

HASTA QUE LA MUERTE —O EL DIVORCIO— NOS SEPARE CÓMO UNA REGLA POR DEFECTO EFICIENTE PUEDE MEJORAR EL BIENESTAR SOCIAL (Y EVITAR DISCUSIONES INCÓMODAS EN LA PAREJA)

ROCÍO ALBERT

ROGELIO BIAZZI

El hombre racional se adapta al mundo que le rodea. El hombre irracional se obstina en intentar que sea el mundo quien se adapte a él. Por tanto, todo progreso se debe al hombre irracional.

George Bernard Shaw

El objetivo de este artículo es aplicar los conceptos desarrollados dentro de la llamada Economía del Comportamiento (1) al diseño y evaluación de normas. En especial, se estudiará la parte de esta disciplina que se ocupa de la «arquitectura de las decisiones» y las *default rules* o reglas por defecto, y se aplicará en concreto al análisis de la regulación en materia civil, del régimen económico del matrimonio.

AMORES PERROS. ESTABLECER COMO REGLA POR DEFECTO LA SEPARACIÓN DE BIENES EN TODAS LAS CCAA, AUMENTA EL BIENESTAR SOCIAL‡

En una primera parte se exponen sucintamente los elementos teóricos más importantes del *Behavioral Economics*; en segundo lugar se analiza más en detalle cómo el entorno legal en el que se realizan actos jurídicos ejerce una clara influencia sobre la toma de decisiones (arquitectura de las decisiones) y cómo una determinada regla por defecto da incentivos para que los resultados sean más o menos eficientes. En tercer lugar, se aplica este análisis al caso de las normas de derecho civil sobre el matrimonio en las distintas Comunidades Autónomas (CCAA). Finalmente, en la última parte del artículo se abordan las conclusiones, acudiendo a otros ejemplos donde las normas por defecto son o pueden ser utilizadas a modo *nudges* (2) para conseguir objetivos deseados en determinados ámbitos de políticas públicas (donación de órganos).

El Análisis Económico del Derecho analiza las normas desde el punto de vista de la eficiencia. Así, una norma que produce resultados eficientes (considerando el bienestar social), debería reflejar, en principio, la elección que un individuo racional tomaría en situaciones ideales de información y voluntariedad. Si las parejas, a la hora de contraer matrimonio, decidieran en esas situaciones, elegirían el régimen de separación de bienes (menos costes futuros). Sin embargo, la regulación en la mayoría de las CCAA del régimen económico del matrimonio establece por defecto la sociedad de gananciales, es decir «decide» por los individuos escogiendo la norma menos eficiente. Las parejas pueden cambiar esta decisión, pero es aquí donde ciertos sesgos y efectos que afectan a la toma de decisiones (optimismo, *present bias*, aversión a la pérdida, efecto dotación, *status quo bias*...) dificultan este cambio. Este artículo propone, en definitiva, un cambio en el marco donde las parejas toman la decisión de establecer su régimen económico futuro, de manera que, por defecto, actúe la regla más eficiente (separación de bienes).

LA GUERRA DE LOS ROSE. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO VISTO DESDE EL *BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS*†

Dos personas se conocen, se enamoran y –en el mejor de los casos– al cabo de un tiempo deciden formalizar su relación sentimental mediante el matrimonio. En las etapas previas al matrimonio, enamoramiento, noviazgo, decisión de casarse y en la boda misma, difícilmente se avizoren en el horizonte de la pareja momentos complicados por venir, y, mucho menos una posible separación. Aquí nos enfrentamos con un primer concepto de la Economía del comportamiento que tiene que ver con el optimismo en la consideración de costes futuros. A la hora de comparar un beneficio futuro con un beneficio actual, los economistas aplican siempre una tasa de descuento. Esto no es más que una expresión matemática de un elemento de sentido común: el beneficio obtenido hoy no valdrá lo mismo en el futuro. Este mismo razonamiento puede aplicarse a la consideración de costes actuales y futuros, aunque en sentido contrario, las personas tienden a minusvalorar los costes futuros de sus acciones. Volviendo al matrimonio, lo normal es que los esposos sean sesgadamente optimistas respecto al futuro y que no consideren, al menos no de una manera importante, un futuro divorcio. Por ello, el régimen económico que va a regir su contrato matrimonial, les es, en principio, indiferente y los contrayentes no suelen salirse de la norma establecida por defecto.

En España, donde la legislación en materia civil en algunos casos difiere de una Comunidad Autónoma a otra, rigen diferentes regímenes económicos matrimoniales. Así, en Cataluña, Baleares y –desde el año 2008– en la Comunidad Valenciana, el régimen legal es el de separación de bienes; en el resto de España se establece por defecto el régimen de comunidad o sociedad de gananciales, que indica el Código civil español. Otras CCAA con legislación propia en materia civil como Aragón (régimen de comunidad foral), Navarra (régimen de conquistas) y parte del País Vasco (Vizcaya, régimen de comunicación universal), tienen regímenes especiales con diferentes nombres pero, en definitiva, son asimilables a la sociedad ganancial. Todo ello conforma un ámbito propicio, un experimento natural, para analizar cuál es la regla por defecto más eficiente, teniendo en cuenta la frecuencia (ponderada por número de matrimonios) en la que los esposos cambian el régimen económico de sus matrimonios mediante capitulaciones matrimoniales prenupciales y posnupciales.

Behavioral Economics: el desafío de la racionalidad limitada†

En la mayoría de los casos, las normas han sido diseñadas teniendo en cuenta el supuesto de racionalidad en el comportamiento de los individuos y asumiendo que los mismos cuentan con toda la información relevante en cada caso. El razonamiento subyacente, basado en la microeconomía clásica (3), es que la búsqueda de la maximización de la uti-

lidad, en un marco de información perfecta, hará que los individuos tomen las mejores decisiones posibles en cada caso y que –en definitiva– ello conducirá a aumentar el bienestar social. Este planteamiento supone una vigencia plena de la «voluntariedad» en la toma de decisiones y una competencia, en el sentido de plena habilidad, por parte de los individuos para manejar correctamente la información disponible (4).

Con la difusión de los conceptos enmarcados dentro de la Economía del Comportamiento y aplicados a las políticas públicas, fundamentalmente a partir de la publicación de *Nudge* (Thaler y Sunstein, 2008), se ha empezado a incorporar al diseño de normas y su aplicación, una serie de principios que ayudan a tener una visión más acertada y realista del proceso de toma de decisiones de los individuos. La racionalidad limitada, la arquitectura de las decisiones, el descuento de futuro, el efecto dotación, el efecto ancla, son algunos de los desarrollos de la Economía del Comportamiento, que se vinculan al diseño y la aplicación de normas, con el fin de completar y mejorar –en su caso– las visiones tradicionales del Análisis Económico del Derecho.

El Derecho –normas e instituciones en sentido amplio– no es más que una herramienta de control social. Las reglas no hacen otra cosa que enviar estímulos para que los individuos adoptemos uno u otro comportamiento. Por lo general, actuamos de forma racional al elegir lo más conveniente para nosotros mismos, en término de costes y beneficios. Este paradigma ha sido tomado como un presupuesto por la teoría económica y por aplicación de ésta al Derecho, por el Análisis Económico del Derecho. Aunque no puede negarse la vigencia en general de este razonamiento, desde hace años se vienen estudiando situaciones donde, en particular, los individuos ven limitada su racionalidad. Se ha observado que los modelos estándar de la teoría clásica o neoclásica, ignoran sesgos o efectos que llevan a los individuos a cometer errores de manera sistemática en sus elecciones (es decir que no eligen la alternativa óptima). Así, la racionalidad limitada es un modelo propuesto en ciencias sociales, especialmente en Economía, para explicar de forma concreta las decisiones de los agentes económicos. El término fue acuñado por Herbert Simon (5), quien señala que la mayoría de las personas son sólo parcialmente racionales y que, de hecho, actúan según impulsos emocionales no totalmente racionales en muchas de sus acciones. La teoría desarrollada por Simon apunta que la racionalidad está –de hecho– limitada por tres dimensiones: 1) la información disponible, 2) la limitación cognoscitiva de la mente individual y 3) el tiempo disponible para tomar la decisión. En este sentido, las decisiones de los individuos deben ser analizadas teniendo en cuenta el contexto en el que son tomadas, y, en algunos casos, estas decisiones no son óptimas desde el punto de vista de la estricta racionalidad. En otras ocasiones las personas, a menudo, no toman decisiones óptimas (racionales) no por problemas de información sino por limitaciones en nuestra capacidad para actuar. Esto se conoce como voluntariedad limitada o *bounded willpower* (6).

Con el desarrollo de estos modelos ha surgido la Economía del Comportamiento, que enfoca su análisis en una mejor comprensión de la toma de decisiones por parte de los individuos y en su aplicación concreta. Dado que no puede asegurarse que sea ésta una disciplina autónoma como tal, con una sistematización orgánica de sus contenidos, se la considera parte de la Economía y sus primeras aplicaciones se han concretado incluso en el campo de las finanzas.

No fueron economistas los pioneros de su desarrollo, sino psicólogos como Amos Tversky y Daniel Kahneman, quienes comenzaron a comparar sus modelos cognitivos de toma de decisiones bajo riesgo e incertidumbre con los modelos económicos de conducta racional. Llamaron a su trabajo, teoría prospectiva (7). A partir de los primeros estudios publicados por *scholars* del campo de la Psicología, los economistas empezaron a publicar en este campo (8). Las primeras aportaciones se centraron en cómo el entorno, el marco, donde los individuos toman sus decisiones, influye notablemente en esas decisiones. La forma en que opciones con distinto nivel de riesgo en una elección nos son mostradas, determina en gran medida nuestra propensión a aceptar un mayor o menor riesgo, es decir, que las decisiones son dependientes del contexto. Se llama en general a este campo de estudio «arquitectura de las decisiones». Valoramos de forma distinta el riesgo de ganar que el riesgo de perder (9). Un ejemplo de «aversión a la pérdida» puede verse en un trabajo sobre el comportamiento de taxistas en la ciudad de Nueva York (Camerer *et al*, 1997) (10).

También en relación con la aversión a la pérdida, se analiza el efecto dotación (*endowment effect*). Se valora distinto un bien antes y después de poseerlo; el precio mínimo que un individuo está dispuesto a recibir para vender un bien si ya lo posee, es mayor que el precio máximo que este individuo estaría dispuesto a pagar para obtener el mismo bien (Richard Thaler, 1980) (11). Se ha demostrado que existe una diferencia o brecha entre la disposición a pagar que un individuo tiene respecto a un bien y la disposición a recibir como compensación por el hecho de renunciar a ese mismo bien si ya lo posee. En este punto, vuelve a cuestionarse un concepto de la teoría microeconómica clásica, que nos dice que estas valoraciones, no deberían ser diferentes, ya que la cantidad que una persona está dispuesta a recibir por vender un bien debería reflejar la valoración que este individuo le otorga a este bien si lo desea comprar. Se podría resumir en que los individuos tienden a valorar más los bienes que poseen por varias razones. Mencionaremos algunas para que el lector pueda indagar más sobre las mismas si lo desea, y nos defendremos algo más en aquellas que nos parecen más relevantes para este artículo, las que se relacionan con el *status quo bias*. Algunas razones para esta diferencia de valoración de un bien cuando lo poseemos y cuando no; son: a) las posesiones definen o autodefinen a las personas (*extended-self*) (12); b) el llamado «efecto halo», según el cual las personas que se ven a sí mismas de modo favorable

extienden esta visión hacia los objetos que poseen; y c) el valor simbólico agregado, que es un valor extra que le añade un individuo a un bien asociado a una inversión de tiempo y conocimiento (ej. un coleccionista) (13).

Las razones para la existencia del «efecto dotación», visto para este análisis como la preferencia por una situación en la que nos encontramos en desmedro de una situación nueva por adquirir, relacionadas con el *status quo bias* son: la preferencia de tomar decisiones consistentes a lo largo del tiempo; y, el deseo de evitar tomar decisiones. En este punto conviene recordar otro de los conceptos de la Economía del Comportamiento: la voluntariedad limitada. Los individuos a veces actuamos de manera distinta a lo que nuestros intereses nos aconsejan, o por decirlo de otra manera, dejamos de actuar en el sentido que deberíamos. El ejemplo más típico es el de un fumador, que conoce los riesgos y costes de su hábito, sabe que la mejor decisión sería dejar de fumar pero no actúa en consecuencia y sigue fumando. Un sesgo derivado de esta limitación para actuar es la inercia o la dependencia del camino recorrido (14) (15). En estas situaciones se pone de manifiesto la tendencia de los individuos a mantenerse en su situación actual, concepto que se conoce como *Status Quo Bias* (16). Muchos de los sesgos y efectos analizados en la Economía del Comportamiento están relacionados con el automatismo en el proceso de toma de decisiones (17). Esta característica en la forma de pensar de los individuos, impresiones rápidas y no reflexión, también está relacionada con la aversión al cambio. Los individuos vamos formando hábitos y vamos adquiriendo automatismos en nuestra forma de actuar como resultado de repeticiones de conductas en situaciones similares. *Status Quo Bias* significa preferencia por permanecer en una situación y no cambiar nuestro comportamiento, a menos que los incentivos para hacerlo sean muy fuertes, es decir, salir de una situación determinada tiene costes, entre los que se encuentra vencer esta inercia. Cuando hablamos de regulación, encontramos en muchas ocasiones que los ordenamientos jurídicos fijan reglas por defecto, que se aplican siempre y cuando los individuos no manifiesten su deseo de acogerse a una regla alternativa. Los individuos deben ejercer una acción positiva para cambiar la regla por defecto, lo que se conoce como *opt-out*. La procrastinación, la inercia y la voluntariedad limitada, son problemas a tener en cuenta a la hora de fijar reglas por defecto.

Otros problemas relacionados con el contexto en el que se toman las decisiones, relevantes para el caso analizado en este artículo sobre reglas por defecto y marco de decisiones en el régimen económico matrimonial, son inducidos por la dimensión temporal. En general podría decirse que los individuos estamos demasiado influenciados por el presente (18) y cometemos muchos errores de juicio cuando intentamos predecir efectos futuros, en especial, costes y beneficios futuros. Hablamos de *present bias* en referencia a la tendencia a considerar con mayor peso lo que ocurre en el presente, y descontar el impacto de eventos futuros en nuestras decisiones ac-

tuales (Frederick, Loewenstein y O'Donoghue, 2002). Otra inconsistencia basada en la dimensión temporal, ocurre cuando nuestras preferencias presentes nos impiden predecir de manera acertada las preferencias que tendremos en el futuro. Relacionado con el tema que estamos tratando, es obvio que nuestras preferencias en el presente, cuando estamos contrayendo matrimonio con quien hemos elegido como pareja, fuertemente influidas por los sentimientos y las cuestiones emocionales del inicio de una vida matrimonial, impiden visualizar correctamente un posible y –según los datos que aportaremos más adelante– probable futuro de preferencias distintas que puedan llevar a una ruptura de la relación de pareja. Esta incapacidad para apreciar el efecto de nuestras emociones y estados psicológicos en nuestras decisiones y predecir el cambio de estos estados en situaciones futuras, ha sido definido como «brecha de empatía» (19). Explicado de otra manera, podría decirse que a menudo, somos demasiado optimistas cuando pensamos en el futuro, influenciados por esos estados emocionales del presente. Cuando intentamos predecir cómo nos sentiremos en el futuro (por ejemplo, respecto a nuestras parejas) podemos tener tendencia a sobreestimar la intensidad positiva de nuestros sentimientos presentes, sobre todo al iniciar una relación matrimonial (Wilson y Gilbert, 2003). Más aun, este «sesgo del optimismo» hace que sobreestimemos la felicidad futura, muchas veces por encima de la felicidad presente (por ejemplo, el nivel de felicidad que esperamos tener en nuestras próximas vacaciones, puede que exceda el nivel de felicidad que he experimentado en las últimas). Puede haber muchas explicaciones para estos «sesgos» y una de ellas es cómo recordamos eventos pasados. Recordamos más los mejores momentos pasados como representativos de una etapa en su conjunto (si el presente es positivo, claro), en lugar de recordar una «media» de todo el período.

La importancia de las reglas por defecto: regulación eficiente y bienestar social ▾

El Análisis Económico del Derecho tradicional, basado en la exogeneidad de las preferencias (nuestras preferencias están determinadas con anterioridad y son independientes del contexto), presume que el marco en el que tomamos las decisiones no afectan a nuestras decisiones. Esto incluye a las llamadas reglas por defecto, es decir, las normas aplicables ante la ausencia de manifestación expresa para optar por otras reglas. Como resultado de este razonamiento, a menos que los costes de transacción sean altos e impidan la negociación entre las partes, o que haya un comportamiento estratégico causado por asimetría en la información, la elección de las reglas por defecto hecha por el legislador no tendrá ninguna influencia en el bienestar social. Lo cierto es que como hemos visto hay una serie de problemas que ha estudiado la Economía del Comportamiento que nos impulsan a revisar la afirmación precedente. La asignación de un regla por defecto dada sí influye en el resultado y las decisiones de los individuos en ocasiones no son las óptimas, por lo que si la regla por defecto es ineficiente, se reduce el bien-

estar social. Quizás el problema que mayor impacto causa es el *Status Quo Bias*, asociado al sesgo de optimismo en la consideración de costes futuros.

En concreto, en el presente análisis de la regla por defecto que fija el régimen económico matrimonial, encontramos que los distintos sesgos tratados provocan diferentes problemas que terminan disminuyendo el bienestar social. Como hemos mencionado, en primer lugar, la aversión a la pérdida y la forma en que opciones con distinto nivel de riesgo en una elección nos son mostradas, determinan nuestra propensión a aceptar un mayor o menor riesgo, es decir que las decisiones son dependientes del contexto. Aunque la opción con más riesgo, en términos de costes y beneficios, pueda ser la elección de un régimen de sociedad de gananciales, la falta de información y la forma en se enmarca la decisión de optar entre uno u otro régimen, puede inducirnos a escoger, por defecto, dicha opción. El «efecto dotación» hace que sobrevaloremos la opción escogida sobre otra opción, así, una vez escogido –aun por defecto– un régimen económico, puede que este efecto nos impida valorar mejor otro régimen. El *Status Quo Bias* o inercia, nos paraliza al punto de actuar como un verdadero freno a un *opt-out* de una regla por defecto aunque ésta nos parezca ineficiente. Por último, los problemas relacionados con la dimensión temporal, el *present bias* y el «sesgo del optimismo» impiden evaluar acertadamente costes futuros y nos impiden adoptar los mecanismos para evitarlos.

KRAMER VS. KRAMER. LOS EFECTOS ECONÓMICOS DEL MATRIMONIO. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES VS. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES ▾

El matrimonio, además de producir una serie de efectos personales entre los cónyuges, también tiene consecuencias importantes en su patrimonio; esto es lo que se llama «efectos económicos del matrimonio». La ley fija unas normas para regular estos efectos económicos, unas imperativas (que no se pueden modificar) y otras supletorias que podrán ser modificadas por las que fijen los esposos voluntariamente por medio de las capitulaciones matrimoniales. Así, en el artículo 1325 del Código Civil se permite que a través de capitulaciones matrimoniales se pacte tanto el régimen económico del matrimonio como cualquier otra cuestión relativa a dicho matrimonio, y simplemente en estas cuestiones hay tres límites que son: la ley, las buenas costumbres y la prohibición de violar la igualdad de derechos que tienen ambos cónyuges (art 1328 del Código Civil). Sin embargo, la mayoría de los contrayentes no conocen la posibilidad de optar entre los diferentes regímenes matrimoniales y la creencia más común es que los efectos del matrimonio vienen regulados por ley y que se aplican sin que las partes puedan hacer nada por evitarlos o modificarlos.

Lo cierto es que a través de las capitulaciones matrimoniales, que se pueden hacer antes o después del matrimonio, se pueden fijar las normas que deben re-

gir los aspectos económicos del matrimonio respetando las leyes que existen. Para su validez, deben de hacerse en escritura pública, con el asesoramiento imparcial del notario que deberá indicar la manera más idónea para reflejar la voluntad de los esposos y también cuáles son los límites que marca la ley. Las capitulaciones deben inscribirse en el Registro Civil, junto a la inscripción del matrimonio celebrado, para que puedan tener eficacia frente a terceras personas. El coste de hacer las capitulaciones, está en torno a los 60 euros (honorarios del notario).

Las capitulaciones, además de tener como función fundamental regular el régimen económico del matrimonio (régimen de gananciales, régimen de separación de bienes u otros regímenes) pueden tener otras funciones adicionales:

1. Fijar la forma en la que los cónyuges van a vivir, adaptada a sus circunstancias personales y al proyecto de vida común (que es único en cada pareja), configurando un régimen de sanciones e indemnizaciones en caso de incumplimiento.

2. Anticipar la forma en la que los cónyuges pondrán fin al matrimonio, fijando al menos un régimen jurídico que, por una parte, será de aplicación durante el periodo de tiempo que media entre la ruptura de la pareja y la fijación por el juez de medidas provisionales, y por otra, servirá como un medio de prueba que el juez valore (evidentemente con las demás pruebas que se aporten; y teniendo en cuenta tanto el interés superior de los hijos menores –si los hubiera– como la posible variación de circunstancias) a la hora de determinar las medidas provisionales o definitivas en caso de nulidad, separación o divorcio.

Sin embargo, el contenido típico de las capitulaciones es la determinación del régimen económico del matrimonio. De hecho, en la práctica, como analizaremos posteriormente, en la mayor parte de las capitulaciones matrimoniales lo que se pacta es un régimen económico matrimonial diferente al asignado por defecto, de acuerdo con la CCAA donde se contrae matrimonio y solo en un pequeño porcentaje, otros pactos relacionados con el matrimonio pero diferentes al régimen económico conyugal y en los que puedan intervenir además de los cónyuges, los padres u otras personas.

Es por todos conocido que en España existen diferentes regímenes económicos matrimoniales que tienen consecuencias muy distintas en caso de la disolución del matrimonio; sin entrar en un análisis exhaustivo de los mismos, pero con el fin de avanzar en la hipótesis de este artículo sobre la conveniencia de establecer como regla por defecto el régimen de separación de bienes en todas las CCAA de España, señalaremos las principales diferencias entre el régimen de sociedad de gananciales y el de separación de bienes, pues tal y como se señaló en la introducción del artículo, los diferentes sistemas existentes conducen básicamente a los dos mencionados.

En la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos de forma indistinta por cualquiera de ellos. Cuando esta sociedad se disuelve, ya sea por fallecimiento de uno de los cónyuges, ya sea por separación, los bienes y derechos que se hubieran generado bajo ese régimen (gananciales) se atribuyen por mitades a ambos cónyuges. Dentro de este régimen existen también bienes privativos, que son los pertenecientes a cada cónyuge al tiempo de comenzar la sociedad de gananciales, los que después adquieran a título lucrativo y los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos. El régimen económico de separación de bienes, se caracteriza por la ausencia de una masa común de bienes. En este régimen, cada cónyuge conserva la propiedad de todos sus bienes obtenidos antes y durante el matrimonio y también de los frutos obtenidos durante el matrimonio. En caso de que no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece un bien o derecho concreto, corresponde la mitad a cada uno.

Las ventajas de este régimen provienen de su simplicidad. Al no crearse una masa común, en caso de disolución no existen contenciosos sobre la pertenencia de los bienes y frutos de los cónyuges, reduciendo el riesgo de conflictos cuando el matrimonio se disuelve. Por tanto, la liquidación se simplifica tanto en términos de costes económicos como de tiempo, en un posterior divorcio. Si hay bienes gananciales, éstos tendrán que ser repartidos, antes, simultáneamente o posteriormente, al juicio sobre los otros efectos del divorcio (uso de la vivienda, custodia de los hijos, pensión alimenticia...). De tal modo, que salvo que exista un acuerdo total, al disolverse la unión las partes tienen que hacer frente a un doble procedimiento, el del divorcio y el de la liquidación de gananciales, y ello suele tener un altísimo coste económico y suele suponer mucho más tiempo. Frente a ello, si se tiene un régimen de separación de bienes, solo habrá que repartir lo que en ese momento esté a nombre de los dos, que será como mucho la vivienda, con la posible hipoteca en su caso y alguna cuenta corriente, lo que permite que la liquidación sea en el mismo juicio del divorcio.

En este mismo sentido, con el régimen de separación de bienes disminuyen los campos en que es imprescindible la unanimidad y ni siquiera existe una obligación legal de informar al otro cónyuge. Consecuentemente, permite mantener separados los riesgos. Es decir, cada uno responderá con sus propios bienes de sus propias deudas y ello es especialmente relevante como veremos a continuación, en el supuesto de que una de las partes sea socio de una empresa. Del mismo modo, la separación de bienes permitirá evitar la inseguridad jurídica que se ha producido en los últimos años sobre la inclusión o no en el reparto de la sociedad de gananciales de algún tipo de bienes considerados dudosos: indemnizaciones por despidos, por accidentes de trabajo, por lesiones, prestaciones por desempleo. La doctrina no está lo suficientemente unificada y se están produciendo resoluciones contradictorias en los tribunales. Asimismo, este régimen facilita el reparto de

la herencia, en los casos en los que al fallecer uno de los cónyuges, todavía no se haya acabado de liquidar la sociedad de gananciales, situación muy frecuente, cuando la vivienda es el único o principal bien ganancial y ésta ha sido adjudicada en uso a los hijos y al progenitor custodio. En estos casos la liquidación de los gananciales tiene que ser previa a la herencia, situación que todavía se complica todavía más cuando el fallecido ha contraído nupcias más de una vez.

Una de las posibles desventajas del régimen de separación de bienes, podría ser la vulnerabilidad en que podría quedar uno de los contrayentes, en caso de disolución, si hubiera decidido invertir su tiempo y sus esfuerzos en el ámbito familiar. Sin embargo, este sistema ha introducido una corrección de tal modo que el trabajo realizado en el hogar familiar, es considerado como contribución a las cargas del matrimonio y da derecho a que se pueda reconocer a favor del cónyuge, una pensión compensatoria que se fijará judicialmente cuando se extinga el régimen de separación de bienes. En relación a esto último, se debe tener en cuenta adicionalmente a las ventajas mencionadas, que muchos de los motivos que podrían justificar que la regla por defecto fuera la sociedad de gananciales han cambiado sustancialmente, lo que nos obliga a replantearnos una modificación a favor de la regla más eficiente que las partes hubieran elegido si libremente hubieran pactado los términos del contrato matrimonial.

La sociedad de gananciales parece tener una función claramente protectora hacia la parte más vulnerable en la relación conyugal. Es decir, como consecuencia del matrimonio, hasta los años 70, muy pocas mujeres permanecían en el mercado laboral una vez que se casaban y aquellas que lo hacían interrumpían su vida profesional cuando nacían los hijos. Al no incorporarse la mujer al mercado laboral o cesar su participación en el mismo al formar una familia, podría considerarse que las mujeres casadas se encontrarían en una situación de indefensión en caso de que por la razón que sea se produjese una disolución del matrimonio, que puede verse compensada por las «garantías» que otorga la sociedad de gananciales donde todos los frutos de esa sociedad se adquieren al 50% por cada uno de los cónyuges, independientemente de quien los haya aportado.

Sin embargo, la situación ha cambiado radicalmente. Durante los últimos 30 años uno de los cambios más importantes que ha experimentado el mercado de trabajo ha sido la incorporación de la mujer. Desde el inicio de los años ochenta, se observa un aumento paulatino del número de mujeres que se incorporan al mercado laboral y lo que es más importante a nuestros efectos, las mujeres casadas, incluso las que tienen hijos pequeños en casa, constituyen el grupo cuyas tasas de actividad y ocupación han aumentado más. Los factores para este cambio radical son claros: un aumento sustancial del nivel de estudios de las mujeres, el desarrollo del sector de servicios, que permite a la familia obtener en el mercado numerosos bienes y servicios que antes solo po-

dían obtenerse en el ámbito doméstico y derivado de todo ello una reducción sustancial de la tasa de natalidad (20), han dado lugar a que la incorporación de la mujer sea una realidad. De tal modo, este cambio radical en la situación de la mujer hace que pierda vigencia el argumento de la aplicación de la sociedad de gananciales como mecanismo de protección hacia la parte más vulnerable de la relación conyugal. Los cónyuges se convierten en partes iguales del contrato donde no es necesario una protección especial. Además, como se ha señalado anteriormente, el régimen de separación de bienes introduce la posibilidad de reconocer pensiones compensatorias a favor de la parte que asume las obligaciones familiares.

Otro factor a considerar es el incremento de divorcios (21) en los últimos veinte años y muy especialmente en los últimos diez años a partir de la reforma de la ley de divorcio de 2005. Dicha reforma supuso la eliminación de las causas, la posibilidad del acceso directo al divorcio sin separación previa y sin necesidad de una doble tramitación judicial con la reducción de los costes procesales que ello suponía, la ampliación de las formas de pago de las pensiones y la regulación judicial de la custodia compartida. En definitiva, las modificaciones principales tenían por objetivo simplificar el procedimiento y reducir el coste del mismo, lo que supuso un incremento notable del número de divorcios. De hecho, España es el país de la Unión Europea donde más han crecido las separaciones y los divorcios, un 226% en 20 años (1992-2012). Concretamente el incremento de divorcios desde la reforma de la ley ha sido de un 54%: lo que supone en términos absolutos que 734.000 personas han terminado con su contrato matrimonial y representan ya al 5,5% de la población española (2,1 millones de personas). Ello tiene importantes implicaciones a nuestros efectos.

Por una parte, las separaciones y divorcios no son situaciones excepcionales en la realidad española, sino todo lo contrario, y por tanto debería considerarse qué tipo de régimen de bienes ofrece más ventajas en caso de disolución. Y por otra parte, derivada de este incremento de divorcios, el número de segundos matrimonios también ha crecido sustancialmente y en muchos de los supuestos los nuevos contrayentes aportan hijos de matrimonios anteriores. Mientras que en 1990, los segundos matrimonios representaban menos del 5% del total de matrimonios, en el año 2012 ya representaban cerca del 15%. En conjunto, uno de cada cinco matrimonios (22%) es un segundo matrimonio para al menos uno de los cónyuges. Además, se debe considerar que en un 53,2% de los divorcios hay hijos menores y un 9,6% de hijos mayores dependientes a los que les corresponde una pensión alimenticia (22).

Conjuntamente, se debe tener en cuenta el supuesto de que uno de los cónyuges tenga una empresa, donde la sociedad de gananciales claramente deja de ser la regla por defecto que hubieran preferido las partes por razones obvias, tanto de responsabilidad de las espaldas, como de respeto a la autonomía de las partes a participar o crear una sociedad. El individuo casado en gananciales que constituye una sociedad, en la ge-

CUADRO 1
CAPITULACIONES MATRIMONIALES PRE-NUPCIALES PARA CAMBIO DE RÉGIMEN ECONÓMICO
DEL MATRIMONIO POR CCAA 2007-2014

CCAA	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Andalucía	3.734	3.649	3.434	3.499	3.543	3.739	3.551	4.105
Aragón	730	686	729	692	755	793	781	777
Asturias	582	662	719	677	685	710	690	738
Baleares	51	64	58	55	69	46	60	69
Canarias	734	653	590	553	545	586	580	605
Cantabria	392	403	384	417	370	361	328	390
Castilla y León	1.240	1.258	1.211	1.319	1.299	1.472	1.386	1.617
Castilla-La Mancha	745	709	745	739	724	844	813	829
Cataluña	220	210	238	234	240	202	195	206
Comunidad Valenciana	2.475	1.391	483	358	341	261	261	310
Extremadura	352	364	393	436	478	450	423	499
Galicia	979	1.022	1.020	1.201	1.290	1.261	1.314	1.393
Madrid	4.218	4.373	4.205	4.457	4.495	4.756	4.755	5.068
Murcia	615	707	632	671	625	674	671	761
Navarra	262	249	243	231	235	267	248	293
País Vasco	1.334	1.516	1.492	1.628	1.552	1.517	1.502	1.659
Rioja	262	262	261	268	292	261	241	281

FUENTE: Estadística del Consejo General del Notariado.

neralidad de los casos adquiere participaciones sociales para el régimen de gananciales, pero adquiere también la condición de socio con carácter estrictamente personal, esto es, no es su voluntad ni, desde luego, la voluntad de los demás socios con los que crea la sociedad, convertir a su cónyuge en socio de la misma. Pero lo cierto es que cuando el socio casado en gananciales se separa o se divorcia y se procede a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se plantea, normalmente, un conflicto entre el cónyuge y la sociedad limitada. El cónyuge, que se considera cotitular de las participaciones asumidas por el socio casado pretende el ejercicio de derechos de socio, situación que en ningún caso se plantearía si desde el principio los cónyuges hubieran tenido por defecto un régimen de separación de bienes. Si conjuntamente consideramos que, debido a la crisis de los últimos años y la reducción de ofertas de trabajo por cuenta ajena, el peso de los autónomos en la población ocupada ha ido creciendo a lo largo de estos años, llegando en junio de 2014 a representar el 19%, y además, consideramos que más del 90% de las empresas estaban formadas por autónomos o microempresas y sociedades limitadas (23), podemos afirmar que la probabilidad de que uno de los cónyuges sea parte de una empresa se incrementa sustancialmente, y por tanto, sería más eficiente el sistema de separación de bienes.

PEGGY SUE SE CASÓ. ANÁLISIS EMPÍRICO SOBRE LOS EFECTOS QUE LAS DISTINTAS REGLAS POR DEFECTO SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO, EN LAS CCAA, TIENEN SOBRE EL COMPORTAMIENTO DE LAS PAREJAS RESPECTO AL CAMBIO DE LO ESTABLECIDO ‡

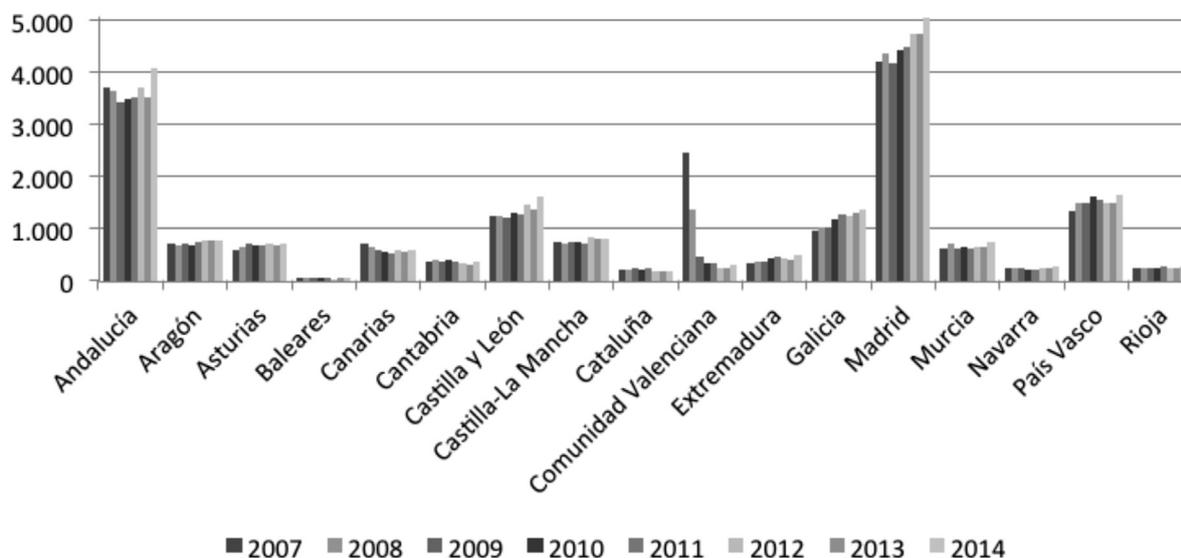
En el cuadro 1 pueden verse el Nº total de capitulaciones matrimoniales prenupciales, para cambio de

régimen económico del matrimonio, por Comunidad Autónoma de 2007 a 2014.

La primera observación que puede hacerse es que en las CCAA donde la regla por defecto indica que el régimen económico del matrimonio es de separación de bienes, el número de capitulaciones es bajo. Esto ocurre en Cataluña, Baleares y –desde el año 2008– la Comunidad Valenciana. En esta Comunidad Autónoma la regla cambia con la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, que establece la vigencia del cambio a partir del 25 de abril de 2008. Vale destacar el caso de esta última Comunidad Autónoma, donde podemos ver el antes y después del cambio de la regla por defecto, antes sociedad de gananciales y después separación de bienes. Con los datos que muestra la Comunidad Valenciana, sin necesidad de ponderación alguna, puede verse como a partir del cambio de la regla por defecto, el número de capitulaciones prenupciales disminuye abruptamente, de 2.475 en 2007 a 483 en 2009 (primer año completo de vigencia del cambio a separación de bienes por defecto), en términos relativos una caída del 80%. (Ver gráfico 1, en la página siguiente)

Como puede observarse en el Cuadro 2, en la página siguiente, con las capitulaciones matrimoniales post nupciales ocurre algo semejante. Cabe decir, que hay una proporción similar de capitulaciones pre y post nupciales (entre el 45% y el 50% de las capitulaciones, según los años, son prenupciales). En las post nupciales se repite el patrón que hemos visto en las prenupciales, es decir, en las CCAA donde el régimen económico matrimonial por defecto es el de separación de bienes, la cantidad de capitulaciones es menor. En este caso también es interesante ver especialmente lo que ocurre en Valencia, donde las capitulaciones post nupciales, aunque siguen una tendencia a disminuir después del año 2008, cuando cambia la regla por defecto, esta disminución no

GRÁFICO 1
CAPITULACIONES MATRIMONIALES PRE-NUPCIALES PARA CAMBIO DE RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO POR CADA CCAA 2007-2014



FUENTE: Estadística del Consejo General del Notariado.

CUADRO 2
CAPITULACIONES MATRIMONIALES POST-NUPCIALES PARA CAMBIO DE RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO POR CCAA 2007-2014

CCAA	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Andalucía	4.683	4.497	4.128	4.147	4.087	4.223	4.182	4.539
Aragón	506	506	532	521	483	527	489	463
Asturias	594	562	527	554	544	530	545	501
Baleares	67	56	55	50	53	45	53	52
Canarias	1.241	1.172	1.219	1.113	1.086	1.035	995	1.050
Cantabria	376	361	289	290	304	298	299	345
Castilla y León	893	1.098	1.000	1.082	1.050	1.083	1.033	1.096
Castilla-La Mancha	942	1.029	1.051	987	916	908	984	928
Cataluña	198	225	175	175	167	203	144	179
Comunidad Valenciana	4.609	4.178	3.325	2.865	2.369	2.349	1.935	1.909
Extremadura	557	572	590	606	572	542	502	538
Galicia	1.593	1.607	1.625	1.643	1.545	1.645	1.696	1.711
Madrid	4.122	3.974	3.733	3.954	3.553	3.733	3.674	3.897
Murcia	1.088	1.195	1.086	1.114	976	1.030	1.020	1.003
Navarra	198	242	230	268	234	229	205	248
País Vasco	892	871	862	910	902	939	976	988
Rioja	130	130	148	114	145	138	122	133

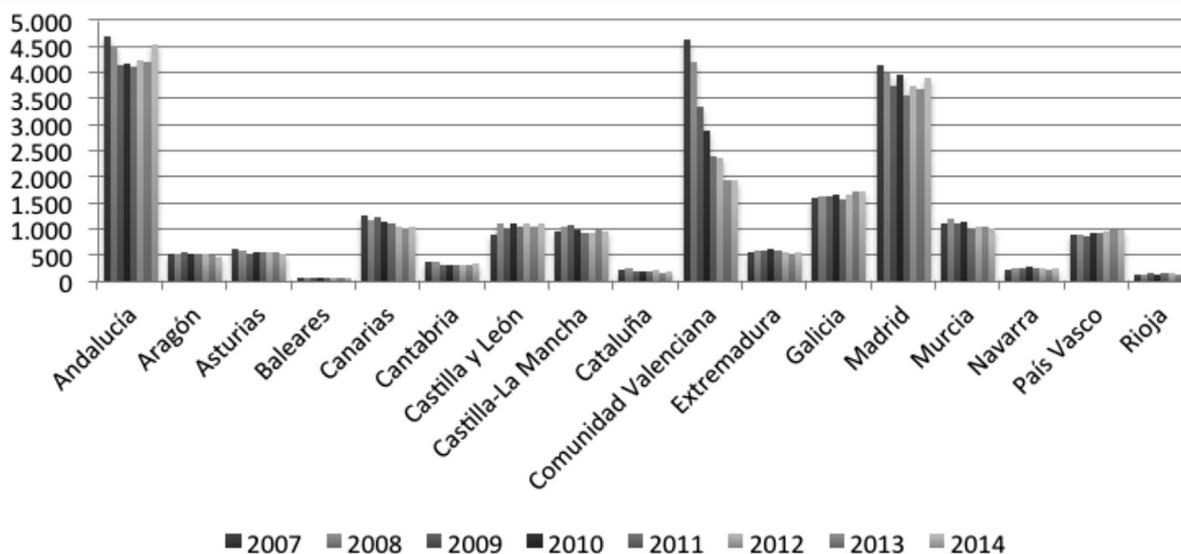
FUENTE: Estadística del Consejo General del Notariado.

es tan pronunciada y desde luego, el número de capitulaciones en los años siguientes hasta el 2014, no baja a los niveles de otras CCAA con separación de bienes por defecto, como sí ocurre en las capitulaciones prenupciales.

Lo que se desprende de los datos mostrados en los cuadros y gráficos anteriores, avalan la hipótesis de que la regla por defecto que establece la separación de bienes, es más eficiente, en el sentido de que las parejas la prefieren. En aquellas CCAA don-

de el régimen por defecto es el de gananciales, los matrimonios deciden cambiar lo establecido por defecto, en una proporción mucho mayor que en las CCAA con separación de bienes por defecto. Ya se han analizado, en términos de costes y beneficios, las ventajas de la separación de bienes sobre la sociedad de gananciales, por ello es coherente lo que muestran los datos. Para tener una visión más certera de lo que ocurre con las capitulaciones matrimoniales en las CCAA, hay que ponderar el número de capitulaciones ya que es evidente que no pueden compa-

GRÁFICO 2
CAPITULACIONES MATRIMONIALES POST-NUPCIALES PARA CAMBIO DE RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO POR CCAA 2007-2014



FUENTE: Estadística del Consejo General del Notariado.

CUADRO 3
PORCENTAJE DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES PRE-NUPCIALES PARA CAMBIO DE RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO SOBRE N° DE MATRIMONIOS POR CCAA 2007-2014

CCAA	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Andalucía	9,3%	9,6%	10,8%	11,9%	12,7%	12,8%	13,7%	14,6%
Aragón	13,8%	13,6%	15,4%	15,6%	17,7%	17,0%	18,1%	18,5%
Asturias	12,0%	13,9%	16,0%	16,0%	17,6%	17,9%	20,7%	20,8%
Baleares	1,2%	1,5%	1,4%	1,4%	1,7%	1,2%	1,5%	1,7%
Canarias	11,5%	10,3%	10,0%	10,1%	10,0%	10,3%	9,7%	9,4%
Cantabria	13,3%	13,7%	14,9%	16,7%	16,9%	15,5%	16,9%	18,7%
Castilla y León	12,6%	13,5%	14,1%	16,1%	17,1%	18,1%	19,3%	21,8%
Castilla-La Mancha	8,3%	8,0%	9,6%	10,0%	10,2%	11,4%	12,5%	12,4%
Cataluña	0,7%	0,7%	0,9%	0,9%	0,9%	0,8%	0,8%	0,8%
Comunidad Valenciana	11,1%	6,7%	2,7%	2,1%	2,1%	1,5%	1,6%	1,8%
Extremadura	8,0%	8,3%	9,4%	11,3%	13,6%	12,3%	13,6%	15,1%
Galicia	8,8%	9,5%	10,4%	12,4%	14,1%	13,4%	15,5%	15,8%
Madrid	15,1%	16,5%	17,2%	18,1%	18,5%	19,4%	19,9%	24,1%
Murcia	9,3%	12,3%	12,3%	13,4%	13,4%	13,8%	15,3%	15,6%
Navarra	9,7%	9,3%	9,8%	10,1%	10,6%	12,0%	11,8%	12,6%
País Vasco	14,7%	16,8%	17,6%	19,4%	19,2%	19,1%	20,9%	22,3%
Rioja	19,4%	19,8%	21,7%	23,8%	27,3%	23,5%	24,2%	25,3%

FUENTE: Estadística del Consejo General del Notariado; INE.

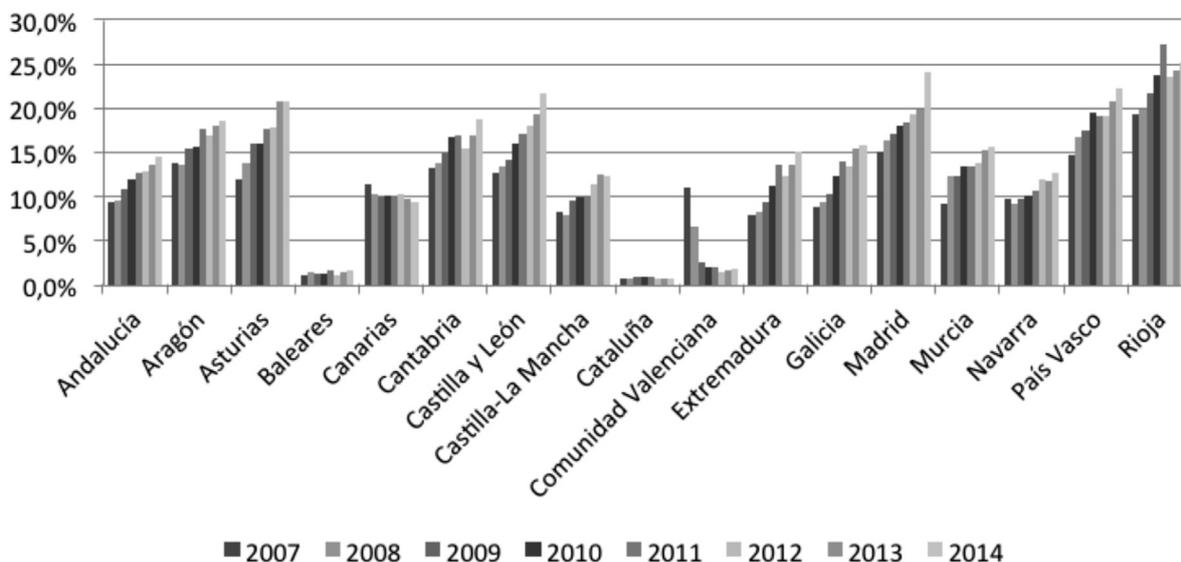
rarse valores absolutos entre distintas CCAA con diferencias demográficas importantes. Creemos que lo más adecuado es ponderar el número de capitulaciones para cambiar el régimen económico del matrimonio, por el número de matrimonios que se celebra cada año en cada Comunidad Autónoma (gráfico 3, en la página siguiente).

Con la ponderación mencionada, los datos siguen mostrando la misma tendencia: en aquellas CCAA donde el régimen económico matrimonial establecido por defecto es el de sociedad de gananciales o similares (to-

das menos Cataluña, Baleares y desde 2008 Comunidad Valenciana), hay un mayor porcentaje de parejas que hacen capitulaciones para cambiarlo. Respecto a la Comunidad Valenciana vuelve a repetirse el cambio en la tendencia a partir del cambio en la regla por defecto, el porcentaje de capitulaciones pre-nupciales decae de forma muy pronunciada, del 11,1% en 2007 al 2,7% en el año 2009.

En el cuadro y gráfico 4, en la página siguiente, se muestra una media del porcentaje de capitulaciones ponderada por el número de matrimonios de ca-

GRÁFICO 3
PORCENTAJE DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES PRE-NUPCIALES PARA CAMBIO DE RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO POR Nº DE MATRIMONIOS CCAA 2007-2014



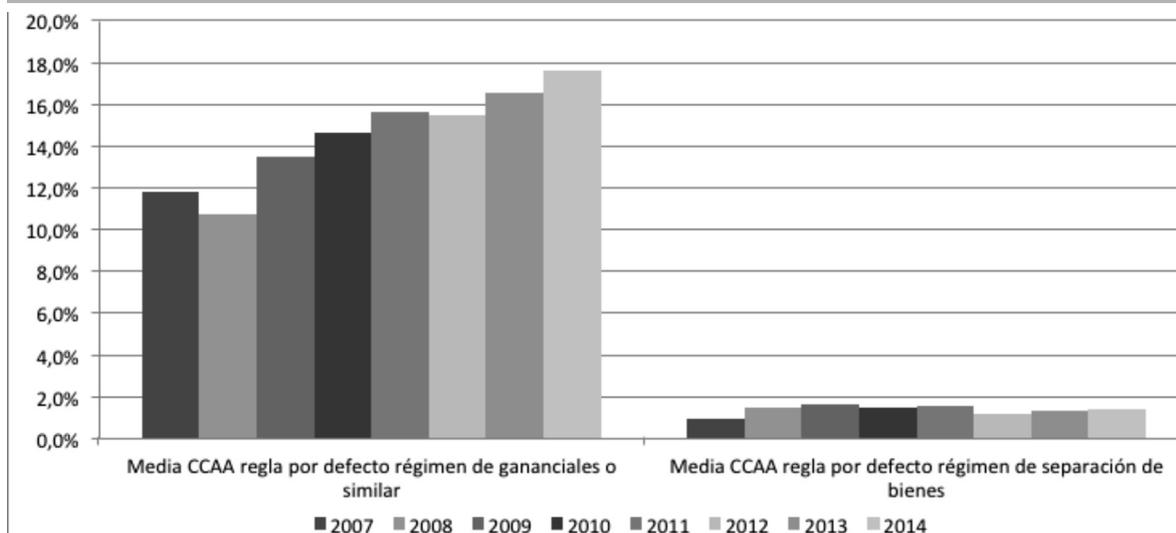
FUENTE: Estadística del Consejo General del Notariado; INE.

CUADRO 4
PORCENTAJE DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES PRE-NUPCIALES PARA CAMBIO DE RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO SOBRE Nº DE MATRIMONIOS. MEDIA DE CCAA CON UNA U OTRA REGLA POR DEFECTO. 2007-2014

CCAA	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Media CCAA regla por defecto régimen de gananciales o similar	11,8%	10,7%	13,5%	14,6%	15,6%	15,5%	16,6%	17,6%
Media CCAA regla por defecto régimen de separación de bienes	0,9%	1,5%	1,6%	1,4%	1,6%	1,2%	1,3%	1,4%

FUENTE: Estadística del Consejo General del Notariado; INE.

GRÁFICO 4
PORCENTAJE DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES PRE-NUPCIALES PARA CAMBIO DE RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO SOBRE Nº DE MATRIMONIOS. MEDIA DE CCAA CON UNA U OTRA REGLA POR DEFECTO. 2007-2014



FUENTE: Estadística del Consejo General del Notariado; INE.

da Comunidad Autónoma, agrupando las CCAA que tienen reglas similares. Por un lado, las CCAA que tienen como regla por defecto la sociedad de gananciales o un régimen similar, y por otro, las CCAA que tienen como regla por defecto la separación de bienes (Baleares, Cataluña y la Comunidad Valenciana desde 2008). Nuevamente observamos cómo en estas últimas CCAA, de media, en todos los años analizados, el porcentaje de capitulaciones para cambiar de régimen económico en relación con el número de matrimonios ha sido muy bajo y por el contrario, en las CCAA de régimen común, la media ha sido mucha más alta (entre 0,9% y 1,6% según el año en las primeras; y entre un 10,7% y un 17,6% en las segundas).

¿QUIÉN TEME A VIRGINIA WOOLF?

CONCLUSIONES ↓

Caben pocas dudas sobre el hecho de que las decisiones de los individuos no siguen siempre y a toda costa el patrón de la racionalidad absoluta. Las personas, al tomar decisiones –o no tomarlas, decidiendo por omisión– nos vemos influenciados por el contexto. Ya sea por la forma en que las decisiones nos son presentadas, por el efecto del horizonte temporal, por la relación que tenemos con las cosas o por la simple influencia de la inercia y la aversión al cambio. En el tema analizado, la elección del régimen económico del matrimonio, hablamos de una decisión muy importante con graves consecuencias patrimoniales, y sin embargo, esta trascendente decisión está claramente sesgada por limitaciones en nuestra racionalidad y en nuestra voluntad.

Hemos visto como la «teoría prospectiva» de Tversky y Kahneman, describe el modelo que incluye el entorno o marco donde se toman las decisiones como un elemento condicionante de las mismas. En este sentido, la «aversión a la pérdida» determina que a los individuos nos disgustan más las pérdidas que las ganancias frustradas y unido a ello, se valora distinto un bien antes, que después de poseerlo (efecto dotación). En relación al análisis de la decisión sobre el régimen económico matrimonial, esta preferencia por una situación en la que nos encontramos en desmedro de una situación nueva por adquirir, implica que cambiar la decisión que la regla por defecto ha tomado por nosotros, sea mucho más difícil. Ello nos lleva al sesgo identificado como *status quo bias* o tendencia a mantenernos en una situación actual. Esta «inercia» natural de los individuos afecta a nuestra voluntad e impide que seamos capaces de cambiar el régimen económico matrimonial que nos ha sido dado, aun cuando nos parezca que es mejor otro tipo de régimen. También, como hemos descrito, nos hallamos presos de una «dependencia del camino recorrido».

Como hemos visto, la dimensión temporal influye –y mucho– en nuestras tomas de decisiones. El sesgo llamado *present bias*, nos dice que somos muy imprecisos a la hora de predecir costes futuros y prever el impacto que una decisión actual producirá en nuestro

futuro. De nuevo, volviendo a la elección de régimen económico matrimonial, en el momento de contraer matrimonio, muy pocos prevén los costes futuros de una separación (mucho menos graves con un régimen de separación de bienes). También podríamos hablar aquí del sesgo del «optimismo» o «miopía» que no sólo nos impide predecir con exactitud costes futuros sino que directamente impide que preveamos –al momento de iniciar el matrimonio– que la pareja puede romperse. La «brecha de empatía» o incapacidad para apreciar el efecto de nuestras emociones en nuestras decisiones, hace que la felicidad del momento donde se inicia la relación matrimonial, nos haga demasiado optimistas sobre el futuro de la misma, aunque «en frío» sabemos que nuestras preferencias actuales pueden cambiar en el futuro.

Todos estos conceptos desarrollados por la Economía del Comportamiento y aplicados al caso concreto que estamos analizando, nos llevan a concluir que la regla (régimen económico matrimonial) que se establezca por defecto es de suma importancia, ya que los individuos difícilmente sean totalmente racionales a la hora de elegir bajo qué régimen quieren establecer su relación matrimonial. Y además, ha quedado explicado cómo, en la mayoría de los casos, aunque en algún momento de la relación, nos demos cuenta que nos hemos equivocado y qué otra regla es la que más nos conviene, nos será muy complicado tomar la decisión de cambiarla.

Para completar este análisis, hemos visto detenidamente cuál de los regímenes económicos matrimoniales posibles –simplificando, sociedad de gananciales o separación de bienes– es más eficiente potencialmente, en el sentido de contribución a un aumento del bienestar social. Para ello se han analizado costes y beneficios de ambos regímenes y se ha argumentado a favor del régimen de separación de bienes. La primera de sus ventajas es la simplicidad, lo que disminuye costes al no existir contenciosos sobre la pertenencia de los bienes y frutos de los mismos. Menos conflictos, menos costes en la liquidación de la relación patrimonial matrimonial. Unido a ello, como hemos explicado, hay menos necesidad de unanimidad en las decisiones patrimoniales de los cónyuges y ello además permite separar mejor los riesgos: cada cónyuge responde con sus propios bienes de sus propias deudas. Por otro lado, la separación de bienes elimina o disminuye la inseguridad jurídica en múltiples situaciones: bienes considerados dudosos en una sociedad de gananciales (indemnizaciones por despido, prestaciones por desempleo...).

Por otra parte, hemos visto cómo la mayoría de los motivos que justificaban que la regla por defecto fuese la sociedad de gananciales han desaparecido. La incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo la ha alejado de una supuesta situación de vulnerabilidad que se esgrimía como razón para proteger a las esposas ante un caso de disolución del matrimonio (24). Además se ha explicado como el aumento de los divorcios, gracias a una legislación más flexible en la materia, ha determinado que las separaciones

matrimoniales ya no sean una situación excepcional, y por ende, ha de tomarse en cuenta que muchos de los matrimonios celebrados terminarán en divorcio. Ello hace que ahorrar costes en la disolución del vínculo matrimonial sea hoy mucho más importante –desde el punto de vista del bienestar social– que décadas atrás.

Llegados a este punto, el análisis empírico realizado demuestra que la hipótesis de preferencia del régimen de separación de bienes sobre el régimen de gananciales se cumple. La forma en que los cónyuges pueden cambiar el régimen económico que les viene impuesto por defecto en cada Comunidad Autónoma, es a través de las llamadas capitulaciones matrimoniales. Hemos analizado, con datos del Consejo General del Notariado, que en aquellas CCAA en donde el régimen establecido por defecto es el de sociedad de gananciales se realizan muchas más capitulaciones matrimoniales para cambiar de régimen patrimonial del matrimonio, que en aquellas CCAA en las que el régimen establecido por defecto es el de separación de bienes. En las CCAA con sociedad de gananciales, entre un 11% y un 18% de matrimonios realizan capitulaciones para cambiar su régimen económico. En cambio, en las que existe como regla por defecto la separación de bienes, hay sólo un 1% a un 1,5% de matrimonios que cambian su régimen mediante capitulaciones. Más aun, hemos podido comprobar este efecto mucho más en concreto, gracias al hecho de que en la Comunidad Valenciana hasta el año 2008 el régimen por defecto era el de sociedad de gananciales y a partir de ese año se cambió a separación de bienes. Bien, en 2007 en esta Comunidad, hubo un 11,7% de parejas que cambiaron su régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales a separación de bienes. Y en el año 2009 (primero completo en el que se aplicó la nueva legislación) sólo un 2,7% de parejas cambiaron su régimen económico matrimonial de separación de bienes a gananciales.

Es complicado que en el momento en que una pareja decide pasar el resto de su vida determinen matizaciones o cláusulas que establezcan reservas a esa decisión. Al menos deberían existir prevenciones, en forma de disposiciones o acuerdos para el caso de que el matrimonio fracase y haya que disolver el vínculo. Esto requiere una «conversación incómoda» que las partes quieren evitar, puesto que la introducción de esas cláusulas (capitulaciones) puede ser interpretada por la otra parte como una señal de la falta de seguridad ante el compromiso que se va a adquirir; hasta el extremo que puede llegar a provocar la cancelación del matrimonio. Además, las partes puede que no quieran revelar *ex-ante*, a través de las capitulaciones, cuál será su estrategia en el supuesto de que la relación no funcione.

Por todo ello, un sistema como el del derecho común con una regla por defecto de régimen de gananciales –que sólo a través de capitulaciones puede ser modificada a favor de un sistema de separación de bienes– no es una regla óptima para las partes, que hubieran preferido, desde que deciden casarse, no tener que enviar señales incómodas, precisa-

mente, en el momento en el que se va a formalizar una relación. Así, debido a este razonamiento, y al desconocimiento, en ocasiones, por parte de los futuros cónyuges sobre la posibilidad de hacer capitulaciones, se observa que como máximo un 18% de los matrimonios realizan capitulaciones. Estos datos podrían llevar erróneamente a la conclusión de que la gran mayoría de las parejas prefieren que rija por defecto para sus matrimonios el régimen de gananciales. Pero como hemos explicado, los distintos sesgos que afectan al comportamiento racional de los individuos, son, básicamente, los que producen estos resultados.

Desde nuestro punto de vista, lo que muestran los datos es que las parejas prefieren el régimen de separación de bienes, dado que aún a costa de posibles conflictos prematrimoniales en la pareja y venciendo la inercia y demás sesgos del comportamiento antes apuntados, el porcentaje de parejas que decide capitular para cambiar de sociedad de gananciales a separación de bienes es altamente superior al porcentaje de quienes hacen el camino inverso. ¿Si –como muestran los datos– las parejas prefieren el régimen de separación de bienes y además éste régimen es más eficiente desde el punto de vista del bienestar social, por qué no poner como regla por defecto éste régimen en todas las CCAA? Esta es la propuesta que se desprende de nuestro estudio. El cambio de reglas por defecto se ha demostrado un mecanismo eficaz para lograr resultados eficientes en el bienestar social. Un buen ejemplo es el caso de las normas sobre donaciones de órganos existentes en distintos países; la legislación sobre donación de órganos para trasplantes es muy diferente en los países europeos. Existen varios estudios sobre el tema (25) que demuestran que una regla por defecto que establezca que todos son donantes de órganos salvo que manifiesten, de manera explícita, su voluntad en contrario (*opt out*), favorece el aumento del número de donaciones mientras que por el contrario una regla que establezca que para que alguien sea donante debe dejar expresamente establecida su voluntad de serlo (*opt in*) hace que decrezcan las donaciones. Esto, que parece muy lógico, se ha visto constatado con datos. Alemania y Austria, dos países con características culturales similares, tienen reglas por defecto distintas en la materia, Alemania *opt in* y Austria *opt out*. Así es que en Alemania el porcentaje de donación de órganos es del 12% y en Austria del 99%. Cabe atribuir estos porcentajes, a que la ley austriaca presume el deseo de donar de los fallecidos, salvo que hubieran manifestado en vida lo contrario; mientras que en Alemania sólo se consideran donantes quienes expresaron su deseo de serlo.

Ahora bien, somos conscientes de que un cambio legislativo de tal magnitud, mediante el cual la regla por defecto del sistema económico matrimonial para derecho común pase a ser el régimen de separación de bienes, no es algo que se vaya a producir en el corto o medio plazo. Las reformas normativas, más cuando hablamos de Derecho de fondo, son muy difíciles de conseguir y muchas veces, aunque la eficiencia así lo indique, otros factores hacen imposible su concreción.

Por ello, se propone un *second best*: establecer nudges como mecanismos para mejorar las elecciones de los cónyuges al momento de casarse. Estos nudges o «pequeños empujones» deben ser simples y capaces de facilitar la elección de los contrayentes buscando el resultado más eficiente. Uno de estos nudges, consistiría en dar información para que en el momento de contraer matrimonio se tuviera un conocimiento por parte de los cónyuges sobre aspectos tan relevantes como: las características de los diferentes regímenes económicos y sus consecuencias. Un simple impreso en el que –esquemáticamente– se explicara en lenguaje simple la existencia de distintos regímenes económicos y su principal característica, evitaría tomar decisiones afectadas por la desinformación.

Y aún más relevante, debería establecerse la posibilidad de que a través de un procedimiento muy sencillo, las partes puedan pactar un régimen distinto al que rige por defecto en la Comunidad Autónoma donde contraen matrimonio. Un simple formulario *ad hoc* que se entregase a las partes al momento de casarse, que permitiera realizar un *opt out* del sistema establecido por defecto, con sólo marcar una casilla. De modo que el coste, no tanto monetario, sino de tiempo y esfuerzo, pudiera ser minimizado dando mayores oportunidades a aquellas parejas que prefieren un régimen diferente a la regla por defecto pero que no lo pactan por inercia o por cualquiera de las otras cuestiones que se han abordado en este artículo.

NOTAS

- [1] En el presente artículo se utilizan indistintamente los términos «Economía del Comportamiento» o su denominación original en inglés *Behavioral Economics*.
- [2] *Nudge*. Se utiliza la denominación original en inglés. La traducción literal sería pequeño empujón. Es un término acuñado por Cass Sunstein y Richard Thaler en su obra que lleva justamente esta palabra por título. En sentido figurado, hace referencia a los incentivos, que provienen de las normas o de cómo están diseñados los entornos en los que se toman las decisiones, para que los individuos tomen sus decisiones de una u otra manera, según lo que –a priori– parece más deseable para el bienestar social.
- [3] Para ver un desarrollo sistemático de la llamada «teoría de la elección racional» es recomendable leer a Gary Becker en su libro *The Economic Approach to Human Behavior* (University of Chicago Press, 1976).
- [4] Así, por ejemplo, en la aplicación de la Directiva Europea sobre Prácticas Comerciales Desleales (2005/29/CE), el Tribunal Europeo de Justicia ha aplicado en sus decisiones la teoría del «consumidor medio» como *Homo Economicus*, sin incluir otros aspectos relevantes en el proceso de toma de decisiones de los consumidores, como los derivados de la denominada «Economía del Comportamiento» o *Behavioral Economics*.
- [5] Simon, Herbert (1957). *A Behavioral Model of Rational Choice*, en *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*. New York: Wiley.
- [6] Kahneman, Daniel (2003). «Maps of bounded rationality: Psychology for behavioral economics», en *The American Economic Review*, 93, 1449-1475.

- [7] En 1979 publicaron «*Prospect theory: Decision Making Under Risk*», un artículo donde utilizaban técnicas de psicología cognitiva para explicar un cierto número de anomalías documentadas en la toma de decisiones económicas racionales.
- [8] En el año 1997 se publicó un número del *Quarterly Journal of Economics* con una serie de artículos dedicados a la Economía del Comportamiento (Volume 112, Issue 2, May 1997; Oxford journals).
- [9] El clásico problema de decisión que se plantea para demostrar la «*loss aversion*» es:
– ¿Qué opción prefiere?
Versión A: riesgo asociado a ganar
1) Una ganancia segura de 250€; o 2) una ganancia de 1.000€ con una probabilidad del 25% (lo que implica un 75% de probabilidad de no ganar nada).
Versión B: riesgo asociado a perder
1) Una pérdida segura de 750€; o 2) una pérdida de 1.000€ con una probabilidad del 75% (lo que implica un 25% de probabilidad de no perder nada).
Las respuestas mayoritarias serán distintas en la versión A que en la B. Enfrentadas a este tipo de decisión, las personas serán más adversas al riesgo en la versión A y por lo tanto elegirán la opción 1; y más propensas al riesgo en la versión B eligiendo la opción 2. Aunque es obvio que el resultado esperado es el mismo en ambas opciones, este ejemplo pone de manifiesto que nos nos disgustan más las pérdidas que las ganancias no conseguidas.
- [10] Camerer, C. (1997). «Labor Supply of New York City Cab Drivers». *Quarterly Journal of Economics*, 407-441. Una de las modalidades de trabajo de los taxistas en Nueva York es alquilar un taxi por un precio fijo durante 12 horas y quedarse con toda la recaudación que se consiga en las carreras que se hagan en ese tiempo. Ellos deciden cuánto tiempo trabajar cada día y una estrategia maximizadora de beneficios sería conducir más horas los días de más recaudación (días de lluvia, días con eventos especiales en la ciudad) y menos los días con menos demanda. Sin embargo, en el estudio se muestra que los taxistas hacen lo contrario, trabajan más los días de menos demanda. Ello se debe a la «aversión a la pérdida» y –en menor medida al «efecto ancla» (*).
Los taxistas se han fijado previamente una cantidad a recaudar por día y no dejan de conducir hasta no alcanzar esa cantidad (*loss aversion*). Ello produce como resultado que los días de menos demanda tardan más en alcanzar la cantidad deseada, y por eso conducen más tiempo; y los días de más trabajo, la alcanzan antes y dejan de trabajar antes (justo lo contrario a la estrategia maximizadora).
(* Efecto ancla o *anchor effect*: tendencia a establecer un punto de partida, a partir del cual se realizan comparaciones y valoraciones posteriores. Es un prejuicio cognitivo provocado por la tendencia humana a darle un mayor peso a la primera noticia, argumento o evidencia que se tiene sobre algo a la hora de tomar una decisión.
- [11] Thaler, Richard (1980). «Toward a Positive Theory of Consumer Choice». *Journal of Economic Behavior and Organization*, págs. 39-60.
- [12] Belk, Russel (1988). «Possessions and the extended self», *Journal of Consumer Research*, nº 15 (September), págs. 139-160.
- [13] Thaler, Richard (1992). *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life*. New York, The Free Press. Princeton University.
- [14] La dependencia de la senda o dependencia del camino se refiere a cómo las decisiones y acciones que hemos tomado para llegar a una situación actual, determinan las decisiones que debemos tomar en el futuro, aun cuando las decisiones pasadas no sean relevantes en la actualidad.
- [15] Liebowitz, S. y Margolis, S. (2000). Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit, eds. *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar. p. 985

- [16] Samuelson, W y Zeckhauser, R (1988). «Status quo bias in decision making», *Journal of Risk and Uncertainty*, nº 1, págs. 7-59.
- [17] Daniel Kahneman describe en su obra *Pensar Rápido, Pensar Despacio* (Kahneman, D. (2011). *Thinking, fast and slow*. London: Allen Lane) un "sistema dual" en la toma de decisiones. Los individuos pensamos, alternativamente, de dos maneras distintas. El «sistema 1» es automático y es el más utilizado por el individuo para sus funciones cotidianas y decisiones «rutinarias». El «sistema 2» es reflexivo y más relacionado con el análisis meditado de las opciones que enfrentamos.
- [18] En inglés: *present bias, myopia, optimism*.
- [19] En inglés, *empathy gap*, un término acuñado por George Loewenstein, uno de los fundadores de la Economía del Comportamiento.
- [20] A mediados de los años 70, la tasa de fecundidad en España era de 2,8 hijos por mujer, bastante por encima de la media europea (2,1). Tan solo tres décadas después, la tasa de fecundidad de España alcanzaba su mínimo histórico (1,27 hijos por mujer en 2013) convirtiéndose en la segunda tasa más baja del mundo.
- [21] Francisco Cabrillo en «Matrimonio, Familia y Economía»: "Cabría, incluso, formular un teorema que correlacionara el número de divorcios con los cambios experimentados por las relaciones en el matrimonio. Es bastante simple: cuanto mayor sea la desigualdad entre los cónyuges, más estable será un matrimonio; y cuanto más igualdad exista entre ellos, menor será, en cambio, su estabilidad y más elevada la probabilidad de que acabe en divorcio."
- [22] Datos obtenidos del documento de trabajo de FOESSA, 2014 «La transformación de las familias en España desde una perspectiva socio-demográfica».
- [23] Datos obtenidos del Directorio Central de Empresas (DIRCE) del Instituto Nacional de Estadística (INE), 2014.
- [24] Francisco Cabrillo en *Matrimonio, Familia y Economía*: «cabe explicar cómo la situación familiar típica ha experimentado notables cambios como consecuencia de las modificaciones de algunas importantes variables económicas. El fuerte incremento de la participación de la mujer en el mercado de trabajo ha venido motivado por el mayor grado de apertura de este mercado y de la innegable mejora de oportunidades laborales que conlleva para las mujeres. Esto ha traído consigo un incremento sustancial del precio sombra del trabajo doméstico, es decir, lo que una persona ganaría dedicando al trabajo remunerado el tiempo dedicado al trabajo doméstico».
- [25] Li D, Hawley Z, Schnier K.J (2013). *Increasing organ donation via changes in the default choice or allocation rule*, *Econ. 2013 Dec*; 32 nº 6, pp. 1117-29

BIBLIOGRAFÍA †

- ARTIGOT, M. y otros (2003). «Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?», Indret, Working Paper de Dret Català nº: 7.
- BECKER, G. (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*. (University of Chicago Press).
- BECKER, G. (1981). *Tratado sobre la familia*. Alianza Editorial, Madrid.
- BELK, R. (1988). «Possessions and the extended self», *Journal of Consumer Research*., 15 (september), pp. 139-160.
- CABRILLO, F. (1996). «Matrimonio, Familia y Economía», Minerva Ediciones, Madrid.
- CAMERER, C. (1997). «Labor Supply of New York City Cab Drivers». *Quarterly Journal of Economics*, pp. 407-441.
- KAHNEMAN, D. (2003). «Maps of bounded rationality: Psychology for behavioral economics», *The American Economic Review*, nº 93, pp. 1449-1475.
- KAHNEMAN, D. y TVERSKY, A (1979). «Prospect theory: Decision Making Under Risk», *Econometrica*, vol. 47, nº 2, pp. 263-292.
- KHANEMAN, D. (2011). *Thinking, fast and slow*. London: Allen Lane.
- LI, D.; HAWLEY, Z. y SCHNIER K.J (2013). «Increasing organ donation via changes in the default choice or allocation rule», *Econ. 2013 Dec*; vol. 32, nº 6, pp. 1117-29
- LIEBOWITZ, S. y MARGOLIS, S. (2000). Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit, eds. *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar. p. 985
- MAHAR, H. (2003). «Why are there so few Prenuptial Agreements?», Discussion Paper Nº 436, 09/2003, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business; Harvard Law School.
- SAMUELSON, W. y ZECKHAUSER, R (1988). «Status quo bias in decision making», *Journal of Risk and Uncertainty*, nº1, pp. 7-59.
- SIMON, H. (1957), «A Behavioral Model of Rational Choice» *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*. New York: Wiley.
- SUNSTEIN, C. y THALER, R. (2008). «Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness», Yale University Press: New Haven.
- SUNSTEIN, C. (2014). «Why Nudge. The Politics of Libertarian Paternalism», Yale University Press, New Haven & London.
- THALER, R. (1980). «Toward a Positive Theory of Consumer Choice». *Journal of Economic Behavior and Organization* . pp. 39-60.
- THALER, R. (1992). «The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life». New York, The Free Press. Princeton University.