clases de *elementos más simples* en las interacciones económicas entre dos personas (cambios interpersonales), así como caracterizarlos en relación a los efectos que cada uno de ellos “conlleva”. Estos tres *elementos más simples* (que todavía pueden ser objeto de adecuada observación) son:

- Juegos de suma cero (objetiva) en que la ganancia de uno significa la pérdida de otro. Característico de los juegos de azar.
- Juegos de suma positiva (subjetiva: ambos ganan, *nadie pierde*). Característico del intercambio voluntario de bienes económicos que respeta la propiedad (persona, bienes, y autonomía o control sobre los mismos) también de terceros.
- Juegos “*con resta*”: Característico de los cambios interpersonales en que media fraude o violencia por parte de alguien.

El criterio clave diferenciador que nos dice o detecta si un concreto cambio interpersonal pertenece al segundo de los tipos indicados, o al tercero, resulta ser la integración, o no, del principio de propiedad (o de propiedad-libertad-responsable); esto es, que cada

parte tenga la capacidad o poder de disposición de aquello que entrega, y que “queden entre las partes” efectiva e íntegramente, no sólo los beneficios, sino también todos los costes y efectos negativos, *incluidos los resultantes de un eventual incumplimiento por la contraparte de lo acordado*(sin cargar costes ni perjuicios a terceros o su propiedad).

En el citado trabajo caracterizamos tal principio a partir de la teoría de Butler Schaffer sobre la propiedad en tanto que *principio de orden* inserto en la naturaleza (que se aprecia en todos los fenómenos de la vida) que al ser asumido o integrado en sus relaciones interespecíficas por los individuos genera núcleos y patrones de un orden espontáneo emergente (Schaffer 2009). Sin embargo, a tal principio diferenciador también se arriba desde la “ley de *total libertad*”, propuesta por Murray Rothbard (corrigiendo ² y red denominando la ley de *igual libertad* propuesta anteriormante por Herbert Spencer), en tanto que ausencia de coacción sobre la persona y su propiedad: “*Every man has freedom to do all he wills...*” (Rothbard 1970: 1311-1312).

3. La teoría de las Instituciones en Menger (ejemplificada en el origen del dinero) como parte integrante y continuación natural de la teoría económica.

Prosigue Menger, paso a paso, su *explicación* de los procesos de causa y efecto que se dan en el mundo del intercambio voluntario, y al final de su libro, tras estudiar los conceptos de *commodity* y *marketability*, nos aportó su teoría de las instituciones, ejemplificada en la

²Rothbard sigue en este punto a Clara Dixon Davidson. La clave de la corrección y simplificación superadora es la palabra “*every*”, que rinde la segunda parte – o *provisio-* de la propuesta de Spencer (“...*provided he infringes not the equal freedom of any other man*”) redundante, pues “[f]or if *every* man has freedom to do all that he wills, it follows from this very premise that no man’s freedom has been infringed or invaded”.

emergencia del dinero como medio de intercambio indirecto de aceptación generalizada en una sociedad:

«How rarely does it happen that a good in the possession of one person has a smaller use value to him than another good owned by another person who values these goods in precisely the opposite way at the same time! And even when this relationship is present, how much rarer still must situations be in which the two persons actually meet each other! [...]

This difficulty would have been insurmountable, and would have seriously impeded progress in the division of labor, and above all in the production of goods for future sale, if there had not been, in the very nature of things, a way out. But there were elements in their situation that everywhere led men inevitably, without the need for a special agreement or even government compulsion [...and even without regard to the public interest], to a state of affairs in which this difficulty was completely overcome.

The direct provision for their requirements is the ultimate purpose of all economic endeavors of men. The final end of their exchange operations is therefore to exchange their commodities for such goods as have use value for them... immediately and directly...

Assume that a smith of the Homeric age...[...] either totally impossible, or possible only with the expenditure of a great deal of time, if he were to behave so uneconomically as to wish to take in exchange for his commodities only goods that have use value to himself and not also other goods which, although they would have commodity-character to him, nevertheless have greater marketability than his own commodity. Possession of these commodities would considerably facilitate his search for persons who have just the goods he needs.

[...] With economic progress, therefore, we can everywhere observe the phenomenon of a certain number of goods, especially those that are

most easily saleable at a given time and place, becoming under the powerful influence of custom, acceptable to everyone in trade, and thus capable of being given in exchange for any other commodity. These goods were called "Geld" by our ancestors...

[...] The exchange of less easily saleable commodities for commodities of greater marketability is in the economic interest of every economic individual. But...[...] only a small number of economizing individuals will at first recognize the advantage...

[...] Since there is no better way in which men can become enlightened about their economic interests than by observation of the economic success of those who employ the correct means of achieving their ends, it is evident that nothing favored the rise of money so much as the long-practiced, and economically profitable, acceptance of eminently saleable commodities in exchange for all others by the most discerning and most capable economizing individuals (Menger 1871: 257-261).

4. Dos realidades, un mismo nombre: "institución"

Resulta paradójico observar, sin embargo, que tanto en el lenguaje coloquial como desde el punto de vista teórico, se denomina "institución" a dos realidades claramente diferenciadas (y que no estamos sólo ante dos explicaciones diferentes para una misma realidad). Así, mientras en las referencias austriacas y subjetivistas entendemos por institución, siguiendo la aportación básica de Menger, como aquellas pautas de comportamiento que han emergido evolutiva y espontáneamente por imitación (el principio de libertad está debajo; las utilizamos o imitamos en tanto que *medios* porque nos aportan una funcionalidad), Butler Schaffer en su libro *Boundaries of Order* utiliza el término "institución" (y especialmente el adjetivo "*institucionalizado*") para referirse a algo que parecería ser exactamente lo contrario, reglas u organizaciones que se transforman en *finés* por sí mismos, y se imponen por la fuerza:

I have defined "institution" elsewhere as "any permanent social organization with purposes of its own, having formalized and structured machinery for pursuing those purposes, and making and enforcing rules of conduct in order to control those within it".

[...] the most prominent of which is the state, with its coercive bureaucratic agencies, followed by large business corporations that align themselves more with state power than with the unstructured marketplace. Other institutions include most organized religions, schools and universities, and labor unions. In each case, an institution arises when an organization composed of autonomous, cooperating individuals becomes transformed into an end in itself.

[...] When the preservation of the organization becomes more important than the informal and spontaneous practices that created it, an institution has been born (Schaffer 2009: 10-11).

5. Menger y el método para estudiar las instituciones

Ya el propio Menger, en su tratado sobre metodología de las ciencias sociales (en el tercero de los cuatro "libros" que lo componen), reconoció la existencia de estas dos realidades o tipos de fenómenos, al reflexionar sobre la adecuación de los diferentes métodos o aproximaciones al estudio de las mismas (Menger 1883: 129-159), mostrando y diferenciando la verdadera naturaleza y proceso al que deben su origen ambas:

Una realidad:

The characteristic element in the socially teleological genesis of social phenomena is in the intention of society as such directed toward establishing these phenomena, under the circumstance that they are the intended result of the common will of society, thought of as an acting subject, or of its rulers (Menger 1883: 158-159).

[...] These are social phenomena in connection with which there can properly be no thought of an “organic” origin in any admissible sense. Here the interpretation appropriate to the real state of affairs is the pragmatic one –the explanation of the nature and origin of social phenomena from the intentions, opinions, and available instrumentalities of human social unions or their rulers (Menger 1883: 145).

Otra realidad:

The social phenomena of “organic” origin, on the other hand, are characterized by the fact that they present themselves to us as the unintended result of individual efforts of members of society, i.e., of efforts in pursuit of individual interests. Accordingly, in contrast to the previously characterized social structures, they are, to be sure, the unintended social result of individually teleological factors.

[...] The theoretical understanding of them [...the unintended result of innumerable efforts of economic subjects pursuing individual interests], the theoretical understanding of their nature and their movement can thus be attained in an exact manner ... by reducing them to their elements, to their individual factors of their causation, and by investigating the laws by which the complicated phenomena of human economy under discussion here are built up from these elements (Menger 1883: 158-159).

Entrecruzamientos entre ambas realidades:

It is clear that legislative compulsion not infrequently encroaches upon this “organic” developmental process and thus accelerates or modifies the results. The unintended genesis of social phenomena may factually be the exclusively decisive genesis for the first beginnings of social formation. In the course of social development the purposeful encroachment of public powers on social conditions becomes more and more evident. Along with the “organically” created institutions there

go those which are the result of purposeful social action. Institutions which came about organically find their continuation and reorganization by means of the purposeful activity of public powers applied to social aims. The present-day system of money and markets, present-day law, the modern state, etc., offer just as many examples of institutions which are presented to us as the result of the combined effectiveness of individually and socially teleological powers, or, in other words, of "organic" and "positive" factors (Menger 1883: 157-158).

El propósito del presente trabajo es plantear una teoría de las instituciones integrando las conceptualizaciones arriba expuestas. Adicionalmente veremos como la decisiva aportación de Rothbard replanteando el concepto de monopolio (Rothbard 1962: cap. 10 *Monopoly and Competition*, cap. 12 *The Economics of Violent Intervention in the Market*) resultará ser (se nos aparece como) un corolario de la misma.

II. TEORÍA ECONÓMICA DE LAS INSTITUCIONES

1. Introducción

Entendemos por institución *"todo patrón, pauta o modelo repetitivo de conducta"* (Huerta de Soto 1992: 69-71). Existen instituciones económicas (las que implican cambios interpersonales en relación a bienes económicos -ver el capítulo II de *Principios* de Menger-, en las que nos centraremos), y no económicas.³ Nos proponemos desarrollar la teoría económica de Menger sobre las instituciones integrando en ella la apuntada por Schaffer (Schaffer 2009: 10-11 -ver más arriba-).

Como señala Menger, el término institución da cobertura a dos realidades claramente diferenciadas, sino contrapuestas. Por un la-

³Quizás el nacimiento de las instituciones pre-económicas o no económicas pudiera explicarse considerando como elemento de interacción necesario el de "prestar atención" al otro.

do, tenemos las instituciones espontáneas que emergen por prueba y error e imitación de los intercambios voluntarios entre personas, producto evolutivo cuya funcionalidad es, a su vez, servir como medio o instrumento para nuevos intercambios, y que él mismo ejemplifica con el origen del dinero (Menger 1871: 241-285). Y por otro lado estarían aquellas denominadas instituciones o “institucionalizaciones” que son reglas u organizaciones que se transforman en fines por sí mismos, y se imponen por la fuerza (Schaffer 2009: 10-11). Estas últimas se equiparan con aquellas *diseñadas* que Menger indica que deben ser estudiadas mediante una interpretación pragmática en relación a lo que deseaban “quienes las *organizan*” y lo que realmente se consigue, donde habrán de considerarse todos sus efectos, lo que se ve y *lo que no se ve* (Bastiat 1850), también los efectos que aparecen retrasados en el tiempo.

Considerando la teoría de Butler Schaffer sobre la propiedad en tanto que principio de orden inserto en la naturaleza misma de la vida que al ser asumido o integrado por los individuos en sus relaciones genera núcleos y patrones de un orden espontáneo emergente (Schaffer 2009), e integrándola dentro de la aproximación de *elementos más simples* que caracterizamos en el trabajo anterior indicado (Bueso 2012), en relación con el origen o el proceso de formación de las distintas instituciones, tenemos:

2. Clases de instituciones, según la forma de originarse

2.1. Fenómenos económicos más complejos o instituciones que emergen históricamente a partir de intercambios voluntarios (que tanto en su origen como en su funcionalidad presentan como elementos más simples juegos de sólo sumas positivas).

Carl Menger mostró como las instituciones espontáneas son también producto evolutivo de los intercambios voluntarios, producto cuya funcionalidad es, a su vez, servir como medio o instrumento para nuevos intercambios. Y lo ejemplificó mostrando catalácticamente

cómo emerge el dinero en una sociedad a partir de los bienes que más se intercambian en la misma (Menger 1871: 257-285; Huerta de Soto 2000: 40-43).

En cada sociedad van surgiendo por prueba y error e imitación modos concretos de interaccionar, seleccionándose unos y descartándose otros conforme las personas descubren en ellos (o les atribuyen) mayor o menor utilidad según los fines que cada una persigue.

La aparición de esta clase de fenómenos (instituciones espontáneas en sentido amplio, considerando incluida el mismo trueque o intercambio voluntario), como realidades emergentes, que comportan nuevas funcionalidades inesperadas nacidas del intercambio voluntario, significan y suponen hitos en la evolución del proceso social ⁴ humano.

2.2. Fenómenos económicos más complejos “organizados” (organizaciones inter-individuales); pueden ser:

2.2.1. En tanto que basados en intercambios voluntarios cuando a su vez producen la base material o logística para nuevos intercambios voluntarios.

Se equipararían en cuanto a sus efectos al grupo de fenómenos indicados en el punto anterior (*juegos de suma positiva*), con la peculiaridad de que se basan en relaciones o series de interacciones “entre los organizados” duraderas en el tiempo; y lo mismo ocurrirá con las interacciones de la organización frente a terceras personas concretas que compren o intercambien voluntariamente los bienes o servicios que eventualmente ofrecerá la misma.

⁴ Que es la característica diferencial más llamativa de la especie humana (a partir de determinado momento evolutivo –histórico-) respecto del resto de animales y seres vivos.

Un punto crítico al que conviene prestar atención es a cómo se perfila e incluye el principio de libertad-propiedad en cada interacción entre personas concretas, y cómo evoluciona en el tiempo tal integración, tanto intra como extra-organizacionalmente, pues existe una tendencia a “eludir” la responsabilidad o la integración de dicha principio, y cargar costes a otras personas (con quien, aprovechando el hecho de que la organización consiste en un número de personas, “parece” que no se tiene una relación o interacción directa persona a persona; sería el típico “ve y averigua quien te ha pegado”). Hay que tener en cuenta que “el número”, la organización, la impersonalidad, es un elemento típico y característico del ejercicio de la fuerza, lo cual crea la base para que la organización pueda convertirse en vehículo para que la coacción aparezca o reaparezca con el tiempo. Téngase en cuenta también que, muchas veces, el ejercicio de la fuerza o coacción no se ve “desde dentro” de la organización como lo que es, sino como un modo de “defenderse” - justificación pretendida- del cambio de circunstancias o incertidumbre inerradicable característico de la vida y la acción humana.

Además, por su propia esencia, la organización “divide” al mundo entre personas que están dentro de la misma, y personas que no, con lo que el espíritu tribal asociado a actitudes de fuerza (o falta de integración del principio de libertad-propiedad) tiende a estar más presente.

2.2.2.- En tanto que producen u organizan cambios interpersonales en los cuales existe actuación fraudulenta o coacción (amenaza de violencia física) o violencia por parte de alguien (*se institucionalizan* como elementos más simples “juegos con resta”).

En este caso prevalece la coacción sobre la autonomía en relación a alguna persona y su propiedad (que deja de serlo –“su” propiedad): el control último o capacidad de decisión (sobre qué hacer o no hacer con su persona y sus bienes) es ejercitado por otras personas diferentes, agresores, terceros o “la organización”.

Según la definición de Schaffer (ver más arriba: *“any permanent social organization with purposes of its own, having formalized and structured machinery for pursuing those purposes, and making and enforcing rules of conduct in order to control those within it”*), la coacción se realizaría frente a aquellos “dentro de la organización” (*those within it*). Sin embargo, creemos más acertado considerar que la coacción se realiza *ad extra*, frente a aquellos que no pertenecen a la organización. De esta manera, la aplicación o “*enforcing*” por parte de la organización de reglas voluntariamente asumidas por las personas al asociarse (contrato) queda dentro de la autonomía personal; sin embargo esto no es así en caso de no haberlas asumido expresa y voluntariamente,⁵ o de actuarse más allá de lo convenido. La organización “institucionalizada” no sería un medio (para la consecución de los fines particulares de cada uno de los individuos, a través de intercambios voluntarios) sino un fin en si misma.

Rothbard señala estas diferencias cuando trata de los efectos directos de la intervención sobre la utilidad (apartado “Intervención y conflicto”) centrándose ya en agencias que utilizan la agresión de manera institucionalizada:

[...] When people are free to act, they will always act in a way that they believe will maximize their utility, i.e., will raise them to the highest possible position on their value scale. Their utility ex ante will be maximized, provided we take care to interpret “utility” in an ordinal rather than a cardinal manner. [...]

Coercive intervention, on the other hand, signifies per se that the individual or individuals coerced would not have done what they are now doing were it not for the intervention. [...] The coerced individual loses in utility as a result of the intervention, for his action has been changed by this impact. [...]

⁵Más que aplicar coacción internamente (*ad intra*), que también es una forma de verlo, consideramos que estaríamos ante un caso de aplicación de la fuerza *ad extra*, por no haber aceptado expresamente esas reglas voluntariamente el agredido.

Who, in contrast, gain in utility ex ante? Clearly, the intervener; ... Either he gains in exchangeable goods at the expense of his subject... or he gains in a sense of well-being from enforcing regulations upon others.

All instances of intervention, then, in contrast to the free market, are cases in which one set of men gain at the expense of other men. [...] ... and the loss consist in being coerced into less satisfying types of activity (if not positively painful ones).

Before the development of economic science, people thought of exchange and the market as always benefiting one party at the expense of other. This was the root of the mercantilist view of the market. Economics has shown that this is a fallacy, for on the market both parties to any exchange benefit. On the market, therefore, there can no be such thing as exploitation. But the thesis of a conflict of interest is true whenever the State or any other agency intervenes on the market. For then the intervener gains only at the expense of subjects who lose in utility. On the market all is harmony. But as soon as intervention appears and is established, conflict is created, for each may participate in a scramble to be a net gainer rather than a net loser –to be part of the invading team, instead of one of the victims.

It has become fashionable to assert that “Conservatives” like John C. Calhoun “anticipated” the Marxian doctrine of class exploitation. But the Marxian doctrine holds, erroneously, that there are “classes” on the free market whose interests clash and conflict. Calhoun’s insight was almost the reverse. Calhoun saw that it was the intervention of the State that in itself created the “classes” and the conflict.

“Castes” would be a better term than “classes” here... castes are State-made groups, each with its own set of violence-established privileges and tasks. Castes necessarily conflict because some are instituted to rule over the others (Rothbard 1970: 1061-1063).

[...] the free market is a society in which all exchange voluntarily. It may most easily be conceived as a situation in which no one aggresses against person or property (Rothbard 1970: 1067).

Siendo más primaria la fuerza (y que sigue vigente al menos como instinto), la vía evolutiva emergente asociada al intercambio voluntario (que supone un principio de respeto al otro y a su propiedad y autonomía, y por tanto una limitación auto-asumida a las posibilidades físicas del individuo) se superpone, pero no hace desaparecer, a aquella. Visto como proceso, el plano de la evolución asociada al intercambio voluntario se superpone al plano evolutivo marcado por la fuerza, pero ni mucho menos lo anula o lo hace desaparecer. En el Cuadro I presentamos una esquematización de las distintas características de cada una de las dos clases de fenómenos que denominamos con una misma palabra: “institución”.

Características de este tipo de organización, además del número, suele ser la jerarquía, y la tendencia hacia la territorialización: ser la única organización que aplica la fuerza en un determinado territorio. Así, cuando en un mismo territorio exista más de una, “competirán”⁶ (en el sentido de lucha en la que la victoria de una –unos– significa la derrota y la desaparición de otra –otros–) o bien “cooperarán” en la aplicación de la fuerza, bien integrándose o convergiendo en una única organización, o bien creando un nuevo equilibrio con una nueva división territorial.

2.2.3.- Fenómenos económicos más complejos “en transición” entre organizaciones de intercambios voluntarios y organizaciones coactivas:

⁶ Obsérvese la diferencia radical del significado de las palabras “competir” y “cooperar” según estemos en un contexto de fuerza o en otro de intercambios voluntarios. En este último, la competición (económica con libre entrada) es un fenómeno claramente “cooperativo”: *juego de suma positiva* (a diferencia del contexto de fuerza donde son fenómenos contrapuestos).

La realidad humana es dinámica; también la de las organizaciones (y la plasmación histórica de las instituciones). Un ejemplo de transición de organizaciones practicando intercambios voluntarios integrando juegos de suma positiva, hacia juegos con resta (cambios interpersonales caracterizados por la aplicación de fuerza por parte de alguien y la no integración del principio de propiedad), lo tenemos en la Alemania que sale de la primera guerra mundial:

The capitalist in Germany is confused. The fascist State has, it is true, saved many private concerns from bankruptcy. [...]

[...] Especially was this the belief of the important industrialists who had feared the loss of their monopolies, and of the big agrarians who could not survive the crisis without fresh State subsidies. Both eagerly sought political power in order to safeguard their positions –not merely against social revolutionary forces, but also against business competitors...*

[...] Paradoxically, those entrepreneurs who ... had to compete with each other in the open market, often, under the Weimar regime, asked State help or interference against “free”, that is, ruinous competition. Such a policy leads to a state of affairs where the State becomes a superpower, restricting and reducing the right of all businessmen, granting privileges to a few concerns and trusts which are closely connected with the State bureaucracy and with the armament business and transforming private monopolies into State-protected monopolies.*

The State dictates to the individual businessman how he must act in order that his activities may best serve the “national interest”.

* Reisman utiliza en este texto la palabra monopolio en dos sentidos diferentes; el señalado con asterisco refiere a “liderazgo en el mercado” (sin intervención del principio de fuerza).

[...] Formerly the competitive struggle of business interest decided who would bear the inevitable capital losses during a crisis. Today it is the State bureaucracy which dictates who is to be eliminated from business (Reisman 1939: 291-294, 299; capítulo "Bureaucracy in control").

[...] They can also slightly extend the narrow base of the privileged "friends of the State bureaucracy" at the expense of the new vassal States.

But the number of the underprivileged grows much more rapidly than the number of the privileged. The further this development proceeds, the more absolute is the power needed for the maintenance of the regime (Reisman 1939: 273-274; capítulo "Fascist empire building").

Aquí vemos una ilustración de un proceso histórico en que "la preservación de la organización" llegó a ser "más importante que las prácticas informales y espontáneas" entre los miembros de una sociedad, quedando éstos supeditados a las organizaciones (convertidas éstas en un fin en ellas mismas).

3. También dos clases de instituciones según el tipo de relaciones entre las personas a que dan lugar:

Así como ante una institución espontánea (el dinero bajo patrón de metales preciosos, el lenguaje, o ante un contrato "real" de préstamo inspirado en el *mutuo* romano) todas las personas somos iguales (y cuando hay dos posiciones, uno, quienquiera que sea, puede ocupar una u otra posición, indistintamente), frente a las "institucionalizaciones" de Schaffer (organizaciones que devienen un fin en sí mismo y se imponen por la fuerza, por ejemplo los monopolios estatales), esto no es así. Ante ellas las personas siempre quedan divididas *ex*

ante en dos categorías: administrador u organizador (en el fondo, un estatuto privilegiado, como planificador centralizado sin integración del principio de libertad-propiedad) y administrado u “organizado” (“[r]uling” and “ruled”).⁷

Cuadro I: Dos realidades diferentes, casi opuestas (Huerta de Soto 1992: 68-73 vs Schaffer 2009: 10-11) para un mismo término: institución.

	Tipo I	Tipo II
	INSTITUCIONES espontáneas	INSTITUCIONALIZACIONES -en el sentido descrito por Schaffer-
Principios	Libertad Respeto a la propiedad	“Fuerza” Falta de respeto a la propiedad
Forma de originarse	Por prueba y error, e imitación (fruto de las interacciones voluntarias de las personas siguiendo los anteriores principios) Espontánea, evolutiva, no diseñada	Organización* “impuesta” (al menos frente a terceros), coactiva Dirigismo, diseño
Función	Es “un medio”; al emerger facilita a su vez nuevas formas de <i>interacción voluntaria</i> . Ínsita en la propia institución, es lo que la constituye (su naturaleza, esencia)	Asignada; se pretende conseguir por medio de una <i>organización coactiva</i> Suele presentarse como justificación de la coacción. Dirigista Supone “un fin” en sí mismo
Modos de relacionarse	Las personas son iguales ante la institución Neutralidad, no discriminación, no privilegio	Jerárquico. <i>Vinculación</i> a una función de personas determinadas (privilegios) con exclusión coactiva de los demás Estatutos o “legislación” discriminando a las personas <i>ex ante</i>
Eventual final	Desuso (voluntario) por las personas que la utilizaban (meros usuarios)	Derogación o inaplicación de la coacción que la origina, o alterna-

⁷ Una tercera eventual categoría adicional y suplementaria (materialmente no diferente de las dos señaladas) sería la de “beneficiario”, de resultar directamente beneficiado alguien que no participa *directamente* en la coacción.

* El principio de fuerza también aparece a nivel individual instintivo (habitualmente de manera *más primaria*, salvaje).

		tivamente colapso del sistema tras escalada coactiva
Elementos más simples	Juegos con sólo sumas positivas	Juegos con resta
Sistema	Abierto; esencialmente descentralizado Autoorganización espontánea evolutiva	“Fijismo” perseguido. Cúpulas Habitualmente: espejismo inicial de orden, seguido de crisis por esclerosis
Ejemplos	El trueque, <i>la función</i> como medio de intercambio indirecto generalizado alcanzada en determinada época por la plata, el lenguaje, el mutuo y el depósito romanos, el turno o la cola como medio de asignación de orden para ser atendido al llegar a una tienda o establecimiento	Monopolios estatales (por ejemplo, de la sal y del tabaco –regalías del monarca-), gremios obligatorios, derecho de pernada del señor feudal, el aráncel aduanero, privilegio de reserva fraccionaria en el depósito, <i>fiat-money</i> , la camorra

El principio que está debajo no es el de libertad y respeto a la propiedad (aunque pudiera parecer que actúan *en parte* en el libre mercado), sino el de fuerza (y falta de integración del principio de propiedad). Ver el esquema presentado en el Cuadro I.

En relación a esa apariencia de actuar en parte en el libre mercado, Rothbard señala:

[...] Once the government steps into prohibit trade and grant privileges, there is no longer wholly voluntary action. Consumers are forced, willy-nilly, to deal with the monopolist for a certain range of purchases (Rothbard 1970: 1091).

It is obvious that a monopolistic grant directly and immediately benefits the monopolist or quasi monopolist, whose competitors are debarred by violence from entering the field. It is also evident that would-be competitors are injured and are forced to accept lower remuneration in less efficient and value-productive fields. It is also patently clear that the consumers are injured, for they are prevented from purchasing products from competitors whom they would prefer. And this injury takes place, it should be noted, apart from any effect of the grant on prices.

In chapter 10 we buried the theory of monopoly price; we must now resurrect it. The theory of monopoly price, as developed there, is illusory when applied to the free market, but it applies fully in the case of monopoly and quasi-monopoly grants. For here we have an identifiable distinction... (Rothbard 1962: 903).

4. La función de una institución: ¿un medio o un fin?

La función nueva, no esperada, que aparece con la emergencia de una institución espontánea (tipo I), presenta carácter no excluyente: cualquier persona puede servirse de ella en igualdad de condiciones, o bien no hacer uso de ella; es “un medio”. Tras la emergencia de la institución, las personas de la sociedad tiene más posibilidades (en cuanto a medios) para perseguir sus fines (fines “particulares”, de cada uno, que serán más fácilmente alcanzables gracias a la utilidad de tal patrón de conducta estandarizado), cualesquiera que estos sean. Lo que “sostiene”, lo que mantiene vigente a la institución es su utilidad; que las personas encuentran (siguen encontrando) útil su función.

El proceso mediado por el intercambio voluntario es en sí mismo también un proceso colectivo de conocimiento⁸ (*conociendo* tentativamente) descentralizado. Cada persona, por prueba y error, e imitación, aprendemos a dedicar nuestras habilidades y recursos a aquellas actividades que los demás valoran más, en las que tenemos una ventaja comparativa “relativa” mayor (comparativa: en relación a las demás personas; relativa, en relación cada persona a distintas actividades (Ayau 2007: 28-41, 21-50), desarrollándose en sucesivas instancias un proceso coordinador de las necesidades y habilidades

⁸De esta manera la tercera de las cuatro condiciones universales y necesarias que señala Menger para que un objeto o una actividad se conviertan en “un bien” (“*knowledge of the possible causal connection*”... entre las propiedades de éstos en relación a una necesidad humana), cobra una nueva magnitud al pasar a desarrollarse intersubjetivamente (o colectivamente) precisamente a través de los intercambios voluntarios, las instituciones tipo I, y el proceso económico.

de unos y otros, y a su vez adaptativo a la realidad física objetiva en que nos ha tocado vivir: un proceso dinámico de conocimiento (colectivo, agregado) abierto a la posibilidad de crecimiento e innovaciones.

Así, la creatividad, la función o servicios que prestan las personas más innovadoras a través de los productos o servicios que ofrecen al mercado con vistas a concluir eventuales intercambios voluntarios, puede extenderse, por aprendizaje e imitación, con la posibilidad de ser ofrecido también por otras personas al mercado, cuando no se impide coactivamente esta posibilidad.

Por el contrario, característico de las “institucionalizaciones” (instituciones tipo II) es que *siempre se excluye coactivamente a alguien*, o se hacen las cosas a costa de alguien. Habitualmente, aunque no necesariamente, tal exclusión por la fuerza se pretende justificar como pretendida consecución de un fin (en realidad, supone una apropiación por determinadas personas, o en favor de determinadas personas -vinculación-, de una función determinada, siempre a costa de otras -“juego con resta”-).

Así como las instituciones tipo I son “medios” a la disposición de las personas (personas que son “fines” en sí mismas), cuando intervienen las *institucionalizaciones* tipo II las personas pasan a ser “medios” que otras personas (organizadores o dirigentes, o indirectamente los “beneficiarios”) “utilizan” para conseguir sus fines, pasándose a convertir el *juego “con resta”* que la institución tipo II *institucionaliza* en “un fin en sí mismo”.⁹

⁹ Para un entendimiento (y consiguiente valoración) opuesto al que aquí presentamos en cuanto a la prioridad de unas instituciones sobre otras, véase de Ludwig Lachmann “*The Legacy of Max Weber*” (Lachmann 1971: 60-88, 29).

III. RELACIÓN DE LAS INSTITUCIONES TIPO II CON EL CONCEPTO DE MONOPOLIO DE ROTHBARD.

La principal aportación teórica de Rothbard, creemos, fue el replanteamiento y clarificación del concepto de monopolio (Rothbard 1962: 629-745, 875-877, 905). Tal replanteamiento, superador en ese aspecto de los trabajos de Menger y Mises,¹⁰ a los que sirve de complemento, no ha sido hasta el momento suficientemente reconocido ni integrado (o discutido o criticado).

En un monopolio la característica que “se institucionaliza” (se convierte en hábito generalmente asumido) es que unos individuos excluyen a otros mediante el uso de la fuerza física, en vez de competir económicamente, a la hora de ofrecer o adquirir un determinado tipo de bien o servicio. Rothbard lo relaciona con “*grants*” o privilegios o licencias que el Estado concede a una persona o grupo de personas, aunque reconoce que también puede ocurrir a partir de individuos u organizaciones no estatales.

Dicho concepto redefinido de monopolio implica la vinculación de determinadas personas a una función, a la vez que se excluye *coactivamente* a las demás personas de la posibilidad de poder ofrecer esos mismos o similares bienes o servicios al mercado ¹¹ (en intercambios voluntarios alternativos, con libre competencia económica).

Tal vinculación tiene dos importantes consecuencias:

a) Individualmente: Las personas, en lugar de buscar y desarrollar creativamente aquello en lo que poseen una ventaja comparativa relativa mayor, en sus actividades y en relación a sus bienes, para ponerlo a disposición de los demás mediante intercambios voluntarios, como ocurre en condiciones de libre mercado, o bien restringen sus actividades a las áreas aún libres, no monopolizadas, a las que se les relega, o bien “se amoldan” al sistema coactivo y relacional alre-

¹⁰ Luis Reig Albiol comenta que cuando le preguntó a Mises su opinión sobre tal replanteamiento de Rothbard, éste afirmó que estaba de acuerdo, que lo asumía plenamente.

¹¹ Suele llevar asociado además el control (regulación) coactivo del precio.

dedor de quienes deciden, buscando ser ellos los beneficiados por las vinculaciones. Los proyectos vitales son más pobres. Las personas se vuelven más dependientes, menos autónomas. Paralelamente, la corrupción se extiende (se ve “normal”).

b) Colectivamente, conlleva la creación de castas en la sociedad; produce una sociedad estratificada (impidiendo o restringiendo enormemente la movilidad social). Además, especialmente en las áreas monopolizadas, se bloquea en gran medida el proceso descentralizado de aprendizaje y consiguiente incremento de conocimiento colectivo que el proceso de mercado supone.

Cuando las vinculaciones se generalizan, pasamos a encontrarnos en situaciones de “estatismo” o socialismo (todo sistema de agresión institucional contra el libre ejercicio de la función empresarial o capacidad de cada ser humano para actuar de forma libre y creativa (Huerta de Soto 1992: 25)), con la consiguiente imposibilidad del cálculo económico en esas áreas, provocándose una esclerotización social.

Rothbard lo expresa así:

[...] like any monopoly grant, confer a privilege on one and restrict the entry of others, thereby distorting the freely competitive pattern of industry. If the product is sufficiently demanded by the public, the patentee will be able to achieve a monopoly price. [...]

[...] implies the existence of a caste system, whereby a certain caste is permanently designated to produce steel, another caste to grow coffee, etc. [...] Yet the free market is the reverse of the caste system; indeed, choice between alternatives implies mobility between alternatives...

Economics demonstrates that individuals, entering into mutual relations in a free market in a free society –and only in such relations– can provide abundance for themselves and for the entire society. (“Free”, as always in this book, is used in the interpersonal sense of being un-

molested by other persons.) To employ freedom as itself equivalent to abundance obstructs understanding of these truths.

The free market in the world of production may be termed “free competition” or “free entry” [or simple economic liberty], meaning that in a free society anyone is free to compete and produce in any field he chooses. “Free competition” is the application of liberty to the sphere of production: the freedom to buy, sell and transform one’s property without interference by an external power (Rothbard 1962 (y 1970): 1137, 641, 654).

En definitiva, el concepto de monopolio que Rothbard propone, y la caracterización de las “institucionalizaciones” tipo II que aquí presentamos, vienen a solaparse o a coincidir esencialmente.

BIBLIOGRAFÍA

AYAU, M. F. (2007): *Not a Zero-Sume Game; the paradox of exchange*, Universidad Francisco Marroquín.

BASTIAT, F. (1850): «Lo que se ve, y lo que no se ve».

BUESO, J. (2012): «Teoría del Crédito de Mises, Desarrollada», presentación en el I Congreso Economía y Libertad (Ávila, 22-24 noviembre de 2012), publicación pendiente.

HUERTA DE SOTO, J. (1992): *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*, Unión Editorial (4ª edición 2010).

— (2000): *The Austrian School; market order and entrepreneurial creativity*, Edward Elgar (ed. 2008).

LACHMANN, L. (1971): *The Legacy of Max Weber*, Ludwig von Mises Institute (ed. 2007)

MARTÍNEZ MESEGUER, C. (2006): *La Teoría Evolutiva de las Instituciones; la perspectiva austriaca*, Unión Editorial (2ª edición 2009)

MENGER, C. (1871): *Principles of Economic*, Ludwig von Mises Institute (ed. 2007)

- (1883): *Investigations into the Method of the Social Sciences with special referencies to economics*, Ludwig von Mises Institute (ed. 2009)
- MISES, L (1949): *Human Action; a treatise on economics*, Ludwig von Mises Institute (ed. 1998)
- REISMAN, G. (1939): *The Vampire Economy; doing business under fascism*, Vanguard Press NY
- ROSTAN, J.T.A. (2008): *Study Guide to Carl Menger's Principles of Economics*, Ludwig von Mises Institute.
- ROTHBARD, M. (1962 y 1970): *Man, Economy, and State*, Ludwig von Mises Institute (2a 'scholar's edition' de 2009 conjunta con *Power and Market*)
- SCHAFFER, B. (2009): *Boundaries of Order; private property as a social system*, Ludwig von Mises Institute.

THE EFFICIENT MARKET CONJECTURE

RICARDO EMANUEL CAMPOS DIAS DE SOUSA
AND DAVID HOWDEN

Abstract: The Efficient Market Hypothesis (EMH) is a statement about the informational content of market prices. The aftermath of the recent recession has brought renewed skepticism to EMH, and has led some to redefine it as the inefficient market hypothesis. We demonstrate that such a change is misguided, as it changes the nature of the input (i.e., the market) but not the truth value of the statement (i.e., whether markets are efficient). We further outline several logical fallacies of the Hypothesis which negate its usefulness. We conclude by showing that the EMH was never a hypothesis and as such is best considered a conjecture. As a conjecture, it is increasingly difficult to reconcile with actual market behavior.

Keywords: Efficient Market Hypothesis, Market Efficiency, Market Behaviour, Random Walk, Information in Prices, Role of Investors.

JEL Classification: G14

Resumen: La Efficient Market Hypothesis (EMH) es una afirmación sobre el contenido informacional de los precios de mercado. La secuela de la reciente recesión renovó el escepticismo acerca de la EMH, llevando algunos a redefinirla como la hipótesis de los mercados ineficientes. Nosotros demostramos que tal actitud es equivocada, ya que altera la naturaleza del supuesto (es decir, el mercado) pero no la validez de la afirmación (es decir, que los mercados sean eficientes). Además definimos varias falacias lógicas de la Hipótesis que impiden que sea útil. Concluimos que la EMH nunca ha sido una hipótesis y es mejor definida como una conjetura. Como conje-

tura, es cada vez más difícil de reconciliar con el comportamiento verificado del mercado.

Palabras Clave: Efficient Market Hypothesis, Eficiencia de los Mercados, Comportamiento de los Mercados, Random Walk, Información en los Precios, Papel de los Inversores.

Clasificación JEL: G14

The Efficient Market Hypothesis (EMH) is approaching its fifty-year anniversary. During its lifespan it has undergone some fundamental changes since its original exposition in Fama (1965). Originally formulated as a response to predictive methods in technical market analysis, Fama laid a framework explaining why successive price changes were independent. Under this exposition, Fama continued a loosely Chicagoesque tradition of modeling price changes as random walks – mutually exclusive events unrelated to previous data points.¹ Within five years, Fama defined more completely what the EMH implied as well as its causes (Fama 1970). The Hypothesis would become the now commonly accepted statement concerning the informational content of prices: “a market in which prices always 'fully reflect' available information is called efficient” (Fama 1970: 383).

These two tenets taken together – the randomness of price movements and the completeness of the past information contained in them – have led adherents of EMH to advocate passive investment strategies. Investors would do better investing in a general market index rather than analyzing trends as prices already embody the content and meaning of any relevant information.

¹Although there were scattered attempts to demonstrate the randomness of future stock price changes throughout the 20th century, Cootner (1962) is notable for bringing the theory academic rigor thus making it palatable for financial economists to integrate into their own theories.

Any relationship between information and price movements, although easily hinted at, is very hard to establish empirically. Indeed, to positively prove that stock prices, at every moment, “fully reflect” all available information is impossible, as even EMH proponents can attest (Fama 1970: 384). A market that objectively prices subjective information would have to come into existence to allow measuring the speed in which this information would then be reflected into stock prices. Financial markets do not allow for this. In its place, economists had to search for something to measure and turned to stock price movements themselves (in place of information flows).² If no strategy could be devised *ex ante* that *always* leads to abnormal returns *ex post*, then this would imply that all information is fully priced and all price movement is random as no consistent abnormal returns could emerge from random movements but by chance.

Thus, a hypothesis about whether prices fully reflect all available information turned into a discussion to determine if investors could follow strategies that allowed them to obtain *ex ante* abnormal returns. That EMH has become one of the most heavily scrutinized hypotheses in finance may give fuel to its detractors who claim it cannot explain simple *prima facie* counter-evidence – prolonged abnormal returns by certain investors (Warren Buffett, for example) or seasonal abnormalities such as the Monday or January effects. Yet, it is not fair to say that the only reason empirical tests on the EHM were performed on investment strategies and their returns was the rivalry between technical and EMH advocates. That rivalry was not the reason but rather the motivation. The reason the Hypothesis has been so heavily scrutinized has little to do with its controversial conclusions, and rather because prices (and especially

² Incidentally, this bifurcation between price data and information data plagues much financial literature. Howden (forthcoming) analyzes the efficacy of insider trading laws by way of looking for abnormal equity returns instead of tracing the flow of information being reassigned from one individual (or group) to another.

financial prices) are readily available to verify or negate the EMH (Ross 1987: 30). With the abundance of financial price data it was possible to test every single investment strategy one could conceive, both in and out of sample.

All that remained from the information side was a frame on how efficient the market was depending on what sort of strategies would allow for abnormal returns. Fama (1970: 383) would do so by dividing market efficiency in three subsets. Weak, in which no abnormal returns could be found from historical prices, semi-strong in which no abnormal returns could be obtained from publicly available information and strong where not even private or “inside” information would give any investors an ex-ante advantage.

I. THE ASSAULT ON THE EMH FORTRESS

In order to test the EMH, an underlying model of how individual stocks are expected to perform must be used. The Capital Assets Pricing Model (CAPM) gave EMH advocates that opportunity, though the Hypothesis does not state that the CAPM is the required model to test it. In theory, any model that fits the existing data (and behaves solidly when tested out of sample) is sufficient, but the CAPM is generally used due to its shared or similar assumptions with the EMH, namely that all information is available simultaneously to all investors. Thus, the existence of a model that determined ex ante expected returns of investment strategies provided an opportunity for a new generation of economists to try to invalidate the EMH. The simplest approach was to find a mechanical investment strategy that would consistently obtain abnormal returns given the expectations of the CAPM.

The aftermath of financial crises, such as the October 19, 1987 decline of 23% in the Dow Jones Industrial Average, often led the popular press to proclaim the death of EMH. In its place a new cottage industry emerged to disprove its central tenets. Unfortunately,

as with earlier attempts to empirically prove the existence of informationally efficient markets, many of these studies were plagued by narrow analyses of episodes selectively chosen to invalidate EMH (such as the 1988 stock market decline). Echoing Ronald Coase's famous dictum on torturing data, Burton Malkiel (2003: 72) criticized the opponents of EMH, stating that "given enough time and massaging of data series, it is possible to tease almost any pattern out of most data sets". (As we will see, Malkiel fails to observe that the statement runs both ways.)

Extreme market volatility on its own is not sufficient to refute EMH. After all, "EMH does not imply that asset prices are always 'correct.' Prices are always wrong, but no one knows for sure if they are too high or too low" (Malkiel 2012: 75). The Hypothesis lays no claim to the correctness of prices, though it does imply that no arbitrage opportunity can exist in an efficient market, or if they do appear from time to time, they do not persist (Malkiel 2003:80). Still, if one were to view EMH as being a statement solely concerning informational inclusiveness but not about the "correctness" of the inclusion, it is tenuous whether the Hypothesis has any empirical relevance. As a purely logical statement it is easily refutable by relaxing the assumptions (and as we shall see, even without relaxing the assumptions the Hypothesis is problematic). As an empirical claim, without making a statement about the correctness of the information included in a price there is no way to test EMH (for example, by comparing market prices to those predicted by a pricing model such as the CAPM).

Some investment strategies earning abnormal returns proved durable, yet succumbed eventually to normalcy. Cochrane (1999), for example, assaulted EMH by way of the upward sloping yield curve. Bond returns were predictable to the extent that an upward sloping yield curve provided a profit-earning spread by borrowing short term and lending long. Alternatively, foreign exchange returns were predictable as money invested in countries with higher yields could earn abnormal returns under periods of exchange rate stabil-

ity; the now infamous carry trade found intellectual justification. They are also widely recognized as instigating the economic collapse and credit crunch of 2008.³

Other effects were persistent enough to puzzle the supporters of the EMH, such as the January effect (Rozeff and Kinny 1976, Reinganum 1993). More recently, Jegadeesh (2012) has found evidence of predictability in individual stock returns by way of a significant first-order serial correlation in monthly returns. The most famous anomaly is probably the size effect. Keim (1983) found that in a very-long run (his study went back to 1926) smaller companies' equity persistently generated larger returns than larger companies' did. (Fama and French (1993) found similar results in an analogous study.) The preferred solution, according to Fama and French, was that beta was perhaps not the best proxy for risk and that size could add some predictability to returns. (Malkiel (2003: 64) ventured that some sort of survival bias could be acting upon the data and that any abnormal returns from such strategies were only transient, but accepted Fama and French's central conclusions). Seeing the problem as a lack of independent variables in the CAPM, Fama and French (1993) suggested a three-factor asset pricing model (including price-to-book-value and size as measures for risk) as the appropriate benchmarks against which anomalies should be measured. As cracks in the CAPM edifice started to be revealed, this became the preferred solution – multi-factor models to improve predictive power.⁴

³ McKinnon (2013: chap. 5) views the crisis as predicated on destabilizing carry trade flows, with investors trying to take advantage of interest rate differentials. In the largest bust of the crisis, Iceland witnessed what appeared at the time to be healthy capital inflows throughout the 2000s which suddenly reverse in 2008 as the carry trade came to an end (Bagus and Howden 2011a).

⁴ These cracks continue to show, albeit under various guises. In testing the appropriateness of Fama and French's preferred beta-augmenting factors of a firm's market capitalization and book-to-market ratio, Griffin (2002) finds the coefficients to provide a better fit with country-specific data instead of cross-country analyses. In a more recent test of their original hypothesis, Fama and French (2012) found a similar

Paradoxically perhaps, this predictive power was not an affront to EMH. Rather it defined “predictability” within the context of the factors under study. Prices still followed a random walk to the extent that the influences on these factors could not be known in advance, and hence predicted.

This paradox of predicating a model that predicts return based on expected risk (as in CAPM) on the random returns that EMH provides for poses a problem. Since the only way to test the EMH is by using an asset-pricing model, there is no way the hypothesis could be rejected (Cuthbertson and Nitzsche 1996; Campbell *et al* 1997: 24). “The definitional statement that in an efficient market prices 'fully reflect' available information is so general that it has no empirical testable implications” (Fama 1970: 384).⁵ In its place, the problem could be and generally is attributed to the failure of the model testing it, and not due to the hypothesis under examination. Lacking a valid asset-pricing model to test the hypothesis, EMH is not a testable proposition and cannot even be considered as tentatively true. Indeed, as Campbell *et al.* (1997: 24) conclude:

First, any test of efficiency must assume an equilibrium model that defines normal security returns. If efficiency is rejected, this could be because the market is truly inefficient or because an incorrect equilibrium model has been assumed. This joint hypothesis problem means that market efficiency as such can never be rejected.

agreement whereby local factors were more predictive than global ones. To improve on the deficiency of not thoroughly identifying the appropriate factors, other models with additional factors have been created. Carhart (1997) provides one such example which includes a momentum factor. However, none of these models fully accounts for the risk-return tradeoff in stock prices, nor explains certain anomalies of continual abnormal returns.

⁵ While modern tests of EMH utilize some form of CAPM to gauge efficiency, Fama was not clear on what type of model would be necessary. As a result, later reports by Fama that an empirical test either confirmed EMH or was incorrect are unsubstantiated to the extent that outside of a model specified by EMH they are meaningless (Leroy 2004).

This line of criticism levied against EMH is reminiscent of Grossman (1976) and Grossman and Stiglitz' (1980) work on market efficiency. The reasoning in Campbell *et al.* (1997) boils down to the requirement of a functioning and accurate pricing model to test realized returns against. Grossman and Stiglitz (1980) reckon that any level of informational efficiency must be gauged relative to the ability of the market to absorb new information. This ability to absorb information decreases as the level of information incorporated increases because of the climbing marginal cost of information gathering. Under this reasoning:

In the limit, when there is no noise, prices convey all information, and there is no incentive to purchase information. Hence, the only equilibrium is one with no information. But, if everyone is uninformed, it clearly pays some individual to become informed. Thus there does not exist a competitive equilibrium. (Grossman and Stiglitz 1980: 395)

One conclusion is that as long as there is a profit to offset the cost of gathering information the market could reach an equilibrium. Grossman and Stiglitz correctly observe that in order for information to reach the market someone must gather it, and identify that function as being performed by an entrepreneur (to collect a rent), which leads them to conclude that any equilibrium must be one which contains an "equilibrium degree of disequilibrium" (Grossman and Stiglitz 1980: 393). One implication is that market efficiency will be determined by the costs of gathering and processing relevant information (Lo and MacKinlay 1999: 5-6)

Yet this approach too runs into difficulties as an affront to EMH. There cannot be a premeditated search for information cognizant of its costs and benefits, because the entrepreneur in question cannot know in advance what the benefits are (Huerta de Soto 2004; 2008). As a critique of EMH it commits the error of *petitio principii*. By assuming that one can assign a cost to information sought, one also rules out EMH at initiation. Since EMH states that prices move randomly lacking information yet to occur that will affect them, it is

also impossible that one could estimate a cost for this as yet unknown information. As such, any approach to disprove EMH must take a different line of attack that does not itself rely on the knowledge of future information relevant to price formation.

II. LOGICAL CONTRADICTIONS

For EMH to prevail, one of two assumptions concerning price formation must hold true:

1. All relevant information must be interpreted by *all* market participants in the same way, or
2. A sufficient critical mass of market participants must interpret relevant information in the same way.

The first criterion seems too strict to describe most market functions. Price formation occurs under conditions where both sides of the trade – buyers and sellers – disagree about the price, either because they disagree about the relevance or because they disagree about the interpretation of the information at hand. In this way, EMH would be an impossible standard because of a constraint placed on it by the market. Collier (2011) shows that EMH holds markets to an impossible standard under this reasoning, and that since price formation occurs through opposed interpretations of information, that at one-half of the market must disagree with the importance of information at any given price. For price formation to occur, it must be that either: 1) sellers think that information is not important for the price, or that it has been incorrectly interpreted to overvalue the good at hand, or 2) buyers think that information is important, or that it has yet to be fully incorporated into the good's price. Notice that in due to differing interpretations of information, EMH cannot hold as prices are deemed incorrect or inefficient by half of participants. In the case dealing with the relevance of information, EMH would not hold because the market has yet to fully incorporate the information into prices.

The second criterion falls prey to a similar criticism. Markets are informationally efficient if only a critical mass of participants factored the relevant information into prices previously. It must follow from this that either, 1) the other market participants excluded from this critical mass lack the necessary information, or 2) this other group of participants disagrees with the relevance or interpretation of information. The first case will almost certainly hold true, and in and of itself is not a serious affront to EMH as it cannot seriously impair price formation. The latter is a more serious objection, and is closely aligned with the reasoning we just gave to object to the first criterion.

The claim that a market is “efficient” if it fully incorporates all relevant information relies not only on the ability of the market to incorporate information but also on the interpretation of such information. If one group agrees with the relevance and impact of new information, and they trade on such information accordingly, then it follows that the market may be informationally efficient from their point of view. This efficiency is unique to them, however, as it is itself defined as agreement concerning the impact of information which, by inclusion in the group, members must agree with. The group which has refrained from trading on such information (or, has formed the opposite side of the trade from the group acting on new information) must disagree with either its relevance or impact (or both). The market will appear inefficient to this latter group in the sense that information was incorporated that has pushed prices away from the values they deemed appropriate (efficient) given the information at hand. Efficient prices for one group *requires* inefficient prices in the eyes of the other.

There could be recourse to a situation where everyone agrees with the impact of new information and acts accordingly. Positive news in the market concerning a good would cause *all* participants to purchase the under-valued good and push its price higher to its efficiently valued price. Yet since all units of a good must be owned by someone at any given time, it is not possible that everyone be-

comes a net purchaser simultaneously. If everyone's price assessment increases simultaneously, the price could only increase if some people sold upon higher offers. Yet the price could never get to its "informationally efficient" value if EMH held, as no one would sell.

This general flaw in the reasoning behind EMH can be summarized as a deficiency in the choice of relevant assumptions, leaving the subsequent theory with a logically coherent structure within only the narrow confines of its assumptions. Unfortunately, "the features typically omitted [by a model] are the very features that are crucial to understand how the market functions" (Long 2006: 3-4). Long treats this as a general problem plaguing economic modeling, and EMH is a case in point. By treating market participants as a homogenous group – in terms of their valuations and expectations – it achieves a definition of efficiency unable to obtain in reality. At the same time it adds nearly nothing to our understanding of that same reality

Other important assumptions behind the hypothesis fair no better. If the assumptions that price changes are independent and there is a distribution function for those prices were not relevant they should have not been specified to start with.⁶

Price changes create information, in the sense that, as relative valuations between goods change, market participants must alter their consumption and production activities to maintain utility. Any price change, as a result, cannot be independent of another as a feedback effect will alter the existing price constellation. As any price change creates information in and of itself, subsequent price changes (in its own price or that of other goods) cannot be independent.⁷ As any future price change will rely on a potentially un-

⁶ Theory should be weary of undue assumptions that needlessly pigeonhole the item under examination (Khun 1962). Alternatively, the assumptions should not be in contradiction to reality as any success of the resultant theory could only be accidental.

⁷ Bagus and Howden (2012: 274fn7) outline the lack of attention to relative price adjustments as endemic in much economic modeling due to the emphasis placed on two-good models. Since there is only one relative output price to equilibrate, relative

certain (and unknowable) event, even if these price changes are random they will not be probabilistically so. And if no probability distribution can be identified to govern these price changes, then probability theory is useless in estimating future prices. As a result, future price changes could be moving randomly (something EMH adherents would find comfort in), though they would not necessarily be moving independently of other prices and would not be according to any price distribution. This latter statement is a direct contradiction to EMH and related work, and also negates the use of probability theory in analyzing and providing estimates of future price movements.

One deficiency in the EMH framework is the confusion between prices as embodied information, and prices as being information. For active market participants – whether buyers or sellers – prices are summary statistics of their assessment of information on the market. Most commonly, as summary statistics these prices represent information concerning not only supply and demand conditions but also the market participant's expectations concerning the future (Hayek 1945). Yet for those not intimately involved with the pricing process, that is to say anyone who is not actively buying or selling the good in question, the price becomes a piece of information in and of itself. While it is simple to think of these two groups as being concerned with the same thing, there is a distinction.

For participants actively engaged in the pricing process, the price that results from their actions is important to them only in the sense that it informs them of how close they are to their ultimate goal. Since the price itself is a summary of past actions by buyers and sellers, it can convey no information concerning the future state of affairs. It is this expected future state of affairs that active participants are buying or selling to meet, in a bid to move prices to their

price effects are eliminated. As a consequence the complexity and interrelationships between multiple goods through their prices is often overlooked.

own subjective assessment of what the future holds. In this sense, buyers and sellers are more concerned with meeting unmet supplies or demands by monitoring for deficiencies or surpluses in the quantities of goods traded on the market, and not directly with the prices that these goods are trading at (Hülsmann 1997; Bagus and Howden 2011b: section 5).

For those participants not directly involved in the pricing process, the price becomes a summary of the past information concerning the good. The price is a form of information for this group, and represents the subjective assessments of those active market participants made objective through the embodiment of the price. These participants not involved in price setting may have no knowledge of any of the underlying information concerning the good or its value, though they will have an objective summary of these reckonings via a simple price.

Note that from a market efficiency standpoint only one of these groups will consider prices to be accurate and complete summaries of the available information. The group of active participants – those transacting on information revealed through the market – are doing so precisely because the market *is not* efficient. At least, it is not efficient according to *their own* valuation assessment. Through their actions, they move prices to more closely align with the values they deem to be more in accordance with their interpretation of the information. As long as active buyers and sellers are altering the price of a good, that price will forever be informationally *inefficient*. Inefficiency in this case would be by lack of consensus concerning the true relevance for revealed information on price formation. With this line of reasoning, we can find much agreement with Mises' (1949: 338) emphasis on “false prices” as existing in the eyes of individuals who are undertaking any purchase or sale decision at any moment in time.

Passive observers of price formation will, however, be in general agreement that the market is in a state of informational efficiency. If they didn't believe that prices already fully and accurately

summarized revealed information they would actively trade on such knowledge to better align prices with their valuations.

Perhaps this bifurcation boils down to the distinction between objectively given information and subjectively derived knowledge. In this sense, information is that body of facts in existence at any given time, e.g., the color we refer to as black is defined as the absence of color, Mariano Rajoy is the president of Spain in 2013, or water freezes at zero degrees centigrade. While these informational facts are mostly trivial, their relevance and potential impact on prices will change depending on the individual and the complex of additional information at his disposal. This additional information specific to the individual makes the sum of information known to him highly subjective, and we may distinguish it from its objective source by referring to it as knowledge (Thomsen 1992). To the active market participant, information revealed through the market is subjectively valued and traded on if relevant. The market could not, by this standard, be in a state of informational efficiency because each body of information known by an individual will be distinct and valued distinctly. All prices being acted on by this group will be considered inefficient from an informational standpoint. EMH, to the extent that it describes any set of individuals, can only describe those individuals who act as passive receivers of information through prices, and who must deem them to be already in a state of informational efficiency as evidenced by their inaction in light of the new information. But it cannot then explain how markets (that is, investors) act to reach such a state.

Some advocates of EMH may object to this characterization of markets as inefficient for those who are actively engaged in the price formation process, and could respond by saying that investors believe that the market is inefficient while it is not. The objection is a serious threat to the assumptions of the model so Malkiel, for example, allows for some degree of short-run inefficiency that must eventually give way, stating that “the stock-market, in the short run may

be a voting mechanism, in the long run is a weighing mechanism, true value will win out in the end” (2003: 61).

Yet what would make one think that the long run should behave any differently than the here and now? Unless there is a definite “Judgment Day” in the market, there will forever be a state of overlapping short runs getting to that fabled end. Indeed, thinking that prices will converge in the long run to their informationally efficient state begs the question. Any long run is defined as that state where variables have fully adjusted to revealed information. Since EMH is defined as any market where prices fully reflect all information, this must by definition coincide with any market in its long-run equilibrium. To state that “true value”, or correctly and fully incorporated information will bring long-run prices to their informationally efficient level is to assume what has to be proven. The question is really one of why any short-run price would be informationally efficient, which could only be the case if no one was incentivized to act upon it.

Under this rationale, EMH becomes a long-run hypothesis. It can define that state of affairs that would conceivably prevail if new information ceased and an equilibrium emerged. Yet as a theory aimed at describing the pricing process, this only opens the Hypothesis to deeper questions.⁸

While describing an equilibrium state with full information incorporation already achieved, EMH leaves no explicit room for an entrepreneur (or even a Walrasian auctioneer, for that matter).

If an individual can be shown to have correctly forecast prices, the EMH explicitly states this event will not disprove the hypothesis but is something that, given the assumptions, has to be accepted. When coupled with the CAPM, a series of prices obtain which should exist given the constraints considered (e.g., liquidity availa-

⁸ As an equilibrium state the EMH is less than satisfactory (Howden 2009). While assuming away those data that it is seeking to explain, the EMH leaves one with little understanding of what factors influence price formation which is, after all, the heart of the phenomenon under examination.

ble, risk-free interest rates, and a given risk-correlation between assets). These two theories taken together are reckoned to yield “correct” risk-adjusted prices and should be a better estimator of value than individuals.

Yet there is anecdotal evidence to suggest that some degree of price estimation is possible. Investors who have obtained above average risk-adjusted rates of return for extended periods of time (e.g., George Soros or Warren Buffett) can only be accounted by EMH by one of three explanations: 1) either their abnormal returns must be “normal” returns that other investors should be tending towards, 2) the asset-pricing model used to generate the expected returns must be deficient, or 3) the magnitude of investors is so large that, applying the law of large numbers, it is possible for one individual to have a track record that consistently beats the market while investors on average will not.⁹

In none of these explanations is there room to incorporate an individual (we may call him the entrepreneur) exercising good judgment or foresight (Pasour 1989; Shostak 1997). Indeed, good entrepreneurs can be found in either arbitraging away market mispricings (Kirzner 1973) or discovering new elements relevant for the market's future advance (Mises 1949). Both of these entrepreneurial roles are excluded in the EMH framework. The Kirznerian entrepreneur explicitly cannot exist in the EMH world as no mispricings can exist by definition. The Misesian entrepreneur could be thought of as the one who unearths new relevant information and incorporates it into the price constellation, though this belief can only be partially admitted by the EMH in its weak form. Since EMH states that no future information can be rationally unearthed in advance – it must be unknown as, if it was, its importance would already be priced in – any semblance of rationality on behalf of the entrepreneur must be eschewed. In its place, any new information

⁹ Bear in mind that over time the average performance of all participants is the average (ex-post expected) return of the market, so this argument cannot be falsified.

must be accidentally uncovered and acted on, with little cognizance as to where it came from or what its importance is in regards to the good in question.

This final statement may be an assumption useful in developing the Hypothesis, but it takes the Hypothesis one step further from that which it seeks to explain. Market participants are actively searching for, uncovering and incorporating new information into the array of existing prices. That they are not randomly searching for information, nor is random information the only influence on existing prices, suggests that markets are neither informationally efficient nor following a random walk in price formation.¹⁰ Alternatively, the existence of two sides to any transaction – a buyer and a seller – suggests that informational efficiency cannot obtain in the sense that there is continual disagreement as to the correctness of current prices, as well as the relevance of new information.

III. A NEW PATH FOR EFFICIENCY

The market is not efficient because it contains all relevant information in a more or fully-complete manner, but because it allows individuals to act in a socially coordinated way. It is not that market prices gather all existing information, it is that individuals acting in those markets strive to do so and pay the cost if they are wrong.

If EMH is to be called into question today, the starting point should not be that markets or investors are irrational (as in Farmer

¹⁰ Paradoxically, this result most closely obtains through the artificial fostering of insider trading laws on the market. By barring those intimately aware of the creation and importance of information (insiders) from trading on such information, it is up to outsiders to incorporate its importance into the price. Since outsiders have less knowledge concerning the relevance of information than insiders, prices will tend to be less informationally efficient as a result (Howden forthcoming). Efficient in this sense would imply that information is not only fully incorporated into the price array but also rationally so, so as to foster correct prices given the facts at hand.

et al. 2012).¹¹ Likewise, holding actual market returns to a standard set by a pricing model assuming a hyper-rationality applying to all individuals (as in CAPM) also seems misplaced. A more fruitful approach is to accept that investors are rational within the confines of their knowledge, and that this has not changed over time (Statman 2005).

When market returns shift dramatically and seem to affront the EMH fortress, it is neither the standard of efficiency nor the reputation of a market which is at stake, but rather the claim that markets are informationally efficient. Likewise, criticizing the EMH on the basis of asset price volatility is conceptually wrong, as efficiency says little about volatility and is instead concerned with the concepts of rationality and information (Szafarz 2009). Instead, the hypothesis part of the EMH is better described as a conjecture.

IV. CONCLUSION

Although it makes a seemingly innocuous claim only about the informational efficiency of prices, the efficient market hypothesis is plagued with difficulties. Some of these problems lie in the logic behind its construction. Others are a result of the standard by which the efficacy of its claim can be measured. In this paper we have shed light on both of these aspects.

Any market with active price formation occurring will shield itself by any definition of efficiency by way of the diametrically opposed viewpoints of the participants. Those who are actively trading on new information are doing so because they feel the current prices are inefficient – inefficient in the sense that they do not contain all relevant information, or have disseminated it in an incorrect man-

¹¹ A more extreme view can be found in blaming the EMH for causing the crisis (Fox 2009).

ner. Only those participants who are passive observers of the pricing process may be said to believe that prices are informationally efficient, as if they thought otherwise they would be actively trading to align them with their estimated values and thus realize a profit opportunity.

Attempts to test the validity of the EMH are mostly misplaced as they define an abnormal return in terms of some other price model, commonly the capital asset pricing model. This testing procedure is misplaced as it relies on a model that is itself predicated on EMH. It furthermore suffers the deficiency that the correct price is what is tested for, and not the fullness of informational dissemination throughout the price complex. Since EMH only makes a claim about informational efficiency, and this is unable to be tested for directly, the Hypothesis does not lend itself to empirical verification.

In light of the theoretical deficiencies we outline in this paper, EMH is better referred to as a conjecture. Indeed, in the early stages of its development it was identified as a theory in search of evidence. The fact that the theory is still so widely disputed nearly 50 years after its original exposition, and that ambiguous tests of its relevance plague the literature, bring doubt to those who see the EMH as intuitively flawed.

As a conjecture the EMH is misplaced. Logical inconsistencies internal to its formulation cast doubt that it could hold in isolated settings (such as a long-run equilibrium). The crisis has led to a rethinking as to how best to label EMH, with some claiming that it is really the *inefficient markets hypothesis*. Rather than recast the Hypothesis in terms of redefining how the market functions, it is better to refute it as the conjecture it is.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

BAGUS, P. and HOWDEN, D. (2011): *Deep Freeze: Iceland's Economic Collapse*, Auburn, AL, Ludwig von Mises Institute.

- (2011): «Monetary Equilibrium and Price Stickiness», *Review of Austrian Economics* 24(4): 383-402.
- (2012): «Monetary Equilibrium and Price Stickiness: A Rejoinder», *Review of Austrian Economics* 25(3), 271-77.
- CAMPBELL, J.Y., ANDREW, W.L. and MACKINLAY, C. (1997): *The Econometrics of Financial Markets*, Princeton: Princeton University Press.
- CARHART, M. M. (1997): «On Persistence in Mutual Fund Performance», *Journal of Finance* 52(1), 57-82.
- COCHRANE, J. H. (1999): «New Facts in Finance», *Economic Perspectives, Federal Reserve Bank of Chicago* 23(3), 36-58.
- COLLIER, C. W. (2011): «An Inefficient Truth», *Critical Review* 23(1-2), 29-71.
- COOTNER, P. H. (1962):«Stock Prices: Random vs. Systematic Changes», *Industrial Management* 3(1), 34-105.
- CUTHBERTSON, K. and NITZSCHE, D. ([1996] 2004): *Quantitative Financial Economics: Stocks, Bonds and Foreign Exchange*, 2nd edition. New York: Wiley.
- FAMA, E. F. (1965):«The Behavior of Stock-Market Prices», *Journal of Business* 38(1), 34-105.
- (1970): «Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work», *Journal of Finance* 25(2), 383-417.
- FAMA, E. F. and FRENCH, K. (1993):«Common Risk Factors in the Returns on Stocks and Bonds», *Journal of Financial Economics* 33(1), 3-56.
- (2012): «Size, value, and momentum in international stock returns», *Journal of Financial Economics* 105(3), 457-472.
- FARMER, R. E. A., NOURRY, C. and VENDITTI, A. (2012): «The Inefficient Market Hypothesis: Why Financial Markets Do Not Work Well in the Real World», *NBER working paper* no. 18647.
- FOX, J. (2009): *Myth of the Rational Market: A History of Risk, Reward, and Delusion on Wall Street*, New York, Harper Business.
- GRIFFIN, J. M. (2002): «Are the Fama and French Factors Global or Country Specific?», *The Review of Financial Studies* 15(3), 783-803.

- GROSSMAN, S. J. (1976): «On the Efficiency of Competitive Stock Markets Where Traders Have Diverse Information», *Journal of Finance*, 573-585
- GROSSMAN, S. J. and STIGLITZ, J. E. (1980): «On the Impossibility of Informationally Efficient Markets», *American Economic Review* 70(3), 393-408.
- HAUGHEN, R. A. and LAKONISHOK, J. (1987): *The Incredible January Effect: The Stock Market's Unsolved Mystery*, Irwin Professional Pub.
- HAYEK, F. A. (1945): «The Use of Knowledge in Society», *American Economic Review* 35(4), 519-530
- HOWDEN, D. (2009): «Fama's Efficient Market Hypothesis and Mises's Evenly Rotating Economy: Comparative Constructs», *The Quarterly Journal of Austrian Economics* 12(2), 3-12.
 – (forthcoming): «Knowledge Flows and Insider Trading», *Review of Austrian Economics*.
- HUERTA DE SOTO, J. (2004): «La Teoría de la Eficiencia Dinámica», *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política* 1(1), 11-71.
 – (2008): *The Theory of Dynamic Efficiency*, London: Routledge.
- HÜLSMANN, J. G. (1997): «Knowledge, Judgment and the Use of Property in Society», *Review of Austrian Economics* 10(1), 23-48.
- JEGADEESH, N. (2012): «Evidence of Predictable Behavior of Security Returns», *The Journal of Finance* 45, 1540-6261.
- KEIM, D. B. (1983): «Size-Related Anomalies and Stock Return Seasonality: Further Empirical Evidence», *Journal of Financial Economics* 12(1), 13-32.
- KUHN, T. S.(1962): *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press.
- KIRZNER, I. M. (1973): *Competition and Entrepreneurship*, Chicago, University of Chicago Press.
- LEROY, S. F. (2004): «Rational Exuberance», *Journal of Economic Literature* 42(3): 783-804.
- LO, A.W. and MACKINLAY, A.C. (1999): *A Non-Random Walk Down Wall Street*, Princeton, Princeton University Press.

- LONG, R.T. (2006): «Realism and Abstraction in economics: Aristotle and Mises versus Friedman», *The Quarterly Journal of Austrian Economics* 9(3), 3-23.
- MALKIEL, B.G. (1973): *A Random Walk Down Wall Street*, New York, W. W. Norton & Co
- (2003): «The Efficient Market Hypothesis and Its Critics». *Journal of Economic Perspectives* 17(1): 59-82.
- (2012): «The Efficient-Market Hypothesis and the Financial Crisis», in (eds.) Alan S. Blinder, Andrew W. Lo, and Robert M. Solow, *Rethinking the Financial Crisis*, pp. 75-98. New York, Russell Sage Foundation.
- MARKOWITZ, H. (1999): «The Early History of Portfolio Theory: 1600-1960», *Financial Analysts Journal* (July/August), 5-16.
- MCKINNON, R. I. (2013): *The Unloved Dollar Standard: From Bretton Woods to the Rise of China*, Oxford, Oxford University Press.
- MISES, L. von ([1949] 1998): *Human Action: A Treatise on Economics*, Auburn, AL, Ludwig von Mises Institute.
- PASOUR, Jr. E. C. (1989): «The Efficient-Markets Hypothesis and Entrepreneurship», *Review of Austrian Economics* 3, 95-107.
- REINGANUM, R.M. (1981): «Misspecification of the capital asset pricing: Empirical anomalies based on earnings yields and market values», *Journal of Financial Economics* 12, 89-104.
- ROSS, S.A. (1987): «The Interrelations of Finance and Economics: Theoretical Perspectives», *American Economic Review* 77(2), 29-34.
- ROZEFF, M.S. and Kinney, W.R. (1976): «Capital market seasonality: The case of stock returns», *Journal of Financial Economics* 3, 379-402.
- RUBENSTEIN, M. (2002): «Markowitz's "Portfolio Selection": A Fifty-Year Retrospective», *The Journal of Finance* 57(3), 1041-45.
- SHOSTAK, F. (1997): «In Defense of Fundamental Analysis: A Critique of the Efficient Market Hypothesis», *Review of Austrian Economics* 10(2), 27-45.
- STATMAN, M. (2005): «Normal Investors, Then and Now», *Financial Analysts Journal* 61(2), 31-37.

SZAFARZ, A. (2009): «How Did Financial-Crisis-Based Criticisms of Market Efficiency Get it so Wrong?», *CEB (Centre Emile Bernheim) working paper no. 09/048*.

TALEB, N. N. (2007): *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, New York, Random House.

THOMSEN, E.F. (1992): *Prices and Knowledge: A Market-Process Perspective*, London, Routledge.

YANG, J-S., KWAK, W., KAIZOJI, T. and KIM, I-M. (2008): «Increasing Market Efficiency in the Stock Markets», *The European Physical Journal B* 61(2), 241-46.

THE EVOLUTION OF SIZE AND COST OF CREDIT BEFORE THE FINANCIAL CRISIS

MARIANO ALIERTA

Abstract: Most of the studies of credit analyses the financial crisis. This paper tries to investigate the pre-crisis period, specially the measurement of the evolution and the cost of credit in the period previous to the financial crisis. Monetary economics usually makes the studies in relation to the inflation consequences. The evolution of the amount of credit, not so much studied, has however importance in economic theory, in development as pointed by Schumpeter and also in business cycles as have done specially the Austrian economists. By making numerical estimations, mainly through Graphics, there are analysis in the paper of the evolution of credit in Spain, in the European Monetary Union and the USA. And in the US an estimation of the cost of credit. These evolutions show an important growth of the amount of credit from 1980. And also from that year -paradoxically- a big cheapening of the cost of credit. The data of the evolution of the amount of credit show that the financial system was going to a situation leading easily to a financial crisis. The paper start with the USA because of its economic important and because the big availability of data also disposable for longer periods.

Key words: Credit Total, Credit US, Cost of Credit, Credit Euro area, Credit Spain.

I. THE USA

1. Growth of credit in the US

Credit has grown much from 1950, There is the Graph 1 made using data from the Federal Reserve: it shows an index of the evolution of Credit Market Debts In the US from 1947. It has been added the index of the evolution of US GDP from that year.

There is an important growth of Total Credit Markets Debt from 1947, much more important that the evolution of GDP. The Graph 1 can also show that from 1980 there is also an important growth of Domestic Nonfinancial Sectors Credit Debt and also of Household Sector Credit Debt.

Graph 1

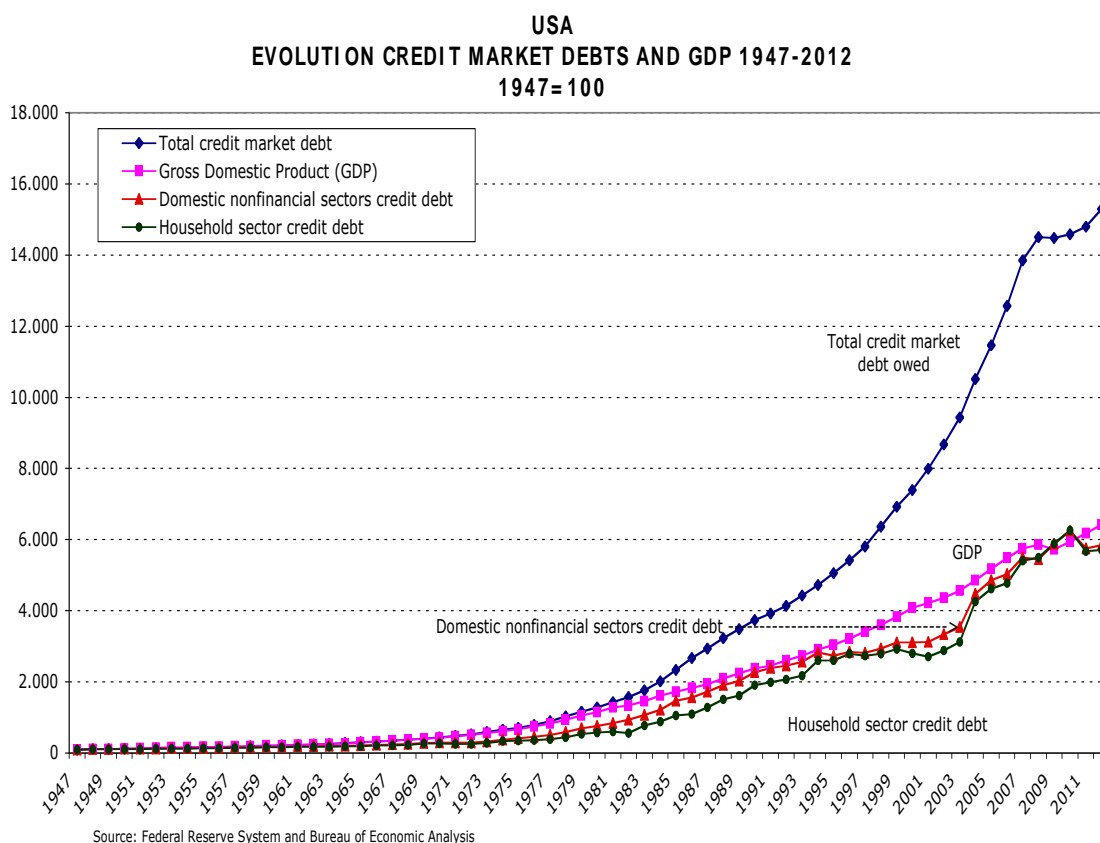


Table 1
USA

	Loans to area residents 1999=100	GDP 1999=100	Loans/GDP (%)
1999	100,00	100,00	100,00
2000	106,80	106,39	100,38
2001	115,38	109,97	104,92
2002	125,26	113,78	110,09
2003	136,26	119,12	114,39
2004	151,83	126,73	119,81
2005	165,48	134,95	122,62
2006	181,42	143,02	126,85
2007	200,06	149,98	133,39
2008	209,44	152,79	137,07
2009	209,12	149,40	139,97
2010	210,52	155,01	135,81
2011	213,75	161,18	132,62
2012	220,90	167,65	131,76

2. Cost of Credit in the US

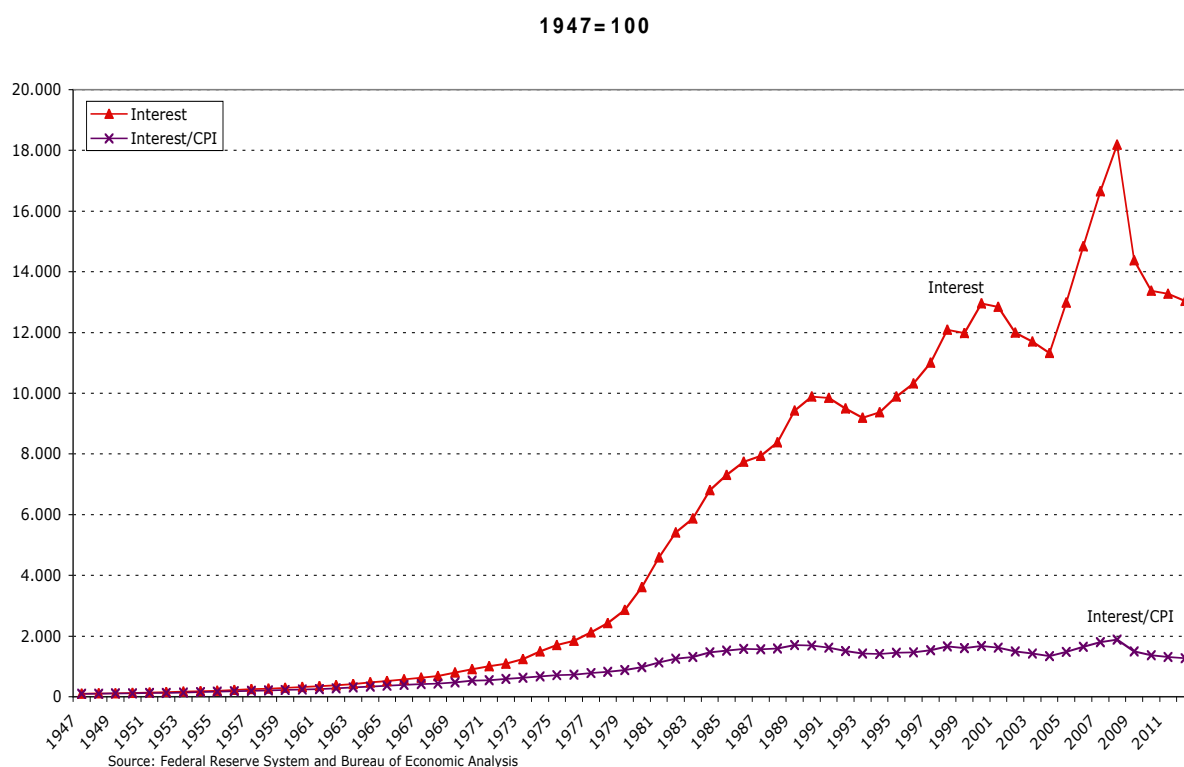
In this paper there are two estimations or approximations to the cost of credit. Possibly both of them are enough representatives.

2.1. Cost of Credit of Households in the US

The Bureau of Economic Analysis (BEA) publishes data about the Personal Income. In the data of Personal Income the BEA estimates the amount of Interest received by the persons in the US.

Graph 2 shows the evolution of nominal and real personal incomes from interest. Real rates of incomes of interest are nominal rates divided by the Consumers Price Index (CPI) published by the Bureau of Labor Statistics (BLS),

Graph 2
USA - Nominal and Real Personal Interest 1947-2012



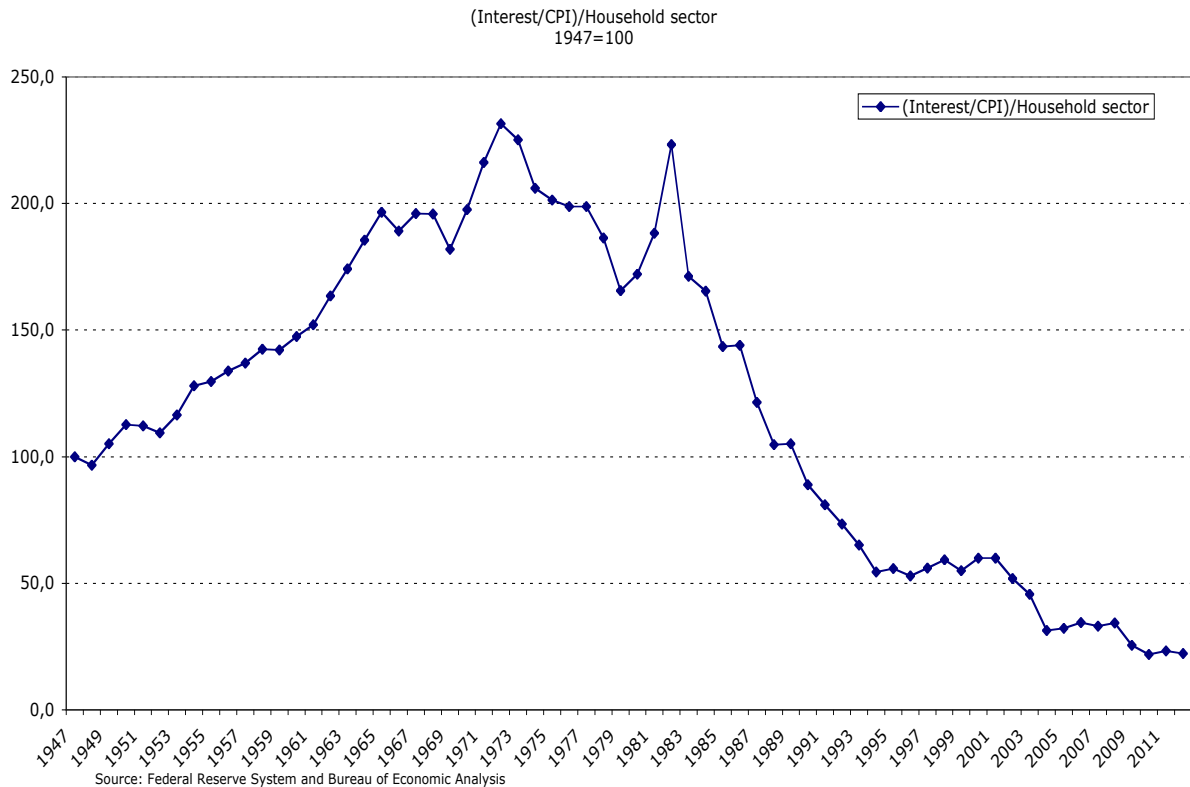
It is possible to make a relation of evolution of the interest received by the households in the US. it is possible to have an estimation real rates of incomes of interest, that is nominal rates divided by the Consumers Price Index (CPI) published by the Bureau of Labor Statistics (BLS), in real terms.

Graph 3 shows the evolution in real terms of the cost of interest to real Households. In real terms the cost of credit to Households has a curious evolution from 1950: the cost of credit goes up and

from 1980 it goes down, becoming lower in the last years than it was in the period following 1947.

Graph 3

USA- Real Rates of Personal Interest 1947-2012

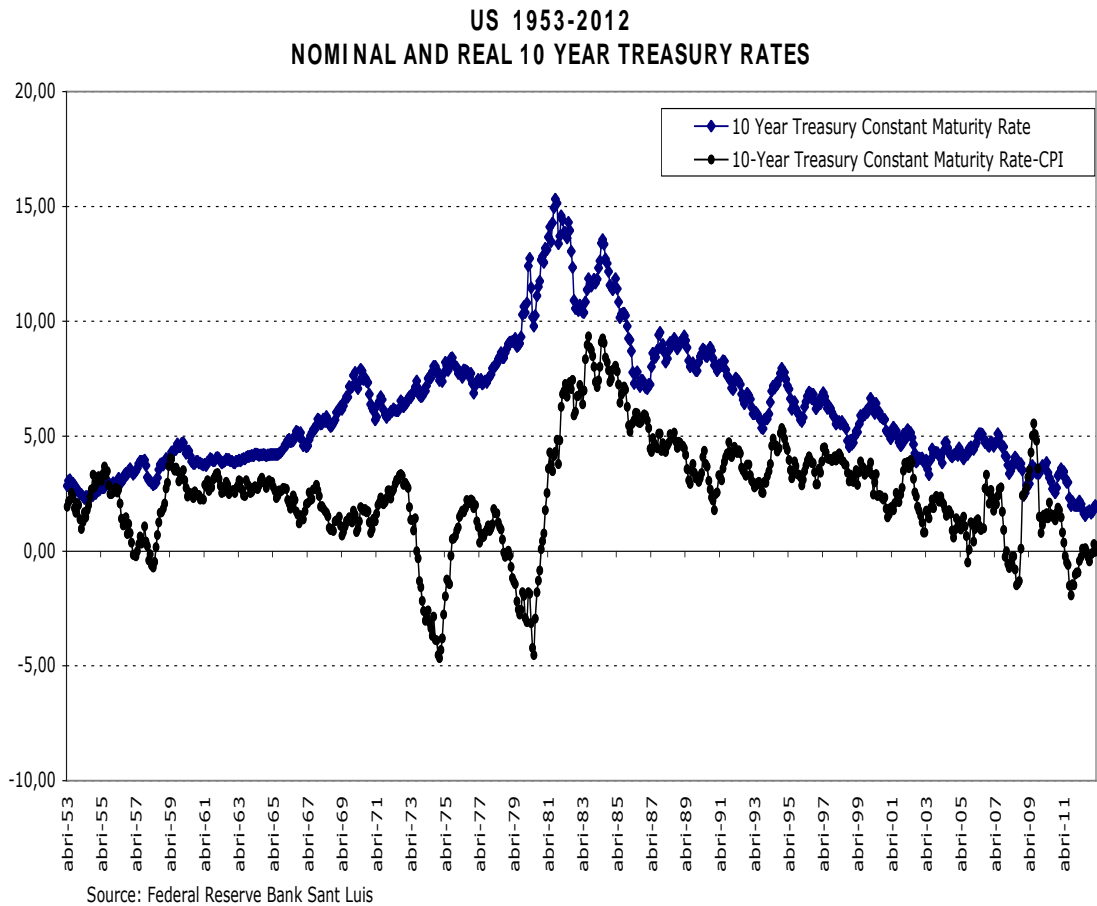


2.2 Cost of Credit of 10 Years Treasury in the US

The Federal Reserve Bank of Saint Louis publishes data about the rates of 10 Year Treasury Constant Maturity from 1953 to 2012.

The cost of 10 Years Treasury goes in the beginning up and from 1980 they go down. It is possible to have a real rate of interest dividing the nominal rate of interest by the CPI of each year. The real rates of 10 Year Treasury go from 2002 to very low levels

Graph 4



3. Comments on the US

These evolutions show from 1980 an important growth of credit and from that year –paradoxically– a big cheapening of the cost of credit.

II. THE EUROPEAN MONETARY UNION

From the The Index of Loans to the Euro Area Residents from 1999 to 2008 in the Table 1 and the Index of the GDP por the Euro Area and also for several euro countries.

Table 2

LOANS TO AREA RESIDENTS / GDP
1999=100

	2008		
	Loans to euro area residents 1999=100	GDP 1999=100	Loans/GDP (%)
EURO AREA	186,97	146,41	127,70
IRELAND	440,69	197,26	223,40
ITALY	247,52	138,90	178,20
SPAIN	332,69	187,57	177,37
FINLAND	251,46	151,79	165,66
GRECIA	277,72	176,75	157,13
PORTUGAL	213,59	144,94	147,37
BELGIUM	195,61	145,00	134,90
FRANCE	185,24	141,42	130,99
AUSTRIA	182,42	141,89	128,56
NETHERLANDS	193,06	153,93	125,42
GERMANY	122,82	123,68	99,31
EURO AREA- GERMANY	229,26	157,09	145,94

The loans grow more than the GDP for the Euro Area. It grows also for most of the countries. In the table they are ordered according to their rate of growth. Until 2008 the countries whose loans grow more related to their GDP are Ireland, Italy and Spain. The table shows that the relation between loans the Euro Area residents and GDP does not grow between 1999 and 2008 in Germany. The

table also shows the relation between both variables for the whole of the Euro countries except Germany

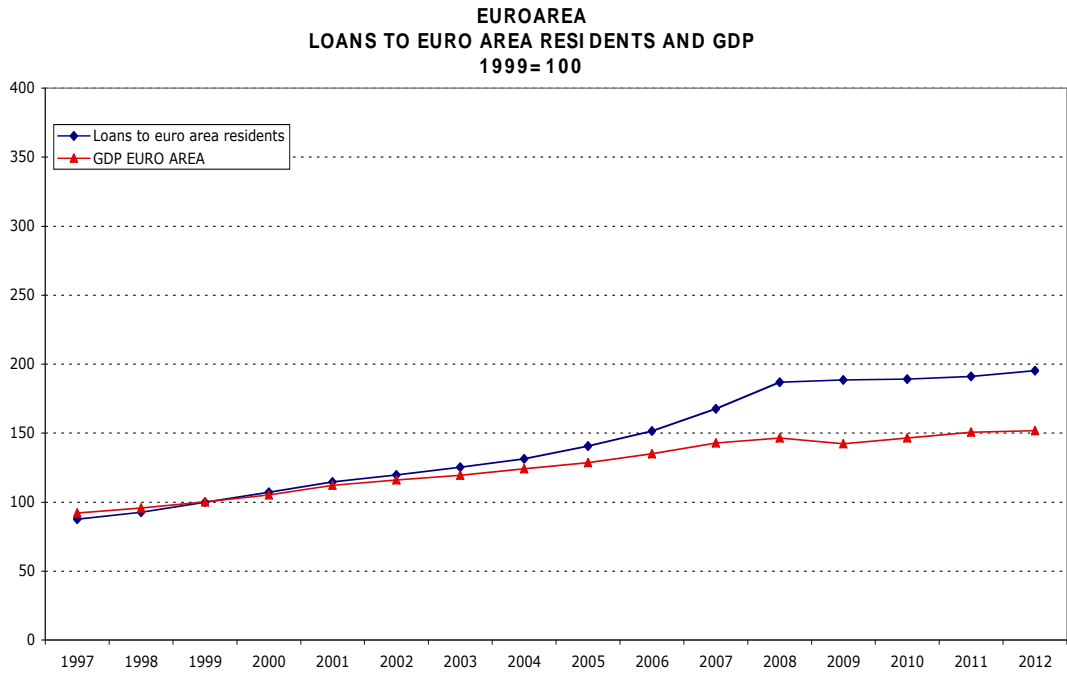
In Table 3 there are the same data for the period from 1999 to 2012.

Table 3

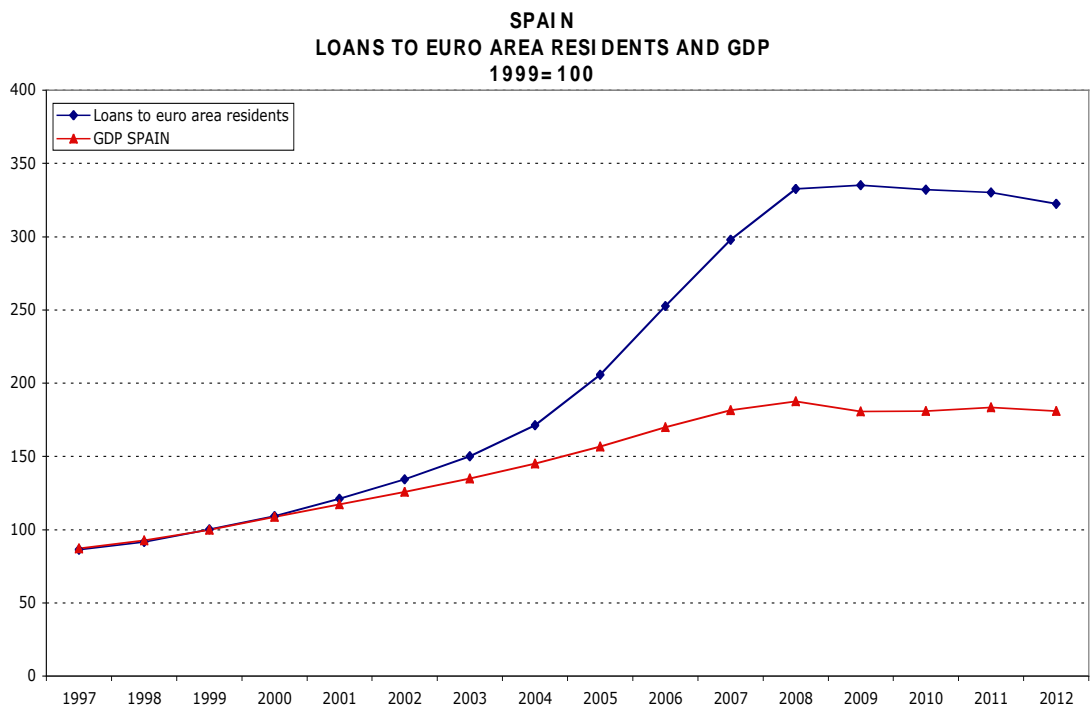
	2012		
	Loans to euro area residents 1999=100	GDP 1999=100	Loans/GDP (%)
EURO AREA	195,15	151,88	128,49
IRELAND	300,59	179,00	167,93
ITALY	252,73	138,07	183,04
SPAIN	322,41	181,09	178,04
FINLAND	418,22	159,24	262,64
GRECIA	304,30	147,81	205,87
PORTUGAL	206,99	140,29	147,55
BELGIUM	151,64	157,85	96,07
FRANCE	214,37	148,77	144,09
AUSTRIA	194,09	155,20	125,06
NETHERLANDS	214,88	157,73	136,23
GERMANY	129,11	132,24	97,64
EURO AREA- GERMANY	238,68	161,11	148,15

There are also Graphs 5,6 and 7 that show the evolution of Loans to Euro Area Residents and GDP for the euro Area, Spain and Germany.

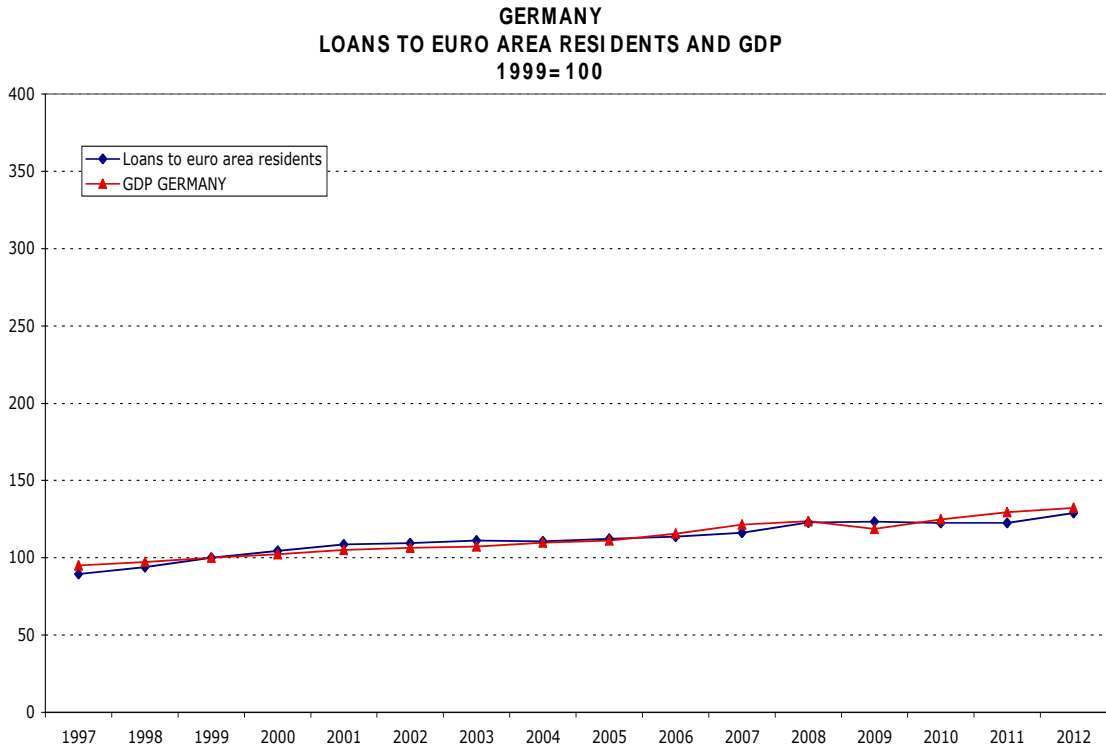
Graph 5



Graph 6



Graph 7



III. KINGDOM OF SPAIN

There is the evolution between 1970 and 2012 of the Credits of Bank and Cajas and also of the GDP of Spain.

There has been an important increase in the amount of Credits given by the Banks and Cajas.

Graph 8

**EVOLUCIÓN CRÉDITOS Y GDP (millones euros)
ESPAÑA 1970-2012**

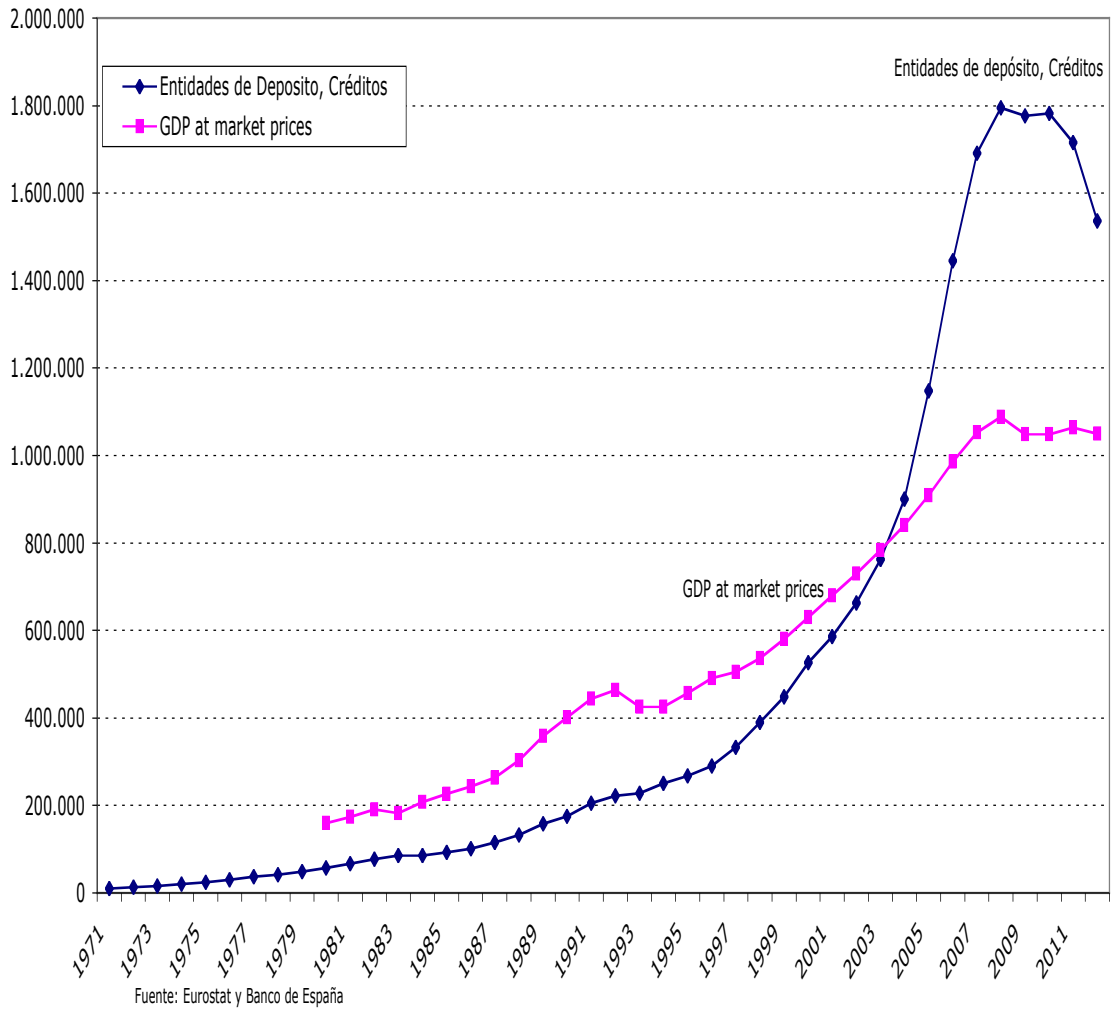


Table 4
SPAIN

	Loans to euro area residents 1999=100	GDP 1999=100	Loans/GDP (%)
1999	100,00	100,00	100,00
2000	109,27	116,26	100,60
2001	121,01	131,79	103,14
2002	134,33	148,95	106,83
2003	150,04	169,41	111,12
2004	171,31	196,63	118,09
2005	205,72	241,13	131,21
2006	252,68	305,73	148,69
2007	297,89	370,30	164,04
2008	332,69	410,57	177,37
2009	335,28	417,14	185,53
2010	332,24	413,63	183,70
2011	330,13	408,94	180,05
2012	322,38	390,92	178,02

IV. CONCLUSIONS

Credit is important “In addition, in part because those elements of total spending that are typically debt-finance bulk large in aggregate demand, in many economies fluctuations of overall economic activity are as closely related to the movement of total credit as to the movements of any other financial aggregates (like any measure of money, for example)” .as was stated by Benjamin Friedman (1987) in the entry on “Capital, Credit and Money Markets” in *The New Palgrave: A Dictionary of Economic* ,

Credit is important is important for the economy and has to be measured. The evolution of credit collected in the paper show from 1980 an important growth of credit and from that date - paradoxically- a big cheapening of the cost of credit.

It is important that credit is measured, in the same way as the economy is measured, Gross Domestic Product, National Income, etc. in the National Accounts. There is nothing to gain trying to ignore the evolution of credit. It is the necessary step in the control of the evolution of the economy. And it is also necessary that the process of credit creation gets out of order. The data of the evolutions of credit show in the paper that the financial system was going to a situation leading to a financial crisis as it happened in 2007-2008.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

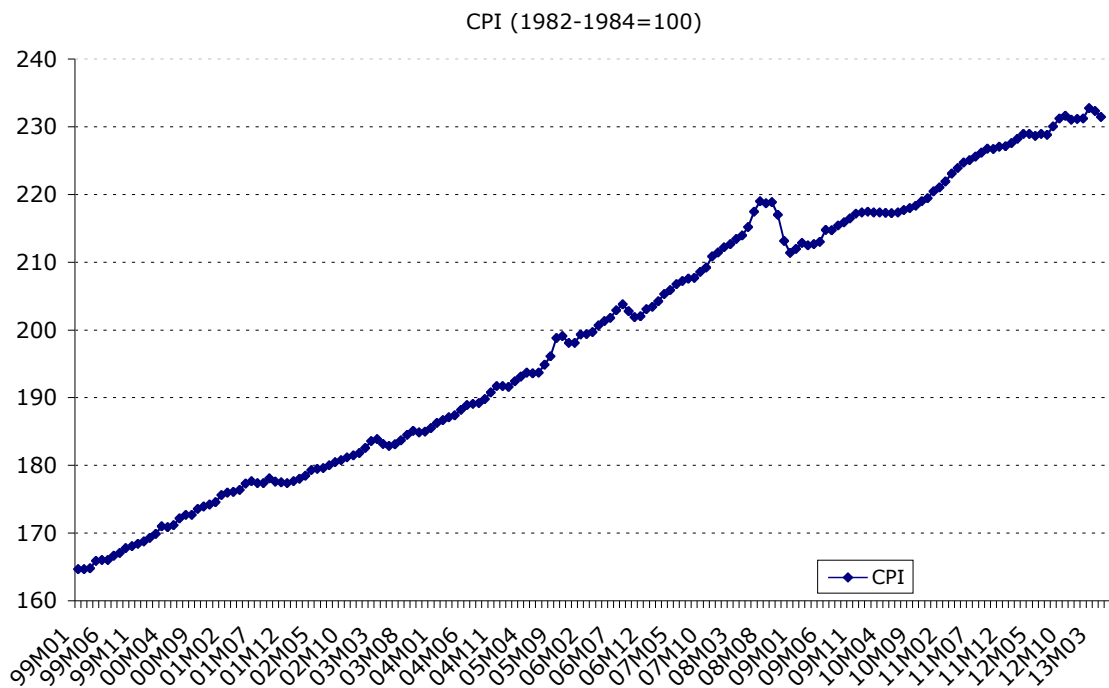
- BANCO DE ESPAÑA, Base de Datos Estadísticos.
 BUREAU OF ECONOMIC ANALYSIS, USA, “National Income and Product Accounts”.
 EUROSTAT, UE, Statistics Database.
 FEDERAL RESERVE BANK OF ST. LOUIS. USA, Database.
 FEDERAL RESERVE SYSTEM, USA, Flow of Funds.

FRIEDMAN, B.M. (1987): *Capital, Credit and Money Markets. The New Palgrave: A Dictionary of Economic*, The Macmillan Press Limited, London and Basingstoke.

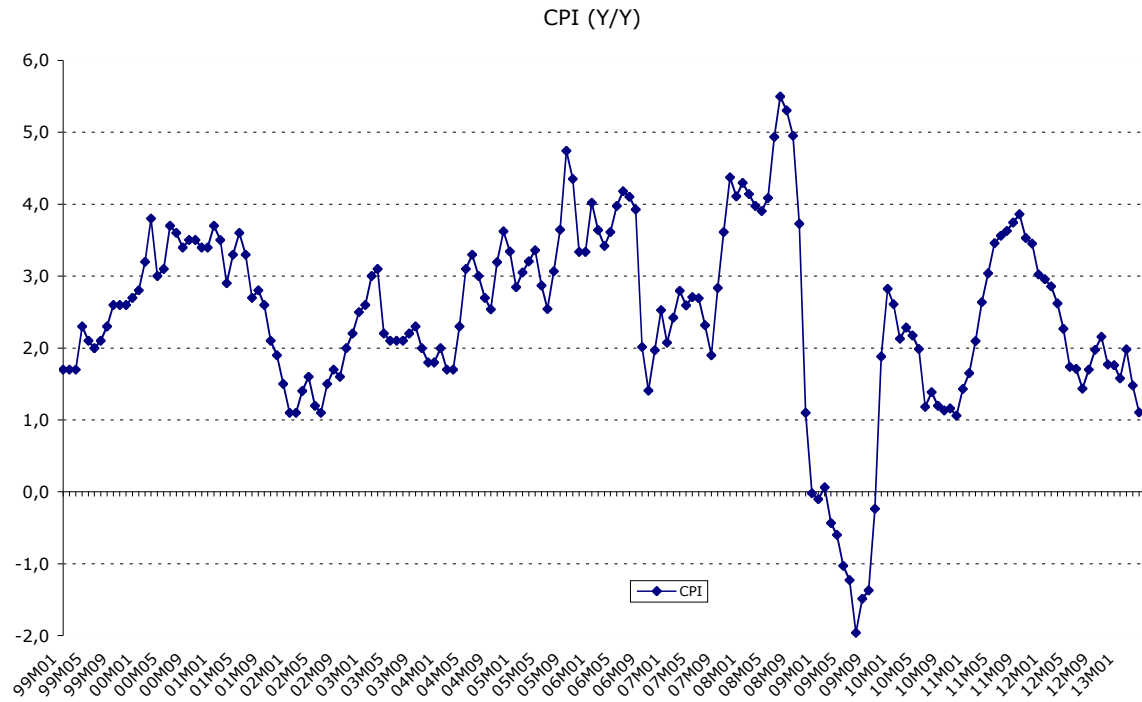
INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA DE ESPAÑA, Contabilidad Nacional de España.

APPENDIX

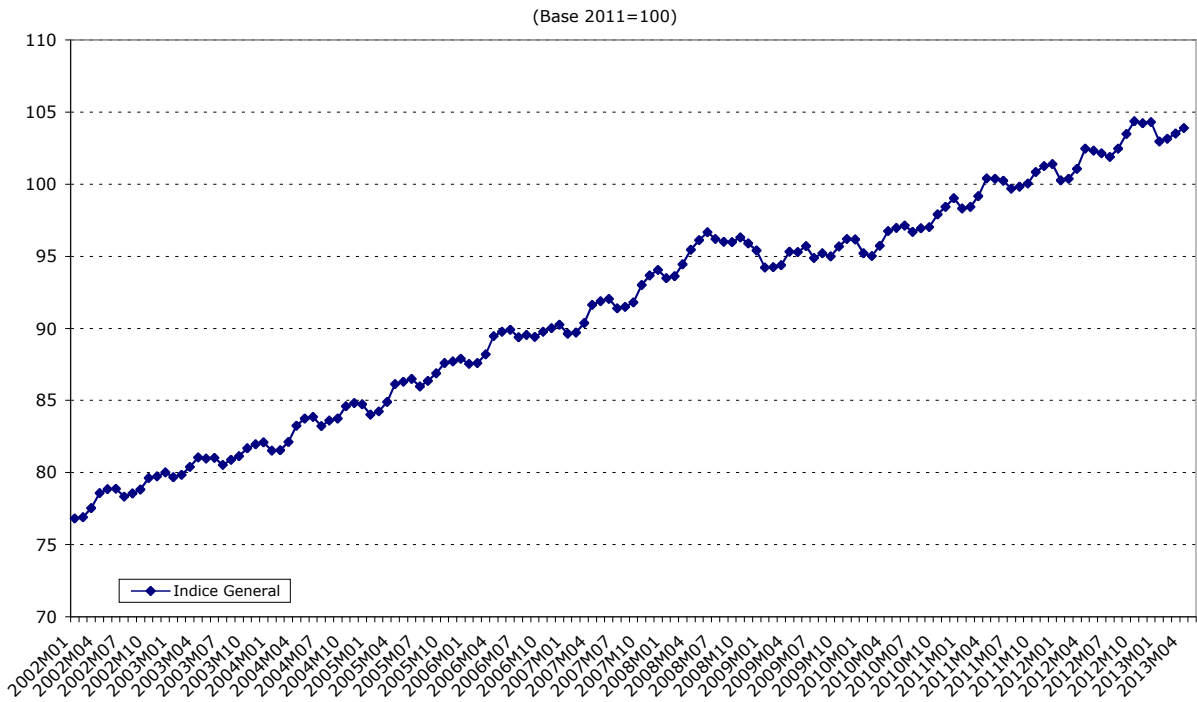
GRAPH 9: USA-CONSUMER PRICE INDEX



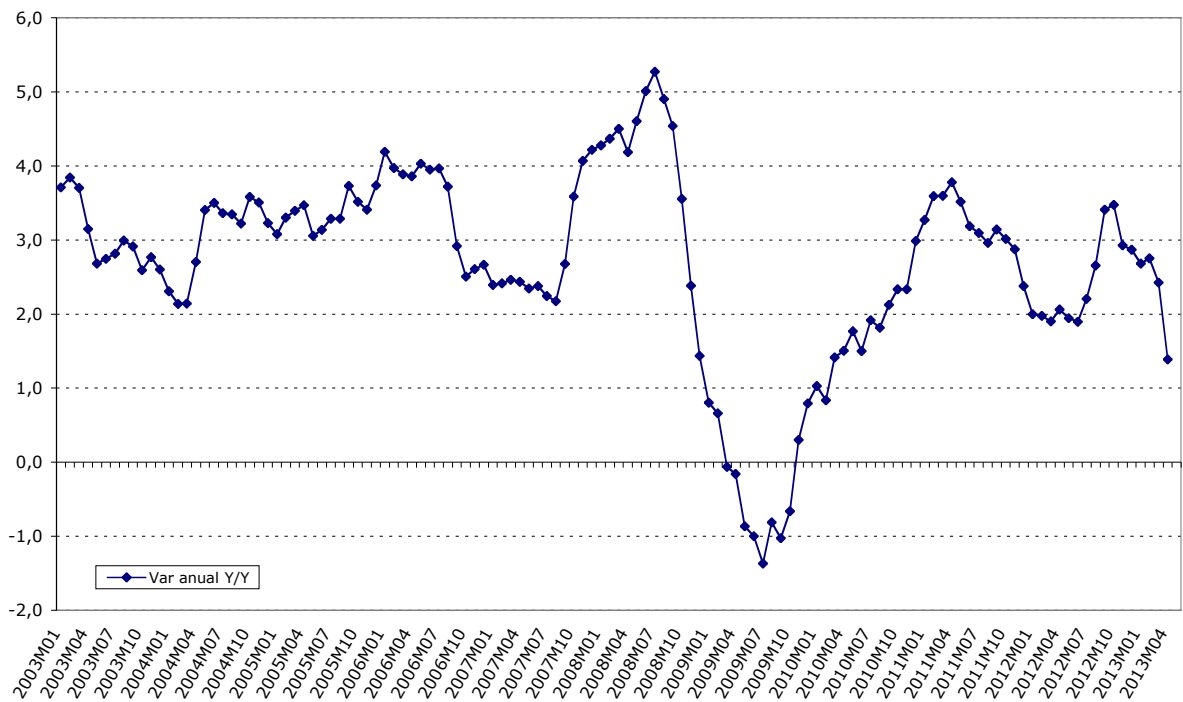
**GRAPH 10: USA - CONSUMER PRICE INDEX (CPI)
12-Month Percent Change**



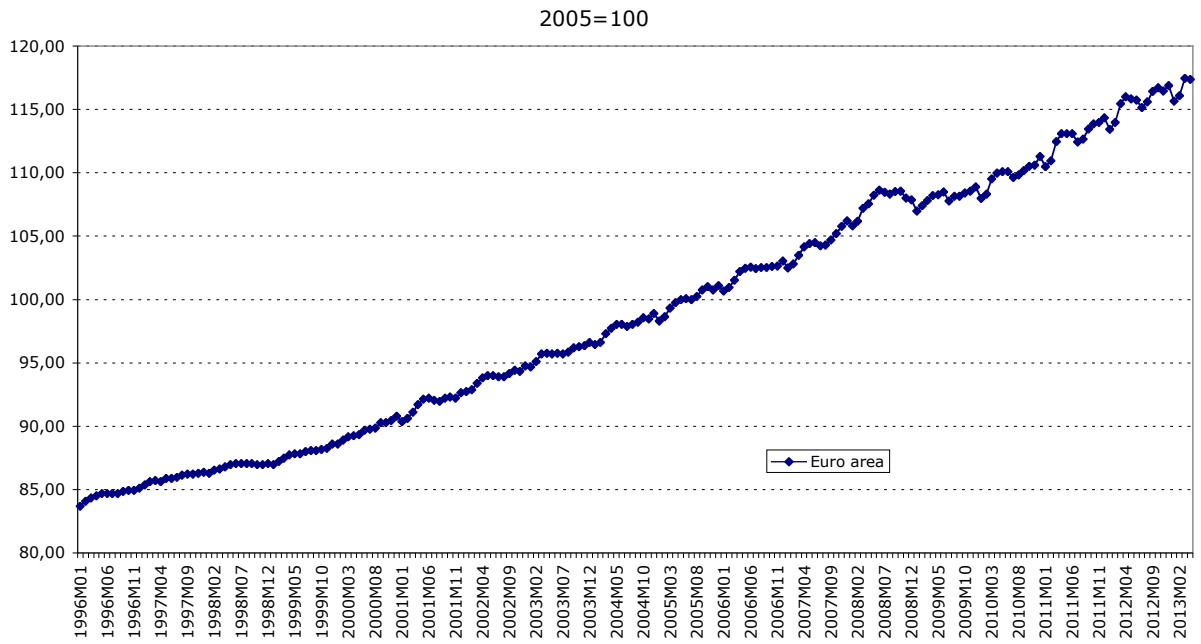
GRAPH 11: ESPAÑA - INDICE PRECIOS CONSUMO (IPC)



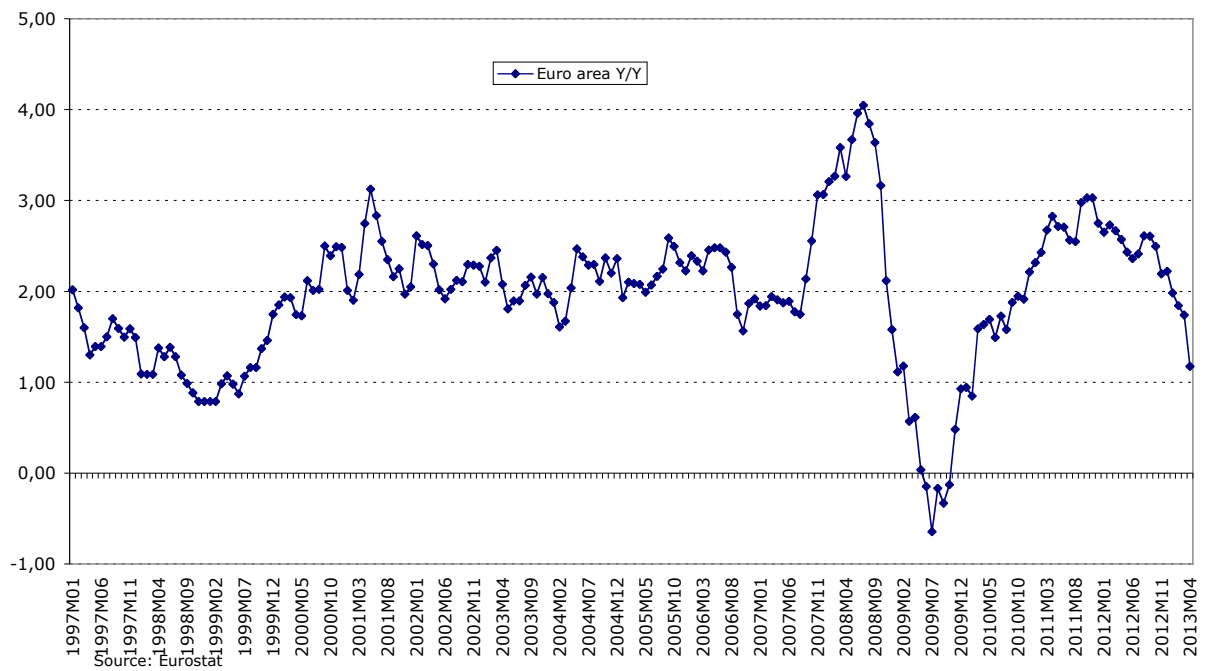
**GRAPH 12: ESPAÑA - INDICE PRECIOS CONSUMO (IPC)
VARIACIÓN ANUAL**



GRAPH 13: EUROAREA HICP



GRAPH 14: EUROAREA HICP 12-Month Percent Change



Source: Eurostat

RESERVA FRACCIONARIA VS 100%. ¿AMIGOS O ENEMIGOS?

ÓSCAR TIMÓN ¹

Resumen: En este artículo trataremos de mostrar, con un lenguaje sencillo, que las diferencias reales entre los llamados defensores del 100% y los defensores de la Reserva Fraccionaria son, en muchos casos, más pequeñas de lo que pensamos y suelen basarse en: a) desconocimiento de lo que realmente dice la otra teoría, b) confusión entre lo que es dinero y lo que es crédito o c) centrarse en aspectos distintos del tema. Por otra parte, veremos que, a la hora de hacer política económica, no debe haber diferencias entre estas posturas y que el derecho de propiedad y la libertad contractual debe primar por encima de consideraciones de ingeniería social basadas en una u otra teoría del ciclo.

Palabras clave: reserva fraccionaria; coeficiente de caja del 100%; dinero; crédito; banca libre.

Abstract: The purpose of this paper is to show, using a simple language, that the real differences between the supporters of 100-

¹ Ingeniero informático, Licenciado en Economía y Máster en Economía de la Escuela Austriaca. Actualmente doctorando de economía y Portavoz económico del Partido de la Libertad Individual (P-LIB). Mi agradecimiento a todas las personas que me han ayudado con sus comentarios a realizar este artículo, en especial a Beatriz Contreras, José Ignacio del Castillo, Luis Espinosa, Daniel Fernández, Jesús Huerta de Soto, Daniel Martínez, Juan Ramón Rallo y Leonardo Ravier. Por supuesto las opiniones expresadas en este artículo son exclusivamente las del autor.

percent reserve and the defenders of Fractional Reserve Banking are, most of the time, smaller than we think and they are based on: a) unawareness of what the theory really states, b) confusion between the concepts of money and credit or c) focus on different aspects of the issue. On the other hand, it will be shown that there should not be any differences between these two positions in order to implement economic policies and that property rights and the freedom of contracts ought to prevail over social engineering considerations based on either cycle theory.

Key words: fractional reserve; 100-percent reserve; money; credit; free banking.

I. INTRODUCCIÓN

Toda escuela de pensamiento, que siga viva, tiene discrepancias en su seno. La Escuela Austríaca de Economía no es una excepción a esta norma. Una de estas discrepancias, y de las que más debates acalorados genera, es la llamada controversia, en relación con los depósitos bancarios, entre la reserva fraccionaria y el 100% de coeficiente de caja. Las posiciones se están volviendo tan enconadas que dificultan el diálogo y tienden al extremismo. Pero debemos preguntarnos si las diferencias entre ambas posturas son tan amplias y si no es posible agrupar las conclusiones de ambas posiciones, de manera que formen una teoría única con diversos matices.

A lo largo de este artículo vamos a ver que las diferencias de fondo son escasas y parten: del desconocimiento de la otra teoría, de poner el énfasis en sitios distintos y, sobre todo, de una teoría del dinero y del crédito distinta. No sólo eso, las mínimas diferencias entre ambas posiciones no son suficientes para dar una respuesta diferente en política económica. Veremos que, en ambos casos, las políticas necesarias para implantar un sistema financiero que funcione de acuerdo a sus teorías son las mismas.

No entraremos en qué teoría explica mejor el ciclo económico o cuál hace una mejor presentación de un hipotético sistema bancario libre. De hecho ambas posturas son más complementarias que excluyentes a la hora de explicar estos asuntos. El objetivo final de este artículo es ver la similitud entre ambas posiciones, así como la similitud de sus propuestas para implantar un sistema bancario libre.

Partiremos de una clara diferenciación entre dinero y crédito, conceptos que suelen confundirse al ser ambos usados como moneda, es decir, como medio de cambio generalmente aceptado. Seguiremos con una breve exposición de ambas teorías, la de la Reserva Fraccionaria y la del 100%, que presente sus razonamientos y conclusiones más habituales. A continuación expondremos los casos más sencillos y comunes que se dan en la relación de las personas con los bancos, vistos desde el punto de vista de cada una de las teorías en discordia. Por último expondremos a qué políticas económicas llevan ambas propuestas.

II. LIQUIDEZ, DINERO, CRÉDITO Y MONEDA

Antes de entrar en materia vamos a establecer qué entendemos por dinero y qué entendemos por crédito. Entender esto es fundamental para comprender el resto del artículo ya que se va a seguir esta denominación para formular ambas teorías. Para explicar este punto vamos a seguir principalmente a Carlos Bondone que ofrece la exposición más clara sobre el tema.

1. Liquidez

Para empezar debemos explicar el concepto de liquidez, concepto que debemos a Carl Menger. La liquidez es una cualidad de los bienes que nos indica la velocidad con que varía su utilidad marginal. A menor variación mayor liquidez y viceversa. Un bien muy líquido sería entonces aquel cuya utilidad marginal decrezca muy lentamente para mucha gente, es decir, un bien que satisfaga muchas necesi-

dades de muchas personas. Esto hace que los bienes más líquidos sean ideales para conservar el valor; si además cumplen algunas características como, por ejemplo, ser divisibles, fácilmente transportables...etc., se pueden usar estos bienes más líquidos para superar las limitaciones del trueque, facilitando el cambio indirecto. Los bienes líquidos que se usen para los intercambios indirectos tenderán a hacerse más líquidos aún, al añadirse la demanda como medio de intercambio a la demanda preexistente.

2. Dinero

Llamaremos entonces dinero al bien o bienes presentes más líquidos de la sociedad que se usen como medio de cambio. Las características que se suelen asociar al dinero (medio de cambio común, depósito de valor y unidad de cuenta) tienen su base en la liquidez de ese bien. Podemos tener la tentación de destacar alguna de estas tres cualidades como la más importante pero al final las tres dependen de la liquidez, siendo esta la cualidad realmente importante ya que está presente en todas ellas.

3. Crédito

El siguiente concepto que debemos tener claro es el de crédito. Un crédito es un intercambio interpersonal de bienes presentes por bienes futuros. Un crédito se puede extinguir de varias formas: entregando el bien o bienes acordados²; novando el crédito, es decir, sustituyéndolo por otro; condonando de forma parcial o total el crédito y, por último, compensando un crédito con otro. De todos ellos la compensación es la forma más habitual de extinción de un crédito.

² Normalmente dinero.

4. Moneda

Finalmente explicaremos el concepto de moneda. La moneda es el bien que satisface la necesidad de liquidez, es decir, aquel bien que satisface nuestra necesidad de intercambiar. El concepto de moneda sería lo que muchas veces se ha llamado "medio de cambio generalmente aceptado". La moneda puede estar basada en dinero o en crédito, es decir, en un bien presente o en un bien futuro.

Ejemplos de moneda-dinero serían el oro, la plata, bitcoin³... etc. También lo sería un certificado de depósito de ese bien, así como un depósito bancario de guarda y custodia. Es decir, tanto una moneda de oro, como un billete que represente un certificado de depósito sobre esa moneda de oro, como un depósito a nuestro nombre donde se guarda esa moneda de oro; son dinero. No lo sería la llave o el certificado de una caja fuerte.

Ejemplos de moneda-crédito serían nuestros actuales dólares, euros...etc., las cuentas corrientes o los antiguos billetes de banco. Es decir, tanto los billetes de euros que serían un crédito impagado por el banco central⁴, como los actuales depósitos bancarios que no son más que crédito que otorgamos al banco⁵, como los antiguos billetes de banco que no eran sino promesas del banco; son moneda-crédito.

Del concepto de moneda podemos deducir que el volumen de la misma en una economía dependerá de la cantidad de dinero y crédito que se use como moneda. Es decir, habrá un límite a la can-

³ Por lo menos para las personas que lo consideran un medio de cambio. Es dinero porque es un bien presente. Como su valor se basa exclusivamente en la confianza entraría en la categoría de dinero fiduciario.

⁴ Aunque se puede estar tentado a equiparar esta moneda-crédito con el dinero, un vistazo al balance de un banco central donde aparece como pasivo del banco nos saca de dudas. Antiguamente estos billetes llevaban la promesa de ser pagaderos en oro, eran deuda de corto plazo que podía ser reclamada en cualquier momento por el tenedor del billete. Sin embargo, los gobiernos fueron restringiendo esta posibilidad en un proceso que comienza en la 1ª Guerra Mundial y que termina en 1971 cuando Nixon suspende la convertibilidad y se convierten en un crédito impagado.

⁵ Confundiendo a la ciudadanía que en muchos casos no sabe que está prestando al banco ya que lo llaman depósito cuando es un préstamo.

tividad de moneda que se pueda generar, tanto de parte de la producción del bien que se use como dinero, como de la generación de deudas que se usen como medio de cambio. Finalmente también podemos deducir que no será lo mismo una moneda que otra, no es lo mismo una moneda basada en dinero que una basada en crédito, y no será lo mismo una moneda basada en un crédito relativamente seguro que en uno inseguro, o en un crédito a largo plazo y en un crédito a corto plazo. La calidad de la moneda será, por tanto, una cualidad muy importante de la misma. Tampoco podemos saber si la moneda-dinero será más líquida que la moneda-crédito, de hecho es perfectamente posible que suceda todo lo contrario y que la moneda-crédito cotice con prima con respecto a la moneda-dinero porque satisfaga mejor la necesidad de intercambiar.

5. Confusión entre billete y depósito

Por último vamos a resaltar, aprovechando lo explicado hasta ahora, las similitudes y diferencias entre billetes y depósitos que sólo serán lo mismo⁶ si se refieren a la misma moneda.

En el caso de la moneda-dinero tendremos que un billete que certifique la propiedad sobre una onza de oro, un certificado de depósito, es lo mismo que un depósito donde se guarde y custodie esa onza de oro. En el caso de existir varios tipos de dinero, como oro y plata, sólo serán iguales si se refieren al mismo dinero. Es decir, un depósito en plata no será lo mismo que un certificado en oro aunque ambos tuvieran el mismo valor en un determinado momento.

En el caso de la moneda-crédito tendremos que un billete que represente una promesa de pago de una onza de oro por parte de un banco será lo mismo que un depósito que represente una promesa de pago de una onza de oro en ese mismo banco. No serán lo mismo en el momento en que la promesa sea de bancos distintos. Podemos ver esto en el mundo actual donde un depósito bancario representa

⁶ Dejamos aparte la diferencia obvia de que uno es al portador (billete) y el otro es nominativo (depósito).

una promesa de pago del banco donde se tiene depositado el dinero mientras que los billetes de euro representan promesas de pago del banco central. El único equivalente en forma de depósito a nuestros billetes de euro serían los depósitos que están registrados en el propio banco central. Recientemente los depositantes de los bancos chipriotas han sufrido en sus bolsillos las consecuencias de esta diferencia que pasa normalmente desapercibida.

III. LAS TEORÍAS EN DISCORDIA

Para situarnos en el debate vamos a exponer las principales ideas que guían ambas teorías. No las vamos a explicar ni entraremos en sus respectivas teorías del ciclo, donde las diferencias son más acusadas, con notables diferencias incluso dentro de la misma teoría.

1. 100%⁷

Los defensores del coeficiente del 100% se centran en la violación de los derechos de propiedad. Para ellos el sistema bancario realiza una apropiación indebida de la moneda de los depositantes y aumenta la cantidad de la misma. A la moneda a la que suelen hacer referencia es a la moneda-dinero. Su demanda principal, aparte de la libertad bancaria, es que los bancos guarden la totalidad de la moneda que les ha sido depositada.

2. Reserva Fraccionaria⁸

Los defensores de la reserva fraccionaria se centran en la libertad de los agentes para pactar sus condiciones. Para ellos el sistema banca-

⁷ Para tener una visión muy completa de la teoría del 100% se puede ver Huerta de Soto (2009)

⁸ Para una visión más completa de la teoría de la Reserva Fraccionaria se puede ver Braun y Rallo (2011) y Selgin (2011).

rio puede crear moneda y puede usar la moneda que le han depositado sus clientes. A la moneda a la que suelen hacer referencia es la moneda-crédito. No tienen una demanda específica más allá de la libertad bancaria, en lo que coinciden con los partidarios del 100%.

3. El motivo de la discordia

Esta visión simplificada de ambas posturas nos permite centrar el debate. Este no es otro que un enfrentamiento entre el derecho de propiedad y la libertad contractual. Si ahora nos ponemos a pensar con cuál de los dos nos quedamos nos encontraremos con que no podemos elegir, ambas son caras de la misma moneda.

Vamos a ver que las posiciones no son tan encontradas como puede parecer. Para ello analizaremos varios ejemplos de los casos más sencillos y típicos ya que nuestro objetivo no es profundizar en ambas teorías sino sacar a la luz las confusiones provocadas por no usar el mismo lenguaje ni los mismos conceptos.

IV. APLICANDO LA TEORÍA

Vamos a poner una serie de ejemplos que son los predominantes en todas las discusiones en las que se enfrentan partidarios de ambas teorías. El funcionamiento del sistema bancario es mucho más complejo que lo que vamos a ver a continuación pero es en estos sencillos casos donde se centran tanto las diferencias como las incomprensiones de ambas posiciones. Para estas situaciones hipotéticas hemos establecido un marco donde, imperando el patrón oro, una persona y un banco establecen una serie de acuerdos que analizaremos a través del punto de vista de las dos teorías que estamos comparando.

1. Contrato de Caja Fuerte

El primer caso que vamos a tratar es el de una persona que deposita cien onzas de oro y que quiere recuperar exactamente lo que ha entregado, no cualquier onza sino las mismas que ha depositado. En ese caso nos encontramos ante un servicio de caja fuerte o de caja de seguridad. Las onzas son propiedad de la persona y nunca del banco que posiblemente no sepa ni siquiera qué es lo que hay en la caja fuerte. También queda claro que el banco debe entregar, cuando se soliciten, esas onzas de oro en particular y no cualquier otra onza de oro de igual valor.

Ambas teorías reconocen que este es un contrato perfectamente legal y que el banco no puede prestar, ni utilizar esas onzas de oro. Aunque ambas teorías no tengan disputas sobre este tipo de contrato ya se pueden ver aquí las primeras incomprensiones ya que es habitual en debates públicos⁹ que algunos defensores de la Reserva Fraccionaria digan que este es el tipo de depósito que los partidarios del 100% defienden, cuando nos encontramos ante un depósito regular de dinero del que rara vez se habla.

2. Contrato de Depósito de Guardia y Custodia a la vista

El segundo caso es el de una persona que acude al banco a depositar cien onzas de oro pero que expresamente solicita que ese dinero siempre esté disponible y que no sea prestado a nadie. En este caso estamos ante un contrato de depósito de guardia y custodia donde el banco guarda esa cantidad de oro que no le pertenece. Aquí el banco, aprovechando que el oro es un bien fungible, no tiene por qué devolver exactamente el oro que se le ha entregado sino que puede devolver otro de igual valor. Estamos, por tanto, ante un depósito irregular de dinero¹⁰. A diferencia del contrato de caja fuerte,

⁹ Un ejemplo de estos debates lo podemos ver en este video de la Universidad de Verano del Instituto Juan de Mariana de 2012:

<http://www.juandemariana.org/video/5531/coloquio/analisis/teorico/historico/crisis>

¹⁰ Se puede ver un profundo análisis del depósito irregular del dinero en Huerta de Soto (2009).

el banco puede ofrecer un servicio de pagos y cobros aprovechando la característica de bien fungible del dinero.

Llegados a este punto los defensores de ambas posturas deben estar de acuerdo en que se produce un coeficiente de caja del 100%, el banco no puede prestar el dinero de su cliente y posiblemente cobre una comisión por sus servicios de caja y custodia. Es más, este dinero no debe aparecer en el balance del banco.

Este ejemplo ya da lugar a numerosos equívocos porque cuando alguien dice que no es partidario del 100% de coeficiente de caja se suele asumir que no es partidario de que el banco guarde el oro; al mismo tiempo hay personas que dicen ser defensoras del 100% sólo porque están de acuerdo en que se guarde el oro en este caso en particular. Los defensores de la Reserva Fraccionaria tienden a despreciar esta forma de contrato porque afirman que no se da en el mundo real¹¹. Esta es la principal razón por la que no suelen hablar de ello y que puede llevar a la confusión y pensar que están dispuestos a aceptar la apropiación indebida del oro depositado en custodia. Pero, como ya hemos señalado, en este punto no hay diferencias entre ambas posturas, luego no puede ser usado para definir la posición de cualquier persona sobre este tema.

Antes de continuar sería conveniente hacer un inciso. En este artículo se están comparando las versiones más sólidas de ambas teorías pero, obviamente, no son las únicas. En este punto en concreto nos encontramos con que algunos defensores de la Reserva Fraccionaria¹² sí consideran legítimo que el banco use el dinero del

¹¹ Véase Selgin (2011). Efectivamente no se da en el mundo real pero eso también tiene mucho que ver con la regulación del sistema financiero y el fondo de garantía de depósitos. Antiguamente sí existía este tipo de depósito aunque en el gran desarrollo de la banca del siglo XIX apenas estaba presente. Esto no quita para que pudiera ser un tipo de contrato a tener en cuenta en el futuro, sobre todo si los costes de custodia se reducen como sucede por ejemplo con Bitcoin.

¹² Véase por ejemplo este video <http://capitalism.aynrand.org/yaron-answers-should-fractional-reserve-banking-be-legal/>. Este debate no sólo se da en la escuela austriaca sino también fuera de ella, las posiciones de los defensores de ambas posturas

depositante ya que, aplicando la ley de los grandes números, es altamente improbable que todos vayan a la vez a por su dinero, lo que permite al banco operar con una reserva fraccionaria de los depósitos de guardia y custodia. Quien defiende esto suele tener una confusión entre lo que es un depósito de guardia y custodia y lo que es un préstamo al banco¹³. Creo que queda claro que en este caso se produce una apropiación indebida y una doble disponibilidad sobre un mismo bien.

3. Contrato de Depósito de Guardia y Custodia a plazo

Un caso que no se suele plantear pero que ayuda al debate es el de una persona que acuda al banco a depositar 100 onzas de oro, indicando que no sean prestadas a nadie pero que al mismo tiempo no va a retirarlas en un plazo determinado. En este caso nos encontramos ante un depósito de guardia y custodia a plazo que puede tener su utilidad sobre todo si la comisión es más baja que en el caso de ser a la vista.

4. Contrato de Préstamo a plazo (Persona-Banco)

Siguiendo con los ejemplos sencillos tenemos otra posibilidad, que una persona acuda al banco con 100 onzas de oro y se las preste a este por un período determinado. Este es el típico contrato de préstamo a plazo donde el banco está obligado a devolver las 100 onzas de oro a partir de la expiración del plazo acordado. En este caso la propiedad del oro pasa al banco durante el periodo del préstamo y, a no ser que se especifique lo contrario en el contrato, puede hacer lo que quiera con este dinero durante el tiempo que dure el préstamo.

fuera de esta escuela son, a nuestro parecer, mucho más débiles e inconsistentes que las expresadas por los economistas austriacos.

¹³ Esta confusión se da tanto en defensores de la Reserva Fraccionaria como en defensores del 100% pero se refleja en momentos distintos.

Aquí tampoco debe haber controversia y, en general, ambas posiciones tienen claro que el banco puede hacer lo que desee¹⁴ con esas 100 onzas de oro y que debe devolverlas en el período estipulado junto con el interés pactado.

Se da la circunstancia que en algunos debates públicos, donde se piden opciones *second best*, algunos defensores tanto del 100% como de la Reserva Fraccionaria entran en una deriva de ingeniería social basada en sus teorías del ciclo y pretenden limitar la propiedad que tiene el banco sobre el dinero que le hayan prestado más allá de lo que marque el contrato. Se pretende por ejemplo que el banco no pueda prestar el dinero a su vez por un período de tiempo mayor al que se le ha prestado o que lo invierta en negocios de poco riesgo. Estas propuestas atentan tanto contra la libertad contractual como contra el derecho de propiedad y pretenden obtener de forma coactiva aquello que el libre mercado obtiene de forma libre ya que si un banco descalza plazos y riesgos sus posibilidades de supervivencia son mínimas en un mercado libre.

5. Contrato de Préstamo a plazo (Banco- Persona)

Este es el caso contrario al anterior y donde empezaremos a ver la utilidad de la distinción que hemos realizado entre moneda-dinero y moneda-crédito. Ahora tenemos una persona que acude al banco para pedir prestadas 100 onzas de oro, el banco sólo puede darle esas onzas si son propiedad suya, es decir, si son parte de sus fondos propios o si se las han prestado previamente, en este caso estamos hablando de moneda-dinero. Aquí tenemos el típico caso de intermediación del crédito, se coge prestado dinero de un agente, pagándole un interés, y se presta a otro agente cobrándole un interés, obteniéndose la diferencia¹⁵. Ahora bien, esta persona también

¹⁴ Otra cosa es que sus acciones puedan poner en riesgo su liquidez e incluso su solvencia. Reiteramos que el contrato de préstamo puede limitar el uso que el banco haga de ese dinero.

¹⁵ Como hemos señalado antes también puede ser que el banco no lo pida prestado sino que sea parte de sus fondos propios.

puede aceptar otro tipo de préstamo, el de billetes de banco por valor de 100 onzas de oro que no son más que un pagaré del banco al portador por esa cantidad, lo que hemos llamado moneda-crédito¹⁶. Es indiferente si en vez de dar billetes de banco por valor de 100 onzas lo que se hace es una inscripción en cuenta por esa misma cantidad. De esta forma se ve el proceso de intermediación de un banco sin necesidad de usar dinero, simplemente intercambia su buen nombre, "su crédito", por el crédito de otro agente menos reconocido que tiene que pagar un precio por obtener ese "crédito superior" que puede ser usado como moneda.

En este contrato empiezan a surgir sutiles diferencias entre ambas posturas. Los defensores del 100% suelen hablar de la primera hipótesis que se ha planteado, donde se usa moneda-dinero, y los defensores de la Reserva Fraccionaria de la segunda, donde se usa moneda-crédito. Cuando se usa moneda-dinero no hay mayor controversia pero cuando lo que se usa es moneda-crédito las cosas cambian. Si nos damos cuenta, en el caso de que una persona pida un préstamo y reciba billetes de banco o una inscripción en cuenta por la misma cantidad nos encontramos con otro tipo de contrato de préstamo, en este caso de la persona al banco, que es el núcleo de los principales desacuerdos entre los partidarios de ambas teorías que lleva a mezclar diversos tipos de contratos como veremos a continuación.

6. Un contrato imposible: préstamo y depósito de guardia y custodia

Ahora pasemos a uno de los temas más controvertidos y en el que reside el quid de la cuestión. Una persona acude a la entidad bancaria para depositar 100 onzas de oro, por las que puede pedir un interés, pedir que no le cobren o que le cobren menos, pero al mismo

¹⁶ Aquí realmente no estamos ante un crédito aún, simplemente ante el intercambio de promesas de pago de dos agentes, no se convertirán en crédito hasta que las promesas de pago del banco sean intercambiadas a su vez por algún bien presente.

tiempo que estén disponibles para retirarlas cuando desee manteniendo. Este cliente está dispuesto a que este dinero sea prestado.

Aquí es donde las diferencias entre ambas posiciones parecen irreconciliables. La diferencia que se suele dar en este caso es que para los defensores del 100% no es posible prestar las onzas de oro mientras se mantiene la disponibilidad de las mismas ya que se estaría aumentando de forma artificial el número de onzas de oro en 100. Esto produciría un fraude al aparecer en la cuenta del cliente 100 onzas de oro que en realidad no están allí. Si efectivamente esto es así se está produciendo una estafa como defienden los partidarios del 100%, estamos ante una doble disponibilidad sobre una misma cosa, las 100 onzas de oro, que aparecen tanto en propiedad del depositante como en propiedad del prestatario a quien el banco ha extendido un crédito. Para algunos de los defensores de la Reserva Fraccionaria, como hemos visto antes cuando nos referimos al contrato de guardia y custodia, es perfectamente legal ya que es un acuerdo voluntario entre las partes.

La razón de esta discrepancia es una falta de entendimiento entre ambas posturas y la confusión entre moneda-dinero y moneda-crédito. Algunos defensores del 100% piensan que es un contrato como el depósito de guardia y custodia que hemos visto antes y a la vez un contrato de préstamo¹⁷. La razón para esto está en que se piensa que el banco crea dinero cuando presta, cuando lo que está creando en realidad es crédito que se usa como moneda. El actual sistema monetario donde la moneda-dinero no existe y todo es moneda-crédito contribuye notablemente a aumentar esta confusión ya que no se diferencia entre la moneda-crédito creada por el banco central y la creada por el banco. Esto lleva a que algunos defensores de la Reserva Fraccionaria defiendan que tanto el depositante como el banco aparezcan al mismo tiempo como dueños de la moneda-crédito creada por el banco central, no siendo conscientes de que

¹⁷ Por eso hemos llamado a este apartado "el contrato imposible" ya que un contrato de esas características no es posible como bien indican los defensores del 100%.

generalmente el banco presta su propia moneda-crédito y no la del banco central aunque se llamen igual. Otro motivo de incompreensión está en que el sistema actual, altamente regulado, se llama sistema bancario de reserva fraccionaria lo que lleva a asociar a los defensores de la Reserva Fraccionaria con el sistema actualmente vigente.

7. ¿Préstamos sin plazo?

Otra diferencia importante surge en cuanto a la posibilidad de un préstamo a la vista. El problema ahora es el plazo de esas promesas de pago ya que al ser a la vista los defensores del 100% consideran que no tiene plazo y es una imposibilidad jurídica y los defensores de la Reserva Fraccionaria lo consideran jurídicamente correcto o se enredan con plazos irreales de un segundo, un minuto¹⁸, etc., renovables automáticamente.

Lo primero que tenemos que tener claro es que un préstamo sin plazo determinado es perfectamente posible y es una práctica existente en el mundo de los negocios¹⁹, sí es verdad que normalmente van acompañados de unas determinadas condiciones de cobro de forma que, una vez solicitado el reembolso del préstamo, el deudor tenga un mes o incluso meses para hacerlo. Aunque no se esté de acuerdo con que un préstamo sin plazo determinado es jurídicamente válido en una sociedad libre eso no invalida la posibilidad de una promesa de pago a la vista ya que puede ser perfectamente un caso particular de préstamo con plazo. De hecho, cualquier préstamo con plazo se convierte en un préstamo a la vista en el momento

¹⁸ Con la tecnología actual no se pueden considerar esos plazos tan irreales pero si lo son cuando estamos hablando del uso cotidiano que los ciudadanos hacen del sistema bancario.

¹⁹ Lamentablemente nuestros billetes actuales de euro no dejan de ser eso, un préstamo sin plazo del banco central siendo en este caso el deudor el que decide el plazo, esto si lo vemos desde el punto de vista optimista y esperamos que en algún momento vuelva la convertibilidad. Si lo vemos desde un punto de vista pesimista podemos considerar que son un préstamo impagado.

en que expira el plazo y no se solicita su cobro²⁰. La clave estaría en identificar como elementos separados el vencimiento del préstamo y el cobro del mismo. Un préstamo vence cuando el acreedor puede reclamar su importe al deudor y se cobra cuando hace efectiva esa reclamación. Un préstamo a la vista es un préstamo cuyo vencimiento corresponde al momento que se formaliza el préstamo, lo que está indeterminado es el cobro pero esto no es distinto de cualquier otro préstamo a plazo cuyo vencimiento haya tenido lugar. De hecho los depósitos a plazo que actualmente ofertan las entidades financieras son, en la mayoría de los casos, préstamos a la vista ya que se puede solicitar su cobro en cualquier momento aunque el banco suele ofrecer un interés notablemente mayor si no se realiza el cobro hasta un vencimiento prefijado.

Una vez aclarado esto podemos volver a los defensores del 100% que afirman que una promesa de pago a la vista es un contrato de imposible cumplimiento ya que en determinadas circunstancias no se podría cumplir²¹, y a algunos defensores de la Reserva Fraccionaria que dicen que no tiene riesgo en base a ley de los grandes números²². Ni una cosa ni la otra. Al ser una promesa de pago siempre habrá riesgo, en este caso al ser a la vista el mayor riesgo que tiene es de liquidez, riesgo que puede ser minorado con reservas de dinero²³ y manteniendo créditos líquidos en el activo. El riesgo de solvencia no tiene por qué tener relación con el préstamo a la vista sino con el plazo y riesgo al que está prestando el banco. En cuanto a la imposibilidad de cumplir el contrato no tiene por qué ser así, para eso están sus reservas, los créditos que ha concedido y que puede vender para obtener liquidez así como la posibilidad de pedir pres-

²⁰ Una letra a noventa días es equivalente a una letra a la vista cuando han pasado más de noventa días y no se ha cobrado.

²¹ Por ejemplo, si todos los agentes acuden a la vez a cobrarlo es muy difícil que se pudiera satisfacer a todos. Véase Huerta de Soto (2009).

²² Véase Selgin (2011).

²³ Entendiendo esto como mantener en reserva parte del dinero necesario para hacer frente a los préstamos y no como apropiarse de todo el dinero que se ha depositado para guardia y custodia menos una fracción.

tado a otros bancos o agentes. Además, en el contrato se pueden especificar distintos escenarios de cobros donde puede reflejarse la posibilidad de un retraso determinado en caso de avalancha de solicitudes de reembolso.

8. El contrato de la discordia

Vamos a ver ahora, de una forma sencilla, cómo es en realidad este contrato que tantas discordias suscita, expresándolo de manera que no genere problemas ni a la libertad contractual ni al derecho de propiedad.

Para ello supongamos que una persona va al banco e intercambia sus 100 onzas de oro por una promesa de pago del banco a la vista²⁴, esta promesa puede expresarse para mayor claridad como 100 billetes de ese banco que no son más que pagarés del banco al portador aunque también pueden ser una inscripción en cuenta que represente esa promesa de pago y no el oro en sí. De esta forma no se está produciendo una doble disponibilidad ya que las 100 onzas de oro son propiedad del banco y puede hacer con ellas lo que desee, mientras que el cliente tiene en su cuenta, o en su cartera, promesas de pago del banco por valor de 100 y no 100 onzas de oro²⁵. Esto es muy importante porque si al cliente le apareciera que tiene 100 onzas de oro se estaría produciendo un fraude. En el caso de que las promesas de pago del banco estén reflejadas en un depósito, es lógico que el banco ofrezca ventajas sobre un depósito de guardia y custodia para que el cliente no pida el cobro de estas promesas. La cantidad de moneda-dinero no ha aumentado en absoluto lo que se ha creado es moneda-crédito por parte de la entidad financiera.

²⁴ Otra versión de este contrato es la que hemos visto cuando el banco otorga un préstamo a plazo a una persona y le entrega billetes de banco por valor de 100 onzas de oro. El resultado es el mismo, la persona tiene en su poder promesas de pago a la vista por valor de 100 onzas de oro, sólo que en un caso las obtuvo por intercambiarlas por el oro que tenía en su poder y en otro caso por pedir un crédito por esa cantidad.

²⁵ Su cuenta será igual que la de aquella persona que recibía un préstamo del banco y no lo recibía en onzas de oro sino en promesas de pago.

Cuántos pagarés emita un banco, con qué respaldo...etc. es una cuestión de gestión empresarial del banco y qué duda cabe que una mala praxis puede llevarle a problemas de liquidez, de solvencia o incluso a la quiebra pero eso ya es un tema de gestión que no afecta ni a los derechos de propiedad²⁶ ni a la libertad para ejercer la función empresarial.

9. Otros contratos

Hay muchos otros tipos de contratos²⁷ que se pueden llevar a cabo entre un banco y una persona, así como con otros bancos, empresas, instituciones, gobiernos...etc. pero no es necesario profundizar en ellos²⁸ para entender lo fundamental de esta controversia.

V. POLÍTICA ECONÓMICA

Llegados a este punto sólo nos queda ver que las propuestas que se derivan de ambas teorías nos llevan a los mismos puntos: un sistema bancario libre, sin injerencias estatales, que cumpla los principios generales del derecho, no permita que se preste aquello que se ha depositado en guardia y custodia, al tiempo que no interfiera con qué se hace con aquello que se presta²⁹. Un sistema donde los ciu-

²⁶ Puede que el dueño de un pagaré de un banco quebrado no piense lo mismo pero es un riesgo que asumes cuando aceptas el pagaré, ya sea de un banco o de cualquier empresa o persona física.

²⁷ Se puede echar en falta especialmente el descuento de letras comerciales pero conceptualmente sólo es un caso más de préstamo a plazo con más intermediarios. Sí es un tema muy importante si lo que se pretende es explicar la teoría del ciclo de algunos de los defensores de la Reserva Fraccionaria y de la doctrina de las Real Bills.

²⁸ Además continuamente se crean nuevos tipos de contratos.

²⁹ En esta línea se expresó brillantemente el diputado británico Douglas Carswell en su propuesta del sistema financiero ante el parlamento británico donde citó al economista austriaco Jesús Huerta de Soto y al Instituto Von Mises. También en esta línea se ha expresado Thomas Mayer, antiguo analista jefe del Deutsche Bank, en una carta escrita en el Financial Times el 25 de junio de 2013 (<http://on.ft.com/12fCn5k>).

dadanos puedan usar libremente la moneda que deseen, ya sea este dinero o crédito.

Para llegar a esto ambas posturas reconocen, las dos de forma vehemente, que es necesaria la eliminación del banco central estatal, sin detrimento del posible surgimiento de bancos centrales privados, ya que la pervivencia de un banco público con semejante poder distorsiona todo el funcionamiento del sistema bancario. Así como la eliminación de todos los privilegios que recibe la banca, la mayoría orquestados por esos mismos bancos centrales. Ambas posturas abogan por un sistema monetario libre donde los ciudadanos tengan libertad de elección de moneda³⁰. En el caso de los depósitos de guardia y custodia ambas posiciones defienden un coeficiente de caja del 100% y el fin de los fondos de garantía de depósitos que no son más que un aval sobre un préstamo y contribuyen a la confusión de la ciudadanía. Finalmente, ambas posturas defienden la libertad contractual que puede llevar a contratos donde se intercambie de forma voluntaria moneda-dinero por moneda-crédito.

VI. CONCLUSIÓN

Hemos visto que las diferencias entre los defensores de la Reserva Fraccionaria y el 100% son mínimas. Que no puede haber un sistema bancario libre sin coeficiente 100% para los depósitos de guardia y custodia. Que tampoco puede prosperar una banca libre sin un respaldo, no necesariamente en forma de dinero, del 100% para los préstamos. Ni tampoco puede haber libertad bancaria sin respeto por la propiedad privada y por la libertad contractual.

Ambas posiciones más que contrapuestas son complementarias. Los partidarios del 100% han hecho grandes aportaciones en el terreno de la propiedad privada y los partidarios de la Reserva Fraccionaria han hecho a su vez grandes aportaciones en el terreno de la

³⁰ Tanto los partidarios de una corriente como de la otra promueven de forma activa la vuelta al patrón oro como primer paso de esa libertad de elección de moneda.

teoría del dinero y del crédito. Es necesario ahondar en estos desarrollos dentro de la escuela austríaca de economía, abriendo puentes entre las diversas corrientes para evitar los malentendidos más comunes como humildemente ha pretendido el autor de este artículo.

BIBLIOGRAFÍA

BONDONE, Carlos A. (2006): *Teoría de la Relatividad Económica*, Buenos Aires.

www.carlosbondone.com/pdf/Teoria_de_la_Relatividad_Economica.pdf

– (2012): *Teoría de la Moneda*, Buenos Aires.

[www.carlosbondone.com/pdf/Teoria_de_la_Moneda\(Carlos_Bondone\).pdf](http://www.carlosbondone.com/pdf/Teoria_de_la_Moneda(Carlos_Bondone).pdf).

RODRÍGUEZ BRAUN, C. y RALLO, J.R. (2011): *El liberalismo no es pecado*, Barcelona, Grupo Planeta (Edición Kindle)

HUERTA DE SOTO, J. (2009): *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Madrid, Unión Editorial (4^o Edición).

MENGER, C. (1997): *Principios de economía política*, Madrid, Unión Editorial

MISES, L. von (2009): *La Acción Humana*, Madrid, Unión Editorial (9^a Edición)

– (1997): *La Teoría del Dinero y del Crédito*, Madrid, Unión Editorial

RALLO, J.R. (2011): *Los errores de la vieja economía*, Madrid, Unión Editorial

RAVIER, L. (2012): «Carta contra-argumentativa al Freebanking con Reserva Fraccionaria», *Procesos de Mercado*, Vol. IX, n.º 2, Otoño 2012, pp. 283 a 296

RIST, C. (1945): *Historia de las doctrinas relativas al Crédito y a la Moneda*, Barcelona, Bosch

ROTHBARD, M. (1993): *Man, economy, and State*, Auburn, Ludwig von Mises Institute.

SELGIN, G.A. (2011): *La Libertad de Emisión del Dinero Bancario*, España, Ediciones Aosta S.A.

SMITH, V.C. (1993): *Fundamentos de la Banca Central y de la Libertad Bancaria*, Madrid, Unión Editorial.

LA CONFUSIÓN ENTRE LIQUIDEZ Y NEGOCIABILIDAD: CONSECUENCIAS TEÓRICAS Y PRÁCTICAS

RAFAEL GARCÍA IBORRA

Resumen: Los distintos grados de liquidez de los activos financieros constituyen uno de los elementos más importantes a la hora de llevar a cabo una inversión financiera. No obstante, el concepto de liquidez usado generalmente dista mucho de ser satisfactorio ya que se limita a la facilidad de un activo de ser vendido en el mercado sin una pérdida significativa, su negociabilidad, de esta forma, la liquidez se convierte en un concepto vacío que se limita a medir el *bid/offer* de un activo en un momento determinado. Así, en ocasiones, la liquidez puede desaparecer repentinamente y sin causa aparente. El objetivo del presente trabajo es proporcionar un concepto teórico de liquidez de los activos financieros que permita discriminar entre activos más o menos líquidos basándose en las aportaciones seminales de Carl Menger y Antal Fekete para la liquidez de los bienes. Para alcanzar este fin, debemos primero analizar el papel de los activos en la economía y cómo se determina su precio. Posteriormente se abordarán las consecuencias tanto teóricas como prácticas de confundir el concepto de liquidez con el de negociabilidad.

Palabras clave: liquidez, negociabilidad, activos financieros, incertidumbre, real bills doctrine.

Abstract: The different degrees of liquidity of financial assets are one of the most important elements when carrying out an investment. However, the concept of liquidity normally used is far from satisfactory as it is limited to the easiness of selling the asset without suffering a significant loss, its saleability. Thus, liquidity becomes an empty concept exclusively focus on measuring the bid/offer of an asset in a particular time. This is why, sometimes, liquidity can disappear suddenly with no apparent cause. The aim of this paper is to give a theoretical concept of the liquidity of financial assets that may allow us to differentiate between more or less liquid assets based on the seminal works developed by Carl Menger and Antal Fekete about the liquidity of goods. In order to do it, we must first analyze the role of assets in the economy and how their price is determined. Later we will deal with the consequences, both theoretical and practical, of confusing liquidity with saleability.

Keywords: liquidity, saleability, financial assets, uncertainty, real bills doctrine.

“La liquidez es probablemente uno de los fenómenos más antiguos en la economía del deseo humano”¹

I. EL CONCEPTO DE LIQUIDEZ DE LOS BIENES: DESDE MENER A FEKETE

Según el Diccionario de la Lengua Española, la liquidez es “Cualidad del activo de un banco que puede transformarse fácilmente en dinero efectivo”. Teniendo en cuenta que es una cualidad aplicable a

¹Berle y Pederson (1934: 1).

todos los activos y no sólo a los que poseen los bancos, a primera vista la definición es bastante clara. El problema viene a la hora de determinar el grado de liquidez de los distintos activos, ¿cómo podemos encontrar un criterio que nos permita elegir entre dos activos cuál es el más líquido?

El primer economista que estudió este fenómeno fue Carl Menger en su obra *El Origen del Dinero*. El objetivo del austríaco era comprender el proceso por el que un bien y no otro es elegido de manera voluntaria por la sociedad para realizar las funciones de dinero. Menger ([1892] 2009: 20) observó que los bienes tenían distintos grados de “vendibilidad” (*Absatzfähigkeit*) o como lo llamaremos de ahora en adelante: negociabilidad. En sus palabras (Menger [1892] 2009: 26-27): “Un bien es más o menos negociable cuando podemos, con una mayor o menor probabilidad, venderlo a un precio correspondiente a la situación económica general, es decir, a precios económicos”.

Ahora surge otra pregunta, ¿cómo podemos saber cuando un precio es económico? Menger ([1892] 2009: 24-25) explica que en primer lugar un bien no tiene un solo precio en el mercado sino dos: el precio de compra (*bid*) y el precio de venta (*offer*). Si alguien quiere comprar un bien debe pagar un precio superior al que obtiene si pretende venderlo, no obstante la diferencia entre el precio de compra y el de venta varía en función de los bienes. Siguiendo el ejemplo que usa en *El Origen del Dinero* no es lo mismo vender algodón que un libro escrito en sánscrito. Cuanto menor sea la diferencia entre el precio de compra y el de venta conforme aumenta la cantidad que queremos vender más negociable será el bien.

Más adelante Menger ([1892] 2009: 29-32) enumera una extensa serie de características que hacen que unos bienes sean más negociables que otros. Finalmente el bien más negociable de una economía será el que adopte el papel de dinero a través de un proceso voluntario de mercado (Menger [1892] 2009: 39-43).

Recientemente ha sido Antal Fekete (1996) el que ha completado el concepto de negociabilidad mengeriano, usando otra de las

aportaciones de Carl Menger: la utilidad marginal. En vez de recurrir a la mayor o menor diferencia entre precios de compra y venta, el autor húngaro da un paso más: un bien es más negociable cuanto menos desciende su utilidad marginal al aumentar el número de unidades en venta, en palabras de Fekete (1996: 3): “El bien económico cuya utilidad marginal desciende más lentamente que la de cualquier otro bien está destinado a ser dinero”.

Se trata de un paso lógico que nos lleva de los precios a su origen: la utilidad que los individuos derivan de los bienes. De esta forma, un bien cuya utilidad marginal decrece lentamente tendrá en el mercado un diferencial de *bid/offer* que se ampliará lentamente.

Este hecho permite que el bien cuya utilidad marginal disminuya más lentamente pueda ser ventajosamente utilizado primero como medio de intercambio, puesto que es ampliamente aceptado con un coste reducido y además como depósito de valor ya que es menos probable que su valor sufra grandes alteraciones en el tiempo.

Por lo tanto y siguiendo las aportaciones de Menger y Fekete el bien de consumo más negociable, aquel cuya utilidad marginal decrece más lentamente ya que es capaz de satisfacer una gran cantidad de necesidades no monetarias, será el que sea usado como dinero. ¿Qué relación tiene esto con la liquidez?

Como vimos al principio la liquidez es la capacidad de un bien de ser convertido en dinero, obviamente el dinero será el bien más líquido. Además, puesto que los precios usados a la hora de realizar intercambios en una economía monetaria son los precios monetarios, cuanto menor sea el *bid/offer* de un bien más fácilmente se transformará en dinero y, por lo tanto, *para un bien de consumo cuanta mayor sea su negociabilidad (más lentamente decrezca su utilidad) mayor será su liquidez*. Pasamos ahora a estudiar qué son los activos financieros.

II. AHORRO E INVERSIÓN: EL PAPEL DE LOS ACTIVOS FINANCIEROS

“Un puente entre el pasado y el futuro”²

Antes de poder estudiar la liquidez de los activos financieros es necesario entender su papel dentro del proceso económico y para ello empezamos desde el objetivo de toda acción humana descrito por Mises ([1949] 1996: 59-65): la satisfacción de las necesidades que cada individuo percibe como más importantes. Este proceso tiene lugar a lo largo del tiempo de forma que el actor está continuamente planificando su acción de cara al futuro con el fin de alcanzar sus objetivos.

El carácter temporal de la acción humana se puede apreciar claramente en el proceso de producción económica ya que el objetivo de toda producción es el consumo *futuro*. También es fácil observarlo en el atesoramiento de cualquier mercancía (incluyendo el dinero) ya que el fin último es de nuevo el de consumir en un momento posterior³.

Cualquier acción *presente* destinada a obtener un consumo futuro debe estar precedida por una restricción del consumo actual, es decir, por ahorro. Sólo renunciando al consumo presente es como se obtienen medios en el presente para poder llevar a cabo actividades destinadas a incrementar el consumo futuro.

No obstante en la mayoría de las ocasiones con ahorrar no es suficiente para obtener los bienes de consumo futuro deseados sino que los bienes ahorrados han de ser intercambiado por otros que permitan alcanzar los futuros deseados. A modo de ejemplo podemos imaginar a un agricultor que cultiva manzanas, una vez recogidas y tras satisfacer las necesidades presentes que considera relevantes consigue ahorrar una parte, lo más probable es que deci-

² Rist ([1938] 1966: 325) usa esta expresión para referirse al dinero.

³ Si se acapara por la satisfacción que de ello se deriva estaríamos ante un acto de consumo.

da intercambiarlas por otro bien con el que pueda trasladar en el tiempo el poder adquisitivo que le reportan las manzanas ahorradas, por ejemplo por dinero⁴. Vemos como los bienes ahorrados (manzanas) no tienen por qué coincidir con aquellos empleados para satisfacer necesidades futuras (en nuestro ejemplo el dinero) pero existe la posibilidad de intercambiarlos por otros que sí puedan serlo, es de esta forma como se puede afirmar que el ahorro es igual a la inversión. Aquellos bienes que son subjetivamente considerados como aptos para trasladar riqueza en el tiempo, que, usando las palabras de Rist son un “puente entre el presente y el futuro” son los *activos (financieros)*⁵.

Cuando nos referimos a trasladar poder adquisitivo en el tiempo no nos estamos refiriendo a que se traslade una cantidad *fija* de riqueza, algo que no es posible según veremos más adelante. Puesto que las necesidades humanas son infinitas, los individuos intentarán en la medida de lo posible hacerlo de forma que la riqueza se incremente con el tiempo.

Un activo puede ser un solo bien, el caso más claro es el dinero pero también podría ser el camión que adquiere un camionero autónomo para su trabajo, o un derecho sobre un conjunto de activos, por ejemplo la acción de una empresa. Se puede apreciar que el concepto de activo financiero incluye una gran cantidad de bienes con características muy diferentes: desde el dinero en efectivo mantenido en los saldos de los individuos hasta la acción de una compañía pasando por algunas materias primas (petróleo por ejemplo) o un depósito en un banco. Incluye tanto distintos derechos de propiedades sobre actividades *productivas* (acciones o bonos sobre una

⁴ El hecho de que en general se obtenga la totalidad de la renta en dinero y posteriormente se distribuya entre consumo y ahorro/inversión no altera el hecho de que los bienes ahorrados y los invertidos puedan ser diferentes.

⁵ Durante el resto del texto se usará tanto el término activo como el de activo financiero de forma intercambiable, aunque sería posible definirlos de manera que se refiriesen a distintos bienes siempre se caracterizarán por trasladar riqueza en el tiempo y no altera el razonamiento.

empresa por ejemplo) como bienes acaparados para ser intercambiados o directamente consumidos en el futuro. La característica que los une es su uso para satisfacer necesidades *futuras*.

La inversión o el capital de un individuo o sociedad es el *conjunto* de activos financieros que este o esta poseen valorados a precios de mercado, una descripción en línea con la de Menger (1888)⁶.

Como vimos el modo en que trasladan poder adquisitivo en el tiempo es diferente para cada activo financiero y la razón la encontramos en la *incertidumbre inerradicable* en la que vivimos. Con este término acuñado por Huerta de Soto (2010: 46) nos referimos a la incapacidad humana de predecir el futuro, de poder estimar científicamente las probabilidades de que diferentes eventos tengan lugar en el futuro o ni siquiera de ser consciente de todos los posibles eventos que puedan ocurrir. Es la existencia de dicha incertidumbre la que provoca que no todos los activos financieros realicen su función de la misma forma, por ejemplo, la importancia que tiene el dinero como activo financiero mediante su función como depósito de valor sería irrelevante en un mundo con total certidumbre, los agentes invertirían todos sus ahorros en los activos financieros que financiarían aquellos procesos productivos que se sabría con certeza que generarán los bienes futuros más demandados. El ser conscientes de la incertidumbre que nos rodea es lo que dota de valor al hecho de poder trasladar poder adquisitivo a través del dinero, que como hemos visto es el bien cuya utilidad marginal disminuye más lentamente, aún a costa de no iniciar nuevos procesos productivos que aumentarían la cantidad de bienes futuros⁷.

⁶ La única diferencia es la de que un bien de capital es capital dependiendo no de si el objetivo es obtener un lucro monetario sino de si traslada riqueza en el tiempo. De esta forma el dinero atesorado por un individuo es considerado capital aunque no trata de obtener un lucro monetario.

⁷ “El dinero metálico tiene una tercera función, la más importante de todas, que es probablemente el origen de las otras funciones, la de servir como depósito de valor, como un seguro contra las incertidumbres del *futuro*” Rist ([1938] 1966: 325) énfasis en el original.

Por lo dicho anteriormente podemos decir que el estudio de los activos financieros se debe hacer siempre teniendo en cuenta dos factores principales: *el tiempo y la incertidumbre*. Sólo teniendo presente que son bienes que sirven para trasladar poder adquisitivo del presente al futuro y que este proceso tiene lugar en un mundo incierto es como se pueden analizar sus distintas características.

Empezaremos por el precio, podemos decir que el precio de mercado de un activo financiero refleja la suma del valor descontado de los flujos futuros a los que da derecho. Puesto que en una economía de intercambio indirecto la mayoría de los flujos serán en dinero y en el caso de que no lo sean son fácilmente expresables en unidades monetarias, asumimos que los flujos futuros serán siempre monetarios. Expresado en forma matemática:

$$P_j = \sum_{i=1}^n \frac{E(FC_i)}{FD_i [PT_i + E(PA_i)]}$$

Donde

P_j es el precio de mercado del activo j en el presente.

n es el número de períodos futuros.

$E(FC_i)$ es el flujo de caja *esperado* en el período i .

$FD_i [PT_i + E(PA_i)]$ es el factor de descuento del período i que está determinado por la preferencia temporal y el cambio esperado del poder adquisitivo del dinero para dicho período. Para un mismo individuo el factor de descuento para un período determinado será el mismo independientemente del activo.

El objetivo de la ecuación no es otro más que ayudar a *entender* el comportamiento de cada activo financiero a través de sus flujos esperados de caja, no el de tener una fórmula con la que calcular el precio de un activo cualquiera a través de distintas combinaciones del resto de variables⁸. También es importante destacar que el precio es la variable *dependiente* en la ecuación.

⁸ Entre otros motivos porque no es posible obtener el dato correspondiente a la preferencia temporal. El hecho de no utilizar el término tipo de interés ha sido con el

Pasando a analizar las variables independientes empezamos en primer lugar destacando que hablamos de flujos *esperados* y, puesto que nos movemos en una situación de incertidumbre inerradicable, salvo en el caso de atesoramiento de dinero⁹ no es posible saber con certeza cuál será el flujo monetario que finalmente reciba el titular del activo financiero.

En segundo lugar, el factor de descuento se refiere por un lado al fenómeno de la preferencia temporal descrito por Böhm-Bawerk ([1888] 2007: 237-248) y perfeccionado por Mises ([1949] 1996: 701-707) por el que siempre es preferible un bien presente a uno futuro. La otra variable, puesto que nos estamos siempre refiriendo a unidades monetarias, es la variación esperada del poder adquisitivo del dinero. Antes dijimos que sólo en el caso de atesoramiento de dinero podemos conocer el flujo de caja futuro, no obstante, en un mundo incierto no es posible saber con seguridad el poder adquisitivo futuro del dinero, por lo tanto podemos afirmar que *no es posible trasladar un poder adquisitivo determinado en el tiempo*.

Por último, hemos de tener en cuenta que tampoco el período en el que se va a recibir el flujo de caja puede ser conocido con total certidumbre de antemano.

A lo anterior hay que añadir que al ser todas las variables independientes factores *subjetivos* el precio, aunque es un elemento objetivo, tiene causas puramente subjetivas. Así, como ya explicó Böhm-Bawerk ([1889] 1959: 237-248) la preferencia temporal es puramente subjetiva, además tal y como expuso Menger ([1871] 2007: 114-121) el valor de los bienes y por ende el del dinero es también subjetivo. Por último cualquier estimación tanto del valor del dinero en un período futuro como de los flujos de caja del activo será también un factor subjetivo. De esta forma, el lado derecho de la ecuación va-

fin de no confundir el factor de descuento (elemento no observable) con el tipo de interés de mercado o TIR (elemento sí observable) de los activos financieros.

⁹ Y esto es así sólo asumiendo que no existen ningún riesgo de vulneración de los derechos de propiedad del dinero atesorado, si no es así, incluso atesorando no es posible saber un flujo futuro con certeza.

riará para cada individuo en función de sus preferencias y estimaciones subjetivas.

Como para cualquier otro bien, la disparidad de preferencias entre los distintos individuos hará que los oferentes y demandantes de un activo cualquiera intercambien en el mercado hasta que no existan posibilidades adicionales de ganancias subjetivas mediante intercambios adicionales, en ese punto tendremos una situación en la que el precio del demandante marginal (*bid* de mercado) sea inferior al precio del ofertante marginal (*offer* de mercado).

Si para un individuo cualquiera $P_{j,o} < \sum_{i=1}^n \frac{E(FC_i)}{FD_i [PT+E(PA)]}$ entonces comprará el activo j siendo $P_{j,o}$ el *offer* de mercado y viceversa. Como explicamos, para poder realizar comprar un activo el agente deberá entregar su precio al vendedor, cuyo importe deberá haber ahorrado previamente¹⁰. Al estar las valoraciones individuales cambiando continuamente, tanto las que impulsan a comprar como a vender, irán surgiendo diferentes demandantes y oferentes a diferentes precios¹¹.

III. LIQUIDEZ VS. NEGOCIABILIDAD

Una vez analizado qué son y cómo se valoran los activos financieros nos centraremos en estudiar su liquidez. En una economía moderna, la inmensa mayoría de los flujos de los activos financieros ya son monetarios o fácilmente convertibles en monetarios y por lo tanto su liquidez dependerá directamente de su facilidad para ser convertidos en dinero, esto implica que esta cualidad será relativa como vi-

¹⁰ En el caso de compras a crédito será el prestamista el que haya debido realizar el acto de ahorro previo.

¹¹ Hemos omitido deliberadamente la existencia de especuladores cuyo objetivo es comprar el activo para venderlo posteriormente con un beneficio. Su aparición no altera significativamente la descripción realizada ya que los flujos que esperan están constituidos por sus estimaciones sobre los flujos y factor de descuento de otros agentes, todo ello descontado por el factor de descuento del especulador.

mos en el primer apartado por lo que habremos de distinguir entre activos más o menos líquidos.

Volviendo a la fórmula descriptiva de los activos se puede apreciar que los activos tienen dos formas de convertirse en dinero:

a) Mediante sus flujos de caja: aunque todos los activos financieros están compuestos por flujos de caja futuros, éstos varían considerablemente en función del activo que consideremos. Así en los contratos de préstamo o bonos, normalmente el deudor se compromete a entregar unas cantidades de dinero *determinadas* en unos plazos también determinados y, aunque nunca se puede tener una certeza absoluta, sí podemos asumir que los pagos que asume un deudor con capacidad y voluntad de hacer frente a sus compromisos serán menos inciertos que los flujos a los que tiene derecho el accionista de una empresa. En general cuanto más ciertos sean sus flujos más líquido será un activo y en consecuencia aquellos en los que los flujos están acordados de antemano (deudas) y menos dudas existan sobre su cumplimiento serán los más líquidos. Además y puesto que por un lado cuanto más cercanos en el tiempo sean los flujos antes se convertirá el activo en dinero y, por otro, que la incertidumbre se incrementa con el tiempo, también podemos decir que cuanto más lejanos sean los flujos a los que da derecho la propiedad de un activo menos líquido será éste *ceteris paribus*.

Según lo anterior los activos más líquidos serán las deudas a corto plazo de aquellos emisores con mayor capacidad y voluntad de hacer frente a sus compromisos (menor riesgo de crédito)¹².

b) Mediante su venta: La otra opción para transformar un activo en dinero vendiéndolo (liquidación), cualquier activo puede liqui-

¹² El riesgo de crédito mide la expectativa y severidad de impago: la probabilidad de que ocurra y las pérdidas específicas que esto conllevaría (normalmente es posible recuperar una parte de la deuda). Como se verá más adelante al discutir la Real Bills Doctrine, una de las formas básicas para reducirlo es la de que el emisor aporte una garantía (colateral). Cuanto más colateral se aporte y más líquido sea éste, menor será la pérdida que afrontará el acreedor en caso de impago, es decir, menor será el riesgo de crédito.

darse en el mercado independientemente de a qué tipo de flujos de derecho, esto es, encontrar a alguien que *haya ahorrado previamente* y valore el activo en cuestión *a un determinado precio* como inversión. En este punto debemos volver a la gran intuición de Menger: cuanto menos se amplíe el *bid/offer* conforme aumenta la cantidad del bien que queremos vender más *negociable* será y, por lo tanto, menos onerosa será su liquidación. No obstante, esto no es suficiente y, al igual que ha hecho Fekete para los bienes, debemos intentar ir un paso más allá para entender qué es lo que determina por qué el *bid/offer* se amplía de forma diferente según cada activo. Para ello volvemos a la fórmula:

$$P_j = \sum_{i=1}^n \frac{E(FC_i)}{FD_i [PT_i + E(PA_i)]}$$

¿Por qué el *bid/offer* de dos activos es diferente? En un mundo con certidumbre absoluta, todos exhibirían una misma horquilla, al fin y al cabo sólo se trataría de descontar unos flujos conocidos mediante un factor también conocido, de forma que cualquier activo financiero se podría traducir de manera inequívoca en una cantidad fija de dinero presente.

Si volvemos a nuestro mundo de incertidumbre inerradicable las cosas cambian, ya no hablamos de flujos conocidos sino esperados, subjetivamente estimados. Esto implica no sólo que el precio variará según las expectativas de los individuos sino que también lo hará el *bid/offer*. *El precio y la horquilla de precios de compra y venta estará expuesta a mayores cambios cuanto más estén los flujos expuestos a cambios*, así por ejemplo, una acción generalmente tendrá unos flujos más inciertos que los del bono de la misma compañía. Esto es así porque el derecho del accionista es el de recibir los flujos residuales después de haber pagado todos los factores productivos y a los acreedores, en cambio el bonista tiene estipulado todas las cantidades que recibirá y en qué momento. Sería un error confundir esta afirmación con la de que el bono será más negociable, para un período determinado es posible que el *bid/offer* de la acción se amplíe

más lentamente que el del bono si existen los suficientes individuos con valoraciones dispares pero cercanas sobre la acción pero no sobre el bono, no obstante, esto no quita que mientras los flujos de la primera sean más inciertos que los del segundo, y por tanto, también lo sean sus valoraciones, existe un riesgo mayor de que las valoraciones de la acción cambien en mayor medida de forma que ésta pase de ser un activo menos negociable de manera abrupta. De este modo, los *bid/offers* históricos no son en ningún caso una indicación de los *bid/offers* futuros. Al confiar exclusivamente en la negociabilidad de un activo, en caso de necesidad de liquidación, se está dependiendo primero de que su precio no sufra caídas repentinas y además de que la horquilla de precios se mantenga estable, ambas cosas dependen de la incertidumbre sobre los flujos.

Históricamente se puede observar cómo se han ido creando mecanismos para mejorar la negociabilidad de los activos, de esta forma, la creación de mercados organizados como las bolsas, el desarrollo de los mercados *over-the-counter* (OTC) y la estandarización de los activos financieros contribuyen a incrementar su negociabilidad¹³ dados unos flujos esperados, no obstante, no puede en ningún caso modificarlos.

Analizadas ya las dos formas mediante las que un activo se puede convertir en dinero, es momento de compararlas e intentar encontrar el mejor criterio para valorar su liquidez. Según el criterio de los flujos, las deudas a corto plazo con menor riesgo de crédito serán los activos más líquidos, no obstante, no podemos olvidar que asumiendo incertidumbre no existe el deudor perfecto lo que implica que aquellos que en un momento son los que menos posibilidad tienen de incumplir sus promesas pueden convertirse en insolventes. Por lo tanto, desde este ángulo, *el grado de liquidez de un activo no puede ser fijo sino sujeto siempre a modificaciones* en función del riesgo

¹³ No estamos teniendo en cuenta aquí los contratos por los que uno o varios *market-makers* se compromete a cotizar un *bid/offer* determinado para un activo. Esta negociabilidad “artificial” tampoco puede considerarse como garantizada ya que puede llegar un punto en el que al *market-maker* le deje de ser rentable.

de crédito. Por eso el hecho de que las deudas sean a corto plazo es doblemente importante a la hora de medir la liquidez: antes se convierten en dinero y además es más difícil (que no imposible) que el riesgo de crédito aumente significativamente.

Ya que los activos líquidos con aquellos con flujos más cercanos y menos inciertos podemos afirmar que también serán muy negociables pero no al contrario. Que un activo haya sido negociable (o muy negociable) *durante un período determinado* no nos dice si se trata de un bien líquido o no y, por lo tanto, no nos aporta ninguna información relevante sobre los cambios que puedan ocurrir en la estructura de su *bid/offer* futuro. Podemos concluir que los activos líquidos serán negociables pero que los negociables históricamente no tienen por qué ser líquidos, por lo tanto *sólo el criterio de flujos de caja es más fiable (aunque no perfecto) a la hora de determinar la liquidez de un activo financiero.*

Una vez que tenemos un criterio teórico para calificar los distintos grados de liquidez de los activos, debemos dar un paso más y poder analizar la liquidez de los *agentes*. Melchior Palyi ([1936] 1984: 5) definió la liquidez de un agente como “la capacidad de cumplir las obligaciones financieras”. Usando la teoría previamente expuesta esta misma idea se podría expresar diciendo que un *emisor será más líquido cuanto más líquidos sean sus activos en relación a sus pasivos financieros*¹⁴. Esto implica no sólo que su liquidez dependerá de que los activos tengan un vencimiento menor que el de los pasivos sino que también variará en función del riesgo de crédito de los activos que posea¹⁵, algo que se deduce necesariamente de la definición del

¹⁴ Es fácil ver la relación entre la Regla de Oro de la banca tal y como fue reformulada por Mises ([1912] 1957: 263) y la descripción de la liquidez de los agentes. Otro ejemplo de cómo el estudio teórico de la liquidez se ha centrado en el sistema bancario.

¹⁵ Para los pasivos financieros que sean deudas no se debe tener en cuenta el propio riesgo de impago del emisor ya que supone asumir por parte del emisor la probabilidad de no hacer frente a sus compromisos y por lo tanto de suspender pagos. De ahí que no tengan sentido los Debt Valuation Adjustments (DVA) recogidos en la FASB 159 por el que las compañías pueden aumentar sus beneficios mediante la reducción

economista americano. En este punto podemos comprender que el funcionamiento de lo que en ocasiones se ha considerado como una tercera forma de convertir un activo en dinero, el descuento o préstamo de dicho activo, que no es más que un proceso por el que, en realidad, el propietario está degradando su liquidez¹⁶.

Es importante señalar que cuanto más ilíquido sea un emisor más riesgo de crédito tendrán sus deudas, así, una deuda a corto plazo de un emisor muy ilíquido presentará un elevado riesgo de impago ya que para poder hacer frente a su vencimiento deberá bien liquidar su activo ilíquido o encontrar financiación adicional.

Pasamos ahora a repasar brevemente las principales teorías sobre la liquidez que han existido históricamente para ponerlas en relación con el criterio teórico anteriormente descrito, el objetivo es poder realizar un análisis crítico de las teorías actuales sobre liquidez que se llevará a cabo en el siguiente apartado. En primer lugar cabe destacar que en general las teorías más relevantes se han centrado en analizar qué activos eran adecuados para estar en los balances de los bancos, puesto que sus pasivos suelen ser extraordinariamente líquidos, el problema era encontrar aquellos activos que permitiesen que el banco no se encontrase en una posición de extrema iliquidez. Existen dos líneas de pensamiento principales:

a) Real Bills Doctrine: parte de la obra de Adam Smith ([2003] 1776: 388-392), defiende que además de dinero sólo las deudas a cor-

del valor de mercado de sus pasivos conforme empeora su calidad crediticia. <http://www.fasb.org/summary/stsum159.shtml>.

Como ejemplo: Banks' profits boosted by DVA rule - Telegraph; 23 August 2012 <http://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/banksandfinance/8858738/Banks-profits-boosted-by-DVA-rule.html>.

¹⁶ Así, Benjamin Anderson ([1917] 2007: 380) escribe: "el crédito ha funcionado como un medio de incrementar la negociabilidad de formas de riqueza no pecuniaras". El hecho de poder obtener un préstamo en mejores condiciones por el hecho de usar como colateral un activo mejora la negociabilidad de éste último, pero también a cambio de una pérdida de liquidez del propietario que asume un pasivo más líquido al descontarlo.

to plazo (letras) respaldadas por bienes de consumo ya producidos y altamente demandados son aptas para estar en los balances de los bancos con pasivos altamente líquidos (bancos comerciales). En caso de que los clientes del banco retiren repentinamente sus depósitos (los pasivos más líquidos existentes), éste podrá liquidar sus letras que serán fácilmente absorbidas por el mercado ya que representan derechos sobre bienes ya existentes y muy líquidos. Como se puede apreciar encaja *grosso modo* en nuestra descripción de liquidez constituyendo un caso particular: asume que la colateralización de las deudas es lo que hace que su riesgo de crédito sea reducido puesto que en caso de impago, el titular obtiene la propiedad de un bien de consumo muy demandado y por lo tanto fácilmente liquidable sin pérdida. Además, el hecho de que sean deudas auto-liquidables, es decir, que no necesiten de renovaciones continuas de deudas a corto plazo implica que el deudor tampoco se encuentra en una posición ilíquida¹⁷.

b) Shiftability Doctrine: basada principalmente en la obra de Moulton (1918a, 1918b y 1918c). En su serie de artículos para el *Journal of Political Economy*, empezó analizando los préstamos a corto plazo que tenían los bancos en sus balances y llegó a la conclusión de que aunque eran a corto plazo, en realidad debían seguir siendo renovados continuamente para no poner en peligro la viabilidad del deudor, por lo tanto no podían ser calificados como líquidos. Dada esta situación, los bancos debían tener también activos altamente negociables, independientemente de su vencimiento, que pudiesen liquidar en caso de que sufriesen una pérdida significativa de pasivos. Esta doctrina coincide con el concepto de negociabilidad descrito anteriormente y que ya sabemos que no es fiable, a pesar de ello en la actualidad es la única teoría sobre liquidez existente tanto en el

¹⁷ Fekete (2005: 3) resume perfectamente esta línea de pensamiento: “*El Principio de Liquidez* afirma que los activos que devenguen interés de los bancos comerciales deben consistir en papel auto-liquidable sobre bienes de consumo moviéndose del productor al mercado”.

ámbito teórico como en el práctico como veremos en el siguiente apartado¹⁸.

IV. CONSECUENCIAS TEÓRICAS DE LA CONFUSIÓN ENTRE LIQUIDEZ Y NEGOCIABILIDAD

“Liquidez equivale a transmisibilidad”¹⁹

Como vimos anteriormente, a partir del trabajo de Moulton, empezó a confundirse liquidez con negociabilidad (transmisibilidad en su artículo) llegando hasta la situación actual donde ha dejado de existir diferencia alguna entre ambos conceptos. Así por ejemplo en el estudio sobre la literatura económico sobre la relación entre liquidez y precio de los activos llevada a cabo por Amihud, Mendelson y Pedersen (2005, 1) leemos lo siguiente: “Dicho de manera simple, la liquidez es la facilidad de operar un activo”. Resumido muy brevemente concluyen que a mayor iliquidez (menor negociabilidad según nuestro criterio) mayor será el retorno exigido por el inversor.

No obstante, en este apartado vamos a hacer especial hincapié a la descripción de liquidez según el conjunto de reformas elaboradas por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea como respuesta a la crisis financiera de finales de la década de 2000, comúnmente conocidas como Basilea III.

El principal objetivo en el apartado de la liquidez de Basilea III es mejorar la posición de liquidez del sistema bancario y para ello ha diseñado dos indicadores: el Coeficiente de Cobertura de Liquidez (LCR en sus siglas en inglés) por el que los bancos “deben mantener suficientes activos de alta liquidez para resistir 30 días en un escenario de financiación bajo tensión especificado por los supervisores”

¹⁸ Berle y Pederson (1934: 48-69) distinguen entre liquidez real y artificial para referirse a las dos escuelas de pensamiento, en general preferimos dejar el término liquidez artificial para esquemas como el descrito en la nota 17.

¹⁹ Moulton (1918c, 723).

BIS (2010, 3) y el Coeficiente de Financiación Estable Neta (NSFR en inglés) cuyo objetivo es “promover cambios estructurales en el perfil de riesgo de liquidez de las instituciones para que se alejen de descalce generados por pasivos a corto plazo y se dirijan a fuentes de financiación más estables y a largo plazo” BIS (2010, 25).

- LCR es definido como:

$$\frac{\text{Stock de activos líquidos de alta calidad}}{\text{Salidas de caja netas totales durante los próximos 30 días}}$$
, según Basilea III, el $LCR \geq 100\%$. Se puede apreciar que el LCR es un indicador que mide la posición de liquidez de un agente sobre sus pasivos más a corto plazo, aquellos que vencen en los siguientes 30 días.

Empezamos analizando la descripción que Basilea III hace sobre el numerador, es decir, su definición de activos líquidos de alta calidad. Como no podía ser de otra forma, la liquidez se equipara a negociabilidad: “Los activos son considerados altamente líquidos si pueden ser fácil e inmediatamente convertidos en efectivo con una pérdida mínima o inexistente” (BIS 2010, 5).

Además, existe un problema añadido ya que al estar todos los bancos obligados a tener el mismo tipo de activos *listos para ser liquidados* en caso de crisis financiera, lo único que se conseguiría es inundar el mercado con dichos activos en los momentos en los que menos compradores existen. Por último y más importante no tiene en cuenta el proceso por el que la degradación de la liquidez de los agentes conducirá a episodios de auge y crisis en los que se darán períodos de liquidación generalizada en la que entre otros efectos, el valor de los activos a largo plazo que financien malas inversiones tenderá a sufrir grandes pérdidas tal y como describe Rallo (2011). Por el contrario, usando el criterio de liquidez clásico esta situación no se daría, volviendo a Palyi ([1936] 1984, 6): “liquidez significa preparación para evitar la liquidación”.

Pasando al denominador, no es este el lugar para analizar si es posible anticipar las salidas de caja futuras de los pasivos más líquidos que tiene un banco: los depósitos a la vista y calcular qué porcentaje del pasivo será renovado en el futuro, estando ambas

variables altamente correlacionadas. Baste decir que la respuesta es no tal y como explica Huerta de Soto (1998: 305-313).

- NSFR. Este coeficiente impone un “importe mínimo aceptable de financiación estable en función de las características de liquidez de los activos y actividades de la institución a lo largo de un horizonte temporal de un año”, como consecuencia de su implantación, se mejorará la liquidez de los bancos “eliminando desajustes de financiación a corto plazo y fomentando una financiación de los activos y actividades de negocio más estable y a más largo plazo” (BIS 2010: 28). ¿Y en qué consiste una financiación estable? Pues en los fondos propios, los pasivos con vencimiento mayor de un año y aquellos que aunque tengan un vencimiento menor, se espera que sean renovados, éstos últimos ponderados entre el 50% (financiación mayorista) y el 90% (depósitos a la vista y a plazo realizados por inversores minoristas que se espera que sean renovados).

La cantidad de financiación estable requerida para cada banco se calcula ponderando los activos que posee en su balance por un coeficiente (llamado factor RSF) que aumenta cuanto menos negociable se considera, según se explica: “Los factores RSF asignados a los diversos tipos de activos son parámetros que pretenden aproximar el importe de un activo concreto *que no podría monetizarse de forma prolongada mediante su venta o su utilización como garantía* de una operación de financiación garantizada en caso de producirse un evento de liquidez que durara un año” (énfasis en el original) BIS (2010: 32).

V. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DURANTE LA CRISIS FINANCIERA (2007-2012): CÉDULAS HIPOTECARIAS Y ABS

En este apartado vamos a estudiar resumidamente cuatro casos donde la confusión entre liquidez y negociabilidad se plasmó en unos activos en particular: cédulas hipotecarias y ABS. De diferentes formas, constituyen unos buenos ejemplos de este error ya que am-

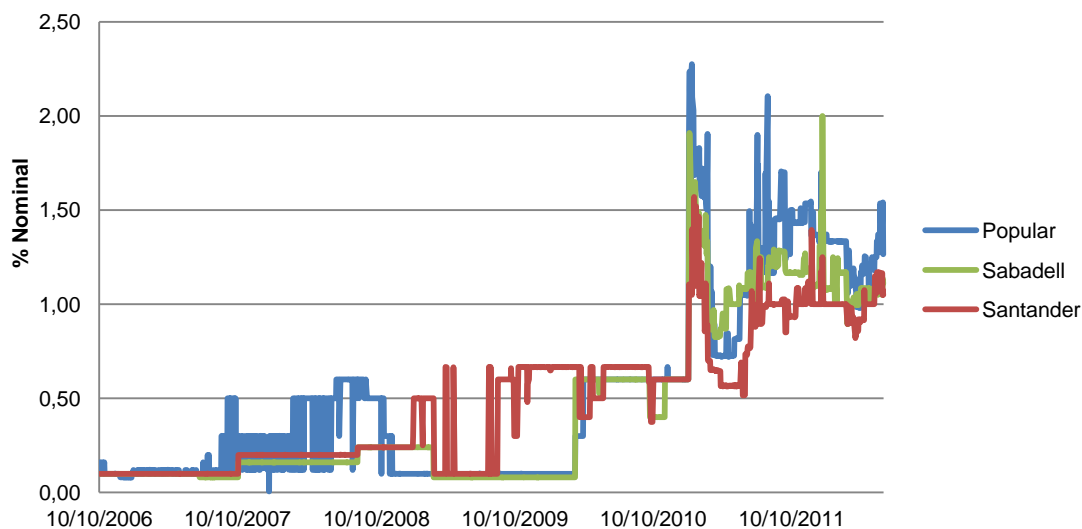
bos se consideraban como unos de los activos más líquidos por excelencia antes del inicio de la crisis. No se trata de validar o invalidar una teoría sino de ilustrar las consecuencias reales que tiene no distinguir entre un activo líquido y uno negociable.

a) Cédulas hipotecarias son el formato español de los covered bonds, bonos de entidades financieras que además del respaldo del emisor, tienen una garantía en forma de conjunto de hipotecas a cuyos flujos tiene derecho el propietario de la cédula en caso de quiebra. Son uno de los activos aún considerados como más líquidos por los reguladores bancarios. Hemos seleccionado tres emisiones de cédulas españolas: la cédula de Popular con cupón 4% y vencimiento 18/10/16, la Sabadell 3.25% 15/06/15 y la Santander 4.5% 29/07/16 y obtenido su *bid/offer* histórico²⁰, las tres cédulas tenían la calificación de Aaa por Moody's al principio del período de observación lo que, de acuerdo con la regulación bancaria debía convertirlos en activos líquidos.

Como se puede apreciar en el Gráfico 1 hasta aproximadamente el verano de 2007 cualquier análisis de su negociabilidad *pasada* habría indicado que se trataba de activos altamente negociables, no obstante, el deterioro de las perspectivas de repago que surgió durante la crisis hizo que la horquilla se ampliase desde un 0,10% del nominal hasta aproximadamente 1,25% y llegando a máximos de hasta el 2,20%, 22 veces el *bid/offer* inicial.

²⁰ La información proviene de Bloomberg y consiste en precios solamente indicativos por lo que el *bid/offer* real es mayor que el representado, especialmente en situaciones de stress de mercado.

Gráfico 1 - Bid/Offer Cédulas Hipotecarias 06/2006 - 06/2012



Fuente: Bloomberg

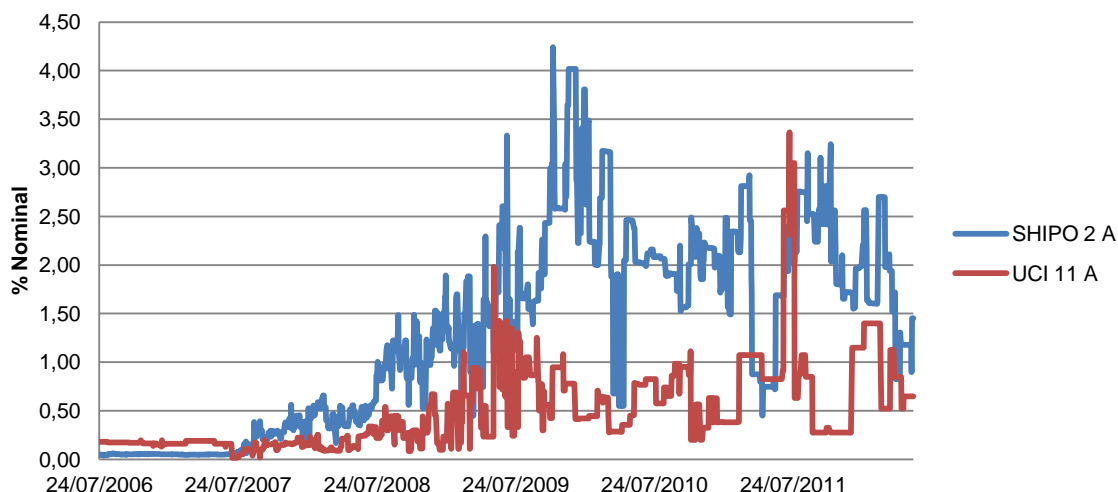
b) Asset Backed Securities o ABS, básicamente consisten en bonos cuyos flujos provienen de un conjunto de derechos de cobro generalmente a largo plazo (sobre hipotecas residenciales, hipotecas comerciales, préstamos para la compra de coches...). Para un mismo *pool* de activos, se emiten diferentes tramos de bonos con diferente orden de prelación, los *senior* son los primeros en recibir los flujos, más tarde los *mezzanine* y el que cobra el último *equity*. Tienen un mayor riesgo de crédito que las cédulas al no contar con la garantía de una entidad financiera, sólo la de los activos que forman el *pool*.

El hecho de agrupar y estandarizar una gran cantidad de activos poco negociables sí que consigue un conjunto más negociable que las partes *pero eso no significa que su liquidez haya cambiado*. Además sigue siendo un error usar la negociabilidad pasada como medida de negociabilidad futura. En el gráfico 2 se puede ver el *bid/offer* indicativo de los tramos *senior* (con menor riesgo de crédito) de dos titulizaciones hipotecarias españolas²¹ desde mediados de 2006

²¹ En el caso del SHIPO 2 A el 50% de sus hipotecas tienen un vencimiento entre 2034 y 2035. <http://www.cnmv.es/Portal/ANCV/ISIN.ASPX?isin=ES0382042002>.

con un perfil similar, aunque mucho más volátil, que el de las cédulas hipotecarias.

Gráfico 2 - Bid/Offer ABS 06/2006 - 06/2012



Fuente: Bloomberg

Tanto los ABS como las cédulas parecían activos muy “líquidos” hasta mediados de 2007, con elevadas calificaciones crediticias y una alta negociabilidad. No obstante, a partir de un momento perdieron su negociabilidad y por lo tanto dejaron de ser líquidos tal y como hoy se interpreta ese concepto. Los ABS y las cédulas analizadas eran emisiones con vencimientos lejanos y flujos muy dependientes del ciclo económico, un correcto análisis de sus flujos junto con una buena teoría del ciclo habrían hecho ver que su elevada negociabilidad no era más que un espejismo.

Para la titulación UCI 11, alrededor del 76% vencen entre 2033 y 2034.
<http://www.cnmv.es/Portal/Consultas/Folletos/FolletosEmisionOPV.aspx?isin=ES0338340005>.

VI. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo hemos intentado explicar por qué liquidez y negociabilidad son dos fenómenos distintos, aunque interrelacionados, y cómo en la actualidad han sido confundidos hasta el punto de que sólo el último es reconocible. De alguna forma, el énfasis en la negociabilidad ha llegado al punto de hacer olvidar el significado clásico de liquidez, no obstante, esto no significa que las causas por las que un activo es más líquido que otro hayan desaparecido. Al contrario, hemos podido ver con algunos ejemplos cómo la negociabilidad de los activos ilíquidos puede desaparecer rápidamente, especialmente cuando más necesaria es. Aunque la explicación de este segundo proceso corresponde más a la teoría del ciclo y se escapa del objetivo de este trabajo, sí esperamos haber podido ayudado a explicar el primero a través de un criterio teórico que ayude a distinguir la liquidez de los activos financieros.

Esperamos que con este trabajo, sea más fácil entender el error contenido en noticias como la siguiente publicada en Reuters el 28 de marzo de 2008²²: “Citi dice que Lehman tiene abundante liquidez”.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, B.M. ([1917] 1999): *The Value of Money*, Grove City, PA, Libertarian Press.

AMIHUD, Y., MENDELSON, H. and PEDERSEN, L.H. (2005): «Liquidity and Asset Prices», *Foundations and Trends in Finance*, Vol. 1, no. 4, 269-364.

²²Citi says Lehman has ample liquidity | Reuters; www.reuters.com/article/2008/03/28/us-lehman-research-citigroup-idUSBNG27698520080328

BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS) (2010): «Basilea III: Marco internacional para la medición, normalización y seguimiento del riesgo de liquidez».

BERLE, A.A. y PEDERSON, V. (1934): *Liquid Claims and National Wealth: An Explanatory Study in the Theory of Liquidity*, New York, NY, The Macmillan Company.

BÖHM-BAWERK, E. von. ([1888] 2007): *Capital and Interest. Volume II: Positive Theory of Capital*, Auburn, AL, Ludwig von Mises Institute.

FEKETE, A.E. (1996): «Wither Gold?»

<http://www.professorfekete.com/articles%5CAEFWhitherGold.pdf>

– (2005): «The seventh pillar of sound money and credit»,

<http://www.professorfekete.com/articles%5CAEF7thPillarOfMoneyAndCredit.pdf>

HUERTA DE SOTO, J. (1998): *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Madrid, Unión Editorial.

– (2010): *Socialismo, Cálculo Económico, y Función Empresarial*. Madrid, Unión Editorial.

MENGER, C. ([1871] (2007)): *Principles of Economics*, (trans.) James Dingwall and Bert F. Hoselitz, Auburn, AL: Ludwig von Mises Institute.

– (1888): «Zur Theorie des Kapitals», *Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik*».

– ([1892] 2009)): *The Origins of Money*, Auburn, AL, Ludwig von Mises Institute.

MISES, L. von. ([1912] 1953): *The Theory of Money and Credit*, New Haven, CT, Yale University Press.

– ([1949] 1996): *Human Action: A Treatise on Economics*, Auburn, AL, Ludwig von Mises Institute.

MOULTON, H.G. (1918a): «Commercial Banking and Capital Formation I», *The Journal of Political Economy*, Vol. 26, nº5, pp. 484-508.

– (1918b): «Commercial Banking and Capital Formation II», *The Journal of Political Economy*, Vol. 26, nº6, pp. 638-663.

– (1918c): «Commercial Banking and Capital Formation III», *The Journal of Political Economy*, Vol. 26, nº7, pp. 705-731.

PALYI, M. ([1936], 1984): «Liquidity», *Comittee for Monetary Research and Education*.

RALLO, J.R. (2011): *Una aplicación de la teoría del ciclo económico desde la perspectiva de la Escuela Austríaca a la Gran Recesión*, Tesis para la obtención del grado de Doctor, Universidad Rey Juan Carlos.

RIST, C. ([1938] 1966): *History of Monetary and Credit Theory*, New York, Augustus M. Kelley.

SMITH, A. ([1776] 2003): *An Inquiry into the Nature and Cases of the Wealth of Nations*, Nueva York, NY, Bantam Dell.

*Panel de Políticas Públicas,
dirigido por Adrià Pérez Martí*

EFICIENCIA SOCIAL Y EDUCACIÓN AFECTIVO-SEXUAL

CARMEN GONZÁLEZ MARSAL

Resumen: La eficiencia social, entendida como la capacidad de la sociedad para impulsar la creatividad de las personas y la coordinación entre ellas, requiere una serie de principios morales que guíen la acción de las personas, entre los que se encuentran los relativos a la afectividad y sexualidad. En primer lugar, el presente trabajo analiza la moral sexual y su transmisión de generación en generación desde la perspectiva de la eficiencia dinámica. Posteriormente se centra en la situación actual de intervencionismo público en la educación afectivo-sexual en España. Y finalmente propone algunas medidas para mejorar la eficiencia social en relación con la educación afectivo-sexual.

Palabras clave: Eficiencia social, eficiencia dinámica, educación, educación sexual, moral.

I. EFICIENCIA DINÁMICA Y EDUCACIÓN AFECTIVO-SEXUAL

1. Eficiencia dinámica y moral

La eficiencia dinámica de la sociedad, entendida como su capacidad para impulsar la creatividad de las personas y la espontánea coordinación entre ellas, requiere no sólo un marco ético mínimo compartido por todos y respaldado por el Derecho -a saber, respeto a la

vida, propiedad privada y cumplimiento de los contratos-, sino también una serie de principios morales que guíen la acción humana¹.

La moral ha surgido consuetudinaria y evolutivamente a lo largo del tiempo como un conjunto de pautas de comportamiento seguidas por las personas que orientan su actuar hacia la búsqueda y realización del bien, es decir, indican el camino de la acción virtuosa. Estas normas morales están insertas en la naturaleza humana, pero no han sido completamente conocidas desde el origen del género humano, ni deliberadamente buscadas en un determinado momento histórico. Tampoco ha habido una persona que las haya dictado, ni han sido fruto del acuerdo expreso de un grupo.

Por el contrario, las reglas morales se han ido reconociendo, desarrollando y concretando con el paso del tiempo, a través de un complejo proceso de descubrimiento de los principios que impulsan al ser humano a hacer el bien. Así ha aparecido el acervo moral de la sociedad, que se va completando, depurando y transmitiendo de generación en generación. Esta experiencia acumulada a lo largo de la historia de la humanidad encierra un enorme volumen de conocimiento que resulta inabarcable para el entendimiento humano, de tal forma que el hombre puede ser capaz de comprender las normas morales, pero la totalidad de la información que ha dado lugar a ellas le sobrepasa.

Las pautas morales se comunican a lo largo del tiempo por medio de determinadas instituciones sociales que permiten que las personas reciban y puedan internalizar estos principios, haciéndolos suyos y siguiéndolos en su actuar. Cada cual es libre de asumirlos a través del oportuno proceso de aprendizaje e integración en la vida como guía del proceder, o bien de rechazarlos y actuar en sentido opuesto. Esta disyuntiva es condición indispensable de la acción

¹ De acuerdo con HUERTA DE SOTO, J.: "La teoría de la eficiencia dinámica", *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, vol. 1, n. 1, 2004, pp. 11-71, especialmente pp. 26-59.

humana ya que sin la facultad de obrar de una forma o de otra el comportamiento no sería deliberado y por ende no habría acción humana como tal².

Para que una persona actúe moralmente es preciso que tenga la capacidad de decidir y obrar de un modo u otro, es decir, que actúe libremente. La moral requiere de este espacio de la libertad en el que en cada acción la persona elige el fin que persigue y los medios que emplea para ello. Sólo en un entorno de libertad es posible desarrollar la innata creatividad humana necesaria para integrar los principios morales a través de acciones concretas en las particulares circunstancias de cada momento. Además el libre ejercicio de la acción humana permite el progreso de la sociedad en la profundización y el perfeccionamiento de las pautas morales que se transmiten y asumen personalmente de generación en generación.

El actuar moralmente afecta a otros por cuanto la persona está naturalmente inmersa en un complejísimo proceso de interacciones humanas al que llamamos sociedad³. En este dinamismo de relaciones interpersonales la acción moralmente buena reconoce al otro y le permite comunicarle un bien. Toda vez que el otro acepte recibir ese bien que se le ofrece, ambas personas habrán coordinado su comportamiento libre y pacíficamente por medio del bien compartido.

² «La acción humana es una conducta consciente, movilizadora de voluntad transformada en actuación, que pretende alcanzar precisos fines y objetivos», VON MISES, L.: *La acción humana. Tratado de economía*, Unión Editorial, Madrid, 10ª edición, 2011, p. 15.

³ Entendida como «un *proceso* (es decir, una estructura dinámica) de tipo *espontáneo*, es decir, no diseñado conscientemente por nadie; *muy complejo*, pues está constituido por millones y millones de personas con una infinita variedad de objetivos, gustos, valoraciones y conocimientos prácticos, todos ellos en continuo cambio; *de interacciones humanas* (que básicamente son relaciones de intercambio que a menudo se plasman en precios monetarios y siempre se efectúan según unas normas, hábitos, o pautas de conducta); movidas e impulsadas todas ellas por la *fuerza de la función empresarial*, que constantemente *crea, descubre y transmite* información o conocimiento, *ajustando y coordinando* de forma *competitiva* los planes contradictorios de los seres humanos, y haciendo posible la vida en común de todos ellos con un número y una complejidad y riqueza de matices y elementos cada vez mayores», HUERTA DE SOTO, J.: *La Escuela Austríaca. Mercado y creatividad empresarial*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000, p. 48.

De esta forma, las normas morales libremente asumidas por la persona que actúa son dinámicamente eficientes puesto que facilitan su concreción creativa en acciones excelentes y tienen efectos de coordinación social.

Este ajuste mutuo tiende a animar tanto a las personas implicadas como a quienes ven o perciben de algún modo ese bien, a construir más acciones moralmente buenas y así vivir relaciones armoniosas con los demás. A través de las acciones virtuosas podríamos decir que el bien "se expande", de modo que el sujeto que actúa así no sólo progresa moralmente y coordina su comportamiento con el de aquellos con quienes se relaciona, sino que a la vez impulsa el desarrollo de la capacidad creativa de los demás en la integración de las pautas morales por medio de acciones excelentes, con el consiguiente efecto de coordinación social libre y pacífica.

2. Moral sexual, creatividad y coordinación

Dentro de la moral se encuentran las normas relativas a la afectividad y sexualidad, que tocan el espacio más íntimo de la persona y tienen consecuencias sumamente importantes para toda la sociedad, ya que influyen en la forma de comprenderse a sí mismo, el establecimiento de nuevas familias y la generación de nuevos seres humanos. Se trata de pautas relacionadas con el modo de entender el propio ser corporal y la intimidad, de reconocer, interpretar e integrar los sentimientos, emociones y pasiones, y de vivir las relaciones interpersonales para buscar y hacer el bien y así lograr una vida feliz.

Los principios de la moral sexual fomentan el desarrollo de la innata creatividad humana en la comunicación afectiva con los demás, esto es, en la integración de los afectos a través de acciones en las que se comparten bienes con los otros. De esta forma, en las acciones virtuosas el afecto que mueve al sujeto es dirigido al encuentro con una persona a través del bien que genera la unión. La moral sexual, por lo tanto, favorece espontáneamente la coordinación in-

terpersonal en un ambiente de libertad y concordia mediante este continuo dar y recibir bienes en el caminar con los demás.

Para lograr llegar a otras personas, conocerlas y dejarse conocer por ellas, aceptarlas y ser aceptado, comprenderlas y ser comprendido, es preciso buscar creativamente nuevas formas de manifestarse, de expresar los afectos, deseos, ideas, expectativas, esperanzas..., de acceder al mundo afectivo de los demás y de comunicarse con ellos. En esta búsqueda continua de la comunicación creativa las personas se expresan a través de diferentes "lenguajes", que podrían diferenciarse entre el lenguaje verbal, los detalles materiales, la *servicialidad*, la dedicación de tiempo en exclusiva a la otra persona y el contacto físico⁴.

El desarrollo de la comunicación afectiva según las pautas morales en un entorno de libertad acerca a las personas, al permitir que cada uno descubra y emplee los medios que considere más adecuados para relacionarse con los demás. De este modo surge espontáneamente un proceso dinámico en el que las personas se comunican y al profundizar en el conocimiento mutuo son capaces de percibir cada vez más y mejor cómo se encuentran los otros, qué necesitan, qué les alegraría, etc. Y por la propia lógica de la relación afectiva, las personas tienden a abrirse y actuar hacia la unión que generan los bienes compartidos, satisfaciendo las necesidades más personales de los demás, tales como la de ser escuchado, sentirse comprendido, respetado, valorado y admirado... en una palabra, el anhelo de ser amado.

A lo largo de este recorrido de relación con otras personas, en el proceso de crecimiento y maduración afectiva, al mismo tiempo que se ajustan los comportamientos individuales, surge dinámicamente la novedad del "nosotros". La comunicación afectiva de dos personas orientada por la moral da el fruto de la aparición de un nuevo "nosotros" a partir de los dos "yoes" de los sujetos que actúan. Esta unión se desenvuelve poco a poco al ir dando forma a espacios co-

⁴ CHAPMAN, G.: *Los cinco lenguajes del amor*, Editorial Unilit, Miami, FL, 2011.

munes, descubriendo afectos y deseos compartidos, preparando proyectos en común, etc.

Este "nosotros" se concreta creativamente en cursos de acción elegidos y realizados en común, no como una fusión indiferenciada de las personas implicadas, ni como una reducción a la nada de una de ellas que resulta dominada por la otra, sino en una auténtica unión personal en continuo ajuste y expansión en la que ambos ofrecen y acogen, dan y reciben los bienes que comparten. El dinamismo del encuentro interpersonal en la comunicación afectiva es altamente coordinador, pues a la iniciativa individual de cada uno se añade el impulso de las acciones decididas y llevadas a cabo conjuntamente persiguiendo un fin común, abriéndose paso así a la cooperación entre estas personas.

3. Matrimonio y eficiencia dinámica

La mayor unión interpersonal es aquella en la que no sólo se comparten determinados bienes, sino que se entregan y acogen recíprocamente ambas personas. Esta unión es incomparable a cualquier otra porque su unicidad reside en que el bien que se comparte es la propia vida, el pasado, el presente y el incierto futuro. Ya no se trata de dar y recibir bienes, sino de *darse* y *recibirse* mutuamente de por vida, trabajando diariamente en la construcción creativa del hogar común. De esta forma, el hombre y la mujer concretan su libertad en la opción fundamental del compromiso recíproco del don de sí, que exige una perseverante disposición a la cooperación, plasmada activamente en un proceso de ajuste y adaptación sin límites.

Los esposos se introducen así en una dinámica en la que tienen por delante un inmenso horizonte de posibilidades por descubrir y construir juntos, pues cuanto más se conozcan y más íntima y de mayor calidad sea su comunicación, mayor será su capacidad de percibir las necesidades del otro y actuar creativamente para satisfacerlas. Esta específica unión personal –que ha sido denominada "comunidad de personas"–, requiere el ejercicio de la creatividad

humana para profundizar en el don y acogida mutua, haciendo al otro cada vez más partícipe en la propia vida, al mismo tiempo que es estímulo para su desarrollo a través de nuevas acciones creativas.

El don de sí implica la unión total del hombre y la mujer, expresada a través de su corporalidad en la relación sexual. La sexualidad llama a la comunicación con el otro y necesita de él para expresarse en plenitud, invita a salir de uno mismo para ir al encuentro del otro, y es justamente en la unión con él donde puede vivirse en totalidad⁵. Para que la unión sexual no sea mera conjunción de cuerpos, sino auténtico encuentro personal, es necesario poner en práctica la creatividad, comunicándose afectivamente e integrando todos los dinamismos de la persona hacia el bien de la unión con el otro. El impulso sexual orientado por la moral es esencialmente coordinador, puesto que constituye la tendencia humana de mayor carácter social⁶.

Esta paradigmática unión personal del hombre y la mujer constituye el fundamento de la institución del matrimonio y la familia. En la cooperación con el otro en el desarrollo de la comunión de personas se da una suerte de sinergia, de tal forma que de la acción de las dos personas surge algo mayor que la suma de sus acciones individuales, se crea algo que les sobrepasa. La formación de una familia expande ese nuevo "nosotros" y tiende a ser fuente de creatividad, puesto que el hombre y la mujer construyen su nuevo día a día de la vida en común, trabajan su propio estilo familiar de comunicación, relaciones familiares, sociales y laborales, organización de la tareas domésticas, profesionales y culturales, etc.

Desde su inicio la familia contiene la novedad de las relaciones a las que da origen la unión de vida del hombre y la mujer. En pri-

⁵«A diferencia de otras funciones biológicas, la función sexual humana goza de un carácter absolutamente peculiar: necesita de otro para poderse expresar cabalmente», D'AGOSTINO, F.: *Filosofía de la familia*, Rialp, Pamplona, 2006, p. 196.

⁶«De todos los impulsos, inclinaciones y tendencias "naturales" del ser humano, el deseo sexual fue y sigue siendo el más irrefutable, obvia y unívocamente *social*», BAUMAN, Z.: *Amor líquido*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2011, p. 59.

mer lugar, la *esponsalidad*, y posteriormente en muchos casos paternidad y maternidad, filiación y fraternidad. Estas nuevas relaciones brindan a las personas implicadas la oportunidad de aprender a integrar los principios morales a través de la realización de acciones excelentes y de este modo profundizar y crecer en la armoniosa coordinación familiar.

El culmen de la creatividad humana y familiar es, sin duda alguna, la procreación, la capacidad de engendrar vida y acoger a los hijos⁷. El encuentro sexual del hombre y la mujer puede dar lugar al inicio de una nueva vida humana, una creación absolutamente distinta a la realidad anterior del padre y de la madre, que supera infinitamente las aportaciones personales que ambos han realizado. El desarrollo de este nuevo ser humano en el seno materno, surgido de la unión de sus padres, es como una explosión de creatividad que sigue su curso propio sin que ellos vuelvan a intervenir, llegando incluso en el futuro a poder desarrollar su innata y personal capacidad creativa.

4. Educación afectivo-sexual familiar y eficiencia dinámica

Al aumentar la familia con la llegada de los hijos, los padres se enfrentan al reto de su educación, una oportunidad única de acompañar personalmente a sus hijos en su crecimiento afectivo, intelectual, físico, social y espiritual, que los padres podrán vivir desarrollando al máximo su potencial creativo para conocerles y así poder comprenderles y motivarles adecuadamente para que avancen en su recorrido educativo. La educación en la moral sexual requiere que los padres actúen creativamente, percibiendo los cambios y las necesidades de cada uno de sus hijos a lo largo de su crecimiento y

⁷«Sin miedo a exagerar podemos afirmar que uno de los momentos en que se expresa con más potencia la creatividad del ser humano es en la experiencia de la paternidad», VIVES, L.: "La familia, minoría creativa", en GRANADOS, L. y DE RIBERA, I. (eds.): *Minorías creativas*, Monte Carmelo, Burgos, 2011, p. 190.

adaptándose a ellos para abrir espacios de comunicación en los que acompañarles en el descubrimiento de su corporeidad e intimidad y ayudarles a integrar su afectividad.

De este modo, los niños reciben la tradición de la institución de la moral, que les permite reconocer e integrar de forma natural su sexualidad, aprender a comunicarse con los otros, a expresarse afectivamente y comprender el lenguaje de los demás, a percibir cómo se encuentran y qué necesitan. Allí donde nacen y crecen los niños rodeados de sus padres, hermanos y demás familiares, es donde naturalmente se transmite e interioriza la moral sexual. En este entorno familiar los niños y adolescentes van descubriendo el sentido y significado de su sexualidad, hasta poder llegar a comprender la grandeza y unicidad de la comunión de personas fruto del don total de sí en la institución del matrimonio.

En la familia, al ser naturalmente el núcleo y primer entorno de relaciones interpersonales, así como la unidad más fundamental de cooperación social⁸, los niños aprenden desde pequeños a vivir en sociedad y a ajustar su actuación a las necesidades de los demás. Gracias a la relación con sus hermanos o primos descubren que no son los únicos que tienen necesidades y requieren la atención de los padres, sino que existen otros que están en una situación similar a la suya. También toman conciencia poco a poco de las consecuencias que sus actos tienen en los demás y diferencian los comportamientos que favorecen el acercamiento y la ayuda mutua de los que crean enfrentamientos y discordias. Asimismo, los niños aprenden a compartir bienes y actuar coordinadamente con los demás miembros de la familia, uniendo sus esfuerzos y poniendo los medios para que el desarrollo de las relaciones familiares sea lo más profundo y armonioso posible.

⁸ «Just as the market is a system of social cooperation, so too is marriage the most basic and fundamental unit of social cooperation», ROBACK MORSE, J.: "The limited-government case for marriage", en *Indivisible*, The Heritage Foundation, Washington (DC), 2009, p. 32.

La asimilación de las pautas de la moral sexual por el hijo adolescente implica el ejercicio de su libertad al apreciar el bien de lo que sus padres le transmiten e incorporarlo dinámicamente a su vida como guía de su actuar. Sólo así es posible que los adolescentes actúen moralmente y desarrollen su innata creatividad en la concreción de esos principios morales recibidos en cada circunstancia. Asumir las normas morales sobre afectividad y sexualidad requiere poner en movimiento la capacidad creativa personal para construir relaciones de auténtico encuentro y comunicación interpersonal.

5. Iniciativas sociales de educación afectivo-sexual

La transmisión de la moral sexual en la familia no sólo promueve la creatividad y coordinación dentro de la propia institución familiar, sino que impulsa también la comunicación de cada uno de los miembros de la familia con otras personas, y de la familia como ese "nosotros" con otras familias. En este sentido, si los padres consideran oportuno buscar el apoyo de otras personas en el proceso de educación de sus hijos en la afectividad y sexualidad, se reunirán con otras familias, formarán una asociación, acudirán a una iniciativa educativa que ofrezcan otras personas, a una institución religiosa...

Así, la capacidad creativa de los padres desarrollada ante el reto de la educación de sus hijos en la moral sexual puede dar lugar a asociaciones de iniciativa privada que favorezcan la tarea educativa de la familia, aunando esfuerzos y ayudándose mutuamente a crecer en la unión familiar. Al poner en común voluntariamente el trabajo y la creatividad de diferentes familias que persiguen fines comunes, en estas agrupaciones de la sociedad civil se desempeña una importante actividad de cooperación interpersonal, tendiendo a aumentar la eficiencia dinámica de la sociedad en su conjunto.

Por otro lado, el proceso de transmisión de los principios de la moral sexual de padres a hijos, la mutua colaboración entre familias a través de estas iniciativas sociales, así como la asunción libre y

personal de las pautas morales por los adolescentes, permiten el continuo desarrollo espontáneo y evolutivo de la propia moral sexual. Con el transcurso del tiempo y el libre ejercicio de la acción humana creativa en la comunicación afectiva, aumenta el inmenso volumen de información sintetizado en las normas de la moral sexual y continúa el proceso de descubrimiento, compleción y depuración de los principios y costumbres relativos a la vivencia de la afectividad y sexualidad, así como su concreción ante los nuevos desafíos de cada momento.

Para que este desarrollo consuetudinario y evolutivo de la moral sexual pueda seguir su curso es necesario que el espacio familiar donde los padres comunican creativamente estos principios a sus hijos sea respetado y se mantenga libre del control de terceros y de injerencias por parte del estado. Los padres no sólo son naturalmente los primeros responsables de la educación de sus hijos, sino que además son quienes pueden tener el mayor conocimiento acerca de su personalidad, desarrollo y necesidades, así como de la situación familiar concreta en cada momento, para decidir qué es lo que más les conviene, cómo comunicarse con ellos y educarles en la afectividad y sexualidad.

Es más, la salvaguarda de la capacidad creativa de padres e hijos en la vivencia, transmisión e integración de la moral sexual, y de la cooperación social a la que da lugar, exige el respeto a la libertad de educación de los padres en afectividad y sexualidad. Para no obstaculizar el progreso en las relaciones familiares pautadas y de este modo poder extenderse dinámicamente la ayuda mutua y la consecuente coordinación familiar y social, resulta crucial que tanto el poder político como terceras personas u organizaciones respeten la libertad de educación de los padres, así como de las asociaciones en las que confíen como apoyo a su tarea educativa.

6. Educación afectivo-sexual pública, ineficiencia social y manipulación infantil

Por el contrario, cuando el Estado establece la obligatoriedad de la enseñanza en afectividad y sexualidad está violando la libertad de educación de los padres porque da preeminencia al poder político sobre ellos, al ser él quien fija en régimen de monopolio qué ideas y actitudes se enseña a los niños y adolescentes sobre la sexualidad⁹. De esta forma, el Estado se erige en autoridad moral y entra en la esfera más privada de la vida de los menores, conminándoles a entender su corporeidad, interpretar sus emociones, sentimientos y pasiones, formarse un juicio sobre la procreación y buscar relacionarse con los demás en un sentido elegido con antelación por el poder político.

El intervencionismo estatal en la educación afectivo-sexual dificulta la libre actuación creativa de padres e hijos en el ámbito de la transmisión e interiorización de la moral sexual, lo que entorpece la cooperación social fruto de la comunicación interpersonal desarrollada moralmente. También provoca efectos de descoordinación porque quienes establecen qué principios se enseñan, en qué momento y de qué manera carecen del conocimiento de primera mano de los niños que, sin embargo, sí tienen naturalmente los padres. La educación afectivo-sexual estatal no puede adaptarse a las circunstancias personales de cada niño, tales como su historia, situación familiar, madurez, etc., sino que sus contenidos se enseñan igualmente a todos, con las dañinas consecuencias que esto puede tener para el niño y para la sociedad en su conjunto.

Además, la actividad del Estado como agente moralizante que establece y transmite los principios que deben guiar la conducta sexual trunca el proceso de desenvolvimiento consuetudinario y evolutivo de la moral sexual en la sociedad, iniciado hace miles de

⁹ Sobre la educación en general establecida por el estado en régimen de monopolio ver SORIANO, D.: "El sistema educativo" en RALLO, J.R.: *Un modelo realmente liberal*, Lid editorial, Madrid, 2012, p. 79.

años y continuado de generación en generación hasta nuestros días. Se paraliza así la espontánea profundización, y al mismo tiempo depuración, de los principios que guían la acción de las personas hacia el bien en la comunicación afectiva y la vivencia de su sexualidad.

La educación afectivo-sexual pública no es realmente "educación", sino una auténtica "regulación" más del Estado, que en este caso interviene para controlar el desarrollo individual, familiar y social de los niños, teniendo así la posibilidad de manipularles en beneficio de los intereses de unos pocos. Quienes reciban educación afectivo-sexual pública serán más fácilmente moldeados al antojo de las mayorías políticas de cada momento, puesto que probablemente se entenderán a sí mismos, interpretarán la procreación y las relaciones con los otros y, en último término, tenderán a actuar tal en este ámbito tal y como haya previsto el estado.

La posibilidad de manipular de manera tan sencilla a los niños podría animar al Gobierno a "jugar" a rediseñar la sociedad como si del trabajo de un "ingeniero social" se tratara. En este sentido, a través de la intervención política en la educación afectivo-sexual de los niños, el Estado podría manejar a las personas hasta límites insospechados y, a la larga, llegar a destruir las instituciones sociales fundamentales del matrimonio y la familia, y experimentar produciendo de la nada e imponiendo a los niños nuevos modelos de personalidad y relaciones con los otros.

Al controlar la educación afectivo-sexual, el Estado se extralimita en sus funciones de forma flagrante, porque viola la libertad de educación de los padres y se entromete en las más íntimas esferas de la vida de los niños, lo que cercena su libertad, limita su capacidad creativa, impide que puedan actuar moralmente y, por ende, dificulta el proceso espontáneo de coordinación social, al mismo tiempo que bloquea el desarrollo y perfeccionamiento evolutivo de la moral en el ámbito de la afectividad y sexualidad.

II. INTERVENCIONISMO ACTUAL EN EDUCACIÓN AFECTIVO-SEXUAL

1. Control público de la educación afectivo-sexual

Actualmente en España nos encontramos ante un creciente intervencionismo del poder político en la educación afectivo-sexual. La ley de salud sexual y reproductiva de 2010 comienza estableciendo políticas públicas de salud sexual y reproductiva, entre las que destaca la incorporación al sistema educativo de "educación afectivo sexual y reproductiva" con el objetivo de lograr "la convivencia y el respeto a las opciones sexuales individuales", así como "la responsabilidad en las conductas sexuales, cualquiera que sea la orientación sexual"¹⁰.

El texto legal no define en qué consiste la educación afectivo sexual y reproductiva a la que se refiere, pero de acuerdo con sus disposiciones generales puede interpretarse que se trata de lograr que los alumnos tomen libremente las decisiones que afecten a su vida sexual y reproductiva, para que puedan tener una "vida sexual segura" en "un entorno libre de coerción, discriminación y violencia", incluyendo el ejercicio de "la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos"¹¹.

De nuevo nos encontramos con expresiones imprecisas. ¿Cómo es una "vida sexual segura"? En un primer momento puede parecer que se trata de aquélla en la que todo contacto sexual es libremente aceptado o realizado, sin que medie presión ni violencia alguna. Pero, si profundizamos en la cuestión, ¿no abarcará también el hecho de poder tener relaciones sexuales sin dificultades físicas, psicológicas o afectivas?, ¿o incluso que esas relaciones sean plenamente satisfactorias para las personas que las viven?...

¹⁰LO2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, art. 5.1.a. y 5.2.

¹¹Ídem, arts. 3.1. y 2.b y c.

¿Y cuál es el significado de lo que la ley llama "sexo seguro"¹²? ¿Tener relaciones sexuales con la seguridad de que no se contraerá una enfermedad de transmisión sexual?, ¿la seguridad de no sufrir problemas psicológicos posteriores derivados de la experiencia sexual?, ¿de que no haya consecuencias ni efectos secundarios?, ¿quizá de que en caso de embarazo la madre tenga la seguridad de que el padre también se responsabilizará de la nueva criatura?...

Por otro lado, en la ley tampoco se explica en qué consiste la "no discriminación". ¿Será la imposición a los niños de un igualitarismo sexual que les haga pensar en la igual valoración moral de las relaciones sexuales que impliquen la entrega y acogida recíproca de por vida del hombre y la mujer, de aquellas en las que se usa al otro para obtener la máxima sensación de placer, o de los contactos sexuales entre dos personas del mismo sexo, o entre tres o más personas, o entre personas y animales, o personas y objetos...?

La ley de salud sexual y reproductiva se refiere también a "la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos". Si bien es cierto que no especifica exactamente lo que quiere decir, en el contexto general de la ley parece que considera el aborto –al que dedica la segunda parte de su articulado– un derecho mediante el cual ejercer esa libertad terminando con la nueva vida existente en el interior de la mujer cuando no se quiera tener un hijo en ese momento.

El objetivo del Estado de controlar la educación afectivo-sexual de los niños y adolescentes ha sido claramente expresado en la ley que estamos comentando, pero ya años antes se reguló la enseñanza obligatoria de algunas actitudes y comportamientos relativos a la afectividad y la sexualidad. Así, la ley de educación de 2006 aludió como uno de los fines de la educación al "reconocimiento de la diversidad afectivo-sexual, así como la valoración crítica de las desigualdades, que permita superar los comportamientos sexistas"¹³. Y entre sus objetivos aparecía desarrollar una "actitud contraria a los

¹²*Ídem*, art. 5.1.f.

¹³*Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación*, preámbulo.

estereotipos sexistas" y "conocer y valorar la dimensión humana de la sexualidad en toda su diversidad"¹⁴.

¿Cuál es la "diversidad afectivo-sexual" de la que habla la ley? ¿Se referirá a la posibilidad de tener contacto sexual tanto con personas del otro sexo como del mismo, con varias a la vez o con animales u objetos? ¿Y en qué consisten esos inaceptables "comportamientos y estereotipos sexistas"? ¿Comprenderá esta expresión algunas pautas morales transmitidas de generación en generación tales como la monogamia, la fidelidad matrimonial, la especial dedicación de la madre al recién nacido durante la lactancia...?

2. Educación afectivo-sexual y educación para la ciudadanía

Si bien es cierto que la ley de salud sexual y reproductiva anuncia que se añadirá específicamente "la formación en salud sexual y reproductiva"¹⁵, la actual ley de educación ya había introducido la famosa "educación para la ciudadanía y los derechos humanos"¹⁶, con la ambición de hacer que los alumnos profundizaran en los principios morales personales, incluyendo para ello determinados contenidos de educación afectiva y sexual, entre los que figuraban expresiones no definidas claramente. Así, por ejemplo, se establecía que uno de los objetivos de esta nueva asignatura era rechazar las "discriminaciones existentes por razón de orientación afectivo-sexual" y que los alumnos aprenderían a valorar críticamente "la división social y sexual del trabajo" y los "prejuicios sociales sexistas y homófobos". En la misma línea, el primer criterio de evaluación de esta asignatura consistía en "identificar y rechazar situaciones de

¹⁴*Ídem*, art. 17.m y 23.k.

¹⁵LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, art. 9.

¹⁶Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, arts. 18.3 y 24.3.

discriminación hacia personas de diferente género u orientación afectivo-sexual¹⁷.

Tras el cambio de Gobierno en España a finales de 2011 se modifica el contenido de educación para la ciudadanía¹⁸, eliminando las referencias a la sexualidad, pero se mantienen intactas todas las disposiciones educativas generales, así como las que regulan las demás materias, en las que también se habían introducido conceptos imprecisos relacionados con la educación afectivo-sexual. De esta forma, siguen vigentes las capacidades a desarrollar transversalmente en toda la educación secundaria consistentes en "rechazar los comportamientos sexistas" y "conocer y valorar la dimensión humana de la sexualidad en toda su diversidad"¹⁹, a las que ya nos hemos referido.

Asimismo, entre los criterios de evaluación de la asignatura de biología y geología de 3º se mantiene el de separar la vivencia de la sexualidad de la procreación a través de los métodos anticonceptivos²⁰. Por otro lado, una de las competencias lingüísticas de secundaria pretende que los alumnos utilicen el lenguaje para "la eliminación de estereotipos y expresiones sexistas", a la vez que la asignatura de matemáticas cuenta con el objetivo de "aplicar las

¹⁷Real decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria, BOE, 5-01-2007, pp. 718-719.

¹⁸Real decreto 1190/2012, de 3 de agosto, por el que se modifican el real decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la educación primaria, y el real decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria.

¹⁹Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, art. 23.d) y k).

²⁰«Comprender el funcionamiento de los métodos de control de la natalidad y valorar el uso de métodos de prevención de enfermedades de transmisión sexual. A través de este criterio se intenta comprobar si los alumnos y las alumnas distinguen el proceso de reproducción como un mecanismo de perpetuación de la especie, de la sexualidad entendida como una actividad ligada a toda la vida del ser humano y de comunicación afectiva y personal», Real decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria, BOE, 5-01-2007, p. 698.

competencias matemáticas adquiridas para analizar y valorar fenómenos sociales como la igualdad de género²¹.

A pesar de la modificación de educación para la ciudadanía, actualmente nos encontramos ante una regulación estatal en materia de educación afectivo-sexual. Pero la intromisión del Estado en la vivencia de la afectividad y la sexualidad de las personas y la transmisión de los principios morales relacionados con ella desgraciadamente llega mucho más allá. En los últimos ocho años parece como si el poder político tuviera una obsesión con legislar y modificar la comunicación afectiva y las relaciones sexuales de las personas, pues se ha ido aprobando toda una colección de leyes que regulan las relaciones afectivas y familiares, se entrometen en la sexualidad e intimidad de la persona y la familia y rediseñan instituciones surgidas de forma evolutiva y consuetudinaria a lo largo de siglos²².

III. HACIA LA LIBERTAD DE EDUCACIÓN EN AFECTIVIDAD Y SEXUALIDAD

Ante el panorama descrito de la esencial ineficiencia dinámica de la intervención estatal en la educación afectivo-sexual de los niños y adolescentes, proponemos emprender el camino hacia el restablecimiento de la libertad de educación de los padres en la afectividad y

²¹Ídem, pp. 686 y 752, respectivamente.

²² Se trata de la *Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio*, *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, *Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, *Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica*, *Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, *Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales*.

la sexualidad. Así podrá continuar tanto la evolución de las pautas morales en este ámbito, como el proceso espontáneo de cooperación social al que conduce el desarrollo de la innata capacidad creativa en la comunicación afectiva interpersonal guiada por la moral sexual libremente asumida.

Para ello habría que derogar la legislación relativa a la educación en afectividad y sexualidad cancelar todos los programas y talleres de educación afectivo-sexual públicos²³, así como eliminar las subvenciones de las diferentes administraciones públicas para implementar programas de educación afectiva y sexual.

De esta forma ya no sería el Estado quien establecería e impondría a los niños los principios que guían su conducta sexual, sino que los comportamientos y normas relacionados con la afectividad y sexualidad se transmitirían y aprenderían en la familia y serían únicamente los padres quienes decidirían si asociarse o no a otras familias para apoyarse mutuamente en la educación efectivo-sexual de sus hijos o acudir a las iniciativas sociales de educación afectivo-sexual ya existentes. Así sólo permanecerían los programas e iniciativas sociales de educación afectivo-sexual que fueran demandados por los padres como apoyo en la tarea educativa de sus hijos.

En este sentido, a día de hoy hay numerosas iniciativas de la sociedad civil que apoyan la tarea de los padres ofreciéndoles una ayuda concreta en la educación afectivo-sexual de sus hijos. Es el caso de los programas Teen STAR, Aprendamos a amar, Saber amar, SABE, Protege tu corazón, Aprendiendo a querer, Theology of the Body for Teens, Actio answers, StoryBoarding²⁴, etc.

²³ Como, por ejemplo, el programa del Instituto asturiano de la mujer "Ni ogros ni princesas",

www.institutoasturianodelamujer.com/iam/wp-content/uploads/2010/02/Ni-ogros-ni-princesas_programa.pdf (consultado 15-12-2012).

²⁴www.teenstar.es/inicio.html,

www.desarrolloypersona.org/programas.htm,

www.itepe.ec/sitio/index.cgi?wid_seccion=8&wid_item=74, www.ivaf.org/sabe.htm,

www.protegetucorazon.com,

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Z. (2011): *Amor líquido*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- CHAPMAN, G. (2011): *Los cinco lenguajes del amor*, Editorial Unilit, Miami (FL).
- D'AGOSTINO, F. (2006): *Filosofía de la familia*, Rialp, Pamplona.
- GONZÁLEZ RICO, N. (2006): *Hablemos de sexo con nuestros hijos*, Styria, Barcelona.
- GUARDINI, R. (1997): *Las etapas de la vida. Su importancia para la ética y la pedagogía*, Palabra, Madrid.
- HAYEK, F.A. (2011): *La fatal arrogancia*, Unión Editorial, Madrid.
- HUERTA DE SOTO, J. (2004): «La teoría de la eficiencia dinámica», *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, vol. 1, n. 1, pp. 11-71.
- (2000): *La Escuela Austríaca. Mercado y creatividad empresarial*, Editorial Síntesis, Madrid.
- KUBY, G. (2012): *Die globale sexuelle Revolution. Zerstörung der Freiheit im Namen der Freiheit*, Fe-Medienverlags, Kisslegg.
- LLANO, A. (2010): «Papel del estado y derechos de los padres en la educación sexual y reproductiva», *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, n. 11-12, pp. 319-351.
- LEWIS, C.S. (1970): *Los cuatro amores*, Rialp, Madrid.
- MARTÍNEZ MESEGUER, C. (2012): *La teoría evolutiva de las instituciones. La perspectiva austriaca*, Unión Editorial, Madrid.
- MENGER, C. (2011): *Principios de economía política*, Unión Editorial, Madrid.
- MISES, L. von. (2011): *La acción humana. Tratado de economía*, Unión Editorial, Madrid, 10ª edición, 2011.

www.allianceforfamily.org/es/nuestro-programa,
thetheologyofthebody.com/information/teens,

www.giftandtask.org/GT_Colegios_ActA.html,

www.giftandtask.org/GT_Colegios_STB.html, respectivamente (consultados 20-12-2012).

ROBACK MORSE, J. (2009): «The limited-government case for marriage», en *Indivisible*, The Heritage Foundation, Washington (DC), 2009.

– (2008): *Love & economics*, Ruth Institute Books, San Marcos.

SORIANO, D. (2012): «El sistema educativo» en RALLO, J.R.: *Un modelo realmente liberal*, Lid editorial, Madrid.

VIVES, L. (2011): «La familia, minoría creativa», en GRANADOS, L. y DE RIBERA, I. (eds.), *Minorías creativas*, Monte Carmelo, Burgos, 2011.

EL DERECHO DE CONSUMO: NOTAS SOBRE SU REPERCUSIÓN

IGNACIO ANDRÉS MONDÉJAR

Resumen: El derecho ha servido a los hombres, antes de que se les denominara consumidores y empresarios, en su afán de dar estabilidad, paz y firmeza en sus relaciones, sobre todo y ante todo, en sus relaciones comerciales. Este tipo de derecho entre civiles fue, junto con el derecho penal correctivo, el que espontáneamente surgió en todas las civilizaciones que se quiera mirar. La regulación o las costumbres serán diferentes pero la esencia de esas normas espontáneas sí son equivalentes. Sin embargo, el Estado se ha introducido en numerosas parcelas del derecho de partes destacando aquí el derecho laboral, regulando las normas entre empresarios y trabajadores, y el derecho de consumo, regulando las normas entre empresarios y consumidores. Como ocurre siempre que el Estado regula alguna parcela de las relaciones entre los hombres, al intentar defender a una de las partes, bien sean a las personas en su faceta de trabajadores como a las personas en su faceta de consumidores, acaba perjudicando más a los que inicialmente pretende proteger.

Palabras claves: Derecho, Estado, consumo, regulación, arbitraje.

Como es sabido dentro de la Escuela Austriaca de Economía con el transcurso del tiempo han surgido de forma evolutiva ciertas instituciones como el derecho o el dinero y no es desde luego labor de este trabajo hacer el análisis de la aparición de ellas; pero lo que sí es

cierto es que los hombres en cuanto tales sí se han relacionado entre ellos y a lo largo de sus relaciones han ido formalizando, descubriendo, puliendo, sus propias normas y han sufrido, al menos algunos, las normas que desde fuera les han ido imponiendo los demás. Esas normas entre particulares ha sido lo que en lenguaje habitual jurídico se llama el derecho civil, es el derecho de los particulares, el derecho de las relaciones entre los hombres, y las autoridades sólo en periodos más avanzados han ido formalizando estas normas en los códigos que todos conocemos.

A mí personalmente no me parece mal la formalización, siempre que se respete lo que las partes hacen o siempre que prevean desde un punto de vista material situaciones extrañas a lo que las partes pueden prever. Que el Código Civil establezca unas normas sobre los riesgos de la compraventa, por ejemplo, no es nada impositivo, no es nada coactivo, al revés, es algo realmente tranquilizador y liberador que debería evitar conflictos. Si uno suscribe unas normas civiles que regulan estas situaciones anómalas que surgen en el transcurso de una relación comercial, no tendrán que acudir al criterio arbitrario de un tercero, como en derecho anglosajón, sino que mirarán cuál es la solución que se ha podido dar entre todos y tranquilamente acatar la solución si se quiere, evitando costes y pérdidas de tiempo.

Esto no quita que las partes puedan pactar lo que quieran (dentro de cierto marco como el respeto al derecho de propiedad), que lo pueden y lo deben formalizar, pero realmente no lo suelen hacer, ya que los particulares que venden una vez en su vida una casa por ejemplo o compran tres veces en su vida una lavadora, es difícil que se puedan plantear con el máximo rigor todas las posibles circunstancias que pueden suceder en el devenir de la relación contractual. El derecho ayuda a resolver los conflictos no pactados entre las partes, pero siempre entendido como derecho material, nunca como mandatos que deben seguir las partes sin remedio, sin escape y sin libertad de negociación sobre su propiedad.

Pues bien, ese derecho entre las partes se ha reconocido en la legislación sin especial intervención del Estado hasta época reciente, y aún así se ha seguido respetando incluso hasta la época actual en la relación entre ciudadanos particulares.

Ahora bien, los representantes del Estado comenzaron a buscar desigualdades entre las partes, reales o ficticias, para imponer lo que para ellos es un modelo de sociedad (ingeniería social) y siempre en la inteligencia de que en los contratos celebrados por particulares una de las dos partes no era lo suficientemente libre, no estaba lo suficientemente informada o siendo libre e informada la presión de la otra parte, más poderosa en teoría, hacía que el Estado debiera intervenir para poder ofrecer y establecer mediante un posicionamiento a favor de una de las partes, la igualdad que “realmente” debe existir y que por un motivo u otro la realidad ha hurtado a las partes.

Ese posicionamiento es relativamente reciente, puesto que hasta el siglo XIX las normas eran normas de derecho material, eran normas para todos y normas que no favorecían a nadie en concreto. Cualquiera parte podía estar, sobre todo en los contratos, en una u otra posición y siempre la ley le ampararía, o no, de la misma manera.

Uno de los ámbitos donde primero se dejó influir es en el derecho del trabajo. “La configuración del Derecho de Trabajo como un verdadero sistema normativo se produce en Europa en los años siguientes a la primera guerra mundial”¹, sin perjuicio de que hubiera ciertas normativas anteriores llamadas leyes de fábricas. Ahora bien, eso no quiere decir que antes no hubiera normas que regularan las relaciones de trabajo, pero eran derivadas de lo que se llaman prestaciones de arrendamientos de servicios en las que, como decía, no se favorecía a ninguna de las partes. A partir de ahí el Estado ha buscado las desigualdades reales o supuestas y las ha corregido con mandatos des-

¹ MARTIN VALDEVERDE, A. y otros, Derecho del Trabajo, Madrid, Tecnos, 18ª edic., 2009. Pag. 77

tinados a deshacer la voluntad de las partes, cercenando en gran manera su libertad y con unas consecuencias no siempre previstas por el Estado legislador.

Los ejemplos son varios, también la legislación sobre igualdad entre hombre y mujer ha creado toda la doctrina de la discriminación positiva, beneficiando en ciertos aspectos a la mujer en aras de reparar la desigualdad histórica. Pero lo mismo se puede decir de las desigualdades creadas entre arrendadores y arrendatario en pos de un supuesto derecho superior a la vivienda que, al menos en España, distorsionó totalmente el mercado del alquiler y sigue haciéndolo.

Más ejemplos: el Estado diferencia a nacionales de los extranjeros o a funcionarios de civiles. Pensemos por ejemplo en la posibilidad que tienen los funcionarios en España de elegir entre un sistema de sanidad privado y público, cosa vedada para casi todo el resto de ciudadanos españoles. A nivel más general, diferencia a ciudadanos de unas comunidades autónomas de otras, en pos de unos derechos históricos o sentimentales que, como diría Ortega y Gasset, al final se fija en concretísimas medidas jurídicas.

Y por supuesto y más recientemente a consumidores y empresarios. Así, la Ley General de defensa de Consumidores y Usuarios, Ley 26/84 de 19 de julio, ahora derogada por el Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, decía en su exposición de motivos que *“El artículo 51 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo promoverán su información y educación, fomentarán sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles”*². Pues bien,

² En el caso del Tratado de la Unión Europea es aún más intenso cuando dice que tendrán un alto nivel de protección: **Artículo 169**(antiguo artículo 153 TCE). 1. Para

a raíz no sólo de esta ley sino de la misma Constitución Española es claro que para el legislador el consumidor necesita de una defensa especial. No basta en este caso, como decíamos, una ley general material, que haga respetar los contratos de compraventa, de arrendamientos de servicios, suministros etc., sino que es necesario colocar al consumidor en una situación de inferioridad para luego colocarles en una situación de superioridad por medio de la ley, y ¿frente a quién? Pues nuevamente frente al enemigo común de los trabajadores, es decir, las empresas.

Pero al igual que sucedía con la relación de trabajadores y empresarios, la relación de consumidores y empresarios parte de una realidad para el legislador inmutable, cierta, inequívoca y dañina según la cual el empresario siempre es una empresa no sólo sin escrúpulos que pretende el beneficio sin tener en cuenta los intereses de los consumidores (cosa realmente sorprendente porque las empresas deben buscar su máxima satisfacción para aumentar su beneficio), sino que, lo que es más sorprendente, parte de que existe una desigualdad en la defensa de las partes. Es decir, para el legislador, todas las empresas, todas, sean Telefónica, Vodafone, Orange, Repsol, Oracle, Indra, Iberdrola, Inditex, Unión Fenosa, El Corte Inglés etc., tienen no sólo ávidos comportamientos frente al consumidor sino infinitos más medios que éste para defenderse. No existe

promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. 2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior; medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros. 3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión.

el zapatero, el estanquero, el electricista, el fontanero y todas las demás empresas de barrio u otras empresas que por suerte o por desgracia son micro PYMEs, en España más del 80% del tejido empresarial, y que desde luego no tienen, ni de lejos, medios superiores de defensa y a los que esta ley sí les deja en inferioridad de condiciones³.

Si se basa esta ley en que hay una superioridad de la empresa y una necesidad de proteger al usuario, y luego realmente esta superioridad no existe, lo que sucede es que se daña el tejido incipientemente productivo con normas claramente adversas a su normal desarrollo. Algo similar ocurre con las relaciones laborales, que si bien es cierto que en determinados aspectos sí distingue empresas grandes de pequeñas, lo cierto es que en el grueso de la regulación, la libertad de pactos, los salarios, las vacaciones, las indemnizaciones por despido etc., son iguales dañando sin remedio las empresas incipientes y protegiendo, si cabe, a las ya constituidas. Así, las grandes empresas han tenido más facilidad para descargarse de personal, mientras que las pequeñas y medianas directamente han sido totalmente hundidas. Pues bien, con el derecho del consumo ocurre igual.

¿Cuáles pueden ser estas normas discriminatorias? Dentro de la Ley de consumo desde luego hay varios capítulos que deberían realmente revisarse pero aquí, dada la extensión del trabajo, examinaremos dos ejemplos: las garantías y la renuncia.

No podemos dejar de indicar previamente que el Estado entra directamente en la intervención de las relaciones entre particulares de forma que siempre dirige la acción de los ciudadanos por medio

³ No sólo les deja en inferioridad de condiciones en sus relaciones con los consumidores con los que contrata, con sus clientes, sino que además a ellos mismos se les niega la consideración de consumidores respecto de empresas más grandes derivándolos, a ellos sí, al derecho general. Es decir, una empresa de venta de botones al por menor, es con respecto a su clientes empresa y sus clientes consumidores. Pero la empresa de botones, pese a quizás no tener ni empleados no es considerado consumidor respecto por ejemplo la empresa que le suministra electricidad o servicios telefónicos debiendo de reclamar, en su caso, sin privilegio alguno.

de un régimen sancionador que deriva directamente al derecho administrativo. Este régimen sancionador no es especialmente laxo. Así por ejemplo, el artículo 49.1 e) del citado Real Decreto Legislativo 1/2007 considera infracción el incumplimiento de las normas reguladoras de precios, o el apartado f), por el que es también infracción el incumplimiento de las normas sobre etiquetado, siendo las sanciones, si se califican como leves, de hasta 3.005,06 euros, o las muy graves que llegan hasta los 601.012,10 euros.

Pero observemos las otras dos figuras que introduce, o mejor dicho, utiliza el derecho de consumo para el beneficio de los consumidores.

La primera de ellas, sería la renuncia. El artículo 10 del Real Decreto 1/2007 establece que *“La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”*. Es decir, lo que el legislador ha considerado que es bueno para el consumidor no es susceptible de transacción o pacto previo entre los consumidores y los empresarios. Este hecho es a mi juicio uno de los elementos que más utiliza el legislador, que más daño hace a las partes y que más desapercibido pasa para los ciudadanos.

El daño se produce desde el momento en que las partes no son libres de pactar nada que haya sido considerado como negativo para el legislador; es decir, al consumidor se le trata como un niño que no es capaz de negociar sus propios contratos, da igual su experiencia, su cualificación, su inteligencia o su capacidad. Para el legislador, en el momento en el que el consumidor compra una lavadora, un billete de avión o una enciclopedia, es una persona con capacidad limitada.

Pongamos por ejemplo el caso de los contratos fuera del establecimiento comercial. En este caso la ley establece en el artículo 71 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que el consumidor tiene 7 días

hábiles⁴ para ejercitar su derecho de desistimiento que consiste, nada menos, según el artículo 68, en *“la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”*. Esta norma debería calificarse como la norma contra la actividad del comercial.

El supuesto es un comercial que a puerta fría, como dicen, o con cita, lo cual sería todavía peor, entra en el *territorio* de una persona, probablemente en su casa⁵, convence a alguien para que le compre algo que supuestamente no quiere, para que firme un contrato que tampoco quiere, convence al consumidor para que le dé la cuenta corriente que realmente tampoco quiere darle, a veces firma incluso un contrato de crédito que no quiere firmar y a pesar de todo esto una vez rubricado el contrato el consumidor tiene nada menos que siete días desde que lo firmó o incluso desde que le llega la mercancía, lo que pueden ser todavía más días, para resolver el contrato a su sola instancia.

Nada hay más alejado de esta norma que la teoría general del consentimiento en los contratos que como vemos permite revertir este consentimiento sin causa alguna y que lamina la norma general y el derecho material que obliga a la palabra dada en un contrato. Y lo que es peor este derecho es irrenunciable, es decir, el consumidor podría pactar, incluso existiendo, que este derecho dejara de existir con una rebaja del precio, pero la cláusula de irrenunciabilidad lo impide.

Sin embargo, como decía, este recurso a impedir la renuncia al derecho no es único al derecho de consumo y es utilizado sistemáti-

⁴ El nuevo proyecto de ley lo amplía a 14 días y si no se avisa de este derecho se amplía automáticamente a 12 meses para resolver el contrato a instancias de la sola voluntad del consumidor.

⁵ Esta norma es para los contratos celebrados básicamente fuera del establecimiento mercantil, es decir por ejemplo en casa del consumidor, cuando es precisamente en el comercio, en la tienda, donde podrían tener una mayor presión por parte del comerciante.

camente por el legislador como la forma habitual para evitar que el ciudadano actúe al margen del Estado incluso en sus relaciones privadas.

Así, el artículo 6 del Código Civil dice que: *La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*⁶.

El artículo 3.5. del Real Decreto Legislativo por el que se Aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores 1/1995: *Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo*⁷.

El artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *1. Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el Tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibile. En este caso, se dictará auto mandando seguir el proceso adelante.*

El artículo 1.1. de la Constitución española: *La irrenunciabilidad del Estado de Derecho está basada en su contribución a la estabilidad de las relaciones sociales. La justificación del Estado Social y democrático de Derecho atiende a los valores superiores del ordenamiento jurídico libertad (principio de libertad), justicia (principio de justicia), igualdad (igualdad ante la ley) y pluralismo político.*

⁶ O el Artículo 186 de la Ley Concursal: *2. El Juez resolverá sobre el desistimiento o la renuncia del solicitante del concurso, previa audiencia de los demás acreedores reconocidos en la lista definitiva. Durante la tramitación del procedimiento, los incidentes no tendrán carácter suspensivo, salvo que el Juez, de forma excepcional, así lo acuerde motivadamente.*

⁷ O el Artículo 246 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social: *1. Se prohíbe la renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador, sin perjuicio de la posibilidad de transacción dentro de los límites legalmente establecidos.*

Es decir, desde las simples relaciones entre particulares hasta las altas relaciones del ciudadano con el Estado están estrechamente vigilados por el legislador con la figura de la renuncia. Cada una responde a motivos diversos, en unos a la vulnerabilidad del trabajador o del consumidor y la supuesta fuerza, muchas veces más inventada que real, del empresario. Otras, al deber que el ciudadano tiene con su país, pero el caso es que siempre existe una razón para que el ciudadano no pueda decidir por sí mismo desde cuestiones de enjundia como su nacionalidad a cuestiones menos trascendentes como comprarse un microondas y renunciar a la garantía.

Y unido a esto está la otra figura que aparece en el derecho de consumo y que también es una de sus estrellas, que es todo lo referente a las garantías. El derecho civil, el derecho material, había buscado ya sus formas para conseguir limitar o buscar la reparación de los ciudadanos a través de lo que se llamaban vicios, bien sean vicios del consentimiento, por ejemplo, o vicios ocultos, y así se establece en el artículo 1484 y siguientes del código Civil en nuestro derecho.

Pero la ley de consumidores y usuarios 1/2007 cambia esta cuestión y establece lo que se llaman garantías. Y así el Artículo 114 establece los Principios generales, por los que *“el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto”*. Y el artículo 115, ámbito de aplicación, que indica que *“Están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse”*, siendo el artículo 123 el que marca que para productos nuevos el plazo de garantía es de dos años, y usados de un año.

Como hemos visto, todas estas cuestiones son irrenunciables por el consumidor y producen, a nuestro juicio, graves distorsiones en el mercado. Porque este sistema de garantías incide directamente en el tipo de productos que se tiene que adquirir. Pongamos un ejemplo: una persona puede decidir por causa de una estancia corta

en una ciudad comprar pongamos una lavadora. Esa persona no necesita una lavadora que vaya a durar diez años ni tan siquiera dos si la estancia es corta y sin embargo se le obliga a que en el mercado deba adquirir lavadoras que duren al menos dos años con el consiguiente pago en exceso respecto a lo que querría.

Es decir, los productores y vendedores deben hacer productos no como el consumidor demande sino como el Estado dice que deben ser. Una persona puede comprarse unos zapatos de 200 euros que efectivamente le durarán bastante tiempo pero otra persona puede querer comprar unos zapatos de 20 euros y estrenar zapatos diez veces con el mismo dinero. Si las garantías para todos los productos es la misma, se aumenta el precio de los productos que el consumidor podría querer comprar lo más barato posible. Según el sistema establecido da igual el precio, la garantía es la misma. Si el productor no puede ahorrar por la calidad, el precio se distorsionará.

Huerta de Soto concibe el socialismo como un error intelectual por varios motivos, el primero sería el volumen de información que el órgano director debería manejar, el segundo, por el tipo de información que debe manejar, que es básicamente no articulable, el tercero, que no puede transmitirse lo no creado, y el cuarto, que la coacción impide la creación de la información empresarial⁸. A mi juicio, esta forma de entender las garantías incide claramente en el cuarto motivo ya que al establecerse, como se ha dicho, plazos de duración de al menos dos años en los productos, bloquea las posibilidades de investigación de productos de corta duración que no puede saberse qué consecuencias pudieran tener, por ejemplo, productos más eficientes que permitieran descubrir productos mejores.

La solución sería que se ofrecieran de forma voluntaria las garantías que se establezcan por el vendedor, sabiéndolo claramente el comprador, y en función de esto (y si es relevante para el compra-

⁸ Huerta de Soto, *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*, Unión Editorial, Madrid, 4ª Edic., 2010, pág. 99-100.

dor) que de esta manera se establezca el precio. Si se impone una calidad no querida se perjudica al consumidor y al mercado.

Otra cuestión importante a tratar, aunque sea de forma tangencial, es el tema de las preferentes, que incide también sobre el consentimiento. No es este el momento para tratar todas las implicaciones que puede tener o ha tenido en la vida económica del país, pero sí tratar lo que va a representar o lo que se juega. Porque independientemente de la socialización de las pérdidas que ha provocado este tipo de productos como consecuencia de las ayudas a los bancos, lo cierto es que es mucho más lo que está en juego, como es el decidir cuál es la capacidad y la responsabilidad de los consumidores respecto a los productos que contrata.

Dejando aparte casos de auténticas estafas que inciden sobre las preferentes pero que podría haberse cebado en otros productos como falsificaciones de firmas, compras de estos productos por los que no eran propietarios del dinero o invenciones ficticias del perfil de riesgo del consumidor, lo cierto es que el consumidor debe ser responsable de los productos que contrata.

Warren Buffet ha dicho que nunca invierte en productos que no entiende. Él, la segunda mayor fortuna del mundo, reconoce que hay algunos sectores que no sabe cómo funcionan y esa responsabilidad y esa sinceridad es la que debe predicarse para el resto de los consumidores. De nada sirve buscar siempre chivos expiatorios para eludir la responsabilidad cuando la próxima vez no serán las preferentes, será el no asesoramiento cuando se firman escrituras de préstamos hipotecarios u otro sector o producto. Siempre se podrá buscar argumentos para recuperar un dinero con el que no se tuvo el debido cuidado.

El mismo Estado había establecido una serie de Test de idoneidad y Test de conveniencia (Test MIFID) para poder ajustar el producto a los perfiles de los inversores. Pero aun cuando esos Test se hicieron, se dice que no se hicieron correctamente.

Ahora bien, peor todavía es infantilizar a la sociedad y manifestar, como se hace ahora, que determinados sectores de la población

no son capaces de adquirir este tipo de productos, que alguien debe velar por ellos limitando su capacidad o anulando sus decisiones.

Y entramos de nuevo en este tema en las normas generales y en los mandatos. Las personas para poder actuar tienen que tener una capacidad jurídica y una capacidad de obrar, que es general para todos. La primera es la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, la segunda es la capacidad para realizar actos con eficacia jurídica. En estos casos se está poniendo en cuestión no la capacidad jurídica sino la capacidad de obrar de determinadas personas. Pues bien, para que alguien no tenga capacidad, sustraerle esa capacidad no es un proceso fácil pues necesita la intervención del juez, del abogado, del procurador, del Ministerio Fiscal y una Pericial (o más) médicas nombrándose luego un tutor o un curador.

En este tema de las preferentes se pretende que a colectivos enteros, personas mayores o que no saben leer, se les anulen sus actos por suponer que no están capacitadas. Sin más, sin atender a las circunstancias de la persona, sin respeto a la ley material, se aplican soluciones de circunstancia que son en todo caso soluciones políticas⁹.

⁹La página de la asociación de Usuarios de Banca dice así en su página web: "Ausbanc alerta a los consumidores ante las asociaciones o despachos de abogados que ofrecen condiciones muy ventajosas a los afectados por las participaciones preferentes ofreciéndoles presentar demandas colectivas. La Justicia ha dictaminado que este tipo de acciones NO son adecuadas para el caso de las participaciones preferentes, ya que en cada afectado concurren unas circunstancias personales diferentes y, según la Justicia, no existe un "hecho dañoso" común a todos ellos. Ausbanc ha celebrado dos ruedas de prensa simultáneas en Galicia -Orense y Santiago de Compostela- para alertar a los consumidores sobre la poca efectividad y los peligros de las demandas colectivas en el caso de las participaciones preferentes. El juzgado de primera instancia nº 9 de A Coruña ha dictado un auto en el que declara que una asociación de consumidores -ADICAE- no está legitimada para la presentación de demandas colectivas. El motivo fundamental por el que el juzgado niega la legitimidad a esta asociación es que no "existe "hecho dañoso" común sobre el que fundamentar la legitimación extraordinaria -de la asociación-, ni en última instancia se habría acreditado por parte de ADICAE haber practicado en debida forma la comunicación personal previa del inicio de la presente litis a todos y cada uno de los clientes de la demanda a los que pretende representar". El juzgado va más allá y matiza esta afirmación. "El primer requisito que debe

En todo caso la sociedad civil tiene sus armas ya inventadas para este tipo de cuestiones. Por ejemplo, los abogados o economistas guían o, por lo menos dan una segunda opinión, cuando se invierten los ahorros de toda una vida. O bien las asociaciones de consumidores, que están al tanto de cuestiones que pueden ser de interés y que igualmente pueden asesorar a los consumidores. El consumidor debe aprender no a reclamar, que también, sino a formarse, pero una vez expresada su voluntad libre y formada no caben otros argumentos. Así se forman sociedades responsables y no sociedades lánguidas.

Si nos adentramos en temas bancarios quizás haya ejemplos más claros de prácticas contra los consumidores. Es sabido que existe un sistema de banca fraccionaria. Podemos pensar que esto es lo que nos lleva a formar toda la teoría del ciclo económico austriaco, como piensa el Prof. Huerta de Soto, o podemos afirmar que aunque este sistema de banca fraccionaria existe, esto no es lo que provoca los procesos de expansión crediticia sino que sería el proceso de descalce de plazos que hacen los bancos a la hora de tomar préstamos y a la hora de prestar, unos a corto y otros a largo. La reserva fraccionaria hace que los bancos tengan la potestad de que de los depósitos que reciben de los clientes, que forman parte de su pasivo,

concurrir para poder ejercitar una acción colectiva, es que exista un hecho dañoso común". Esto, en el caso de las participaciones preferentes no se produce, ya que cada cliente ha firmado un contrato independiente con unas circunstancias personales concretas. "No pueden constituir hecho dañoso común los avatares contractuales de miles de consumidores. No se está partiendo de un único hecho dañoso con múltiples perjudicados". Este juzgado avala, en consecuencia, las tesis mantenidas por Ausbanc de que la única solución a las participaciones preferentes es la presentación de demandas individuales, ya que en cada afectado concurren unas circunstancias personales diferentes. "La decisión sobre las mismas no puede ser colectiva sino que exigiría, mediante el ejercicio de las oportunas acciones individuales, el análisis, también individual, de los distintos contratos -aunque similares, nos encontramos ante multitud de relaciones contractuales en las que no en todos los casos las obligaciones son idénticas ni su situación es la misma". Es decir, como decimos, es claramente una situación en la que no cabe soluciones globales basadas en un colectivo sino que si hay fraudes lo son de forma individual, cosa completamente distinta a lo que se pretende transmitir.

sólo deban conservar el 1% de ellos pudiendo prestar el resto a otros clientes, en contratos que serán en ese caso activos del banco.

Para los defensores de que el proceso de expansión es por la reserva fraccionaria, el motivo último se produce por una vulneración de los principios generales del derecho al desfigurar el contrato de depósito de los bancos, mientras que los que configuran el inicio del ciclo en términos de descalce de plazos en ese primer momento configuran el contrato como un préstamo del depositario-prestamista al banco.

Las discusiones en torno a este asunto no son pequeñas, pero intentemos ver a través de los contratos que se firman con las entidades bancarias, aunque sea en un breve muestreo, qué es realmente lo que se firma. Hemos examinado los contrato de aperturas de depósito en cuenta corriente en varias entidades: BBVA, BNP, Banco Santander, Bankinter, Banco Popular y Bankia.

Lo cierto es que lo primero que llama la atención es que en ninguno queda especialmente claro cuál es el objeto del contrato; parece que es más un pliego de condiciones en la mayoría de ellos, en los que se detallan comisiones, advertencias sobre descubiertos, medidas de protección de datos pero no lo que realmente debe hacer el banco y en lo que consiste su misión. Esta es la primera tara a mi entender: el consumidor no está en forma alguna protegido si no se sabe cuál es la función del banco. No es de extrañar que se preste a duda de que si lo que se da es a título de depósito o a título de préstamo cuando realmente no se sabe qué cosa debe hacer la entidad.

Sin embargo hay algunos casos en que esto parece claro. El contrato examinado de Bankinter dice exactamente *“El presente contrato regula las relaciones entre el Cliente y Bankinter respecto a: La constitución por el Cliente de una cuenta corriente. La cuenta corriente es un depósito a la vista en cuenta corriente abierta en Bankinter y a la misma le serán aplicables las estipulaciones del presente contrato y las Condiciones Particulares pactadas de mutua acuerdo”*. No hay duda alguna. El contrato indicado es un contrato de depósito, lo dice con meridiana cla-

ridad y la forma de interpretar la palabra depósito es sólo la que viene determinada en el artículo 1758 y siguiente del Código Civil¹⁰, es decir, de guardar la cosa depositada, el dinero, sin que quepan otras interpretaciones.

Ahora, el problema como digo son el resto de los contratos donde no aparece cuál es exactamente el objeto. Sólo el título da ciertas muestras. El BBVA dice que es un contrato de apertura de cuenta corriente, lo mismo que la BNP. El Banco Santander dice que es un contrato de apertura de cuenta personal y depósito a plazo, éste con mayor destreza sí hace deslizar la entrega del dinero hacia características más próximas al préstamo aunque luego veremos que no es así. El Banco Popular lo llama igualmente contrato de cuenta corriente, Bankia le añade el apellido de ordinaria y el Sabadell Cuenta Expansión.

No es objeto de este trabajo detallar en exceso estas cuestiones pero sí plantearnos que en el caso de las participaciones preferentes, salvo en el caso de estafas puras y duras en las que se ha hecho firmar a personas que no tenían capacidad cognitiva o se han tramitado contratos sin firma, lo cierto es que eran contratos en los que no sólo se decía claramente, al menos en los examinados, la situación de riesgo y perpetuidad, sino que además se formalizaban los test de capacitación. Pero en los de depósitos en ninguna parte se indica que el banco puede disponer de esos depósitos o de los saldos. Si bien en el contrato de Bankinter dice que es un depósito y por lo tanto su utilización es claramente incorrecta por el banco y engañosa para el consumidor, en los otros la incorrección del contrato parte de la disponibilidad del dinero (o de los saldos). Como decimos no queda claro qué contrato es, ni cuáles son los compromisos del banco pero sí dice cómo y quién puede disponer del dinero y en ningún caso es el Banco.

¹⁰ Y si se prefiere del diccionario de la Real Academia Española: 1. m. Der. Acuerdo destinado a procurar la guarda y custodia de una cosa mueble ajena, que impone a quien recibe dicha cosa la obligación de devolverla en cuanto lo requiera la persona que hizo la entrega.

En el contrato del BBVA (que por cierto dice que hay que avisar para el caso de reembolsos de más de tres mil euros pero no se dice que es porque no tenga el dinero sino por *“razones de Seguridad”*) indica que *“la cuenta sólo será disponible a través de los medios que las partes convengan”* para indicar que *“la cuenta es personal e intransferible y si se abre a nombre de varios titulares se entenderá abierta con carácter indistinto”* es decir, claramente es intransferible, es decir, sólo lo puede usar el titular, pero sabemos que esto no es así.

El Banco de Santander ya decíamos que parece que con su indicación de depósito a plazo aleja la posibilidad del depósito puro a la vista. Pero hay tres problemas. El primero, que no se fija plazo alguno. El segundo, que para que pueda haber préstamo, sirva para este y el resto del contrato el artículo 1768 que dice que debe haber un permiso para poder usar la cosa (el dinero o los saldos), pacto que no se encuentra. En tercer lugar, que a la hora de la disposición no se dice que el banco pueda hacerlo sino que solo se atribuye esta facultad a los titulares y así dice *“forma de disposición: Caso de haberse pactado el ejercicio en forma distinta de los derechos derivados del contrato, cualquiera de los titulares, con su sola firma, podrá ejercitar todos los derechos inherentes al mismo”*, al igual que dice que los pagos serán por *“ordenes del titular”*. Es decir, nuevamente son los titulares, apoderados o autorizados lo que pueden disponer. No parece que el banco tenga ninguna autorización porque el banco no es titular.

El Banco Popular establece que *“los titulares y personas debidamente autorizadas podrán disponer del saldo de la cuenta, mediante la utilización de los talonarios de cheques y pagarés que a tal fin facilite el banco”*. No aparece en ninguna parte que el Banco sea no sólo titular, sino autorizado a disponer.

Caja Madrid, manifestaba en el mismo sentido *“con efectos a contar desde la fecha del presente documento y hasta que se proceda a su sustitución, tendrán firma autorizada para disponer de la cuenta corriente de referencia, las personas apoderadas que es el titular/es de la cuenta cuya firma consta a continuación”*. El banco no constaba como apoderado, ni autorizado, ni titular. Dice también *“El titular de la cuenta podrá*

facultar a una o más personas para disponer del saldo de esta y siempre que lo haga suscribiendo la necesaria autorización a través de los documentos de apoderamientos pertinentes”, la disponibilidad de la cuenta dice, no es posible por alguien que no esté autorizado y el banco, no consta autorizado. Para más claridad de ello, en el cuadro de tarifas se refiere a las tarifas de “depósitos a la vista”. Es decir, son nuevamente depósitos lo que realiza el consumidor.

Por último el Banco de Sabadell habla de que el banco está adherido al Fondo de Garantía de Depósitos del Real Decreto 16/2011 el cual habla evidentemente de los depósitos, cuestión indicativa de cuál es el objeto del contrato: los depósitos y no los préstamos. El contrato en sí mismo no dice demasiado pero sí remite a unas condiciones generales habilitadas en internet con el código BS03/12CMI en las cuales sí se refiere a las condiciones generales específicas del contrato de cuenta a la vista. El contrato se configura como un contrato de servicios de pago pero nuevamente es al hablar de la titularidad cuando dice que *“A través de la cuenta los titulares y personas autorizadas por estos podrán realizar toda clase de servicios y operaciones de pago”*

En definitiva, en todos los casos o bien directamente se le configura como depósito, como en el caso de Bankinter, Caja Madrid o Sabadell o cuanto menos así se refleja de una manera o de otra, o bien al hablar de la disponibilidad de los saldos siempre son de los titulares o de autorizados. Con ello, es imposible entender en este tipo de contratos ningún tipo de préstamo al banco sin entender a su vez una clara irregularidad respecto del consumidor y si se entiende como depósito, que lo es, y existiendo como existe la posibilidad de la reserva fraccionaria, lo cierto que es que nuevamente es una irregularidad frente al consumidor, y desde mi punto de vista mucho mayor en cantidad y número de impositores y de dinero que el referente a las preferentes.

Por último analizaremos el arbitraje de consumo. Consiste en un sistema por el cual las partes en conflicto, en este caso la empresa y los consumidores, acuerdan la resolución de sus diferencias por

medio de un árbitro o árbitros designado alguno de ellos por la Administración y en la que la resolución que se dicta, el laudo, es de obligado cumplimiento para las partes y tiene la misma eficacia por lo tanto que una sentencia judicial. En caso de que alguna de las partes no cumpliera lo ordenado, el laudo puede ser ejecutado ante el Juzgado de primera instancia del partido judicial de que se trate para que el magistrado encargado lo haga cumplir.

Si bien todos estamos sometidos a la jurisdicción de los Tribunales estatales en la forma en que prevengan las leyes, el arbitraje fue una forma que tuvieron o idearon los particulares de tal manera que, sustrayéndose a los jueces ordinarios, los particulares decidían qué personas iban a resolver sus conflictos, que podían ser más o menos legos en la materia.

El Estado nuevamente en una figura que se articula al margen de él, al menos hasta la ejecución, decide que tiene que entrar también a conocer, anulando o desfigurando, la institución del arbitraje¹¹. Es decir, lo ciudadanos eluden los jueces ordinarios para caer en otros tribunales que son dirigidos en este caso por las administraciones públicas correspondientes, consejerías de economía o de consumo. Si los jueces son por definición independientes e imparciales, al menos en teoría, se busca un sistema que lo que se basa en defender al consumidor. Dice así el artículo 1 del Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero por el que se regula el sistema Arbitral de Consumo:

- 1. Esta norma tiene por objeto regular la organización del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento del arbitraje de consumo.*
- 2. El Sistema Arbitral de Consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y*

¹¹ Y con un agravante añadido, se imparte justicia por miembros de la Administración (el presidente, al menos en Madrid, de los Tribunales arbitrales es designado por la Administración y en los Tribunales Unipersonales directamente el único árbitro es de la Administración) conculcando el principio de separación de poderes.

las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor.

Es decir, que es un sistema, como dice la ley, que trata de dilucidar los derechos de los consumidores, no las obligaciones de los consumidores o los derechos de las empresas, sino que única y exclusivamente tiene como objetivo resolver pronto los problemas de una de las partes. Si la norma estuviera realizada para resolver los conflictos de consumo, de solucionar los conflictos que surgen en el ámbito de las relaciones contractuales entre dos partes no sería mal sistema pero el problema es que está dirigido a la solución de los problemas de una de las partes, es decir, que lo que se resuelve es si la empresa es o no es culpable.

Pero el arbitraje de consumo tiene otros problemas provocados por la intervención del Estado y que no sólo empeora el arbitraje puro entre particulares sino que empeora incluso el sistema de los procedimientos judiciales habituales.

Los arbitrajes o la solución del arbitraje puede ser fundada en derecho (realizado por abogados fundando su resolución en normas jurídicas a la manera del juez) o en equidad. Pues bien uno de los problemas es el de la equidad. El artículo 33 del citado real decreto establece que en el caso de que las partes no digan nada, la resolución tiene que estar fundada en equidad. El problema es qué se entiende en los tribunales arbitrales por equidad. En nuestra doctrina jurisprudencial, la equidad ha sido utilizada por el Tribunal Supremo en su función correctora, antes de que dicha finalidad fuese destacada por el actual art. 3,2 del Código Civil. Para Castán, *“La equidad es el gran factor de la aproximación del derecho a la vida... el juego de la aequitas permite... atender nuevas necesidades sin acudir... a una transformación legislativa. Sería pueril esperar... de la norma la realización de una justicia perfecta... La equidad es parte de la justicia o un desenvolvimiento suyo. Naciendo de ella llega a constituir... un elemento separado que... realiza la función de perfeccionar... la justicia positiva convirtiéndola en justicia integral”*. Es decir, la equidad no es hacer lo que uno quiere, la equidad no es olvidarse del derecho y de las

normas para hacer una defensa a ultranza del consumidor, la equidad es por el contrario acercar de una manera más laxa el derecho a la vida, pero sin olvidarse de aquel. No en vano se suele citar la sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, de 4 de octubre, para indicar que en los arbitrajes es necesario, como en toda resolución, la motivación de la misma y valorar la prueba en su conjunto, como dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de julio de 1992.

Pues bien las resoluciones arbitrales dejan, a mi modo de ver, bastante que desear. Ya que el legislador ha inundado el marco legislativo con numerosas normas que protegen a los consumidores lo lógico es que en materia del arbitraje hubiera obligado a que las resoluciones arbitrales fueran fundadas en derecho, pero no es así ya como hemos visto la norma general es la de la equidad dando lugar a resoluciones sin argumento alguno basándose en un supuesto buenismo que las acompaña.

El sistema que más protege al consumidor son unas leyes materiales claras, que sepa a qué atenerse tanto el consumidor como la empresa; la falta de aplicación de esas normas por medio de la equidad hace que en ocasiones y no pocas, el consumidor no obtenga lo que sí obtendría ante la justicia ordinaria. El ejemplo más claro de lo que conozco en este sentido son las facturas de teléfono. No pocos hemos tenido conocidos que tienen facturas de teléfono elevadas, con la aparición de números que no se han llamado o no se reconocen. En un Tribunal, si se actuara como en el resto de procesos, ante la impugnación del deudor el acreedor debería justificar la existencia o prestación del servicio de la forma que sea. En los arbitrajes, al utilizar la equidad, ello no es así: se da por bueno lo que indica la factura simplemente por estar sometido a los controles de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), cosa que desde mi punto de vista es inadmisibles. Si se impugna como digo se debe probar el servicio y si no, no cobrarlo. Nada de eso sucede en los Tribunales de arbitraje con claro perjuicio al consumidor que sí encontraría amparo en un Tribunal Ordinario.

Porque el arbitraje, pese a querer ser un sistema que quiere proteger al consumidor, no siempre lo consigue. Tenemos otro ejemplo más: el de la reconvención. La reconvención es un recurso procesal por medio del cual cuando alguien plantea la demanda a otro, por ejemplo un consumidor a una academia por un curso mal impartido, la academia puede reclamar en el mismo proceso la cantidad que le es debido y esto es recogido en el Real Decreto citado en su artículo 43. Esto es realmente poco protector al consumidor, si es lo que se quiere, porque si uno va a un arbitraje que se le vende como de protección al usuario y se encuentra con que le reclaman, por ejemplo, cuatro mil euros de un curso, sin necesidad de letrado, ni procurador, ni tasas judiciales, no parece que el consumidor haya sido informado de las maravillas de ese sistema. Es más, probablemente se encuentra más indefenso que si en un proceso ordinario se le reclama pero se actúa con un letrado que sí le defiende.

El otro caso que no queda claro es el de las exclusiones que marcan las empresas a la hora de acceder al arbitraje. Cuando un consumidor ve el logotipo de arbitraje de consumo en una empresa cree que puede resolver todas sus diferencias con la empresa. Lo que no sabe y lo averigua después, es que no puede solucionar todas sus incidencias en ese sistema. Por ejemplo, Telefónica no acepta reclamaciones de facturas de más allá de seis meses, con lo cual, el consumidor, que no conoce esa letra pequeña, contrata con una empresa que no va a cumplir todas sus expectativas o va a embarcarse en un proceso que tampoco lo hará.

Ahora bien, ¿este sistema realmente es algo que las empresas deben temer?

La verdad es que creo que este sistema a quien menos favorece, al final, es al consumidor. Hace años, las disputas con las empresas se solucionaban de una forma directa, rápida y eficaz. O había arreglo o no lo había. Si lo había, el arreglo era una cuestión de días cuando no de horas, si no lo había, se iba a los tribunales sin más.

Ahora las empresas adheridas al arbitraje aprovechan este tipo de sistema de una forma torticera. Es como si el Estado poco menos

que obligara a este tipo de procesos, por lo que se aprovechan en beneficio propio. Con un ejemplo se verá mejor: si alguien tiene un problema en una factura, por ejemplo, donde no le han cobrado debidamente en un sector donde el arbitraje no está instaurado, llama a la empresa, le plantea el problema y se soluciona normalmente por políticas comerciales en un par días.

Sin embargo si la empresa está adherida al proceso de arbitraje el proceso es mucho más largo. Lo primero que hace el consumidor es reclamar a la empresa (por ejemplo por una factura mal hecha) sin resultado. Después reclamará en los servicios de orientación al consumidor del Ayuntamiento correspondiente que vienen tardando unos dos meses en responder. Después de eso, tardará unos días más en formalizar el arbitraje y luego unos seis meses en celebrarlo, para que el día de celebración del arbitraje la empresa diga por política comercial le devuelve una cantidad. Queda bien y, además, durante todo ese tiempo el dinero le ha rentado a la empresa. El sistema es realmente fenomenal. Según la memoria de la CCAA de Madrid del año 2010 sobre arbitraje el 49% de las reclamaciones se resolvieron como dicen, de forma amistosa, es decir, se resolvieron con una mediación de la Administración que, de no existir, se haría de forma más rápida y eficaz.

Eso sin comentar lo ya dicho sobre que la empresa no sólo no se pliegue a lo solicitado sino que, sin gastar ni un euro en abogados o tasas, reclame la cantidad vía reconvencción al consumidor, que confió en un sistema que creía que le defendía.

Ahora bien, este sistema ¿a quién beneficia? Pues realmente creo que el principal beneficiado es el Estado que aparece, al menos aparentemente y una vez más, como el salvador de situaciones ya salvadas de antemano. El planteamiento del asunto es el mismo de siempre. Existe un problema, se plantean una solución que hemos visto que funcionan mal pero el Estado aparece como el salvador, cuando las soluciones son más que deficientes.

Para terminar, un dato. En el Servicio Regional de Arbitraje de la Comunidad de Madrid, se ha celebrado recientemente los veinte

años de prestación del servicio. Se han destinado casi quince millones de euros en el servicio, y en el año 2012 se tramitaron 6.014 solicitudes. Con una población de 6.498.560 de ciudadanos en 2012, no parece que los madrileños aprecien el esfuerzo. Parece razonable pensar que si el sistema es tan bueno después de quince años con un sistema gratuito para el usuario, su influencia debería de ser mayor, pero no lo es, sobre todo si tenemos en cuenta que los empresarios son supuestamente tan egoístas. Los motivos de esto son lo que antes he indicado, los ciudadanos ante todo lo analizado son capaces de detectarlo de una forma empresarial, es decir, de ver si realmente le es rentable su utilización, viendo que realmente sus ventajas no lo son tanto.

En definitiva, la intervención del Estado en todos estos asuntos no es tan beneficiosa como se pretende hacer ver, creando distorsiones y falsas expectativas que redundan al final en una confusión en el consumidor y que no redundan en una mejora de los servicios prestados.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCIA, M. (1994): *Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, 9ª edic., Barcelona.

ARIAS BONERT, J.A. (1961): «Depósito en Las Partidas», *Anuario de Historia de Derecho Español*, 31.1961.

AZORIN RONCERO, J. (1985): *La Ley General de Protección de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, *Operaciones bancarias*, RGD.

BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. y SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (1993): *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, Delitos Patrimoniales y Económicos, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

BOETTKE, P. y PRYCHITKO, D.L. eds. (1994): *The Market Process: Essays on Contemporary Austrian Economics*, Edward Elgar, Aldershot, Inglaterra.

- BÖHM-BAWERK, E. von (1906 y 1907): *Capital and Interest Once More*, Quarterly Journal of Economics.
- (1907): *The Nature of Capital: A Rejoinder*, Quarterly Journal of Economics, noviembre.
- (1884): E.v., *Kapital und Kapitalzins: Geschichte und Kritik der Kapitaltheorieen*, Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung, Inn 1884; traducido al castellano por SILVA, C., *Capital e interés: historia crítica de las teorías sobre el interés*, Fondo de Cultura Económica, 1986
- (1899): *Kapital und Kapitalzins: Positive Theorie des Kapitals*, Verla Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung, Innsbruck. Traducción al español de AGUIRRE, J. A., *Teoría positiva del capital*, Editorial y Ediciones Aosta, Madrid 1998.
- CUEVAS CASTAÑO, J. (1973): *La capacidad de los menores en general*, Colección Legislativa.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985): *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid.
- DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001): *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, Introducción de persona. Autonomía privada. Persona jurídica, 3ª ed. Madrid reimpresión vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria Especial. Cuasi contratos. Enriquecimientos sin causa. Res extracontractual, 9ª ed. Madrid.
- DIEZ-PICAZO, L. (1995): *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Vol. 1, I Teoría de contrato, 4ª ed. Madrid, 1993; vol. II, Las relaciones obligatorias Madrid 1996, y vol. III, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de La posesión, 4ª ed. Madrid.
- FLORES MICHEO, R. (1963): «El depósito irregular», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, septiembre.
- GARCÍA GOYENA, F. (1974): *Concordancias, motivos y comentarios al Proyecto de Código civil*, reimp., Zaragoza.
- GARCÍA VALDECASAS, G. (1987): *La posesión*, Madrid, Comares.
- GARCÍA VILLAVERDE, R. (1992): *Depósitos Bancarios de Dinero. Libretas de ahorro en Contratos Bancarios*, Civitas, Madrid.
- (1990): «Tipicidad contractual y Contratos de Financiación», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado*

financiero, por Alonso Ureba A., Bonardell Lezcano R. y García Villaverde R., Madrid.

GARCÍA-GARRIDO, M.J. (1988): *La Sociedad de los Banqueros* (Societas Argentaria), Studi in Honore di Arnaldo Biscardi, vol. III, Milán.

GARRIGUES, J.: *Contratos Bancarios*, 2ª ed., red. Por Sebastián Moll, Madrid,

– (1932): «El Depósito Irregular y su aplicación en el Derecho Mercantil Comparado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº octubre.

– (1983): *Curso de Derecho Mercantil*, T.11, Madrid 1983.

– (1958): *El dinero como objeto de la actividad bancaria*, RDM.

– (1958): *El consentimiento y el objeto en el contrato de sociedad mercantil*, RDM

– (1975): *Contratos Bancarios*, t. n, 2ª ed. Madrid.

Hayek, F.A. (1976): *The pure Theory of Capital*, Routledge & KeganPaukl, , Londres.

HERNÁNDEZ GIL, A. (1947): *La posesión*, Civitas, 1980.- Comentario a la sentencia de 19 de junio de 1945, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-diciembre, t. 182.

– (1944): «El giro de la doctrina española en tono al art. 464 del Código Civil y una posible interpretación de privación ilegal», *Revista de Derecho Privado*, t. XXVIII, junio.

– (1945): «De nuevo sobre el artículo 464», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto.

– (1988): *Obras completas*, t. III, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Espasa-Calpe.

– (2000): *Del Depósito* (arts. 1758 a 1789 del Código Civil), Comentario del Código Civil, coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, 1. T. VII. Barcelona.

HUERTA DE SOTO, J. (1982): «Método y crisis en la ciencia económica», *Hacienda Española*, nº.74, 1982, pp. 33-48; reproducido en Jesús Huerta de Soto, *Estudios de Economía Política*, Unión Editorial, Madrid 1994, cap. III, p.p. 59-8.

– (1983): «A Hayekian Strategy to Implement Free Market Reforms», en J. bac Heijmann, A. Nantjes y J. van Ophem (eds.), Eco-

conomic Policy in Fremework: *Liber Amicorum for Gerrit Meijer*, ob. Cit., pp. 231-284.

– (1984): «Interés, ciclos económicos y planes de pensiones», *Anales del Internacional de Fondos de Pensiones*, Madrid, abril, pp. Este artículo ha sido reproducido en Jesús Huerta de Soto, *Estudios de Economía Política*, Unión Editorial, Madrid 1994, cap. XXIII, pp. 285-294.

– (1980): «La teoría austriaca del ciclo económico», *Moneda y Crédito*, nº 152, 1980, pp. 37-55. Reeditado en Jesús Huerta de Soto, *Estudios de Economía Política*, Unión Editorial, Madrid 1994, cap. XIII, pp. 160-176.

– (2000): *La Escuela Austriaca: Mercado y creatividad empresarial*, Edit. Síntesis.

– (1987): *Lecturas de Economía Política*, vol. II, Unión Editorial, Madrid, pp. 54-88

– (1986-1987): *Lecturas de Economía Política*, vols. I-III, Unión Editorial, Madrid, (vol. I, 1ª reimposición, 2005).

– (1992): *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, Unión Editorial, Madrid.

– (2009): *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Madrid, 4ª edic., Unión Editorial.

IHERING, R.V. (1997): *El espíritu del Derecho Romano*, abreviatura de Fernando Vela, Marcial Pons, Madrid.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (1996): *Elementos de Derecho civil . El Derecho de obligaciones*, vol. Contratos y cuasicontratos, 2ª ed. Barcelona.

– (1974): « Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación Código Civil», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 501, Madrid abril, año L.

LEONI, B. (2008): *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Unión Editorial, Madrid.

MARTINEZ GIJON, J. (1999): *Historia del Derecho Mercantil*, Estudios, Universidad de Sevilla, Sevilla.

MARTÍNEZ MESEGUER, C. (2006): *La Teoría Evolutiva de las Instituciones. La perspectiva Austriaca*, Madrid, Unión Editorial.

MISES, L. von. (1932): «The Position of Money among Economic Goods», originariamente publicado en *Die Wirtschaftstheorie der Gegenwart*, Hans Mayer (ed.), vol. II, Julius Springer, Viena 1932. Traducido al inglés por Albert H. Zlabinger y publicado en el libro *Money, Method and the Market Process: Essays by Ludwig von Mises*, Richard M. Ebeling (ed.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Holanda, 1990, pp. 55 y ss.

– (1966): *La acción humana: tratado de economía*, 6ª edición con un Estudio Preliminar, Unión Editorial, Madrid 2001, traducción de Joaquín Reig, edición Henry Regnery, Chicago; 4ª edición de Bettina B Foundation for Economic Education, Nueva York 1996.

– (2012): *La Teoría del Dinero y del Crédito*, Madrid, Unión Editorial.

MOLINA, L. de, (1597): *Tratado sobre los cambios*, edición e introducción de Francisco Camacho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1990.

– (1957): *Tratado sobre los préstamos y la usura*, edición e introducción de Gómez Camacho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1990.

PEREZ-BUSTAMANTE, D. (2009): *Depósitos Bancarios y Crisis Económicas*, Dykinson, Madrid.

POTHIER ROBERT , L. (1848): *Tratado de los Contratos de Beneficiencia*, Barcelona.

SÁNCHEZ CALERO, E. (1992): *Instituciones de Derecho Mercantil*, 16 ed., Madrid, Revista de Derecho Privado 1992.

– (1986): *El Fondo de Garantía de Depósitos*, RDBB.

– (1987): *La delimitación de la figura de entidad de crédito y la de otros*.

– (1987): *Adaptación de la normativa de las entidades de crédito*, RDBB.

SÁNCHEZ GUILARTE, J. (1990): *Pignoración de saldos de Depósitos Bancarios entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Tecnos.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (1986 y 1993): *Consideración en torno a algunos cuenta corriente bancaria*, en ROBB y en Comentarios a bancaria y bursátil, vol. 11, coord. F. Sánchez calero/J. Guilarte, Madrid.

– (1993): «Naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo; compensación prenda», en *Comentarios a jurisprudencia bancaria y bursátil*, Sánchez Calero/J. Sánchez-Calero Guilarte, Madrid.

SARAVIA DE LA CALLE, L. (1544): *Instrucción de Mercaderes*, Pedro de Castro, Medina del Campo, reeditado en la Colección Joyas Bibliográficas, Madrid, 1949.

PATENTES COMO LÍMITE A LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA*

ALEJANDRO PÉREZ Y SOTO DOMÍNGUEZ Y
KATHERINE FLÓREZ PINILLA

Resumen: La presente ponencia tiene por objeto analizar desde el marco de la Escuela Austriaca la propiedad intelectual reflejada en las patentes, entendidas como un mecanismo del legislador para incentivar una conducta empresarial que propenda por la innovación y el desarrollo tecnológico. Se tomó como caso las patentes en el sector farmacéutico, obteniendo a partir de éste evidencia empírica la corroboración de las hipótesis de la escuela, por medio de un análisis teórico a la luz de los problemas identificados alrededor de la patente, tales como: discriminación de precios, investigación parcializada en ciertas enfermedades, poder de mercado ilimitado, barreras al desarrollo tecnológico nacional, altos costos de protección por parte del Estado.

Palabras clave: incentivos de la acción, empresarialidad, derecho de patentes, teoría económica e innovación tecnológica.

La presente ponencia pretende someter a prueba la siguiente hipótesis: las actuales leyes de patentes desconocen la naturaleza de la ac-

* Esta ponencia es producto del proyecto de investigación en curso: El orden mercantil: sus componentes epistemológicos e institucionales, aprobado en Tercera convocatoria interna de investigaciones 2012-2013 de la Universidad de San Buenaventura, Cali-Colombia

ción humana y en este sentido, desconoce los efectos que trae para la sociedad su aplicación, por lo cual no solo son inefectivas en su objeto sino también inoportunas en la regulación de las capacidades humanas. Para probar esta hipótesis se propondrán una secuencia de tres pasos: en la primera parte, se establecerá un acercamiento al concepto intrínseco del derecho de patentes; en una segunda parte se tratará de realizar un acercamiento empírico a los efectos de dicha regulación y en la tercera parte analizaremos tales efectos desde la perspectiva austriaca, con el fin de identificar los problemas de la ley frente al fenómeno de la innovación tecnológica.

I. EL DERECHO DE PATENTES

1. La intención del legislador: patentes para incentivar la innovación

Actualmente se concibe la patente como una institución jurídica dada, la apreciación general tiende a concebirla como el único incentivo que hace posible la innovación tecnológica, tal como lo demuestra el juez constitucional de Ecuador Fernández de Córdoba Viteri al referirse: "...el común de la gente identifica a la patente como el medio protector por antonomasia de cara a cualquier acto o actividad que lleve inmerso un aporte creativo intelectual de mayor o menor envergadura"¹.

Los argumentos de doctrinantes atribuyen el desarrollo industrial a la patente, además la defienden por ser el mecanismo que más ha permanecido en el tiempo y el que ha superado los resultados en materia de innovación de otros modos de producción como

¹ FERNANDEZ DE CORDOBA VITERI, M. "Principios generales sobre patentes". Memorias del Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina. Corporación de estudios sobre los derechos de propiedad intelectual. Primera edición 2001. P., 25.

el socialista². Se refieren al sistema de patentes como el “único compatible con un sistema de economía de mercado”³, de lo contrario se estaría bajo de escenario de completa planeación por parte del Estado de la innovación, lo cual equivale a un modelo socialista de producción o por el contrario, al libre mercado, que aunque no se haya ensayado en tiempos modernos no se confía que emane beneficios sino todo lo contrario, que detendría la innovación.

En esta línea de argumentos la doctrina legal sobre la patente muestra ambigüedad desde su definición, al designarla como una forma especial de propiedad, como un contrato entre el Estado y el inventor, como un monopolio de derecho, como derecho derivado de la personalidad, entre otras denominaciones que en la práctica han dificultado su configuración jurídica. Un sector recomienda equiparar la patente con un derecho personal y no con un monopolio de derecho dada la connotación negativa a la que éste obedece, tal como señala Fernández de Córdoba Viteri⁴.

Vidaurrera reseña cómo en el siglo XIX no había problema en tribunales de los Estados Unidos en tratar a la patente como “privilegio exclusivo o monopolio” sin embargo, el siglo XX reemplazó tal vocablo por el de propiedad intelectual⁵. El denominarlo jurídica-

² MOSCOSO ÁLVAREZ, Raúl. “Importancia de las patentes en el desarrollo económico”. Memorias del Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina. Corporación de estudios sobre los derechos de propiedad intelectual. Primera edición 2001. P., 86.

³ Memorias del Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina. Corporación de estudios sobre los derechos de propiedad intelectual. Primera edición 2001. P., 144.

⁴ “...se considera que el monopolio es una práctica contraria al bien común y al progreso social, que va en detrimento del bienestar y de la libertad comercial y empresarial, pues supone el desplazamiento, la exclusión de otro de un mercado determinado”. FERNANDEZ DE CORDOBA VITERI, Manuel. “Principios generales sobre patentes”. Comunidad Andina de Naciones. P., 34.

⁵ VIDAURRERA, Guillermo Esteban. *De cómo el criterio utilitarista de justificación primó en los albores del sistema de patentes*. Estudio de casos: Inglaterra, Estados Unidos y Francia. Tesis de Maestría. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO. Buenos aires, 2010.

mente como un derecho de propiedad, como si se tratase de un derecho natural que la ley reconoce y no estipula, no elimina los efectos que en la sociedad trae consigo tal concesión legal para la explotación de un invento, por el contrario evidencia cierta tendencia dúctil del concepto y tensión entre por un lado los derechos “reconocidos” a los creadores y los derechos “del público” al desarrollo tecnológico que se supone es la motivación originaria.

En la práctica, es una concesión que se le otorga al inventor para excluir en tiempo determinado a otros de explotar (hacer, usar o vender) su invento, a cambio de brindar la información sobre el mismo al público después de determinado tiempo, para que sea producido por las empresas que lo deseen. El derecho de patentes vigente en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, artículo 27), establece que éste derecho de exclusión se concede a una invención que demuestre tres elementos: novedad, que entrañen nivel inventivo (no evidente) y sean susceptibles de aplicación industrial (uso práctico). En esta esfera, no todas las invenciones son patentables, éstas responden a ciertos criterios legales que definen la patentabilidad, sin embargo, emana un problema constante en el derecho de patente, puesto que no han sido criterios invariables, ni neutrales en el tiempo tal como denota la historia de la humanidad.

Así como los criterios de patentabilidad, la temporalidad ha mutado en la legislación. Varios autores⁶ coinciden en que el problema de las patentes y de su concepto variante alrededor de lo que es patentable y su duración, origina en la disfuncional definición jurídico-económica puesto que éste no cumple con los caracteres propios del derecho de propiedad tanto en el sentido económico, como en el jurídico⁷.

⁶ En este sentido ver KINSELLA, Stephen. «Against Intellectual Property», *Journal of Libertarian Studies* Volume 15, no. 2 (Spring 2001): 1-53. 2001.

⁷ COLE, Julio H. “Patentes y copyrights: costos y beneficios”. *Revista Libertas* 36, mayo de 2002.

2. Invenciones patentables y no patentables según la ley: el caso de los medicamentos

La estrategia emanada de la Decisión 85 de 1974, establece como parámetros de patentabilidad a las innovaciones que denoten la novedad y la aplicación industrial, pero aclara que no todas las invenciones, se excluyen de este criterio las referidas a “productos farmacéuticos, los medicamentos, las sustancias terapéuticamente activas, las bebidas y los alimentos para el uso humano, animal o vegetal...”⁸ y considerando no-invenciones a “Los principios y descubrimientos de carácter científico; descubrimiento de materias existentes en la naturaleza... Los métodos terapéuticos o quirúrgicos y de diagnóstico”⁹.

No obstante, la Decisión 311 de 1991 agrega como requisito de patentabilidad, el nivel inventivo según el cual se demuestre que la innovación no resulte fácilmente deducible con los conocimientos actuales¹⁰. Además agrega que no serán objeto de patentabilidad los medicamentos incluidos “...en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud”¹¹ por lo cual permite que los demás medicamentos inicien la carrera para constituirse en monopolio legal, cuestión prohibida en la disposición anterior. Dos años después la Decisión 344 de 1993 incluye los procedimientos que cumplan con tales parámetros.

En 1994 nace la Organización Mundial del Comercio y con ella se ponen de relieve las tensiones y rigideces que en el comercio internacional genera la patente, por lo cual emergen nuevas disposi-

⁸ COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Decisión 085 de 1974. Artículo 5.

⁹ COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Decisión 085 de 1974.

¹⁰ “...si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado fácilmente deducible ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica” COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Decisión 311 de 1991. Artículo 4.

¹¹ *Ibíd.* Artículo 7.

ciones como las conferidas en el ADPIC¹², en éste se dispone como material patentable “productos o procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”¹³ los cuales incluyen los medicamentos. No obstante, la Declaración Ministerial de DOHA en el 2001, plasma que la intención de los ADPIC no es obstaculizar el acceso a los medicamentos, sino promoverlos introduciendo mecanismos de flexibilidad tales como las licencias obligatorias (por razones de interés público siempre y cuando el país cuente con la capacidad industrial suficiente¹⁴) y las importaciones paralelas para garantizar el acceso efectivo a los medicamentos en los países menos desarrollados¹⁵. A nivel regional, la Decisión 486 de 2001 de la CAN transmite lo dispuesto por la OMC, ratifica la innovación farmacéutica como objeto de patentabilidad.

La Decisión además ratifica los criterios para determinar qué invento es merecedor de la patente y cual no lo es de acuerdo a los tres criterios señalados. No obstante, en la práctica tales criterios han suscitado problemas de interpretación. En esta órbita menciona Otero, citando Interpretación Prejudicial del Tribunal Andino de acuerdo al proceso 21-IP-2000, la ambigüedad legislativa en la definición de invención, señalando: “Los tres requisitos de patentabilidad (no-

¹² Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech que dio origen a la OMC, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

¹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Artículo 27.

¹⁴ Mientras el ADPIC otorga un plazo de 10 años (artículo 66) para la aplicación un sistema de protección a la patente según sus disposiciones, la declaración de DOHA aumenta este plazo hasta el 2016 para países en vía de desarrollo o con escasa capacidad tecnológica.

¹⁵ En el 2003 por medio de la Decisión 30, los miembros de la OMC acuerdan que “podrá utilizarse la licencia obligatoria (sin consentimiento del propietario de la patente) para producir medicamentos destinados a la exportación dirigida hacia aquellos países con graves problemas sanitarios pero sin capacidad para producir genéricos”, es decir, se dispone de dicha flexibilidad del régimen por razones de interés público.

vedad, nivel inventivo y susceptibilidad de aplicación industrial), no definen el concepto de invención, en cambio sí permiten determinar, en términos generales, cuáles son las condiciones básicas que debe reunir una creación intelectual para que pueda ser patentada como invento”¹⁶.

Al pretender realizar una evaluación objetiva la información disponible constituye el más serio limitante para llevarla a cabo. En primer lugar, la novedad se evalúa con respecto al estado de la técnica, el cual comprende el conjunto determinado de conocimientos tecnológicos considerados en un momento concreto, con lo cual surge de inmediato el siguiente interrogante ¿es posible tener la información de todos los conocimientos tecnológicos en un momento del tiempo? ¿Con qué información de este tipo cuentan las oficinas de patentes nacionales?

En segundo lugar, el nivel inventivo se define según la novedad que demuestre la innovación lo cual también remite al manejo absoluto de información alrededor de la actividad inventiva en las áreas determinadas, lo que podríamos llamar conocimiento científico, pero también remite al conocimiento técnico y tácito en el área que otorgue herramientas al evaluador para determinar la novedad o no-facilidad de deducción con el estado actual de conocimientos.

En tercer lugar, sobre aplicación industrial se tiene un limitante especialmente en la concepción misma de industria, puesto que los inventos día a día en nuevos campos desbordan dicha concepción tradicional de asumirla como un artefacto tangible, transable y con claras especificaciones técnicas explícitas: “...tal vez sea el único requisito de patentabilidad cuyo rigor haya aumentado últimamente. Ello se debe principalmente a la dificultad de determinar si ciertas invenciones relacionadas con la biotecnología, como aquellas que abarcan los genes o las proteínas, poseen realmente aplicación in-

¹⁶ OTERO LASTRES, José Manuel. “Los requisitos de patentabilidad en la Decisión 486”. *Revista Jurídica del Perú* N° 31, febrero 2002, p., 97.

dustrial. A menudo no resultan evidentes al examinar la invención”¹⁷. Se deduce entonces que para un funcionamiento óptimo del sistema de patentes se debe contar con un conglomerado completo y amplio de información relevante para dotar de efectividad, eficacia y eficiencia el sistema normativo en cuestión. Los problemas de interpretación de los criterios de patentabilidad son pieza clave para evaluar la eficacia y funcionalidad del sistema diseñado y abren todo un sin número de problemas jurídicos para abordar.

II. EFECTOS ADVERSOS DE LA PATENTE SOBRE LA INNOVACIÓN FARMACÉUTICA

Se dice que los efectos de la patente varían entre sectores, son más marcados en unos que en otros, seguiremos analizando el caso de los medicamentos. De acuerdo con Carlos Correa, en el sector de medicamentos la patente cobra más importancia, debido a que en aquel al igual en los sectores de biotecnología y software: “...la inversión es alta y la imitación o copia son sencillas... En otros sectores, de tecnologías más maduras (p.ej. alimentos) o donde la imitación es muy riesgosa o costosa (p.ej. semiconductores)...la propiedad intelectual tiene una importancia relativamente menor”¹⁸. Los efectos desfavorables de dicha aplicación normativa no se han hecho esperar, entre otros cabe resaltar: a) la discriminación de precios de medicamentos, b) la investigación parcializada solo en ciertas enfermedades, c) el retraso en la difusión, d) las patentes a la defensiva, e) Aumento de la brecha tecnológica y f) Altos costos de protección.

¹⁷ COMISION SOBRE DERECHOS PROPIEDAD INTELECTUAL. Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo. Londres, Reino Unido. 2002. P., 116.

¹⁸ CORREA, Carlos. *Normativa nacional, regional e internacional sobre propiedad intelectual y su aplicación en los INIAS en el Cono Sur*. Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura. Montevideo, Uruguay, 1999.

1. Discriminación de precios y de productos

La patente ha originado en la innovación farmacéutica tanto discriminación de precios como discriminación de productos. En cuanto al primer problema, un experimento realizado por la Health Action Internacional (HAI) que consistía en sondear el precio de un medicamento básico para atacar infecciones comunes, tanto de marca como el genérico, encontró que del ciprofloxacino 500 mg¹⁹ en la farmacia más cercana en Colombia “se pagaba 200 veces más que en 5 países de Asia”²⁰. Esta problemática es común en los países en vía de desarrollo, en los cuales un aumento en los precios de medicamentos equivale a la imposibilidad de consumo individual o a una pérdida social de eficiencia (si el consumo se realiza por medio del aseguramiento).

Según el estudio de Acción Global para la salud existe una brecha en la inversión en investigación para los medicamentos que solucionan los problemas de salud de los países subdesarrollados, la llamada “brecha 10/90”: “En 1990, la Comisión sobre Investigación en Salud para el Desarrollo calculó que menos del 10% de los recursos para investigación sanitaria se destinaban a la búsqueda de soluciones para los problemas que afectan a los países en desarrollo, a pesar de que aquí es donde se enfrentan el 90% de los problemas de salud (la brecha 10/90)...De los 1.556 medicamentos llegados al mercado entre 1975 y 2004, sólo el 1% sirven para enfermedades tropica-

¹⁹ Dicho medicamento suministrado por Bayer “es un antibiótico que suele administrarse a las personas que han estado en contacto estrecho con una persona que ha contraído una infección meningocócica. Dicho antibiótico tiene por objeto eliminar todo germen meningocócico que se pueda portar en la garganta de las personas que han estado en contacto con un enfermo, de modo que no puedan ocasionar infecciones a los demás.” Extraído de sitio web del Multicultural Health Communication Service, recuperado el día 1 de junio de 2012 de la siguiente dirección electrónica:

http://www.mhcs.health.nsw.gov.au/publication_pdfs/8405/DOH-8405-SPA.pdf.

²⁰ HAI (2009). “Estar enfermo y necesitar medicamento puede ser una costosa desgracia en muchos países”. Disponible en <http://www.ifarma.org/web/wp-content/uploads/2010/03/CIPRO.pdf>, recuperado el día 20 de julio de 2010.

les”²¹. Dicha brecha 10/90, así como los siguientes datos de la OMC demuestran que la oferta de medicamentos es precaria en relación a las necesidades, evidenciando una enorme falla de mercado inducida por la regulación de patentes:

“Más de la tercera parte de la población mundial carece de acceso regular a medicamentos esenciales y capaces de salvar la vida. Sólo en África más de 320 millones de personas tienen un acceso menor del 50%. Los desequilibrios entre los países son similares a los que marcan otros indicadores de acceso a la salud: el 20% de la población mundial consume el 80% de los medicamentos... Como consecuencia de ello más de 15 millones de personas mueren cada año de enfermedades infecciosas para las que existe tratamiento, pero que no tienen a su alcance”²².

Además de la explicación tradicional de la pobreza como factor determinante, se tiene que es el sistema de patente el que impide el desarrollo de la investigación en todos los campos, pues la regulación es clara en señalar el mecanismo de licencias obligatorias, por lo cual ante dichas reglas del juego los investigadores prefieren invertir en aquellos sectores no amenazados con la “expropiación” de su patente que en aquellos en los cuales el Estado tiene incentivos a no garantizarla.

2. Patentes a la defensiva: estrategias de poder de mercado, segundos usos y patentes espurias

Dados los altos ingresos que genera el producto patentado, existen además posibilidades jurídicas para perpetuar dichas rentas mo-

²¹ACTION FOR GLOBAL HEALTH. Hoja informativa # 07. 2007. Recuperado de sitio web
<http://old.actionforglobalhealth.eu/.../Hoja%20Informativa%2007%20I+D.pdf> el día 7 de noviembre de 2010.

²² Información de la OMC citada por el Sitio Web de la Campaña “Salud para el desarrollo” de Cataluña, disponible en
http://salutxdesenvolupament.org/es/acuerdo_ADPIC.

nopólicas. Una vez expire la patente obtenida, el titular de la misma tiene incentivos a innovar a la defensiva, tal como afirma Cole “inventar alrededor de la patente”²³ existente y a restringir la competencia, tal como señala Bullard: “Su investigación se orientará entonces a descubrir no patentes útiles, sino defensivas...El resultado es un gran desperdicio de recursos y un desincentivo a innovar”²⁴. Evidencia de esto se encuentra además las patentes de segundos usos en el caso de medicamentos.

Tabla II. Segundos usos de las patentes: algunos casos

Medicamento	Uso original patentado	Segundo uso patentado
AZT (ácido acetilsalicílico)	Tratamiento de enfermedades del corazón	Tratamiento de VIH
Pirazolopirimidinonas	Tratamiento de enfermedades del corazón	Tratamiento para la impotencia sexual. Sildenafil o viagra. ²⁵
Ácido acetilsalicílico	Analgésico y anti-inflamatorio-trombosis	Demencia-Preclampsia-cataratas- cáncer colorrectal y hasta nutriente para las flores
Minoxidil	Vasodilatador anti-hipertensivo	Contra de la alopecia
Talidomida	Sedante	Afectaciones genéticas en embriones- dermatosis ²⁶

Fuente: Realización propia

²³ COLE, Julio H. Patentes y copyrights: costos y beneficios. Revista Libertas 36, mayo de 2002. Pág., 8. Recuperado de http://www.progresoylibertad.com.ar/images/stories/pdfs/9_4_Cole.pdf el día 5 de marzo de 2011.

²⁴ BULLARD, Alfredo. ¿Es la propiedad intelectual un robo? Pág. 14-15. Recuperado de Working papers Yale University, sitio web http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Bullard_Spanish.pdf el día 1 de abril de 2011.

²⁵ Para conocer más sobre este controversial caso en el Tribunal Andino de Justicia ver: Caso Perú RESOLUCION 358: Dictamen 09-2000 CAN.

²⁶ Exclusión Art., 1, 16 Dec., 344; Dec, 486- CAN

Otro caso conocido en el ámbito de la innovación farmacéutica, además de los segundos uso, son las patentes espurias, las cuales se basan en desarrollos triviales sobre dispositivos, novedades o sustancias ya conocidos. Ante esto cita el Comité: “El experto internacional Carlos María Correa informa que la Oficina de Patentes de E.U. concedió en 1999 más de 160.000 patentes, el doble del número que otorgaba diez años atrás, como resultado de la excesiva flexibilidad para exigir el cumplimiento de los requisitos de patentabilidad. “Un gran número de patentes son sorprendentes -advierde-, mas no por la inventiva que trasuntan, sino por su trivialidad”²⁷.

Según un estudio realizado en la Unión Europea, alrededor de una patente de medicamentos se han formado todo un clúster de patentes para prolongar el tiempo de exclusividad, tal como señala el informe: “Las carteras de patentes de los medicamentos con gran volumen de ventas se van engrosando con nuevas solicitudes de patente a lo largo de todo el ciclo de vida de un producto, incluso después de haber lanzado el producto. A veces experimentan un aumento aún más marcado al final del periodo de protección conferido por la primera patente”²⁸. Estos clúster o racimos de patentes evidencian que “...determinados medicamentos están protegidos por hasta casi 100 familias de patentes específicas de los productos...”²⁹. Otra estrategia hacia la defensa de la patente consiste en el fraccionamiento de la misma, es decir, dividir un invento en varios con el fin de obtener varias patentes y prolongar el periodo de examen³⁰.

²⁷ HOLGUIN ZAMORANO, German. *La propiedad intelectual en el ALCA: Impacto sobre la salud en Latinoamérica*. Documento de la Alianza de ONG para la defensa del Derecho a la salud en Colombia. Septiembre de 2003. Disponible en sitio web del ALCA.

²⁸ COMISIÓN EUROPEA. *Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico: Derechos de propiedad industrial: una estrategia para Europa*. 2009. P., 12.

²⁹ *Ibíd*, p., 12.

³⁰ *Ibíd*, p., 12.

Alternamente como modo de consolidar el poder conferido por la patente es la combinación de ésta con otra forma de propiedad industrial: los secretos industriales. En este sentido se ha evidenciado: “las patentes no son sino las puntas de los icebergs en un mar de secretos industriales. Más del 90% de toda nueva tecnología está protegida por los secretos industriales y más del 80% de todos los acuerdos de licencia y transferencia de tecnología protegen el know-how o conocimientos exclusivos, esto es, los secretos industriales, o bien constituyen acuerdos híbridos relacionados con las patentes y los secretos industriales... Los secretos industriales están al frente de la defensa: están antes que las patentes y siguen a las patentes”³¹.

Esto bajo la legitimidad de la promulgación normativa, tal como lo señala el Artículo 39 del ADPIC las patentes y los secretos industriales son mecanismos complementarios, posición apoyada por los juristas: “el régimen de patentes y el régimen de secretos industriales no se excluyen mutuamente, sino que, en realidad, se complementan. Para proteger los nuevos productos o procesos fruto de la inventiva, deberían utilizarse ambas categorías de la propiedad intelectual en forma complementaria, incluso sinérgica”³².

Aún sin necesidad de complementar el sistema de patentes con el de secretos industriales, las patentes por sí mismas obstaculizan el desarrollo natural del conocimiento científico, especialmente cuando la innovación es secuencial, en el sentido de que “...se deriva de invenciones precedentes, los derechos exclusivos que otorgan las patentes pueden impedir el acceso a conocimientos incorporados en invenciones previas y frenar el progreso tecnológico”³³. Es claro que

³¹ MOSCOSO ÁLVAREZ, Raúl. “Importancia de las patentes en el desarrollo económico”. Memorias del Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina. Corporación de estudios sobre los derechos de propiedad intelectual. Primera edición 2001. Pág., 153.

³² Memorias del Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina. Corporación de estudios sobre los derechos de propiedad intelectual. Primera edición 2001. P., 153.

³³ ENCAOUA, David., GUELLEC, Dominique & MARTÍNEZ, Catalina. “Sistema de patentes para incentivar la innovación: lecciones de análisis económico”.

el conocimiento científico en todas las áreas parte del conocimiento anterior o de los estados del arte al momento de realizar la investigación, impedir utilizar dicho conocimiento equivale a impedir la mejora, contrastación o refutación de los mismos.

Este efecto queda reflejado parcialmente³⁴ en el concepto de anti-comunes de Michael Heller³⁵, según el cual “las patentes crean una maraña enorme que da a cada titular de la patente un derecho de veto sobre el potencial de las innovaciones de los demás... demasiadas personas están en condiciones de ejercer un derecho de veto sobre empresas productivas”³⁶, por lo cual inducen a la subexplotación o subutilización. Coincide con Nelson y Winter quienes declaran que ésta bloquea la difusión natural que pueden tener los inventos³⁷.

3. Patente como barrera al desarrollo tecnológico nacional

El argumento de incentivar el desarrollo tecnológico nacional o regional por medio de la patente, se relativiza aún más en Latinoamérica, en la cual “Aproximadamente del 90 a 95% de las patentes otorgadas por los países de la periferia no fueron empleadas en los procesos de producción de esos países. En algunos casos, las tasas

Documento de Trabajo Instituto de Políticas y Bienes Públicos. Número 15. 2010. Madrid, España.

³⁴ Parcialmente puesto que su concepto de tragedia de los anti-comunes alude a derechos de propiedad muy fuerte, desde una perspectiva austriaca el problema no es tal, sino la existencia de una propiedad artificial.

³⁵ Michael Heller y Rebecca Eisenberg. Los autores denominan a la patente como una “espada de dos filos”.

³⁶ EPSTEIN, Richard A. & KUHLIK, Bruce N. Navigating the Anticommons for Pharmaceutical Patents: Steady the Course on Hatch-Waxman. *Chicago Working Papers*, Recuperado de Sitio Web: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/209.rae-bk.anticommons.pdf> en marzo de 2011.

³⁷ NELSON, Richard & WINTER, Sidney. “En busca de una teoría útil de la innovación”. Alberto Supelano (Trad). *Cuadernos de Economía*, vol., 19, n., 32, 2000, pp., 179-223. [1977]. P., 209.

de utilización fueron inferiores al 1% de las patentes registradas...³⁸. Se tiene que para Colombia el régimen de patente no ha logrado fomentar una capacidad inventiva propia tal como lo promete la legislación respectiva, según datos de la Superintendencia de Industria y Comercio se tiene que: "...entre 1991 y 2004, han sido concedidas 5317 patentes que pertenecen a personas jurídicas o naturales no residentes en el país, frente a 548 patentes pertenecientes a personas jurídicas o naturales residentes. Ello implica que Colombia, durante el periodo mencionado, tiene una tasa de dependencia muy alta (valor promedio de 11.97) y una tasa de autosuficiencia muy baja (0.095)"³⁹.

Las patentes no incentivan el desarrollo industrial nacional sino que consolidan y acentúan la brecha de industrialización, beneficiando a los países que ya han alcanzado un desarrollo tecnológico y dejando aún más atrás a los que no lo han logrado. Siguiendo datos de Naciones Unidas⁴⁰, se compara el registro de patentes por países entre el periodo 1984-2002, encontrando que la brecha entre los países desarrollados y subdesarrollados como Colombia es amplia y difícil alcanzable por este último país. Japón como país representativo en innovación alcanzó en el año 1996 aproximadamente doscientas mil patentes en comparación con Colombia que en ese mismo año evidenció cuatrocientas patentes aproximadamente (línea negra punteada).

Se puede decir que acentúa la brecha de industrialización y no precisamente por un sistema de patentes eficiente, o porque aquel no ostente los problemas anteriormente señalados, sino porque el legado histórico ha evidenciado un desarrollo tecnológico en aque-

³⁸ MOSCOSO ÁLVAREZ, Raúl. *Importancia de las patentes en el desarrollo económico*. Memorias del Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina. Corporación de estudios sobre los derechos de propiedad intelectual. Primera edición 2001. Pág., 90.

³⁹ SÁNCHEZ, Jenny Marcela, MEDINA, Javier., y LEÓN Andrés Mauricio. "Publicación internacional de patentes por organizaciones e inventores colombianos". *Cuadernos de economía*, v. XXVI, N., 47, Bogotá, 2007. Páginas 247-270. (P., 250).

⁴⁰ Naciones Unidas- Gadminder (2010).

llos países, aún antes de la consolidación legal de aquel. Ahora bien, no existe evidencia que pruebe que la existencia del incentivo intensifica la innovación porque no tenemos un derrotero de comparación para conocer cómo sería sin el incentivo, sólo se puede afirmar que seguiría existiendo innovación, posiblemente sin los problemas señalados. En el caso de los medicamentos el retraso en la difusión cuesta en términos de vidas humanas y soluciones de enfermedad, tal como lo menciona el siguiente ejemplo: “Glaxo Smith Kline tiene patentes no sólo para el zidovudina (AZT) y la lamivudina (3TC), sino también para la combinación a dosis fija de los dos, Combivir, (AZT + 3TC). Boehringer Ingelheim (BI) tiene patentes para la nevirapina (NVR). La combinación triple AZT, ETC y NVR resulta muy eficaz en la lucha contra el VIH/Sida. Si se pudiera fabricar un comprimido de los tres elementos, sería mucho fácil para los pacientes tomar un solo comprimido en lugar de tres; uno con cada una de las sustancias”⁴¹.

Sin embargo, dichas patentes impiden la fabricación de dichos comprimidos e impiden también que las mismas empresas los fabriquen ellos mismos, dado que infringirían las patentes respectivas⁴². Este fenómeno constituye una barrera al desarrollo de la innovación y de mercados que puedan brindar soluciones eficientes ante los problemas de salud de la población, una vez más queda comprobado que la finalidad legislativa no es cumplida y que tales efectos, no

⁴¹ BOULET, Pascale; GARRISON, Christopher y HOEN, Ellen. “Patentes de medicamentos en el punto de mira. Compartiendo conocimientos prácticos sobre patentes farmacéuticas”. *Médicos sin fronteras. Mayo de 2003. P., 7.*

⁴² “Este bloqueo podría impedir que una herramienta de salud pública vital para quienes lo necesitan estuviese disponible. En realidad, la compañía india Cipla produce comprimidos que contienen AZT, 3TC y NVR –comercializado bajo el nombre de Douvir-N. Esto ha sido posible porque las patentes relevantes no están en vigor en la India...Esto cambiará cuando las leyes sobre patentes en la India tengan que cumplir el ADPIC” BOULET, Pascale; GARRISON, Christopher y HOEN, Ellen. “Patentes de medicamentos en el punto de mira. Compartiendo conocimientos prácticos sobre patentes farmacéuticas”. *Médicos sin fronteras. Mayo de 2003.*

esperados por el legislador, socavan el desarrollo tecnológico en sectores como el de los medicamentos.

4. Altos costos de protección de la patente

El otorgamiento de patentes origina altos costos tanto para el Estado, garante de la protección, como para los titulares de la patente. El primero debe afrontar no solo los costos de garantizar la propiedad, la protección contra la copia ilegal, sino que además tiene que asumir costos para identificar la patentabilidad de una innovación, si cumple con los estándares de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial indagados anteriormente. Esto supone la existencia de un comité de expertos en cada materia patentable y un extenso manejo informativo sobre los adelantos en el entorno. En este sentido, Matos señala: “Las oficinas de patentes, caso del Ecuador, existe un número reducido de funcionarios (4 a 5)... no se cuenta con personas técnicas especializadas para el examen de fondo, en relación al número de solicitudes de patentes que ingresan todos los días, mismas que pueden ser de segundo uso o de invenciones que no cumplen con los requisitos, al tratarse de asuntos sumamente técnicos, de estructuras químicas complejas, que pueden disfrazar su verdadera naturaleza y por descuido o por equivocación de los funcionarios pueden llevar a conceder una patente”⁴³.

Para los titulares, los costos legales de acceder al título, así como de interponer acciones judiciales para exigir su derecho pueden imponer trabas al proceso. Así mismo, los costos asociados a la vigilancia y control del cumplimiento de su contrato y del mercado bajo su dominio con la amenaza constante de empresas productoras de

⁴³ MATOS JAQUI, Edna. “Las patentes de segundo uso”. *Revista Judicial*. Ecuador. Disponible en sitio web: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2456&Itemid=426. Recuperado el 2 de mayo de 2011.

genéricos. Un estudio realizado por la Comisión Europea⁴⁴, encontró de una muestra de 219 moléculas entre 2000 y 2007 en la UE (2009) los siguientes costos judiciales:

De “Un número total de 698 litigios sobre patentes entre empresas originarias y de genéricos (La mayoría incoados por las empresas originarias), se resolvieron 223, 149 finalizaron con una sentencia firme dictada en los tribunales (62% Ganaron las empresas de genéricos), 326 pendientes o retirados. La duración media de los procesos judiciales fue de 2,8 años. A diferencia de la fase precontenciosa, en la que las empresas originarias invocaron las patentes primarias, en los litigios invocaron fundamentalmente patentes secundarias...”El 30 % de los asuntos el pleito fue incoado entre las mismas partes en más de un Estado miembro respecto al mismo medicamento. El 11 % de las sentencias firmes comunicadas, dos o más tribunales en diferentes Estados miembros de la UE pronunciaron sentencias contradictorias sobre el mismo tema sobre validez o la violación de la patente⁴⁵.

Además de los costos legales de proteger su propiedad, los innovadores sufren los costos de la amenaza de imponer licencia obligatoria sobre su invención podría generar hasta costos de lobby para capturar el regulador y mantener su patente, o simplemente dentro de tal lógica inducida, no innovar en aquellos ámbitos donde dicho riesgo esté latente.

⁴⁴ COMISION EUROPEA. Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico. 2009.

⁴⁵ COMISION EUROPEA. Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico. 2009. Pág., 14.

III. INCENTIVOS DEL DERECHO DE PATENTES: EXPLICACIÓN DESDE LA ESCUELA AUSTRIACA

1. Patentes: un problema epistemológico de la economía

Tal como se demostró en el apartado anterior la patente tiene problemas en su formulación, funcionamiento y aplicación, además que genera un impacto desfavorable para la sociedad, ha incentivado problemas en el desarrollo empresarial, limitando las capacidades innovadoras en sectores como el de los medicamentos y ha “ordenado”⁴⁶ el mercado ocasionando daño en el consumidor. Desde la escuela austriaca se puede comprender el fenómeno y encontrar una explicación a los efectos adversos descritos, como sabemos la acción humana de Mises se concibe como una conducta movilizadora por intereses personales que relacionan medios y fines para su alcance.

No obstante, dicho individualismo implícito en la definición miseana dista de la visión tradicional neoclásica, en los supuestos referidos a la racionalidad, el conocimiento y la relación del individuo con el entorno. Son precisamente estos supuestos analíticos y sus variantes alrededor del pensamiento económico y las consecuentes teorías de la empresa y la innovación, los determinantes de la construcción teórica y jurídica de la patente y por tanto los causantes originarios de los problemas que tiene la patente en la sociedad.

El realizar un análisis dinámico del comportamiento humano, aceptando la existencia de una racionalidad acotada y la ausencia de información como motor mismo de la función empresarial da cuenta de la esencia misma de la innovación inherente al comportamiento humano en busca de alcanzar fines. Tendremos innovación tan diversa, como la diversidad de capacidades y fines humanos, las cuales son inconmensurables y se alcanza satisfaciendo las necesidades

⁴⁶ Se dice que ha ordenado el mercado, porque ha otorgado un incentivo a la innovación que ha adecuado las expectativas de los innovadores en sus creaciones, así como las expectativas de recompensa por el tipo de innovación.

de otros. El establecer por medio de una ley “lo socialmente deseable” como por ejemplo los inventos con aplicación industrial, lo que permite es la movilización de recursos no eficientes a la búsqueda de tales innovaciones, descuidando otros espacios de innovación, tal como observamos en el capítulo II en la llamada brecha 90/10, los innovadores farmacéuticos no tiene incentivos para investigar en enfermedades propias de los países pobres ya que su patente tendría baja apropiabilidad según establece la misma regulación. Si no existiera la patente, ni la sobre regulación sobre esta, como por ejemplo las licencias obligatorias por razones de interés público, la innovación se daría según los incentivos naturales del mercado y posiblemente no existiría tal concentración.

Tabla I. Innovación desde la escuela austriaca y la escuela neoclásica

SUPUESTO ANALÍTICO	ESCUELA AUSTRIACA	INNOVACIÓN	ESCUELA NEOCLÁSICA (Siglo XIX)	INNOVACIÓN	ESCUELA NEOCLÁSICA (Siglo XX)	INNOVACIÓN
Individualismo metodológico	Homo agens	Innovación inherente a la capacidad humana para alcanzar fines.	Homo economicus	Dada	"Homo economicus"	Innovación como conducta deseable
Relación individuo-entorno	Subjetiva, individuo como parte del entorno	La innovación es el soporte de la empresarialidad, sólo existe al crearse nueva información que se valora en el mercado. A esta lógica responde todo tipo de bien novedoso en la sociedad.	Objetiva: individuo separado del entorno.	Con conocimiento y racionalidad plena la innovación no sería posible, pues todo ya estaría comprendido, descubierto y evidenciado.	Objetiva: individuo separado del entorno.	Sin información el homo economicus solo se comportará como innovador si el beneficio es mayor que los costos de producción.
Racionalidad	Acotada o racionalidad en sentido amplio		Plena		Plena	
Información	Conocimiento imperfecto, "Conocimiento subjetivo, privativo, disperso, tácito, se crea ex nihilo, transmisible." ¹		Completa y perfecta.		Incompleta e imperfecta	
Tiempo	Dinámico (incertidumbre) "subjetivo, experimental y dinámico" ²	La escasez y las necesidades son variables, los empresarios actuarán según aquellas.	Estático (certidumbre)	Situación de equilibrio con toda la innovación posible dada	Estático (certidumbre)	Situación de equilibrio con toda la innovación posible dada
Origen de la Ley	Endógena	Las patentes no son creadas endógenamente por el proceso de mercado, su creación es exógena.	No es necesaria	Situación de equilibrio con toda la innovación posible dada	Exógena	Ley exógena como incentivo para proporcionar beneficios al innovador que hagan rentable su actividad.
Relación Ley-Mercado	Incentivo espontáneo	La competencia constituye el incentivo para la creación de nueva información.	No es necesaria	No es necesaria	Incentivo deliberado	
Criterio para valorar la Ley	Eficiencia Subjetiva y dinámica ³ .	Una innovación será socialmente deseable en la medida en que sea valorada en el mercado.	Eficiencia objetiva: óptimo de Pareto	Situación de equilibrio	Eficiencia Objetiva: "Maximización de la riqueza o Kaldor-Hicks)", Eficiencia Pareto-Wicksell..	Cada innovación debe mejorar la situación de algunos y no empeorar la de nadie, beneficios compensen el daño causado.

¹ HUERTA DE SOTO, Jesús. Estudios de economía política. Madrid. Unión editorial. p., 40. Así mismo Cachanosky reseña que la escuela austriaca "supone que cada individuo dispone de una muy pequeña fracción de información respecto del total disponible" y además que cada persona valora de diferente manera la misma información. CACHANOSKY, Juan C. *La eficiencia económica de los sistemas jurídicos*.

² HUERTA DE SOTO, Jesús. Socialismo, cálculo económico y función empresarial. Unión editorial, S.A. Madrid. (2da. Edición). 1992. P., 45

³ CACHANOSKY, Juan C. *La eficiencia económica de los sistemas jurídicos*. P., 27. Disponible en www.hacer.org/pdf/Cachanosky01.pdf

2. Conocimiento y Racionalidad plena: la pretensión de la regulación sobre patentes

Si asumimos que el individuo posee racionalidad perfecta al modo de la escuela neoclásica, el hombre tendría unas preferencias definidas y siempre estaría abocado a realizar las mejores elecciones entre alternativas. Pero este cálculo solamente es posible en presencia de información perfecta y completa, el hombre no cambiaría de gustos, ni realizaría elecciones incoherentes con respecto a sus preferencias, elegiría aquella combinación de medios conocidos que le otorgará mayor utilidad o beneficio.

Sin embargo, en el mundo real no existe “información completa y perfecta” por lo cual no se puede evaluar objetivamente la eficiencia de ciertas asignaciones o elecciones, tal proceso descrito en la economía neoclásica no es representativo del comportamiento real del ser humano, puesto que sería imposible efectuar el objetivo de optimización, si no contamos con la información. Si el conocimiento es subjetivo, cada uno de los seres humanos contaría con una parte de la información, como el proceso de conocimiento explícito es imposible, el mercado constituye el mejor mecanismo para conocer la información, preferencias, necesidades y oportunidades.

3. Subjetividad y conocimiento disperso: motivos para innovar

En este punto los austriacos hacen una serie de cuestionamientos al modelo de neoclásico y a partir de allí formulan su propuesta: ¿es posible obtener información completa? ¿Qué significa poseer información perfecta y completa? ¿Tiene el hombre gustos definidos y continuos? Poseer información perfecta y completa significaría que tendríamos la posibilidad de predecir como actuarán los individuos y conocer cada una de sus decisiones acerca del uso de recursos escasos, asimismo tendríamos la información sobre dicha escasez del entorno. Por lo cual si tenemos por un lado las preferencias definidas, los medios para alcanzarlas y por otro lado tengo la información sobre la escasez y las posibilidades de produc-

ción lo único que queda por hacer es realizar el cálculo a favor de la maximización de recursos.

Esta presunción es estática, puesto que la certidumbre que otorga la información completa no permite razonar sobre la influencia que el paso de tiempo posibilita precisamente en la creación de nueva información, conocimiento y bienes. En el mismo sentido, implica una concepción absoluta de escasez, tal como lo explican los neoclásicos, la escasez es la razón misma del cálculo, los bienes escasos hacen necesaria su privatización y por tanto utilización del intercambio voluntario como medio para asignar dichos bienes a quien más los valore. Por el contrario, los bienes no-escasos o públicos, no la tienen, por lo cual solo vía regulación coactiva y directa sobre el bien público se podría racionalizar su consumo.

Sin embargo, desde la propuesta austriaca, si bien el concepto de escasez constituye la base de la valoración humana, no se concibe estáticamente, ni se pretende conocer de forma absoluta. El concepto de escases es relativo, depende de la evolución de las capacidades y las necesidades humanas, por lo cual es un concepto dinámico. Las capacidades y las necesidades son subjetivas y dependen de cada individuo, de un estado de desarrollo tecnológico y del entorno cultural en que se viva. Así que el razonamiento sobre el conocimiento perfecto se invalida porque este solo pertenece a la esfera individual y se construye intersubjetivamente, por lo cual no podemos afirmar que poseo el conocimiento de otra persona o que puedo conocer como otra persona, ni puedo tener información completa sobre medios y fines.

La subjetividad inherente al análisis austriaco es un poderoso instrumento que transforma el análisis económico, si los neoclásicos parten de una concepción objetivista del mundo, el conocimiento completo sobre el mundo, su funcionamiento y el comportamiento del ser humano es totalmente descifrable y describible, supuesto que se elimina desde una perspectiva subjetiva. Se trataría en palabras de Hayek resolver un simple “problema lógico” no un problema económico¹, pues al ser el cono-

¹ HAYEK, Friedrich A. El uso del conocimiento en la sociedad. Publicado en Estudios públicos. Traducido del American Economic Review, XXXV, N° 4 (septiembre, 1945), 519-30 con la debida autorización. P., 158.

cimiento producto de la subjetividad humana no podría conocerse de forma completa y satisfactoria, solo se podrían efectuar aproximaciones para la construcción intersubjetiva del conocimiento en la sociedad.

Al no ser posible establecer relaciones de objetividad entre la mente y el mundo externo, lo único que tenemos en nuestro entorno son tantas posibilidades y soluciones desconocidas para los problemas con el uso de recursos, como formas creativas que provienen del conocimiento, la información y el entorno cognoscible para cada individuo. Un mundo de perfecta racionalidad y conocimiento no da cabida a la creatividad, a la creación de nuevo conocimiento, a la solución de necesidades por nuevas formas, los problemas con respecto al uso de recursos estarían solucionados o por lo menos dependerían de en dónde o como están distribuidos los recursos en la sociedad y de cómo lograr las asignaciones eficientes de aquellos, cuestión alcanzada por medio del cálculo. En un mundo de este tipo no existiría la figura del empresario, por lo cual no tiene sentido investigativo, puesto que es precisamente la racionalidad limitada y el conocimiento disperso y diverso lo que constituye la base del problema económico.

De hecho, Hayek realiza una distinción entre el conocimiento, el conocimiento tácito y el conocimiento científico, en este sentido afirma, el primero que es "...más probable que se encuentren a disposición de individuos particulares", referido a las condiciones particulares de tiempo y lugar; y el segundo referido al que "...deberíamos esperar encontrar con mayor seguridad en poder de una autoridad constituida por expertos debidamente seleccionados"². Afirma Hayek que es el conocimiento tácito el que les otorga ventajas a unos individuos en la sociedad, el insumo propio de la función empresarial. Potencializar el conocimiento de cada individuo y su acción solo es posible en un contexto de libertad, puesto que solo sobrevivirán las creaciones humanas que mediante un proceso de prueba y error, logren solucionar o satisfacer efectivamente

² HAYEK, F. A, *El uso del conocimiento en la sociedad*. Publicado en Estudios públicos. Traducido del American Economic Review, XXXV, N° 4 (septiembre, 1945), 519-30 con la debida autorización. P., 159.

las necesidades humanas del momento, su efectividad estará indicada por lo que muestre el mercado.

4. Conocimiento, tiempo y tipos de bienes

En el ámbito de la producción el modelo neoclásico se evidenciaría bajo el concepto de competencia perfecta, en el cual los productores competirían por recursos, pero al tener conocimiento e información perfecta, no existirían diferencias notables entre las empresas, los productos tenderían a la homogeneidad y los precios al mínimo posible. Las variantes al sistema neoclásico empiezan con Joseph Schumpeter, que si bien es un crítico del modelo, sus aportes terminan por ampliarlo a la llamada competencia imperfecta. La primera crítica de Schumpeter radica en demostrar que el sistema de producción capitalista no es estacionario y no puede alcanzar ese punto jamás, gracias a un componente: la innovación³. Este tipo de innovación el autor la denomina “destrucción creadora” y constituye en la razón de los constantes desequilibrios en la actividad económica y la invalidez de competencia perfecta y por tanto de la estática comparativa.

Por otro lado, si bien los neoclásicos han clasificado los bienes en relación mera con la escasez (objetiva), la economía austriaca inspirada por Menger lo ha hecho con un concepto relacional entre escasez y necesidad, lo cual asocia tanto la perspectiva subjetiva como la dinámica. En este sentido, los bienes se clasifican según la cercanía a la satisfacción directa a la necesidad del individuo, y es esta la que determina su valor.

La utilidad subjetiva es la medida del valor de los bienes y por lo tanto, es la determinante del precio, el hombre ejerce su empresarialidad

³ “...este carácter evolutivo del proceso capitalista no se debe simplemente al hecho de que la vida económica transcurre en un medio social y natural que se transforma incesantemente y que, a causa de su transformación, altera los datos de la acción económica...Tampoco se debe este carácter al crecimiento casi automático de la población y el capital...El impulso fundamental que pone y mantiene su movimiento a la máquina capitalista procede de los nuevos bienes de consumo, de los nuevos métodos de producción y de transporte, de los nuevos mercados, de las nuevas formas de organización industrial que crea la empresa capitalista”. SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Tomo I. Ediciones Orbis, S.A. 1983. P., 120.

en la medida que puede sacar provecho de su conocimiento y prever las ganancias que obtendrá en función de satisfacer necesidades o crear necesidades que generen mejora en el bienestar individual. En este caso, el empresario es dependiente del consumo individual, no al contrario como normalmente se asume. Por tanto, la concepción de patentes deviene de un sentido objetivista de los bienes, privilegiando el concepto de determinación de valor solamente de lado de la oferta de bienes más no la demanda.

Siguiendo con dicho razonamiento, se inválida la idea que se debe conceder un incentivo para la innovación y creación de bienes (oferta), o para equiparar los costos emprendidos por el creador para su fin, que se asumen son excesivos en contraste con la ganancia que puede reeditar el mercado. En este sentido, el mercado es el único proceso que puede valorar el precio de los bienes en función de la utilidad marginal y de esta manera creará incentivos para la acción empresarial. La competencia en el mercado es el medio para alcanzar millones de fines individuales, lo contrario que pasa bajo el mandato coactivo, es alcanzar o satisfacer solo algunos fines, considerados por cualquier criterio como socialmente deseables.

Existe entonces un error en el concepto económico de patentes, puesto que si son aquellas ideas “útiles” las que se muestran en un bien tangible, los cuales demuestran su utilidad dada la cercanía a la satisfacción de necesidades, ¿por qué los bienes producto de una idea innovadora no tienen un tratamiento igual que el de los bienes de consumo?, Stephan Kinsella atribuye el conflicto en el “excesivo énfasis” en la creación más que en la escasez que es lo que determina económicamente a un bien. Entonces la patente otorga una doble recompensa, por un lado a la idea nueva y por otro lado, al bien que circula en el mercado bajo un precio monopolista. Esto constituye más que un incentivo un desincentivo al desarrollo de la actividad económica, puesto que se está privilegiando ciertos procesos más que otros, aquellos que cumplan los requisitos de patentabilidad, siendo que todos los bienes pasan por el mismo de mercado para ser valorados: parten de una idea nueva que se traduce en un bien tangible y se valoriza al satisfacer necesidades.

¿Debería el Estado otorgar incentivos a un proceso inherente a la acción humana? La respuesta es negativa, los incentivos se encuentran en la capacidad innata humana. La patente obstaculiza los procesos de prueba y error que el mercado naturalmente permite, y desecha aquellos bienes inútiles y potencia aquellos que si lo hacen y los propaga de forma progresiva para todos. Al momento de un bien ser apetecido, se genera competencia entre los productores y con ella se genera nueva información para mejorarlo y ganar clientes, mientras eso pasa los precios del productor más eficiente resultan más atractivos e incluyentes, y esto se realizará millones de veces hasta incluir a todos. No obstante, la legislación de propiedad intelectual crea escasez en un bien no escaso y además crea derechos de propiedad parciales sobre la propiedad de otros, por lo cual llevan a rigideces en la actividad económica⁴.

5. El Derecho y la innovación: hacia el libre mercado

¿Qué tipo de leyes necesitamos para incentivar la innovación? El cálculo económico no sería posible sin la existencia de una institución jurídica: la propiedad. En el caso de las innovaciones no sería necesaria una regulación extraordinaria o especial como la hoy llamada “propiedad industrial” para incentivar su creación, mientras se garantice propiedad privada para los bienes tangibles, se otorgarán incentivos necesarios para la producción de todo tipo de bienes. Las regulaciones necesarias se constituyen de leyes generales, las leyes especiales crean discriminación

⁴ “...simplemente creando una expresión original de ideas, simplemente pensando o grabando cierta información original, o encontrando una nueva forma de usar su propiedad (receta), el creador de propiedad intelectual instantánea y mágicamente se convierte en propietario parcial de la propiedad de otros. Tiene algo que decir acerca de cómo terceros pueden usar su propiedad. Los derechos de propiedad intelectual cambian el statu quo redistribuyendo la propiedad de individuos de cierta clase (propietarios de bienes tangibles) a individuos de otra (autores e inventores). Por tanto, prima facie, la ley de propiedad intelectual traspasa o “quita” la propiedad de los dueños de bienes tangibles, transfiriendo su propiedad parcial de autores e inventores. Es esta invasión y redistribución de la propiedad la que debe justificarse con el fin de que los derechos de propiedad intelectual sean válidos.” KINSELLA, Stephen, *Against Intellectual Property*, Journal of Libertarian Studies Vol., 15, no., 2 (Spring 2001): 1-53. 2001. Pág., 10. Disponible en http://mises.org/journals/jls/15_2/15_2_1.pdf. Pág., 25.

entre capacidades productivas, generan desigualdad, menguan la competencia y por lo tanto distorsionan el sistema de precios en la sociedad.

En un contexto de escasez y necesidades, la propiedad privada surge para hacer eficiente el uso de los recursos, pero para que esto suceda debe estar presente un entorno institucional que garantice la libertad y el desarrollo de tales derechos de propiedad. La libertad permite el avance del conocimiento y por tanto la creación de nueva información, el aprovechamiento de las oportunidades y la transferencia sin fricciones de éstas, también permite la evolución espontánea de éste, que se reemplacen unos métodos de producción por otros y en general unos bienes por otros, este proceso solo es eficiente en la medida en que se confíe en las capacidades de los individuos. En condiciones de libertad y derechos de propiedad definidos no se hacen necesario la existencia de incentivos exógenos a aquellos inherentes a la acción humana para motivar la función empresarial.

El argumento de la existencia de patentes para salvar el sistema capitalista y no caer en uno socialista es erróneo, pues lo que ha creado es un tipo de socialismo de mercado en el concepto de Kirzner, por medio de mandatos coactivos para ejercer ciertos tipos de innovaciones y no otras que la creatividad humana puede alcanzar. La patente ha desviado el ejercicio de la función empresarial, ha impedido el descubrimiento de nuevas oportunidades y soluciones a problemas y necesidades. Tal como lo observamos con el problema de descuido de las enfermedades de tercer mundo y la investigación parcializada en solo ciertas enfermedades y el sobre-poder de mercado creado artificialmente por medio de dicho mecanismo legal.

No podemos asegurar por medio de esta investigación que en una situación sin patentes ya existiría la vacuna contra el VIH-Sida u otras enfermedades de especial preocupación mundial, pero si podemos afirmar con certeza que no existiría concentración de la investigación farmacéutica, no se incentivaría la ilegalidad y se aprovecharía mejor el conocimiento especializado en química, biología y otras ciencias básicas

que generan dichos componentes. La competencia⁵ es el mejor mecanismo para sacarle provecho a conocimiento disperso, tanto científico como tácito, que existe en la sociedad, allí donde no existe competencia no podemos confiar el progreso y el avance social.

La patente no es un instrumento a favor del funcionamiento del mercado, de hecho es un mecanismo que elimina la función empresarial, es un instrumento que sustituye de forma coactiva el mercado. Al contrario de lo que opina Moscoso Álvarez, sobre la afinidad de la patente con el sistema capitalista, mediante la patente confiamos las decisiones sobre la innovación no a la iniciativa privada e individual sobre el uso de los recursos, sino a la del Estado, la cual suplanta las millones de decisiones individuales que no conocemos, ni conoceríamos bajo el mandato.

El otorgar un incentivo a la acción individual no elimina su carácter coactivo, ni subyacente de la voluntad deliberada del Estado, por lo cual se concibe al individuo como un operario de la voluntad del Estado. El objetivo o fin del Estado se ha delineado a través del tiempo, de acuerdo a lo que considera bueno para sociedad, y este razonamiento, al igual que todos, es subjetivo y subyacente de la información limitada que por medio del mandato se instaura como legítima entre todos los individuos o asociados a un Estado. Tal ejercicio reemplaza los fines individuales (subjetivos) por fines sociales, que devienen también de un tipo de raciocinio equivalente, con pretensión de representativo. El efectuar dicha sustitución se desperdician recursos y se eliminan nuevas oportunidades, a la exploración de lo desconocido y al desarrollo del intelecto humano frente al complejo entorno en que vive.

Lo bueno y deseable para la sociedad se ha decidido tanto en los regímenes monárquicos y absolutistas como en los democráticos, representativos y participativos. En la materia que nos ocupa, la innovación siempre se ha considerado buena para la sociedad, pero desde el ámbito de la planeación gubernamental se ha privilegiado siempre un tipo de innovación frente a otras. Esta discriminación hacia los inventos con aplicación industrial motiva un retraso de la innovación, puesto que solo

⁵HAYEK, Friedrich A. Nuevos estudios de filosofía, política, economía e historia de las ideas. Unión Editorial. (1978) 2007. P., 235.

se privilegia la innovación bajo criterios que prevé el Estado, más no las que resultan de la creatividad humana bajo entornos inciertos y desconocidos ¿qué pasa con las innovaciones que no ostenten dicho carácter previsto por la Ley? ¿Qué pasa con aquellas declaradas excepciones a la patentabilidad? Son discriminadas bajo esta óptica y generan los efectos ya vistos sobre el mercado.

El cobijar la patente como una forma de propiedad, sobre algo que no constituye propiedad en el sentido clásico (y válido para nosotros) del término, hace que los costos de garantizarla, sean exacerbados para el Estado, más en innovaciones que como los fármacos ostentan altos costos de producción y bajísimos de copia. Aún más los costos que debe asumir el Estado para identificar las innovaciones patentables, según los estándares de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial, supone la existencia de certeza y claridad en los términos, lo cual ha sido cuestionado continuamente, y de un comité de expertos en cada materia patentable que los verifique continuamente en cada solicitud y un extenso manejo informativo sobre los adelantos en el entorno, supone la veeduría de la totalidad del conocimiento sobre los cambios creativos en cada ámbito particular de la tecnología, lo cual no es solo costoso, sino imposible de saber por un comité de expertos.

La patente no es necesaria porque los individuos siempre estarán motivados por sus deseos de mejorar, y de acuerdo a ellos actuarán, su acción redundará en mayor creatividad en la medida en que puede llevar a cabo todas las posibilidades que prevé le redituarán mejora, no obstante, si las posibilidades están restringidas éste dependerá simplemente de lo que la economía le permita. Además los inventos en el transcurso de la historia no solo han nacido de un esfuerzo directo hacia un producto en particular, sino que devienen de forma espontánea, las llamadas serendipias, por lo cual no se puede partir como verdad irrefutable que todos los inventos de la humanidad devienen de un proceso planificado por un empresario.

Además está comprobado que sin patentes también se ha evidenciado investigación hacia la solución de problemas, por ejemplo los medicamentos, ellos siempre han existido, Jácome Roca nos cuenta como grandes descubrimientos en el ámbito de la farmacología han sido pro-

ducto de serendipias, ejemplo de ello se encuentra la penicilina, el viagra, un antibiótico conocido como Losilex, hasta métodos terapéuticos, también alude a la influencia notoria que han efectuado los conocimientos tradicionales y botánicos no-científicos⁶. Esto nos ofrece evidencia de que no existe una fórmula única o receta para crear conocimiento, lo cual desvirtúa el imperativo de existencia de la patente para crearlo. Esto lo refiere Hayek haciendo extensión de su argumento en contra de la planificación social: “la mayoría de los científicos se dan cuenta de que los progresos del conocimiento no se pueden planificar: de que en el viaje hacia lo desconocido, que no otra cosa es la investigación, dependemos en gran medida de las circunstancias y de los antojos del genio individual, y de que el progreso científico, como idea nueva que surge en una mente única, es el resultado de una combinación de conceptos, hábitos y circunstancias brindados a una persona por la sociedad. En síntesis: el resultado tanto de esfuerzos sistemáticos como de afortunados accidentes”⁷.

Además la patente elimina el proceso natural de mercado que conlleva a la permanencia y mejora o definitivamente la extinción de un bien. También el proceso de distribución de bienes que el mercado posibilita. Así como el teléfono celular en sus primeras épocas constituía un lujo para pocos que podían pagar el precio del artefacto desconocido, la evolución de la técnica de producción sumada a la necesidad de masas por la comunicación ha ocasionado que hoy este bien sea de adquisición masiva y no solo los ricos puedan obtenerlo. El mercado permite poner a prueba los inventos y bajo la competencia permitirle la supervivencia a unos: los que satisfacen necesidades a mejor precios. Ante esto vale recordar el legado de Hayek: “...todos los inventos de la civilización se ponen a prueba en la persecución de los objetivos humanos del momen-

⁶ JÁCOME ROCA, Alfredo. Historia de los medicamentos. Academia Nacional de Medicina. Segunda edición. Bogotá, Colombia. Disponible en sitio web http://tensiometrovirtual.com/documentos/LIBRO-HX_Medicamentos%20pdf%20anmdecolombia.com.pdf, recuperado el día 2 de marzo de 2012.

⁷ HAYEK, Friedrich A. Los fundamentos de la libertad. P., 52.

to: los inventos inefectivos serán rechazados y los efectivos mantenidos”⁸.

Esta situación contrasta con el mecanismo anticompetitivo que incentiva la patente a valorar nuevas aplicaciones técnicas independientemente de su efectividad, aplicación industrial y avance en el conocimiento, lo cual ha sido corroborado en los diferentes sistemas en los que se han privilegiado novedades sin ningún tipo de utilidad en relación con satisfacción o necesidades del entorno, las llamadas patentes espurias que corresponden a patentes que se han otorgado a un producto sin ningún valor inventivo y sin utilidad alguna y beneficio social, es decir, desarrollos triviales sobre inventos ya conocidos, y en el caso de medicamentos de sustancias ya conocidas. En este sentido, la patente y los intentos de planificar centralmente el futuro de la innovación constituye un impedimento en sí de la misma. En tal sentido, Hayek apunta: “...el intento de hacer que la ciencia apunte deliberadamente al conocimiento útil o, lo que es lo mismo, al conocimiento cuya utilización futura puede preverse, es lo mismo que impedir el progreso...el desarrollo del conocimiento goza de tan especial importancia porque, mientras que los recursos materiales permanecen escasos y ha de reservarse para propósitos limitados, los usos del nuevo conocimiento (donde no se reduzcan artificialmente por las patentes de monopolio) carecen de límites”⁹.

Al mismo tiempo sólo el proceso de mercado es el llamado a determinar las innovaciones útiles y a distribuir las, esto ha sido reemplazado por el Estado, por medio de sus criterios de evaluación de patentabilidad, con regulación propia del funcionamiento de la patente, la territorialidad y las leyes al respecto para el comercio internacional y los tratados de cooperación en materia de patentes, además de las políticas públicas que pretenden flexibilizar el sistema, tales como las licencias obligatorias, los subsidios para la investigación y los premios para la misma en determinadas áreas.

Tal como afirma Hayek, los descubrimientos en primer lugar “tienen que pasar a través de un dilatado proceso de adaptación, selección,

⁸ HAYEK, Friedrich A. Los fundamentos de la libertad. P., 54.

⁹Ibíd. P., 61-63

combinación y mejoramiento antes de que se puedan utilizar por completo”¹⁰. Además su propagación en el mercado será el indicador de su utilidad y además el incentivo mismo para mejorar la invención referida. Las normas particulares o para ciertos grupos en vez de generar incentivos para la mejora social ocasionan retraso y estancamiento. Las leyes que necesitamos para fomentar la innovación son las mismas normas que permiten y garantizan el desarrollo de la actuación individual libre, las normas sobre la propiedad y los contratos que en un entorno de escasez y necesidades permiten el funcionamiento del mercado¹¹.

Las normas de patentes existen para recompensar el mérito y no el valor, lo cual constituye un error, porque se privilegia el proceso y no el resultado, el único sistema que puede determinar los mejores resultados que se pueden producir en una sociedad es el mercado por medio de los precios. Hayek señala que esta es una propensión del regulador o del legislador de promocionar el mérito sobre el valor en áreas donde la incertidumbre por los resultados es grande y diversos los esfuerzos, ante esto opina: “no deseamos que los hombres obtengan el máximo de mérito, sino que logren la máxima utilidad con el mínimo de sacrificio y esfuerzo y, por lo tanto, el mínimo de mérito. Resultaría imposible recompensar justamente todo el mérito”¹². Si recompensamos según mérito, prosigue, “destruiríamos los incentivos que permiten a los hombres decidir por sí mismos lo que deben hacer”¹³. La perspectiva austriaca hayekiana recomienda que el derecho se constituya de principios y leyes

¹⁰Ibíd. P., 62.

¹¹ Siguiendo a Hayek: “la igualdad de los preceptos legales generales y de las normas de conducta social es la única clase de igualdad que conduce a la libertad y que cabe implantar sin destruir la propia libertad. La libertad no solamente nada tiene que ver con cualquier clase de igualdad, sino que incluso produce desigualdades en muchos aspectos. Se trata de un resultado necesario que forma parte de la justificación de la libertad individual. Si el resultado de la libertad individual no demostrase que ciertas formas de vivir tienen más éxito que otras, muchas de las razones a favor de tal libertad se desvanecerían”. HAYEK, Friedrich A. Los fundamentos de la libertad. P., 109.

¹²Ibíd. P., 121.

¹³Ibíd. P., 123.

generales¹⁴ y no particulares que subyazcan de la voluntad del pueblo o de un gobernante de turno en aras de maximizar algo que no conoce o que es imposible conocer: los fines sociales.

Las normas generales de justicia como la propiedad y los contratos, han surgido espontáneamente de la evolución humana, en su enfrentamiento entre necesidades y escasez, lo cual ha llevado al surgimiento también del proceso competitivo como medio para potencializar los recursos y procurar la mejora continua del ser humano. El derecho debe proteger la propiedad privada de bienes tangibles como marco para la acción en el mercado de la innovación tecnológica, toda idea novedosa que no demuestre su utilidad bajo esquemas tangibles no puede ser protegida. La propiedad de los tangibles, así sean estas nuevas tecnologías serán recompensadas bajo los pagos que el mercado reditúe, y esta ganancia se encontrará asociada a la satisfacción del consumidor sea de bienes de primer, de segundo o de tercer orden según la clasificación mengeriana. Es claro que la alternativa que propone este artículo, no constituye una salida política a los problemas que hoy en día evidencia el sistema de patentes, es claramente una salida jurídica que propone el funcionamiento de los derechos de propiedad sobre bienes tangibles, como base del sistema capitalista de producción.

IV. REFLEXIÓN FINAL

El Derecho, a la manera de creaciones normativas particulares bajo mandato coactivo, ha creado un sistema de leyes ineficiente e inefectivo. Los supuestos clásicos que han justificado el sistema de patentes guardan una contradicción, la teoría neoclásica renovada que debilita el supuesto

¹⁴Hayek define alude a que dichas leyes “Son generales y abstractas en el sentido de que no denominan, ni personas, ni momento o lugares determinados, y de que, en efecto, los alcances de su acción sobre determinadas personas conocidas no son previsibles. Se refieren únicamente a la conducta de las personas con respecto a las demás -y al Estado-, pero no a su esfera privada.” HAYEK, Friedrich A. Derecho y ley. Ensayo traducido y publicado por *Tópicos de Actualidad* No. 123, Guatemala, abril de 1966. Disponible en el Sitio Web del Cato Institute.

del conocimiento perfecto asume que la mejor forma de incentivar el desarrollo empresarial es por medio de la concesión legal, para erradicar la imitación propia del mercado y la competencia.

En este argumento existe un error, la función empresarial se encuentra incentivada no por los factores productivos, sino por la demanda, así que el razonamiento sobre los costos se hace en función de ésta última, no al contrario, por lo cual en un contexto de libre innovación el incentivo estaría dado por las necesidades del entorno y no por una bonificación legal. Podríamos predecir que la tendencia sería más hacia la creación de inventos útiles que inefectivos tal como hoy proliferan en los sistemas de patentes.

Estos hallazgos presentados requieren de seguir trabajando alrededor del estudio de escenarios alternativos de regulación que propendan por la libre competencia como solución y el perfeccionamiento de los derechos de propiedad en sentido clásico sobre bienes tangibles. Presentar la posibilidad de eliminar las leyes sobre patentes tiene tanto en el terreno académico como en el político principalmente, más detractores que seguidores, por lo cual el camino de la argumentación aunque difícil, está abierto.

BIBLIOGRAFÍA

- BOULET, P., GARRISON, C. y HOEN, E. (2003): «Patentes de medicamentos en el punto de mira. Compartiendo conocimientos prácticos sobre patentes farmacéuticas», *Médicos sin fronteras*, mayo.
- BULLARD, A.: «¿Es la propiedad intelectual un robo?», Pág. 14-15. Recuperado de *Working papers Yale University*,
- CACHANOSKY, J.C.: «La eficiencia económica de los sistemas jurídicos», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Francisco Marroquín.
- COLE, J.H. (2002): «Patentes y copyrights: costos y beneficios», *Revista Libertas* 36, mayo.

COMISIÓN EUROPEA (2009): «Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico: Derechos de propiedad industrial: una estrategia para Europa».

COMISION SOBRE DERECHOS PROPIEDAD INTELECTUAL (2002): «Integrando los derechos de propiedad intelectual y la política de desarrollo», Londres, Reino Unido.

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES: Decisión 085 de 1974; Decisión 311 de 1991.

CORREA, C. (1999): «Normativa nacional, regional e internacional sobre propiedad intelectual y su aplicación en los INIAS en el Cono Sur», *Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura*, Montevideo.

ENCAOUA, D., GUELLEC, D. y MARTÍNEZ, C. (2010): «Sistema de patentes para incentivar la innovación: lecciones de análisis económico», *Documento de Trabajo Instituto de Políticas y Bienes Públicos*, número 15, Madrid.

EPSTEIN, R.A. y KUHLIK, B.N.: «Navigating the Anticommons for Pharmaceutical Patents: Steady the Course on Hatch-Waxma», *Chicago Working Papers*.

FERNANDEZ DE CORDOBA VITERI, M. (2001): «Principios generales sobre patentes», *Memorias del Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina. Corporación de estudios sobre los derechos de propiedad intelectual*, primera edición.

HEALTH ACTION INTERNATIONAL. (2009): «Estar enfermo y necesitar medicamento puede ser una costosa desgracia en muchos países». Disponible en

<http://www.ifarma.org/web/wp-content/uploads/2010/03/CIPRO.pdf>, recuperado el día 20 de julio de 2010.

HAYEK, F.A. (1966): «Derecho y ley». Ensayo traducido y publicado por *Tópicos de Actualidad* No. 123, abril de 1966. Disponible en el Sitio Web del *Cato Institute*.

– (1945): «El uso del conocimiento en la sociedad», *Estudios públicos*, N° 12, 1983, 157-169.

– (2008): *Los fundamentos de la libertad*. (Octava ed.), Madrid, Unión editorial, 2008.

– (1978): *Nuevos estudios de filosofía, política, economía e historia de las ideas*, Madrid, Unión Editorial.

HOLGUIN ZAMORANO, G. (2003): «La propiedad intelectual en el ALCA: Impacto sobre la salud en Latinoamérica». Documento de la Alianza de ONG para la defensa del Derecho a la salud en Colombia.

HUERTA DE SOTO, J. (1991): *Estudios de Economía Política*, Madrid. Unión editorial.

– (1992): *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, Madrid, Unión editorial.

JÁCOME ROCA, A. (2003): *Historia de los medicamentos*, Academia Nacional de Medicina, Bogotá, Colombia.

KINSELLA, S. (2001): «Against Intellectual Property», *Journal of Libertarian Studies* Volume 15, no. 2 (Spring 2001): 1-53. 2001.

MATOS JAQUI, E.: «Las patentes de segundo uso», *Revista Judicial*, Ecuador.

MOSCOSO ÁLVAREZ, R. (2001): *Importancia de las patentes en el desarrollo económico. Memorias del Seminario sobre patentes en la Comunidad Andina*, Corporación de estudios sobre los derechos de propiedad intelectual. Primera edición.

NELSON, R. & WINTER, S. (2000): «En busca de una teoría útil de la innovación», Alberto Supelano (Trad), *Cuadernos de Economía*, vol., 19, n., 32, 2000, pp., 179-223.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

OTERO LASTRES, J. M. (2002): «Los requisitos de patentabilidad en la Decisión 486», *Revista Jurídica del Perú* N° 31, febrero 2002.

SÁNCHEZ, J.M., MEDINA, J. y LEÓN A.M. (2007): «Publicación internacional de patentes por organizaciones e inventores colombianos», *Cuadernos de economía*, v. XXVI, N., 47, Bogotá, 2007. Páginas 247-270.

SCHUMPETER, J. A. (1983): *Capitalismo, socialismo y democracia*, Tomo I, Ediciones Orbis, S.A.

TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA: Caso Perú RESOLUCION 358: Dictamen 09-2000 CAN.

VIDAURRERA, G. E. (2010): *De cómo el criterio utilitarista de justificación primó en los albores del sistema de patentes. Estudio de casos: Inglaterra, Estados Unidos y Francia*, Tesis de Maestría Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO. Buenos Aires, 2010.

WHY COMPETITION AGENCIES CAN'T STICK TO MERELY CORRECTING MARKET INEFFICIENCIES? AN ENTREPRENEURIAL APPROACH TO PERUVIAN ANTITRUST

RAÚL ALOSILLA Y RUBÉN MÉNDEZ REÁTEGUI¹

Abstract. The aim of this paper is to introduce a critical study on the activity of Peruvian competition agency (INDECOPI). Grounded on the contributions of "Austrian Law and Economics" (ALE) and elaborating over *entrepreneurship* as a key concept, it is argued against mainstream national doctrine that Peruvian competition agency cannot develop a merely *corrective* performance when sanctioning anticompetitive practices and prescribing remedial actions. In addition, the authors claim that INDECOPI lacks of cognitive advantages for identifying situations of economic inefficiency (coordination problems) better than private economic agents and, therefore, that its decisions are but entrepreneurial strategies subject to the market profit-and-loss mechanism. This implies private strategies risk of being subjected to correction if competition agency does not fully agree on their economic rationale, embraces different interpretations of current market signals or different expectations about its outcomes. Finally, the authors conclude that mere technical correction in this context stands as an impossible objective for Antitrust and theoretical reconstruction is needed.

Resumen. Este documento introduce una crítica a la actuación de la agencia de competencia peruana (INDECOPI). Sobre la base de las contribu-

* Raúl Alosilla D. is a lecturer of Political Economy at UPC (Perú). Rubén Méndez R. is academic staff at Macquarie University (Australia) and visiting scholar at USAL and UCM (Spain).

ciones del “Austrian Law and Economics” (ALE) y la exploración de la *empresarialidad* como concepto eje, se plantea, en contra de la doctrina nacional mayoritaria, que la agencia de competencia peruana no puede desempeñarse como un agente meramente *correctivo* cuando sanciona conductas anticompetitivas o prescribe las medidas administrativas correspondientes. Asimismo, se sostiene que carece de *ventajas cognoscitivas* para identificar descoordinaciones o situaciones de ineficiencia mejor que los actores privados, de tal modo que sus decisiones resultan contingentes y forman parte de un proceso social sometido al mecanismo de pérdidas y ganancias. Este análisis implica que las estrategias privadas podrían ser sometidas a corrección si la agencia no llega a compartir enteramente su racionalidad económica, mantiene diferentes interpretaciones acerca de las señales relevantes del mercado o tiene expectativas distintas sobre su eficacia. Los autores concluyen que la mera corrección en este contexto es un objetivo imposible para el sistema antimonopolio y que urge un replanteamiento conceptual en este sentido.

I.INTRODUCTION

In the context of Peruvian economic and legal reforms during the 90's, a new economic system was set up on the grounds of a restored political significance of property and economic freedom. Within this system, Antitrust was assumed to be an appropriate part of market power regulation. According to the mainline economic and legal approach, antitrust agencies such as INDECOPI should not intervene aiming at specific results, but are constrained to fulfill the role of an impartial and technical arbitrator in the market (Bullard, 2006); that is, to safeguard certain conditions for the development of a competitive process. In addition, for standard neoclassical theory of monopoly, private firms exercising market power would eventually create restrictions and inefficiencies (i.e. through pricing, discrimination, unjustified refusals to deal, concentration, etc.) that prevent or lessen competition, generating social

deadweight efficiency losses. It was argued that a proper goal for Peruvian Antitrust system was to *merely correct these restrictions and inefficiencies* on a case-by-case and cost-and-benefit kind of intervention. Within this framework, competition agency would have to replicate the efficient result markets would have reached at in the absence of market power distortions (Gómez and Zúñiga, 2005).

More specifically, competition agency should: (i) Impartially delimitate the market segment to be analyzed, (ii) evaluate the social costs and benefits generated by the alleged anticompetitive conduct within that segment, and (iii) enact remedial mandates to restore market efficiency. Under this approach, correction of efficiency distortions excludes other so-called populist objectives such as the design of specific political results, redistribution of wealth or protection for small firms (Cáceres, 2006).

This article introduces a conceptual model showing how the pretense of impartiality, objectivity and technicality, understood as the exercise of a *merely corrective intervention from governmental agencies*, is incompatible with the creative and dynamic nature of the competitive process, as defined by Hayek (1968). On the contrary, following the entrepreneurial approach introduced by Kirzner (1998) and Foss et al (2010), we argue that in the absence of perfect knowledge about resource allocation, competition agency cannot help but behaving as another *entrepreneur* in the market, demonstrating in each of its decisions a set of judgments of relevance, value judgments, preferences, subjective expectations, etc. From this approach, their decisions consist of entrepreneurial bets with contingent economic outcomes and subject to the trial-and-error market mechanism.²

² This paper combines Kirzner's concept of entrepreneurship as *alertness to profit* (1998) with Foss and Klein's (2010) alternative theoretical proposal where entrepreneurship is understood as *action under uncertainty*. Thus, differences between these perspectives will not be analysed here. Accordingly, *opportunity cost issues* and the *requirement for entrepreneurs to have their own capital* are not considered as current relevant restrictions for the development of our own theoretical model.

The first chapter explores *competition as a social dynamic and discovery process* (Mosca, 2006), and *entrepreneurship*³ as a key concept for our critical model. Under this framework, the second chapter discusses the alleged merely corrective role of Peruvian antitrust agency. The third chapter illustrates how relevant markets cannot be delimited without a bunch of *entrepreneurial judgments* (Knight, 1921). Finally conclusions are submitted.

II. COMPETITION AS A “SOCIAL PROCESS” AND THE “ENTREPRENEUR’S ROLE”

Under a *causal-realist* perspective, all economic agents only possess imperfect information and are forced to use a fraction of their available knowledge to adjust their behaviour in order to achieve their economic targets in a competitive environment (Menger, 1976; Salerno et al., 2007). These adjustments are also a source for social institutions to deal with uncertainty (e.g. currency, exchange rates, types of contractual arrangements, etc.). In addition, this process enables the development and expansion of the production of all types of goods. Hence, in this context, competition appears as a social phenomenon driven by entrepreneurs. Entrepreneurs are central actors in any market economy because using contractual arrangements they continuously redeploy resources in order to gain *pure economic benefits*. These pure economic benefits stem from a better coordination between the rival uses of those resources. Entrepreneurial-driven uses will include not only productive improvements but also the way resources are exploited (technological developments), the introduction of effective rules of governance (in order to achieve high standards of inter-intra organization) and more effective degrees of consumers need satisfaction (Huerta de Soto, 2005).⁴

³ In this paper an *entrepreneur* is understood as the economic agent, organization and agency that carries out (organizes, manages, and assumes the risks) an enterprise, therefore, an *agent of change*. In addition, entrepreneurship refers to the process of discovering new ways, judgments and relevant actions of combining resources.

⁴ The way these uses are chosen can be generally described as *entrepreneurial judgment*.

According to Mises (1998) and Kirzner (1978a), this permanent reallocation of resources shows a complex trial and error process. It means that even though entrepreneurs discover opportunities for better coordination or pure profit, it cannot be guaranteed their expectations are satisfactorily met. Since uncertainty is ineradicable because all relevant variables are constantly changing (in fact, once implemented the decision, the entrepreneur may realize serious errors were committed), *poor economic judgment* (a sort of abstract managerial mistakes) will appear as an undying possibility. However, mistakes can generate subsequent scenarios that might be perceived as new profit opportunities (amendable by alternative contractual arrangements). Then, if entrepreneurs' new expectations are correct, pure benefits or profits will be provided, while if they are not -or their mistakes cannot be amended early enough- entrepreneurs will assume losses for they invested resources in a project not as valuable or vital for consumers (Kirzner, 1978b). According to Mises (1998), this convoluted mechanism has to be described as *inexorable*.

So, while individual entrepreneurs adjust the use of resources looking for a better coordination within their own contexts, the decentralized trial-and-error social process of adjustment tends to overcome lack of coordination, inefficiencies or errors. Consequently, along this line and according to Hayek (1968), the idea of competition as *discovery procedure* is fully warranted.

Unlike *the perfect competition paradigm*, the outlined notion of economic competition is much more *realistic* in terms of (1) the cognitive constraints of economic agents, (2) the dynamic and evolving nature of the *competitive process*, (3) it shows the limitations of one-dimensional *price competition* as a key indicator of the competitive process, (4) it suggests isolating "relevant" markets distortions analysis for they assume relevant markets do not face any competitive pressures or have efficiency effects regarding other markets, (5) it advocates the relationship between price and marginal cost as an unreliable indicator of competition, (6) it illustrates *property* and *contract* relationships (e.g. mergers and exclusive distribution, respectively) as equally valid alternative ways of allocating resources, and so on.

Therefore, as it can be seen, this model provides a fundamental role for entrepreneurs. After all, an entrepreneur is the one who directs the course of production on the basis of its own particular judgment.⁵

III. ANTITRUST AGENCIES AND ENTREPRENEURIAL KNOWLEDGE

To what extent are all these thoughts and details relevant regarding the role of the Peruvian antitrust agency? As defined in our introductory note, it can be stated that INDECOPI (the main Peruvian competition agency) intends to correct the effects of anticompetitive practices without following any other purpose than the *efficiency* of the system. This is thought to be an impartial and technical role.

Consequently, this section will analyse whether this assertion is possible on the basis of an *entrepreneurial decision-making* approach. In order to correct anti-competitive behaviour, the Peruvian competition agency not only *punishes* denounced companies through imposing economic fines but also requires the fulfilment of *corrective measures*. For instance, some of these corrective measures can be:⁶

- The mandatory celebration of certain contracts, if a complaint proves *unjustified refusal to trade*,
- The adoption of certain contractual terms or conditions in favour of certain competitors, if a *dispute on price (or other condition) discrimination* is granted,
- The disintegration of packages of goods offered, when *tied sales* are found proven,

⁵In the next sections, we aim at outlining the main characteristics of *entrepreneurial judgment*. We emphasize the special type of knowledge that entrepreneurs use when realizing social imbalances or lack of coordination, as well as when they undertake *corrective decisions* about resources.

⁶ We are elaborating on current Legislative Decree N° 1034 -Repression of Anticompetitive Conducts Law.

- The disintegration of vertical or horizontal integration of any kind, including corporate partnerships and exclusive agreements, if *unjustified restricting agreements* are proven,
- The mandatory nullification of pricing agreements and other restrictive practices, if a *cartelization* complaint is well founded, etc.

The more generic measure is to conclude anticompetitive behaviour. Furthermore, antitrust legal system provides INDECOPI with a discretionary power to order different types of preliminary injunctions to ensure the effectiveness of future remedial actions.

We argue that the above decisions involve a *deliberate modification of the existing structure of economic relationships over the use of resources*. When ordering a producer to contract with two or more distributors rather than letting him to contract exclusively with only one, the terms and conditions of certain contracts are explicitly modified for the producer or initial competitor. This adjustment determined by the authority and not by the market process means that the coordination of production is performed intra-agency rather than inter-firm.⁷ This is an example that shows how *the competition agency seeks to improve the efficiency of the structure of economic relationships that market players -both entrepreneurs at any level and final consumers- have established spontaneously in a particular historical moment*. Show

According to the Peruvian *corrective-performance* approach, the current pattern of economic relationships -i.e. the productive structure- generates the inefficiencies associated with market power or *is uncoordinated* as a consequence of the behaviour executed by the denounced and fined firm. This argument leads to an economic technical necessity to intervene current structure of production in order to achieve another market situation of greater efficiency and coordination, or in the usual terms of antitrust law, "*to restore market efficiency*".

⁷ When a hypothetical merger between a producer and a distributor is considered efficient but an exclusive dealing agreement between them is thought to be anticompetitive, it must be apparent that the competition agency is demonstrating an explicit entrepreneurial preference for a *property* relationship rather than a *contract* relationship.

For instance, in *Santa Beatriz SRL Deposits and others vs. Distributor Norte Pacasmayo SRL* (Joint Cases N° 001-2001/CLC and 002-2001/CLC), INDECOPI ordered the "*immediate and definitive cessation of the conduct constituting abuse of dominant position on the market in the forms of discrimination and linked contracts*", while imposing a fine 50 UIT (Peruvian tax unit). In this case, the antitrust agency dismantled the particular structure of distribution contracts that the defendant had built with other companies. In the case of *Group Multipurpose S.R.L. and Dispra E.I.R.L. vs. Quimpac SA and Clorox Peru SA* (Case N° 003-2003/CLC), INDECOPI ordered Quimpac SA not to "*establish exclusive relationships that may create vertical restraints on competition*", and fined it with 325.93 UIT. In *Tele Cable Inc. vs. Telefónica del Perú SAA, Telefónica Multimedia SAC, Fox Latin American Channel Inc. and Turner Broadcasting System Latin America Inc.*, OSIPTEL (another competition authority) ordered the termination of exclusive distribution of Fox and Turner signals in favour of cable television operator Telefónica, for the aforementioned exclusivity harmed Tele Cable, another cable operator, and hence damaged the competitive process efficiency.

At this point we do not intend to explore into criticisms related to the static analysis traditionally associated with Peruvian competition agency decisions. Rather we want to emphasize that these decisions, from their own theoretical frames and purposes, *are oriented to rearrange the contractual terms and conditions on which resources are productively used; thus, they modify the structure of existing productive relationships aiming at improving the efficiency and coordination of the competitive system*. The efficiency criterion provides a rationale for the so-called "*rule of reason*", where the competition agency is required to perform a thorough cost and benefit analysis regarding the denounced behaviour.

It is now important point out the essential entrepreneurship of the competition agency role. As stated before, real world entrepreneurs inevitably face the uncertainty of deciding what valuable goods to produce and how to develop suitable and cheap contractual arrangements to do so; therefore, *they advance market adjustment when lack of coordination or inefficiencies are perceived in the current market conditions*. They proceed to reallocate resources through new contractual arrangements with owners

of factors of production, in better conditions than those offered to date. While it might be concluded that the motivations of the Antitrust agency and private entrepreneurs differ (as privates perform their role to perceive pure profits while the agency does so in the public interest), it must be accepted that when comparing both activities, the economic type of action is essentially the same: the reallocation of resources and modification of the existing contractual arrangements to achieve greater efficiency situations.⁸

Alike private entrepreneurs, when evaluating the anti-competitiveness of a denounced behaviour, it is inevitable that the anti-trust agency pursues *interpretative* and *speculative* tasks (which may include counterfactual analysis) on the signs⁹ shown by the current productive structure. As we detailed in the previous chapter, the underlying cognitive demands of this action –i.e. *judgment under uncertainty*– cannot be based on scientific, technical or objective knowledge, as these simply help to understand the general elements and dynamics of phenomena and articulate thoughts together. In contrast, the analysis of anti-trust cases⁸ requires a set of value judgments, judgments of relevance, the creation of subjective expectations on many aspects of the current economy, the selection of discretionary teleological criteria and other inarticulate knowledge, which end up turning any allegedly efficiency-corrective decision into an entrepreneurial creative bid. Just like in the private realm, there is no guarantee that bids meet their efficiency expectations. On the contrary, they are subject to *poor judgment*, error and losses. This does not mean that antitrust analyses are intellectually poor, but that the *merely corrective* performance stands as an erroneous target for the system.

This finding allows us to move forward with some results. Political motivations (such as deliberate promotion of innovation, wealth transfer, protection of small businesses, etc.) some antitrust theorists strive to ex-

⁸Under this approach, it can be stated that the market will be a dynamic process driven in different ways and speeds by corporate actions, whether private entrepreneurs or governmental agencies exercise these.

⁹ By signs we mean all relevant economic indicators such as relative prices and their interactions, statistical trends in prices and preferences, concentration, market output, etc.

clude from this discipline (Cáceres, 2006) are expressions of value judgments that the authority also inevitably uses when correcting the market mechanism. The alleged neutrality of an analysis based only on efficiency is contradictory, since the efficiency itself already contains the normative requirement to make a value judgment of the costs and benefits of the behaviours denounced (De Leon, 2006). This is important because once the antitrust authority bans, sanctions or promotes a different resource allocation from which individuals have arrived spontaneously, it is betting for a different institutional structure under the expectation that it will be more efficient and productive.

In the mainstream economic literature (Coloma, 2007), the problem of arbitrariness or subjectivity of the decisions of the competition agency is still solved with a thorough cost-benefit analysis ("CBA") of the alleged anticompetitive behaviour. However, to extrapolate an individualistic CBA to a social level –i.e. market as an entity– as guarantee of impartial antitrust decision-making poses very difficult problems. Firstly, there are no specific "technical" purposes and there are no "objective" costs and benefits. The purposes, costs and benefits are all discretionary variables, whether the assessment is done by the private entrepreneur or the competition agency, since they stem from a preference as a last resort, i.e. non-articulable knowledge. Secondly, at the social level, it is extremely *difficult* to determine *how many* individuals benefit or get harmed as a result of the anticompetitive behaviour under analysis, and even more *difficult* to know the magnitude of the individual benefit or harm. For example, let us suppose a producer and an exclusive distributor decide to vertically integrate in order to align their commercial policies and operate under one common brand, while excluding other distributors and increasing prices. In these case, some consumers might believe that the confidence in a common brand operated by vertically integrated firms justify paying higher prices, while others might think that price is the most important factor and therefore feel damaged by this contractual arrangement. Even with accurate data on the positive and negative effects of the denounced behaviour (exclusive dealing and other restrictive practices), the task of clearly discriminating and valuating between net-benefited consumers and net-harmed ones remains. Furthermore, it is

impossible to add, subtract and compensate these individual effects at a social level *in a neutral manner*. Consequently, to extrapolate individual CBA method to collective analysis as a criterion for scientific or neutral antitrust decisions is only one way to give formal dress to underlying discretionary decisions. In the end, inevitably, CBA analyses end up giving prominence to certain effects or results, helping some individuals above the interests of others, thereby revealing the technical pursuit of efficiency is not different from those other purposes as rejected in the Antitrust Law.

Some might try to refute the above argumentation indicating that the Peruvian antitrust agency does not seek to impose the interests of some over the others, but basically the behaviour of this governmental agency as a different mechanism than the one on the natural market process (competition) can produce these questionable distortions in the complex entrepreneurial path (Harper, 2003). In the case mentioned before, according to even more traditional perspectives such as Hamilton (1940), agency decisions could aim at imitating market efficiency results, as a second best economic proposal. Nevertheless, what are those efficiencies the market would have arrived or produced? In a competitive scenario, the combinations of factors of production, the level of investment, the firm size or the length and content of the commercial and contractual arrangements are decided on the basis of subjective knowledge framed into a specific context, the “know-how” (Ernst, 1991). Decisions are constantly changing through a learning process driven by the discovery of new competitive reallocations of resources. In this context, the task of replicating market efficiencies is meaningless because it requires the authority to know feasible and sustainable economic efficiencies of a hypothetical counterfactual market¹⁰ without the aid of the market process itself. Clearly, it is an impossible claim. Thus, according to Rutherford (2010) -following and quoting Hamilton (1938)-, the problem is not exactly what competition agencies do, but the goal set for them by the doctrine and the law because:

¹⁰ A hypothetical counterfactual market would be a scenario where the denounced behavior and all its positive and negative effects have been removed.

"(...) industries are not alike; there is no sharp demarcation between competition and monopoly. In other words, "a program of control can be crowded into no set formula," and since trade practice is always developing, "the exercise of authority must be grounded in a continuing exploration of industrial arrangements (...)"

Additionally, in the context of a market economy, entrepreneurs can experiment with different types of strategies to create entrepreneurial benefits. Sullivan and Grimes (2006) recognize the advantages of this sort of pluralism:

"Decentralized decision making allows different players to experiment with different strategies. Many companies will make wrong decisions and fail terribly. There is a social cost in these failures. However, the positive side is that every entrepreneur must constantly adjust to changing market conditions to remain competitive, reinforcing confidence within the market, where competition ensures that companies fix the conditions and focused on the future. In this context, the entrepreneur who does not comply will risk to failure. Moreover, it is because decisions are decentralized that the market reduces the risk of a costly mistake, which would be greater in centralized planning".

Considering this argument, one of the most important risks generated by the claim of technicality, objectivity and impartiality in antitrust is that the agency might punish certain behaviours only because it does not fully agree on the economic rationale of the defendant's strategies, embraces different interpretations of current market signals or different expectations about their efficacy and outcomes. In other words, given the monopoly grant to define whether denounced strategies are efficient or not, the agency may sanction denounced companies for their inability to persuade -with articulated and formalized arguments- about the efficiency of their entrepreneurial decisions and strategies.

A couple of cases can illustrate these points: In *Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera del Sur FONGALSUR vs. GLORIA SA*, farmers associa-

tion FONGALSUR alleged *discriminatory practices* from wholesale milk buyer GLORIA SA, for the latter provided more advantageous benefits and conditions to farmers belonging to rival association FONGAL-AREQUIPA. The complaint was finally dismissed by INDECOPI's Competition Commission; however, Resolution N° 003-93-INDECOPI/CLC of December 3rd, 1993 stated:

"Regarding the provision of different prices to different farmer funds [FONGALSUR and FONGAL-AREQUIPA], it has been demonstrated that GLORIA SA did hold that behaviour until February of 1992 in order to encourage the creation and consolidation of FONGAL AREQUIPA. Nevertheless, since the continued persistence of this behaviour has not been proven, this Commission can only evaluate it as mere antecedent (...)".

Under the same legal and economic reasoning, what would have happened if GLORIA had persisted in the alleged *discriminatory conduct*? In the course of the procedure, it was clear that GLORIA tried to "break the unity" of FONGALSUR by encouraging the formation of its rival FONGAL-AREQUIPA and offering certain benefits only to farmers affiliated to the latter. How would INDECOPI determine impartially if this encouragement was efficient or, on the contrary, an inefficient behaviour that needed to be corrected? It was quite possible that GLORIA wanted to strengthen its commercial relationships only with a particular farmers sector in order to assess a possible integration in the future, as well as it was possible that, in effect, GLORIA actually wanted to "break the unity" of FONGALSUR to limit their bargaining power. Is this an objectively inefficient strategy or, contrariwise, a competitive one? Without the process of trial and error, it is merely arbitrary to officially declare that a strategy aimed at limiting the bargaining power of the counterparty, or another one intended to grant favourable terms to a certain sector of farmers generates market inefficiency. In general, it is strictly *speculative* to formulate that certain strategy does not correspond to an efficiency that would have emerged in an undistorted market and, therefore, that it must be *corrected*. If INDECOPI had declared proven the legal claim, it will would have approved some level of bargaining power in favour of

farmers in FONGALSUR, above the benefits of certain farmers affiliated to FONGAL-AREQUIPA. Similarly, if INDECOPI had ordered the cessation of beneficial conditions for the latter farmers, it would have changed the structure of economic relationships prevailing in the market. In any scenario, these decisions would prove to be real entrepreneurial actions (Foss et al., 2010): speculative and subject to the profit and loss mechanism.

In *Peruvian Association of Port Operators and others vs. Pilot Station S.A. (PILOT) and others* see Resolution N° 037-2005-INDECOPI/CLC of July 4th, 2005) INDECOPI upheld the complaint against PILOT, arguing that “*Pilot had concentrated all of the 36 maritime pilots available at TPC [Callao Port Terminal] in December of 2000 through exclusive agreements with them. Besides, these agreements contained addends that established high penalties for resignation; that is, they stated considerable exit barriers. This affected other maritime pilotage companies that could not hire personnel to carry out their own activities. Such specific agreements and favourable conditions allowed Pilot to maintain high prices during the investigation period. These high prices represented an increase if compared with prices in 2000 and did not correspond to any efficiency improvement, but they were the result of Pilot’s misconduct.*” The Commission’s decision was later confirmed by INDECOPI’s Tribunal, which ordered the defendant “to immediately refrain from implementing such behaviour as long as it restrains normal free competition. In addition, Pilot was fined with 81.2 UIT.

In this decision, as we shall see below, INDECOPI hinted some bias against entrepreneurship.¹¹ This statement is clearly explained if we consider that labour unions are organizations designed to protect the interests of its members and may lawfully bargain collectively against other entrepreneurs (competitors), without breaking any antitrust law. From this perspective, labour unions behave as “legal cartels” and their performance benefits its members for it mitigates the bargaining power that

¹¹ It is assumed that INDECOPI showed a bias against entrepreneurship because did not show interest for former employees who decided to become entrepreneurs (PILOT owners).

is usually attributed to firm owners.¹² Nonetheless, what if workers decide not to unionize but to start up a service company? Should they be treated differently? In the case reviewed, before the creation of denounced company (Pilot), there were several maritime pilotage firms at Callao Port Terminal (TPC) that appeared to show very high profit margins (e.g. these companies charged U.S. \$ 1000 per pilotage service while paying only U.S. \$ 35 to their maritime pilots). In this context, pilots decided to start their own maritime pilotage firm (Pilot) not only to exploit these gains, but also to guarantee themselves job stability, to enjoy of formal employment and to improve their working conditions. Maritime pilots finally became the owners and the workers of the company.

Turning back to INDECOPI's decision: Why didn't INDECOPI regard the improvements in the working conditions of maritime pilots as a major benefit of the exclusive and rigid *new unionization system* created through Pilot? Why is collective bargaining through labour unions considered efficient while entrepreneurial start-up is seen as an anticompetitive restriction? These questions become even more important if we consider that the benefits perceived by the Pilot's employees were sidelined against the alleged damages to Pilot's customers, without a single word explicitly justifying this negative imbalance. Thirdly: Why does INDECOPI assume that all valid price increases must necessarily stem from material efficiency improvements in the marine pilotage market? INDECOPI's approach takes for granted that prices prior to the establishment of Pilot were "competitive" (in equilibrium) and, in the absence of material gains, higher prices charged by Pilot would be "supra-competitive". At this point, we believe that INDECOPI's mistaken conception of the market process unwarrantedly excludes the possibility that pre-Pilot prices might have been "wrong" because of certain unaccounted costs imposed on workers, and so that new increased prices may better reflect their entrepreneurial judgments on opportunity costs.

¹² The unionization of employees have legitimate benefits to workers because it usually allows them to gain bargaining power with employers. This is important for the question that follows: What if the workers unionize rather than form their company? We believe that there should be no difference, however, in the Peruvian case treatment of the law changes.

In addition, instead of representing anticompetitive restrictions, new and higher prices might respond to a legally generated shortage of maritime pilots.¹³ Consequently, if the agency attempted to restore market efficiency by declaring Pilot's internal rules and standards as artificial efficiency distortions, then it had to prove those rules and standards would have been different in a legally open market. However, how to know it without making value judgments or without speculating? It is possible that in a market without legal distortions (privileges and regulations), maritime pilots reject to train new pilots and prefer to rest or to perform pilotage duties rather than to train their future competitors. In fact, it seems to be a reasonable behaviour. If so, there is no reason to believe that maritime pilots should behave differently in a strongly regulation-distorted market. INDECOPI's decision, again, was an entrepreneurial commitment in favour of a set of contractual relationships regarded as *more socially efficient* (i.e. flexibilization of the marine pilotage firm and elimination of exclusivity) than current state of affairs. In addition, INDECOPI's decision was biased against market entrepreneurship because while labour unions are allowed to operate and bargain collectively, the treatment was not equal with this group of former employees who decided to improve their working conditions through their own firm.

The mere pursuit of efficiency as a neutral or technical goal is thus incompatible with the nature of any economic decision in the market. This is applicable to decisions such as those issued by INDECOPI in the cases cited above. In this regards, we conclude that beliefs, political positions, judgments of relevance, value judgments, expectations and a set of inarticulate knowledge is tacitly presumed within *catallactic process* (Whately, 1831).

Hence, INDECOPI cannot help but behaving entrepreneurially. Both private parties and competition agencies are cognitive constrained

¹³ It is worth mentioning that maritime pilot shortage was caused by the industry regulation. This situation was acknowledged by INDECOPI that agreed on the fact that regulations had created certain advantages and privileges for incumbent maritime pilots given all new market participants were legally obliged to be trained by one of the current licensed pilots. In this context, the latter had the incentive not to train their future competitors.

regarding the fulfilment of their ends. Following Marsh et al. (2007), the idea of correcting markets from a cognitive privileged standpoint seems murky:

“To know is to cognize, to cognize is to be a culturally bounded, rationality-bounded and environmentally located agent. Knowledge and cognition are thus dual aspects of human sociality. [S]ocial epistemology has the formation, acquisition, mediation, transmission and dissemination of knowledge in complex communities of knowers as its subject matter (...).”

There is, however, an important difference that suggests a *cognitive advantage* of the private sector over competition agencies regarding their entrepreneurial decisions (Birner et al., 1994; Posner, 2005). This difference stems from the different institutional environment in which each set of actors perform.

In the case of private agents, they perceive profit opportunities and reallocate resources using voluntary contractual arrangements, where all parties improve their state of satisfaction (Huerta de Soto, 2005). If the reallocation of resources is effectively coordinated and really satisfies consumers, then these entrepreneurs will get the corporate earnings previously calculated. Otherwise, they will have lost part or all of its invested capital (Rallo, 2012), or else they will have reduced their previously earned advantageous position. For example, a new car manufacturer cannot know in advance how much design, innovation or comfort improvements its customers want and are willing to pay for. Only by studying and interpreting current market signals and speculating about future market conditions will the manufacturer be able to take key decisions about its productive endeavours. It is only at the final stage of selling, when our manufacturer will be able to test whether its interpretations and expectations were correct or not, depending on actual consumer preference demonstrations. In one sentence, the profit-and-loss mechanism performs as an institutional a regulator of private entrepreneurial decisions (Mises, 1998). According to Boettke et al. (2010), this analysis has been pointed out since classical studies in economic science:

“Classical economists saw the market as a process of competitive rivalry and dynamic entrepreneurial discovery. They placed importance on the economics of organizations and examined the political process with the same behavioural assumptions that they used to examine the market process.”

However, the antitrust agency works very different because it exercises *ius imperium*; that is, it has a *legal competence* to reallocate resources not through voluntary contracts but using *institutional coercion* (Huerta de Soto, 2011), under the expectation of increasing -or restoring- market efficiency, distorted by anticompetitive behaviour. This different set of rules does matter.

Competition agencies don't support directly neither the profits nor the economic losses that arise from their decisions; they are not directly involved in the social process that validates or invalidates the efficiency of their decisions (the profit-and-loss mechanism). Since competition agencies do not have to invest in reallocating resources, their entrepreneurial errors will asymmetrically fall in the form of opportunity costs over all those agents involved in the intervened market; these costs will not be assumed by the competition agency at all. This mechanism creates a problem because in the case of private companies losses and profits incentive them to constantly innovate products, methods of production, distribution, terms and conditions of contracts upstream or downstream (directing their efforts in accordance with the periodical results), etc. There is a forceful learning process that tends to improve their skills and inarticulate knowledge -i.e. alertness- to make their actions more effectively coordinated and efficient. By contrast, in relation to the institutional framework faced by the competition agency this learning process cannot arise nor is there any tendency towards the fine-tuning of their entrepreneurial decisions. On the contrary, in the absence of a proper guiding institutional compass, the trend is towards increasing discretion and arbitrariness. Moreover, taking into account the incentives faced by public employees who operate competition agencies, the only profits and losses they actually assume are those political benefits from punishing certain popularly condemned conducts. Thus, the trend is not toward

more coordination or efficiency but toward the achievement of certain public-desired short-term results.

These circumstances allow us to conclude that, in the best of cases, the competition agency lacks of any cognitive advantage to identify coordination problems or inefficient situations better than private entrepreneurs. In the worst of cases, it has a disadvantage. Either way, its role will always be entrepreneurial in the sense that it cannot be seen as the role of an above-the-game referee; rather its decisions are *part* of the game. They face uncertainty and always are subject to error and failure if exercised with poor judgment. Regarding entrepreneurship exercised by the agency (and, in general, by any public agent), we must add that there are serious difficulties in measuring their performance, given the poor delimitation of its objectives as well as limitations to access relevant market signals (Klein et al., 2010).

IV. INTRODUCING THE CONCEPT OF RELEVANT MARKETS

A corollary of the inherently entrepreneurial nature of the competition agency is the inevitable arbitrariness in the process of defining what is termed as "relevant markets".

It is known that the so-called "market power (power over the price and / or trading conditions) is not exercised over the whole productive structure of a society, but only over a segment of it, corresponding to transactions of more or less homogeneous specific goods. This segment is called "relevant market" (RM) and its delimitation is of great practical importance, since: (1) if the MR is "narrowly" defined by the authority, then almost any horizontal or vertical agreement will increase market concentration and threaten to create market power inefficiencies; also, almost any alleged abuse of dominant position will be sanctioned and (2) if the RM is defined "broadly", then the risk of impairment to competition will be diluted, and so the possibility of punishment (Ruiz, 2003).

Given the consequences of a possible "wrong" RM definition, one would expect this task to be performed in a technical and impartial manner; in the sense that it should be exercised regardless of the ana-

lyst's value judgments or short-term goals. Subsequently, once the RM has already been unambiguously defined, one might expect the effects of the alleged anticompetitive conduct to be evaluated. Unfortunately, this claim is impossible, as the narrow or broad definition of the RM is itself an "inherently entrepreneurial" task in the sense developed above; that is, it requires interpretation and speculation about past and future events, as well as a set of inarticulate knowledge and arbitrary criteria that do incorporate the value judgments and preferences of the analyst.

Entrepreneurial elements in relevant market definition (RMD) procedures

The fundamental problem RMD intends to solve consists of determining which goods are reasonable economic substitutes for those offered by the defendant. One of the most widely used methods for this determination is the SNIPP test (Small but Significant and non-transitory Increase in Price), also known as the "hypothetical monopolist criterion", according to which the analyst must form expectations about what would happen if a hypothetical monopolist of a good X made a small but significant (say, 5% to 10%) and non-transitory (at least, for one year) increase in price: Would he make more profit, equal profit, or less profit than without the referred increase? If one expects our monopolist to earn more profit, then the competition agency *interprets* that consumers would pay the increased price as a demonstration of the relative non-substitutability of the good X and, hence, relevant market would be limited to this good. If, on the other hand, one *expects* the monopolist to earn less profit, then the agency assumes that some substitution of the good X for others (say, Y and Z) has taken place and these others can be included as a part of the relevant market. A new SNIPP test is then made, assuming a hypothetical monopolist of *all* referred goods (X, Y and Z) in order to find out what would happen if this 3-product monopolist significantly increased the prices of all these goods. And so on.

This iterative analysis aims at defining what goods can be considered as substitutes and, consequently, what goods belong to a same market. In general, these procedures try to identify: (1) what products

compete for consumer preferences; (2) what firms can offer those products within a relatively short period of time and (3) the geographic area in which competition conditions for the supply of those products are sufficiently homogeneous and different from other geographic areas.

In Peru, market definitions have relied on existing information about “real and reasonable alternatives” that buyers (or sellers, if the specific case deals with monopsony problems) face when they are affected by the alleged exercise of market power. To scan these alternatives means to establish the level of effective competitive pressures the producer (or seller) is subject to, as well as to understand whether a denounced firm actually holds market power in a concrete case. For instance, in *Metales Bera del Perú S.A. v. Minsur S.A.*, INDECOPI found that importing tin from Bolivia was a “realistic and reasonable alternative” to buying it from Peruvian monopolist Minsur due to low transportation costs and even though Bolivian ore was less concentrated. Taking this into account, relevant market was not limited to Peruvian market and Minsur was *not* considered to have market power.

As mentioned before, RM definition is a critical analytical step prior to any discussion about market power, dominant position and, therefore, prior to any anti-competitiveness evaluation. Nevertheless, as we will see in greater detail, RM definitions require a bunch of entrepreneurial estimations, value judgments and arbitrary criteria that end up vanishing all technicality, impartiality or objectivity from antitrust procedures.

Let us take a look at some strictly entrepreneurial (discretionary, arbitrary and non-articulated) elements of the SSNIP test. When trying to run this test, it must be admitted from the outset that it is illusory to obtain *certain* and *objective* information about exact consumer responses to hypothetical price increases (or any other entrepreneurial strategy). If this sort of information was available, then social economic problem about resource allocation would be immediately solved. Judgmental decision making in uncertainty conditions would not play any role in economic systems and hence no explanation about entrepreneurial success or failure would be possible.

The truth is that all humans can do (and competition agencies are run by humans) is to *speculate* qua entrepreneurs about consumer re-

sponses on the basis of past experiences and a particular understanding or reading of the economic context. Private entrepreneurs interpret past facts in order to generate subjective expectations about future demand and adjust their behaviour to producing those goods that they believe will satisfy that demand, getting involved in a continuous trial and error process which will verify and tune their understanding skills. In this very sense, when running SSNIP tests, competition agency cannot help but making entrepreneurial judgments about consumer responses. In other words, they are subject to the same cognitive limitations of all entrepreneurial decisions within market process. Therefore, RM definition is not about uncovering some precise but unclear market; rather it is an active teleological construction for further anticompetitiveness analysis. This active construction is also present in any private firm decisions. It is used as a pragmatic tool to *define* the firm's competitors, potential competitors, consumers and potential consumers as well as to *define* what goods to produce according to their interests and preferences, competitive advantages and subjective expectations. In this regards, Coloma (2009) argues that where there are no legal conflicts involved, private firms empirically apply their economic models and define their relevant market "*in a somewhat discretionary manner*". According to him:

"If somebody is interested in consumer decisions about income distribution amongst general categories of goods, he will take "food and beverages" as one sole market; on the other hand, if interest lays on possible substitution ratios between specific beverages (say, wine and beer), then he will probably think of each one of them as a different market, which will include all like-wise goods under the same category definition".

Under this perspective, RM definitions are a pragmatic decision-making tool for private entrepreneurs and their analysts, in which they reveal their objectives and interests, market readings, judgments and expectations.

However, the same author then proposes:

“Nonetheless, whenever there is a legal conflict involved by which parties are interested in showing their rivals’ market shares, the analyst’s discretion must be forcefully limited by some more or less objective methodology, on the grounds of some theory”.

Now, the problem with this observation is that the nature of market process (and the RM) does not change depending on whether there is a legal conflict involved or not. That is, market does not become unambiguously isolatable whenever a conflict shows up; rather RM definition will remain discretionary and teleological (oriented by the particular ends of the analyst). Competition authorities have taken this pragmatic entrepreneurial tool and have converted it into a technique that would discover objectively different and isolated markets, where firms would be able to exempt themselves from competitive rigors.

Quantitative and qualitative methods developed by economic theory are also commonly used in RM definitions (Jiménez y Cañizares, 2006), such as: (1) *Price analysis* of hypothetical substitute goods: If goods X and Y are substitutes, then data should confirm a high correlation of their prices along time. (2) *Events analysis*: Market changes are evaluated in order to find out if good X is a competitive restriction for good Y; and (iii) *Elasticity analysis*. Unlike previous techniques, elasticity analysis is regarded to be the most objective or scientific solution to the SSNIP. Relevant market must include all goods which substitution rate is high enough as to allow a hypothetical monopolist of all those goods to raise prices without facing a massive transfer of consumers to other goods. Since price-elasticity and cross-elasticity quantify substitution rates between goods, then Antitrust scholars feel confident enough to use these tools in RM definitions.

Price elasticity of aggregate demand for *all goods* belonging to a RM must be relatively low, while price elasticity of aggregate demand for *any subgroup* of goods belonging to the relevant market must be relatively high. How low or high should these elasticities be so we can affirm certain goods belong to a relevant market? According to Antitrust scholars, the answer depends on a relatively arbitrary criterion, which nevertheless rests on some objective basis (Coloma, 2009).

Price elasticity of demand quantifies the response in the consumption of a good due to a variation in its price. For the SSNIP test, it shows the change in consumer's demanded quantity as a reaction to small but significant and non-transitory price raise by a hypothetical monopolist. If price elasticity of demand for a good X is high (higher than 1 in absolute value), then even small increases in price would bring important decreases in demanded quantity of good X. This means that price increases by a hypothetical monopolist would not be profitable and therefore RM should include good X's substitutes. This possibility also dilutes eventual market power of the defendant. On the contrary, if price elasticity of demand is relatively low (lower than 1 in absolute value) then price increases taken by a hypothetical monopolist would prove profitable and good X could be defined as the RM. Cross elasticity quantifies the positive or negative effect in demanded quantity of good X as a response to a variation in another good Y's price. If cross elasticity is positive (higher than 0), then an increase in price Y is regarded to have *caused* consumers to demand more quantity of good X, showing a substitution relationship between X and Y.

We recall that measurement and ulterior usage of elasticities in RM definitions forget that price statistics is pure economic history for they only inform us about prices arrived at in arbitrarily defined space and past time circumstances. When we say price elasticity of demand for chicken is 0.5 (absolute value) or cross elasticity of chicken and fish is +0.2, we must be aware that these numbers do not show an *property* of the demand for chicken nor an *ontological relationship* between chicken and fish, rather they express a much more modest and arbitrarily-oriented result. It is *modest* because the information it shows uniquely refers that *in Lima, during 2010*, it was found that price elasticity of demand for chicken was 0,5 (absolute value), while cross elasticity between chicken and fish was +0,2. Furthermore, it is *arbitrarily-oriented* since market is and has always been a process, so static measurement of substitution ratios can only be achieved if the analyst decides what geographic segment of the market to attend (e.g., Lima), what goods to compare (chicken and fish), what period of time to observe (annual period 2012); that is, he must arbitrarily isolate a part of the process in or-

der to carry on with its price analysis. This limitation has an enormous pragmatic value in our critique because a different analyst may choose different variables (say, department of Lima instead of city of Lima; a half-year term instead of annual period, etc.) and come up with different results.

Elasticity is not an attribute of a constant, as happens in natural sciences. Quantification of past substitution ratios on the basis of arbitrary variables cannot tell us anything certain about current or future elasticity of demand, given the market is an ongoing process where consumers are constantly changing their preferences (demand) in a capricious manner and adjusting their consumption behaviour accordingly.

So, our critic to the excessive confidence in elasticity analysis is analogue to the critique Antitrust scholars assert on the Helzynga-Hogarty test to define RM. According to Boshoff (2006), this test is a useful quantitative instrument: (1) If a great percentage of total consumed goods in a region are produced in firms located in the same region (Little Inside From Outside criterion - LIFO) and (2) if a great percentage of total production in a region is consumed locally (Little Outside From Inside criterion - LOFI), then relevant geographic market is defined by *that* region. Ruiz (2003) correctly criticizes this test for it does not supply an explanation about how consumers would react against small but non-transitory price increases:

"It is erroneous to deduce two geographic markets from the absence of commerce between two different regions. Even though there was not any commerce between them within a long period of time, it is possible that cross elasticities between goods produced in these regions are high and therefore small price increases in one of them will produce commerce".

What he is saying is that past behaviour cannot sufficiently explain current or future adjustments to change. In this same sense, we go further and argue that our historical knowledge about demand elasticities (as modest and arbitrarily-oriented measurements that attempt to discover constant properties of certain demand) cannot provide with reliable answers about hypothetical consumer responses to small but

significant and non-transitory increases in price, nor past numerical measurements imply necessarily its continuity in the present or future circumstances.

So far we have admitted that the observation of past prices for goods X and Y *can*, in a limited way, measure substitution. Now it is time to point out that price observation relies on the result of a complex and unrepeatable process of interactions, so it is highly controversial to attempt to derive *causal* relationships from it. Two analysts can observe that when X's price was increased by 10%, its demanded quantity fell in 15%. Does this mean that price elasticity of demand for X is elastic? The answer would be positive if and only if *ceteris paribus* condition was fulfilled in the concrete observation. This would mean that, for the observed historical reality, a price increase in 10% *caused* a decrease in demanded quantity in 15%. But we know reality does not fulfil the *ceteris paribus* condition, so analysts must interpret their observations and clear them from the effects of "distorting" facts/variables -i.e. facts that could have strengthened or curbed the effects of the 10% price increase. They must also take into account the magnitude of these facts-distorting effects. In the end, our analysts can end up with a "reasonable" price elasticity measurement valid for a specific historical setting. Our contention is that this work on economic history, oriented by the analyst's understanding, cannot discover a certain, objective and permanent measurement of demand.

There is another point worth mentioning. Against the spirit of the SSNIP test, prices are not the sole indicators of substitution. Orthodoxy relies on elasticities and price correlations because of their view of competition as a fundamentally one-dimensional phenomenon: firms compete basically through price wars. And this view is just a consequence of the adoption of the perfect competition paradigm as a benchmark, where pure profits could only be realized when firms drop prices down to their marginal costs. But that is an arbitrary limit to the understanding of market process. The truth is that creative process of rivalry between firms can extend to any ambit or feature of the transaction: payment conditions, quality of all attributes of offered goods, warranties, location convenience, delivery options, added-up services, post-purchase coun-

selling, etc. Simple analysis of consumer reactions to price increases can tell us little about market power or degrees of competition.

Let's go back to the SSNIP test. We must recall that this tests attempts to define the maximum group of goods for which a small but significant and non-transitory increase in price proves profitable for a hypothetical monopolist of all those goods. To solve the test, we must know from the outset (1) the magnitude of the "small but significant and non-transitory" increase in price one wishes to evaluate; (2) the "initial price" from which the increase would take place; and (3) the sufficient level of substitution between goods.

The first issue is usually set at a 5% to 10% price increase. Those numbers are patently arbitrary, but we would like to focus on the greater arbitrariness of issues (2) and (3). Regarding (2), if we are to evaluate the effects of a 5% increase in prices, we must know some "initial price" from which to place the increase. Even if, for the sake of the argument, we accepted the notion of an unchanged demand curve, microeconomic theory shows that this curve has different more or less elastic segments and therefore the effect of a price increase will depend on the location of the initial price along the curve. If initial price was placed in an elastic segment of the curve, then a 5% increase in price would generate a more-than-proportional substitution in consumption. On the contrary, if the initial price was set on a relatively inelastic segment of the curve, then meaningful substitution would not take place. What is the appropriate segment of the demand curve for substitution analysis? Answer is necessarily discretionary. Attempts to equal "initial price" and "competitive equilibrium price" are useless since the latter cannot be known without market discovery process itself.

About issue (3), what goods are to perform our hypothetical substitution test? What is the critical level of transfers in consumption from good X to good Y so we can call them "reasonable substitutes"? First question has to do with the arbitrary a priori election of presumably substitute goods. All measurement and price analysis will depend on this election. If good Y is not regarded as a *potential* substitute, then its prices will never be observed. Second question is more relevant for both price elasticity and cross elasticity. Given *all* price increases of good X de-

creases its demanded quantity, the determination of a relevant sales transfer from good X to other goods in order to define “reasonable substitution” is arbitrary for it varies according to the relative importance the analyst gives to the goods in question.

Inherent arbitrariness in RM definitions is also revealed because these procedures treat consumers as if they were a homogeneous group while the only problem to be solved was to define limits and levels of competition relationships between producers. It is not recognized –at least not in an explicit way- that consumers could be distributed into different arbitrary groups –say, according to age, sex, habits, life styles, income, education, etc.- and that each one of these groups would perceive different relevant markets, formed by those producers in a better position to satisfy each group (Markovits, 1998). In other words, RM definitions fail to see what group and subgroup of consumers are being analysed. Of course, in real procedures competition agencies do define the critical mass of consumers under analysis but they do so in a discretionary and tacit manner (they take it for granted). So, once again, we can affirm that RM definition is only possible through a series of small but significant discretionary decisions from public analysts who exercise their entrepreneurial judgment and place arbitrariness along the whole procedure, not in the margin. *We must precise our contention is not that this should not be the case, but merely that competition agencies cannot help but behaving in this way.*

Period of time is another element that is barely considered by the Peruvian antitrust agency. While U.S. Merger Guidelines postulate that price increases should be non-transitory (1 year term is a common standard), INDECOPI decisions generally don't make any reference to the period of time used in their hypothetical test. Rather it merely declares that some concrete relevant market is formed by “real and viable alternatives” faced by buyers or producers. It is not sufficiently acknowledged that different periods of time do matter for substitution possibilities. Generally the longer the period, the more elastic the demand and supply are, and it is more likely to find substitutable goods. The opposite is also possible. Longer periods can bear relatively non-substitutable goods if these latter are produced in a capital-intensive process. A new brand or a

new technology may prove substitutable in the short run, but if they are allowed to develop and catch consumer preferences along time (say, a network good), then in the long run they may be much less substitutable. So, if the test seeks to establish what goods are substitutable or not, then a crucial decision about period of time has to be made. But this election cannot avoid arbitrariness. Even if we *chose* the “short run” it would still be vague since “short run” can be interpreted as a 3-month, 6-month or 1-year length, depending on the concrete importance of the good as understood by the analyst.

Stigler (Kip Viscusi et. al., 2005) thought the market definition for a good should be made on a long-term period basis:

“An industry should embrace the maximum geographical area and the maximum variety of productive activities in which there is a strong long-run substitution. If buyers can shift on a large scale from product or area B to A, then the two should be combined. If producers can shift on a large scale from B to A, again they should be combined. Economists usually state this in an alternative form: All products or enterprises with large long-run cross elasticities of either supply or demand should be combined into a single industry”.

Nonetheless, we argue that neither the short run nor the long run – whatever these authors thought they were- represent a “correct” and unambiguous period of time, valid for all cases.

Hence, it should be acknowledged from the beginning that in RM definitions public analysts express their value judgments, their entrepreneurial interpretations and expectations about profitability and substitution possibilities in concrete cases. According to Resolution N° 0078-1999/TDC-INDECOPI issued on March 05th, 1999 (*El Comercio vs Aero Continente S.A.*).¹¹ elaborated quantitative methods can perfectly be incorporated into this much more vague statement:

“Relevant market definition consists of determining the relevant product and geographic area for investigation purposes. Relevant product involves all goods and services considered interchangeable or substitutes due to its

characteristics, price or usage, regarded as reasonable alternatives by a large number of clients and consumers. This requires defining alternative supply sources to which consumers can shift in the short run if a good's price significantly increases".

The problem, as we see it, is that “reasonable alternatives”, “significant number of clients”, “run”, “significant increase” and so forth are highly flexible and malleable concepts. Their discretionary usage by different analysts can result in different RMs even within the same case and on the grounds of the same facts. These intrinsic limitations arise from the fact that market is an ongoing social process and therefore any economic decision is placed in an uncertain setting. These restrictions don't allow for neither numerical exercises on presumably objective elasticities, nor methods that eliminate the analyst's entrepreneurial discretion. On the contrary, all mentioned criteria might well be useful as pragmatic guide for the articulation of private entrepreneurial judgments who could always test their good or bad judgment in the context of a trial and error market process.

Even if agencies did have some objective criteria to successfully fix all elements from the SSNIP test, there is an additional problem related to the volume of information needed in order to come up with aggregate numbers that fit the test. Purely quantitative analysis can be too hard-working, so competition agencies have had to use qualitative criteria in their substitution analysis, such as comparing characteristics, uses, applications of presumably substitute goods or consumer preferences analysis. Along this perspective, some authors propose the usage of surveys to consumers, producers, retailers, etc. (Ruiz, 2003), as if they could demonstrate their preferences outside the real valuing context of action, or as if same preferences held still with the same urgency order and intensity over time.

Finally, standing on the crucial difference between articulated and non-articulated knowledge (Polanyi, 1974), all qualitative and quantitative methods in RM definitions are attempts to articulate -i.e. systematically order- our judgments on what we consider relevant markets. *The important mistake here is not the attempt itself but the failure to realize that the*

object of measurement and isolation from competitive forces (relevant market) belongs to a broader process of economic interactions, where millions of people are involved in their own relevant markets and make decisions on the basis of a constant comparison between them. Artificial segmentation of this broader process can only be done using implicit artificial arbitrary criteria; that is, using non-articulated and know-how kind of knowledge, where formalization is highly limited (Huerta de Soto, 2005). According to Mises (2007):

“The market process is coherent and indivisible. It is an indissoluble intertwinement of actions and reactions, of moves and countermoves. But the insufficiency of our mental abilities enjoins upon us the necessity of dividing it into parts and analyzing each of these parts separately. In resorting to such artificial cleavages we must never forget that the seemingly autonomous existence of these parts is an imaginary makeshift of our minds. They are only parts, that is, they cannot even be thought of as existing outside the structure of which they are parts.”

Not only segmentation between “differing-order goods” (or stages in productive process) but also concepts such as “consumer” and “producer” (which illustrate catallactic functions rather than ideal-types) as well as “the market of good X” are analytic tools to better understand complex phenomena, say, the social structure of production. It is pure fallacy when analysts attempt to give some strict and exact content to “the market of good X” to differentiate it from “the market of good Y” and then state that between these two markets no interaction or competition connection exists.

In practice, competition agency decisions are not very exhaustive when they use quantitative or qualitative methods for RM definition. When reading them, it is patent that analysts use a great amount of much less articulated entrepreneurial appreciations. This doesn't mean public analysts suffer from poor academic level, only that there is a natural limitation to articulate one's own market readings, entrepreneurial expectations and other subjective knowledge about the fundamental

question of the test: What is the minimum group of goods so they are substitutable between them but not between them and other groups?

V. CONCLUSION

In Peru, the antitrust doctrine has been incoherent about the use of discretionary criteria by competition agencies. Punishability of so-called “exploitative practices” lies amongst the most important debates. Even though this debate was finished by the passing of the Legislative Decree 1034 -Repression of Anticompetitive Conducts Law-, non-punishability of “excessive prices” was traditionally defended on the grounds of an alleged impossibility to know “fair” prices, “proportional” prices or “equilibrium” prices; that is, on a lack of a standard against which to conceive an “excessive” price. In this regard, some doctrine and authority decisions maintained that public administrative organisms (such as INDECOPI) were forbidden to fix prices under current Peruvian legislation.

Our findings show that it is incoherent that those who maintained these positions fail to see that the competition agency already use its own discretionary judgment whenever they decide market entry is profitable, officially contestable, barriers are high or low (as if this highness or lowness were the same for every firm) or when it declares what goods constitute reasonable substitutes to others. If this is the case, then mere coherence would allow INDECOPI to go further and define “reasonable prices” on the basis of “relevant” marginal costs and a “reasonable” profit margin. “Excessive pricing” could be actually determined whenever prices aren’t correlated with the economic value of those goods offered by the defendant, just like European Court of Justice has often maintained. In some cases, production costs of the defendant have been taken into account; in others, defendant prices have been compared with prices offered by other firms and also with its own prices held in different regions (Motta and De Streel, 2006). About this issue, we are not making a case in favour of the punishability of excessive pricing; rather

we state that opponents of this punishability have not taken their own criticisms to its ultimate logical conclusions.

This paper does not aim at critiquing concrete Peruvian antitrust decisions nor it intends to deplore the agency's work. Our argument attempts to show that its alleged *merely corrective* performance (as it has been stated by the law and national doctrine) can be logically assimilated to private entrepreneurial endeavours. Nevertheless, while it is usually acknowledged that private entrepreneurs develop multiple contingent strategies subject to a profit-and-loss mechanism, it is wrongly assumed that the competition agency *can* correct economic inefficiencies in an impartial manner as if its decisions were exempt from uncertainty or the abovementioned mechanism. In one sentence, we have argued that a *merely-corrective* performance stands as an impossible objective for the antitrust system. As long as their decisions involve entrepreneurial judgments including interpretation and speculation, the competition agency cannot perform from above the market process, but rather it is inevitably immersed in it.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

BIRNER, J. and Van ZIJP R. (1994): *Hayek, Co-ordination and evolution: His legacy in philosophy, politics, economics and the history of ideas*, New York, Routledge.

BISHOP, S. and WALKER, M. (1998): *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, Sweet and Maxwell.

BOETTKE, P. J. and D'Amico D.J. (2010): «Corridors, Coordination, and the Entrepreneurial Theory of the Market Process», *The Journal of Private Enterprise*, Vol. 02, N° 25, Trinity College.

BOSHOFF, W. H. (2006): «Quantitative techniques in competition policy. The Elzinga-Hogarty Test», *Research Note*, N° 3, Cape Town, Econex Press.

BULLARD G., A. (2006): *Derecho y Economía, El análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra Editores.

- CÁCERES F., F. (2002): «El por qué de la política de libre competencia», *Revista Derecho y Sociedad*, N° 19 Lima: UPC.
- CÁCERES F., F. (2006): «Looking backward, Thinking forward: Should distributive concerns count in Competition Law?», *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, N° 03, Lima: INDECOPI.
- COLOMA, G. (2003): *Defensa de la competencia*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- DE LEON, I. (2009): *An Institutional Assesment of Antitrust Policy. The Latin American Experience*, Kluwer Law International.
- DIEZ CANSECO N., L. J. y PASQUEL R., E. (2004): «El excesivo precio de una resolución impredecible. A propósito del caso de las AFP», *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 71, Lima: Gaceta Jurídica.
- DiLORENZO, T. J. (2007): *Antitrust, Cato Handbook for Congress: Policy Recommendations for the 105th Congress*, chapter 39, Washington, CATO Institute Press.
- ERNEST, P. (1991): «The Philosophy of Mathematics Education», London, Routledge.
- FIGARI, H., GÓMEZ, H., ZÚÑIGA, M. (2005): «Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio», *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, Año 01, N° 01, Lima: INDECOPI.
- FOSS, N. J. and KLEIN, P. G. (2010): «Alertness, Action, and the Antecedents of Entrepreneurship», *The Journal of Private Enterprise*, Vol. 2, pp. 145-164.
- GOMEZ APAC, H. y ZÚÑIGA PALOMINO, M. (2005): «Propiedad, libertad de contratación y libre competencia», *Revista de Economía y Derecho*, Lima, UPC.
- HAMILTON, W. H. (1938): *Price and price policies*, New York, McGraw-Hill.
- (1940): *The pattern of Competition*, New York, Columbia University Press.
- HARPER, D. (2003): *Foundations of entrepreneurship and economic development*, London: Routledge.

HAYEK, F. A. (1968): «Competition as a discovery procedure», *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 05, N° 03, New York, Springer-Verlag.

— (1964): *The theory of complex phenomena, The Critical Approach to Science and Philosophy*, London, Collier McMillan.

HUERTA DE SOTO, J. (2011): *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 5ta Edición, Madrid Unión Editorial

— (2004): «Teoría de la eficiencia dinámica», *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, Vol. 1, N° 01, Madrid, Union Editorial.

— (2005): *Socialismo, Cálculo económico y Función empresarial*, 3era. Edición, Madrid, Unión Editorial.

JIMÉNEZ LATORRE, F. y CAÑIZARES PACHECO, E. (2006): *Dificultades para la definición del mercado relevante*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

MINISTERIO DE JUSTICIA (1996): *Exposicion de Motivos de la Ley Sobre Facultades, Normas y Organizacion del INDECOPI*, Decreto Legislativo 807, Libre Competencia, Legislación y Jurisprudencia, Lima, MINJUS.

MOSCA, M. (2008): «On the Origins of the Concept of Natural Monopoly», *European Journal of the History of Economic Thought*, Vol. 15, N° 2, pp.317-353.

KIP VISCUSI, W., HARRINGTON, J. E. Jr and VERNON, J. M. (2005): *The Economics of Regulation and Antitrust*, 4ta. Edición, Cambridge MA, The MIT Press.

KIRZNER, I. M. (1976): «Equilibrium versus Market Process», *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Kansas City, Sheed and Ward Inc.,

— (1978): *Competition and Entrepreneurship*, Chicago: University of Chicago Press.

— (1978): *Economics and Error*, Kansas City, Sheed Andrews and McMeel.

KLEIN, P.G., MAHONEY, J.T., MCGAHAN, A., PITELIS, C. (2010): «Toward a theory of public entrepreneurship», *European Management Review*, N° 07, pp.1-15, Milano, European Academy of Management.

KNIGHT, F. H. (1921): *Risk, Uncertainty and Profit*, New York, Hart Schaffner.

- MARSH, L. and ONOF, C. (2007): «Stigmergic epistemology, stimergic cognition», *Cognitive Systems Research*, Vol. 09, N° 02, Philadelphia, Elsevier Press.
- MARKOVITS, R. S. (2002): «On the inevitable Arbitrariness of Market definitions», *The Antitrust Bulletin*, vol. 47, pp. 571-601, New York, American and Foreign Antitrust and Trade Regulation.
- MENGER, C. (1976): *Principles of Economics*, New York, NYU Press.
- MISES, L. von. (2007): *La Acción Humana. Tratado de Economía*, 8va. Edición, Madrid, Unión Editorial.
- (1998): «Monopoly prices», *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 01, N° 02, New York, Springer-Verlag.
- MOTTA, M. and DE STREEL, A (2006): «Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law», *European Competition Law Annual*, Oxford, Hart.
- POLANYI, M. (1974): «Personal knowledge. Towards a Post Critical Philosophy», *The University of Chicago Press*, Chicago.
- POSNER, R. (2005): «Hayek, Law, and Cognition», *Journal of Law & Liberty*, N° 147. New York: NYU Press.
- RALLO, J. R. (2012): *Los errores de la vieja economía*, Madrid, Union Editorial.
- ROJAS LEO, J. F. (2005): «El abuso de posición de dominio en el mercado en la legislación nacional», *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, Año 01, N° 01, INDECOPI, Lima.
- RUIZ, G. (2003): «Definición de Mercado relevante y políticas de competencia», *Revista THEMIS Nueva Epoca*, N° 47, Lima.
- RUTHERFORD, M. (2010): *Science and Social Control: The Institutionalist Movement in American Economics, 1918–1947*, New York, Cambridge University Press.
- SALERNO, J.T. and KLEIN, P .G. (2007): *Fundamentals of Economic Analysis: A causal- realist approach*, Alabama: Mises Institute Press.
- SULLIVAN, L. and GRIMES, W.S. (2006): *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul: West Publishing Company.
- WHATELY, R. (1831): *Introductory Lectures on Political Economy*, London, B. Fellowes.

ZÚÑIGA PALOMINO, M. (2006): «El "deber de transmitir señales" en el mercado de televisión por cable ¿Promoviendo la competencia o el free riding?», *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, Año 02, N° 03, Lima, INDECOPI.

— (2009): «Lo bueno, lo malo y lo feo de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas», *Actualidad Jurídica*, N° 183, Lima, Gaceta Jurídica.

Legislation and Cases

Peruvian Constitution 1993, Arts. 61 and 65.

Legislative Decree N° 577, article 4.

Resolution N° 0117-1997/TDC-INDECOPI.

Resolution N° 0117-1997/TDC-INDECOPI.

Resolution N° 003-93-INDECOPI/CLC.

Resolution N° 0407-2007/TDC-INDECOPI.

Resolution N° 0078-1999/TDC-INDECOPI.

Resolution N° 0454-2007/TDC-INDECOPI.

U.S. Horizontal Merger Guidelines (first issued in 1992).

CRISIS ECONÓMICA Y TAMAÑO DEL ESTADO: IDENTIFICACIÓN DEL SOCIALISMO DE MERCADO EN LOS PGE 2007-2013 DE ESPAÑA ¹

ÁNGEL FERNÁNDEZ²

Resumen: En primer lugar, el estudio explica la Estructura Productiva del Capital, según la Escuela Austriaca de Economía. Se incluyen referencias y bibliografía de estudios previos, que muestran cómo los ajustes fiscales con subidas de impuestos son las causas principales que incrementan las dificultades para el funcionamiento libre de la estructura productiva del capital y explican la mayor profundidad de la crisis económica en España y en Europa. En segundo lugar, el estudio propone que se utilice el tamaño del Estado, como la variable macroeconómica de referencia para medir el grado de socialización o de intervencionismo en la economía de un país, dado que permite valorar las dificultades políticas que se interponen al funcionamiento de la estructura productiva del capital. De hecho, el estudio demuestra como el tamaño del Estado permite identificar un régimen político económico de *Socialismo de Mercado* en España. Para ello, se analiza la composición de las políticas de gasto público en los Presupuestos Generales del Estado (PGE) de los años 2007 a 2013. Los datos presupuestarios indican que no se ha reducido o bien se ha reducido muy poco el gasto público total de la Administración Central, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales. En tercer lugar, se explica la ley de hierro de la oligarquía y cómo la élite extractiva, forma-

¹ La responsabilidad es exclusiva del autor por cualquier error u omisión en el texto.

² Copyright © 2013 by Ángel Fernández. Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Historia e Instituciones Económicas I. El autor está terminando su tesis de investigación para la obtención del título de Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales.

da por la casta política y sus redes clientelares con intereses sobre el gasto público, son los principales responsables de que se haya generado un presupuesto público total situado en niveles superiores al 50% del PIB del país y, por tanto, constituyen el principal obstáculo para disminuir sustancialmente el tamaño de las administraciones públicas hasta, como mínimo, el nivel requerido para equilibrar los presupuestos públicos sin necesidad de subidas de impuestos ni endeudamiento; dado que éstos son perjudiciales para la eficiencia dinámica de la Economía, retrasan la salida de la crisis y, en el peor de los escenarios fiscales, fuerzan la solicitud de préstamos o rescates financieros por instituciones financieras internacionales.

Palabras clave: Crisis Financiera, Política fiscal, Déficit Público, Deuda Soberana, Administración Pública, Crecimiento económico, Economía política.

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio parte de tres premisas fundamentales que son esenciales para conocer cómo funciona el crecimiento económico de los países. El lector debe memorizar bien las premisas para seguir correctamente las explicaciones, comprender los argumentos y poder captar la importancia de las conclusiones finales.

Primera premisa. La acción humana³ ejercida en libertad permite alcanzar mayores niveles de prosperidad por medio de la maximización del intercambio de bienes y servicios en un territorio. En este sentido, la acción humana se considera equivalente al ejercicio de la función empresarial⁴.

³ Mises, L. (2009), pp. 11-29.

⁴ Huerta de Soto, J. (2010), pp. 41-86. Se entiende la función empresarial como un proceso continuo de eficiencia dinámica que se caracteriza por la creatividad y la coordinación constantes. El ejercicio libre de la función empresarial requiere de ahorro privado previo para acometer las inversiones presentes y futuras. En el caso de los bienes de órdenes

Segunda premisa. El marco institucional⁵ tiene importancia esencial para que existan incentivos para el desarrollo del libre ejercicio de la función empresarial dentro de un Estado de Derecho, que sea digno de tal nombre, es decir, para que se proporcione el máximo nivel de protección tanto a la propiedad privada como a los contratos privados libremente consentidos, entendidos como instituciones *inclusivas* que proporcionan los incentivos necesarios para el desarrollo del mercado libre o capitalismo⁶.

Se considera que, también, existen instituciones *exclusivas* que generan incentivos negativos al actuar en contra de la función empresarial en un mercado libre y que, principalmente, favorecen los intereses de los grupos políticos y económicos que pertenecen a la oligarquía del país y que, cuando arraigan las ideologías colectivistas, se constituyen en élites extractivas⁷ que viven del presupuesto público y medran las rentas privadas del resto de la población.

Tercera premisa. Se considera que el socialismo es un error teórico constituido por un sistema abstracto de pensamiento fuertemente arraigado en el pensamiento más arcaico y tribal del hombre, basado en conceptos como la *solidaridad*, el *altruismo* o la *redistribución* de la riqueza que pueden ser económicamente óptimos aplicados en grupos reducidos

superiores, también se requieren procesos de investigación y desarrollo, innovación y producción que necesitan de mayor tiempo, de más capital ahorrado y de un mejor marco institucional, y propician el desarrollo libre de la empresarialidad.

5 North, D. (1992), pp. 477-488. El trabajo indica que: "*Institutions are the rules of the game in a society; more formally, they are the humanly devised constraints that shape human interaction. Thus, they structure incentives in exchange, whether political, social, or economic*". Se pueden distinguir entre instituciones formales (Constitución, leyes, reglamentos, contratos,...) e instituciones informales (normas de comportamiento, convenciones, códigos de conducta autoimpuestos,...).

6 En este trabajo académico, cuando se emplean los términos el mercado libre o el capitalismo, se refiere indistintamente al ejercicio libre de la función empresarial en un Estado de Derecho, digno de tal nombre (independencia judicial, garantías procesales, separación de poderes,...), y en condiciones de mínima coacción por parte de las autoridades públicas y de los agentes privados, para lo que se requiere que el tamaño del Estado (central, regional o local) sea lo más pequeño posible dentro de una estructura institucional que proporcione estabilidad para ejercer la función empresarial, si bien dotando buenas condiciones de seguridad exterior, interior y jurídica al territorio.

7 (Acemoglu, 2012).

como una tribu o una aldea pero que, sin embargo, dejan de tener sentido en los órdenes superiores de colaboración humana, cuando se transita desde la economía de subsistencia hasta el mayor crecimiento económico de las sociedades civilizadas.

El estudio considera que el socialismo o intervencionismo es un error teórico que consiste en: *“la pretensión de coordinar la sociedad mediante la utilización sistemática de la coacción”*. Y se emplea la siguiente definición de socialismo o intervencionismo⁸: *“todo sistema de agresión institucional contra el libre ejercicio de la acción humana o función empresarial”*⁹.

Antes de seguir la exposición, es preciso remarcar que la caída del socialismo real a partir del año 1989 en los países del Este de Europa demostró lo acertado de la teoría de la imposibilidad del cálculo económico en el socialismo, que defendieron los economistas Ludwig von Mises y Friedrich A. Hayek.

En el apartado segundo, explicaremos la estructura productiva del capital que es directamente atacada por el intervencionismo. Cuanto mayor sea el grado de socialismo impuesto sobre la sociedad civil, más se dificulta el funcionamiento de la estructura productiva del capital y, por tanto, más se merma el crecimiento económico de un país y, a largo plazo, se imposibilita el cálculo económico en las sociedades colectivizadas.

La corriente principal (*mainstream*) de los científicos sociales sigue coqueteando con el intervencionismo y sigue sin advertir a los ciudadanos de los peligros derivados del socialismo de mercado¹⁰ que se identi-

8 En este estudio, se analiza el socialismo del modo más amplio posible en ciencias sociales, como una teoría económica sobre la coacción institucional, y se observan sus efectos negativos sobre la función empresarial y, por tanto, sus efectos contrarios al crecimiento económico de los países.

9 Huerta de Soto, J. (2010), p. 25.

¹⁰ Huerta de Soto, J. (2010), p. 265 y ss. Los políticos suelen vender al electorado una *“solución competitiva”* en la que, como comenta el profesor Jesús Huerta de Soto se trataría de *“lograr lo mejor de los dos mundos, el socialismo y el capitalismo, dando lugar a un <<socialismo de mercado>> que, en su forma más <<descafeinada>>, difícil sería de distinguir del socialismo democrático o socialdemocracia y que en su versión más <<original>> pretende lograr nada más y nada menos que la <<cuadratura del círculo>> en lo que se refiere a la solución de los problemas sociales”*.

fica en los países cuando muestran un aumento prolongado en el tiempo del tamaño del Estado y, consecuentemente, de la hiperinflación legislativa y de las políticas de intervención estatal en el mercado.

En el tercer apartado, identificaremos el socialismo de mercado mediante el cálculo del tamaño del Estado en España, dado que es el principal obstáculo al ejercicio libre de la función empresarial y, por tanto, es el responsable de la coacción política a la eficiencia dinámica en economía por medio de legislación y presupuestos públicos que promueven las instituciones morales exclusivas y, por tanto, favorecen los intereses de una oligarquía, organizada en diversas redes clientelares que son favorecidas por los presupuestos públicos del Estado, y que, consecuentemente, intentan conservar el *status quo* de sus privilegios y prebendas.

Europa, en general, y España, en particular, requieren un cambio cultural o, si se prefiere, un cambio estético para que deje de observarse al Estado como un *patriarca benefactor* y pase a ser percibido con cautela y cómo una institución que precisa de un "tamaño limitado o mínimo", para que prevalezca la eficiencia dinámica de las soluciones de mercado frente al intervencionismo de las élites extractivas.

En el cuarto apartado, se comenta la ley de hierro de la oligarquía y la importancia de que se produzca un cambio de modelo político económico más orientado hacia las soluciones de mercado y menos orientado hacia la burocracia y el intervencionismo.

Como veremos, se requiere una búsqueda constante de la limitación del tamaño del Estado, la independencia judicial y la dispersión pluralista del poder, por medio de contrapesos institucionales, para que las instituciones favorezcan la eficiencia dinámica¹¹, proporcionando certidumbre jurídica y vital a las interacciones propias de la acción humana que son las responsables del crecimiento en Economía. Ésa es la única forma que existe para dotar de crecimiento económico sostenido y,

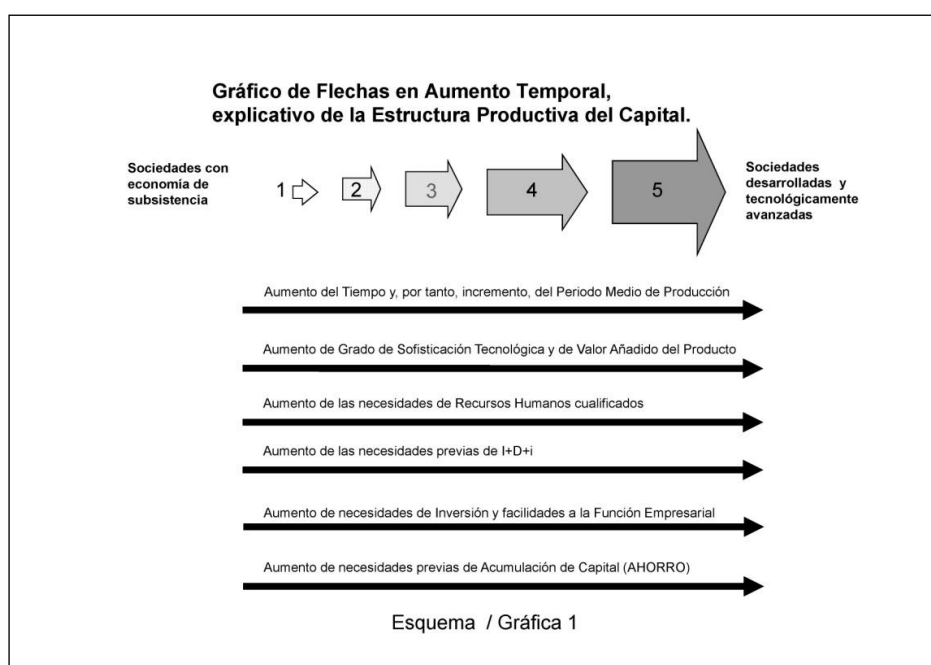
11 Huerta de Soto, J. (2012), p. 68. Tal y como indica el profesor Huerta de Soto en un trabajo publicado en el número de marzo-abril 2012 de la revista ICE: "*el criterio de eficiencia dinámica está indisolublemente unido al concepto de función empresarial...su elaboración nunca puede efectuarse en un vacío institucional o, dicho de otra manera, que el análisis teórico de la eficiencia dinámica es inseparable del estudio del marco institucional en el que se llevan a cabo los comportamientos empresariales*"

por tanto, conseguir riqueza para una mayoría de la población en España y en Europa.

II. ESTRUCTURA PRODUCTIVA DEL CAPITAL

1. Estructura productiva del capital. Escuela Austriaca de Economía

El autor del presente estudio propone explicar la estructura productiva del capital¹² con el nuevo gráfico de flechas en aumento temporal que se representa la gráfica 1:



Las etapas de producción, se representan mediante flechas, que son sucesivas y alejadas en el tiempo, con la posición 1 referida a los *bienes de consumo*, las posiciones 2 a 3 relativas a los *bienes de capital intermedios*, y las posiciones 4 a 5 referidas a los *bienes de órdenes superiores*. Cuando las economías de los países se van desarrollando, las flechas iniciales se contraen y acortan y las flechas finales se ensanchan y alargan, porque el funcionamiento de la estructura productiva del capital se basa más en los

12 Böhm-Bawerk, E. (1930) [1889], p. 148.

bienes de órdenes superiores, que incorporan mayor valor añadido y que requieren:

Mayor tiempo (o mayor longitud de las flechas) para elaborar la producción, es decir, la función empresarial tiene que integrar proyectos de medio y largo plazo de investigación, desarrollo e innovación (I+D+i), de ingeniería y de gestión empresarial que son mucho más elaborados.

Mayor capital (o mayor anchura de las flechas) para impulsar la producción porque se necesita más ahorro privado previo, y formas de financiación más sofisticada, para lanzarse al mercado.

Mejores instituciones para que la función empresarial, más sofisticada, pueda integrar mayor tiempo y más capital en los productos y servicios, para lo que se requieren buenas condiciones institucionales para el ejercicio de la empresarialidad y, por tanto, para incorporar conocimiento y creatividad al mercado: cumplimiento estricto de la Ley (independencia judicial), mínima corrupción, mínima burocracia, mínimas barreras legales, mínimos impuestos...

Estos últimos son factores económicos imprescindibles para producir los *bienes de órdenes superiores*, que caracterizan la economía de un país desarrollado y requieren dotar condiciones para la empresarialidad, lo que significa ayudar a la inversión privada, basada en ahorro previo, para que se produzcan iniciativas empresariales que oferten nuevos productos y servicios de alto valor añadido, y dotar un marco institucional que promueva instituciones "inclusivas" como, por ejemplo:

1) Protección de la propiedad privada, 2) Cumplimiento de los contratos, 3) Eliminación de las barreras comerciales, 4) Desregulación de los mercados intervenidos por el Estado, 5) Baja presión fiscal para ayudar a la acumulación del capital que permite el ahorro privado, 6) Facilidades para la creación y gestión de empresas, 7) Facilidades para investigación, desarrollo e innovación.

El autor del estudio entiende que el gráfico de fechas en aumento temporal visualiza mejor la variable tiempo y la necesidad creciente de ahorro privado y de I+D+i, cuanto más alejada vaya a producirse la inversión del capital; lo que se precisa para evolucionar institucionalmente desde las economías de subsistencia, hacia la producción de bienes y

servicios cada vez más sofisticados, que es propia de las sociedades desarrolladas y tecnológicamente avanzadas.

La enorme influencia ejercida por John Maynard Keynes ha sido letal para las economías desarrolladas porque los desequilibrios económicos se observan a medio y largo plazo. Los economistas keynesianos recetan políticas macroeconómicas de impulso de la demanda agregada en el corto plazo porque no tienen en cuenta la importancia de la microeconomía y, especialmente, se equivocan al pasar por alto la necesidad de *tiempo*, de dotar buenas condiciones para el desarrollo de la *función empresarial* y de que se produzca el ahorro *privado* previo que se requiere para que se produzca una inversión económicamente eficiente en la producción de los bienes capital-intensivos. De hecho, parafraseando al economista Carlos Rodríguez Braun, el crecimiento económico se produce a pesar del Estado y sus políticas intervencionistas.

El grave error que comenten los economistas keynesianos es desconfiar de la *acción humana* que ejercen ciudadanos, familias y empresarios, cuando pueden interactuar en un mercado libre de la coacción del Estado.

Keynes fue pesimista respecto de la capacidad del sector privado y confiaba ciegamente en el “papá” Estado, que era justo lo que la oligarquía política quería escuchar en su época, y no consideró los aspectos microeconómicos y la importancia del “tiempo” y del ahorro “privado”, porque desconocía el funcionamiento de la estructura productiva del capital que explicó Eugen Böhm-Bawerk en su obra *Teoría Positiva del Capital* (1889).

2. Estructura productiva del capital. Tamaño del Estado y Ajustes Fiscales

El funcionamiento de la estructura productiva del capital se ve gravemente alterado por el intervencionismo porque ataca siempre los factores económicos imprescindibles para la producción de los *bienes de órdenes superiores* que caracterizan las economías de los países más desarrollados.

El proceso de socialización de la economía de un país se puede medir contabilizando el crecimiento del tamaño del Estado respecto del PIB del país. El aumento del tamaño de las administraciones públicas viene siempre acompañado de barreras al ejercicio de la función empresarial, de regulaciones que intervienen sobre el mercado, de instituciones “exclusivas” que substraen recursos del sector privado para entregarlos al control de élites extractivas y, en definitiva, de dificultades para el funcionamiento de la estructura productiva del capital.

De hecho, las evidencias empíricas señalan que los ajustes fiscales que se han realizado por medio de reducciones del gasto público – actuando sobre el tamaño del Estado – y sin subidas de impuestos, muestran una mayor probabilidad (86,22%)¹³ de conseguir la recuperación del crecimiento económico.

Estudios del Banco Central Europeo (BCE)¹⁴ y de la Universidad de Harvard¹⁵ ponen de manifiesto los mayores beneficios para el crecimiento económico de los ajustes fiscales basados en reducciones del gasto público –o, si se prefiere, del tamaño del Estado – pero sin aumentar los impuestos. Sus datos son concluyentes y deberían ayudar a implementar políticas presupuestarias de ajuste fiscal por medio solamente de la reducción del gasto público en España y con la ayuda de reformas estructurales de desregulación y liberalización de la economía que es lo que ayudaría a robustecer la estructura productiva del capital para dotar el crecimiento económico en el largo plazo.

Para ser más explícitos, tomando como ejemplo la situación fiscal que se ha dado en España en el año 2012, realizar un ajuste fiscal subien-

¹³ Alesina, A. & Ardagna, S. (2009), pag. 22. El porcentaje del 86,22% muestra la contribución de las reducciones del gasto público corriente a la recuperación del crecimiento económico. El trabajo se realizó con las bases de datos desde los años 70 hasta la fecha de los países que pertenecen a la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos)

¹⁴ European Central Bank (2010): “The Benefits of fiscal consolidation in uncharted water”. ECB, Paper No. 121, November 2010, page 29.

¹⁵ Alesina, A. & Ardagna, S. (2012): “The design of fiscal adjustments”, National Bureau of Economic Research, September 2012.

do los impuestos¹⁶ en la etapa recesiva de un ciclo económico puede catalogarse como un error económico grave¹⁷, porque el efecto que se produce es justo el contrario a los principios del crecimiento económico, se aumenta la recaudación tributaria, pero como contrapartida se perjudica seriamente el ahorro privado necesario para la estructura productiva del capital.

Por tanto, las subidas de impuestos perjudican siempre el sostenimiento de las cuentas públicas porque merman el funcionamiento de la estructura productiva del capital y, a medio y largo plazo, reducen los impuestos derivados de la actividad económica privada. Es decir, las subidas de impuestos tienen un efecto “*destructor*” de la empresarialidad del país y, si se continúan, llevan ineludiblemente a la quiebra del Estado a medio y largo plazo, salvo un rescate por instituciones financieras internacionales como el BCE y/o el FMI.

16 Mises, L. (2009), pp. 741-742.

17 En el año 2012, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, Sr. Cristóbal Montoro, firmó hasta **27 subidas de impuestos**. Se ha podido producir un aumento en la recaudación tributaria pero, sin embargo, se han perjudicado gravemente el ejercicio de la función empresarial y el funcionamiento de la estructura productiva del capital. El ajuste fiscal realizado durante el año 2012 fue realizado contando con los incrementos de impuestos que, según señala el Gobierno aportaron solamente 2.300 millones €, y que se añadían a un recorte en el gasto público de 19.875 millones € realizado en su mayoría sobre la inversión pública (-14.109 millones €). Sin embargo, los datos 2012 de la Agencia Tributaria indican que los aumentos de impuestos supusieron una **recaudación adicional de 11.237 millones €** (3.525 por IRPF, 4.667 por IS, 1.505 por IVA, 301 por I.I.E.E. y 1.500 por amnistía fiscal) respecto al año 2011. El **primer error económico** es que las subidas de impuestos evitaron reducir más intensiva y estructuralmente los gastos públicos. Sin embargo, la recaudación no satisfizo las previsiones oficiales y, por ello, no se lograron cumplir los objetivos de déficit comprometidos con la Comisión Europea. El **segundo error económico** se produce porque las subidas de impuestos disminuyen el ahorro privado previo que alimenta tanto el consumo privado como la inversión privada en la estructura productiva del capital para producir los bienes de orden superior que caracterizan las economías desarrolladas. Al cerrar este estudio, el Consejo de Ministros de 26/04/2013 ha vuelto a subir y crear nuevos impuestos.

III. IDENTIFICACIÓN DEL SOCIALISMO DE MERCADO EN LOS PGE 2007-2013 DE ESPAÑA

Este estudio propone que se utilice el tamaño del Estado, como la principal variable macroeconómica para medir el grado de socialización o de intervencionismo en la economía de un país y que, por tanto, permite medir las dificultades al funcionamiento de la estructura productiva del capital. Se han considerado los capítulos I a VIII de los presupuestos públicos de los años 2007 a 2013 para realizar el cálculo del tamaño del Estado, y se han recogido los resultados en los cuadros 1 y 2 y las gráficas del Anexo.

La evolución del tamaño del Estado proporciona una medida muy aproximada de las barreras al libre mercado y de las dificultades al funcionamiento de la estructura productiva del capital. Por supuesto, no puede ser considerada aisladamente. Sin embargo, el tamaño del Estado marca la diferencia a la hora de competir internacionalmente con los países emergentes y es imprescindible su reducción para lograr crecimiento a largo plazo en España y en Europa.

El principal propósito de este estudio es analizar la burbuja estatal en España por medio de la evolución de los presupuestos de las administraciones públicas y observar el excesivo tamaño del Estado en relación con el Producto Interior Bruto (PIB) del país.

Un trabajo preliminar se presentó en I Congreso de Economía y Libertad celebrado en la Universidad Católica de Ávila¹⁸, y explica cómo la política monetaria expansiva del Banco Central Europeo (BCE) y la errónea política presupuestaria de muchos Estados europeos, fueron los responsables de la formación de burbujas estatales en la zona Euro.

¹⁸ Fernández, A. (2013). Se realizó un estudio previo y detallado sobre los PGE 2007-2012. Ahora este estudio es más sintético con datos de PGE 2013 y nuevos conceptos sobre el funcionamiento de la estructura productiva del capital y la necesidad de participación de la oligarquía (o élites extractivas) para desinflar la burbuja estatal que sostiene un régimen de Socialismo de Mercado en España.

1. Análisis de la burbuja estatal en España en el periodo 2007-2013

Desde el inicio de la democracia, con la excepción del periodo 1996-2001 y, de modo especialmente acentuado, a partir del año 2007, se adoptó un modelo económico keynesiano¹⁹, con fuertes déficit y endeudamiento en el sector público, que es responsable del aumento del tamaño del Estado en España, de las dificultades al funcionamiento de la estructura productiva del capital y de la función empresarial y que, todavía, debe ser corregido para salir de la crisis económica y lograr crecimiento.

El sector privado ha ajustado su estructura productiva por la vía de la reducción de gastos, tal y como revela el aumento de la tasa de desempleados por encima del 26% de la población activa en el año 2013. Parte del ajuste de los costes de producción se ha realizado por la vía de la reducción de los costes fijos y, por tanto, los empresarios han ajustado su masa salarial para poder competir internacionalmente y mostrar cuentas financieras saneadas, tanto a las entidades financieras como a sus propios accionistas.

Sin embargo, como veremos a continuación, los Gobiernos de España han ajustado mínimamente la estructura productiva del sector público y no han reducido suficientemente el tamaño del Estado, por lo que persiste el déficit estructural de las administraciones públicas en el medio y largo plazo²⁰.

¹⁹ Velarde, J. (2012), pp. 223-224. El profesor, D. Juan Velarde, nos explica que: *“Todo lo emperó, naturalmente, la crisis económica mundial que surge, precisamente, a partir de 2007. La financiación exterior es cada vez más ardua y la réplica es una depresión con un incremento en la cifra de desempleados...en España lo que pasa a golpearlos era muy parecido a una guerra. Pero se adoptó este modelo en el que me atrevo a llamar periodo keynesiano, en forma de fuertes déficits del sector público. Este exceso de gastos sobre ingresos no tenía precedentes estadísticos incluso remontándonos a 1850, año del que parte la serie anual de nuestro PIB. Esto obligó a emitir deuda pública en cantidades notables. Efectivamente, se partía de un nivel muy bajo, pero la rapidez en su incremento alarmó a los mercados financieros y el resultado, bien sabido y comentado, ha sido una caída en las cotizaciones de los empréstitos, lo que supone un alza notable en los tipos de interés que se ha acentuado en los últimos tiempos”*.

²⁰ Iglesias, J. (2013), p. 7. Fuentes oficiales indicaron que: *“el objetivo es situar el déficit público por debajo del 3 por 100 en 2014 y a partir de ahí conseguir el equilibrio estructural para asegurar la sostenibilidad presupuestaria y la función estabilizadora de la política fiscal”*.

1.1. En primer lugar, durante el periodo 2007-2013, los gobiernos han recurrido al endeudamiento del Estado que fue duplicado pasando en sólo cuatro años del 34,5% del PIB en 2007 hasta el 70% del PIB en 2010 y siguió aumentando hasta rebasar el 90% del PIB en el año 2013. De hecho, la Comisión Europea en su informe de diciembre 2012 estima que se aproximará al 100% del PIB en el año 2014.

La política de endeudamiento es contraria a los principios del crecimiento económico, porque consiste en una huida hacia delante y elude abordar los desajustes presupuestarios del Estado, haciendo depender la sostenibilidad de las cuentas públicas de la evolución del tipo de interés de los bonos estatales, especialmente, si el nivel de endeudamiento del Estado alcanza niveles superiores al 90% del PIB del país.

En estos momentos, el coste de las emisiones de nueva deuda pública es de 62.320 millones € y los intereses de la deuda pública existente ascienden a 38.590 millones €. Juntos representan un 10% del PIB de España en el año 2013 y siguen creciendo, lo que significa una amenaza seria para la viabilidad de las cuentas públicas a largo plazo y en función de la evolución que tenga la prima de riesgo frente al bono alemán a 10 años.

Existe una situación de desequilibrio fiscal entre los ingresos y los gastos presupuestarios por incidir los gobiernos del ex Presidente José Luis Rodríguez Zapatero en subir los presupuestos de las políticas de gasto "*social*", especialmente, en las pensiones y en las prestaciones de la seguridad social y por no realizar un ajuste fiscal serio. A lo anterior, se suma el hecho de que los gobiernos del Presidente Mariano Rajoy Brey ajustan erróneamente los presupuestos públicos de forma mayoritaria mediante subidas de impuestos, en vez de reducir los gastos "*social*" y "*autonómico*".

1.2. En segundo lugar, los gobiernos han incurrido en errores de previsión de los indicadores de la coyuntura económica y han incumplido reiteradamente los objetivos de déficit público comprometidos con la Comisión Europea en el Plan de Estabilidad Presupuestaria que debía equilibrar las cuentas públicas.

Se anunció un ajuste fiscal de 50.000 millones € en el año 2010 sólo por la vía de la reducción del gasto público pero, en la práctica, sólo se

realizó en torno a los 15.000 millones € y hubo desviaciones sobre los objetivos de déficit para los años 2010 y 2011. Así, por ejemplo, en lugar del 6,3 % del PIB de déficit público acordado para el año 2011, se alcanzó una elevada cifra del 9,1% del PIB que provocó una desviación presupuestaria de 28.711 millones de Euros en el ejercicio del año 2011.

El informe de diciembre 2012 de la Comisión Europea indica que las estimaciones presupuestarias vuelven a ser desacertadas y excesivamente benevolentes con el nivel de crecimiento, con los niveles de prima de riesgo, con el volumen de la recaudación tributaria y con el cumplimiento de los objetivos de déficit público acordados con la propia Comisión Europea²¹.

1.3. En tercer lugar, el presupuesto público total de las administraciones públicas ha crecido en España, como muestran los datos 2007-2013 de los Presupuestos Generales del Estado (en delante "PGE"), que se han recogido en los cuadros 1 y 2 del Anexo, junto con las gráficas que permiten visualizar el problema de la burbuja estatal:

a) La evolución del presupuesto público durante el periodo 2007-2013 se muestra en la gráfica 2 del Anexo y ha sido realizada con los datos de los cuadros 1 y 2. Se puede observar que el presupuesto de

²¹EuropeanCommission (Winter 2013). Esta previsión de la Comisión Europea estiman que España alcanzará un nivel de desempleados del 27% de la población activa, que la deuda pública llegará al 100% de PIB en 2014 y que, nuevamente, se incumplirán los objetivos de déficit comprometidos con la Comisión Europea y el déficit público se mantendrá por encima del 6% PIB hasta el año 2014 incluido. La previsión de la Comisión Europea muestra una caída del PIB del -1,4% en el año 2012 y otra adicional del -1,4% en el año 2013, alejadas de las previsiones de los PGE 2012 y, también, de los PGE 2013 que estiman una caída del 0,5% en 2012 y crecimiento de 0,8% en 2013. De hecho, los errores de previsión económica son graves. Lo mínimo que se pide a los presupuestos generales del estado es que sus previsiones sean realistas, para no incurrir en desviaciones presupuestarias en un momento tan sumamente delicado. Este hecho, se pone en evidencia con las cifras de la oficina de estadística de la Unión Europea, dado que **Eurostat confirma que el déficit público alcanzó el 9,4% del PIB en 2011 y el 10,6% del PIB en 2012** (si se añade el 3,2% del rescate bancario), lo que constituye la desviación presupuestaria más alta de toda la UE y muestra el incumpliendo por los sucesivos Gobiernos de España de los objetivos de control de las cuentas públicas. La Comisión Europea se ha visto forzada a validar con fecha 26/04/2013 un retraso de dos años en el cumplimiento del objetivo de déficit del 3% PIB, que deberá alcanzar España en 2016.

todas las administraciones públicas ha alcanzado los 564.113 millones € y que los PGE 2013 estiman en 1.062.000 millones € la producción de bienes y servicios generada por España, si bien el PIB será inferior por estar sumergido el país en una recesión económica.

Los 564.113 millones Euros en el año 2013, se obtienen sumando el presupuesto de gastos de la administración central (381.781 millones Euros), de las autonomías sin las transferencias del estado central (134.244 millones Euros) y de las entidades locales sin dichas transferencias estatales (48.089 millones Euros).

Se tiene en cuenta el capítulo IX de pasivos financieros porque forma parte del presupuesto público y, por dicho motivo, es imprescindible considerarlo a los efectos de dimensionar el volumen anual que significa el presupuesto público total de las administraciones públicas. Sin embargo, posteriormente, se determina el tamaño del Estado sólo considerando los capítulos I a VIII de políticas de gasto de los PGE que deben financiarse con los impuestos presentes de los contribuyentes y, por tanto, no se considera el capítulo IX de emisiones de nueva deuda pública que se financian con los impuestos futuros.

b) El gráfico 3 visualiza la evolución 2007-2013 del presupuesto público total como porcentaje del PIB que ha seguido creciendo por la carencia de un ajuste fiscal serio sobre el gasto autonómico y social, lo que ha llevado los presupuestos de las administraciones públicas hasta representar el 53,1% del PIB en el año 2013.

c) El gráfico 4 muestra la evolución 2007-2013 del presupuesto público total junto con los presupuestos estatal, autonómico y de entidades locales, en donde se comprueba como la reducción de gastos ha sido prácticamente inexistente en las administraciones periféricas.

El gráfico 5 permite analizar la evolución 2007-2013 de la distribución de las políticas de gasto de la Administración General del Estado (en adelante "AGE"). Se puede observar como aumentan las emisiones de Deuda del Estado, debido a que no se realizan reducciones suficientes que adapten el gasto público a la *realidad*, que es el descenso de los ingresos tributarios por una menor actividad; derivada de la crisis económica y financiera y como consecuencia del pinchazo de la burbuja financiera debida al crédito del BCE, y de la correspondiente burbuja productiva,

formada en torno a la construcción y a la inflación de los precios inmobiliarios.

El gráfico 6 señala la distribución del gasto dentro de la AGE en los PGE 2013, tanto en importes como en porcentajes. Hay que señalar el 46,8,4% de gasto “social”, el 16,3% de emisiones de deuda pública y el 26’1% que, mayoritariamente, se dedica a pago de intereses de deuda y a transferencias para cuadrar las cuentas de las administraciones periféricas. También hay que indicar que se trata de cifras del PGE 2013 no consolidado por lo que, si existen desviaciones presupuestarias, como ha ocurrido en los ejercicios 2010, 2011 y 2012, podrían aumentar los importes de gasto social, autonómico y endeudamiento.

Finalmente, el gráfico 7 permite analizar la evolución 2007-2013 de los presupuestos públicos totales de las Administraciones Públicas y del tamaño del Estado que es lo que vamos a emplear para clasificar la economía política.

Se observa como el conjunto de administraciones mueven en el año 2013 un presupuesto público total que significa el 53,1% del PIB de España. También se observa que el tamaño del Estado alcanza el 47,2% del PIB de España, como porcentaje que se obtiene al sumar los capítulos I a VIII de los presupuestos de las administraciones públicas y calcular su relación con el PIB de país.

2. Análisis del tamaño del Estado durante el periodo 2007-2013 en España

El autor del presente estudio propone que el régimen de economía política que se aplica en un país se analice y clasifique en función del tamaño del Estado respecto del PIB, mediante la tabla 1 de clasificación.

2.1. El tamaño del Estado es importante que sea conocido por los ciudadanos antes de acudir a votar las propuestas de los candidatos electorales, dado que es la variable macroeconómica que representa el nivel de gasto público sobre la economía del país y permite cuantificar tanto el grado de intervención pública sobre el mercado, como el nivel de colectivización de los medios de producción y el proceso de distribución *social* de la riqueza del país, además de permitir valorar el nivel general de *substracción* de recursos que impone la oligarquía o las elites extractivas.

Se trata de representar el régimen económico de los países en función del tamaño del Estado que tienen que sostener los ciudadanos con sus impuestos. Desde luego, no es una tarea sencilla determinar el porcentaje a partir del cual un régimen de economía política se denomina de una u otra forma. Así, por ejemplo, la tabla 1 parte de la premisa de considerar que, en las economías existe un mercado negro o una economía sumergida, que escapa del control público de los medios de producción y de los bienes que se producen, por altos que sean los niveles de prohibición de la propiedad privada, como sería el caso del *comunismo* en Corea del Norte o en Myanmar (Birmania).

Existen democracias europeas con niveles de tamaño de Estado superiores al 50% PIB, por lo que se ha ampliado el porcentaje que abarca el *socialismo de mercado*. Indicar que el *Estado mínimo* se definiría sólo por los servicios públicos básicos (SPB) y que el *Estado limitado* abarcaría también actuaciones de carácter general (ACG), como algunas funciones del Estado central que sumadas alcanzan sólo 9,7% PIB en la tabla 2. La *social-democracia* incluiría ciertas actuaciones de carácter económico (ACE) como infraestructuras, investigación fundamental, sanidad y educación. Por ello, reservamos el *socialismo de Mercado* para incluir el gasto *social* (GS) y *territorial* (GT), regional o autonómico, sin límites constitucionales en los presupuestos como muestra la tabla 3.

Tabla 1

Clasificación de la Economía Política de un país	
Porcentaje del Tamaño del Estado (capítulos I a VIII en los PGE) respecto del PIB del país	Régimen Económico de un país en función del Tamaño del Estado (x)
0% PIB	Anarquismo
≤ 5% PIB	Liberalismo de Estado mínimo
5 % PIB < x ≤ 15 % PIB	Liberalismo de Estado limitado
15 % PIB < x ≤ 30% PIB	Social-democracia
30 % PIB < x ≤ 60% PIB	Socialismo de Mercado
60 % PIB < x ≤ 100% PIB	Socialismo Real (o Comunismo)

De acuerdo con la tabla de clasificación propuesta, el régimen de economía política de España puede ser clasificado como Socialismo de Mercado, dado que el tamaño del Estado representa el 47,2 % del PIB en el año 2013, como se observa en la gráfica 7.

2.2. Se resumen en la tabla 2 las funciones del Estado central respecto de los PGE y del PIB del país, porque resulta sintomático del régimen de economía política existente que el *gastosocial* (GS) represente hasta un 46,8% del gasto de la administración central, y que los *intereses y emisiones de deuda* (IED) supongan hasta un 26,4%:

Tabla 2

FUNCIONES DEL ESTADO POR POLÍTICAS DE GASTO EN LOS PGE 2013 DE ESPAÑA	Importe en Millones €	Porcentaje en los PGE	Porcentaje del PIB
Servicios Públicos Básicos (SPB): justicia, defensa, seguridad ciudadana, política exterior	16.725	4,4%	1,6%
Actuaciones de Carácter General (ACG): administración financiera y tributaria, servicios de carácter general, transferencias a otras administraciones públicas	61.197	16,0%	5,8%
Actuaciones de Carácter Económico (ACE): infraestructuras, investigación, regulación de mercados (agricultura, pesca y alimentación, comercio, turismo y PYME, transportes,...) pero sin intereses de deuda (38.590 Millones €)	24.117	6,3%	2,3%
Gasto Social (GS): pensiones, desempleo, sanidad, educación, acceso a vivienda y fomento de edificación, cultura,...	178.771	46,8%	16,8%
Deuda Pública: intereses de la deuda existente + emisiones de nueva deuda del Estado (38.590 Millones €)	100.910	26,4%	9,5%
TOTAL PRESUPUESTO PÚBLICO DE LA AGE	381.720	100,0%	35,9%

Es mínimo el porcentaje que representan los Servicios Públicos Esenciales (SPE), que abarcan las relaciones internacionales (diplomacia) y garantizan la *triple seguridad*: exterior (ejércitos), interior (fuerzas de seguridad policial e instituciones penitenciarias) y jurídica (jueces y tribunales). En teoría, los servicios públicos esenciales son la razón de existir del Estado-nación moderno y desarrollan el núcleo central de servicios que dotan de seguridad a los ciudadanos y posibilitan la existencia de un Estado de Derecho.

En el cuadro 1 y en la gráfica 6, se puede observar que los SPE representan tan sólo el 4,4% de gasto de la administración central, el 3% del gasto público total o, si se prefiere, el 1,6% del PIB de España en el 2013. Con estos porcentajes, podría parecer que las prioridades de los políticos van encaminadas hacia el *gasto social*, el *gasto territorial (autonomías)* y la *intervención en los sectores económicos*, muchísimo más que a proveer servicios públicos esenciales de calidad.

2.3. La tabla 3 muestra el elevado porcentaje que supone la *organización territorial de España* y que, también, explica el régimen de economía política existente, dado que se dedica un 14,5% del PIB a los estados autonómicos que, últimamente, intentan funcionar como mini-Estados. Al 12,6% de la tabla 3, hay que añadir el 1,86% por las transferencias de AGE, que se dedica al “*desarrollo*” de competencias autonómicas:

Tabla 3

PRESUPUESTO PÚBLICO EN EL AÑO 2013 POR ADMINISTRACIONES DE ESPAÑA	Importe en Millones €	Porcentaje del PIB
1. Administración General del Estado (AGE)	381.720	35,9%
2. Comunidades Autónomas (CC.AA.) sin las transferencias directas de la AGE de 19.772 Millones €	134.244	12,6%
3. Entidades Locales (EE.LL.) sin las transferencias directas de la AGE de 15.543 Millones €	48.089	4,5%
TOTAL PRESUPUESTO PÚBLICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE ESPAÑA	564.053	53,1%

En definitiva, teóricamente, los servicios públicos básicos deberían ser mantenidos para dotar al país de un Estado de Derecho, digno de tal nombre. Por tanto, se necesitaría reducir el volumen de gasto “social” y “autonómico”. Sin embargo, es preciso analizar brevemente las razones que obstaculizan semejante *racionalización del tamaño estatal*.

IV. OLIGARQUÍA Y TAMAÑO DEL ESTADO

La ley de hierro de la oligarquía²² señala que, con independencia de las circunstancias, los regímenes son materialmente oligárquicos aunque no lo sean formalmente las formas de gobierno²³ y, por tanto, las familias y organizaciones que acceden a la oligarquía forman un grupo más o menos reducido de la sociedad política.

La oligarquía puede estudiarse bajo la teoría de las élites extractivas de los profesores Daron Acemoglu y James Robinson²⁴, que sugiere que está formada por el grupo, más o menos amplio, de personas con altos cargos en el Gobierno y en el Parlamento y por los lobbies de medradores de prebendas –sindicatos, patronales, fundaciones, asociaciones, partidos políticos– dedicados a promover instituciones “extractivas” que aumentan los presupuestos públicos y, por tanto, substraen más recursos del resto de la población.

En dicho caso, la oligarquía podría constituir el principal obstáculo para disminuir sustancialmente el tamaño de las administraciones públicas hasta, como mínimo, lograr administrar los presupuestos públicos sólo con los recursos tributarios de la actividad económica y la producción anual de bienes y servicios del país (PIB).

El socialismo emerge como consecuencia de la búsqueda de privilegios por parte de un grupo organizado bien con fórmulas políticas antiguas –comunismo, fascismo, nacional-socialismo– bien con formas más recientes de intervencionismo político²⁵ –socialdemocracia, nacional-

22 Michels, R. (1962).

23 Negro, D. (2013).

24 Acemoglu, D. & Robinson, J. (2013).

25 Mises, L. (2009), pp. 313-314.

separatismo, indigenismo—, de modo que una vez logra instalarse en el gobierno, aplica políticas intervencionistas y usa eslóganes, como excusas neurolingüísticas, para sustentar el grado de coerción sobre los ciudadanos como: el “interés general”, el “bienestar social”, la “utilidad pública”, el “progreso social”, la “lucha contra la pobreza”, el “hacer país” o la “planificación”.

El error teórico del socialismo es recurrente y sigue constriñendo las posibilidades de desarrollo de España y Europa, porque el constante incremento de las atribuciones gubernamentales y el continuo aumento del tamaño del Estado continúan presentes en la mente de la mayoría de los intelectuales y dirigentes de las democracias parlamentarias.

V. CONCLUSIONES

El tamaño del Estado en un régimen político es consecuencia de un modelo de preferencia “social” de la clase dirigente, que en las democracias es ofertado a los ciudadanos por medio de los procesos electorales y es elegido periódicamente. El proceso de socialización o colectivización de una sociedad se produce inexorablemente por el *modus operandi* de la oligarquía, siempre que no emerja otra élite académica y política más cualificada que logre el poder, advirtiendo y convenciendo a la población de las consecuencias para el crecimiento que tienen las políticas intervencionistas (socialistas) y, como consecuencia de ellas, la hipertrofia en el tamaño del Estado.

La primera conclusión que ofrece el estudio es que España se caracteriza por una economía de Socialismo de Mercado. Se ha comprobado al analizar los PGE del periodo 2007 a 2013 y se observa un tamaño del Estado situado en el 47,2 % del PIB en el año 2013. La segunda conclusión del trabajo es que, para salir de la crisis y lograr crecimiento económico, se requieren reformas estructurales para desinflar la burbuja estatal y, como mínimo, reducir un 15% del PIB el tamaño de las administraciones públicas, durante los próximos años, para poder competir con las eco-

nomías de los países emergentes. Consecuentemente, la tercera conclusión indica que es imprescindible un plan de austeridad serio que disminuya el tamaño del Estado en España, con especial énfasis en mantener y fortalecer los servicios públicos básicos que están en mínimos (1,6 % PIB) y, por tanto, limitar tanto el gasto "social" (16,8% PIB) como el gasto autonómico (14,6% PIB).

En resumen, el aumento del tamaño del Estado desde el año 1975, cuando suponía menos del 25% del PIB en España, hasta quedar situado por encima del 47,2% del PIB en el año 2013, no invita al optimismo respecto de la realización de reformas por parte de las élites extractivas que medran recursos privados de la población y que impiden que prevalezca la acción humana o, si se prefiere, la función empresarial ejercida por millones de personas interactuando en un mercado libre de intervención estatal.

Dado que la esperanza es lo último que se pierde, confiemos pues en la certeza de la imposibilidad de cálculo económico en el socialismo, en el lento proceso de evolución sociocultural y en los efectos de la acción humana ejercida a largo plazo.

ANEXO

CUADROS COMPARATIVOS DE LOS PRESUPUESTOS PÚBLICOS EN LOS AÑOS 2007 A 2013:

Cuadro 1. RESUMEN POR POLÍTICAS DE GASTO DE LOS PGE	Años 2007 a 2013.						
	Importes en millones de Euros						
	Año 2007	Año 2008	Año 2009	Año 2010	Año 2011	Año 2012	Año 2013 [previsión]
SERVICIOS PÚBLICOS BÁSICOS	19.574	22.044	21.814	21.594	19.731	17.917	16.725
Justicia	1.451	1.564	1.658	1.819	1.713	1.613	1.543
Defensa	7.696	8.148	7.832	7.357	6.868	6.269	5.788
Seguridad Ciudadana e Instituciones Penitenciarias	8.138	8.872	8.647	8.873	8.402	8.355	7.903
Política Exterior	2.288	3.460	3.676	3.545	2.748	1.681	1.492
GASTO SOCIAL (1+2)	147.381	158.836	174.107	180.848	183.231	175.393	178.771
1.- Actuaciones de Protección y Promoción social	139.547	150.399	165.271	171.984	175.085	168.249	172.253
Pensiones	91.458	98.012	106.099	108.283	112.216	115.826	121.557
Otras prestaciones económicas	12.797	14.085	14.873	14.403	13.576	12.013	11.880
Servicios Sociales y Promoción Social	1.833	2.288	2.472	2.721	2.516	2.119	2.848
Fomento del empleo	7.287	7.654	7.584	7.750	7.323	5.765	3.772
Desempleo	14.471	15.777	19.616	30.975	30.474	28.805	26.994
Acceso a la vivienda y Fomento de la Edificación	1.248	1.369	1.607	1.491	1.210	620	766
Gestión y Administración de la Seguridad Social	10.453	11.214	12.920	6.362	7.771	2.901	4.436
2.- Prod. de bienes públicos de carácter preferente	7.814	8.438	8.836	8.864	8.146	7.144	6.519
Sanidad	4.200	4.431	4.822	4.633	4.254	3.976	3.852
Educación	2.485	2.831	2.988	3.089	2.841	2.271	1.945
Cultura	1.128	1.175	1.226	1.142	1.051	898	722
ACTUACIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO	36.511	39.353	36.881	39.189	32.217	26.995	24.177
Agricultura, Pesca y Alimentación	8.536	8.999	8.835	8.955	8.578	8.455	7.662
Industria y Energía	2.117	2.313	2.856	3.109	2.793	1.897	1.654
Comercio, Turismo y PYME	1.169	1.118	1.626	1.487	1.431	1.090	890
Subvenciones al transporte	1.865	1.810	1.913	1.590	1.620	1.167	1.178
Infraestructuras	14.237	15.084	13.168	14.070	8.493	6.901	5.967
Investigación, Desarrollo e innovación civil	8.541	7.679	8.192	7.946	7.518	5.563	5.563
Investigación, Desarrollo e innovación militar	1.582	1.800	1.459	1.183	976	758	363
Otras actuaciones de Carácter Económico	844	691	632	849	809	710	901
ACTUACIONES DE CARÁCTER GENERAL	87.745	94.288	95.095	109.027	80.484	91.471	99.787
Alta Dirección	715	767	764	815	676	633	596
Servicios de Carácter General	8.553	9.437	9.241	9.784	8.195	6.546	6.815
Administración Financiera y Tributaria	1.558	1.627	1.597	1.500	1.410	5.758	5.502
Transferencias a otras Administraciones Públicas	60.993	65.848	66.383	73.727	42.811	48.686	48.286
Deuda Pública (intereses)	15.925	16.809	17.100	23.200	27.400	28.648	38.590
CAPÍTULO I A VIII	291.191	314.522	329.896	350.657	315.693	311.777	319.461
CAPÍTULO IX. Pasivos financieros (nuevas emisiones de deuda pública)	0	34.893	34.307	35.704	46.797	50.051	62.320
PRESUPUESTO ADMINISTRACIÓN CENTRAL EN ESPAÑA (consolidado)	291.191	349.415	364.203	386.361	362.480	361.827	381.781
SUMA de nuevas EMISIONES DE DEUDA PÚBLICA + INTERESES de la deuda pública existente	15.925	51.502	51.407	58.904	74.197	78.899	100.910

CALCULOS CON LOS DATOS DE LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS Y LOCALES	Años 2007 a 2012.						
	Importes en millones de Euros						
	Año 2007	Año 2008	Año 2009	Año 2010	Año 2011	Año 2012	Año 2013 [previsión]
Transferencias a las CC.AA.	38.978	42.651	43.290	47.850	19.608	22.479	19.772
Transferencias a las Entidades Locales	14.152	15.118	15.146	17.541	13.541	14.683	15.543
PRESUPUESTO ADMINISTRACIÓN CENTRAL sin transferencias a CC.AA. y Entes Locales	238.081	291.649	305.767	321.170	329.113	324.666	348.467
Presupuesto anual de las ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS	173.018	187.059	200.960	185.473	174.520	164.993	154.015
Presupuesto anual de las ADMINISTRACIONES LOCALES	73.096	60.337	79.078	74.394	62.480	66.130	63.632
PRESUPUESTO DE LAS AUTONOMÍAS (sin transferencias del Estado central)	134.040	144.408	157.670	147.823	154.714	142.516	134.244
PRESUPUESTO DE LAS ENTIDADES LOCALES (sin transferencias del Estado central)	59.944	65.221	83.930	56.853	48.999	51.447	49.089

Cuadro 2. PORCENTAJES POR POLÍTICAS DE GASTO	Años 2007 a 2013.						
	Importes en millones de Euros						
	Año 2007	Año 2008	Año 2009	Año 2010	Año 2011	Año 2012	Año 2013 [previsión]
PIB DE ESPAÑA (millones €)	1.053.181	1.087.788	1.049.063	1.049.883	1.063.355	1.051.204	1.062.900
% Servicios Públicos Básicos	1,9%	2,0%	2,1%	2,1%	1,9%	1,7%	1,6%
% Gasto Social	14,0%	14,8%	16,6%	17,2%	17,2%	16,7%	16,8%
% Actuaciones Carácter Económico	3,5%	3,8%	3,7%	3,7%	3,0%	2,6%	2,3%
% Actuaciones Carácter General	8,3%	8,7%	9,1%	10,4%	7,6%	8,7%	9,4%
% CAPÍTULO I A VIII	27,8%	29,3%	31,5%	33,4%	29,7%	29,7%	30,1%
% CAPÍTULO IX. Pasivos financieros	0,0%	3,2%	3,3%	3,4%	4,4%	4,8%	5,9%
% TOTAL PRESUPUESTO ESTADO CENTRAL incluyendo las emisiones de deuda pública	27,8%	32,1%	34,8%	36,8%	34,1%	34,4%	35,9%
% TOTAL PRESUPUESTO AUTONOMÍAS	12,7%	13,3%	15,0%	14,1%	14,5%	13,6%	12,8%
% TOTAL PRESUPUESTO ENTIDADES LOCALES	5,6%	6,0%	6,1%	5,4%	4,6%	4,9%	4,5%
PRESUPUESTO TOTAL DE LAS A.A.PP. DE ESPAÑA (millones €) incluyendo emisiones de deuda pública	484.175	559.044	595.803	591.037	566.113	555.789	564.113
EMISIONES DE DEUDA PÚBLICA DE LA AGE	0	34.893	34.307	35.704	46.797	50.051	62.320
% PRESUPUESTO PÚBLICO TOTAL DE ESPAÑA incluyendo las emisiones de deuda pública:	46,0%	61,4%	66,9%	66,3%	63,2%	62,9%	63,1%
% TAMAÑO DEL ESTADO (Gasto Público de AGE, Autonomías y Entidades Locales) (Cap. I a VIII)	46,0%	48,2%	62,6%	62,9%	48,8%	48,1%	47,2%
% EMISIONES DE DEUDA (Financiación del Gasto Público no cubierto con los Impuestos) (Cap. IX)	0,0%	3,2%	3,3%	3,4%	4,4%	4,8%	6,9%

Fuente: PIB 2007-2013 según INE. Elaboración propia a partir de los datos de PGE 2007 a 2013 que publica el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

CRISIS ECONÓMICA Y TAMAÑO DEL ESTADO: IDENTIFICACIÓN DEL SOCIALISMO DE MERCADO EN LOS PGE 2007-2013 DE ESPAÑA

Gráfico 2. Evolución 2007-2013 del PIB de España y del Presupuesto Total de las Administraciones Públicas.

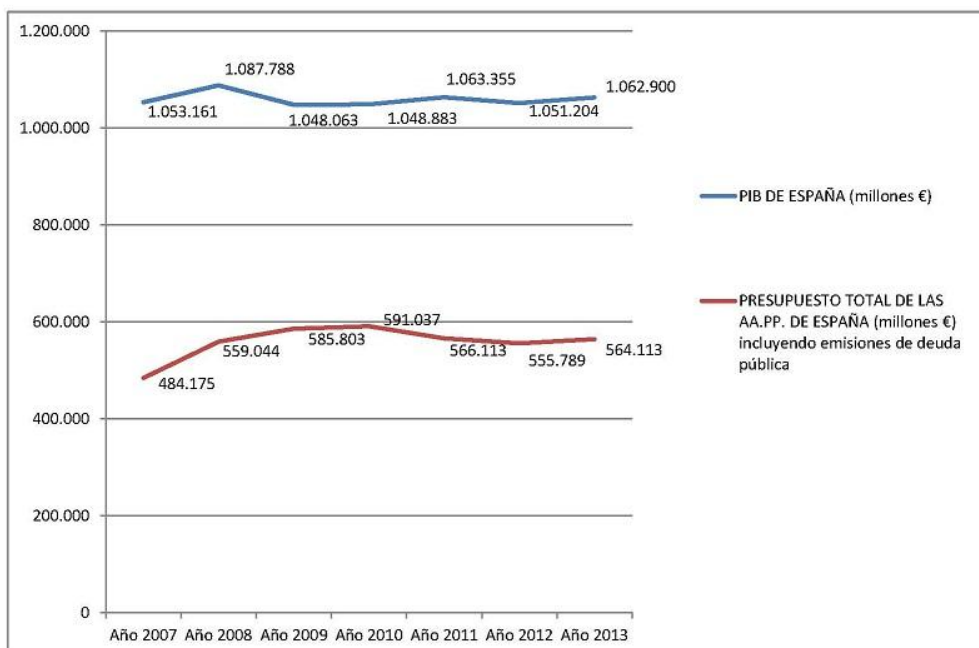


Gráfico 3. Evolución 2007-2013 del Presupuesto de las Administraciones Públicas de España en porcentaje.

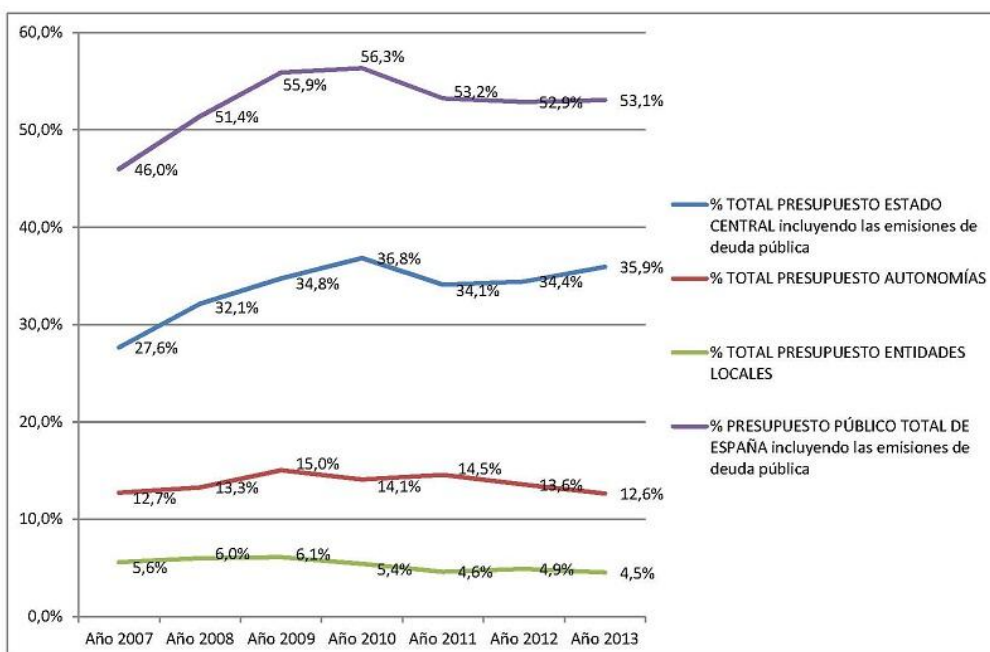


Gráfico 4. Evolución 2007-2013 del Presupuesto de las Administraciones Públicas de España en millones de Euros.

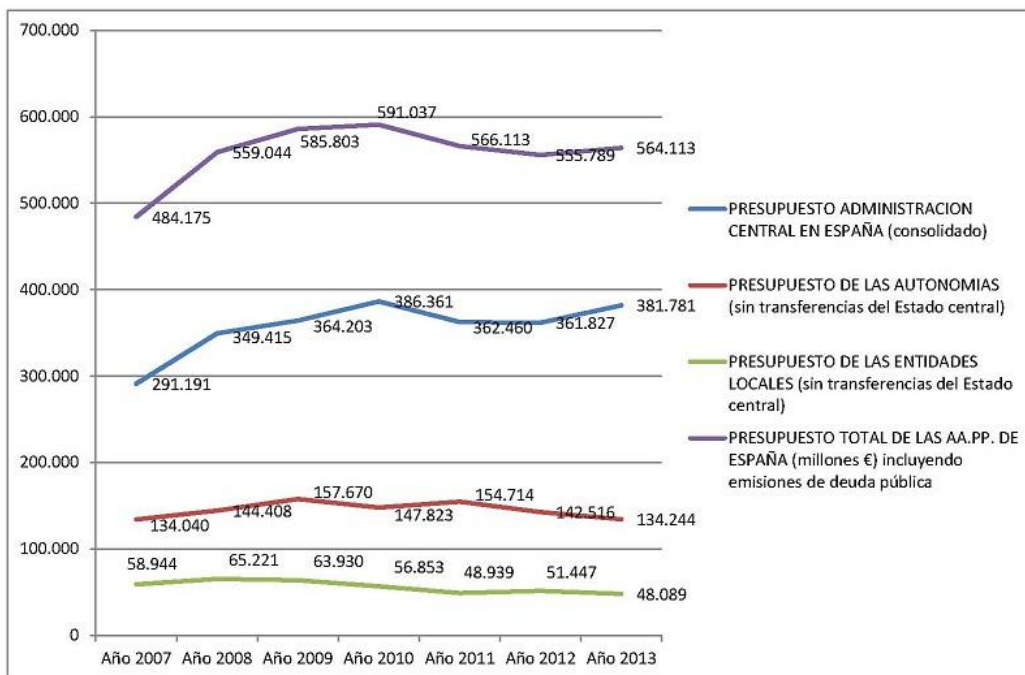
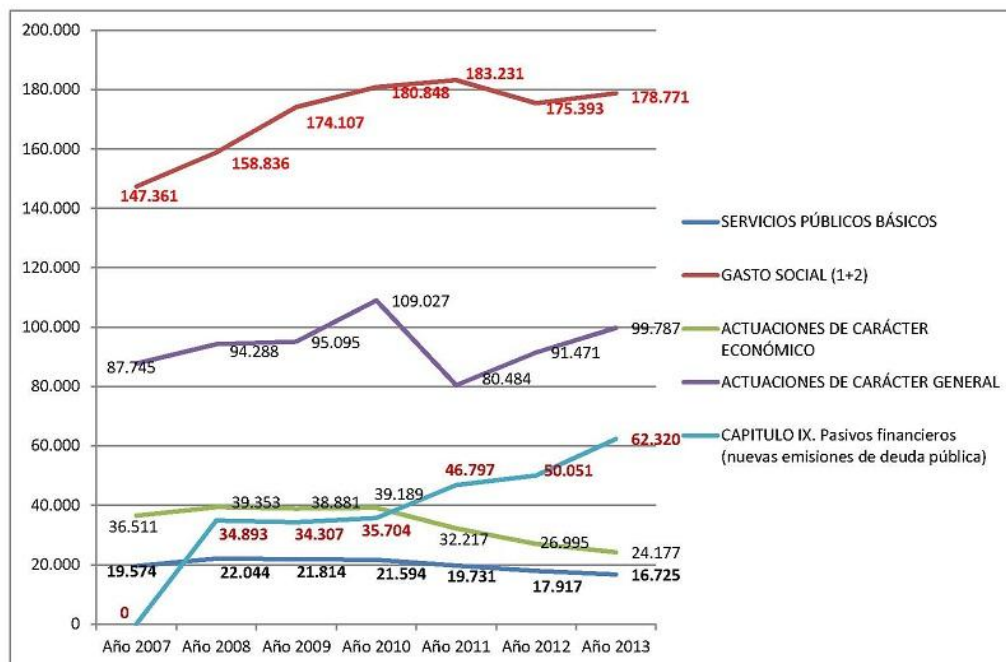


Gráfico 5. Distribución 2007-2013 del Presupuesto de la Administración General del Estado en millones Euros.



CRISIS ECONÓMICA Y TAMAÑO DEL ESTADO: IDENTIFICACIÓN DEL SOCIALISMO DE MERCADO EN LOS PGE 2007-2013 DE ESPAÑA

Gráfico 6. Distribución del Presupuesto de A.G.E. de España durante el año 2013 en porcentajes sobre los datos de los cuadros 1 y 2.

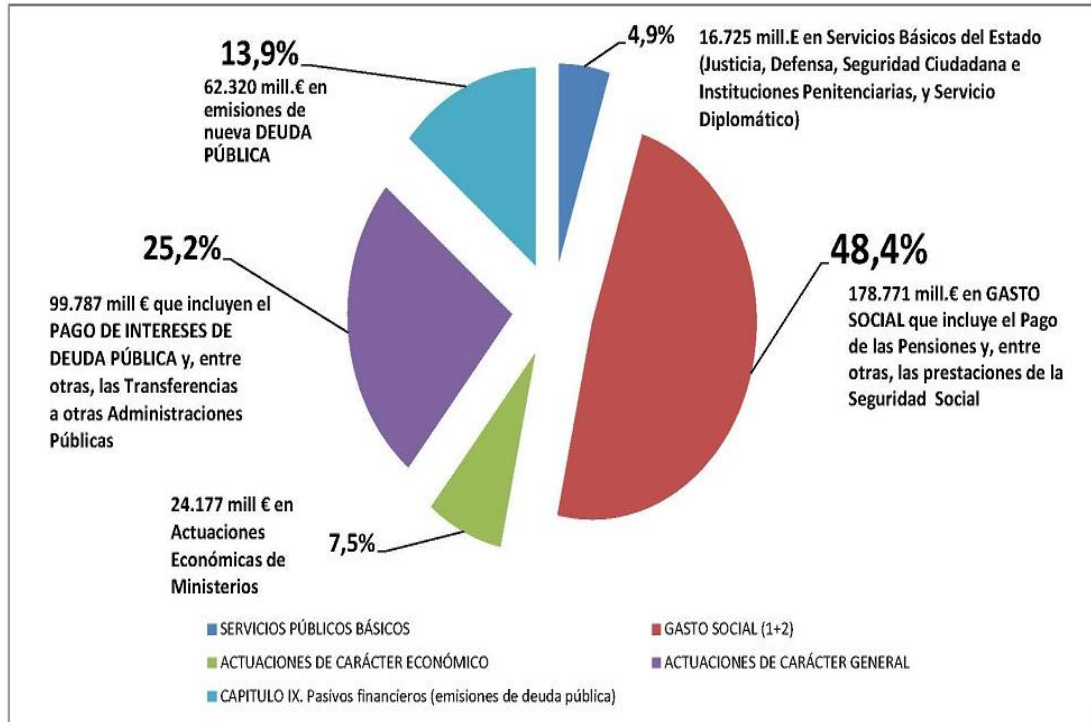
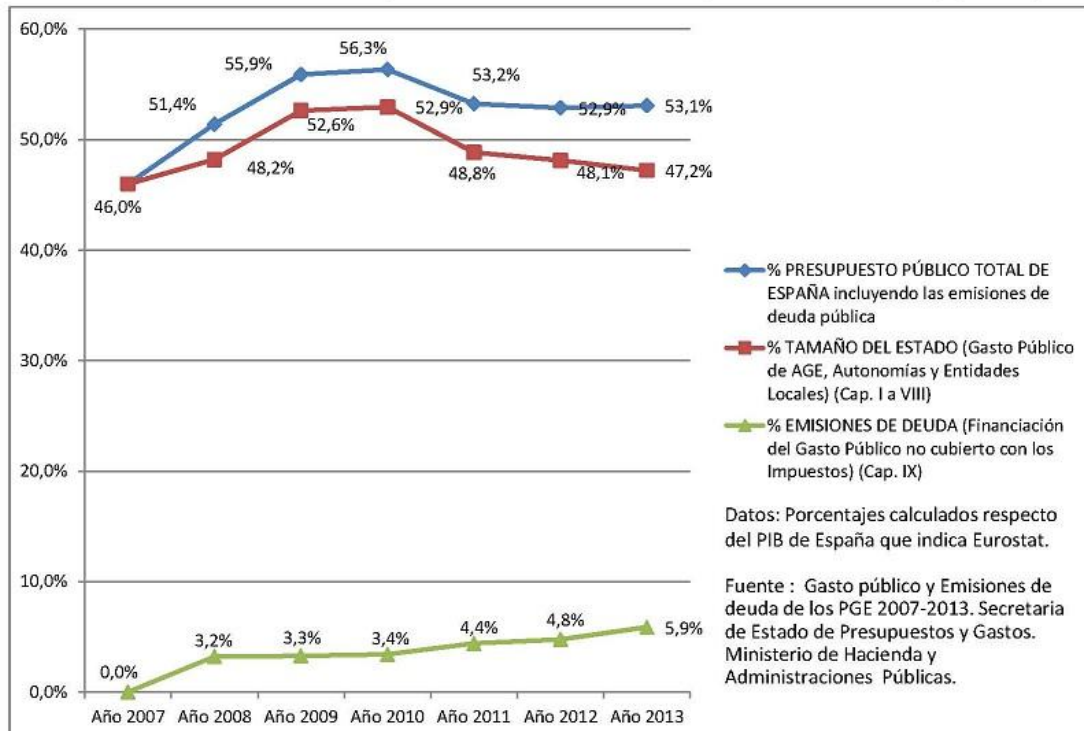


Gráfico 7. Evolución 2007-2013 del Presupuesto Público Total de las AA.PP. y del Tamaño del Estado (Cap. I a VIII)



BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, D. And ROBINSON, J. (2012): *Why Nations Fail? The origin of Power, Prosperity and Poverty*, Crown Publishers, New York.
- ALESINA, A. (2010): «Fiscal Adjustments: Lessons from Recent History», Estudio reunión ECOFIN, Madrid, 15 de abril de 2010.
- ALESINA, A. and ARDAGNA, S. (2009): «Large Changes in Fiscal Policy: Taxes versus Spending», *Tax Policy and the Economy*, Editor, R. Brown, vol. 24, NBER Macroeconomics Annual, MIT Press.
- (2012): «The design of fiscal adjustments», *National Bureau of Economic Research*, September.
- BUITER, W., CORSETTI, G. And ROUBINI, N. (1993): «Excessive Deficits: Sense and Nonsense in the Treaty of Maastricht», *Economic Policy*, nº 16, pp. 57-100.
- BLANCHARD, O. and PEROTTI, R. (2002): «An Empirical Characterization of the Dynamic Effects of Changes in Government Spending and Taxes on Output», *The Quarterly Journal of Economics*, 117, 1329-1368.
- BÖHM-BAWERK, E. von (1930) [1889]: *The Positive Theory of Capital*, Edition 1930 by G.E. Stechert, New York.
- BUCHANAN, J.M. (1968): *Hacienda pública*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid.
- COUR, P., DUBOIS, E., MAHFOUZ, S. and PISANY-FERRY, J. (1996): «The cost of fiscal retrenchment revisited: how strong is the evidence?», *CEPII*, Working Paper 96-16.
- DUVAL, R. (2008): «Is there a role for macroeconomic policy in fostering structural reforms? Panel evidence from OECD countries over the past two decades», *European Journal of Political Economy* No. 24, pp. 491-502.
- EICHENGREEN, B. and WYPLOSZ, C. (1998): «The Stability Pact: More Than a Minor Nuisance?», *Economic Policy*, nº 28, pp. 65-111.
- EHEBERG, K.T. von (1944): *Principios de Hacienda Pública*, Gustavo Gili, Barcelona.
- EUROPEAN CENTRAL BANK (2010): «The benefits of fiscal consolidation in uncharted water», Paper no. 121, November 2011, Brussels.
- EUROPEAN COMMISSION (2013): «European Economic Forecast Winter 2013», *European Economy* Nº 1, European Union, Brussels.

FERNÁNDEZ, A. (2013): «Presupuestos 2007-2012 y reducción del gasto público para el crecimiento económico de España», *Procesos de Mercado*, Vol. X, N° 1. Madrid.

GIAVAZZI, F., JAPPELLI, T. and PAGANO, M. (2000): «Searching for non-linear effects of fiscal policy: evidence for industrial and developing countries», *European Economic Review*, 44, 1269-1289.

GIAVAZZI, F. and PAGANO, M. (1990): «Can Severe Fiscal Contractions Be Expansionary? Tales of Two Small European Countries», *NBER Macroeconomics Annual*, pp. 95-122, MIT Press.

— (1996): «Non-Keynesian Effects of Fiscal Policy Changes: International Evidence and the Swedish Experience», *Swedish Economic Policy Review*, 3, pp. 67-103.

GIL-RUIZ, C. y IGLESIAS, J. (2007): «El gasto público en España en un contexto descentralizado», *Presupuesto y Gasto Público* 47/2007, Secretaria General de Presupuestos y Gastos, Ministerio de Economía y Hacienda, pp. 185-206.

GIUDICE, G., TURRINI, A. and INTVELD, J. (2007): «Non-Keynesian Fiscal Adjustments? A Close Look at Expansionary Fiscal Consolidations in the EU», *Open Economies Review*, 18: 613-630.

GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M. (1998): «Presupuestos Generales del Estado para 1999: En el umbral de la era del euro», *Cuadernos de Información Económica*, n° 140-141, pp.1-22.

HAYEK, F.A. (1936) [1933]: *La Teoría Monetaria y el Ciclo Económico*, Espasa-Calpe, Madrid.

— (1997) [1988]: *La Fatal Arrogancia. Los errores del socialismo*, Unión Editorial, Madrid.

HUERTA DE SOTO, J. (2010) [1992]: *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*, 4ª edición, Unión Editorial, Madrid.

— (2011): *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*. Unión Editorial, Madrid.

— (2012): «La esencia de la Escuela Austriaca y su Concepto de Eficiencia Dinámica», *Nuevas Corrientes de Pensamiento Económico*, marzo-abril, N° 865, *Revista ICE*, Ministerio de Economía y Competitividad, Madrid.

IGLESIAS, J. (2013): «Los Presupuestos Generales del Estado para 2013 y la Política Presupuestaria Actual», *Boletín Económico de ICE* N° 3036, del 1

al 26 de Febrero de 2013, Ministerio de Economía y Competitividad, Madrid.

LABORDA, A. y FERNÁNDEZ, M.J. (2011): «El difícil camino de la consolidación fiscal», *Cuadernos de Información Económica*, Número 225, Noviembre-Diciembre.

NEGRO, D. (2013): «Ley de Hierro de la Oligarquía», Pleno del 15 de Enero de 2013, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid.

MENGER, C. (1997) [1871]: *Principios de Economía Política*, Unión Editorial, Madrid.

MICHELS, R. (1962) [1910]: *Political Parties. A Sociological Study of the Oligarchic Tendencies of Modern Democracy*, Library of Congress, Transaction Publishers, New Jersey.

MILLER, S. and RUSSEK, F. (2003): «The Relationship between large fiscal adjustments and short-term output growth under alternative fiscal policy regimes», *Contemporary Economic Policy*, 21, 41-58.

MISES, L. von (2007 [1949]): *La Acción Humana: Tratado de Economía*. Unión Editorial, Madrid.

NORTH, D.C. (1992): «Institutions, ideology, and performance», *Cato Journal*, Vol. 11, No. 3, Winter 1992.

PEROTTI, R. (1999): «Fiscal Policy in Good Times and Bad», *The Quarterly Journal of Economics*, 114, 1399-1436.

RALLO, J.R. (2012): *Una Alternativa Liberal para salir de la Crisis. Más mercado y menos Estado*, Ediciones Deusto, Bilbao.

ROMER, C. and ROMER, D. (2010): «The Macroeconomic Effects of Tax Changes: Estimates Based on a New Measure of Fiscal Shocks», *American Economic Review*, 100, 763-801.

VAN AARLE, B. and GARRETSEN, H. (2003): «Keynesian, non-Keynesian, or no effects of Fiscal Policy changes? The EMU case», *Journal of Macroeconomics*, 25, 213-240.

VELARDE, J. (2012): «2012: ¿Un Nuevo Panorama para la Economía Española?», *Cuadernos de Pensamiento Político*, abril/junio, 221-231.

PEROTTI, R. (1996): «Fiscal Consolidation in Europe: Composition Matters», *American Economic Review*, Vol. 86(2), pp. 105-110.

PEROTTI, R., STRAUCH, R. and VON HAGEN, J. (1997): «Sustainability of Public Finances», *Discussion Papers*, nº 1781, CEPR.

ROTTE, R. and ZIMMERMANN, K.F. (1998): «Fiscal restraint and the political economy of emu», *Public Choice*, Vol.94, pp.385-406.

RUEDA, N. (1998): «La consolidación fiscal: un proceso avanzado, pero inacabado», *Cuadernos de Información Económica*, nº 140-141, pp.239-244.

*Panel de Liberalismo, Sociología y Política,
dirigido por Albert Esplugas*

LA EPISTEMOLOGÍA AUSTRIACA Y LA CORRIENTE FENOMENOLÓGICA DE LA SOCIOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO

ALEJANDRO ROMERO RECHE

Resumen: La sociología del conocimiento europea clásica giraba en torno a la teoría de la ideología, el problema epistemológico del relativismo y la validez del saber socialmente condicionado, a menudo demarcando áreas ajenas a dicho condicionamiento y señalando posiciones privilegiadas en la estructura social desde las cuales sería posible el conocimiento objetivo, de todo lo cual se despejaban evidentes consecuencias políticas. Alfred Schutz rompe con dicha tradición: inspirándose en Husserl, establece los parámetros de una sociología fenomenológica y marca otro programa de investigación para la sociología del saber, que debe ocuparse fundamentalmente de estudiar la distribución social del conocimiento. El presente trabajo relaciona la sociología del conocimiento de Schutz con la teoría del conocimiento de la Escuela Austríaca. Ambas comparten: 1) el individualismo metodológico, 2) el rechazo del relativismo de la tradición clásica de la sociología del conocimiento, que reformula la epistemología para tomar en consideración el condicionamiento sociohistórico de las ideas, y 3) una concepción del conocimiento como fragmentario, incompleto y disperso en la sociedad. Del mismo modo que ocurría con la tradición clásica, de las premisas de la corriente fenomenológica se desprenden consecuencias políticas que interesa considerar en relación con los procedimientos de imputación ideológica propios del conflicto político.

Palabras clave: Epistemología, sociología del conocimiento, relativismo, fenomenología, *verstehen*

“Existe, es verdad, una supuesta sociología del conocimiento. Sin embargo, con muy pocas excepciones, la disciplina a la cual se denomina así erróneamente, ha abordado el problema de la distribución social del conocimiento simplemente desde el punto de vista según el cual el fundamento ideológico de la verdad reside en su dependencia respecto de condiciones sociales y, sobre todo, económicas (...). No han sido los sociólogos, sino los economistas y los filósofos, quienes han estudiado algunos de los múltiples aspectos teóricos del problema”.

ALFRED SCHUTZ

El ciudadano bien informado.

Ensayo sobre la distribución social del conocimiento

Cuando se menciona el seminario vienés de Mises, Alfred Schutz suele aparecer puntualmente en la nómina de asistentes más o menos asiduos, aunque de acuerdo con la biografía canónica del sociólogo (Wagner, 1983), su relación con la Escuela Austríaca habría sido relativamente superficial y hasta anecdótica, tanto en lo puramente científico como en lo personal y en lo ideológico, y en cualquier caso no habría supuesto influencia significativa en su pensamiento. *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt* (“La construcción significativa del mundo social”, 1932), la primera gran obra teórica de Schutz (y el único libro que publicó en el lapso prematuramente truncado de su vida), donde reformula la sociología comprensiva weberiana a través de la fenomenología de Husserl, supondría, en caso de tener vinculación alguna con las discusiones en el círculo de Mises, un rechazo implícito de la epistemología que éste defendía.

No obstante, trabajos posteriores (por ejemplo, Prendergast, 1986, Knudsen, 2004, o particularmente Kurrild-Klitgaard, 2001, 2003) han avanzado una lectura opuesta de dicha relación. Así, se afirma que:

- 1) Schutz fue uno de los asistentes más regulares a las sesiones del seminario de Mises en Viena, un foro intelectual de gran importancia para un pensador que carecía de vinculación institucional con la Universidad, siquiera en tanto Privatdozent, como era el caso del propio Mises.

- 2) *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt* es una propuesta teórica dirigida específicamente a los miembros del círculo de Mises y se inscribe, por tanto, dentro del debate metodológico en que éste se encontraba inmerso. Hay por tanto, como mínimo, una relación de la teoría de Schutz con la Escuela Austríaca siquiera en términos del contexto intelectual en el que se despliega y con el que establece un diálogo.
- 3) Aunque la revisión de Weber pasado por el tamiz de Husserl que propone se aparta en algunos aspectos relevantes de la epistemología de Mises, su objetivo no es rebatirla sino, de hecho, corregir los puntos que le parecen débiles para sostenerla sobre una base más firme. En otras palabras, que aunque se aparte de la ortodoxia misiana, comparte su programa. *Der sinnhafte Aufbau*, por tanto, podría considerarse una obra relativamente periférica con respecto al *mainstream* de la Escuela Austríaca de su tiempo, pero en absoluto externa a ella. Es más, Kurrild-Klitgaard (2003) afirma que muy probablemente fuera Mises quien animara a Schutz a una lectura en profundidad de Weber.
- 4) En el plano personal, la amistad entre Schutz y Mises fue tan estrecha como lo permitió la característica reserva de éste, y se mantuvo en el exilio americano (fueron los Schutz quienes recibieron a Mises a su llegada al nuevo continente) hasta la muerte del sociólogo.
- 5) En cuanto a la ideología política, la principal discrepancia de Schutz respecto de Mises parece cifrarse en cuestiones pragmáticas; a juzgar por sus alusiones al respecto, Schutz consideraba a Mises demasiado inflexible en sus principios liberales, que él compartía en la medida en que le parecían practicables. Está documentada, además, su admiración por el *Camino de servidumbre* de Hayek.

Si esta visión es acertada, y así parece confirmarlo la evidencia documental en que se apoyan los últimos análisis, la sociología fenomenológica de Schutz presentaría un estrecho parentesco con la concepción de las ciencias de la acción humana de Mises y su proyecto de construir una estructura metodológica para las mismas.

Otro aspecto de la obra de Schutz al que se ha prestado una atención relativamente escasa hasta la fecha es su contribución a la sociología del

conocimiento, lo cual se justifica porque, de hecho, consiste en poco más que la propuesta de un programa para la especialidad, que para mayor inconveniente se aparta de la línea hegemónica en la disciplina, y un breve ensayo (“El ciudadano bien informado”) en el que comienza a ponerlo en práctica. Los tratados de sociología del conocimiento (véase, por ejemplo, González García, 1979) suelen prestarle más atención en tanto inspirador de *La construcción social de la realidad* de Berger y Luckmann (un texto que, por otra parte, desborda la propuesta programática de Schutz) que por su aportación sustantiva a la materia.

Y sin embargo, aun en su brevedad, la sociología del conocimiento de Schutz no solo ofrece herramientas teóricas de utilidad para el estudio contemporáneo, sino que permite también profundizar en los términos de su particular diálogo con la teoría del conocimiento de Mises.

I. EL DESARROLLO DE LA SOCIOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO

Si localizamos las raíces de la sociología del conocimiento, como hacen Mannheim (1976) o Stark (1958), en la Ilustración y en la reacción romántico-conservadora, independientemente del peso relativo que se conceda a una y a otra, queda establecida su vinculación original con el problema epistemológico del conocimiento sociohistóricamente condicionado. Para los ilustrados, la validez del saber se alcanza por medio de la superación del error y el prejuicio, de los ídolos baconianos que vician el razonamiento, del engaño sacerdotal y aristocrático. Los romántico-conservadores, a su vez, defienden que no hay conocimiento válido ajeno a la tradición, que sostiene de forma orgánica a la sociedad.

Desde Comte, la sociología del conocimiento europea clásica se ocupa fundamentalmente de relacionar conocimiento y sociedad, en la mayoría de casos partiendo de dos enfoques básicos y opuestos: 1) observando de qué modo las circunstancias sociohistóricas influyen en el saber, o lo que se tiene por tal, y 2) observando de qué modo el saber y las ideas influyen en distintos niveles de las sociedades. Comte, como es

sabido, se inscribe en esta segunda tendencia “idealista”, al teorizar que el desarrollo de las sociedades está determinado por el desarrollo del conocimiento a través de los celeberrimos tres estadios teológico, metafísico y positivo. Se suele catalogar a Weber en la misma corriente, a partir de una interpretación un tanto superficial de *La ética protestante y el ‘espíritu’ del capitalismo* como réplica idealista al materialismo marxista.

La primera corriente aparece considerablemente más nutrida, comenzando por Durkheim, quien sostiene que la clasificación de las cosas reproduce la clasificación de los hombres (es decir, que las formas conceptuales de clasificación derivan de las estructuras sociales primitivas) y diluye el universalismo apriorista de las categorías kantianas arraigándolas en la contingencia sociohistórica. Scheler, que formula su sociología del saber como paso necesario en la construcción de un sistema metafísico (puesto que debe abordar el problema del relativismo para postular con mayor seguridad la existencia de un mundo de esencias absolutas), entiende que toda forma de pensar está condicionada (que no determinada) por los intereses y la estructura social. Y Mannheim, que establece el modelo más influyente de la especialidad en *Ideología y utopía*, salva únicamente a la matemática y a las ciencias físico-naturales de dicho condicionamiento, una barrera que posteriormente derribarán Barnes y Bloor en el Programa Fuerte de la sociología de la ciencia.

Pero probablemente la concepción más relevante, por cuanto el propio Mannheim la emplea como punto de partida, sea la marxista, según la cual la superestructura ideológica es un producto de la infraestructura económica. Se cree que Mannheim escribe *Ideología y utopía* como réplica no tanto a Marx como a *Historia y conciencia de clase* de Georg Lukács, quien fuera su amigo en Budapest durante la segunda década del siglo XX, y del que se distanció tras el ingreso de este en el Partido Comunista.

González García, coautor del principal manual de sociología del conocimiento en castellano, ensayó a finales de los setenta una brillante redefinición marxista de la especialidad, tomando en consideración precisamente las aportaciones de Berger y Luckmann, en el curso de la cual apreciaba que:

“... la teoría de Mannheim intenta ser una crítica al marxismo de Lukács, aplicando a la teoría marxista los elementos de una concepción total y generalizada de la ideología. El concepto “ideología” utilizado por Marx pierde todo su valor crítico en los desarrollos de la sociología del conocimiento llevados a cabo por Mannheim, quien intenta incluso sustituir el término “ideología” por el más aséptico de “perspectiva de un pensador”. (...) ... es evidente, pues, el intento de neutralizar la crítica de ideologías postuladas por Marx, mediante la ampliación de la acusación de ideología a toda conciencia, incluyendo al propio marxismo, y también mediante la sustitución de términos, utilizando palabras cuyo sentido crítico sea nulo. De esta forma, la acusación de marxista dirigida contra Mannheim sólo puede provenir de la más burda ignorancia de las teorías de Marx y su deformación por parte de Mannheim” (González García, 1979: 370 - 371).

Incluso desde semejante lectura, Mannheim se basa en las ideas de Marx y Lukács, al margen de la medida en que haya podido violentarlas. Si para aquellos es posible identificar la falsa conciencia asociada a posiciones sociales específicas, para Mannheim toda conciencia, sea cual sea la validez de su contenido, está condicionada. De un modo u otro, la sociología del conocimiento se ocuparía de indagar sobre el origen social de las ideas.

La originalidad de la propuesta de Schutz queda de relieve cuando se contempla contra el trasfondo de esta tradición europea de sociología del conocimiento. También si se contrasta con la que Merton (1957) presenta como tradición paralela y complementaria en Norteamérica, los estudios empíricos sobre comunicación de masas (consagrados a la influencia social de las ideas a través de los medios; es célebre la comparación que establece Merton entre ambas tradiciones: de la primera no se sabe si lo que dice es cierto pero sí que es importante, y de la segunda se sabe que lo que dice es cierto pero no si es demasiado importante). Para Schutz no se trata de dilucidar relaciones más o menos causales entre conocimiento y sociedad, sea cual sea la dirección de tales relaciones, sino de analizar cómo se distribuye socialmente el conocimiento.

II. LA TEORÍA DE LA IDEOLOGÍA Y EL PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO

Subyace, bajo la corriente mayoritaria en la tradición europea, una inquietud recurrente en torno a la validez del saber: el problema epistemológico derivado del condicionamiento social de las ideas. A ese respecto, podríamos interpretar la historia de la especialidad como una sucesión de estrategias que pretenden encauzar el relativismo que parece serle intrínseco dejando ciertas regiones del saber fuera del alcance de su influjo destructor, con resultados por lo general bastante precarios.

El caso más característico es del de Mannheim (1976), quien levanta su sociología del conocimiento sobre un análisis de la teoría marxista de la ideología, entendida esta como pensamiento socialmente condicionado, ampliando considerablemente su alcance. No se trata de una ideología particular, restringida a determinados aspectos del pensamiento del contrincante en la controversia política, sino de una ideología total, que comprende la estructura íntegra de su conciencia. Tampoco se trata de una concepción especial de la ideología, según la cual solo el pensamiento del contrincante está condicionado, sino que es general, e incluye por tanto no solo a todas las partes en controversia sino a cualquier forma de pensamiento que pueda darse. Contrapone, además, la concepción valorativa de la ideología, que implica una deliberación en torno al valor de verdad del pensamiento analizado, a la concepción no valorativa, que se limita a estudiar los mecanismos del condicionamiento sin arrojar juicios sobre su verdad o falsedad. Precisamente para evitar las connotaciones valorativas asociadas al término, propone sustituir “ideología” por “perspectiva”, que ciertamente transmite una imagen más nítida de la concepción propuesta: una perspectiva es la forma de ver el mundo de cada quien, necesariamente parcial, distorsionada, engañosa a menudo, y directamente condicionada por su posición en el territorio. Ahora bien, esta redefinición de la ideología, tan propicia para el análisis sociológico desapasionado, parece conducir inevitablemente a la cuestión, ya no sociológica sino epistemológica, de si es posible elevarse por encima de la propia posición para contemplar una panorámica más completa y objetiva de ese territorio. En ese sentido, el análisis conceptual de Mannheim

en torno a la ideología y sus distintas concepciones clarifica considerablemente las implicaciones epistemológicas de toda teoría sobre el condicionamiento social del saber.

El problema puede resumirse en dos preguntas, a las que cada uno de los pensadores da una respuesta característica: 1) ¿qué formas de saber están libres de condicionamiento? (es decir, ¿dónde se encuentra el conocimiento válido?), y 2) ¿quiénes se encuentran en condiciones de acceder al conocimiento válido? (es decir, ¿desde qué posiciones de la estructura social es posible obtener una perspectiva fidedigna?).

Simplificando, podemos distinguir los siguientes conjuntos de respuestas:

- 1) Para los ilustrados, el conocimiento válido es aquel que surge de la supresión del engaño, el prejuicio y el error. Todo ser humano dotado de razón tiene, en principio, las facultades necesarias para adquirirlo. Esta posición, por supuesto, admite bastantes matices. Condillac, por ejemplo, reconoce en el *Essai sur l'origine des connaissances humaines* que el saber no puede depender exclusivamente de la razón. Y Herder, a caballo entre la Ilustración y el Romanticismo, contrapone al universalismo racionalista el pluralismo cultural de los valores.
- 2) Para los románticos, el saber está profundamente enraizado en la tradición, de la cual no es posible desarraigarlo; está, pues, condicionado por definición. No hay necesariamente una categoría social mejor capacitada que otras para trascender dicho condicionamiento, tarea tan innecesaria como destinada al fracaso, pero existe una jerarquía sustentada por la tradición y que al mismo tiempo la defiende, lo que redundará en beneficio de la nación.
- 3) Según Scheler y Mannheim, en general todo saber está socialmente condicionado, si bien Mannheim, como se ha dicho, excluye algunas disciplinas científicas y Scheler limita el condicionamiento a la selección de objetos de saber, sin que ello afecte a su contenido o validez. Para el caso, una vez que se postula el condicionamiento universal o casi universal, el valor de verdad del saber deviene por necesidad independiente de dicho condicionamiento; o bien no hay conocimiento universalmente válido, y en tal caso la pregunta es

irrelevante, o bien sí lo hay y, toda vez que se sostiene que no hay saber libre de condicionamiento social, este no nos sirve como factor para distinguir el conocimiento válido del que no lo es. Aun así, tanto Scheler como Mannheim apuntaron a una elite intelectual capaz de elevarse por encima de la contingencia sociohistórica, en el caso de Mannheim por su experiencia más amplia de diferentes perspectivas que podrían integrar en una síntesis dinámica de mayor validez que cada una de dichas perspectivas por separado.

- 4) En la teoría marxista es central el concepto de la falsa conciencia, emanada de la estructura social que a su vez responde al modo de producción. Pero de hecho toda conciencia deriva del ser social, sea falsa o no. Distintas posiciones sociales tienen distintas propensiones a la verdad y al error, y de todas ellas la posición más propicia para el conocimiento de la verdad es la del proletariado. Dado que dicha clarividencia no se produce de forma espontánea, o por acción del mecanismo inexorable de la historia, Lukács distingue entre conciencia empírica y conciencia potencial, señalando al Partido Comunista como agente encargado de acortar la distancia entre una y otra (con lo que, como apuntan Lamo de Espinosa, González García & Torres Albero, 1994, da un largo rodeo por la heterodoxia para terminar justificando la ortodoxia). De un modo u otro, solo una elite intelectual, académica en Mannheim, partidista en el marxismo, puede elevarse por encima del conocimiento existencialmente condicionado. Solo una elite está en condiciones de saber y, por tanto, de saber qué debe hacerse.

III. IDEOLOGÍA Y CONOCIMIENTO EN MISES

En las primeras páginas de *La acción humana*, cuando plantea el problema epistemológico de una teoría general para dicha disciplina, Mises alude de forma muy específica a la sociología del saber de inspiración marxista (donde, ya lo hemos visto, caben también los autores como Mannheim

que, a decir de González García, neutralizan su sustancia crítica) por sus implicaciones para la teoría del conocimiento:

“Desde tiempo inmemorial, los hombres (...) venían aceptando como hecho indiscutible la uniformidad e inmutabilidad de la estructura lógica de la mente humana. Toda la investigación se basaba precisamente en ese tal supuesto. Pues bien, en las discusiones acerca de la condición epistemológica de la economía, los tratadistas, por primera vez en la historia, rechazaron este planteamiento. El marxismo afirma que el pensamiento humano está determinado por la clase a la que el sujeto pertenece. Toda clase social tiene su propia lógica. El producto del pensamiento no puede ser otra cosa que un “disfraz ideológico” del egoísmo clasista del sujeto pensante. Por ello la misión de la “sociología del saber” es desenmascarar las filosofías y las teorías científicas evidenciando su carácter “ideológico”. La economía no es sino un engendro “burgués” y los economistas meros “sicofantes” del capitalismo. Solo la sociedad sin clases de la utopía socialista reemplazaría las mentiras “ideológicas” por la verdad” (1995: 5).

Mises extrae las consecuencias epistemológicas últimas de dicho enfoque, más allá de las “garantías estructurales” del conocimiento válido con que unos y otros puedan intentar mantener a raya el relativismo:

“Estas doctrinas rebasan la esfera de la cataláctica. Ponen en tela de juicio no sólo la economía y la praxeología, sino además todas las ramas del saber y hasta la propia razón humana. Afectan a aquellas ciencias al igual que a la matemática o a la física. Por tanto, su refutación no corresponde a ninguna rama particular del saber, sino a la epistemología y a la filosofía en general” (1995: 5).

En múltiples sentidos, Mises es un heredero de la tradición ilustrada. Lo es, sin ir más lejos, en su oposición explícita al relativismo de la sociología del conocimiento marxista, cuyo parentesco con la reacción romántico-conservadora es más cercano de lo que sus partidarios quisieran reconocer, pese a que también se derive del proyecto ilustrado. Lo es también por su racionalismo. El apartado sobre “La lucha contra el

error” del capítulo IX concluye afirmando que “el hombre solo dispone de un instrumento para combatir el error: la razón” (Op. Cit.: 225). Por tanto, en la medida en que comparten la razón como herramienta universalmente válida para aproximarse a la realidad, todos los hombres pueden zafarse de las ideas erróneas y acceder al conocimiento. No se trata, en principio, de un instrumento vinculado por definición a una posición social específica, ni tampoco a una élite, definida en términos de clase o ideología política, que goza de él en exclusividad.

Mises aborda también el problema de las ideologías, desde una perspectiva igualmente opuesta a la de Mannheim. A diferencia de éste, que no veía otro camino hacia algo parecido a la objetividad salvo una síntesis de perspectivas en continua revisión, Mises sostenía que se podía resolver racionalmente el conflicto ideológico siempre y cuando las posiciones en conflicto contaran con un sustrato común, derivado de la afinidad entre los hombres y la similitud de sus necesidades: la importancia de la cooperación social, objetivo en el que habrían de coincidir todas, por muy distantes entre sí que se encontraran los caminos que condujesen al mismo.

Distingue entre el concepto de concepción del mundo, que incluye una descripción del ser y del deber ser (es decir, una explicación de la realidad y una serie de orientaciones normativas y técnicas), y el más estrecho de ideología, emanado de la acción humana y la cooperación: “Una ideología es el conjunto de doctrinas relativas a la conducta individual y las relaciones sociales” (Op. Cit.: 215).

A su juicio, solo las ideas relacionadas con cuestiones ajenas al razonamiento y a la experiencia planteaban discrepancias sin solución. No hay ejemplo más elocuente que los conflictos entre confesiones: “Las guerras religiosas son las más terribles porque la reconciliación entre los litigantes resulta impensable” (Op. Cit.: 215). Pero desde el momento en que un sistema de pensamiento asume la deseabilidad del vínculo social, toda solución que ofrezca a los problemas sociales no puede ser sostenida únicamente con profesiones de fe, sino que debe someterse al escrutinio de la razón.

“Puesto que el hombre es un animal social, que solo prospera dentro de la sociedad, todas las ideologías se ven en la necesidad de reconocer la importancia de la cooperación humana. De ahí que los partidos quieran siempre hallar la organización social más perfecta y que mejor sirva al deseo del hombre de alcanzar el mayor bienestar posible. Todos esos diversos modos de pensar vienen así a coincidir en un terreno común. No son, pues, doctrinas generales ni cuestiones trascendentes inabordables por el análisis racional lo que a tales grupos separa, sino cuestiones de vías y medios. Las discrepancias ideológicas pueden analizarse con los medios científicos de la praxeología y de la economía” (Op. Cit.: 221).

Su proyecto epistemológico tiene por objeto clarificar el alcance y, por tanto, también los límites del conocimiento concerniente a los asuntos humanos. Así, en su sistema de categorías de la conciencia cabe tanto el apriorismo universalista de las proposiciones praxeológicas, como la contingencia del saber histórico (siempre que no se pretenda inducir, a partir del mismo, leyes generalizadoras que lo trasciendan) y la parcialidad de las ideologías (respecto a las cuales, como ya se ha dicho, es posible la deliberación racional desde la praxeología), cada una de ellas con su propio alcance y limitaciones.

Para evitar el error, es fundamental conocer y tener muy presentes esos límites, o de lo contrario se corre el peligro de caer en la ilusión de la omnisciencia, al olvidar que “nuestra representación de la realidad del universo está condicionada por la estructura de nuestra mente, así como por la de nuestros sentidos” (Mises, 2012: 47). Pero la existencia de tales límites no invalida en absoluto aquello que pueda conocerse dentro de ellos, ni reduce su importancia capital:

“El que la ciencia apriorística no proporcione un conocimiento pleno de la realidad no supone deficiencia de la misma. Los conceptos y teoremas que maneja son herramientas mentales gracias a las cuales vamos abriendo el camino que conduce a percibir mejor la realidad; ahora bien, dichos instrumentos no encierran la totalidad de los conocimientos posibles sobre el conjunto de las cosas. No hay oposición entre la teoría y la comprensión de la viviente y cambiante realidad. Sin contar con la teoría, es decir, con la ciencia general apriorística de la acción

humana, es imposible comprender la realidad de la acción humana” (Mises, 1995: 47).

Entre las muchas regiones de la realidad vedadas al conocimiento de la ciencia está el contenido de las conciencias de todos los individuos que forman parte de una sociedad, respecto al cual todo lo más que puede obtenerse son inferencias estadísticas referentes a aspectos concretos y limitados, tratados de forma inevitablemente superficial, cuya categoría es la del dato histórico de muy relativa validez (y jamás, de acuerdo con Mises, la predicción o la identificación de una “tendencia” de futuro, por inmediato que sea éste). Ese conocimiento, constantemente cambiante, inasible, está necesariamente disperso por toda la sociedad, y no hay posición de privilegio, ni siquiera la del científico, ni especialmente la del gobernante, que permita adquirirlo y evitar la incertidumbre consustancial a la acción humana:

“Las predicciones de la praxeología son, dentro de su rango de aplicación, absolutamente ciertas. Pero no nos dicen nada acerca de los juicios de valor de los individuos que actúan y el modo en que determinan sus acciones. Todo lo que podemos saber acerca de esos juicios de valor tiene el carácter categorial de la comprensión específica de las ciencias históricas de la acción humana. Si nuestras anticipaciones respecto de los futuros juicios de valor – nuestros o de otros – y de los medios a que se recurrirá para ajustar la acción a esos juicios de valor, son correctas o incorrectas no podemos saberlo con antelación. Esta incertidumbre respecto del futuro es uno de los rasgos distintivos de la condición humana. Tiñe todas las manifestaciones de la vida y de la acción” (Mises, 2012: 109)

Según Schutz, la sociología del conocimiento debe partir precisamente, como veremos, de esa incertidumbre, de la dispersión de un conocimiento inabarcable, en absoluto integrado sino agrupado de forma no siempre coherente en sistemas yuxtapuestos, y perseguido de acuerdo con los criterios de significatividad cambiantes de individuos interdependientes. Eso es, a su juicio, lo que interesa estudiar: cómo se distribuye socialmente ese saber, ese conocimiento práctico, cómo confi-

gura el “concepto relativamente natural del mundo” de las gentes y por qué se aceptan unas partes del mismo y se cuestionan otras en el curso de la vida, a medida que cambian intereses y circunstancias.

IV. LA CORRIENTE FENOMENOLÓGICA DE LA SOCIOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO

Scheler y Mannheim se habían ocupado de los grandes sistemas de pensamiento, de las ideologías y las filosofías que tan a menudo pretendían haber desentrañado las leyes inexorables del devenir histórico. Schutz, sin negar la relevancia del influjo social de esos grandes sistemas, a la hora de configurar, por ejemplo, el sistema político en tanto marco dentro del que se va a desarrollar la acción, pone el énfasis en las ideas, las creencias y los saberes pragmáticos que dan forma a la vida cotidiana de los individuos.

La corriente fenomenológica de la sociología del conocimiento, inaugurada por Schutz y llevada a su máximo apogeo y grado de influencia por Berger y Luckmann, parte de un análisis del mundo de la vida cotidiana donde se desarrolla la acción social, conformado por una serie de estructuras que se dan por supuestas, empezando por la propia existencia del mundo exterior y las conciencias de las personas que lo pueblan. Las acciones intencionales que se despliegan dentro de dicho mundo son definidas de modo distinto por cada uno de los sujetos de acuerdo con su situación biográfica, su sistema de significatividades y el conocimiento de que disponen. Hay, por tanto, diferentes realidades e incluso diferentes órdenes de realidad (lo que Schutz llama “ámbitos finitos de sentido”), a cada uno de los cuales corresponde un nivel de conciencia.

Así, como rasgos distintivos de esta corriente, podríamos señalar:

- 1) El individualismo metodológico, con un énfasis especial en la subjetividad de los actores, presente también en la propuesta de integración de los niveles de acción y estructura por parte de Berger y Luckmann (*La construcción social de la realidad*, en definitiva, pre-

tende establecer el proceso dialéctico por el que los individuos son tanto creadores como productos de la sociedad).

- 2) Una concepción de realidad basada, precisamente, en lo subjetivo. A juicio de González García (1979: 297-298) hay una contradicción entre la definición explícita de realidad que avanzan Berger y Luckmann (“cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición”) y la misma noción de “construcción social de la realidad”, que aparentemente implicaría que la realidad no es independiente de la voluntad. Por supuesto, el problema tiene que ver con la consideración de toda creación como voluntaria (como sabemos, actos intencionados a menudo dan lugar a consecuencias no intencionadas), y la dinámica por la cual las creaciones voluntarias pueden adquirir una entidad más o menos autónoma que condiciona a sus propios creadores (toda acción contribuye a configurar el marco que condicionará futuras acciones; una acción voluntaria presente puede limitar en mayor o menor medida el rango de acciones futuras posibles, como muestra elocuentemente el ejemplo extremo del suicidio). La proposición “Es real aquello que creemos que es real” podría formularse como “Es real aquello que creemos que es independiente de nuestra voluntad”, o incluso “Es real aquello que creemos que es independiente de lo que creamos”. El creyente cree, entre otras cosas, que Dios seguiría existiendo aunque él fuese ateo.
- 3) Una concepción de conocimiento en la que tiene mayor peso el conocimiento de sentido común. Berger y Luckmann lo definen como “la certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas” (1972: 13). Para ellos, la sociología del conocimiento debe estudiar todo aquello que en cada sociedad se considere conocimiento. Es decir, aquello que se considera que corresponde con lo real y que, de acuerdo con la definición anterior de realidad, es ajeno a la voluntad de los individuos. A su juicio, el análisis de los grandes sistemas de pensamiento y las ideologías en que se centra la sociología del conocimiento de tradición manheimiana es de importancia relativamente menor con respecto a la indagación sobre el conocimiento práctico que estructura la vida

cotidiana. Este conocimiento, por definición, no puede ser monolítico y uniforme (tanto menos desde un enfoque de individualismo metodológico), sino fragmentario y disperso, graduado en un continuo de mayor a menor certidumbre.

- 4) La demarcación de los límites entre epistemología y sociología del conocimiento. Tanto Schutz como Berger y Luckmann entienden que no es misión de la sociología del conocimiento dar solución, o siquiera aventurar respuestas, al problema epistemológico de la validez del saber socialmente condicionado. Es misión de la filosofía de las ciencias sociales. No van, por tanto, a reformular la epistemología tal como pretendía Mannheim, tomando en consideración el condicionamiento sociohistórico de las ideas. El énfasis en la subjetividad de los actores no se traduce necesariamente en relativismo.

Es en tales términos que ha de entenderse el programa de investigación que Schutz define para la sociología del conocimiento. Dejando a un margen interrogantes que no le conciernen (empezando por el mencionado problema epistemológico), debe consagrarse a indagar en torno a lo que llama “socialización genética del conocimiento” (la transmisión, intergeneracional o de otro tipo, del conocimiento socialmente aprobado dentro de los distintos grupos), la influencia de los mencionados grandes sistemas de ideas en el mundo que se da por supuesto y que constituye el entorno donde se desarrolla la vida cotidiana y, sobre todo, la distribución social del conocimiento, a la que dedica un artículo, *The Well-Informed Citizen. An Essay on the Social Distribution of Knowledge*, publicado en 1946 en la revista *Social Research*, donde esboza las líneas de la sociología del saber que nunca llegó a desarrollar.

V. LA DISTRIBUCIÓN SOCIAL DEL CONOCIMIENTO

Schutz elabora su aproximación al tema valiéndose de las herramientas teóricas y metodológicas que ya ha elaborado: por una parte, en lo teórico, esa concepción del conocimiento como fragmentario, disperso e inabarcable, de forma análoga a las distintas realidades y órdenes de

realidad de que debe dar cuenta, donde tiene especial importancia el saber de sentido común que estructura la vida cotidiana. Por otra, en lo metodológico, define tipos ideales, de acuerdo con su revisión de la sociología comprensiva weberiana, para categorizar distintas posiciones en la empresa de adquisición de conocimiento.

En cuanto al conocimiento y su alcance, Schutz recuerda que el mundo no es totalmente comprensible para nadie, no solo porque no exista un conocimiento completo y “acabado” de todos sus aspectos, sino porque incluso ese conocimiento incompleto que existe (en proceso constante de autocorrección y expansión) no es abarcable:

“Existe un acervo de conocimiento teóricamente disponible para todos, acumulado por la experiencia práctica, la ciencia y la tecnología como concepciones fundamentadas. Pero este acervo de conocimiento no está integrado; consiste en una mera yuxtaposición de sistemas de conocimiento más o menos coherentes, que por su parte no son coherentes, ni siquiera compatibles, unos con otros” (Schutz, 1974: 121).

Esto no es negativo de por sí; de hecho, no solo no obstaculiza el adecuado funcionamiento de la cooperación social y la consecución de los fines individuales, sino que es lo que hace posible la investigación especializada y, por tanto, el avance del conocimiento. Aunque Schutz apenas se refiere explícitamente a la ciencia o a su organización institucional, esta concepción del conocimiento y su progreso parece aceptablemente compatible, por ejemplo, con la visión de la ciencia como orden espontáneo de Polanyi (2009).

Definido así el campo, Schutz procede a tipificar las posiciones básicas con respecto al conocimiento: son la del experto, la del hombre común y la del ciudadano bien informado (de hecho, el ciudadano *que aspira a estar* bien informado, como apostilla significativamente Schutz). El experto, como cabe esperar, posee un conocimiento profundo, preciso y fundamentado dentro de un campo especializado muy concreto. El hombre común, por el contrario, posee conocimientos de muy distintos campos de saber, pero se trata de conocimientos de receta; es decir, de ideas superficiales sobre los procedimientos que debe seguir para obte-

ner los resultados prácticos que desea. Dicho conocimiento es exactamente tan preciso como exige la obtención de los resultados prácticos que lo justifican. A menudo, el conocimiento de receta puede limitarse a saber a qué experto debe consultar. Con respecto a todos los demás campos de saber que no guardan relación con sus objetivos e intereses prácticos, el hombre común se contenta con seguir su propia respuesta emocional más o menos instintiva. El ciudadano bien informado se encuentra a medio camino entre los dos extremos anteriores: desea formarse opiniones razonablemente fundamentadas sobre un cierto rango de campos que no tienen un interés práctico inmediato para él, más allá del mero conocimiento de receta pero sin alcanzar la profundidad del experto. Como puede verse, los tipos se definen sobre un continuo que va de la máxima especialización y profundidad del saber del experto a la máxima generalidad y superficialidad del saber del hombre común. Tras lanzar la advertencia inevitable en toda definición de tipos ideales (se trata, nos dice, de abstracciones, de construcciones heurísticas sin realidad empírica concreta), Schutz señala que cada uno de nosotros ocupa distintas posiciones dependiendo del campo de conocimiento de que se trate. Todos somos, en principio, hombres comunes, que aspiramos a estar bien informados en ciertos temas que trascienden nuestro interés práctico más inmediato, y que podemos poseer un conocimiento experto de la disciplina en la que nos hayamos especializado.

La mayor o menor significatividad de los diversos campos de conocimiento o regiones de la realidad depende de los intereses del individuo. Schutz define también zonas de significatividad, analíticamente diferenciadas pero empíricamente superpuestas, desde aquella que contiene el mundo a nuestro alcance inmediato, donde podemos ejecutar proyectos de acción y en el que podemos influir directamente en cierta medida, hasta las absolutamente no significativas, de las que suponemos que ningún desarrollo que se produzca en ellas tendrá efecto positivo o negativo en nuestros propósitos. En cuanto a la propia significatividad, puede ser intrínseca, cuando se deriva de los intereses elegidos espontáneamente por el individuo, o impuesta, cuando se relaciona con circunstancias que escapan a su control, y que condicionan sus posibilidades de acción. Incluso en la interacción más sencilla entre dos personas, el grado

de coincidencia en significatividades intrínsecas no evita la imposición de otras significatividades; como mínimo, las significatividades intrínsecas en las que cada uno de ellos no coincida con el otro serán impuestas para éste. Según Schutz, cuanto mayor es el nivel de abstracción y anonimato de las relaciones sociales, mayor es el grado de imposición de las significatividades:

“Disminuyen nuestras posibilidades de elegir nuestros copartícipes en el mundo social y compartir con ellos nuestra vida social. Estamos, por así decirlo, parcialmente sujetos al control remoto de todos (...). Cada vez somos menos dueños de determinar por nosotros mismos lo que es y lo que no es significativo para nosotros. Nos vemos obligados a tomar en cuenta, tal como son, las significatividades impuestas política, económica y socialmente que están fuera de nuestro control. Para ello necesitamos conocerlas, pero, ¿en qué medida?” (Schutz, 1974: 129).

El experto deberá ceñirse al sistema único de significatividades impuestas dentro de su campo de especialización, mientras al hombre común le bastarán sus propias significatividades intrínsecas y las del grupo al que pertenece. Es el ciudadano que aspira a estar bien informado quien debe preocuparse por la estructura de significatividades, para la cual debe acudir a distintas fuentes de información de origen social. También condiciona la situación el conocimiento socialmente aprobado, es decir, aquel que aceptan tanto la autoridad como la mayor parte (o la totalidad) de los miembros del grupo, y que por tanto no se pone en cuestión.

En este orden de cosas, el conocimiento válido no está necesariamente vinculado a la posición en la estructura social de una élite, ni tampoco pertenece por definición, en reparto democrático y estadísticamente igualitario, al hombre común.

VI. CONOCIMIENTO Y ORDEN POLÍTICO

El relativismo, matizado o no, de la sociología del conocimiento clásica parece conducir, en sus implicaciones políticas, bien al predominio de una élite, un resultado práctico al que ya habían llegado tiempo atrás los romántico-conservadores cuando renunciaron al universalismo racionalista de los ilustrados en beneficio de la tradición nacional, bien a la imposición de la perspectiva que, al concebirse a sí misma en términos absolutos, se imponga a dicho relativismo; es la ventaja de que gozan en el conflicto cultural aquellos que, como escribía Gellner en su deliciosa invectiva contra el relativismo cultural de los antropólogos, “lo que creen lo creen en serio” (1994: 91).

Como los filósofos reyes platónicos, quienes disponen en exclusiva del conocimiento válido, por limitado que este sea, deben dar forma a la sociedad y al orden político de acuerdo con dicho saber. El propio Mannheim dedicó el último periodo de su carrera a reflexionar sobre la planificación social, que consideraba inevitable para evitar el totalitarismo. Tanto mayor es la tendencia cuanto mayor se supone el alcance de ese conocimiento privilegiado. Sobre los adalides de la “Ciencia Unificada” escribía Mises que:

“... están guiados por el complejo dictatorial. Quieren lidiar con sus semejantes de la misma forma en que un ingeniero lidia con los materiales con los cuales construye casas, puentes y máquinas. Quieren reemplazar las acciones de sus conciudadanos por su “ingeniería social” y los planes del resto de las personas por sus propios planes omnicomprendidos (...). Si se refieren a la sociedad como un agente actuante, quieren decir ellos mismos. Si dicen que la imperante anarquía del individualismo debe ser reemplazada por la acción consciente de la sociedad, se están refiriendo a su propia conciencia y a la de nadie más”. (Mises, 2012: 76).

El apriorismo deductivo de su epistemología asume tanto los límites de lo cognoscible (puesto hay aspectos de la realidad que escapan en absoluto al conocimiento y otros, como el conocimiento empírico, con una validez estrictamente restringida, con amplias regiones de incertidumbre

en ambos casos) como las limitaciones de la mente individual para abarcar el acervo, en perenne mutación, de lo conocido. Este orden de cosas exige la cooperación, pues toda planificación, toda organización impuesta por una élite, sea cual sea la naturaleza del privilegio que distingue su posición, ha de estar fatalmente distorsionada por la parcialidad del saber que la estructura. Hayek continúa esta línea de reflexión añadiendo nuevos matices; en *Economics and Knowledge* sostiene que “una sociedad se apoya en la difusión de una infinidad de *conocimientos prácticos* que no es posible centralizar. Por consiguiente, la crítica a los diversos tipos de planificación colectivista se basa, antes que en consideraciones económicas o políticas, en argumentaciones relacionadas con el carácter del conocimiento humano” (Cubeddu, 1997: 116-117). Hayek, de hecho, enfatizará particularmente los límites del conocimiento humano, hecho ineluctable que marca la función política de la ciencia social: no la planificación, sino “la búsqueda de un sistema institucional capaz de ofrecer la mejor coordinación de los conocimientos dispersos entre los miembros de una sociedad” (Op. Cit.: 118).

De acuerdo con la distribución desigual y descentralizada del conocimiento que esquematiza Schutz, los expertos no pueden erigirse en elite gobernante porque su saber especializado se limita a un campo restringido y a un esquema de significatividades que no tiene por qué considerar otros objetivos e intereses más allá de los problemas que definen su disciplina. Tampoco tiene sentido erigir la opinión del hombre común en criterio decisorio por excelencia, una tentación propia de una concepción equivocada de la democracia, en la que, a su juicio, se está cayendo cada vez más:

“Con encuestas, entrevistas y cuestionarios se procura sondear la opinión del hombre común, quien ni siquiera busca algún tipo de información que exceda su sistema habitual de significatividades intrínsecas. Su opinión – que es la opinión pública tal como se la entiende en la actualidad – se convierte cada vez más en conocimiento socialmente aprobado a expensas de la opinión informada, y, en consecuencia, es impuesta como significativa a los miembros mejor informados de la comunidad. Aumenta el peligro cierta tendencia a interpretar erróneamente la democracia como institución políti-

ca en la cual debe predominar la opinión del hombre común no informado. Por lo tanto, el ciudadano bien informado de una sociedad democrática tiene el deber y el privilegio de hacer que su opinión privada prevalezca sobre la opinión pública del hombre común” (Schutz, 1974: 133).

Del mismo modo que, en Mises, la razón puede identificar, o siquiera apuntar, la adecuada solución a aquellos conflictos ideológicos que tienen alguna relación con lo material, la búsqueda consciente y responsable de una opinión *razonablemente informada*, modulando la espontaneidad voluntaria de las significatividades intrínsecas con las significatividades impuestas propias de toda interacción social, permite que todo ciudadano participe en la toma de decisiones. Parece haber, pues, una curiosa correspondencia entre la matización de Schutz del apriorismo de Mises y su visión más pragmática y flexible del liberalismo, que de alguna manera, y añadiendo ulteriores precisiones, también continuará su discípulo Berger (1991).

VII. CONCLUSIONES

Al desvincular la sociología del conocimiento del problema epistemológico que había venido arrastrando desde sus orígenes remotos, Schutz evita por un lado la relativización del saber científico que parece ser consecuencia lógica de la raíz marxiana de la disciplina (pues, como ironiza Mises, no habría ciencia sino ideología al servicio de la clase dominante) y por otro la identificación de un grupo social designado por la historia y por su particular ubicación en la estructura social para trascender ese relativismo y alcanzar el conocimiento válido. Si bien la epistemología de Mises puede entenderse como el opuesto absoluto a la sociología del conocimiento clásica (considerando tanto el carácter objetivo y apriorístico de la ciencia de la acción humana, como la imposibilidad de que agente alguno, individual o colectivo, pueda aprehender todo el conocimiento práctico disperso en la sociedad), y Schutz no la acepta en todas sus implicaciones, su sociología del conocimiento es compatible con ella.

Su programa de investigación se levanta, en efecto, sobre la premisa de tal dispersión del conocimiento práctico, cuyas implicaciones políticas no rehuye, pues ni es posible que una élite gubernamental adquiera la totalidad de dicho conocimiento, ni tampoco juzga prudente un gobierno plebiscitario a golpe de encuesta que fíe toda decisión de carácter público al capricho de un “hombre común” que difícilmente se podría tomar la molestia de informarse sobre todos los asuntos sometidos a su consideración.

En su moderación política y en su desarrollo teórico a partir de la lectura crítica de la teoría del conocimiento de Mises, la figura de Schutz presenta ciertos paralelismos con la de su coetáneo Hayek (Zanotti, 2011). Y aunque el carácter fundamentalmente filosófico y sociológico del grueso de su obra, unido a la prominencia del influjo husserliano, hayan podido ofuscar sus orígenes, aún pueden rastrearse en aquellas prolijas sesiones del seminario interdisciplinar de un economista.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGER, P.L. (1991): *La revolución capitalista. Cincuenta proposiciones sobre la prosperidad, la igualdad y la libertad*, Península, Barcelona.
- BERGER, P.L. y LUCKMANN, T. (1972): *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Buenos Aires.
- CUBEDDU, R. (1997): *La filosofía de la Escuela Austríaca*, Unión Editorial, Madrid.
- GELLNER, E. (1994): *Posmodernismo, razón y religión*, Paidós, Barcelona
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. (1979): *La sociología del conocimiento, hoy*, Ediciones del Espejo, Madrid
- KNUDSEN, Christian (2004): «Alfred Schutz, Austrian Economists and the Knowledge Problem», *Rationality and Society*, 16(1), 45-89.
- KURRILD-KLITGAARD, P. (2001): «On Rationality, Ideal Types and Economics: Alfred Schutz and the Austrian School», *Review of Austrian Economics*, 14(2-3), 119-143.

- KURRILD-KLITGAARD, P. (2003): «The Viennese Connection: Alfred Schutz and the Austrian School», *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, 6(2), 35–66.
- LAMO DE ESPINOSA, E., GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. y TORRES ALBERO, C. (1994): *La sociología del conocimiento y de la ciencia*, Alianza, Madrid.
- MANNHEIM, K. (1976): *Ideology and Utopia. An Introduction to the Sociology of Knowledge*, Routledge & Kegan Paul, Londres.
- MERTON, R.K. (1957): *Social Theory and Social Structure*, The Free Press, Glencoe
- MISES, L. von (1995): *La acción humana. Tratado de economía*, Unión Editorial, Madrid
- (2012): *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica. Un ensayo sobre el método*, Unión Editorial, Madrid.
- POLANYI, M. (2009): *La lógica de la libertad. Reflexiones y réplicas*, Katz Editores & Liberty Fund, Madrid.
- PRENDERGAST, C. (1986): «Alfred Schutz and the Austrian School of Economics», *American Journal of Sociology*, 92(1), 1–26
- SCHUTZ, A. (1962): *El problema de la realidad social*, Amorrortu, Buenos Aires.
- (1974): *Estudios sobre teoría social*, Amorrortu, Buenos Aires.
- STARK, W. (1958): *The Sociology of Knowledge. An Essay in Aid of a deeper Understanding of the History of Ideas*, Routledge & Kegan Paul, Londres.
- WAGNER, H.R. (1983): *Alfred Schutz: An Intellectual Biography*, University of Chicago Press, Chicago
- ZANOTTI, G.J. (2011): *Conocimiento versus información. Algunas ideas “dispersas” para una epistemología de la Escuela Austríaca de economía*, Unión Editorial, Madrid

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FUERTE AMENAZA A LA LIBERTAD

DAVID DE BEDOYA AZORÍN-ALBIÑANA

Resumen: La rendición individual de responsabilidades es una *conditio sine qua non* que toda sociedad libre y próspera ha de garantizar. Al cabo, la responsabilidad frente a los compromisos adquiridos con otros – mediante contratos libres fruto de la autonomía de la voluntad – y de los actos propios individuales constituye una garantía de libertad y una salvaguarda de la paz social. Toda norma de responsabilidad debe consagrar un deber de resarcimiento de daños y perjuicios. Establecemos dos bloques de normas relativos a los deberes de indemnización, de los cuales unos contemplan el supuesto de ejecución e inejecución o ejecución defectuosa de obligaciones contractuales; mientras que el otro bloque sólo se aplicará en el terreno no cubierto por las normas anteriores y podremos denominarlo extracontractual. Las normas relativas a la responsabilidad buscarán que la persona que ha sufrido un *daño* se encuentre, una vez indemnizada, en la misma situación en la que se encontraría si sus expectativas no se hubieran visto defraudadas. Esta regulación debe ser base de una sociedad libre que respete la propiedad privada y los contratos voluntariamente firmados. Empero, la intervención estatal en materia de derecho privado ha alterado con fuerza esta rendición individual de responsabilidades. El Estado ha decidido luchar contra el Derecho. A su vez, los poderes judiciales han interpretado los contratos sin respetar la voluntad de las partes, como hemos visto en casos muy recientes relacionados con hipotecas, participaciones preferentes y la doctrina de los *punitive damages*. La tesis a defender será que el poder judicial, a través de estas intervenciones, ha mermado fuertemente la li-

bertad de la sociedad española, analizando caso por caso cada una de éstas a tal fin. Finalmente, se propondrá como alternativa que *el deudor responda de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros*. Y sólo de las obligaciones que haya contraído.

Palabras clave: libertad, responsabilidad, interpretación judicial, resarcimiento de daños y perjuicios, obligaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Si amamos la libertad debemos amar también la responsabilidad. Son dos conceptos que no se entienden el uno sin el otro puesto que precisamente el uno fluye del otro. La responsabilidad surge, de hecho y como ahora pasaremos a ver, cuando el ser humano actúa.

El economista francés Frederic Bastiat¹ escribió una vez: “Es realmente una cosa singular que la gente desee aprobar leyes para anular las consecuencias desagradables que la ley de la responsabilidad implica. ¿Es que nunca se darán cuenta de que no eliminan tales consecuencias sino que meramente las trasladan a otras personas? El resultado es una injusticia de más y una moral de menos”. Sin embargo, no es la ley el único obstáculo para la plena libertad que cercena hoy en día la esencia del ser humano, no sólo el poder legislativo estatal subyuga la responsabilidad individual de las personas, también la arbitrariedad del poder ejecutivo supone un duro obstáculo para lograr tan ansiado fin. Empero, no son objeto de este breve ensayo ambos poderes sino que, en esta ocasión, nos debemos de fijar en el poder judicial como escollo insoslayable para el individuo, sus derechos de propiedad y su libertad.

¹ Véase Bastiat, Frederic, *La Ley*, 8

II.FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA RENDICIÓN INDIVIDUAL DE CUENTAS

El ser humano actúa. La acción humana es la conducta, externa o interna, fruto de la autonomía de la voluntad del hombre. La acción, en fin, es “conducta consciente; movilizadada voluntad transformada en actuación, que pretende alcanzar fines precisos y objetivos²”. También el no actuar entra dentro de esta expresión de la voluntad.

Inevitablemente, esta definición de acción nos lleva al concepto de voluntad. ¿Cómo se caracteriza la voluntad del ser humano? La voluntad del ser humano es la que respalda cada decisión que toma el hombre, conscientemente, que se transforma en una acción. Ahora bien, hemos concatenar lo anteriormente expresado dentro de un concepto fundamental que es el de consciencia. Actuar es querer actuar y actuar con autonomía. La libertad humana, entendida en el seno de cada acción que desarrolla el hombre, requiere que dicha acción refleje de dicha voluntad y, por ende, reflejo de su libertad esté ejecutada de manera consciente.

No podríamos, por ejemplo, admitir como acción deliberada y consciente un impulso natural e irrefrenable, como el que puede sentir un hombre cuando, sin percatarse, apoya su mano en un objeto incandescente. En tal caso, desconocedor el hombre de la temperatura del objeto que está palpando, un impulso natural e irracional moverá automáticamente el brazo alejándolo de la fuente de calor y dicho movimiento no podrá reputarse de acción.

Sentada esta base, la consciencia que sustenta la voluntad de actuar supone no sólo encaminar nuestros actos a la consecución de unos fines determinados, sino la capacidad de razonamiento que desarrolla el ser humano y que le permite anticipar cuál será el siguiente paso que dará tras su primera actuación. Así pues, el hombre que acerca conscientemente su brazo a un objeto incandescente sabrá que su inmediata y

² Véase Mises, Ludwig von, La acción humana, 35

próxima actuación será la de retirar dicho brazo bruscamente y, por tanto, dicha violenta retirada estará dentro del marco de la primera acción (acercar el brazo a una fuente de calor). Sin embargo, cuando la fuente de calor es desconocida por el hombre a priori, no es posible prever el movimiento brusco que vendrá después y, por tanto, no entrará dentro de la acción primigenia la retirada violenta del brazo.

Lo que estamos plasmando aquí no es, ni más ni menos, que el fundamento último de la rendición individual de cuentas. Cuando un hombre es consciente de sus actos, encamina su voluntad – libre – hacia la consecución de un fin preciso y finalmente actúa (o no actúa) dicha acción engloba lo que vendrá después en tanto sea previsible de una manera racional por el hombre. Sin embargo, lo que queda lejos de esa marco de acción no será por tanto previsible y difícilmente podremos decir que la libertad del hombre expresada en su primera acción engloba también las consecuencias de su inmediatamente posterior acto.

Por ello, no son dos conceptos dispares la libertad y la responsabilidad desde el momento en el que, al establecer mentalmente la acción y ejecutarla, estamos englobando en nuestro actuar la consecuencia que genera nuestro acto. Gracias a que el ser humano es libre puede, el ser humano, ser responsable. Y, a sensu contrario, cercenar la responsabilidad de un hombre es equiparable a limitar su libertad.

III. LA RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO PATRIMONIAL

En su ensayo “Derecho y Ley”, Friedrich A. Hayek recoge la siguiente afirmación: “La idea de libertad bajo el derecho, en los 2.500 años que han transcurrido desde que los antiguos griegos la concibieron, se ha conservado permanentemente sólo en los pueblos que tomaron el derecho, no como la voluntad de ciertas personas, sino como el resultado de un proceso personal³”. Arremete aquí el brillante economista contra la perversión de la institución del derecho realizada por los gobernantes

³ Véase Hayek, Friedrich August von, *Derecho y Ley*, 1.

desde que originariamente fuera concebida citada institución en la Grecia clásica. Siguiendo su razonamiento, el derecho no puede ser nunca entendido como cercenador de la libertad individual (*"el derecho protege la libertad: las leyes la matan"*⁴), sino que ha de ser entendido como una institución en los términos que Hayek concebía las instituciones sociales.

Las características que las instituciones han de tener, para reputarse como tales, son la ausencia de un autor o mente concreta, la evolución no centralizada de la misma a través de la prueba y el error, la utilidad que la institución ha de recibir de cada partícipe, la voluntariedad y la estabilidad⁵. Sin estas características no podemos estar ante una institución y, por lo tanto, nos enfrentaríamos en el derecho a la paradoja que nos ofrece Hayek, un derecho expresado en una ley que violenta la libertad⁶.

Así pues, una institución ha de gozar de cierto margen de certidumbre⁷ sobre el rumbo de las propias acciones del hombre puesto que si hemos dejado citado que para poder actuar con libertad el ser humano ha de conocer previamente hasta dónde abarca dicha actuación la institución en el seno de la cual desarrolla su acción el ser humano ha de configurar las relaciones del ser humano con el resto de seres humanos y con el medio en un marco en el que sea sencillo establecer un nexo causal entre la acción adoptada y la consecuencia derivada de la misma.

⁴ Véase Hayek, Friedrich August von, *Ibid.*

⁵ Véase Rallo, Juan Ramón, *El Estado contra el Derecho*, 7.

⁶ Tales instituciones, en palabras de Juan Ramón Rallo Julián, *vendrían caracterizadas por tres rasgos: a) La ausencia de autor o mente creadora concreta, b) continua evolución descentralizada de las mismas a través de prueba y error, y c) la utilidad que le atribuyen sus participantes.*

De estos tres rasgos podemos deducir la condición necesaria de Hayek para una sociedad libre: la ausencia de un fin universal que restrinja los fines particulares. De hecho, la grandeza de las instituciones reside en que no han sido diseñadas por hombre alguno y, por tanto, no están constreñidas por una finalidad inicial. En cambio, son tremendamente flexibles para que cada individuo las adapte a sus fines concretos sin, por ello, dañar las expectativas ajenas. *Ibid.*, página 8.

⁷ Esto establece una diferencia radical frente a una ley estatal. La ley positiva lleva en sí misma el germen del cambio súbito. El derecho no es algo externo, sino algo que debe crearse. En ese sentido, es el propio individuo quien concibe las instituciones. Como diría Bruno Leoni acerca del derecho romano: *"Nadie promulgaba la ley; nadie podía cambiarla a su propio arbitrio. Esto no significaba que no hubiera cambio, sino la certeza de que nadie se iba a la cama haciendo sus planes sobre la base de una regla actual para levantarse a la mañana siguiente y descubrir que esa ley había sido derogada por una innovación legislativa"*. *Freedom and the Law, Liberty Fund*, 55.

Dentro de este marco deseable de certidumbre, en las relaciones del ser humano con su entorno y con el resto de seres humanos las consecuencias que deriven de la acción que toma un ser humano deben ser asumidas por éste y debe existir un mecanismo que asegure que, frente al menoscabo de la propiedad de un tercero que, sin derecho a ello fruto del consentimiento del propietario, ha realizado un individuo, fuerce a dicho individuo a reintegrar en el patrimonio del perjudicado el daño provocado. Ese mecanismo es la institución del derecho tal y como ha quedado definida *supra* y toda desviación de este ideal jurídico supondrá, de una u otra manera, un ataque frontal a la esencia del ser humano por violentar su libertad (y responsabilidad) y por no permitir la protección de su propiedad.

Las leyes, no ajenas a esta situación, se han encargado también de velar por la rendición individual de cuentas en un, a nuestro juicio, correcto entendimiento de la función de la responsabilidad como concepto unido al de libertad. Así, el Código Civil de 1889 de España (vigente en la actualidad) establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado⁸”. Preceptos similares podemos encontrar en legislación comparada⁹.

La esencia que comparten todas estas regulaciones es la de la responsabilidad, puesto que de ella se deriva el deber de resarcir un daño que ha sido provocado libre y conscientemente a otro. De hecho, todas estas normas enmarcan perfectamente el marco de la acción estableciendo como límite a dicha responsabilidad que en el daño obre el dolo (actuar conociendo las consecuencias de los actos y asumiendo las mismas) o la culpa o negligencia (actuar pudiendo prever las consecuencias de los actos y asumiendo las mismas como posibles consecuencias de la ejecución o inejecución de la acción). De hecho, estas normas no sólo configu-

⁸ Véase artículo 1902 Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889.

⁹ Así, el artículo 1382 del Código Civil francés establece que “*cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquél por cuya culpa hubiera ocurrido, a repararlo*”. Preceptos similares se encuentran, a su vez, en el Código Civil italiano, el Código civil alemán y el artículo 1109 del Código Civil argentino, según el cual “*todo el que ejecuta un hecho, que por culpa o negligencia ocasiona daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio*”.

ran aquellas relaciones sociales en las que media un consentimiento previo, esto es, una situación contractual, sino que también sirven de corolario para aquellas otras situaciones que no nacen en el seno de una relación obligacional entre partes que han sellado su voluntad en un contrato extendiéndose a aquellos supuestos en los que no media contrato alguno entre las partes¹⁰ puesto que no todas las acciones que puede emprender un ser humano van ligadas necesariamente a un contrato. Así, por ejemplo, un ser humano puede decidir destruir la propiedad ajena sin tener permiso a dicha acción y sin que exista ningún tipo de contrato entre el propietario y el dañante y no por el mero hecho de la inexistencia del contrato debemos exonerar de responsabilidad al dañante sino todo lo contrario, debemos hacer que la institución jurídica haga que el dañante cargue con las consecuencias de sus actos, haya mediado contrato de por medio o no.

Finalmente, la herramienta de resarcimiento de citada responsabilidad ha de ser necesariamente la indemnización, esto es, el mecanismo por el cual el dañado puede forzar al dañante a dejarle indemne en su patrimonio, es decir, a procurar que el que ha sufrido el daño, tras recibir la indemnización, cuente con un patrimonio igual al que tendría de no haberse producido la lesión al mismo. Para ello, se establecerán reglas de cómputo de daños y perjuicios y reglas de valoración de los mismos así como ajustes de su variación temporal para evitar la posible pérdida de valor que pudiera sufrir el dañado desde que sufrió el daño hasta que éste le fue indemnizado^{11;12}.

¹⁰ Así, siguiendo al jurista Luis Díez-Picazo, “la figura que aparece dibujada en estos preceptos aludidos [el artículo 1902 del Código Civil español] es una norma de responsabilidad, puesto que en ella se consagra y establece un deber de resarcimiento de daños y perjuicios y, además, también con justo título, se puede calificar dicha responsabilidad como extracontractual, pues es notorio que los códigos civiles, y entre ellos el nuestro [el español], contienen dos bloques de normas relativos ambos a los deberes de indemnización de daños y perjuicios, de los cuales unos contemplan el supuesto de ejecución e inejecución o ejecución defectuosa de obligaciones contractuales entre personas vinculadas por una relación contractual, como ocurre en los artículos 1101 y 1106 y siguientes del Código Civil, mientras que los otros, aunque no se diga de manera expresa, solo se aplicarán en el terreno no cubierto por los anteriores y, por consiguiente, organizan una norma que se puede llamar extracontractual”. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V, 19-20.

¹¹ No siendo objeto del presente ensayo analizar tal circunstancia nos remitimos a Díez-Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.

IV. LA RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL

Aunque en esencia no comporte grandes diferencias el concepto de responsabilidad en derecho patrimonial con el concepto de responsabilidad en el marco del derecho penal sí resulta importante realizar siquiera un breve comentario al respecto.

Dentro de la ciencia jurídica, la propuesta más extendida¹³ sugiere usar el concepto de responsabilidad penal para señalar la existencia de una obligación a cargo de un sujeto (el responsable penal) y dicha obligación se materializa en el deber de cumplir la sanción penal impuesta¹⁴. No debe horrorizarnos la idea de la sanción penal como consecuencia última de un derecho público puesto que no debemos entenderla de esta manera. Así pues, la sanción penal ha de entenderse como la consecuencia lógica y previsible de una acción que se lleva a cabo contra un bien jurídico de otro ser humano que la institución del derecho ha considerado fundamental como para no sólo aplicar al causante del daño unas consecuencias patrimoniales, como en el caso del derecho civil anterior-

¹² No deja de ser importante traer aquí a colación las reflexiones de Frederic Bastiat en su ensayo "Lo que vemos y lo que no vemos" al respecto de *la falacia de la ventana rota*. Observamos pues, en relación a un daño producido y posteriormente indemnizado, que ninguna riqueza es creada en el conjunto de la economía puesto que lo que en un primer lugar se ha destruido en un segundo momento se ha pagado. La función de la indemnización no es, por tanto, la de enriquecer al dañado sino la de trasladar el daño del patrimonio de uno - el que ha sufrido el daño - al otro - el causante del daño - sin que dicho daño se haya eliminado de la economía y, por tanto, podemos concluir sin atisbo de duda que una indemnización no genera riqueza sino que distribuye pobreza, esto es, el daño causado que origina el deber de indemnizar.

¹³ Víd. Gómez Lanz, Javier, La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito, páginas 207 y siguientes.

¹⁴ También cabría aventurar que "responsabilidad penal" se usa para indicar la existencia de una obligación, pero no del sujeto activo del delito sino de la institución jurídica. En este marco teórico, la responsabilidad penal se resolvería en el deber que tiene la institución del derecho de activar los mecanismos dirigidos a la imposición efectiva de la condena.

mente señalado, sino unas consecuencias personales de mucha mayor entidad.

Lo que será preciso es que la institución del derecho ostente los caracteres propios de una institución para poder imponer una sanción a un individuo más allá del resarcimiento puro del daño causado, como podría ser la privación de la libertad. Si bien este es un debate que sigue generando controversia dentro del liberalismo (y no es otro que si es legítimo que se imponga la privación de la libertad, y quién la impone, a un ser humano por el hecho de haber arrebatado la vida a otro, por ejemplo) dejar señalado que es esta la única diferencia apreciable entre las características básicas de ambos regímenes de responsabilidad siendo todas las demás características de ambos reconducibles a lo ya expresado con anterioridad.

V. LA DILIGENCIA DEBIDA COMO FORMA DE MEDIR HASTA DÓNDE LLEGA LA ACCIÓN HUMANA

La institución jurídica ha articulado la extensión de la responsabilidad dentro del concepto de la diligencia debida. Los distintos niveles de diligencia irán en función de la capacidad del ser humano de prever lo que ocurrirá después¹⁵, es decir, tendrá una fuerte característica casuística. Así, no será exigible el mismo nivel de diligencia a un empresario que a una persona no empresario¹⁶. Pero ni tan siquiera será exigible el mismo nivel de diligencia entre dos empresarios. Si, verbigracia, un empresario se dedica a las labores de auditoría su responsabilidad en la llevanza y ajuste a la veracidad de la contabilidad de su empresa será mucho mayor que un empresario que se dedica a la distribución de frutas y verduras, puesto que se le presume un mayor conocimiento respecto a estas materias.

¹⁵ Véase Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V, 273.

¹⁶ Véase Veiga Copo, Abel, Fundamentos de Derecho Empresarial Tomo 1, páginas 107 y siguientes.

De hecho, podemos encuadrar esta concepción de diligencia dentro de las reglas de la acción que hemos expuesto con anterioridad. *“Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su incumplimiento”*¹⁷, es decir, dentro de esos fines precisos y concretos que establece el hombre al actuar deben estar estas consecuencias y dichos fines establecidos deben asumirlas como propias de la acción. Incluso cabría plantearse si resulta legítimo imponerle un mayor nivel de previsibilidad a aquel ser humano que actúa de mala fe, en el sentido que el haz de derechos y obligaciones extraídos de la acción es superior a cuando se actúa de buena fe¹⁸.

La concepción económica de la diligencia ha sido, también, objeto de estudio de los analistas económicos del derecho quienes se ocuparon de las funciones y objetivos del sistema de responsabilidad civil y esbozaron una forma bastante objetiva de medir la negligencia. Así, podríamos citar aquí la regla de Posner (1972: 22), quien justificó que no tenía sentido evitar un daño con unos costos extraordinarios, pues la regla de la eficiencia económica es minimizar la suma de daños más los costos de prevención de daños, ya que los costos de prevención exigen recursos cuya optimización puede y debe producirse destinándolos a otros fines.

Tal vez la argumentación de Posner (1972: 36) podamos sostenerla de una manera más comprensiva a través de un ejemplo. Imaginemos que se decide construir, en uno de los extremos de un campo de golf, una urbanización de chalets. Citada urbanización se sitúa a una distancia que está tan lejana de la zona de ejecución del disparo, es más, a una distancia tal que no consta en los registros que nunca un jugador haya alcanzado semejante distancia. Quince años después de la construcción de la urbanización, en la celebración de un torneo, un golfista con su golpeo traspasa esa distancia y golpea en la cabeza a una de las propietarias. Por supuesto, es exigible el resarcimiento del daño al golfista pero la pregunta aquí importante, en lo que a la medida de la diligencia de Posner se

¹⁷ Redacción del artículo 1.107 del Código Civil español de 1889.

¹⁸ De hecho, no es extraña esta situación en la legislación. Así, en el Código Civil español se recoge: *“En caso de dolo responderá el deudor de todos [los perjuicios] los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”*. Ibidem.

refiere, es si es exigible también parte de la responsabilidad a los dueños del campo de golf o a los promotores de la urbanización. Según la regla de la previsibilidad de la acción, la acción de construir cerca de un campo de golf puede tener como consecuencia que una de las bolas golpee a una de las propietarias. ¿Es exigible, por tanto, que el promotor o el propietario del campo de golf hubiera construido una valla para evitar este posible - aunque improbable - suceso? Según la interpretación económica de la diligencia debida no sería exigible porque el coste de la construcción de la valla supera con creces el riesgo de que una bola golpee (habida cuenta de que nunca había alcanzado tal distancia) y la responsabilidad sólo sería exigible al golfista. De hecho, esta ha sido la vía que ha tenido en consideración la jurisprudencia al respecto¹⁹.

En síntesis, la diligencia debida es la *ratio decidendi* que utiliza la institución del Derecho para extender el campo de la acción y de las consecuencias que asume el hombre al actuar, quedando ajena a la misma lo que no entre dentro del campo previsible de consecuencias asumidas por el hombre.

VI. EL RIESGO MORAL DE CONVERTIR AL CIUDADANO EN UN IRRESPONSABLE

Lo dicho hasta ahora nos sirve de referencia para poder hablar, en esta ocasión, que entraña la eliminación de la responsabilidad de las relaciones humanas. No sólo porque, como hemos visto, la responsabilidad no sea más que una expresión de la libertad del ser humano sino porque el hecho de reducir o eliminar citada responsabilidad supone, de facto, cercenar la libertad del hombre.

El riesgo moral que nos ocupa lo podemos definir como aquella situación en la que un individuo actúa a sabiendas de que las consecuencias de sus actos no entrarán dentro de su marco de acción sino que serán incorporadas a un tercero. Es decir, se pierde la conexión entre la

¹⁹ Véase Albaladejo, Manuel, "La Responsabilidad Civil Extracontractual levísima", *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2000.

acción humana y la responsabilidad y se traspasa esa rendición de cuentas a un tercero ajeno a la acción primigenia. Este riesgo moral nos informa de cómo los individuos asumen mayores riesgos cuando las consecuencias derivadas de sus actos no son asumidas por estos sino por un tercero²⁰ (puesto que la previsibilidad o la diligencia debida le es indiferente al individuo que actúa). Así, y continuando con este razonamiento, el riesgo moral no sólo implica que se cercene la libertad y la propiedad de las personas (puesto que se imputa al patrimonio de un sujeto no responsable el daño causado por otro) sino que también supone, de facto, el aumento del riesgo asumido por el conjunto de la sociedad, en forma por ejemplo de inversiones muy arriesgadas como las que se pueden dar en la fase de degradación de la liquidez²¹, pudiendo resultar enormemente perjudicial para todos los seres humanos.

Si bien el uso económico del término viene de los clásicos²² la doctrina actual ha retomado el término para ajustarlo a los problemas que pueden surgir de información asimétrica²³. Si un individuo tiene mayor información que el resto, y los demás no poseen los medios según los cuales pueden verificar la información del mismo, se incurre en riesgo moral. Podemos ilustrar esto de mejor manera a través de un ejemplo. Supongamos un individuo que administra depósitos, cuentas o inversiones ajenas – como apunta A. Smith – será menos cuidadoso con las mismas de lo que lo sería con depósitos, cuentas o inversiones propias, al

²⁰ Véase Krugman, Paul; Wells, Robin, Introducción a la economía: Microeconomía, 449.

²¹ Véase Haberler, Gottfried von, Prosperity and Depression, Lake Success, NY: United Nations, 301-303.

²² Así, Adam Smith se refiere al riesgo moral en las sociedades, cuando dice: "[...] la mayor parte de estos accionistas [...] no se interesan en sus asuntos y están satisfechos con recibir el dividendo semestral o anual que los directivos consideran conveniente pagarles. Esta ausencia total de inconvenientes y riesgos, más allá de una suma muy limitada, anima a muchas personas a volverse empresarios en una sociedad por acciones, personas que en ningún caso arriesgarían su fortuna en una sociedad particular [...] Ahora bien, no es razonable esperar que los directivos de estas compañías, al manejar mucho más dinero de otras personas que de ellos mismos, lo vigilen con el mismo ansioso cuidado con el que frecuentemente vigilan el suyo los socios de una empresaparticular [...] En consecuencia, el manejo de los negocios de esas compañías siempre está caracterizado en alguna medida por la negligencia y la prodigalidad." SMITH, Adam, La riqueza de las naciones.

²³ Véase Arrow, Keneth, Essays in the Theory of Risk-Bearing.

igual que, por ejemplo, será más cuidadoso si puede disponer libremente de una parte de estas inversiones ajenas²⁴.

En síntesis, las consecuencias de eliminar la imputación de la responsabilidad del campo de la acción no son sólo lesivas al concepto anteriormente reseñado de libertad (intrínsecamente conectado con la libertad) sino también a la propiedad de terceros ajenos a la acción primigenia y a toda la sociedad elevando peligrosamente el riesgo asumido por los agentes.

VII. EL PODER JUDICIAL DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO CATALIZADOR DEL RIESGO MORAL

La responsabilidad se puede eliminar de la acción humana de forma coactiva – para el tercero que la asume sin la obligación de asumirla – y esta eliminación quedará fuera del campo de actuación de la institución jurídica previamente definida sino que sólo la ejercerá el Estado, incumpliendo el principio de no agresión. El Estado podrá utilizar a tal fin cualquiera de sus tres poderes: el legislativo, el ejecutivo o el judicial.

En lo que respecta el poder legislativo, el Estado podría establecer por ley, por ejemplo, la exoneración de toda responsabilidad derivada de los actos que lleven a cabo las personas pelirrojas. De suceder esto, el riesgo moral de este colectivo quedaría fuertemente incrementado puesto que todos los perjuicios que ocasionasen los soportaría el patrimonio de un tercero.

Desde el lado del poder ejecutivo, supongamos que la industria maderera se encuentra en serios problemas y el Estado decide utilizar fondos públicos para proveer de liquidez a los empresarios de este sector en vez de dejarles caer y que asuman sus inversiones. De esta manera, la pérdida se traslada al patrimonio del contribuyente y se genera un perverso incentivo para los participantes de esta industria de asumir más

²⁴Como apunta Huerta de Soto, Jesús, en Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos.

riesgos una próxima vez puesto que no serán sus bolsillos los que se vean afectados por sus riesgos²⁵.

Por último, el Estado puede también generar perversos incentivos en forma de riesgo moral a través del poder judicial. Si entendemos la figura de los jueces como los que se encargan de ejecutar las decisiones de la institución jurídica que estos generen un riesgo moral desde esta institución sería un sinsentido. Así pues, sólo la corrupción de esta institución puede dar lugar a este poder de los jueces para generar riesgo moral en la sociedad. De manera que podemos concluir que toda alteración del régimen de responsabilidades que se produzca desde el poder judicial es ilegítima por contraria a la libertad individual como principio básico de la acción humana.

Habida cuenta de que la institución jurídica, a día de hoy, está fuertemente corrompida atendiendo a los términos utilizados con anterioridad (puesto que no es Derecho sino que es Estado) no nos debería sorprender la interdicción de cierta arbitrariedad en cada actuación del poder judicial. Sin embargo, en puro derecho dispositivo en el que según la ley rige la voluntad de las partes, aquel derecho regido por los principios más elementales de la acción humana (el derecho privado de obligaciones y contratos) ¿cómo es posible que el poder judicial intervenga y corrompa la voluntad de las partes?

Los jueces, a priori, tienen impedido entrar en las relaciones que establecen los individuos desde el punto de vista de que estos son libres y responsables y pueden obligarse en los términos y condiciones que estos deseen (siempre que la obligación esté encuadrada dentro de la acción

²⁵ Y así reflexiona Hazlitt al respecto, “[...] *Los pasillos del Congreso hállanse atestados de representantes de la industria X. La industria atraviesa una grave situación. Está al borde de la ruina económica. Hay que salvarla y sólo cabe hacerlo mediante un arancel protector, precios más elevados o concediéndole una subvención estatal. Si se la deja morir, pronto veremos los obreros en la calle. Sus caseros, tenderos, carniceros, comerciantes de tejidos y empresas de espectáculos públicos experimentarán una contracción en sus negocios y la depresión se extenderá en círculos cada vez más amplios. Pero si gracias a la pronta intervención del Congreso, la industria X se salva, entonces, ¡oh milagro!, adquirirá equipo de otras industrias, aumentará el número de personas empleadas, quienes proporcionarán mayores ingresos a los carniceros, panaderos, fabricantes, etc., y ahora una ola de prosperidad se extenderá en círculos crecientes.*” Hazlitt, Henry, *Economía en una Lección*.

humana, es decir, la obligación nazca de la libre voluntad del obligado²⁶, recaiga sobre un objeto cierto – fines precisos – y medie una causa válida – elemento esencial del contrato–).

Cuando este régimen legal se estableció en España los jueces tenían prácticamente imposible alterar las normas que las partes se habían impuesto en los contratos. Sin embargo, el intervencionismo judicial utilizó como pretexto la aparición de los contratos masivos de adhesión²⁷.

Tal intervención es legítima en tanto en cuanto salvaguarde la libertad de las partes correctamente expresada, reputando ineficaz un contrato que genere obligaciones en una parte cuando dichas obligaciones provengan de un consentimiento arrancado mediante violencia. Sin embargo, cuando la intervención responde a otras oscuras causas acaba generando el riesgo moral anteriormente descrito y cada interpretación judicial²⁸ de los contratos que injiere de manera directa en la voluntad de las partes acaba generando este riesgo moral.

VIII. LA DERIVA INTERVENCIONISTA ACTUAL: HIPOTECAS, PREFERENTES Y DAÑOS PUNITIVOS

Habiendo quedado demostrado los perjuicios que puede ocasionar para el patrimonio de un tercero no responsable y para la libertad del individuo así como los perjuicios que sufre la sociedad en general derivados del riesgo moral que se genera al cercenar la responsabilidad del indivi-

²⁶ Así, por ejemplo, el Código Civil español de 1889 establece en su artículo 1261 cuando se establece que “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes*” Y más adelante reputa de ineficaz el consentimiento extraído mediante violencia en el artículo 1267, lo que nos lleva de nuevo al marco de la acción humana.

²⁷ Vid Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II

²⁸ Y no puede ser aquí argumentado, *sensu contrario*, el proverbio latino “*in claris non fit interpretatio*”, es decir, cuando los términos contractuales son claros no cabe la interpretación lo que, en sentido contrario, implica que ante la oscuridad del régimen de obligaciones el juez podría interpretar. Empero, son las partes las legitimadas a solucionar esta problemática y para ello podrán integrar el contrato en base a las restantes obligaciones contenidas o bien estar a los antecedentes de la relación contractual para saber a qué atenerse.

duo, hemos de referirnos aquí a tres temas de máxima actualidad en los que es el poder judicial (y no el poder legislativo o ejecutivo) el que está alterando los regímenes de responsabilidad de las partes. Estamos hablando de la problemática de los desahucios, de las participaciones preferentes y la (menos conocida fuera del mundo jurídico) problemática de los daños punitivos.

Comencemos con las obligaciones hipotecarias. Para entender la relación jurídica que nace de la garantía real de hipoteca podemos simplificar²⁹ dicha garantía como sigue. La garantía hipotecaria es aquella que grava un bien inmueble para que, en caso de incumplimiento del deudor de la obligación principal (el pago del crédito) el acreedor ejecute el bien inmueble para, con lo que obtenga de él, poder satisfacer su derecho de crédito.

Es decir, en el marco de la acción humana expuesto con anterioridad, el deudor asume desde el momento constitutivo de la garantía real de hipoteca como posible consecuencia de su acción la pérdida del bien inmueble fruto del incumplimiento, esto es, la acción humana primigenia abarca hasta la posibilidad de verse despojado del bien inmueble, luego toda intervención que, una vez acontezca el supuesto de hecho – el incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor – impida la consecuencia asumida no sólo viola el régimen de obligaciones del contrato sino que supone una grave afrenta a la libertad del deudor, a la propiedad del acreedor y al riesgo que soporta el conjunto de la sociedad.

Al margen de desventuras legislativas tales como la aprobación, mediante ley, de una dación en pago retroactiva que vulnere de facto la libertad de las partes, el poder judicial del Estado está interviniendo de manera activa en estas relaciones jurídicas mediante mecanismos tales como la paralización de ejecuciones hipotecarias (desahucios) sin mediar causa legítima que les otorgue tal poder³⁰.

²⁹ Para un análisis mucho más profundo, se recomienda Bercovitz, Rodrigo, Manual de Derecho Civil. Derechos Reales.

³⁰ Un ejemplo de ello:

Otro tema de máxima actualidad en el que se genera este perverso incentivo no es otro que el de las participaciones preferentes. Fuera de aquellos casos en los que no están presentes los elementos indispensables de la acción humana³¹, las intervenciones en este tema han ido en la dirección de argumentar el grado de diligencia debida exigido a la figura del preferentista. Así pues, se ha justificado la invalidez de estos contratos sólo por el mero hecho de que se trataba de productos financieros complejos y que el entendimiento de los mismos no se daba por entero por parte del preferentista.

Esta argumentación nos trata de llevar, inevitablemente, a una reducción del campo de la acción humana. Si el consentimiento no ha alcanzado todas las vicisitudes del contrato de participaciones preferentes esto implica que el individuo no se ha obligado a tales circunstancias y, por lo tanto, no le son exigibles. Sin embargo, esta argumentación ha de ser frontalmente rechazada en el caso que nos ocupa. El consentimiento no es otro, en el caso de las preferentes, que el del lucro económico del preferentista siendo el elemento esencial del contrato al que alcanza la voluntad del individuo la alta rentabilidad ofrecida por estos contratos financieros.

Y dentro del deber de diligencia debida bien es cierto que no es exigible que todos los individuos conozcan los elementos de las participaciones preferentes al detalle pero sí es exigible que cada individuo conozca aquello que va necesariamente aparejado a una alta rentabilidad: un alto riesgo. Así, un individuo conoce que un depósito bancario (sea o no sea de guarda y custodia) tiene menor rentabilidad y, mentalmente, sabe que el depósito es un contrato *bastante* seguro. Luego debe razonar praxeológicamente que una alta rentabilidad le aleja de la seguridad que le da el depósito y, por tanto, debemos rechazar que el consentimiento no alcance los riesgos puesto que sí se enmarcan en el campo de

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/12/suivienda/136tz5775815.html>, en lo referido a la paralización de desahucios que están llevando a cabo Jueces y Magistrados en España.

³¹ Como podría ser aquellos casos en los que no se ha manifestado la voluntad de manera libre o que el consentimiento proviene de una persona incapaz de otorgar tal consentimiento.

la acción humana expresada en el contrato de suscripción o adquisición de participaciones preferentes.

Por último, hemos de referirnos por ampliar el debate, siquiera sucintamente, a la discusión jurídica que está generando el establecimiento de los *punitive damages* anglosajones (daños punitivos). Hasta ahora, los supuestos a los que nos hemos referido tenían como elemento común la restricción o eliminación total del régimen de responsabilidades surgido tras la acción. Sin embargo, en el caso de los daños punitivos, lo que se produce es una ampliación de esta responsabilidad más allá de los límites de la acción humana como ahora pasamos a ver.

Los daños punitivos^{32;33} son los que se añaden al daño efectivamente causados por el responsable como medida sancionadora adicional a la obligación de reparar el daño. Es decir, una vez cubierto el perjuicio en el patrimonio del dañado, el juez fuerza a que el dañante enriquezca injustamente³⁴ al dañado con una finalidad punitiva y disuasoria.

Esto supone una clara afrenta a la acción humana en tanto en cuanto se está traspasando la responsabilidad asumida por la parte a la hora de actuar, los fines precisos y objetivos se alejan de la relación jurídica para entrar en un terreno abonado por la inseguridad jurídica y por la falta absoluta de legitimidad del juez (fuera de la cuestionable legitimidad

³² Un ejemplo de daños punitivos podría ser el de una compañía tabacalera que causa la muerte por envenenamiento de un fumador. Una vez indemnizados los herederos y/o legados por el daño causado, un juez impone un pago *extra* que sirva como ejemplo a otras tabacaleras que obren con más cautela. Esto, como al final toda medida intervencionista, acaba volviéndose en contra del intervencionismo puesto que en vez de eliminar o reducir la asunción de riesgos siembra un campo en el que reina la inseguridad jurídica.

³³ En palabras de Carrascosa, “*Estos daños punitivos constituyen una especie de pena privada prevista sólo para castigar actos particularmente dañosos, graves, vejatorios y ofensivos tales como los daños al medio ambiente, a la salud y a la vida de las personas, y a la seguridad pública*”. Carrascosa, Javier, Derecho de Daños 2013, 387.

³⁴ El problema de esta estos daños punitivos es que se asientan en propio derecho privado, donde la arbitrariedad pública debería ser inexistente, no es la función del derecho privado castigar sino establecer las relaciones patrimoniales entre las partes. Así, Pantaleón expone: “*para prevenir y castigar está el derecho penal y el administrativo sancionador: está el derecho público, que no lucra a las víctimas. El derecho de la responsabilidad civil es derecho privado, que soluciona el conflicto privado entre el perjudicado y el causante de daño, sin tratar de hacer política social*”. Pantaleón, Fernando, La importación de frigoríficos jurídicos, diario El País, 19 de julio de 1999.

que emana del Estado) que decide imponer una responsabilidad agrediendo con fuerza el patrimonio del causante (al que se le imputa el resarcimiento del daño más el del daño punitivo) y de la libertad de las partes de obligarse de manera autónoma.

IX. LA SOLUCIÓN A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL: MÁS DERECHO, MENOS ESTADO

La solución al problema del riesgo moral generado por la intervención judicial, así como por cualquier tipo de intervención, pasa necesariamente por volver a los cánones de la institución jurídica definida con anterioridad. Por volver al derecho y rechazar la ley, por volver a un ideal de justicia que tome como fundamento la acción humana.

Para ello, la primera medida debe ser la regulación de todos los mercados, la férrea regulación de cada relación jurídica, así como de las acciones que pueda tomar el individuo fuera de los casos en los que se ha obligado mediante contrato (casos de responsabilidad extracontractual). No entendemos esta regulación como contraria al liberalismo, pues no nos estamos refiriendo aquí a una regulación arbitraria del Estado. La regulación necesaria es la rendición individual de cuentas. Ésta es la férrea regulación que precisan todas las relaciones humanas. Y que dicha responsabilidad sólo abarque el campo de la acción humana, como plasma el Código Civil Español, de las obligaciones contraídas se responda con todos los bienes, presentes y futuros (sic.) y sólo de las obligaciones contraídas.

En segundo lugar, es necesaria la liberalización de las relaciones humanas para alejar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del individuo ya que impide la estabilidad, dificulta la previsibilidad y entorpece la acción humana. Es un ataque a la seguridad jurídica que bloquea, en síntesis, la función empresarial y la generación de riqueza.

En suma, es necesaria una liberalización de las relaciones humanas acompañada de la sana y férrea regulación del régimen de responsabilidad que se extrae de la acción humana.

Sin embargo, no podemos ser optimistas en el contexto en el que nos desenvolvemos, avanzamos hacia una progresiva desregulación de todas las relaciones humanas que se plasma en la continua eliminación de la responsabilidad de la imagen. Los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y, como aquí se ha reseñado, judicial) están convirtiendo la sociedad en una sociedad de sujetos irresponsables con las consecuencias gravísimas que ello genera. No hay ninguna nota de optimismo que podamos extraer del contexto actual.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2000): *La responsabilidad civil extracontractual levísima*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- ARROW, K. J. (1971): *Essays in the theory of risk-bearing*, Marham Publishing Co., Chicago
- BASTIAT, F. (2003): *La Ley y otros ensayos*, Asociación Instituto Libertario. San José, Costa Rica.
- (2004): *Lo que se ve y no se ve*, Obras escogidas. Unión Editorial, Madrid.
- BERCOVITZ, R. (2013): *Manual de Derecho Civil: Derechos Reales*, Editorial Bercal, Madrid.
- CARRASCOSA, J. et al (2013): *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid.
- GÓMEZ, J. (2005): *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Bosch, Madrid.
- HAYEK, F.A. (1966): *Derecho y Ley*, Tópicos de Actualidad, Guatemala.
- HAZLITT, H. (2008): *Economics in one lesson*, Ludwig von Mises Institut, Auburn, Ala.
- HUERTA DE SOTO, J. (2009): *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Unión Editorial, Madrid.
- KRUGMAN, P. y WELLS, R. (2004): *Introducción a la economía: macroeconomía*, Reverte, Madrid.

LEONI, B. (2010): *La libertad y la ley*, Unión Editorial, Madrid.

MISES, L. von (1998): *Human Action*, Scholar's edition, Ludwig von Mises
Institut, Auburn, Ala.

POSNER, R. (1972): *Economic Analysis of Law*, Little Brown, Boston.

RALLO, J.R. (2006): «El Estado contra el Derecho», *Revista Libertas XIII*,
España.

SMITH, A. (2011): *La riqueza de las Naciones*, Alianza Editorial, Madrid.

VEIGA, A. (2012): *Fundamentos de Derecho Empresarial*, Editorial Civitas,
Madrid.

CONSENTIMIENTO: CONTRATO SOCIAL VS. REDES CONTRACTUALES

ANDRÉS CASAS SOTO

Resumen: En este trabajo veremos cómo se presenta para los ámbitos de la vida civil y política la idea de consentimiento en tanto que manifestación expresa de la voluntad individual de vincularse. Tradicionalmente la misma idea de consentimiento era manejada en los ámbitos del derecho privado y de la política, al menos en la tradición que antecede a la filosofía política libertaria. Sin embargo a raíz de las teorías contractualistas, las ideas de consentimiento que se practican en el derecho civil y en el ámbito del Estado (con la idea de representación) se han disociado. El objetivo del trabajo es demostrar como esa disociación es conceptualmente equivocada, y que un retorno a la noción ius-privatista del consentimiento es necesaria. Con dicho fin se propone una forma alternativa a la habitual de enfocar el consentimiento jurídico y político en una sociedad libre, recuperando la tradición anterior y mediante un sistema de redes contractuales.

Palabras clave: Consentimiento, Propiedad, Individualismo, Red Contractual, Contrato Social.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de consentimiento es un concepto central en el análisis de las relaciones intersubjetivas, tanto en el ámbito de los ciudadanos en sus relaciones privadas entre sí, como a la hora de analizar las diferentes realidades políticas que han ido tomando forma a lo largo del tiempo, la

más importante de las cuales ha sido el conocido como “Estado Moderno”. La idea de consentimiento, y pese a los intentos que veremos que ha habido de trasladarla al ámbito de lo político, es esencialmente una noción propia de las relaciones jurídicas entre particulares. Es una idea que cumple su papel en derivación de las normas de los derechos de propiedad. Y todo intento de trasladar la noción de consentimiento hacia un aparato de compulsión social como el Estado Moderno, está condenado a fracasar. Esta cuestión la trataremos con más detalle cuando hablemos concretamente de un tipo de explicación (descriptiva y normativa) concreta que se ha dado del Estado Moderno: la teoría basada en la existencia de un “Contrato Originario”, “Pacto Social” o “Contrato Social”.

Creemos que existe una alternativa realista a este enfoque que permite trasladar la idea jurídico-privada de consentimiento al ámbito de las sociedades complejas y de las organizaciones. Este mecanismo creemos que debe ser llamado de “Redes Contractuales”, y resulta mucho más adecuado para el estudio de cualquier fenómeno de tipo social y organizativo que el enfoque alternativo de un único “Contrato Social” de carácter holístico y permanente.

II. SOBRE LA IDEA DE “CONSENTIMIENTO”: PRIVADO Y PÚBLICO. CONTRATO SOCIAL

La idea de consentimiento juega un papel esencial en las relaciones cotidianas entre los particulares. El consentimiento es la base de los contratos y tiende a considerarse a los mismos como un elemento central y nuclear de la idea de libertad de los individuos. No obstante es necesario precisar un par de errores bastante difundidos con respecto al consentimiento antes de proceder a continuar con nuestro análisis sobre la cuestión.

La primera idea errónea respecto del consentimiento consiste en afirmar que el consentimiento es la causa de la libertad. El consentimiento tiene una doble relación con la libertad. Por un lado, y en el sentido propio del individualismo metodológico (centrándonos siempre en el individuo) el consentimiento no es causa, sino efecto de la libertad. El

consentimiento es aquí lógica y temporalmente posterior a la libertad. O dicho de otro modo: puesto que somos libres, podemos prestar nuestro consentimiento y si no lo fuésemos, no podríamos consentir porque nuestro consentimiento no sería válido.

La confusión sobre la prioridad del consentimiento sobre la libertad solamente puede producirse como consecuencia de abandonar ese individualismo metodológico e intentar razonar en términos de agregados sociales. El razonamiento sería del siguiente tipo: para que la sociedad sea libre, debe existir un consentimiento por parte de los miembros de la misma respecto de las normas. Pero démonos cuenta de que aquí lo que alguien está haciendo es hablar de la “libertad” de un ente agregado, una sociedad. Está abandonando el individualismo metodológico que tan necesario es para comprender estos fenómenos que, como el consentimiento, son producto de la acción humana individual.

Otro error que a veces ha sido planteado consiste en pensar que la propiedad privada es consecuencia del consentimiento y, por lo tanto, de los contratos. Mas la cuestión no es así, sino justamente a la inversa. Para comprender adecuadamente los contratos (y el consentimiento en que se basan) es preciso que previamente existan títulos de propiedad sobre los bienes, propiedad que deriva del entorno de escasez, la apropiación legítima originaria de los bienes y el traslado de los mismos desde un propietario anterior a uno posterior como consecuencia del intercambio voluntario. Es la propiedad la que antecede de nuevo lógica y temporalmente al contrato y el consentimiento. Es esta idea la que late tras las diferentes teorías del contrato basadas en la transferencia de títulos y el consentimiento¹.

Por lo tanto tiene que ser fundamental describir cual es nuestro punto de partida inicial para tratar el fenómeno del consentimiento. Este punto de partida viene determinado por lo siguiente:

- 1) Un enfoque basado en el individualismo metodológico, propio del razonamiento praxeológico de la Escuela Austriaca de Economía.

¹ Véase a título de ejemplo Evers (1977a); Rothbard (2009); Kinsella (2003); Barnett (1986a), ídem (1986b), ídem (1992a)

- 2) Una teoría previa sobre los derechos de propiedad que en nuestro caso nos parece más razonable que se fundamente en las implicaciones necesarias derivadas del axioma de que el ser humano es capaz de argumentar racionalmente².

Partiendo de esta base podemos ya proceder a definir lo que entendemos por consentimiento. Podemos definir el consentimiento como la *manifestación expresa de la voluntad de modificar las relaciones jurídicas existentes entre una persona y una cosa o entre una persona y una persona, y cualidad moral por la cual esa manifestación de voluntad es jurídicamente exigible*.

Por lo tanto, el consentimiento tiene una doble naturaleza: una naturaleza si se quiere de tipo económico y epistemológico; y una naturaleza de tipo ético. El consentimiento, como mecanismo intersubjetivo de relación permite dos cuestiones fundamentales:

- 1) Asegurarse que los recursos en una sociedad se asignen aprovechando las mejores potencialidades de conocimiento de circunstancias particulares de los diferentes individuos (Barnett, 1992b).
- 2) Dota de respaldo ético a los contratos, al permitir que estos respeten a las personas en cuanto que personas naturales libres y autónomas. (Van Dun, 2003).

Son estas dos características fundamentales (y no otras) las que dotan al “consentimiento” de un papel praxeológico fundamental³. Lo im-

² No podemos detenernos en esta idea porque excede el ámbito inicialmente considerado del trabajo. Simplemente señalaremos que la idea fundamental es que del hecho de que los seres humanos son capaces de argumentar racionalmente se sigue necesariamente que son capaces de reconocerse a sí mismos como propietarios de aquellos bienes escasos que hacen posible continuar el proceso de argumentación racional, empezando por su propio cuerpo y siguiendo con los recursos escasos necesarios para continuar con el proceso. El intento de negar a otro esos mismos derechos de propiedad que son necesarios para continuar con el proceso de argumentación racional supone una contradicción lógica insalvable con mi propia preferencia demostrada en la acción a favor del proceso de argumentación racional, y por lo tanto es un argumento necesariamente inválido o un no-argumento. Este proceso, más desarrollado, es lo que se conoce como “Ética de la Argumentación” y ha sido principalmente desarrollado por Hans-Hermann Hoppe y otros autores, como Jörg Guido Hülsmann, Stephan Kinsella o Frank Van Dun entre otros.

³ Dice Hülsmann: *“This comparison [between economic means and political means of appropriation] has a particular character, though, that needs to be emphasized. Because the alternative between economic and political means is dichotomous, the choice of one of them precludes the other. [...]*

portante aquí no es tratar sobre cuál de las dos características fundamentales (económica y ética) del consentimiento tiene un carácter, si se quiere, “más fundamental”. Esa discusión sería interesante pero irrelevante a nuestros efectos. Lo esencial para nuestro trabajo consiste en darse cuenta de que ambas características caminan en la misma dirección: la de señalar el papel central que para la consecución de los fines individuales y el respeto de los individuos como personas naturales separadas tiene el reconocimiento del papel central del consentimiento en toda teoría de la propiedad privada y su transmisión mediante los contratos.

Respecto de la primera característica del consentimiento (la que hemos calificado como “económica”, o si se prefiere incluso “epistemológica”) tenemos previamente que comprender el fenómeno de las preferencias. Las preferencias tienen un origen exclusivamente basado en la apreciación subjetiva que los individuos al actuar damos a los fines que perseguimos, así como a los medios que utilizamos para alcanzar esos fines. Esta noción es una implicación lógica necesaria del axioma de la acción humana entendida como el comportamiento humano deliberado orientado a alcanzar unos fines determinados entre otros posibles.

Como los recursos (medios) son escasos para alcanzar un número prácticamente ilimitado de fines alternativos de un mismo sujeto o de varios individuos diferentes, debe existir algún criterio que permita que los recursos se orienten hacia la satisfacción de aquellos fines que son más intensamente perseguidos por los individuos que forman parte de todo un entramado complejo de relaciones intersubjetivas basadas en la división del trabajo y del conocimiento.

Siendo las preferencias subjetivas, y por lo tanto internas a los sujetos, el único modo que podemos tener de conocer, siquiera sea de intuir,

It follows that the comparison between the two possible courses of action is a counterfactual one. Whatever Jones does, one compares it to what he could have done instead.”Hülsmann (2004, 58). A nuestro juicio, el razonamiento contrafactual expuesto por Hülsmann debe ser tenido como uno de los tres pilares fundamentales del razonamiento praxeológico, siendo los otros dos el axioma de la acción y el a priori de la argumentación. Precisamente la distinción entre “medios económicos” y “medios políticos” se encuentra, en la existencia o no de un consentimiento válido (no sometido a violencia ni fraude), como manifestación expresa de la elección individual.

las preferencias de los diversos agentes que operan el proceso de cooperación social, dichas preferencias deben de algún modo poder ser externalizadas y transmitidas al resto de actores, con la finalidad de que estos puedan conocerlas y adaptar sus propios comportamientos a una situación tal en que puedan tener en cuenta (y por lo tanto, respetar mediante su acción) las mismas. En el ámbito de una economía de mercado, esta “externalización de preferencias” se manifiesta en la fijación libre de precios que permite que los actores accedan a una información muy condensada, pero suficiente, con la que orientar sus diferentes cursos de acción⁴.

En esta función el consentimiento juega un papel fundamental, ya que es dicho respeto del consentimiento el que permite que los recursos se asignen eficientemente de acuerdo con las preferencias demostradas por los actores conforme a sus circunstancias particulares persiguiendo unos fines subjetivos y utilizando para ello unos recursos que perciben como útiles para alcanzarlos.

El papel del consentimiento es tan esencial para el surgimiento y evolución de los precios de mercado que Randy Barnett llega a afirmar:

“The requirement of consensual transfers affects our ability to take into account the knowledge of others far more profoundly than this simple example suggests. Such a requirement also makes possible the evolution of a powerful institution that enables this personal and local knowledge to be “encoded” and transmitted worldwide in a form that can be easily understood by others and incorporated into their decisions without centralized direction. In short, the requirement of consent permits the evolution of prices” (Barnett, 1992b)⁵

⁴ Quizás el mejor tratamiento del papel de los precios como transmisores de información se encuentra en el célebre artículo de Hayek titulado “The Use of Knowledge in Society”. Ver Hayek (1945).

⁵ La lectura de este artículo es especialmente conveniente para analizar como la propiedad privada y la libertad contractual basadas en el consentimiento permiten lidiar con los problemas de conocimiento e interés (parcialidad e incentivos) en una sociedad libre.

Derivado de todo ello, podemos entender por qué desde la ciencia económica pueden articularse dos leyes económicas distintas según hablemos de un intercambio voluntario (es decir, donde media el consentimiento) o de un intercambio involuntario o coercitivo (donde el consentimiento no existe, ya sea por culpa de la violencia, la amenaza de violencia, o el fraude). En tanto que economistas podemos concluir que un intercambio voluntario se realizará si, y solamente si, lo que ambas parten esperan obtener del intercambio tiene mayor valor para ellos que aquello que esperan entregar a cambio. O lo que es lo mismo, en un intercambio voluntario, en el momento de realizar el mismo, cada uno de los actores demuestra su preferencia por lo que obtienen sobre lo que entregan. Por el contrario, un intercambio no voluntario permite satisfacer los fines de una sola de las partes del proceso (el que coacciona o defrauda) a costa de dejar de satisfacer los fines de la otra (el coaccionado o defraudado, cuya preferencia demostrada es por un “no intercambio”). De este modo vemos como el consentimiento marca la diferencia entre el hecho de que las preferencias de ambas partes sean tenidas en cuenta con respecto al hecho de que solamente las preferencias de una parte entren en la ecuación, haciendo imposible formar auténticos precios de mercado para la transacción y asignar de un modo eficiente los recursos en una sociedad.

La otra gran característica que hemos mencionado sobre nuestra teoría del consentimiento es que permite dotar de una justificación ética a los contratos, una justificación ética que permite a los individuos respetarse entre sí como personas naturales separadas y diferenciadas que son. Aunque hablemos de alguna manera de “seres humanos”, estos no son una abstracción genérica (como veremos, uno de los principales problemas de las teorías contractualistas consiste en no tener en cuenta este hecho), sino individuos concretos con una existencia real, que mediante el proceso discursivo son conscientes de su propia individualidad. Ese proceso discursivo permite a cada individuo ser consciente de su naturaleza como *ego*. Enfrente del *ego*, y separado física y mentalmente de él, se encuentra el otro, un *alter*. Y es mediante el proceso de argumentación racional entre *ego* y *alter*, que estos son plenamente conscientes no solamente que son dos personas física y mentalmente separadas, sino que a

su vez, la persona de *alter* tiene la condición de *ego* para sí misma y la categoría de *alter* para con nosotros del mismo modo en que nuestro caso es igual pero a la inversa. Del mismo modo en que yo (*ego*) soy una persona natural, el otro (*alter*, que a su vez es *ego* para sí mismo), debe ser también una persona natural (un *ego*) solo que distinta de mí (y por eso para mí es *alter*), y no hay nada que yo pueda decirle a él para negar su condición de persona natural física y mentalmente independiente de mí sin contradecirme a mí mismo al hacerlo (Van Dun, 2009).

La importancia del consentimiento, en su sentido ético, es que es la condición por la que los sujetos se reconocen mutuamente como personas naturales, capaces de elección y argumentación autónomas, y por lo tanto la negación del consentimiento implica la negación de las condiciones que son básicas para un proceso de argumentación racional. El consentimiento en la argumentación es la facultad de los individuos autónomos implicados para alcanzar alguna clase de acuerdo, incluso aunque simplemente sea el acuerdo sobre que ningún otro acuerdo es posible⁶.

Un orden tal de personas naturales (al que Frank Van Dun llama “orden natural”) que sea armónico y ético, por lo tanto exige como condición necesaria (aunque no siempre suficiente) un respeto por la naturaleza autónoma de esas personas naturales en su transmisión de títulos de propiedad y en sus relaciones jurídicas. Y eso solamente es posible a través de un respeto por el consentimiento del otro.

Viendo la importancia que el consentimiento tiene, no debe sorprendernos que el artículo 1261 del Código Civil establezca lo siguiente:

“Art. 1261. No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1) Consentimiento de los contratantes.*
- 2) Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3) Causa de la obligación que se establezca.”*

⁶ Ver Hoppe (2010). Capítulo 7.

Lo importante no es que se recoja en el Código Civil (al fin y al cabo, una simple norma de derecho positivo), sino que el Código Civil se limita a sistematizar en este punto un principio general del derecho que establece que para que un contrato sea válido deben existir al menos tres elementos esenciales: consentimiento, objeto y causa del contrato.

La idea del consentimiento como elemento central de las relaciones entre individuos particulares es, por lo tanto, bastante clara e incontrovertible. Sin embargo nos encontramos con un problema cuando esa idea sobre el consentimiento pretende trasladarse al ámbito de las relaciones políticas, entendidas como relaciones de poder. Entre muchos filósofos del derecho y de la política se produce un salto cualitativo: parecen creer adecuada la noción de consentimiento en un sentido “micro”, pero lo abandonan en cuanto dan el paso al nivel “macro” de las relaciones sociales. Esta idea es aún más radical en el caso de los llamados “científicos políticos”, que inspirados por el empirismo estricto de los positivistas y el colectivismo metodológico, refieren sus estudios simplemente a agregados medibles y cuantificables, completamente despersonalizados, y al análisis de supuestas “estructuras de poder” de las cuales los individuos (siempre genéricos) no son más que simples recipientes sin almas propias, que vienen determinadas por las circunstancias estructurales, olvidando que si esto fuese así, como bien señala Steven Lukes, *“dentro de un sistema caracterizado por un total determinismo estructural no habría sitio para el poder”* (Lukes, 2007, 59).

En el ámbito de la “ciencia política”⁷, las interpretaciones han transformado el concepto de consentimiento tan rico que se produce en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, hasta reducirlo simplemente a un mucho más estrecho concepto de “representación” y a una serie de

⁷ Según Ludwig von Mises, *“lo que hoy se conoce como ciencia política es la rama de la historia que estudia la historia de las instituciones políticas y la historia del pensamiento político manifiesto en los escritos de autores que disertaban acerca de las instituciones políticas y diseñaban planes para su modificación”* Mises (2012, 149). Han pasado 50 años desde que Mises escribió *“Los Fundamentos Últimos de la Ciencia Económica”*, y pese a su pretendido cientificismo y cuantificación, lo que hoy conocemos y se enseña como *“Ciencia Política”* no ha producido más avance que el de proporcionar nuevos datos e interpretaciones diferentes sobre la historia.

reglas de adopción de decisiones colectivas, la más importante de las cuales es la que se conoce con el nombre de “regla de la mayoría”.

Además, incluso el concepto de “representación” ha sido transformado, de tal modo que hoy resultaría incomprensible el fenómeno de la representación (con nuestro concepto actual) para aquellos que empezaron a utilizar este concepto siglos atrás. El origen de la representación (en su sentido político) cobra interés fundamentalmente a partir de la Edad Media, y tiene especial impacto en Inglaterra, mientras va de la mano de dos nuevos elementos del mundo político medieval: el surgimiento de los rudimentarios parlamentos, y el comienzo de surgimiento de una cierta administración fiscal en manos de los reyes. El conocido adagio del *“No Taxation Without Representation”* muestra muy bien cuáles son los orígenes de estos mecanismos.

El mandato, como relación entre los representantes y los representados, es quizás el cambio más significativo que ha sufrido esta figura de la representación. En sus orígenes, el mandato de representación guardaba relación con la figura del derecho privado mediante la cual el mandante (o representante) está claramente vinculado por las instrucciones dadas por el mandatario (o representado), y suponía una delegación de cierto modo bastante limitada en su ámbito (por lo general para votar en un sentido u otro sobre un determinado impuesto concreto o para presentar determinado consejo al Rey en sus labores de gestión del reino). Esta figura, conocida como “mandato imperativo” establecía una relación directa, limitada y responsable entre la figura del representante y la de sus representados. Si acudimos por ejemplo a los textos del movimiento leveller (los niveladores) veremos como John Lilburne o Richard Overton se refieren a la representación en ese sentido.

Sin embargo el concepto de representación actual ha sido totalmente trastocado. En nombre de la libertad y el progreso, la figura que vinculaba a representante y representado se vacía de contenido. Una herencia que desde la Revolución Francesa se hizo imparable y que ha llegado hasta nosotros de forma corregida y aumentada. El mandato imperativo (al que se considera fruto de otros tiempos ya superados) ha dejado paso a una nueva figura, la del “mandato representativo” (que por ejemplo consagra nuestra Constitución vigente en su artículo 67.2). Siguiendo a

Sieyes, una nación es “*un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por una misma legislatura*” (Sieyes, 2008, 92).y todos y cada uno de los representantes reunidos en el parlamento representan a la nación en su conjunto (sea esto lo que quiera significar que sea). Vemos por lo tanto que a partir de la Revolución Francesa la relación entre representados y representantes se quiebra para ser sustituida por una relación en el mejor de los casos indirecta, general, ilimitada (salvo por sí misma), y cuya rendición de cuentas frente a los representados es, cuando menos, dudosa. La regla de la mayoría se convierte, además, en la regla habitual para tomar decisiones, con el riesgo de que una mayoría suficientemente extensa pueda pisotear completamente los derechos de los individuos.

No obstante, hay una cierta tradición no siempre adecuadamente percibida, que mantiene vivos los principios del consentimiento aplicados al ámbito de la política. En un par de excelentes artículos, Carl Watner (1986; 2005) repasa la tradición que desde la Edad Media y a través del individualismo, ha acabado llegando a nuestros días. Esa tradición voluntarista se resume en la máxima romana de derecho privado *quod omnes tangit, ab omnibus approbetur* (lo que afecta a todos, debe ser aprobado por todos) e identifica las bases culturales de esta máxima (muy presente durante la Edad Media y en los albores del surgimiento del Estado Moderno) con tres nociones fundamentales: el concepto aristotélico del derecho de la comunidad a participar de su gobierno, la idea germánica de *Genossenschaft* (que recoge el derecho de los miembros de la tribu a elegir a su propio líder), y las nociones de autonomía moral propios de la tradición judeo-cristiana. La idea de consentimiento en esta tradición, pese a que de partida pueda parecer colectivista para algunos lectores superficiales, se aclara perfectamente por parte de Watner como tiene un impulso individualista, porque no debe entenderse como una voluntad del grupo, sino como una voluntad de todos y cada uno de los integrantes del grupo. La idea consiste en que la decisión sobre aquello que pertenece a todos y no puede ser divisible en partes alícuotas se toma atendiendo al criterio de unanimidad, mientras que lo que pertenece a cada uno de ellos de forma distinguida se rige por vincular solamente a los que manifiesten la voluntad de obligarse. No se trata de una regla de la mayoría, ni tampoco de un “contrato social”, sino más bien de una de-

rivación de la idea ius-privatista del consentimiento hacia el ámbito de la comunidad política. Estas ideas están presentes en el “Movimiento Conciliarista”, en figuras como Marsilio de Padua y Guillermo de Occam⁸, se trasladan hacia la escolástica española (y en especial hacia el padre Juan de Mariana), y desembarcan en el mundo anglosajón gracias a John Ponet, al “Movimiento Leveller” (en especial a John Lilburn y Richard Overton) y terminarán desembocando en la tradición del “anarquismo individualista” americano, tradición que ya en la segunda mitad del siglo XX será recogida por los teóricos austro-libertarios.

Una última consideración sobre el consentimiento que resulta importante consiste en revisar la idea sobre el llamado “consentimiento tácito” que ha sido frecuente en ciertas teorías contractualistas. Esta idea puede remontarse hasta el diálogo platónico de “Criton” (Evers, 1977b), y que consiste en señalar que existiendo la posibilidad de emigrar, la decisión de permanecer en un determinado territorio debe considerarse como una aceptación tácita de las normas establecidas políticamente.

La mejor refutación de esta idea la ofrece David Hume, cuando al señalar lo siguiente: *“Sería como si afirmásemos que, pues sigue en el barco, un hombre consiente libremente en obedecer a su capitán, aunque lo llevaron a bordo mientras dormía y para dejar el navío tendría que saltar al mar y perecer”* (Hume, 2006, 105). Resulta por lo tanto completamente injustificado hablar de un consentimiento tácito de las normas políticas, y por lo tanto hemos insistido en nuestra definición de consentimiento hablando de manifestación expresa de la voluntad.

Desgraciadamente, la tradición señalada por Carl Watner no ha sido la única que ha abrazado la idea de consentimiento. Las teorías contractualistas han dominado en buena medida la filosofía política sobre legi-

⁸ Dos figuras a las que por otra parte Rothbard nunca llega a entender. Califica a Marsilio de Padua como *“el [primer] y más influyente de [los] campeones tardo-medievales del absolutismo”* y señala que el nominalismo de Occam *“desde el punto de vista político, fue incapaz de proporcionar criterios de ley natural que oponer al estado, lo que le hacía encajar en el creciente absolutismo estatal del Renacimiento”*. Ver Rothbard (1999, 102-103). Olvida Rothbard el papel que ambos autores conceden a los individuos libres y al consentimiento voluntario, que para Marsilio de Padua y para Occam son los auténticos fundamentos del gobierno. En el caso de Guillermo de Occam, incluso, se excluye la posibilidad remota de que individuos libres y bajo consentimiento voluntario entreguen un poder absoluto y definitivo a los gobernantes.

timidad y consentimiento, en la obra de grandes autores y en muchas cabezas de ciudadanos comunes, hasta estar presentes todavía el día de hoy.

No es objeto de este trabajo analizar en profundidad cada una de las teorías contractualistas, sino establecer sus características generales y enumerar algunos de sus principales errores con el fin de posibilitar nuestra alternativa basada en el consentimiento y en las redes contractuales.

Lo primero que tenemos que decir es que no existe una sola teoría del “Contrato Social”, sino que podemos distinguir al menos dos etapas muy claramente diferenciadas, y en cada una de ellas diferentes teorías. Podemos así distinguir entre un contractualismo clásico, vinculado sobre todo a las obras de Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau (así como a otros autores como Spinoza o Kant), y una serie de teorías neo-contractualistas surgidas en las últimas década a raíz de la obra “Teoría de la Justicia” de John Rawls. Aunque ambas tradiciones comparten ciertos rasgos, se trata de dos tradiciones intelectuales diferentes, cada una de ellas con sus propios inconvenientes.

El contractualismo clásico se puede analizar por autores, pero existen una cierta serie de rasgos generales que todos ellos comparten en mayor o menor medida y es en estos elementos en los que vamos a centrar nuestro análisis.

En primer lugar, las teorías del contractualismo clásico ofrecen un intento de explicación integral de la sociedad humana (y en esto se diferencian claramente de los neo-contractualistas). Partiendo desde una idea misma de la naturaleza humana que en cada autor es diferente, conciben una situación de “estado de naturaleza” que por un motivo o por otro es inadecuado para la cooperación social. Puede ser un estado de guerra permanente (como en Hobbes), de cooperación social con ciertas dificultades (como en Locke), o de un buen salvaje que se ha visto corrompido por las instituciones de la sociedad, y en concreto de la propiedad privada (sería el caso de Rousseau). Para salir de dicha insatisfacción, los individuos participan de una suerte de gran pacto o contrato que engloba a toda la sociedad, por el cual los hombres abandonan el estado de naturaleza ingresando en un nuevo “estado de socie-

dad". El contrato es, para estos autores, el origen mismo de la sociedad humana tal como la conocemos. Es el fundamento de todas las normas y derechos de los individuos y de sus gobernantes (en ocasiones, como en Locke, los que serán gobernantes participan del propio contrato, mientras que en otras, como el Leviathan de Hobbes, el pacto es entre los súbditos pero el soberano queda formalmente fuera del mismo). Tras el pacto y la entrada en sociedad, las decisiones deben ser adoptadas siguiendo alguna clase de regla de decisión: la voluntad del soberano (Hobbes), la regla de la mayoría (Locke) y la noción, tan metafísica como inexplicable, de la "voluntad general" que no es una suma de voluntades individuales sino algo que, sin saber por qué, la trasciende (Rousseau).

Al margen de la posibilidad o no de desentrañar la corrección de una idea sobre la "naturaleza humana" en abstracto (cosa que realmente excede el objetivo de este trabajo), este esquema presenta algunos problemas. En primer lugar, presenta el contrato social como base a través de la cual se forma la sociedad. Se desconoce por lo tanto que el individuo, desde el momento mismo en que nace, participa ya en relaciones sociales, como el ámbito familiar. No existe, por lo tanto, tal "estado de naturaleza" independiente de las relaciones sociales. En segundo lugar, se hace desaparecer para el estado de sociedad el mismo criterio de consentimiento que estaba presente en la formación del contrato. La razón que da cada autor es diferente, pero todos tienen en común que parecen señalar que el criterio de consentimiento previo y posterior al pacto no es asimilable. En tercer lugar, el criterio de decisión que se adopta en los diferentes casos es arbitrario, pues la regla de la mayoría, el criterio de voluntad del soberano, o la idea de "voluntad general", ofrecen criterios de "consentimiento" de carácter colectivista, completamente desvinculados del consentimiento tal como lo hemos entendido en este trabajo.

El segundo elemento que las diferentes teorías contractualistas comparten es que pretenden tener una doble naturaleza. Por un lado buscan ser teorías que den cuenta sobre el origen histórico del Estado, mientras que por el otro buscan servir de sustento normativo a la legitimidad de la dominación política. Respecto de la primera idea, puede señalarse claramente como ninguno de los estados que conocemos, ni tampoco los gobiernos que los dirigen, han aparecido o llegado al poder

como consecuencia de ningún pacto firmado expresamente por los gobernados. Por el contrario, todos ellos son consecuencia de una variada proporción de fenómenos complejos, donde las luchas internas y las guerras (más que los contratos) han desempeñado un papel fundamental (Tilly, 1985).

Respecto de la segunda idea, la de la justificación de la dominación política, debemos señalar que todos estos autores se acogen de un modo u otro a una idea del consentimiento tácito (Evers, 1977b), con lo que la introducción de esa idea vicia de por sí cualquier razonamiento al respecto, al ser un consentimiento que, como hemos señalado, no puede considerarse válido ni permite justificar en su nombre norma política alguna.

La tesis de los autores neo-contractualistas es más modesta. Estos autores (entre los que podemos destacar a Rawls, Gauthier y Buchanan) lo que buscan es encontrar una justificación a las normas de justicia y a la labor del Estado respecto de las mismas.

El razonamiento es ligeramente distinto al de los contractualistas previos. Para ellos existe una situación o posición originaria, pero reconocen que no es más que un constructo teórico con fines de la exposición. En esa situación de posición originaria, los individuos deben racionalmente elegir sobre las situaciones de partida en el seno de una sociedad, atendiendo a una serie de criterios que cada autor considera más importantes pero compartiendo todos ellos que los individuos en la posición originaria se encuentran inmersos en una situación de "velo de la ignorancia" o "velo de incertidumbre" que les impide conocer ex ante la posición de partida que ocuparán en cada sociedad. El "contrato" o "pacto" es el acuerdo racional entre los individuos (bajo criterios de justicia moral y de maximización económica) sobre el tipo de normas que permiten alcanzar lo que a juicio de cada uno de estos autores es una sociedad más justa, con normas diferentes en cada caso (por ejemplo Rawls se inclina por ciertas políticas de redistribución de la riqueza que intentan mejorar a quien menores recursos iniciales tiene, mientras que Gauthier y Bucha-

nan consideran que dichas normas carecen de justificación en el contexto del pacto)⁹.

Los tres principales errores de estas teorías consisten en:

- 1) Desconocen que la racionalidad del ser humano no funciona del mismo modo en que parecen explicarla los modelos de maximización propios del enfoque económico neoclásico.
- 2) El problema del “velo de ignorancia” o “velo de incertidumbre” no consiste en la admisión de problemas del conocimiento por parte de los actores. Para estos autores, no existen realmente problemas de conocimiento al usar los mecanismos de la economía neoclásica. El problema del “velo de la ignorancia” lidia con “problemas de interés” (Barnett, 1992b). Debería por lo tanto rebautizarse, para una mayor comprensión, como “velo de imparcialidad”.
- 3) Al igual que el contractualismo clásico, presentan los problemas de la adopción de decisiones, consentimiento tácito y problemática colectivista desligada de una noción verdaderamente individualista y dinámica del consentimiento y el contrato. La propia idea de un solo pacto social debe hacernos ver el error.

III. REDES CONTRACTUALES COMO ALTERNATIVA REALISTA Y DINÁMICA

Nuestros comentarios no pretendía ser una crítica completa de las teorías contractualistas, sino más bien una crítica al problema de enfoque y de comprensión del consentimiento. No obstante, consideramos que es posible una alternativa a la concepción estática y holística que ofrecen las diversas concepciones contractualistas sobre el consentimiento.

Nuestro modelo se fundamenta en una perspectiva tanto realista como dinámica para trasladar la noción de consentimiento propia de los contratos privados al ámbito de la organización de fenómenos de inter-

⁹ Ver Kymlicka (1995). Pese a que no compartimos el enfoque presentado por Kymlicka, excesivamente colectivista y basado en los “derechos de grupo”, su trabajo sí repasa cuales son los elementos explicativos más frecuentes en la teoría neo-contractualista rawlsiana y en sus alternativas más “libertarias”.

acción social de cierta complejidad (a nuestro modo de entender, da buena cuenta explicativa de las sociedades mercantiles, de las comunidades de propietarios y de las redes de relaciones de vasallaje durante el feudalismo, aunque sería posible encontrarle otras aplicaciones). Las características o rasgos fundamentales del modelo de redes contractuales que proponemos son los siguientes:

- 1) El modelo de redes contractuales presupone la existencia de individuos (personas naturales) con un conocimiento limitado y disperso, y que son titulares de derechos de propiedad tanto sobre sí mismos como de aquellos bienes que originalmente se apropian (o producen) de manera legítima.
- 2) El modelo de redes contractuales presupone un individualismo metodológico, esto es identifica al individuo como el sujeto de pensamiento, sentimiento y acción único. Solamente los individuos piensan, solamente los individuos sienten, solamente los individuos actúan. Sin embargo, individualismo metodológico no implica individualismo atomizado: desde nuestro mismo nacimiento (en el seno de una familia) estamos insertos los individuos en un marco de relaciones intersubjetivas. Estas relaciones intersubjetivas son las propias de un “orden de personas naturales”, y se traducen en el principio de no agresión y en el respeto del otro como persona natural física y mentalmente separada de nosotros (realidad que se hace evidente en el proceso de argumentación)
- 3) El consentimiento en un marco de redes contractuales se corresponde con el consentimiento propio del derecho privado que hemos señalado. Debe, por lo tanto, ser expreso, y el fundamento del consentimiento consiste en hacer expresa la voluntad de modificar las relaciones jurídicas existentes previamente. El contrato no solamente es múltiple en lugar de único, sino que además cambia en lugar de ser estático, como lo hacen las manifestaciones expresas del consentimiento. Al mismo tiempo, el hecho de que el consentimiento sea necesariamente expreso no implica que el contrato deba plasmarse en documento físico tangible (es válido un contrato verbal, siempre que se explicita la voluntad de vincularse al mismo).

- 4) La “sociedad” no se rige por un único contrato social homogéneo y vinculante para todos. En la “sociedad”, por el contrario, se producen múltiples contratos privados entre los individuos, todos ellos conviviendo en un mismo tiempo y espacio y resultando vinculantes exclusivamente para aquellos que hayan consentido en vincularse a los mismos. La “sociedad” es por lo tanto un inmenso orden espontáneo de relaciones contractuales, un inmenso mapa conceptual de contratos vinculados o no entre sí, superpuestos, integrados de forma no centralizada. Ese mapa conceptual va sufriendo pequeñas variaciones paulatinas, cada vez que una relación jurídica entre dos personas o entre una persona y una cosa se modifica a través de un acuerdo voluntario. Cada nueva transformación varía también las normas de las relaciones en un gran mecanismo de “leyes policéntricas”.
- 5) Las organizaciones, son también ellas mismas pequeñas redes contractuales de ámbito más reducido. La principal diferencia entre la gran red contractual y estas otras más limitadas, a parte del ámbito, consiste en que todos los individuos que forman parte de esta organización tienen entre sí relaciones contractuales por el hecho mismo de formar parte de ésta (es decir, los contratos en red, producen un vínculo entre todos y cada uno de los miembros de la organización).
- 6) Aunque el modelo de redes contractuales presupone la idea de propiedad privada entendida como uso exclusivo de recursos escasos, no excluye por sí misma la posibilidad de que los propietarios decidan la posibilidad de poseer propiedades en común. Las decisiones de gestión de las propiedades en común, para respetar plenamente nuestra idea de consentimiento deben adoptarse teniendo en cuenta la máxima de *quod omnes tangit, ab omnibus approbetur* y por lo tanto exige la norma de unanimidad. Fórmulas como la regla de la mayoría vulneran el principio de consentimiento en la

gestión de propiedades que son poseídas verdaderamente en común¹⁰.

Brevemente vamos a intentar explicitar el modo en que nuestra idea de redes contractuales permitiría explicar tres fenómenos distintos: las sociedades civiles y mercantiles basadas en derecho privado, las comunidades de propietarios en una sociedad libre, y las redes de vasallaje de la sociedad feudal.

Respecto de las sociedades civiles y mercantiles, encontramos que una serie de individuos, compartiendo una serie de fines comunes deciden establecer una organización para alcanzar dichos fines, dotando a la misma con personalidad jurídica. Sin embargo, esta idea no es más que una simplificación del fenómeno que realmente tiene lugar. En una sociedad civil o mercantil, lo que realmente se produce es una intensa transformación de los vínculos contractuales entre todos sus miembros (para simplificar, entre los socios en su origen, grupo al que luego se añaden otros individuos, como por ejemplo los que prestan servicios laborales en la sociedad). Esta transformación de vínculos, tradicionalmente se plasma en un documento al que se da el nombre de “contrato de sociedad”. No obstante, el contrato de sociedad simplemente es uno de los contratos que tienen lugar, quizás el único que se plasma en un documento formal, pero no es ni mucho menos el único contrato (y por ende, consentimiento expreso) que tiene lugar. Todos y cada uno de los socios, entre sí, establecen una red de vínculos contractuales ligados entre sí por el contrato de sociedad formal. La personalidad jurídica que se concede a la sociedad no es sino un constructo conceptual teórico que permite entender las relaciones internas de los socios, simplificar las relaciones de los socios con terceros y dotar de un cierto carácter de “in-

¹⁰ A estas alturas debería estar claro que, siempre a nuestro juicio, la totalidad de los Estados existentes y buena parte de las sociedades mercantiles (al menos en sus formas habituales de Sociedad Anónima y Sociedad Limitada) tienden a vulnerar este principio de consentimiento y son, por lo tanto, contrarias a lo que entendemos como criterio de consentimiento para una sociedad libre, al menos en lo que se refiere a las decisiones sobre gestión de propiedad común. Vulnerar este principio no niega la existencia (y el posible análisis conforme a nuestro modelo) de dichas organizaciones, simplemente establece un criterio de que las mismas vulneran el consentimiento libre y voluntario del derecho privado en su composición actual.

mortalidad” a la sociedad permitiéndole mantenerse en el tiempo más allá de la presencia de los socios en la misma. No deja, sin embargo, de ser una simple ficción legal, pues las únicas personas reales son los individuos que participan de la relación de sociedad.

La explicación más frecuente para las comunidades de propietarios es la explicación “descentralizadora” según la cual un único individuo se apropia del total de la propiedad y va enajenando partes de la misma a terceros con ciertas condiciones¹¹. No obstante, también es posible una explicación “federativa” según la cual propietarios aislados originalmente, deciden integrarse a través de una serie de pactos entre ellos en una comunidad de propietarios de nueva creación. Las explicaciones libertarias tradicionales responden bien al primer modelo, pero creemos que para el segundo resulta más conveniente nuestra idea de redes contractuales.

Un caso muy parecido es el que se produce entre las relaciones de vasallaje en la sociedad feudal. Los contratos de vasallaje (a diferencia de las relaciones de servidumbre también propias de la sociedad feudal) deben entenderse como contratos sinalagmáticos (de derechos y obligaciones por ambas partes) integrados en una red que vincula a múltiples individuos en calidad de señor y de vasallo, hasta el punto que un señor podía ser a la vez vasallo de otro. Las explicaciones tradicionales tienden a percibir una “pirámide de vasallaje”, aunque las relaciones quizás fuesen más horizontales y de “redes contractuales” de lo que normalmente se piensa.

BIBLIOGRAFÍA

BARNETT, R. (1986): «A Consent Theory of Contract», *Columbia Law Review*. Disponible en:

<http://randybarnett.com/aconsent.htm>

– (1986): «Contract Remedies and Inalienable Rights», *Social Philosophy & Policy*. Disponible en:

¹¹ Por ejemplo, Evers (1977a).

<http://randybarnett.com/4socphilpol179.html>

– (1992): «Some Problems With Contract As Promise», *Cornell Law Review*. Disponible en: <http://randybarnett.com/some.htm>

– (1992): «The Function of Several Property and Freedom of Contract, Social», *Philosophy & Policy*. Disponible en: <http://randybarnett.com/9socphilpol62.html>

EVERS, W. (1977): «Toward a Reformulation of the Law of Contracts», *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 1, No. 1. Disponible en:

http://mises.org/journals/jls/1_1/1_1_2.pdf

– (1977): «Social Contract: A Critique», *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 1, No. 3. Disponible en:

http://mises.org/journals/jls/1_3/1_3_3.pdf

HAYEK, F.A. (1945): «The Use of Knowledge in Society», *American Economic Review*, XXXV, No. 4. Disponible en:

<http://www.econlib.org/library/Essays/hykKnw1.html>

HOPPE, H.H. (2010): *A Theory of Socialism and Capitalism*, Ludwig von Mises Institute. Disponible en:

<http://library.mises.org/books/Hans->

[Her-](http://library.mises.org/books/Hans-)

[mann%20Hoppe/Theory%20of%20Socialism%20and%20Capitalism,%20A.pdf](http://library.mises.org/books/Hans-Hermann%20Hoppe/Theory%20of%20Socialism%20and%20Capitalism,%20A.pdf)

HÜLSMANN, J.G. (2004): «The A Priori Foundations of Property Economics», *The Quarterly Journal of Austrian Economics* Vol. 7 No. 4. Disponible en: http://mises.org/journals/qjae/pdf/qjae7_4_4.pdf

HUME, D. (2006): *Ensayos Políticos*, Editorial Tecnos, 2006.

KINSELLA, S. (2003): «A Libertarian Theory of Contract: Title Transfer, Binding Promises, and Inalienability», *Journal of Libertarian Studies* Vol. 17, No. 2. Disponible en:

http://mises.org/journals/jls/17_2/17_2_2.pdf

KYMLICKA, W (1995): *Filosofía Política Contemporánea: Una Introducción*, Editorial Ariel.

LUKES, S. (2007): *El Poder: Un Enfoque Radical*, Siglo XXI de España Editores, Segunda Edición en Español (ampliada), 2007.

MISES, L. von (2012): *Los Fundamentos Últimos de la Ciencia Económica*, Unión Editorial, 2012.

ROTHBARD, M. (1999): *Historia del Pensamiento Económico, Volumen 1*. Unión Editorial, 1999.

– (2009): *La Ética de la Libertad*. Unión Editorial, Segunda Edición, 2009.

SIEYES, E. (2008): *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los Privilegios*. Alianza Editorial, 2008.

TILLY, C. (1985): *War Making and State Making as Organized Crime*. Incluido en: *Bringing the State Back In*, (editado por Peter Evans, Dietrich Rueschemeyer y Theda Skocpol), Cambridge University Press.

VAN DUN, F. (2003): «Natural Law: A Logical Analysis», *Etica e Politica*, Monográfico “Perspectives on Libertarianism”. Disponible en:

http://www2.units.it/etica/2003_2/vandun.htm

– (2009): «Argumentation Ethics and the Philosophy of Freedom», *Libertarian Papers*, Vol. 1 No. 19 (2009). Disponible en:

<http://libertarianpapers.org/articles/2009/lp-1-19.pdf>

WATNER, C. (1986): «“Oh, Ye Are For Anarchy!”: Consent Theory in the Radical Libertarian Tradition», *Journal of Libertarian Studies* Vol. 8, No. 1. Disponible en:

http://mises.org/journals/jls/8_1/8_1_9.pdf

– (2005): «Quod Omnes Tangit: Consent Theory in the Radical Libertarian Tradition in the Middle Ages», *Journal of Libertarian Studies* Vol. 19, No. 2, Spring. Disponible en:

http://mises.org/journals/jls/19_2/19_2_4.pdf

AN INTRODUCTION TO INSTITUTIONAL COORDINATION AS AN ALTERNATE MODEL FOR NEO-INSTITUTIONAL ECONOMIC ANALYSIS

RUBÉN MÉNDEZ REÁTEGUI¹

Abstract: In this paper, through the formulation of an alternate conceptual model, the author links the concepts of *functional entrepreneurship* and *institutions*, understood as a set of categories -formal and informal rules- showing a complex, dynamic and interactive character. Furthermore, the aim of this paper is to introduce an exploration of the concept of *institutional coordination* or positive institutional interaction as an essential element for neo institutional economics analysis. This aim proposes the hypothesis that *institutional coordination* or *positive interaction* among formal and informal institutions is the real key element for a theoretically consistent and comprehensive analysis, evaluation and testing of institutions. Moreover, the paper is attached to the “*meta*” concept of society, represented as a process of dynamic collaboration among individuals. This assumption seeks to suggest an improved theoretical standard through the insertion of concepts taken from *classical legal theory* such as “*desuetude*” and “*contra legem custom*”. This theoretical standard leads the author to introduce a set of contributions to the contemporary heterodox economics literature: a. Negative institutional interaction is a process where overlapping and displacement between formal and informal rules cannot be leaved outside the model; b. A dis-

¹ Rubén Méndez R. is a researcher in the Department of Economics at Macquarie University in Sydney in Australia and visiting scholar at Complutense University of Madrid and Salamanca University in Spain.

cussion in terms of institutional *marginal rate of technical substitution* becomes important for deciding the best possible combination of formal and informal institutions; c. An exploration of the *determinants for institutional elasticity*, as the author assumes, that determinants of institutional elasticity mainly correspond to the ease with which a "formal institution" can be replaced by an "informal institution" and vice versa; d. The use of the *brain reward system* and the Neuroscience approach introduced as a tool to improve the analysis of institutional coordination. Together the significance of these contributions brings a secondary hypothesis: traditional neo institutional analysis is weak, in the sense that, it avoids dealing with the real role and relevancy of informal institutions shouldering the prevalence of the formal institutional framework to reach institutional predictability and a sustainable social order. Therefore, the author claims that the traditional analysis is mistaken as it indirectly supports a separation and confrontation between contributions emerging from the legal abstract theory of the sources of law (Gherzi, 2007) and economic analysis.

I. INTRODUCTION

All further measurement or empirical analysis requires a conceptual or theoretical model since measurement or empirical research without theory is vacuous. In this regard, the conceptual framework must elaborate the substantive problems of concern, specify the particular hypotheses that require investigation and provide a set of operational definitions of the variables that are regarded as central to the analysis.

Therefore, the main purpose of this paper is to provide a conceptual and theoretical overview of the "state of the art" of the phenomenon named *institutional coordination* or *positive institutional interaction* in correlation with an alternate understanding of the concepts of *functional entre-*

*preneurship*² and *institutions* as have been proposed by Israel Kirzner (1978) and Douglass North (1990) respectively.

With regards to this, the specific objectives are: 1) To introduce a successful conceptual model for further qualitative and quantitative studies; 2) To introduce and describe the concept of institutional coordination; 3) To highlight the particular problems that arise when analysing some theoretical characteristics of those societies in correlation with the level of institutional coordination (strength or weakness); 4) To briefly show the advantages of an alternate approach as a harmonizing instrument seeking to improve the adoption of perspective (such as *Institutional Quality*) as it has been traditionally understood by contemporary heterodox-market-oriented economics.

As the aim of this paper is to develop the notion of institutional coordination, from an alternate perspective, it is important to understand that contributions from legal, sociological and non-standard economic theory were considered complementary. Interdisciplinary research focused on: a) the relevance of institutions, b) individuals interacting as complex and dynamic groups, and c) economic agents expressing the essence of the entrepreneurship function. These require a unified methodology as understood by classical economists like Smith or one of the fathers of the marginal utility approach, Carl Menger (1976 [1871]). This is not a matter of “academic labels” or “fancy proposals,” on the contrary; this is essential to build a better explanation of how the interaction between functional entrepreneurship and institutions can affect a country’s economic performance and growth.

Therefore, in order to introduce the concept of *institutional coordination* or positive institutional interaction, an explanation has been built

²Entrepreneurship is an essential concept for the development of the theoretical framework discussed in this paper. The entrepreneurship function is defined here as the human ability to discover new entrepreneurial opportunities. According to Kirzner (1973), the entrepreneurship function refers to every individual, not just another factor of production or a simple microeconomic concept, and is primarily related to the level of uncertainty in the market. The same author suggests (but did not introduce any further exploration) that improving dynamism through informal institutions can reduce uncertainty.

about the relevancy of an economic theory of rules for a successful economic assessment. In this sense, we depart from the hypothesis that *institutional coordination or positive interaction* between and among formal and informal institutions is the real key element for a theoretically consistent and comprehensive analysis, evaluation and testing of institutions (rules of the game). There is also a secondary hypothesis: traditional neo institutional analysis is weak, in the sense that, it avoids dealing with the real role and relevancy of informal institutions shouldering the prevalence of the formal institutional framework to reach institutional predictability and a sustainable social order. In addition, we also claim that the traditional analysis is mistaken as it indirectly supports a separation and confrontation between contributions emerging from the legal abstract theory of the sources of law (Gherzi, 2007) and economic analysis. Therefore, this paper introduces a conceptual model where this separation is stopped in order to effectively integrate economic and legal analysis of institutions. Moreover, institutions have been presented as economic goods, which can be evaluated not only through the use of classic concepts such as marginal value and cost but also in terms of elasticity. Consequently, the paper introduces a preliminary proposal where the determinants of institutional elasticity have been classified and roughly described.

Therefore, the first chapter will explore the theoretical significance of coordination among institutions and how the interaction of subjective preferences and production factors is mediated through several layers, that is, through legal, social, cultural and political institutions or rules; the second chapter will discuss the relation among institutions and society. In this chapter a society is presented as an example of *spontaneous order*, thus, as a highly complex structure not consciously designed by anyone and comprised of human interactions carried out according to certain rules, habits, or standards of conduct. The third chapter introduces an explanation of how the lack of positive institutional coordination or *coordination problem* emerges. The fourth chapter presents a discussion of the institutional *marginal rate of technical substitution* due to a consistent analysis of institutional coordination, which requires decid-

ing the best possible combination between and among formal and informal institutions. The fifth chapter explores the determinants of institutional elasticity. It has been assumed that determinants of institutional elasticity mainly corresponds to the easiness that a "formal institution" can be replaced by an "informal institution" and vice versa. In addition, the sixth chapter explores how the *brain reward system* and institutional coordination are linked. We considered that contributions coming from the Neuroscience approach would become an essential tool to complete the conceptual model proposal and any further analytical and theoretical explorations. Finally, sets of conclusions are submitted.

II. THE RELEVANCE OF COORDINATION AMONG INSTITUTIONS

One of the main effects of the leading *neoclassical paradigm* within economic theory after 1850 was the "rejection" of aspects not considered as pure economics such as *pure subjective preferences* and *entrepreneurial judgements, functional entrepreneurship* with and without access to capital, knowledge and information, rules (institutions) formation, discovery or production, etc.

This was a great contrast to the thinking of the classical economists like Smith, Malthus, and Ricardo, who had stressed the importance of the social, cultural and political analysis of economic phenomena on a particular basis. According to Boettke et al. (2010):

"Classical economists saw the market as a process of competitive rivalry and dynamic entrepreneurial discovery. They placed importance on the economics of organizations and examined the political process with the same behavioural assumptions that they used to examine the market process."

However, interest in the interaction between the social-political environment and the economy (meaning a *humanistic approach*) remained attached to the heterodox tradition, specifically in later authors like Menger. According to Klein (2007):

“Menger favoured an approach that was deductive, teleological, and, in a primary sense, humanistic. (...), he was primarily interested in explaining the real- world actions of real people, not in creating artificial, stylized representations of reality.”

In this regard, the theoretical deep fissure that has survived into the economic mainstream years later allowed modern-market-oriented heterodox economics to reach increasing notoriety (Roux, 2006). For these economists, economics was the study of purposeful human choice, the relationship between means and ends guided by complex rules: *institutional rules*.³ Inspired by this perspective, in this paper we will consider that *“economics has to be understood as an exchange or the science of social exchange. More precisely, we understand economics as an exchange of property rights developed and guided by a set of formal and informal rules (institutions) and carried out by the entrepreneur in an evolutionary social context.”*

Furthermore, economic approaches such as the Neo Austrian and the New Institutional were able to show that the interaction of subjective preferences and production factors is mediated through several layers, that is, through legal, social, cultural and political institutions or rules. Consequently, the difference in levels of performance and economic de-

³ Generally speaking, it can be stated that society is ruled by two kinds of institutions: Formal (statutes, etc.) and informal institutions (customs, etc.). The Government, represented by the legislative, executive and judicial powers, introduces formal institutions or rules. These institutions are static and arise from the monopolistic power of government. Informal institutions are dynamic, and their legitimacy and enforcement are based on the need for social acceptance. Even though there is a difference between formal and informal institutions, there is also a level of interdependence between these sorts of institutions. Formal institutions create a fundamental social order and coordination, which is important for the development of informal institutions, whereas informal institutions reflect the level of social acceptance or rejection of the society’s formal institutions. This scenario has been described as the *“competitive character”* of formal and informal institutions where a society will no longer recognize poorly developed formal institutions, and will progressively substitute them with new informal institutions. Formal and informal institutions cannot be isolated. We believe that a comprehensive institutional analysis has to perceive the existing chains between both groups of rules. In this paper, the complex chains created by formal and informal institutions will be referred as *“institutional network”*.

velopment among countries was better understood with a *coordinated institutional framework*, which denotes divergent levels of *productive* (Baumol, 1990) and *functional entrepreneurship* (Foss et al., 2010).

A coordinated institutional framework in close connection with the exercise of *functional entrepreneurship* is essential to introduce an incentive scheme that results in economic outcomes that can be categorized as efficient (i.e., allowing social fabric to unfold in an atmosphere of low transaction costs) because it creates a structure to encourage economic growth. This also means that the institutional framework and entrepreneurship have shaped property rights and markets have provided an environment where competition (process of rivalry) can exist and flourish. Without the existence of entitlements or rights showing vigorous property rights, individuals could not invest in human or physical capital, develop or adopt new technologies or implement new ideas. When the institutional framework suffers from a serious lack of coordination it does not allow markets to flourish. This is attributable to its distortion by the ruling government, and therefore, the resources tend to be allocated incorrectly (diseconomies).

These *diseconomies* can negatively impact societies seeking to promote innovation through the market process and individuals looking to achieve “prosperity” in a context of voluntary cooperation and non-aggression. Consequently, an institutional framework that cannot prevent *social failures* by, for example, stopping perverse behaviour on economic agents such as politicians, bureaucrats or unproductive (mercantilist) entrepreneurs (Ghersi, 2009) will affect efficient growth, better income creation and redistribution through the market process. Therefore, a framework of coordinated institutions matters because it helps to solve a key economic problem for agents: coordination of their entrepreneurial projects and the development of specific productive activities based on efficient economic calculation.

Beyond that, it has raised an emerging consensus that the institutional framework plays a key role in shaping the growth (North, 1990) and developing nations (Acemoglu, 2005). In addition, it is important to consider the role that the institutional framework has in promoting economic change and sustainability, in other words, towards a statement

that explains the differences in economic growth and development among countries with different social environments.

Although many economists agree on the objectives and the relevant role of the institutional framework -in general- the concept of institutions differs in economic literature. Economists have not introduced a definition that can be considered as generally accepted, because of the lack of a unified economic theory of institutions themselves. As a result, the definition of institutions is a currently open debate. According to Hodgson (2006):

“The use of the term institution has become widespread in the social sciences in recent years, reflecting the growth in institutional economics and the use of the institution concept in several other disciplines, including philosophy, sociology, politics, and geography.”

Following this, a brief literature review will show that multiple definitions exist, though many of them are extremely narrow, general or vague (San Emeterio, 2006). It is assumed that this topic is important because institutions are not simple legal statutes in *first and last social order* but are evolutionary mechanisms with a grade of homogeneity and temporal transcendence (as they were known in the Republican Rome). Therefore, it can be stated that institutions vary in shape, size, importance and role, and are not stress-free to transplant or transfer (almost impossible in the case of informal institutions) from one country or region to another, differing significantly not simply among developing countries, but also in conjunction with those of developed nations. Furthermore, even in a formal sense they are problematic to define because they include rules or legal mandates (written laws) and dynamic rules that govern social interaction in a society (evolutionary rules as customs and social practices).¹

From a neo institutional point of view according to Gagliardi (2008), in an effort to synthesize and extend their understanding, institutions can be classified into three categories. The first category considers institutions as the *rules of the game*. As it has been described by North (1990):

“Institutions are the rules of the game in society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic.”

The second category, presented by Nelson’s previous research (1994), describes institutions as the *players participating in the game*. This idea is later shown and quotes by Aoki (2007):

“Nelson identifies institutions with prominent organizations such as “industry associations, technical societies, universities, courts, government agencies, legislatures, etc.”

In addition, Gagliardi (2008) states that this definition considers the role of those who have to enforce rules and assure that individuals comply with them. As this author has explained, this is important because:

“(...) along with the rules in force, this definition considers also the role played by those who have to apply the rules and ensure they are respected by others, as well as the organizations. In this context, examples of institutions are universities, courts, industry associations, government agencies etc.”

The third category considers institutions as the result of the self-fulfilling balance of a game. As observed by neo-institutional scholars (Agandoña, 1991), this apparently broad definition consists of two inter-related elements: a. perception of the players, and b. organizations that modify the game. In the same vein, and following previous research from Schotter (1981), Gagliardi (2008), has stated:

“(...) this definition considers institutions as the self-enforcing equilibrium outcome of the game (...). More precisely, institutions are made up of two interrelated elements: the beliefs individuals form on others’ behaviour and the organizations, which can alter the rules of the game.”

In regards to this last category, Aoki (2007) states that an institution represents a "*self-sustaining system of shared beliefs*".⁴ Aoki's theoretical approach balances North's view, since it barely focuses on the value of institutions or rules, but also the way that the game needs to be played or coordinated (second category). Therefore, it is necessary to consider:

- 1) The degree of interaction among institutions (formal and informal) and its relevant *sub types* that can be rescued from Roman law and Civil law scholars (Gherzi, 2007). The purpose of referencing institutional sub types is to save the general classification of *sources of law* used in the civil law tradition (continental European law). In that sense, we believe that more than one category of both formal and informal rules exist. Nevertheless, this fact has been extensively studied by legal theory without necessarily and explicitly establishing a connection, even with contributions from modern heterodox economics.
- 2) To understand how the players (individuals exercising functional - productive or unproductive- entrepreneurship) assume their key role.

However, to cope with a proliferation of interpretations, it is desirable to maintain a consistent view. In this regard, North's contributions (1991) should be understood as a starting point. North (2005) describes institutions as "*humanly devised constraints*" which are due "*to structure the political, economic and social interaction.*" These human limitations can be divided into formal constraints (constitutions, laws, regulations) and informal constraints (involving taboos, customs, codes of conduct, social uses), in other words, manufactured restrictions that -as it was shown by Barry (1997)-, shape *spontaneous human interaction*. This conceptualization provides a valuable road-map indicating how humans interact with each

⁴ Gagliardi (2008) also refers that this third category has been extensively explored from a games theory approach: "*This last view has been further elaborated by using the evolutionary game approach (see Aoki, 1995; Bowles, 2001; Sugden, 1986 and 1989; Young, 1998, among others) and the repeated game approach (Calvert, 1995; Greif, 1989, 1994a, 1997a and 1998a; Greif et al, 1994; Milgrom et al, 1990).*"

other as individuals or social groups (inside a complex political, social or economic process). That is, institutional studies have to be closely linked to ideas awaiting further development such as *institutional competition, institutional opportunity cost and a mixed theory (law and economics) of institutional evolution and change* (Mendez, 2011). These are important because even describing this phenomenon on a different basis the mainline institutional analysis did not assume the existence of institutional competition. According to Meisel et al., (2007):

“The system of regulation that continues to dominate the social sphere remains based on personal ties and relationships, observance of unwritten and strict norms (submission to authority, to tradition, etc.). (...) Confidence (in the relation to authority, the circulation of information, and the observance of rules) is produced and shared on an idiosyncratic basis, in other words, in the light of the intrinsic characteristics of individuals or their membership to a group (...).”

1. The essence of Institutions: a revision of customs from a legal approach

From a theoretical legal approach, customs that are the main mechanism to represent an informal institution are considered a source of law of formal nature. In Roman law they had been stated in two basic forms: a. *Don't harm anyone*, b. *Give to each his own*. Currently, in Civil Law family customs are described as constant repetition of habits. In addition, when customs represent or concur with legal standard features is called “legal or juridical customs”. Those customs enforce behaviours and have become obligatory. Customs are legal for their perseverance, repetition and security. Following this approach a law has to state whether or not a social practice or custom is allowed. In this order of ideas, some Latin American and European Constitutions have empowered customs, recognizing them through the following Civil Law Constitutional principle: *“no one is obliged to what the law does not require, nor deprived of what is not prohibited”*. Moreover, when a law is based on and arises principally from custom it is called customary law. Then, custom may have the authority

to replace statutory when a "desuetudo case" arises, if statutory law does not provide a legal alternative or if Constitutions or other top statutes agree to empowered customs. This idea has been followed mainly by the Civil Law system. Consequently, in the Civil Law system, customs are understood as a formal source of law. This legal tradition classifies customs into three different types according to their relation with statutory law:

- *Customs Secundum Legem* (by law): The law recognizes customs or customs agree with a statute.
- *Customs Praeter Legem* (outside the law). - They create a customary rule regarding a situation not covered by the law.
- *Customs Contra Legem* (against the law or "desuetude") - They are generated against the provisions of the law (statute), and therefore try to repeal it.

Conversely, for the Anglo-Saxon Common law, a system born and based on the case law rather than in statutory law, it is important to understand that customs have a psychological approach. This psychological approach is the belief that customs (social behaviour) establish a right and obligation to be carried out by individuals, communities or societies. Therefore, customs refer to an ancient rule for a particular space (regions or communities). In addition, customs are considered as the valid rule of law for an extended space (country). This idea has its origin in the Anglo-Saxon period. In this period, local customs formed most of the legal framework ruling a variety of matters such as family rights, inheritance, contracts, ownership and personal violence. Legal historians have discovered that Norman conquerors approved the legitimacy of those rules based on ancient customs (later known as customary law) and found a way to adapt the customary system of regulation to their feudal structure of government and juridical organization. Subsequently, after historical and social transformations, customs (formally called "customs of the realm") finally became "common law". In this particular scenario, a custom outside of common law was considered valid if and only if:

- Customs had been practiced peaceably and continuously from time immemorial (as long as living testimony can recall).

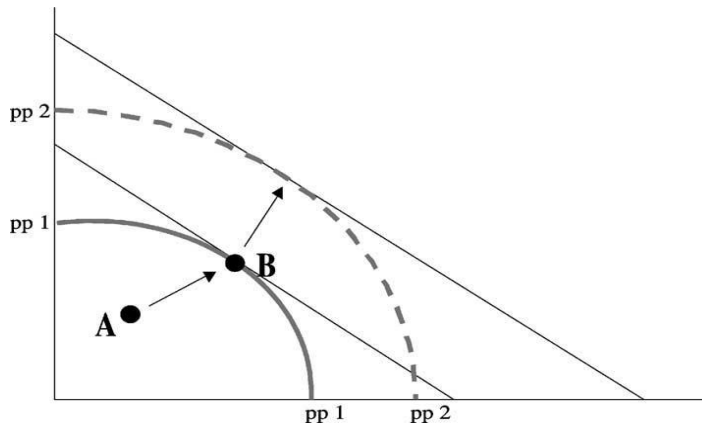
- Customs were confined to a specific locality and, therefore, could be defined as rule of law governing a specific community or region
- Customs represented a mechanism showing reasonable, certain, and obligatory substance

This juridical framework is useful for developing a theory based on informal institutions. Since a discussion of institutional coordination or positive institutional interaction shows the previously described interaction between customs types, it can be fully translated from an economic perspective and it keeps flexible cultural characteristics –in a framework ruled by an evolutionary perspective- where informal rules or customs retain their validity.

2. Functional Entrepreneurship in terms of PPF

The Production Possibility Frontier (PPF) is a useful tool to show how the entrepreneur, when performing two essential functions for economic growth, is also helping to strengthen institutional coordination. These functions are: a. Productive entrepreneurship (Baumol, 1990) empowers current profit opportunities and eliminates inefficiencies. Therefore, an economy will move from an inefficient point (A) towards an efficient one (B) and will reduce the risk of lacking social cohesion by strengthening harmonious or positive interaction among institutions. b. Consequently, by introducing innovation, defined as the discovery of a new technology or new production process using existing resources more efficiently, productive entrepreneurship contributes to the shift of the PPF to the right: *achieving an increase in real output due to increases in productivity.*

Graph 1: Effects of entrepreneurship on the PPF



Source: Boettke y Coyne (2003), p. 74

According to Klein (2008), another key link between productive entrepreneurship, institutional coordination (positive institutional interaction) and economic growth is that productive entrepreneurship creates new market niches that require innovation (forming a virtuous circle or "win-win" process). Therefore, this pool creates opportunities and better uses of resources where institutions can be considered as essential vehicles that positively organize and facilitate economic development. In addition, productive entrepreneurship would then enable *Developing economies* to successfully carry out further well-coordinated institutional changes (avoiding the risk of a weak and irresponsible institutional transplant). Following a more traditional approach, these changes can be classified and understood as essential for keeping high standards of growth and economic development. *Developed economies, however, will successfully keep high economic rates and standard of innovation, and therefore, continued economic and institutional dynamism* (Acemoglu et al, 2012).

III. SOCIETY, INSTITUTIONS AND INSTITUTIONAL COORDINATION

A society can be defined as a group of interactions among individuals. This means an *evolutionary process* and *dynamic collective structure* which is: a. spontaneous and thus not consciously designed by anyone; b. highly complex, since it comprises billions of people with an infinite range of goals, tastes, valuations, and practical knowledge; and c. composed of human interactions which basically refer to exchange (often expressed through monetary prices) and are always carried out according to certain rules, habits, or standards of conduct.

All such human interactions are motivated by the force of entrepreneurship, which continually creates, discovers, and transmits information, as it adjusts and coordinates the contradictory plans of the different individuals through competition and enables them to coexist in an increasingly rich and complex environment. In addition, these kinds of interactions are regulated through institutions. Then, the legitimacy and the dominance of these institutions will depend on the level of individual and collective acceptance and their capacity to adapt to social change.

Furthermore, it is also essential to establish strong formal and informal institutions to maintain an organized and competitive society. This approach has been the mainline of neo institutional economics. According to Chang (2011):

"Since the late 1990s, the view that poor-quality institutions are the root cause of economic problems in developing countries has become widespread. In accordance, the IMF and the World Bank started to impose many 'governance-related conditionalities', which required that the borrowing country adopts 'better' institutions that improve 'governance'."

Furthermore, strong institutions can impact positively on economic growth and performance, but they also impact on social cohesion, dy-

namism and proactive individual interaction (Alonso et al., 2008). Societies with a harmonious interaction between formal and informal institutions can be categorized as structured societies. Specifically, structured societies reflect a social context where:

- Individuals can rapidly adapt themselves to their social context (*dynamic efficiency*),
- Societies show the interdependence between formal and informal rules that we have called *institutional coordination* or positive institutional interaction. It is understood as a complex human interaction involving interdependence and rejection after a certain level of institutional confrontation. The possibility of institutional rejection introduced the concept of social or tacit *abrogation* and *derogation* of formal rules (Gherzi, 2007).

Alternatively, when a society does not have a positive interdependence between formal and informal institutions, there emerges *social stagnation* or *institutional weakening*, which refers to an elevated lack of *institutional coordination* or *negative institutional interaction*. In this social context, individuals cannot adapt to social change and manifest negative social behaviour. We propose that the level of *institutional weakening* can be used as a social indicator to analyse and classify a society's social performance.

Consequently, to measure welfare and induce efficiency in the analysis we need to incorporate several social scenarios, due to the divisions that occur in a *civil society*(García- Guadilla et al., 1997). Finding a way out of these "*negative scenarios*" is a challenge that can be undertaken through different "*corporate forms*" that express the prevalence of functional entrepreneurship. These different corporate forms cannot be regulated with a traditional bureaucratic approach. Instead, a strategic deregulatory reform becomes a priority, in the short term, to achieve institutional coordination. Similarly, we have stated (Mendez, 2011) in a previous publication that:

"Unlike the traditional concept of deregulation, strategic deregulation does not exclusively involve the process of revision, adjustment, and removal of specific laws and regulations by government that affect the business envi-

ronment. Strategic deregulation is based on the principle of strong property rights and the prevalence of the entrepreneurship function. In addition, strategic deregulation also deals with the positivistic legal paradigm that assumes a necessity for proactive formal rules (public policies) (Kelsen, 2001; Hart, 1980). At the other extreme, public policies from a strategic deregulation perspective focus on the lifting of legal and social barriers, which are negatively impacting the dynamic adjustment and performance of the institutional framework (North 1990). In addition, these barriers inhibit the capacity of individuals to adapt to social change."

On one hand, the concept of institutional coordination introduces the idea of a *community of interest* or economics as an exchange of property rights. In this context, *social issues are not missing out the social fabric, but depend upon productive and functional entrepreneurship and an efficient social interaction* (organized by institutional coordination). This can be measured through a basic index of access to welfare represented by *legal stability* or *civic rationality*⁵. Hence, in a context with strong civic rationality, functional entrepreneurship will indirectly induce strong political governance. In some way, -following Weber's approach (1964)-, coordination problems that are affecting the social fabric are fixed by auto-generated institutions and other social mechanisms.⁶

On the other hand, institutions representing political governance are weak and their *weaknesses* open doors to forms of power where the crash among social groups (domination and social cost transferences) is permanently presented. Therefore, it leads to a scenario where political, economic and social stability is a derivative of the struggle among groups. Consequently, any scenario of social coordination is temporary in nature.

This conceptual model considers that individuals have a propensity to seek social coordination (dynamic equilibriums), which is compelled

⁵ This paper defines "legal stability" or "civic rationality" as causally efficient motivation for public-spirited action.

⁶ According to Weber's "Theory of Domination" (1964), it is possible to place the State as the most involved organisation (for political and taxation purposes) in the consolidation of legal certainty and resource use in the law.

to share links and generate different degrees of social interaction. This process also requires an institutional framework where interaction between formal and informal rules is functional. All this can be framed within a cultural and *social cohesion*. If this process is added to the *individual and group aspirations*, it requires a degree of *institutional stability*, which is achieved to the extent that the functional entrepreneurship and the political and economic environment point to a *non-destructive competition context*.

Also, it is necessary to contemplate the capabilities of the social fabric presented as a dynamic combination of human resources permanently dedicated to cultural change and technological development. This is relevant to illustrate that without dynamic efficiency, limited (rational) political governance and the contribution of functional entrepreneurship, institutional coordination cannot be achieved and a lack of social cohesion will follow. Then, the so-called *destructive entrepreneurship* (Baumol, 1990) manifested through mercantilist activities becomes an "*institutionalized activity*." Consequently, this situation affects individual and group aspirations (which in an opposite scenario have to be harmoniously and accessibly organized or materialized by the "*Volk*") and *inhibits* informal institutional arrangements from becoming formal arrangements (understood as stable and predictable social instruments for organization and control). In this regard, it can be suggested that coordination among institutional arrangements cannot be represented as a supply or activity carried out only by formal government bodies. Even in a traditional political scheme, governments are considered responsible for organizing the dynamics within the social fabric. Following a similar approach, it can be stated that the formal supply of Rule of Law or "*Rechtsstaat*" (E.g. a constitutional network, treaty or code) cannot generate an "institutional framework" introducing a structured society. Therefore, the supply of formal institutional goods does not create its own demand and depends on additional "*mixture*" of social elements to reach the "*market equilibrium*" as it has been described by the modern heterodox economic theory.

IV. INSTITUTIONS AND THE “COORDINATION PROBLEM”

A correlation among a normative (Legal and Constitutional Theory)⁷, Socio-Political and Economic analysis is required to understand the positive and negative interaction among formal and informal institutions. In particular, negative institutional interaction is a process where overlap and displacement between formal and informal rules cannot be left outside the model. This process is referred to as the *coordination problem* and it is fed by *social disruption* and characterised by leading societies from the structured to the unstructured category and vice versa (Mendez, 2011).

An important fact arises when considering this particular scenario of formal rules. In contrast to what happens with informal rules, a formal authority prescribes formal rules and their noncompliance might involve a formal penalty or administrative fine. Generally speaking a formal rule imposes duties and confers “official” rights. In addition, it differs from informal standards of conduct in the following ways:

- Its *heteronomous character* (imposed by the government or other formal authority).
- Its *bilateral characteristics* (there is an agent -individual- compelled to meet the rule’s standard and another agent -authority- is enforcing them).
- Its *coercible approach* (rules are enforceable through sanctions and the use of formal power in case of breach).
- Its *external character* (compliance with the statute is the most important matter).

However, formal rules (*ratio*) are not completely different to informal rules (*actio*). Both kinds of rules have a prescriptive character.⁸ Therefore, formal and informal rules consist of a complex set immersed in an evolutionary process guided by the government and civil society.

⁷From a standard legal perspective a formal institution is a rule intended to manage human behaviour according to principles such *public interest* and the *social contract* conception.

⁸ Therefore, “*normative principles*” can be described as an additional category characterised by their broad “*descriptive character*”.

Conclusively, even if the collection of formal rules is often referred to as *legislation and regulation*, this peculiar characteristic does not deny the presence of a key coordination problem fed by social disruption looking to reach a state of *dynamic efficiency* as described above.⁹

In addition, a discussion of the role of institutional coordination is characterised by the encouragement of institutions to ‘send a message’ (contextualized by the mainstream of Economic Analysis of Law scholars as "price"). This price reflects a state of equilibrium in the institutional framework and the absence of a “coordination problem” (as described previously). However, in the real world, individuals have to face the lack of institutional coordination and the impact of those institutions, which effectively guides human behaviour. Then, where coordination between formal and informal rules remains a problem, individuals cannot behave as price takers and the idealist presence of an institutional competitive market cannot be successfully supported.

Table 1: Institutional Coordination Effects

Institutional Coordination: YES	Institutional Coordination: NO
<p>If and only if, a “consistent” interaction between institutional types can be found. As a generic requisite, this interaction refers to a period of general institutional stability (reached by structured society in a context of institutional strength). Effective coordination between institutional types works with a society in order to reach social (government) and individual objectives. Institutional Strength (description): Price, value and cost leads to positive and negative interaction.</p>	<p>Accelerated interaction between institutional types as first step. Competition between institutional states becomes a more notorious issue and leads to an institutional process where the overlap and displacement of institutional types is clearly an observable issue. This state of “strong discoordination” between institutional types refers first to transitional societies and then to unstructured societies. It also refers to a degree of institutional weakness. Institutional weakness: Signs of non-competitive legal markets lead to alternative regulatory mechanisms (informal rules). Fragmented normative framework.</p>

⁹ Agreements or contracts without a formalized support can be described also as informal rules. A formal framework often exists behind this particular category. However, its uncommon dynamics do not obey *ratio* but are finally supported by *actio*. In addition, an agreement can be changed rapidly to satisfy the interest of agents involved. A formal institution lacks a dynamic character. This sometimes explains their peculiar construction and it is represented by its cost structure.

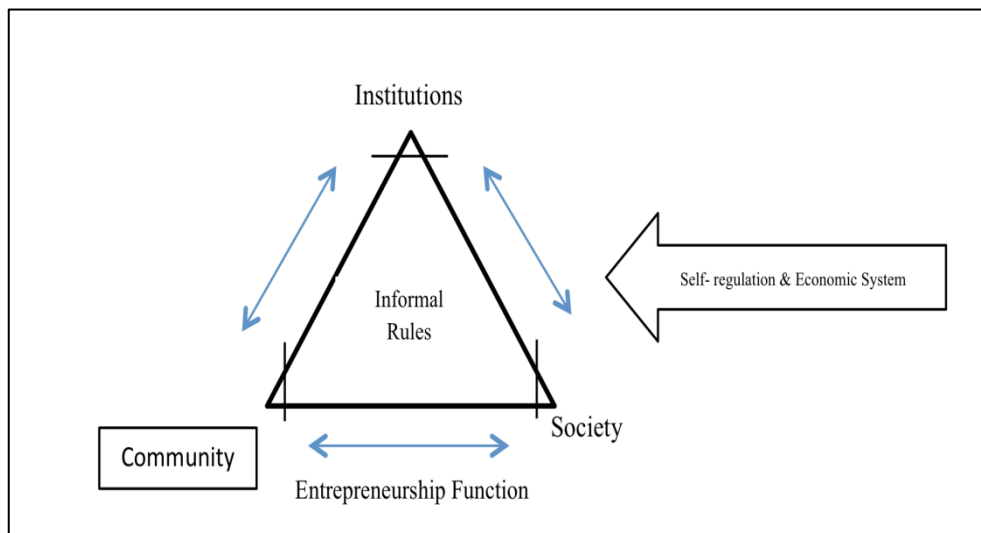
In addition, it is important to consider that an informal institutional framework guiding human behaviour among individuals has been introduced by the Community and not by the State. The community is a social scenario characterized by strong long-term interaction among its members. This positive interaction is enhanced by elements like interpersonal trust and a common faith system (North, 1991). Also, the development of a process of long-term coordination between informal rules (informal institutions' network) has helped to establish voluntary and cooperative ties. This is important because, despite the paths introduced by the majority of neo institutional scholars, formal and informal institutions cannot be isolated. We believe that a comprehensive institutional analysis has to perceive the existing chains between both sets of rules. In this paper, the complex chains created by formal and informal institutions will be referred to as a "*network*".

These restrictions are not the result of the State's mechanisms of social control; nonetheless, they are the result of a complex self-regulatory process. This process is closely related to the kind of economic system leading the society. The particular and uncommon interaction in a social scenario governed by informal institutions is explained by customs and other alternate mechanisms of self-regulation. These mechanisms will grow naturally where the formal institutional framework cannot reduce transaction costs. Also, the relations between economic agents and governmental organizations are characterised by high transaction costs, so economic agents have a strong incentive to move to the informal institutional framework. From a static efficiency perspective this represents a negative collective choice because outside the "formal market" individuals have to face corruption and negative entrepreneurship as the cheapest option to move from a state of lower satisfaction to one of higher satisfaction. Consequently we disagree with those views that suggest that institutions have to be policed only or mainly by centralized authorities. Therefore, as Schotter (1981) writes, it is always necessary to assume that an institution:

“(...) is a regularity in social behaviour that is agreed to by all members of society, specifies behaviour in recurrent situation and is either self-policed or policed by some external authority.”

In addition, a low transaction cost environment is the perfect place for the development of the *entrepreneurship function* because social and economic incentives come from a context where individuals trust the informal set of rules. Therefore, the informal set of rules represents an efficient incentive mechanism and a low transaction cost scenario, where individuals show their alertness or creative capacity. This capacity allows them to efficiently improve the allocation of rights (resources) from agents unable to discover new entrepreneurial options to agents capable of advancing the current system of production (Ostrom, 1990). However, this approach is contested by mainstream economics (Alonso et al., 2008) which considers that no efficient economic displacement could be undertaken in a context where informal institutions are leading an unconventional mechanism for social integration and expansion as it has been shown by the following diagram.

Diagram 1: Informal Institutions and Community Action



However, we argue that a successful analysis of the coordination problem cannot be mainly guided by a disputable empirical approach. Empirical studies focused on institutional analysis usually lack an exten-

sive understanding of the meaning and development of rules by complementary areas of knowledge such as Legal Theory, Sociology and Anthropology. As Alonso (2012) has outlined:

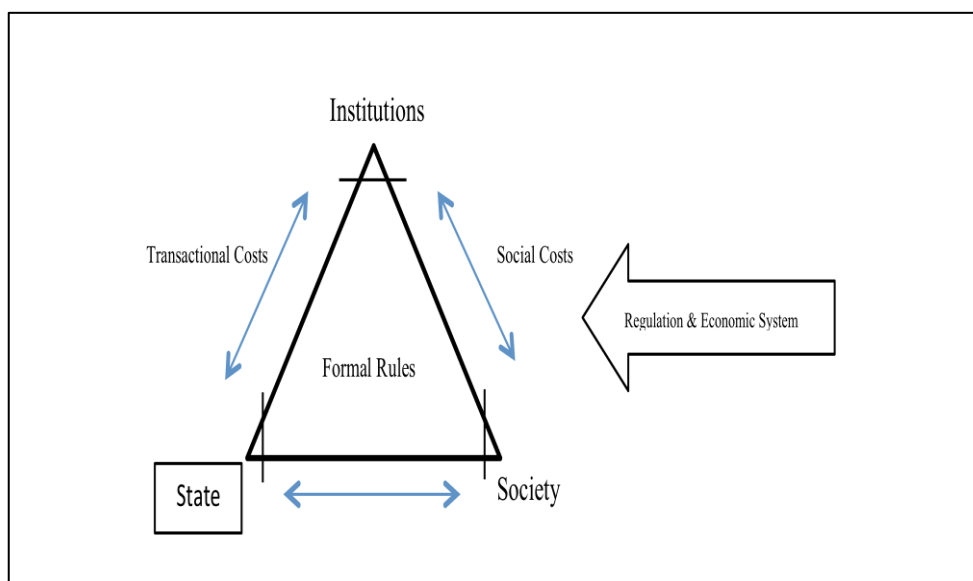
“(...) these studies usually rest on a very limited scrutiny of historical experience”.

In addition, according to Meisel et al. (2007):

“As populations and markets grow, as the economy becomes more complex and more open, as the opportunities for trade increase, the cost of observing rules under the previous mode increases with each new transaction. This is because the personal investment required by the predominant regulation system (confidence based on the quality of interpersonal ties) is extraordinarily time-consuming.” [Italics added]

Following this approach, the formal institutional framework introduces a second theoretical scenario shown in diagram No 2.

Diagram 2: Formal Institutions and the State



In this context, social and economic incentives are introduced by the State through public policies represented by formal mechanisms such as the national law (codes and statutes), and administrative, national, regional and local regulation, etc. Therefore, a set of formal rules is the cheapest system for society to move from a state of collective depression, social costs and institutional weakness to a better social scenario. Consequently, for some scholars such as Alonso and Garcimartin (2008), a formal institutional framework seems to be the most efficient mechanism to introduce social order, predictability and economic incentives for improving economic planning through public, private and combined initiatives.

However, we disagree with this constrained approach. Following Stigler (1992) it can be stated:

“(...) every durable social institution or practice is efficient, or it would not persist over time. New and experimental institutions or practices will rise to challenge the existing systems. Often the new challenges will prove to be inefficient or even counterproductive, but occasionally they will succeed in replacing the older system. Tested institutions and practices found wanting will not survive in a world of rational people. To believe the opposite is to assume that the goals are not desirable: who would defend a costly practice that produces nothing?”.

In addition, we believe that empirical studies *-even though recognised by the mainline and mainstream for their relevancy to illustrate a fact-* have to take into consideration the historical experience of the institutional framework that they aim to analyse. This is necessary to strength their illustrative capabilities and avoid making statements such as follows:

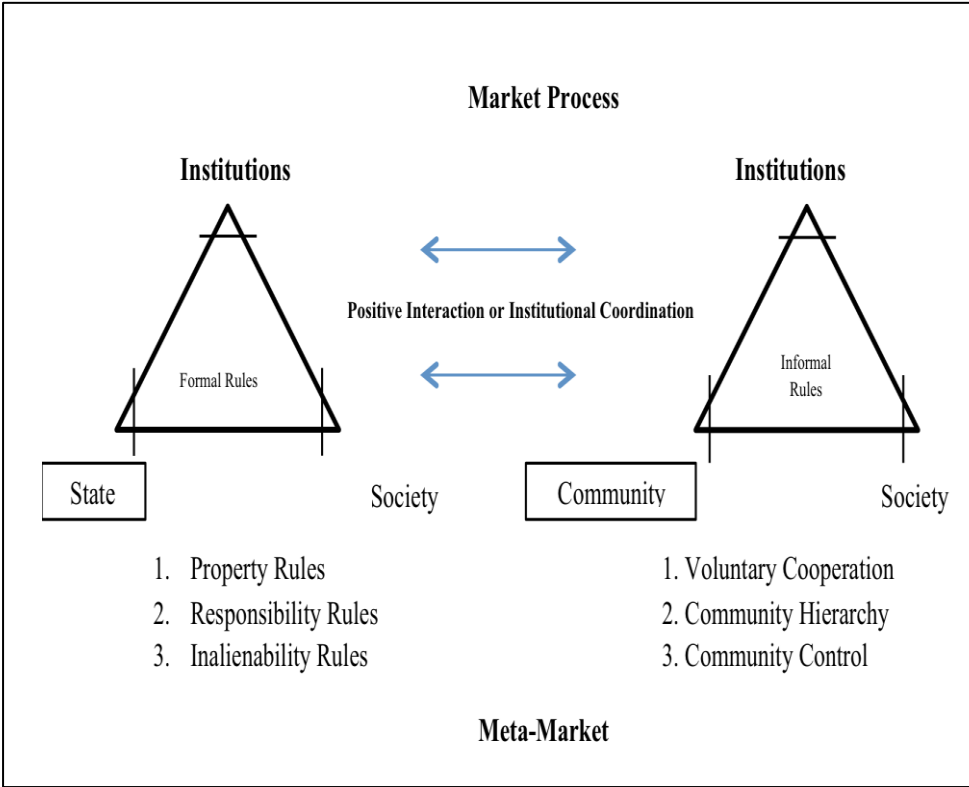
“In developing countries, the shift to the formalisation of regulation systems has not occurred” (Meisel et al., 2007).

Such statements do not consider the “advances” introduced in developing countries (mainly belonging to the Civil law tradition) where the *formalization of regulatory systems* did not necessarily show a positive

contribution strengthening institutional coordination and its relevant framework. Likewise, it is essential to contemplate theoretical (fundamental) differences existing between the Rule of Law (where a State shows separation of powers, where citizens are equal before the law and where these laws limit the political power) and Rule of Legality (where the law reflects and protects the political power rather than limits it). In developing countries the *formalization of regulatory systems* has driven their legal system to the second scenario.

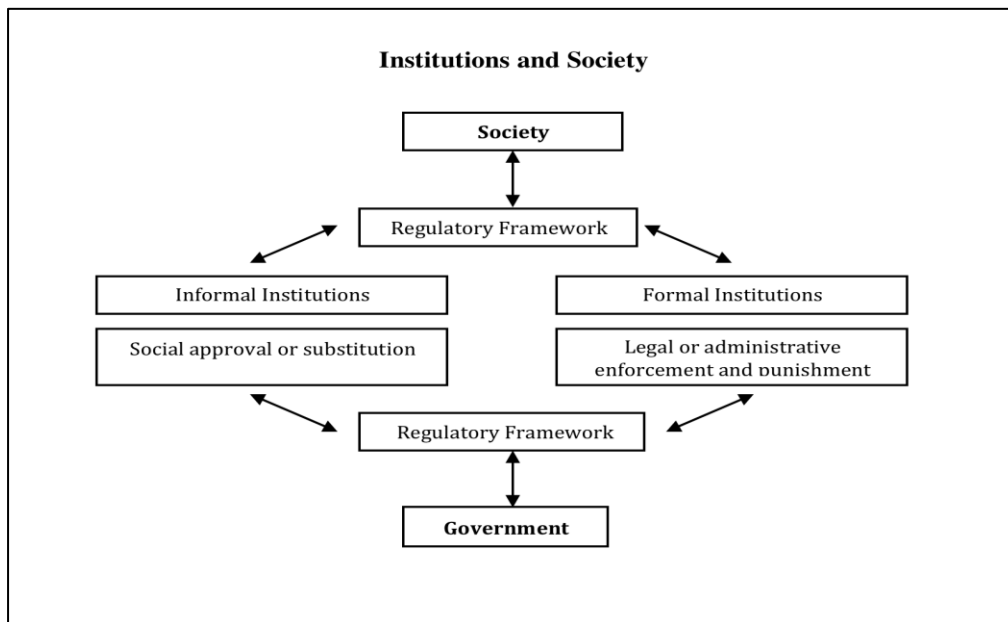
Therefore, going back to our previous point, it is accurate to believe that when there is a lack of institutional coordination only the “cheapest” institutional framework or network will survive. A priori means that the formal institutional framework is not *per se* the most efficient social development. Even though in a scenario where regulation, codes, statutes and common law coming from governmental branches introduce a short, mid or long-term normative equilibrium, human action expressed by its entrepreneurial function and individuals’ “temporary” preferences will occasionally move economic agents to the best institutional framework and network. It means that in the real world, politicians and other policy makers cannot block Smithian’s selfish economic and social behaviour. Consequently, in order to understand how social and individuals preferences works (expressed through alternate modes of production), it is necessary to recognize the process of interaction between informal and formal rules. This is because in the real world economic agents have to face pure entrepreneurial and economic action. As stated before, this action must be understood as a process of social exchange, more precisely, as an exchange of property rights developed and guided by a set of interactive formal and informal rules (institutions) and carried out by the entrepreneur in an evolutionary social context.

Diagram 3: Social, political and economic organization through normative instruments. Rule of Law and Institutional Coordination



The next diagram illustrates this interaction or interdependence between formal and informal institutions, their enforcement mechanisms, and the collective agents involved:

Diagram 5: Interaction or interdependence between Formal and Informal Institutions



We believe that this *priori* is the correct approach and the level of institutional consumption of individuals will change according to the state of the social process. Individuals living in an accelerated social process will require the most efficient institutional mechanisms to adapt themselves to new social circumstances. This is a subjective valuation difficult to predict by a central planner because of a lack of information and practical knowledge.

This also illustrates the relevance of the coordination problem between formal and informal institutions. Then this problem will persist based on individual perception of cost and benefits. However, this coordination problem can be collectively influenced. Thus, we argued that the *coordination problem* occurs in a context of a high degree of institutional weakness. This turns out to be a relevant fact if we analyse a particular scenario where formal institutions or rules are unable to reflect the precise benefit for individuals (measured in terms of marginal value - V_{mg} -) when there is a complex set of rules introduced by the government (measured in terms of marginal cost - C_{mg} -). In this complex scenario, a society has to face a *social contradiction*: Individuals perceive a

high V_{mg} when they do not use the official institutional market. This market is a government monopoly with clear restrictions that allow it to rapidly adapt itself to individuals' expectations and needs. At this point, the C_{mg} of producing rules (legislation and regulation) for the government becomes an unorthodox way to understand the coordination and the monopoly issue involved: The government will reach a point where increasing the production of formal rules will not produce a "profit". That is, the production of formal rules has to face a context where the total cost of the formal institutional system increases at a higher rate than the profits, and where the marginal cost of the institutional system for the government will also begin to rise.¹⁰

This interaction between formal and informal institutions occurs within a context of the market process. From a microeconomic perspective, this institutional interaction is manifested through the exercise of the entrepreneurship function. Moreover, the organization of the market process demonstrates the necessity for rules that cooperate based on the opportunity cost of their provision and consumption. Also, this institutional interaction affects the structural arrangement of the institutional network. In the formal institutions framework these structural arrangements relate to the rules of property, liability and inalienability (Calabresi and Melamed, 1972). Meanwhile, the informal institutions framework relates to voluntary cooperation, hierarchy and communal control. The main feature of this network is to establish "trade-offs" or "compromise solutions" where the absence of governmental coercive power is evidenced. Therefore, these compromise solutions or trade-offs are a response to a scenario where formal institutions, by themselves, cannot efficiently reduce transaction costs. Finally, the process of interaction among institutional types occurs within a wider orbit called a *meta-market*. Therefore, this orbit implies the organization of social, political

¹⁰ The marginal cost compliance with the formal institutional framework is defined as the change in their total cost, with one-unit increase in their quantity of rules produced by the government or the cost of producing an additional formal rule. Mathematically this change can be represented as the partial derivative of the total cost divided by the quantity of formal rules introduced in the formal institutional framework.

and economic guidelines through “normative instruments or principles” defined as an additional category characterised by a broad descriptive character.

V. INSTITUTIONAL COORDINATION AND MARGINAL RATE OF TECHNICAL SUBSTITUTION

A consistent analysis of the paradigm of institutional coordination requires deciding the best possible combination among formal and informal institutions. These combinations can be arbitrarily represented with a PPF analysis as it can be a useful tool to show, for example, how a society can produce 10 units of Y (formal institutions) and discover 5 units of X (informal institutions); or does not discover more than 10 units of X and allocate most of its resources in order to produce 5 units of Y. However, this assumption needs to take into account a random variable: *entrepreneurs can positively or negatively (unproductively) manipulate available institutional resources*. This conduct can be described as the positive or negative entrepreneurial power. It represents the unique behaviour of individuals, who are permanently looking to satisfy their own interests, and move from a lower satisfaction state to a higher satisfaction state. In the case of a negative manifested behaviour (e.g. rent seeking), a society faces the necessary (but not sufficient) condition of modifying individuals’ social, legal and political environment, in an attempt to control any excessive form of institutional power. This scenario directly refers to the Rule of Law in a democratic system. This represents the best way to limit or control any possible manifestation of negative institutional manipulation and takeover. This is because mainline economic scholars have historically understood manifested individuals’ behaviour as the reason why entrepreneurs can also be considered *institutional planners*.

However, it is important to see that institutional power has not only been allocated to the State as a central agent directing institutional planning, as it has been claimed and defended by legal positivism. In the European Civil Law tradition this perspective was already recognized and explored from a moral and juridical point of view. This discussion

has led this legal tradition to examine the evolutionary and complex nature of formal and (in particular) informal institutions and their relation with the so-called legal concept of desuetude or desuetudo (in latin). As Ghersi (2007) has extensively defended, desuetude refers directly to informal institutions or the so-called *custom contra legem*. Under this theoretical figure and based on qualitative research, this legal scholar claims that in a social scenario categorised as an unstructured society, any kind of legislation and regulation will be unenforceable by the social fabric. Extending this argument to move away from the conventions of positive legal theory, we reject the idea that *the courts represent the only agent capable of judging which transgressions are no longer valid or enforceable*. In addition, the extension of the desuetude argument leads us to the lack of positive institutional interaction or institutional coordination as a social issue that has to be more extensively examined from the lack of legitimacy perspective. This is important because we face an example where unproductive entrepreneurs can observe a rent seeking opportunity and support their destructive behaviour because formal institutions lack legitimacy. Therefore this is an important variable that cannot be easily excluded from a further and consistent institutional assessment.

However, this theoretical exploration has not yet been presented in modern mainstream economic terms. Since institutions are also economic goods it can be stated that institutional manipulation or capture is also limited by time and practical knowledge (Huerta de Soto, 2011). This is important to understand because a society desiring to change its institutional production margins has to face an opportunity cost dilemma. It is not possible for a society to produce more units of X institutions without affecting the number of Y institutions. This is a preliminary conclusion that will be shown by PPF analysis applied to institutions. The most interesting aspect of institutional transposition is when it is shown by the PPF' slope, since it shows the number of units of Y institutions which must be retired in order to produce or discover additional units of X institutions. That is, it shows the "institutional interaction" or "opportunity cost of an institution" in terms of "another institution". If it is established that the slope is negative, it could mean, for example, that there is an inverse relationship between the volume of production and

discovery of each of the Institutions. Equally, if the slope is positive, it could mean that when more X institutions are produced, the greater the amount that could be generated for Y institutions, i.e. institutional wealth in quantitative terms would be unlimited. However, this assumption would be very difficult to verify in the real world.

Based on the previous findings, the opportunity cost of institutions can be defined as the exchange value of the second best institutional alternative. Effectively, the prevalence of an institutional framework or type may represent the abrogation of the second best choice because efficient and effective institutions are scarce. Determining the best allocation of social resources corresponds to a complex social process. In this scenario, institutions are clearly created in a competitive way because useful institutions are the result of human cooperation to reach individual targets first and then collective stability and order.

Noticeably, the PPF graph is used to understand institutional coordination and also shows two principal characteristics. The first is the negative slope: If an inverse relation exists between the level of institutional production/discovery of formal and informal institutions, an increase producing one of them will reduce the quantity produced or discovered of the other. The second is concavity: the slope probably will increase according to the growth of the amount of formal institutions and via the reduction of the number of informal institutions.

VI. ELASTICITY'S DETERMINANTS AND INSTITUTIONAL COORDINATION

The first determinant of institutional elasticity corresponds to the ease with which a "formal institution " can be replaced by an "informal institution" and vice versa. Then the substitution of an institution depends first on its formal or informal "nature" and then from its ability to meet social objectives in terms of individual and collective choice. In this regard, an informal institution in a framework ruled by customs and interpersonal trust would be an example of a good with inelastic demand. Although an informal institution certainly has a potential substitute,

such as alternative formal mechanisms supported by the formal institutional framework, none of these would be a strong substitute or a close enough alternative. On the other hand, formal institutions with an inefficient design will represent goods with elastic demand. These would be successfully substituted with informal institutions.

Therefore, the degree to which formal and informal institutions can be substituted or replaced will also depend on the restrictions or breadth of their theoretical definitions. For example, even though an informal institution would not have a close substitute, different types of informal institutions could replace each other without difficulty. This is named "intra-institutional" network competition.

In addition, the informal institutional framework may differ between regions and even between communities. Thus, it is also important to understand the characteristics of the institutional elasticity, especially if these refer to agents working on the cost-efficient and cost-effective development of public policy. This also means exploring potential negative effects while contemplating a change through "mandatory rules", including emergency decrees and laws for pro-mercantilist groups (Gherzi, 2009), in the formal institutional framework. In other words, to increase the equilibrium price of the current formal institutional framework. It is worth noting that a change in the price paid for the consumption of an additional formal institution (introduced by a legislator, a court or administrative agency) often ignores that the prices of other types of institutions may remain constant. Although the formal institutional framework of a country, region or territory has its own characteristics, other institutional types could substitute it and, therefore, potential consumers of this institutional framework can be very sensitive to changes in its relative price.

The second determinant of the elasticity of an institutional framework corresponds to the proportion of income directed to the consumption of an institution. *Ceteri paribus* means that the higher the proportion of income spent on the acquisition or use of an institutional instrument, the higher the elasticity. Therefore, if an agent should only invest a small portion of their income buying an institution, and then the relative price of an institution changes, that change will have little effect

on the preferences and budget of an institutional consumer. Moreover, this determinant is observed particularly in a scenario where negative and destructive entrepreneurship prevails. In this case, the agents performing this kind of entrepreneurship will try to create barriers for those who wish to access the formal institutional framework, affecting the “budget” of those who could be considered potential competitors.

Consequently, a rise in the price of an institution introduced by negative entrepreneurship behaviour will absorb much of the budget of an institutional consumer, regardless of its size. In addition, it will encourage the institutional consumer to make a reassessment of their spending and actions and, finally, the evaluation of the formal institution’s new price will result in new incentives for shifting and substitution in consumption. In other words, an institutional consumer will be in a situation where there is a lack of institutional coordination, which involves the rejection of more expensive institutional framework, and in many cases the named repeal of the law (Gherzi, 2010).

In order to appreciate the importance of the proportion of income spent in an institution, it can be considered its own demand elasticity. Thus, doubling the price of formal institutions will have a double effect. First, it will drastically decrease formal institutional consumption and will then introduce incentives that foster informal and illegal or parallel economies. Moreover, doubling the price of informal institutions will affect their consumption. However, more important consequences will arise: the introduction of an incentive to abandon these informal institutions. Their consequent disappearance will be marked by the emergence of other informal institutions and, the formal institutional framework will “finally” succeed. However, there is an important difference. Informal institutions have not only a consumer cost but also a high production cost. This production cost is not assumed directly by government and it is distributed between all layers of society. This cost spread or negative distribution could potentially introduce multiple problems such as negative externalities, adverse selection, free riders, etc. It is true that individuals often report a marked reluctance to take on additional costs because they are permanently looking to improve potential benefits.

Nevertheless, there is an equal or even higher rate of refusal to use more expensive institutional frameworks versus less expensive alternatives.

The third determinant of the elasticity of an institutional framework would correspond to the time spent since its relative price has changed. In general, the longer the period, the greater the institutional elasticity of demand will be. The reason for this is related to the possibility of substituting an institution with another institution. As more time is required, there are more possibilities for a community or the whole social fabric of developing substitutes for the institution (often formal) that represents a high cost of compliance. Therefore, as necessary time has passed a community will have cheaper alternative or substitute institutions.

1. The elasticity of the institutional framework in the short and long term

An analysis of institutional framework supply and demand from the perspective of classical microeconomics perspective requires differentiating between the short run and the long run. In other words, if we ask how much demand changes an institutional framework in response to a price change, we have to consider the time frame (also understood as an objective matter) that society allowed before measuring variations in the quantity demanded of a particular institutional type. This period is one in which short-term institutional changes in consumption occur. However, this is more complicated when it comes to long term, where changes in consumption of institutions cannot be determined accurately. This means that the long-term, in the case of such goods, refers to time it takes for consumers and producers to fully adapt to institutional variation in the relative price of formal and informal institutional frameworks. Therefore, if applied to institutions, the demand curves in the short term would also be very different from long-term curves as often happens in the case of other kind of goods. However, it is understood that institutional demand is more elastic with respect to long-term price than the price set out in the short term. This follows a common sense principle, which states that consumers of institutional assets (like other tangible or intangible goods) require time to change their consumption habits. For

example, while the price of informal institutions will increase, the quantity demanded of such institutions would fall only gradually as consumers slowly begin to introduce alternative informal institutional arrangements or the use of formal institutional types that lack design defects and effectively reduce transactional costs.

In addition, it is essential to acknowledge that the discussion of changes in terms of elasticity applied to the study of the institutional framework is not a closed topic. That is, in some cases the opposite could happen: demand for certain informal institutions (within a natural replacement period of time following a change in the social atmosphere) could be more robust in the short term than the long term. Therefore, a small variation on the institutional framework -according to the current interests of consumers- could result in a large percentage change in the level of institutional consumption. However, it is clear that in most cases, “institutional dynamics” can be inserted *a priori* that institutions are mostly long-term instruments and cannot be easily replaced, so the amount of institutions available in the short term can be treated, as one factor that remains constant. Therefore, institutional demand will be less elastic in the long run than in the short term.

2. Institutional Coordination and the problem of the legitimacy

For a more traditional legal perspective, individual behaviour is not necessarily relevant to the extent that each *isolated* agent does not always have the capacity to negatively influence the interaction between formal and informal rules. Nonetheless, a more accurate assumption has to assume that the equilibrium or coordination between formal and informal institutions can be affected based on undesirable individual actions. It means that a society always has to face the risk of specific *negative externalities* introduced by agents such as politicians or some public servants and its subsequent inharmonious social cost effect.

In this regard, if we assume that if individual behaviour is not compliant with formal institutions and becomes a collectivized scenario, it will introduce a *problem of widespread compliance costs* where the marginal

benefit of compliance with formal rules is lower than the marginal cost of compliance with formal rules. This problem can be formally represented as follows:

$$Bmgn < Cmgc$$

Where:

Bmgn = Benefit of compliance with formal rules.

Cmgc = Marginal cost of compliance with formal rules.

In addition, based upon an analysis of elasticity rules, it can be assumed that formal rules, in a scenario governed by institutional weakness, have to be described as *highly elastic*. While in a scenario of institutional strength there is a trend in formal rules of being *less elastic*. Moreover, in a scenario of institutional transition, there might be a higher chance of formal rules being *elastic* in nature. That is, the quantity demanded by individuals of formal rules is gradually reduced. It may be argued that individuals desire the introduction of more formal rules in a period of social crisis in order to solve their *real world issues*. However, our analysis will focus on **actio** and the Hayekian process of trial-error and not on *human will* or normative analysis as law scholars understand this. This means that our assumptions are strictly correlated with a positive economic analysis.

Another important point to consider is the nature of informal rules. Informal rules are basically complex and evolutionary idiosyncratic products with a particular character or taste: its potential *legitimacy*. Understanding a further relation between validity¹¹ (V) and legitimacy (L) requires departing from a first analytical stage. In this first stage, validity and legitimacy are equal in “terms of result”, i.e. when valid rules are considered as legitimate.

¹¹In this paper the concept of *validity* refers to the idea of “legal sufficiency”. In addition, the concept of *legitimacy* refers to a “general social process where the popular acceptance of an institution and authority prevails”.

$$V = L$$

The first stage reflects an equilibrium state. Nevertheless, this is a temporary, –sometimes- idealistic and perfect stage not consistent with a permanent social reality. The social process is always carried out in a state of permanent disequilibrium. However, this permanent state of disequilibrium does not represent a risk for societies where the internal dynamics of social change help societies to adjust to new circumstances, such as strong variations of the social fabric composition.

Furthermore, where there is a lack of institutional coordination, a so-called *legitimacy* gives an advantage to informal rules in the institutional framework. Even though informal rules are in open contradiction to the formally established formal institutional framework with support or enforcement forthcoming from the government. This particular context generates the conflict between validity and legitimacy where the institutional framework cannot meet a social equilibrium. Therefore, validity and legitimacy are not necessarily equivalent under an institutional exploration.¹²

VII. THE BRAIN REWARD SYSTEM AND INSTITUTIONAL COORDINATION

In order to strengthen the conceptual model as has been introduced in this paper, it is important to discuss contributions from the Neuroscience approach. That is to say, assuming a degree of interaction between the neuroscience approach and the theoretical proposal of institutional coordination requires some understanding of the main characteristics of the *brain reward system*.

¹²These assumptions might require a further stress test. However, the purpose of this section was to introduce a broader analysis.

The brain reward system comprises of dopaminergic pathways connecting the midbrain, the limbic system and the neocortex. It is a system based on dopamine (the neurotransmitter associated with *pleasure* and the development of addiction) that is activated when an individual perceives *potential benefits, incentives* or *rewards*. In addition, these rewards produce a pleasure reaction; this reaction can be activated by very diverse motivators, such as political power, money, health, etc.

Also, the neuroscience approach assumes that the greater activation of these structures, the higher the probability of making a decision in order to get a reward. Therefore, moving back to the example of individuals exercising their entrepreneurship function in a productive or destructive manner, individuals' decisions are also guided by this reward system or for-profit. This means that individuals are open to contribute or affect institutional coordination according to their expected benefits or guided by the desire to move from one stage of *less satisfaction* to one of *greater satisfaction*.

Additionally, it is important to acknowledge that each brain structure is activated by different states. On the one hand, the nucleus accumbens are activated when the pecuniary benefits or gains are greater, while the prefrontal cortex, involved in the calculation and in many cognitive functions, *is activated when individuals perceive more chances to succeed in their projects*. Moreover, the so-called *system of loss aversion* (or risk aversion) must also be taken into account for its significant implications when studying how individual actions influence institutional coordination. Although, the system of risk aversion is less well known than the brain reward system, it has been discovered that the brain structures involved in this system are the amygdala, the insula, the locus coeruleus and the hypothalamus. However, further studies are necessary in order to observe, describe and explore the relation among these structures and their potential ability to influence human behaviour or stimulate *for* or *against* the institutional framework.

In addition, the human brain shows a clear tendency for *prediction* and *generation* of patterns or simple rules related to dopamine and its reward system. Acknowledging this fact is important because it allows social scientists to understand that as a result of *certain actions* (for which

an individual obtained a *pecuniary benefit*), the individuals' *dopaminergic reward system* is activated and it will enhance and reinforce *learning patterns* that have led to success. These learning patterns understood as an aggregate of behaviour guidelines are precisely equivalent to what Neo Institutional scholars call *interpersonal constraints*, institutions or rules. However, the aim of the study of the *dopaminergic system* should not simply be to encourage the establishment of an institutional framework. In fact, this statement mainly seeks to explain that within the institutional constraints scenario, a variable degree of *institutional coordination* can be perceived. Therefore, *institutional coordination* can differ among dissimilar *social scenarios*. Moreover, it can be assumed that incentives also occur for the establishment of a *hierarchical order* of *interpersonal constraints* and it is determined by the degree of individuals' compliance facing those *institutional constraints*.

Finally, another crucial element for the study of *brain systems* and institutional coordination is the relationship between *evolution and institutional change* and *mirror neurons*. The performance of mirror neurons is relevant, as they are primarily responsible for explaining why an individual reproduces other individual behaviour. Furthermore, the mirror neurons play an important role in cognitive abilities related to learning and social life and are related to empathy, imitation and social behaviours that direct informal (first) and formal institutions (after as a result of the coordination process institutional).

VIII. CONCLUSIONS

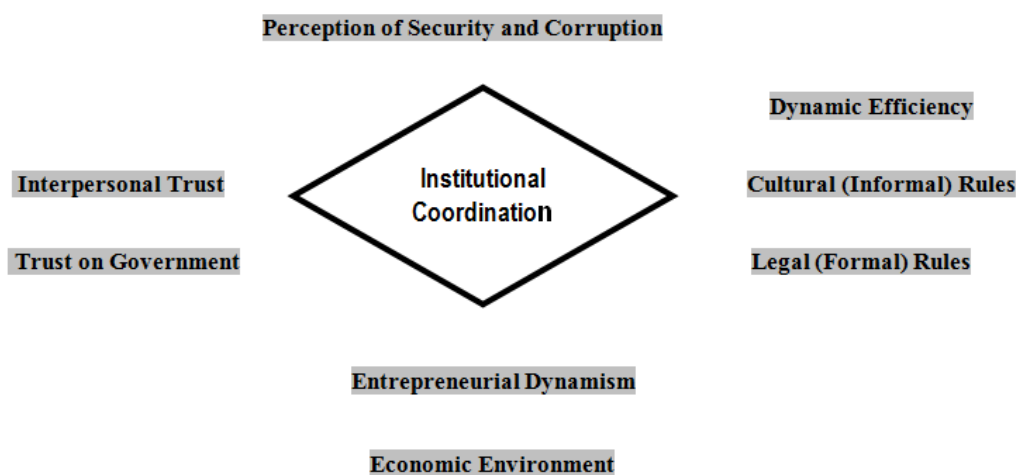
1. This paper has shown that institutions are not merely a set or network of formal and informal rules. Institutions represent a complex and evolving social process. This is important when considering concepts like *dynamic efficiency*. In addition, based on the strong coordination between formal and informal rules, dynamic efficiency shows "adapta-

bility” and the capacity of this coordinated institutional framework and network to generate:

- Advanced changes to the social fabric;
- Incentives to ease the process of adaptation of entrepreneurs.

Consequently, the “efforts” of economic and social agents and the strategic development of markets are part of this “dimension”.

Diagram 6: Criteria for Institutional Coordination



2. When a society does not have a positive interdependence between formal and informal institutions, social stagnation and institutional weakening prevail. In this social context, individuals cannot adapt to social change and exhibit negative social behaviours. This paper has proposed that the level of institutional weakening could be used as a social indicator to analyse and classify a society’s social performance.

3. Without dynamic efficiency, limited political governance and the contribution of functional entrepreneurship, institutional coordination cannot be achieved. Then, as an undesirable consequence, *destructive entrepreneurship* can introduce “new rules” through mercantilist behaviour that becomes an institutionalized activity. Thus, this mercantilist behaviour will affect negatively the effectiveness and strength of the institu-

tional coordination and its framework engaging indirect changes in it (guiding the social process to the transitional or even the unstructured society scenario). Furthermore, strong institutional coordination contributes to stable social cohesion (a main characteristic of structured societies). Consequently, a society lead by a tough social cohesion can display an environment of lower transaction costs and supply models of behaviour contributing to the rational formation of expectations.

4. Compromise solutions or trade-offs are a response to a scenario where formal institutions, by themselves, cannot efficiently reduce transaction costs. This is important because it determines that the process of interaction among institutional networks occurs within a wider orbit that implicates the organization of a social, political and economic system through "*normative instruments*" characterised by a broad illustrative character.

5. The first determinant of institutional elasticity corresponds to the ease with which a "formal institution " can be replaced by an "informal institution" and vice versa. Then the substitution of an institution depends first on its formal or informal "nature" and then from the ability to meet social objectives in terms of individual and collective choice. The second determinant of the elasticity of an institutional framework would correspond to the proportion of income directed to the consumption of an institution. *Ceteri paribus* posits that the higher the proportion of income spent on the acquisition or use of an institutional instrument, the higher the elasticity will be. Therefore, if an agent should only invest a small portion of income buying an institution, and then if there is a change in the relative price of an institution, that change will have little effect on the preferences and budget of an institutional consumer. The third determinant of the elasticity of an institutional framework corresponds to the time spent since its relative price has changed. In general, the longer the period the greater the institutional elasticity of demand will be. The reason for this is related to the possibility of substituting an institution by another institution. As more time is required, there are more possibilities for a community, or the whole social fabric, of developing substitutes for the institution (often formal) that represents a high

cost of compliance. Therefore, when necessary time has passed a community will have alternative or institutional substitutes less costly.

6. For a society, it is not possible to produce more units of X institutions without affecting the number of Y institutions. It shows the *institutional interaction* or *opportunity cost of an institution* in terms of another institution. Based on this argument, the opportunity cost of institutions can be defined as the exchange value of the second best institutional alternative. Effectively, the prevalence of an institutional framework or type may represent the abrogation of the second best choice because efficient and effective institutions are scarce. Determining the best allocation of social resources is a complex social process where institutions are clearly created in a competitive way because useful institutions are the result of human cooperation to reach firstly individual targets and then collective stability and order.

7. In addition, the human brain shows a clear tendency for *prediction* and *generation* of patterns or simple rules related to dopamine and its reward system. Acknowledging this fact is important because it allows social scientists to understand that as a result of *certain actions* (for which an individual obtained a *pecuniary benefit*), the individuals' *dopaminergic reward system* is activated and it will enhance and reinforce *learning patterns* that have led to success. These learning patterns understood as an aggregate of behaviour guidelines are precisely equivalent to what Neo Institutional scholars call *interpersonal constraints*, institutions or rules.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

ALONSO, J.A. (2012): «Crítica de Libro: Why Nations Fail. The origins of Power, Prosperity, and Poverty» (by Acemoglu, D. and Robinson, J.A.), *Principios. Estudios de Economía Política*, No 21, Madrid, Fundación Sidtema.

ALONSO, J.A. and GARCIMARTIN, C. (2008): *Collective Action and Development. The Role of Institutions*, Madrid, Editorial Complutense.

- ARGOÑA, A. (1991): «Values, Institutions and ethics», *Working Paper No 215, IESE Business School - University of Navarra Press*.
- ACEMOGLU, D. and JOHNSON, S. (2005). «Unbundling Institutions», *Journal of Political Economy*, vol. 113, No. 5, pp. 949-995.
- ALI, A. (2003): «Institutional Differences as Sources of Growth Differences», *Atlantic Economic Journal*, vol. 31, No. 4, pp. 348-362.
- AOKI, M. (2001): *Toward a Comparative Institutional Analysis*, Cambridge – Mass, MIT Press.
- (2007): «Endogenizing Institutions and Institutional Changes», *Journal of Institutional Economics* Vol. 3, Issue 01, pp. 1-31.
- AXALA, G. & FABRO, J. (2008): «¿El Impacto de la calidad institucional sobre el crecimiento económico depende del nivel inicial de renta?», *Economic Affairs*, 28(3), 45-49.
- BARRY, N. (1997): «The tradition of Spontaneous Order», *Laissez-Faire*, No 6, pp. 1-43, UFM Press.
- BASSANINI, A., SCARPETTA, S. and HEMMING, P. (2001): *Economic growth: the role of policies and institutions*, OECD Press.
- BAUMOL, W. (1968): «Entrepreneurship in economic theory», *American Economic Review*, 58(2), 64-7.
- BAUMOL, W. J. (1990): «Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive», *The Journal of Political Economy*, Vol. 98, No. 5, pp. 893-921.
- BECKER, G. (1983): «Una teoría de la Competencia entre grupos de presión por influencia política», *Cuadernos Trimestrales de Economía*, 98, 371-373.
- BENEGAS-LYNCH, A. (2005): «El Conocimiento y la Ciencia: Algunas Consideraciones Hayekianas», *Revista de Economía y Derecho*, 2(5), 13-26.
- BLUNDELL, J. and ROBINSON, C. (2000): «La Regulación sin el Estado», *Revista Libertas*, 32, 4-22.
- BOETTKE, P. J and COYNE, C. J. (2003): «Entrepreneurship and Development: Cause or consequence?», in Roger Koppl, Jack Birner, and Peter Kurrild-Klitgaard (ed.) *Austrian Economics and Entrepreneurial Studies (Advances in Austrian Economics, Volume 6)*, Emerald Group Publishing Limited, pp.67-87.

CALABRESI, G. and MELAMED, A.D. (1972): «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, Vol.85, p.108.

CHANG, H. (2011): «Institutions and economic development: theory, policy and history», *Journal of Institutional Economics*, Vol. 7, No 4, pp. 473-498, Cambridge, Cambridge University Press.

CAVADIAS, E. (2001): «El nuevo Institucionalismo en America Latina», *Ciencias de Gobierno*, 10,11-25.

COASE, R.H. (1937): «The Nature of the Firm», *Economica*, 4 (16), 386-405.

— (1960): «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 1(3), 1-44.

— (1994): *La Empresa, el Mercado y la Ley*, Madrid, Alianza Economía.

COBIN, J. M. (2009): *Políticas Públicas: Tópicos Modernos de la Economía de Mercado para el Bienestar Social*, Santiago de Chile, Fondo Editorial Universidad Andrés Bello.

FOSS, N. J. And KLEIN, P. G. (2010): «Alertness, Action, and the Antecedents of Entrepreneurship», *The Journal of Private Enterprise*, Vol. 2, pp. 145-164.

FURUBOTB, E. G. and RICHTER, R. (1998): *Institutions and Economic Theory. The Contribution of the New Institutional Economics*, Michigan, The University of Michigan Press.

GAGLIARDI, F. (2008): «Institutions and Economic Change: A Critical Survey of the New Institutional Approaches and Empirical Evidence», *Journal of Socio-Economics*, vol. 37, no. 1, pp. 416-443.

GARCIA-GUADILLA, M. P. and ROA CARRERO, E. (1997): «Civil Society, Classic Liberal Democracy and Market Economics: The Liberal Organizations in Venezuela», *Estudios Científicos*, Salamanca, Ediciones USAL.

GHERSI, S. E. (1988): «El Costo de la Legalidad», *Centro de Estudios Públicos*, 30, 83-110.

— (1991): «Economía de la Corrupción», *Centro de Estudios Públicos*, 73,3-20

— (2005): «La Economía Informal en America Latina», *Cato Journal*, vol. 7(1), 1-14.

- (2007): «The competitive character of the Sources of Law», *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, No 47, pp. 89-109.
- (2009): «Las consecuencias jurídicas del mercantilismo», *El Cato*, Washington, Cato Institute.
- GERBER, E.R. (1999): *The Populist Paradox: Interest Group Influence and the Promise of Direct Legislation*, Princeton, Princeton University Press.
- GREIF, A. (1998): «Historical and Comparative Institutional Analysis», *The American Economic Review*, 88(2), 80-84.
- HART, H.L.A. (1980): *El Concepto de Derecho*, México, Editorial Nacional.
- HAYEK, F.A. (1978): *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press.
- HELLMAN, J. & KAUFMANN, D. (2001): «La captura del Estado en las economías en transición», *Finanzas y Desarrollo*, 38(3) 31-35.
- HEYNE, P.T, PRYCHITKO, D.L. and BOETTKE, P.J. (2009), *The Economic Way of Thinking*, Prentice Hall.
- HIRSHMAN, A.O. (1986): *Interés Privado y Acción Pública*, F.C.E., México.
- HODGSON, G.M. (2006): «What are institutions?», *Journal of Economic Issues*, Vol. 40, No. 1.
- (1993): *Economía y evolución: Revitalizando la Economía*, Madrid, Colegio de Economistas de Madrid, Celeste Ediciones.
- (1998): «The Approach of Institutional Economics», *Journal of Economic Literature*, 36, 166-192.
- (2001): *How Economics Forgot History: The Problem of Historical Specificity in Social Science*, Londres, Routledge.
- HUERTA DE SOTO, J. (2010): *Socialism, Economic Calculation and Entrepreneurship*, Edward Elgar, p. 52.
- KASPER, W. (2003): *Building Prosperity: Australia's future as a global player*, Sydney, The Centre for Independent Studies.
- KELSEN, H. (2001): *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- KIRZNER, I. M. (1976): «Equilibrium versus Market Process», *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Kansas City, Sheed and Ward Inc.
- (1978): *Competition and Entrepreneurship*, University of Chicago Press.
- (1978): *Economics and Error*, Kansas City, Sheed Andrews and McMeel.

- KLEIN, P.G., MAHONEY, J.T., McGAHAN, A. and PITELIS, C. (2010): «Toward a theory of public entrepreneurship», *European Management Review*, N° 07, pp.1-15. Milano, European Academy of Management
- MENDEZ, R.C.B. (2011): «Institutional Innovation, Deregulation and Competition in a Structured Society», *HDR Expo 2011*, Sydney, Macquarie University Faculty of Business and Economics Press.
- MENGER, C. (1976 [1871]): *Principles of Economics*, Institute for Humane Studies.
- NORTH, D. (1981): *Growth and Structural Change*, New York, W. W. Norton.
- (1990): *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (1991): «Institutions», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, no. 1, pp. 97-112.
- (1994): «Economic Performance Through Time», *American Economic Review*, vol. 84, no. 3, pp. 359-368.
- (2005): *Understanding the Process of Economic Change*, New York, Princeton University Press.
- OSTROM, E. (1990): *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press.
- PEREZ, E. (2001): *Transitions (Theories of): changes in the Eastern countries*, Madrid, Editora Critica de Ciencias Sociales.
- ROUX, D. (2006): *The Prizes Nobel of Economics*, Madrid, Akal Economía Actual.
- SAN EMETERIO, N. (2006): *New Institutional Economics*, Madrid, Sintesis Press.
- SCHOTTER, A., (1981): *The Economic Theory of Social Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SOBEL, R.S. (2008): «Testing Baumol: Institutional quality and the productivity of entrepreneurship», *Journal of Business Venturing* 23, pp. 641-655, Philadelphia: Elsevier Press.
- STIGLER, G. (1982): *The Economist as Preacher, and Other Essays*, Chicago, University of Chicago Press.
- (1992): «Law or Economics?», *Journal of Law and Economics* 35, pp. 455-68.

WEBER, M. (1930): *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, London, Allen & Unwin.

— (1964): *Economy and Society*, Vol.I, p. 632, México, Fondo de Cultura Económica

WILLIAMSON, O. (1985): *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press.

LA CORRUPCIÓN POLÍTICA EN JUAN DE MARIANA

DAVID GARCÍA-MARTÍN SOUSA

Resumen: En el presente artículo se expone un breve análisis de la historia del concepto de corrupción política y la forma en la que llega a uno de los más conspicuos pensadores de la escolástica española: Juan de Mariana. El primer pensador que aplicó metafóricamente el concepto de corrupción fue Aristóteles, el cual, tomándolo del campo de la biología, aplicó esta metáfora al pensamiento político. Todo sistema político tiende por naturaleza a la corrupción y su principal característica es la aparición de sensaciones organolépticas de repugnancia y asco. Es sinónimo de separación de lo que otrora estaba unido. Y, de entre los numerosos sistemas políticos que hay, la democracia es tan proclive a la corrupción como cualquier otro. Es uno más. Y de las diferentes clases de democracia es la social-democracia la más próxima al marxismo. Juan de Mariana, siguiendo a Aristóteles, establece una señal de demarcación para poder detectar cuándo un sistema político se ha corrompido, a saber: subida de impuestos sin consentimiento de los ciudadanos, envilecimiento de la moneda, ejecución de obras faraónicas e impedimento de reunión de la Asamblea. Si así precediere, todo ciudadano estaría legitimado para ejercer el *tiranicidio*, porque el monarca habría dejado de serlo para convertirse en tirano.

“Giges era un pastor que servía al entonces rey de Lidia. Un día sobrevino una gran tormenta y un terremoto que rasgó la tierra y produjo un abismo en el lugar en el que Giges llevaba el ganado a pastorear. Asombrado al ver esto, descendió al abismo y halló, entre otras maravillas que narran los mitos, un caballo de bronce, hueco y con ventanillas, a través de las cuales divisó adentro un cadáver de tamaño más grande que el de un hombre, según parecía, y que no tenía nada excepto un anillo de oro en la mano. Giges le

quitó el anillo y salió del abismo. Ahora bien, los pastores hacían su reunión habitual para dar al rey el informe mensual concerniente a la hacienda, cuando llegó Giges llevando el anillo. Tras sentarse entre los demás, casualmente volvió el engaste del anillo hacia el interior de su mano. Al suceder esto se tornó invisible para los que estaban sentados allí, quienes se pusieron a hablar en torno a él como si se hubiera ido. Giges se asombró, y luego, examinando el anillo, dio vuelta al engaste hacia fuera y tornó a hacerse visible. Al advertirlo, experimentó con el anillo para ver si tenía tal propiedad, y comprobó que así era: cuando giraba el engaste hacia adentro, su dueño se hacía invisible, y cuando lo giraba hacia fuera, se hacía visible. En cuanto se hubo cerciorado de ello, maquinó el modo de formar parte de los que fueron a la residencia del rey como informantes; y una vez allí sedujo a la reina, y con ayuda de ella, mató al rey y se apoderó del gobierno. Por consiguiente, si existiesen dos anillos de esa índole y se otorgara uno a un hombre justo y otro a otro injusto, según la opinión común no habría nadie tan íntegro que perseverara firmemente en la justicia y soportara abstenerse de los bienes ajenos, sin tocarlos, cuando podría tanto apoderarse de lo que quisiera del mercado, como, entrar en las casas, acostarse con la mujer que prefiriera, y tanto matar a unos como librar de las cadenas a otros, según su voluntad, y hacer todo como si fuera igual a un dios entre los hombres.”

(Platón. *La República* 359d-360a)

Platón es considerado por algunos ilustres filósofos como el padre ideológico de los totalitarismos contemporáneos (Popper, 2000: 167). Sin entrar a valorar estas consideraciones, creo que la grandeza de Platón fue la de haber esbozado, a la vez que exponía su teoría política, los argumentos opuestos a sus propias proposiciones hasta el punto en que con el tiempo, la Academia con Platón al frente, desembocó en el probabilismo, despreciando su famosa “teoría de las ideas”.

Platón trasmite en este mito la simple idea de que el poder corrompe. Así de buena y breve es la conclusión. Giges, un humilde pastor cuyo trabajo representa la quintaesencia del pueblo, encuentra un medio que le permite alcanzar cualquier fin que se proponga. Es el famoso Hobbit que Tolkien dibujó en su *tierra media*. Es la criatura más dócil, sencilla y simple que uno pudiera imaginarse pero, en contacto con el anillo de

poder, es arrastrado por la vorágine de la corrupción. Platón deduce que si hubiera dos anillos iguales, seríamos indiscernibles en nuestra acción política, por lo que la idea de límite de mi acción visible define la justicia de la injusticia. Así pues, la misma idea de poder, unida a la del deseo, es ilimitada por definición. Y cuando ese poder ilimitado se hace carne, no hay cuerpo que la resista. La corrupción hace el resto. Primero al portador del anillo pero, inmediatamente después, al resto del cuerpo político y de la sociedad. Pero, ¿qué es la corrupción?

I. EN TORNO A LA IDEA DE CORRUPCIÓN.

La plataforma lógica desde la que vamos a analizar la idea de corrupción requiere su correspondiente taxonomía, clasificación y crítica. Descartaremos las posiciones idealistas o espiritualistas que consideran que las ideas brotan de una conciencia subjetiva o, *mutatis mutandis*, por inspiración mística. Partiremos de hechos “indubitables” y de los que cualquiera puede asentir. Así pues, seguiremos una metodología crítica respecto a las ideas que iremos desarrollando en el presente artículo. Para abordar la clasificación del concepto de *corrupción* seguiré la ofrecida por el profesor Gustavo Bueno (2009: 72) en el que exige cuatro criterios ontológicos para la idea de corrupción.

1. El criterio de la corporeidad. Para que algo sea corruptible ha de poseer corporeidad pero este criterio no exige exclusividad. Así, por ejemplo, Aristóteles consideraba a los astros corpóreos pero incorruptibles.
2. Ha de estar integrado e insertos en otros cuerpos y que esa integración sea dinámica, no meramente mecánica o geométrica. Nos topamos, de hecho, con la idea de *identidad y unidad*.
3. La corrupción de ese cuerpo en movimiento supone una transformación pero nunca una aniquilación.
4. Esas unidades corpóreas, cuando analizamos el organismo político, no se mueven a través de una armonía preestablecida, como sostienen las ensoñaciones socialdemócratas, krausista o incluso

marxistas con su paraíso comunista, sino con disritmias permanentes que permite la interacción de unos cuerpos con otros.

Desde estas coordenadas, es fácil comprobar que el término *corrupción* no es unívoco sino que tiene sentidos muy heterogéneos. Pero en la inmensa mayoría de la gente invoca la idea de podredumbre, es decir, la de algo que provoca la reacción organoléptica de repugnancia y asco. Y este sentido primario se expande, como concepto análogo de atribución, hacia el resto del campo semántico. Y en este artículo abordaré la ampliación del sentido de corrupción hacia la categoría de la política en la obra de Juan de Mariana.

Lo más llamativo del concepto de corrupción aplicado a la política es que no abarca la totalidad del campo semántico. No se aplica en todas las actuaciones que el gobernante ejerce cuando corrompe la res pública. A modo de ejemplo, se habla de corrupción cuando un partido político posee una doble contabilidad pero no se hace lo propio cuando un ejecutivo cierra un ejercicio presupuestario con déficit. ¿Existe acaso algo más corruptor de una sociedad que el déficit o la inflación o la devaluación de la moneda? ¿No corrompería más la sociedad la unión de todas las capitales de provincia por AVE que la mordida de un guardia civil de tráfico? Ya inmersos en la retórica política, ¿Y si un parlamento regional proclama su pretensión secesionista, por qué no se habla de corrupción política?

Rodrigo Sánchez de Arévalo (*Suma de la Política*, 1454) extiende el campo de la corrupción a la sociedad política entera: “*Las pequeñas discordias entre los ciudadanos y súbditos crecen y aumentan de que viene corrupción en la ciudad*”.

Nuestros legisladores no consideran corrupción ni a la traición, ni a la sedición o rebelión, actos que otrora eran considerados como las más altas cotas de estupro. Llama la atención que se ha reducido la aplicación del concepto de corrupción a personas individuales, nunca a grupos por aquello de *societas delinquere non potest*.¹

¹ Las sociedades no puede delinquir.

II. EL ESTADO DE DERECHO

Es en este momento en el que hay que recordar la figura de Roberto Von Mohl, el creador de la idea de *Estado de derecho*. Este pensador alemán estableció la distinción ontológica entre el Gobierno y la Asamblea Representativa. Los ministros representan antes la voluntad del Príncipe que la de alguna fracción parlamentaria. La cohesión o unidad del Estado quedaba garantizado por el Príncipe. Así, cualquier atisbo de corrupción quedaba circunscrito al ámbito de las conductas individuales que no afectaban, de ningún modo, a la estructura del Estado. Mientras las personas de carne y hueso son las únicas susceptibles de caer en la trampa de la corrupción, debido a sus pecados éticos como la soberbia, avaricia y lujuria, las instituciones disfrutaban de un hado de incorruptibilidad *per se*. Sin menoscabo de su importancia, queremos resaltar la vaguedad del término corrupción que se viene utilizando, una oscuridad que impide distinguir la corrupción objetiva de la mera percepción de hedor por parte de quienes lo sufren. Fue ya durante el siglo XX, pese al juicio de Núremberg, cuando el reconocimiento de entidades supra individuales fue teniéndose en cuenta y comenzando a aparecer en distintos Tratados.

III. EL AGUSTINISMO POLÍTICO

Otra aplicación del concepto de corrupción y que ha tenido una transcendencia en la Historia de las Ideas Políticas fue el *agustinismo político*. Su influencia sobre el marxismo, así como en los distintos nacionalismos y socialismos que tiñen el actual panorama político, se hace evidente a la luz de los textos. Estas mitologías son, en palabras de Ettiën Gilson, *metamorfosis de la Ciudad de Dios*. La obra de San Agustín ha inspirado gran parte de la metafísica política de occidente gracias, en buena medida, a las diversas interpretaciones que la Iglesia Católica, el protestantismo y el socialismo han destilado de sus escritos. La secularización agustiniana, primero de la mano de Lutero, y posteriormente de los revolucionarios franceses, sirvió en bandeja al socialismo su corpus teórico.

Para mostrar al lector esta influencia, haremos una brevísima exposición de la metafísica cristiana de corte agustiniano. *In illo tempore*, en un tiempo anterior a la historia humana, tuvo lugar la rebelión de los ángeles ante Dios Padre. Estos ángeles no soportaron que Dios se reencarnase en un humano y mortal, despreciando la superior ontología angelical. Esta narración mitológica posee una alegoría psicológica pragmática de las motivaciones que impulsan en general la conducta de los hombres en la Ciudad de Dios. Esta rebelión obedece a un concepto político interpretado en términos de soberbia:

“Y cuando indagamos la causa de la miseria de los ángeles malos con razón se nos ofrece que es porque, volviendo las espaldas a Dios, se miraron a sí mismos, que no son sumos u omnipotentes; y a este vicio ¿cómo lo designaríamos sino con el nombre de soberbia? Porque la soberbia es el origen de todo pecado” (Eclesiastés 10,15)

En esencia, San Agustín desconfía del hombre, individualmente considerado. Lutero, como buen agustino, partirá de esta antropología. Percibe en él un hedor, una tendencia a la corrupción cuya única manera de perseverar en ella consiste en luchar contra los demás. Es la política entendida como conflicto permanente, sin posibilidad de tregua o solución pactada. Esta visión contrasta con la visión antropológica que Mises nos muestra de la sociedad, en la que la inmensa mayoría detesta la guerra y la considera como la mayor de las desgracias que pueden sobrevenir. En cualquier caso, este cuadro mitológico de pugna enturbia y desequilibra la paz y la armonía que reinaba en la *primera sociedad jerárquica espiritual* constituida por las personas de la Santísima Trinidad y los coros angélicos que contemplaban en paz y libertad perpetuas. El pecado de la soberbia, si bien se reduce en un primer momento a la *singularidad específica*, posteriormente se propaga al Género Humano a través de los mismos ángeles caídos, por mediación de Lucifer, que tentó a nuestros primeros padres. Adán y Eva, que vivían en un paraíso gozando de la paz, la libertad y del conocimiento ilimitado, sucumben ante la tentación. El pecado original, fruto igualmente de la soberbia, produce una alienación (término utilizado por San Agustín, que pasará después por idea-

lismo alemán hasta eclosionar en el marxismo) que les llevaría a volverse hacia sí mismos, en lugar de mantenerse cara a Dios. Comienza desde ese mismo momento la corrupción o caída de la Edad de Oro o pérdida de un paraíso en el que la palabra *escasez* carecía de sentido.

El marxismo, fiel heredero del agustinismo político, consiste en una secularización de este relato mitológico, puesto que el fin que persigue consiste en retornar a ese estado embrionario de la historia, en el que ni la escasez ni el conflicto turbaban la paz:

“La primera edad que se creó fue la del oro, la que cultivaba la lealtad y el bien, sin autoridad, por propia iniciativa, sin ley. No existía el castigo ni el miedo, ni se leían amenazas en tablas de bronce ni suplicante la gente temía el rostro de su juez, sino que sin autoridad vivían seguros (...) La primavera era eterna (...) y la tierra producía sin arar frutos, y el campo sin barbecho se blanqueaba de espigas preñadas. Ya corrían ríos de leche, ya ríos de néctar, y amarilla miel goteaba de verde encina.” (Ovidio, 2005: 110)

El mito de la edad dorada es el fundamento de la metafísica política que estructuró el paraíso comunista prometido en su biblia *sui generis*. Este relato mitológico ha acompañado las cosmovisiones del ser humano desde Hesíodo (2000), con el mito de las edades, hasta las últimas revoluciones sudamericanas y caribeñas en las que se propagaba la idea de pérdida de un paraíso al que el mesías de turno permitiría retornar. El principal problema de la economía, la escasez, es fruto de la avaricia y soberbia humana que, leyes que regulan la propiedad privada mediante, han provocado el exilio del Género Humano al que el socialismo marxista promete retornar. Y Marx, su profeta, ha enseñado el camino. Así, el Género Humano cantado en el Internacional encuentra el camino de retorno a la tierra prometida. Allí donde ese *paraíso comunista* prometido no pudo alcanzarse por la fuerza, sufrió una aparente metamorfosis bajo la faz de *estado de bienestar* en la social-democracia. La persona que disfruta de más bienes y servicios es debido a que robó esos bienes al resto, fruto del paradigma estático de la economía en la que los bienes y servicios “ya” están dados (Huerta de Soto, 2010: 5), por lo tanto, es de justicia la redistribución de la riqueza. Si una persona es rica no fue debido a que

acertó en la cooperación económica, ni a que disciplinó su comportamiento para adecuarse a los demás, sino porque robó al pobre. Por lo tanto, desde este paradigma delirante es de justicia la redistribución de la riqueza.

Respecto a los nacionalismos, comparten exactamente las mismas fases: de una Euskal Herria originaria en el que ningún tipo de escasez enturbiaba la serenidad de esas montañas, fue víctima de una invasión castellana que provocó que el pueblo vasco sufriese una especie de diáspora, hasta que el profeta Arana enseñó el camino de retorno a esa tierra prometida. El nacionalismo político reproduce el mismo esquema metafísico; desde la Unidad surge la Pluralidad y es necesario retornar a ella: *e pluribus, unum*.²

Un texto clave que resume esta cosmovisión agustiniana la podemos hallar en la *Ciudad de Dios*, cuando San Agustín dice:

“Por el pecado de Adán, no sólo cayó el primer hombre, sino que la naturaleza humana quedó corrompida y mudada, de manera que padeciera en sus miembros (individuales y sociales) la desobediencia y repugnancia de la concupiscencia y quedase sujeta a la necesidad de morir.” (San Agustín, 1965)

El hombre es malo por su naturaleza pecaminosa. Sólo cabe ante esta posición abandonarse a la fe, despojando de todo valor a la *acción humana*, y esperar la gracia de un Dios voluntarioso para el que las acciones no cuentan en el haber de la salvación. Pero el Estado Protestante, ungido por la gracia del Príncipe, es el único que es consciente (concepción subjetivista de la conciencia frente a la conciencia objetiva-operatoria de la escolástica católica) de que ha sido elegido por Dios para la salvación eterna. Un Dios voluntarista, caprichoso, alejado completamente del hombre, cuyas motivaciones por las que decide salvar a un determinado hombre están en un plano inaccesible para la razón huma-

² Este lema que podemos ver acuñado en los dólares reproduce la visión protestante de la necesidad de confiar en Dios para que de la pluralidad o dispersión el pueblo sea capaz de regresar a la unidad hipostática con Dios.

na. Desde estas coordenadas, el Príncipe es el representante de la voluntad de Dios sobre la tierra, una voluntad que se vierte sobre la sociedad en la forma de monarquía absolutista, el regalo ilustrado a la Humanidad. Y la soberanía reside allí en quien decide sobre el Estado de Excepción, esto es, la fuerza. La naturaleza humana necesita del Estado-Guía para que su naturaleza, caída y pecaminosa, deje de serlo y se eleve hacia Dios. Es el pueblo de Dios, un pueblo que engloba a la totalidad de sus individuos. Ya no hay distinción entre griegos y bárbaros, ni entre ricos ni pobres como esgrimía San Pablo. Todos somos el pueblo de Dios que, tras la encarnación de Dios en el hombre, su naturaleza ha podido redimirse de su pecado original, de manera que puede entrar en el Reino de los Cielos.

Marx, el profeta barbudo, incluyó en la corruptibilidad al propio estado como instrumento puesto al servicio de la clase dominante. Se vio a sí mismo como profeta y mostró el camino para que el pueblo se eleve y elimine ese estado de escasez y alienación. Ya no hay diferencias entre los proletarios ingleses, franceses o alemanes: todos son proletarios y las diferencias son fenoménicas.

La corrupción, así pues, es formulada en términos teológicos, mitológicos pero estructurados y con cierto despliegue teórico. Si es imposible eliminar la corrupción política desde la ciudad de Caín, será la otra ciudad, la de Abel, el refugio seguro para tal elevación. Esta ciudad de Abel es la Iglesia, mientras que la ciudad de Caín es secularizada por la democracia en la figura de los partidos políticos. Esto se comprende perfectamente cuando se ve, en nuestras sacralizadas democracias, cómo los partidos políticos tienen la asfixiante obsesión por ocupar cada vez más parcelas de la sociedad civil. Nada se puede hacer sin ellos. El Príncipe-Estado, y con él todo su aparato burocrático, no pueden equivocarse o corromperse, tan sólo lo hacen los individuos. Queda así legitimado el estado.

La circunscripción de la corrupción al ámbito del código penal, es decir, con la corrupción individual colectiva tiene unas consecuencias bastante dañinas para el resto de la sociedad porque se asume que la sociedad no puede delinquir: *societas delinquere non potest*. Esta asunción destierra cualquier atisbo de racionalidad en el conjunto de la sociedad

porque se impide poder perseguir la corrupción amparada por la ley. No es dañina la corrupción ilegal: esa puede ser perseguida. La que realmente destruye la sociedad porque imposibilita que sea perseguida es aquella que es amparada por la ley. Y de ese tipo tenemos demasiados ejemplos. Sin duda, esta asunción supuso una novedad respecto a la tradición filosófico-política ya que, desde la teorización de Platón y Aristóteles, las sociedades políticas son el receptáculo de la metáfora de la corrupción. No así los sujetos corpóreos. Éstos simplemente delinquen o no lo hacen.

Las estratagemas políticas, verbigracia, la construcción del aeropuerto de Ciudad Real o la desproporcionada sobredimensión del estado, desde esta perspectiva son tan incorruptibles como lo eran las estrellas para Aristóteles.

IV. LA SOCIALDEMOCRACIA COMO EJEMPLO DE CORRUPCIÓN POLÍTICA

La *socialdemocracia* como ideología democrática (denominada “social fascismo” por Lenin), fue inspirada por Luis Blanc, el cual influyó notablemente en Fernando Lasalle. Lasalle protagonizó el congreso de Eisenach, en el que se fundó el Partido Socialista Obrero Alemán y el de Gotha, de 1865. Este programa de Gotha esgrimió la siguiente declaración:

“La clase obrera procura, en primer término, su emancipación dentro del marco del Estado nacional.”³

Esta declaración contiene una clara lucha de clases en el que se reconoce una subordinación o esclavitud de la clase obrera para con el capitalista. En esta relación se gesta la sempiterna creencia de que el rico es rico porque roba al pobre, hecho que legitima la acción-reacción de la

³ Marx, K. <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gotha/gothai.htm>.

clase obrera frente a la encarnación del poder tiránico del capitalista. Así, la socialdemocracia contiene la simiente marxista en su esencia. Son lobos en pieles de cordero. Pero, a diferencia del marxismo beligerante, admite la posibilidad de hallar una solución “dialogada” o “pacífica” a la sempiterna pugna de intereses, siempre y cuando ese supuesto diálogo concluya en la consecución de sus intereses.

Pero la experiencia nos ha mostrado qué entiende la socialdemocracia por solución dialogada al supuesto conflicto de intereses entre capitalistas y trabajadores. Y digo supuesta porque tal conflicto es una burda estratagema creada por Marx con oscuros y abyectos fines. En una economía capitalista no existen conflictos entre el propietario de los medios de producción y los trabajadores, sino acuerdos voluntarios entre ambas partes. Los conflictos aparecen cuando surgen, como por generación espontánea, terceros que dicen representar los intereses de los más desvalidos: el estado y su apéndice, los sindicatos. Así, la socialdemocracia nace ya con el gen defectuoso del marxismo. Mientras Europa se desangraba en estos “dimes y diretes”, los EEUU comenzaban ya a despuntar y elevar el nivel de vida de los trabajadores, sin contar apenas con labor sindical.

La justicia social⁴, usando esta terminología papal, sería resuelta por el Estado, como medio, pero dirigida hacia el fin que los *socialdemócratas* eligiesen cuando conquistasen el poder del estado. Así, llevarían a la humanidad hacia el paraíso perdido pero de un modo menos sanguinario y más aséptico que el marxista: los impuestos. Y siendo el estado la herramienta coactiva per se para imponer, se hacía indispensable la conquista del estado para llevar al proletariado a la edad dorada en la que los ríos eran ora de leche, ora de miel. Mientras que los socialdemócratas veían al estado como una herramienta de primer orden para llevar a cabo su programa político, los marxistas lo veían como el enemigo al que hay que batir inmisericordemente. Si bien discutían por los medios, el fin era el mismo: llevar a la sociedad *al paraíso de la edad dorada*.

⁴ La expresión “justicia social” fue utilizada por vez primera por el Papa Pío XI en su encíclica *Quadragesimo Anno*. Una vez más, la influencia de la Iglesia Católica en el pensamiento político es incuestionable a la vez que ignorado.

La corrupción, aplicado a la política, es propia de cualquier tipo de estado político. No existe ningún sistema, per se, superior ontológica o formalmente a otro. Todos son susceptibles de corromperse. Este principio, del que los escolásticos eran sabedores, ha sido orillado por un nuevo fenómeno que ha irrumpido en el escenario de la filosofía política, a saber: *el fundamentalismo democrático*.

Allí donde el marxismo no ha triunfado, la retaguardia de la socialdemocracia aspira a llevar al pueblo al paraíso perdido. Es el mito del *ave Fénix*. Por esto, precisamente, los teóricos marxistas vieron que, tras el estrepitoso derrumbe de la URSS, sólo la mimesis de la socialdemocracia podría mantener viva la llama del profeta barbudo. Fukuyama y compañía se apresuraron a sentenciar, con solemnidad de catedrales, que la historia había llegado a su fin. Y este final venía de la mano de la democracia.

V. LA DEMOCRACIA: SISTEMA DE CASTAS

Tal como si fuera el Espíritu Absoluto de Hegel, la democracia apareció frente al derrumbe soviético como la única solución plausible al problema de las relaciones nacionales e internacionales. La teoría de la democracia ha sido proyectada a través de la propaganda política como el único sistema político capaz de controlar todas las variables (ejecutiva, legislativa y judicial), cuyos componentes formaban un sistema procesual cerrado capaz de expandirse. Este sistema es cerrado y sus componentes serían la Libertad, la Igualdad y la Fraternidad. Estas ideas-fuerza, paradigma de la Revolución Francesa, no surgieron *ex nihilo* de una conciencia subjetiva por parte de los revolucionarios jacobinos, sino que ya estaban pululando por las calles de las principales plazas europeas. Estas ideas no fueron más que la secularización política de los axiomas de la mecánica que Newton había postulado: *libertad* – todo cuerpo persevera en su estado de reposo o uniformemente rectilíneo salvo que una fuerza externa le obligue a cambiar; *igualdad* – es el principio de la dinámica según el cual, la fuerza es igual a la masa por la aceleración; y

el principio de *fraternidad* – o de acción recíproca, más conocido como acción-reacción.

El profesor Huerta de Soto (2010: 3) explica con lucidez las dramáticas consecuencias de aplicar la metodología de la física a la economía. *Mutatis mutandis*, aplicar la mecánica newtoniana a la *res pública* ha supuesto la misma asfixia metodológica que para la economía. Los seres humanos nos organizamos a través de lo que Hayek denominó *orden espontáneo*. Es lógicamente imposible ordenar a través de mandatos coactivos una sociedad, por muy buena voluntad que tengan los dirigentes. Y si tienen buena voluntad es peor que si no la tienen. Cuando un dirigente político democrático esgrime una buena voluntad, es conveniente recordar las palabras del filósofo más leído por el nazismo:

“No hay nada en el mundo, ni tampoco fuera de él, que pueda ser tenido por bueno sin limitación alguna sino la buena voluntad.” (Kant, 1996: 19)

La buena voluntad es una excrecencia del protestantismo pietista más peligroso que uno puede encontrar y esa es la principal consecuencia del fundamentalismo democrático. Sólo un desalmado o un egoísta insolidario podría oponerse a la buena voluntad que destilan las Organizaciones no gubernamentales, las políticas sociales de las autonomías o cualquiera de las ocurrencias con las que nos deleitan intelectuales y filántropos que abundan por doquier en las democracias. La buena voluntad legitima el constante y perpetuo saqueo por parte de la casta política al ciudadano de a pie porque esa acción, lejos de ser delictiva, está amparada por la buena voluntad. Si añadimos a este pietismo amanerado el sistema procesual cerrado de la mecánica de Newton y la aplicación de la termodinámica en la ciencia económica, nos hallamos ante una vulgar tiranía, tal como reflejaba el verbo *krathos* en griego clásico. Que ese *krathos* lo ostente una persona, unas cuantas o la mayoría, es una simple cuestión de grados. Incluso aceptando la mayor, es preferible ser coadyuvado por uno que por muchos.

VI. JUAN DE MARIANA

La obra en la que Mariana analiza la corrupción política es “De rege et regis institutione” (Sobre la dignidad real y la educación del rey) y destaca por su célebre defensa del tiranicidio. Siguiendo la doctrina paulina, Dios entrega la regia potestad (soberanía) al pueblo como bien recogen las voces latinas: “*Vox populi, vox dei*” o “*Salus populi suprema lex*”. Éste a su vez lo delega en el príncipe si y sólo si cumple con sus obligaciones de respetar la voluntad de Dios. No se entrega la regia potestad directamente al príncipe, tal como hizo el mundo protestante cuando, por ejemplo, en Hobbes el pueblo pacta entre sí y entrega la soberanía sin derecho a retorno; es el Leviatán, legitimando así el absolutismo estatal:

“El único modo de erigir un poder común que pueda defenderlos de la invasión de extraños y de las injurias entre ellos mismos (...) es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o a una asamblea de hombres que pueda reducir las voluntades de los súbditos a una sola voluntad (...) Una vez hecho esto, una multitud así unida en una persona es lo que llamamos ESTADO, en latín CÍVITAS. De este modo se genera ese gran LEVIATÁN, o mejor dicho, ese dios mortal a quien debemos, bajo el Dios Inmortal, nuestra paz y seguridad”. (Hobbes, 1999: 157)

Hobbes desdeña la dialéctica que habían mantenido cierta armonía en la Edad Media y Renacimiento: la dialéctica *De Civitate Dei*, por medio de la cual la Iglesia de Roma limita al príncipe y éste, a su vez, trata de someter a su diócesis. Ambas ciudades tienen fines diferentes, lo cual les lleva una eterna pugna: la ciudad terrenal o poder político es la ciudad de Caín que posee la fuerza bruta y se enfrenta a Abel, el poder religioso o la sociedad civil⁵. En la ciudad de Dios sus moradores son libres de desarrollar sus fines últimos y son iguales ante la ley de Dios; libres porque el príncipe no puede inmiscuirse en los asuntos de la Iglesia; iguales ontológicamente ante la ley, no mediante. Sin embargo, los príncipes teutones, tras la Reforma luterana y calvinista, aplicaron el programa políti-

⁵ San Agustín fue el creador del concepto de “sociedad civil” como ente opuesto ontológicamente al poder político.

co y crearon sus propias teocracias. El poder es unitario y el príncipe será también el jefe de la Iglesia, eliminando cualquier atisbo de separación de poderes. Sólo queda plegarse ante la voluntad de Dios encarnada por el poder terrenal de los príncipes cuyos deseos se consiguen a base de impuestos. La dominación de la sociedad civil propuesta por los príncipes protestantes choca de directamente con la ciudad de Dios católica. Este es el contexto en el que se mueve Juan de Mariana, el de un Imperio Católico con una clara vocación universal en el que se le advierte al rey de las consecuencias teológicas que podrían acarrearle si rebasa los límites del poder: la muerte.

“Dos amores, fundaron, pues, dos ciudades, a saber: el amor propio hasta el desprecio de Dios, la terrena, y el amor de Dios hasta el desprecio de sí propio, la celestial. La primera se gloria en sí misma, y la segunda, en Dios...En aquella, sus príncipes y las naciones avasalladas se ven bajo el yugo de la concupiscencia del dominio, y en ésta sirven en mutua caridad, los gobernantes aconsejando y los súbditos obedeciendo.” (San Agustín, 1965: XIV 28)

Mariana trata de limitar el poder del rey y distinguirlo del tirano es la mayor de las preocupaciones; *cuantitativamente* la sustancia es la misma, el gobierno de Una sola persona; *cualitativamente* el criterio de demarcación lo define la justicia y la razón, a la cual debe someterse el rey si no quiere ser tirano. El paso se produce a través de un cambio de sustancia en la persona del rey en el que hay un salto cualitativo hacia la tiranía. Por lo tanto, es necesario protegerse de estos saltos cualitativos y es un mandato moral el que legitimará el tiranicidio. Mariana sigue escrupulosamente a Aristóteles al sostener que existen tres formas puras de gobierno, esto es, *monarquía, aristocracia y república* frente a tres formas corruptas y degeneradas que son las correspondientes: *tiranía, oligarquía y democracia*.

En el capítulo VI titulado ‘Si es lícito matar al tirano’ dice que el tirano es odiado por Dios y por los hombres. Comienza con los ejemplos de tiranicidio de Enrique III de Francia. A continuación expone:

“El pueblo, en donde tiene su origen la potestad regia, dicen, si así lo exigen las circunstancias, no sólo tiene facultad para llamar a derecho al rey, sino también para despojarle de la corona si se niega a corregir sus faltas. El pueblo le ha transmitido su poder, pero se ha reservado otro mayor y así, para imponer tributos o para cambiar sus leyes fundamentales, es siempre indispensable su consentimiento.” (Mariana, 1981: 77)

En este fragmento, el padre Mariana aclara que el poder político reside en el pueblo cuya voz puede despojar al rey de su cargo. El pueblo ya no es ese populacho romano, ontológicamente diferente al senado sino un pueblo cuya voluntad refleja la de Dios. Mariana recoge parte de la tradición republicana al reproducir el concepto de patriotismo entendido como la tierra en la que están enterrados nuestros muertos y a la que le debemos la vida, la lengua, la moral y nuestro ser a través de las instituciones:

“¿Hemos de consentir que un tirano veje y atormente a su capricho nuestra patria, a la cual debemos más que a nuestros padres? (...) aunque hayamos de poner en riesgo la riqueza, la salud y la vida hemos de salvar la patria del peligro de la ruina.” (Mariana, 1982: 79)

La misión del rey es proteger las fronteras con los recursos que la *Ciudad de Dios* pone a su alcance, pero nunca puede saquear o imponer leyes dentro de la sociedad civil, tal como ejemplifica en la toma de Cuenca por Alfonso VIII. Si cruza esa línea roja los sujetos operatorios o el *hombre en tanto en cuanto empresario* está legitimado por Dios para matar, no al rey porque ya ha perdido su condición, sino al tirano. Esa razón le dice que en economía no debe meter sus zarpas; que en política se someta a las Cortes castellanas; que en sociedad, deje al pueblo completa libertad para moverse en la búsqueda de su porvenir. Así pues Mariana nos pinta un rey bastante contemporáneo, por así decirlo. Mariana describe al tirano de la siguiente guisa:

“Sustrae la propiedad de los particulares y la saquea, impelido por vicios tan impropios de un rey como la lujuria, la avaricia, la crueldad y el fraude⁶ (...) los tiranos intentan perjudicar y arruinar a todo el mundo, pero dirigen sus ataques en especial contra los hombres ricos y justos que viven en su reino, consideran el bien más sospechoso que el mal, y temen como a nada precisamente esas mismas virtudes de las que carecen... los tiranos expulsan del reino a los mejores con la excusa de que ha de rebajarse a quienquiera que destaque sobre el resto... dejan exhausto al pueblo para que no pueda reunirse, exigiendo casi a diario nuevos tributos, promoviendo disputas entre los ciudadanos y empalmando el fin de una guerra con el comienzo de otra. De situaciones así surgieron las pirámides de Egipto⁷ (...) el tirano no puede menos de temer que aquellos a quienes esclaviza puedan intentar derrocarlo... por eso prohíbe que los ciudadanos se reúnan o formen asambleas o discutan en común los asuntos del reino, arrebatándoles con métodos propios de policía secreta la ocasión misma de hablar o escuchar con libertad, impidiendo incluso que puedan expresar sus quejas libremente...”

Mariana nos ofrece una perfecta descripción del tirano: irrumpe en la propiedad privada y no la respeta, de tal forma que la saquea a impuestos para fines particulares a modo de déspota. Es curioso cómo Mariana resalta que son los ricos quienes más sufren las embestidas del tirano. Tergiversan y subvierten el sentido de las palabras y, por ende, el de la moral llamando al bien mal y viceversa. De alguna manera Mariana está escrudiñando el incipiente mundo de la propaganda, herramienta fundamental del tirano. Así, temen las virtudes que carecen porque poseen un complejo de inferioridad, como diría cualquier psicólogo al uso.

⁶Las categorías políticas han de estar subordinadas a la moral. Es una muestra de que el catolicismo responde al canon griego de que la moral debe tutelar y guiar los asuntos políticos. En esta idea se desmarca claramente de Maquiavelo y de la tradición protestante que sucumbe ante un positivismo moral: lo que tiene éxito es bueno *per se*.

⁷Podríamos añadir las televisiones públicas, el soterramiento de la M-30, los miles de coches oficiales, aeropuertos en los que pueden divisarse más “ovnis” que aviones, universidades ad hoc o subvenciones a mansalva. La actualidad de este texto de Mariana encumbra aún más si cabe su pensamiento.

Y efectivamente, no hay señal más evidente del tirano que rodearse de gente al menos tan mediocres como ellos. El tirano no cesa que cargar con nuevos impuestos al pueblo porque su maquinaria burocrática no termina nunca. Siempre necesita más recursos porque su miedo no tiene fin y ellos los dedica a la división del cuerpo político, apareciendo así la *corrupción*. Ese cuerpo político comienza a oler de manera repugnante y la enfermedad requiere cortar por lo sano. Así pues, la *corrupción* política para el padre Mariana aparece cuando el rey deja de serlo para convertirse en tirano, cuyos síntomas son reconocibles: destrucción de la propiedad privada. Por lo tanto, la tradición católica exige un respeto escrupuloso a la propiedad privada, axioma fundamental de la polis y, por ende, de la libertad.

Mariana expone a continuación la acción que se ha de llevar a cabo por cada uno de los integrantes del Reino cuando su príncipe se torna en tirano:

“No es posible ignorar su maldad cuando trastornan toda la comunidad, se apoderan de las riquezas de todos, menosprecian las leyes y la religión del pueblo y desafían con su arrogancia y su impiedad al propio cielo (...). En este caso hay que pensar en el medio de destronarlos. Debe empezarse por declarar públicamente que no se le reconoce como rey. Y como esta declaración provocará necesariamente una guerra (...) y si fuera necesario y no hubiera otro modo de salvar la patria, matar al príncipe como enemigo público, con la autoridad legítima del derecho de defensa. Pues esta facultad reside en cualquier particular que, sin preocuparse de su castigo, y despreciando su propia vida, quiera ayudar a la salvación de su patria.” (Mariana, 1981: 80).

El rey se transforma en tirano cuando impone impuestos sin la aprobación de los ciudadanos, crea monopolios oligárquicos y, sobre todo, cuando reduce el contenido de metal noble de las monedas. Los ciudadanos que utilizan como dinero esas monedas envilecidas sufren un encarecimiento de todos los productos:

“Si baja el dinero del valor legal, suben todas las mercadurías sin remedio, a la misma proporción que abajaron la moneda, y todo se sale a una cuarta.” (Mariana, 1987: 46).

Mariana, fiel a la división agustiniana, niega la potestad del rey sobre la propiedad de sus vasallos y, como buen aristotélico, apoya el axioma de que la sociedad comienza con la propiedad privada (*oikós*) y evoluciona hacia una sociedad política (*polis*) formada por hombres libres e iguales (Aristóteles, 2010). En ningún momento a un hombre libre se le puede enajenar su responsabilidad para con sus propiedades ya que entonces dejaría de serlo. Si el rey grava impuestos sin consentimiento de los hombres libres de su reino, automáticamente se habrá convertido en tirano, corrompiéndose su substancia de rey en tirano y perdiendo por ende su legitimidad.

Mariana considera un despropósito que el rey altere el contenido de la moneda, esto es, que cree inflación o aumente la masa monetaria. El envilecimiento de la moneda confunde la común consideración que los hombres tienen de las cosas ya que valoran las mercancías por su calidad, la abundancia o escasez. La tremenda entrada de metales preciosos precedente de América impuso un constante incremento de los precios de todos los productos con la consiguiente pérdida de productividad de la empresa hispana. Desde el mismo momento en que el príncipe devaluó la moneda, comienzan las sensaciones organolépticas de repugnancia y asco. Aparece la corrupción.

Una característica común de los escolásticos españoles fue la teoría subjetivista del justiprecio de las cosas, puesto que el valor de las cosas se encuentra en la estimación subjetiva de los bienes y servicios que el mercado ofrece, siguiendo la doctrina de Diego de Covarrubias y Leyva, el cual postuló que:

“El valor de una cosa no depende de su naturaleza objetiva sino de la estimación subjetiva de los hombres, incluso aunque tal estimación sea alocada, ya que en las Indias el trigo se valora más que en España porque allí los hombres lo estiman más, y ello a pesar de que la naturaleza del trigo es la misma en ambos lugares”. (Covarrubias, 1604: 131)

El abandono de esta noción subjetivista de la teoría del valor supuso que un elenco de ingenieros sociales fuesen los encargados de dotar de valor objetivo a lo que es subjetivo. El sujeto de carne y hueso es el protagonista de la economía por su función empresarial. El programa de política económica de nuestros escolásticos está a las antípodas de lo que hoy día se entiende por economía política, en la que unos cuantos iluminados creen que a través de prolijos modelos estocásticos pueden determinar objetivamente el valor de las cosas y el de la sociedad, para que ésta alcance un equilibrio o estado de reposo. Para ello no dudan en envilecer la moneda constantemente, cargando impuestos sin consentimiento de los hombres que habitan el territorio, para redistribuir la riqueza en aras del equilibrio delirante. El panorama actual ensalza todavía más aún si cabe la labor de nuestros escolásticos españoles, los cuales vieron con claridad la naturaleza subjetiva de los precios, una naturaleza que ni *Dios*, con toda su omnisciencia y omnipotencia, puede saber cómo yo valoraré la naturaleza de las cosas. Dios puede saber el futuro contingente o las infinitas posibilidades de mi acción, pero no cuál será exactamente esa elección valorativa en acto. Así, verbigracia, el jesuita Juan de Lugo dijo *pretium justum mathematicum soli licet Deo notum*, es decir, el precio justo de las cosas sólo a Dios le es lícito conocerlo. A los simples mortales nos queda el mercado. Luis de Molina contestó en la célebre polémica *De Auxiliis* que ni siquiera Dios en toda su majestad puede conocer en acto los futuros contingentes porque se contradeciría a sí mismo, algo imposible *per se*.

Cuando los presidentes de los Bancos Centrales de los países occidentales suben o bajan los tipos de interés se creen ungidos por la gracia divina y juegan a ser dioses. Para un católico debería ser una monstruosidad e incluso una blasfemia ver cómo una persona cree estar ungido por una gracia especial para conocer lo que de suyo es incognoscible. Y ese conocimiento privativo y exclusivo es fruto de la arrogancia intelectual que el idealismo protestante ha vertido sobre la economía. Para un protestante ungido por la gracia del *Espíritu Santo* la adscripción irracional de la conciencia subjetiva le permite creer estar en condiciones de aprehender un conocimiento revelado por Dios porque habla a las con-

ciencias de los hombres elegidos para tal fin. Es la doctrina de la predestinación aplicada a la configuración de la estatolatría. Por estas razones, entre otras muchas, el liberalismo sólo pudo comenzar en un contexto católico. Desde la escolástica la misma existencia de un Banco Central o Reserva Federal es blasfemia.

VI. CONCLUSIÓN

La obra de Mariana se ubica en la larguísima tradición platónica de filósofos consejeros que asesoraban al rey sobre cómo debía llevar los asuntos políticos. El Imperio español fue un Imperio Católico en el propio sentido etimológico de la palabra: universal. Y la filosofía que vertebraba ese imperio con un ortograma universal era la escolástica católica, esto es, filosofía griega más derecho romano, o lo que es lo mismo, la filosofía de la civilización.

Esta filosofía tiene como uno de sus axiomas principales el escrupuloso respeto a la propiedad privada en la que el príncipe no puede inmiscuirse. Una propiedad privada fruto del trabajo de los sujetos operatorios que se mueven en un espacio doble: la Iglesia y el Estado. Esta es la división de poderes propia de Europa hasta el advenimiento de la Ilustración y sus frutos: la monarquía absoluta.

Juan de Mariana es un ejemplo paradigmático de hasta qué punto el despotismo ilustrado y las miasmas vertidas por sus gurús supusieron una involución en la teoría económica. La Ilustración, hija del protestantismo más reaccionario, subordinó la economía a la política. Para Mariana y los escolásticos la economía es fruto del libre albedrío, responsabilidad de cada miembro de la Ciudad de Dios y la política del príncipe se ha de centrar en defender esa esfera de libertad empresarial. Es una simbiosis en la que todos salen ganando: el ciudadano y el estado. Pero como la tentación siempre está presente en la vida humana, los límites y reglas del juego han de ser claras. Si se violan, habrá reacción. El tiranicidio.

Así pues, en la obra de Mariana hay un canto al juego limpio y una incitación a la acción ante los procesos de corrupción política. La corrup-

ción, concepto tomado de la categoría biológica por Aristóteles, fue aplicado a la política como metáfora de la descomposición del cuerpo político. Esta descomposición conlleva inexorablemente el óbito de la ciudad y sus consecuencias son impredecibles. Todo ciudadano tiene la obligación divina de luchar contra el tirano porque, en los asuntos de la cosa pública, nadie es anónimo, salvo las bestias y los dioses. Y como todo cuerpo biológico quiere vivir, cuando un miembro se enquistaba hay que extirparlo porque la alternativa es la corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES (2001): *La política*, Madrid, Gredos.
- BUENO, G. (2010): *El Fundamentalismo democrático*, Madrid, Temas de Hoy.
- CICERÓN (2000): *La República*, Madrid, Gredos.
- COVARRUBIAS, D. (1604): *Omnia Oper.*, Venecia.
- GILSON, E. (1972): *La filosofía en la Edad Media*, Madrid, Gredos.
- HESÍODO (2000): *Los trabajos y los días*, Gredos.
- HOBBS, T. (1999): *Leviatán*, Alianza.
- HUERTA DE SOTO, J. (2010): *The theory of Dynamic efficiency*, New York, Routledge.
- KANT, I. (1996): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Santillana.
- La Biblia, Eclesiastés*, BAC.
- MARIANA, J. (1981): *Sobre la dignidad real y la educación del rey*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- MARX, K.:
<http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gotha/gothai.htm>
- OVIDIO (2005): *Las metamorfosis*, Madrid, Alianza Editorial.
- PLATÓN (2000): *La República*, Madrid, Gredos.
- POPPER, K. (2000): *Sociedad abierta y sus enemigos*, Madrid, Paidós.
- SAN AGUSTÍN (1965): *La Ciudad de Dios*, Madrid, BAC.
- SÁNCHEZ DE ARÉVALO, R. (1954): *Suma de la política*.