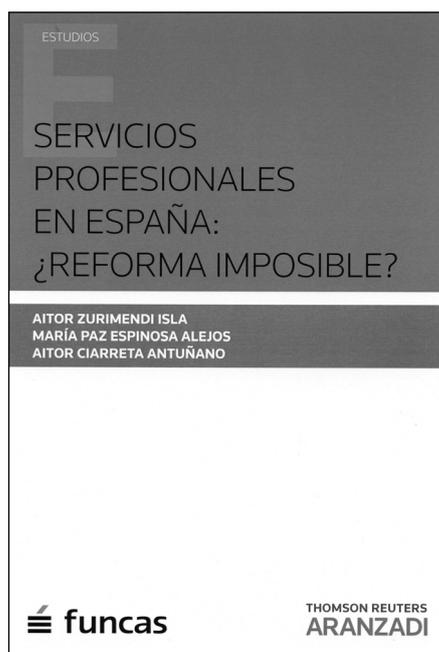


---

# Libros





## SERVICIOS PROFESIONALES EN ESPAÑA: ¿REFORMA IMPOSIBLE?

Aitor Ciarreta Antuñano,  
María Paz Espinosa Alejos,  
Aitor Zurimendi Isla  
Ed. Aranzadi, 2015

Pocas materias analizadas por el Análisis económico del Derecho pueden reputarse de sencillas, a pesar de que, en muchas ocasiones, lo que hace esta disciplina es replantear cuestiones clásicas de la teoría legal o de economía que se creían pacíficas. En parte debido a ello, sus conclusiones son valoradas como "injustas" o "contraintuitivas" y sus estudiosos son, usualmente, tratados con cierta incompreensión tanto por economistas como por juristas.

De entre todas las materias usualmente estudiadas por los expertos en análisis económico del Derecho, una de las más complejas y de debate más acalorado es la regulación del mercado de los servicios profesionales. En ello tiene que ver su enorme peso en la riqueza y el mercado de trabajo de España, su atomización, la complejidad de cada una de las regulaciones de cada uno de sus subsectores y, además, la abundancia de "falsas percepciones" sobre su grado de regulación y la "bondad" de esa regulación. Se podría comparar este sector con la hidra de Lerne: cualquier respuesta a cada uno de sus problemas (por ejemplo, los requisitos de entrada en un sector), puede conllevar que el análisis necesite de respuestas a otros dos problemas nuevos (por ejemplo, cómo estructurar las empresas del sector o cómo tratar un exceso de demanda). Quienes actúan de Heracles en este caso, proporcionando un análisis y una respuesta completa a las preguntas más candentes del sector de servicios profesionales son Aitor Ciarreta, María Paz Espinosa y Aitor Zurimendi con su obra «Servicios profesionales en España: ¿Reforma imposible?».

El libro reseñado puede considerarse una referencia necesaria si se quiere leer un análisis serio, actualizado, comprensivo y relativamente profundo del sector de servicios profesionales en España. Creo que este juicio es válido tanto si se lee la obra con ojos de economista como de abogado. El texto analiza, por un lado, algunas cuestiones transversales a todos los servicios profesionales en España, como su marco jurídico general (capítulo segundo) o la aprobación y ejecución de la Directiva de Servicios (capítulo tercero). Por otro lado, los autores estudian las restricciones de acceso (capítulo cuarto) y ejercicio (capítulo quinto) en varios sectores pro-

fesionales concretos: los servicios legales (abogacía y procura), la arquitectura o la ingeniería. Por último, los autores dedican un capítulo específico (el sexto) a los servicios notariales (aunque son también parcialmente tratados en la parte general del libro).

A modo de comentarios generales sobre la obra, debo señalar que está bien actualizada y su cobertura del sector es relativamente completa. Cabría pensar en otros "servicios profesionales", como las ramas biosanitarias, que podrían haber sido tratadas en los capítulos específicos, pero es justo reconocer que la mayor parte del sector y su regulación general están bien analizados en otros estudios. Por otro lado, el libro tiene en cuenta generalmente los principales resultados académicos publicados en la literatura. En cuanto a la edición, cabría señalar que la obra hubiera ganado en practicidad si dispusiera de un índice analítico y un cuadro de normativa cubierta, que oriente al lector estrictamente jurídico sobre la "fecha de cierre" (a nivel legal) de la edición del libro. Estas últimas cuestiones son, sin embargo, menores.

Yendo a los contenidos, la obra trata la regulación y los servicios profesionales tanto desde un punto de vista jurídico (analizando la interacción con los derechos fundamentales de cada regulación) como económico (proporcionando un buen número de estadísticas de cada subsector). Junto a ello, lo que en mi opinión le da más valor a este libro, es que, por un lado, no ignora los instrumentos propios del análisis económico del derecho: analiza, por ejemplo, las externalidades implicadas por la regulación y el ejercicio de la profesión en los distintos subsectores y las implicaciones en competencia. Por otro lado, la obra no evita las comparaciones con casos concretos a nivel internacional.

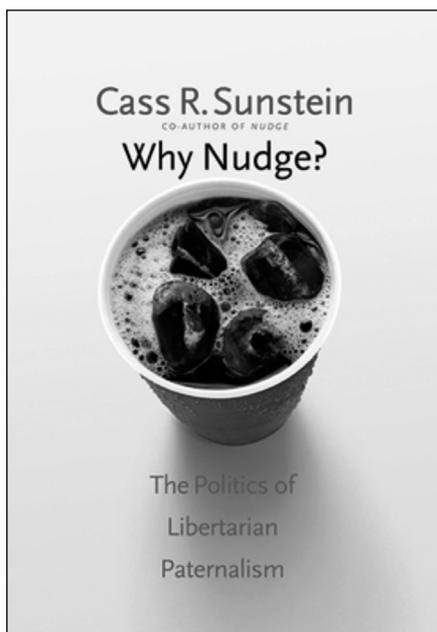
A modo de comentario general, la fundamentación general del libro parece sustentarse en la idea de que el sector sufre de excesiva regulación y que cabría ganar eficiencia reduciéndola. Los autores basan en buena parte esta afirmación general en los resultados de los indicadores de la OCDE (actualizados en 2013) y los debates paralelos tenidos en instituciones como el FMI o la Comisión Europea y que muestran que España es un país altamente regulado sin tener mejores resultados que otras economías. Estoy de acuerdo de forma específica con esta conclusión de los autores, pero soy crítico, de partida, con la idea general de que la desregulación conlleva una mejora de eficiencia económica, a pesar de las referencias clásicas que podamos leer de la Escuela de Chicago. Está hoy bien establecido que regulación y eficiencia económica se relacionan de forma no monotónica y que no cabe desarrollo económico sin regulación (a modo de ejemplo, no cabe pensar en una economía desarrollada sin una regulación mínima de los registros de la propiedad y el notariado, por ejemplo). Estoy seguro de que los autores están de acuerdo con esto, pero echo en falta esa cautela al analizar la problemática de forma general. Este debate, que ha erosionado, al menos desde mediados de los años 2000, la construcción de indicadores de regulación a nivel internacional debería ser, en mi opinión, parte del debate cubierto por el libro.

Debido a que el espacio que es posible dedicar a esta reseña es limitado y sin desmerecer a ninguna otra parte de la obra reseñada, me centraré a continuación en el sector en el que he hecho más investigación: el de los servicios legales. El análisis del libro es capaz de contestar una de las preguntas más complejas a la que se enfrenta cualquier analista (y que de por sí, hace que la obra sea valiosa y necesaria para cualquier estudiante): ¿Cómo se compagina que un sector tan regulado como el de la abogacía, tenga el (gran) tamaño y un tan nutrido número de profesionales ejerciendo en España? Los autores entran, sin caer en simplismos, en el análisis diferenciado tanto de los requisitos de entrada (y sus cambios con la Ley de Acceso a la Abogacía), como en la reserva de actividad y las restricciones al ejercicio de la profesión. Finalmente concluyen que no se debería centrar la regulación en la cantidad sino en la "calidad" de los profesionales.

En el análisis de este concreto sector, echo en falta por ejemplo una mayor referencia a las implicaciones últimas o "ex post" de la situación del mercado de servicios legales en la economía española. Esto es sin perjuicio de que el libro cubra las grandes cuestiones (y de hecho, las más complejas) de abogados y procuradores ¿Qué implica la atomización y estructura de la abogacía y la procura? La lentitud judicial, por ejemplo, tiene implicaciones económicas graves en la economía española y ello no está desconectado de sus determinantes de demanda (la estructura e incentivos del sector de la abogacía). Por otro lado, hubiera deseado leer más implicaciones sobre la distribución territorial de la actividad de la abogacía en España (más allá de las tablas de número de profesionales por provincia) y cómo se diferencia en estructura de forma global con otros países. Junto a ello está la pregunta de por qué España, tras el Reino Unido, posee los despachos de abogados más grandes del continente, a pesar de la atomización general del sector. Tal vez una parte del resto de profesionales estén relacionados con los servicios del turno de oficio. En definitiva, un análisis más amplio de la composición de la demanda de estos servicios, así como algunas palabras más sobre las "anomalías" (por llamarlas de alguna manera) hubieran dotado de mayor profundidad a algunos de los análisis.

Pienso que este libro es una referencia esencial y actualizada tanto para aquel que se adentra en el análisis del sector de servicios profesionales en España por primera vez como para aquel que, teniendo una opinión formada sobre la situación de una profesión específica, busca una visión de conjunto de todo el sector de servicios profesionales. El esfuerzo de reducir a 400 páginas tan ingente cantidad de regulación especialmente compleja e incluir su análisis económico, es titánico y representa bien lo que es una obra de "análisis económico del Derecho". Las conclusiones y aportaciones son útiles y, hasta cierto punto, únicas.

■ Juan S. Mora-Sanguinetti



## THE POLITICS OF LIBERTARIAN PATERNALISM

Cass R. Sunstein

Yale University Press,

New Haven & London, 2014

Puede decirse que el Análisis Económico del Derecho (AED en lo sucesivo) ha sido una de las disciplinas más importantes de las que han surgido en el campo de las Ciencias Sociales modernas. Aunque algunos de los conceptos desarrollados en el AED ya habían sido esbozados muchos años antes por autores clásicos del mundo del Derecho, la Economía o la Filosofía, como Adam Smith, Jeremy Bentham o Cesare Beccaria, fueron su sistematización y –sobre todo– la especificidad de su metodología, los hitos que determinaron su ascenso como disciplina autónoma. Esto ocurrió a partir de la década de los '60 del siglo pasado y se suele citar a la publicación del trabajo de Ronald Coase, «El problema del coste social», como el punto de partida oficial del AED. Mucha agua ha corrido bajo el puente desde entonces y el Análisis Económico del Derecho ha evolucionado hacia prácticamente todas las áreas del Derecho y también al campo de las Políticas Públicas.

Dentro de las últimas tendencias por las que ha discurrido esta disciplina, destaca –a mi parecer– el *Behavioral Law and Economics*; por un lado, por su transversalidad

y, por el otro, porque discurre en el corazón mismo del AED, esto es la aplicación de razonamiento económico a problemas del mundo jurídico. La base de la metodología del AED ha sido el enfoque consecuencialista desde el punto de vista de la eficiencia social y el presupuesto del comportamiento racional de los individuos que, en un marco de plena información, voluntariedad y neutralidad ante el riesgo, haría que siempre éstos elijan la mejor opción, la óptima, lo que aumentaría el bienestar social. Este punto neurálgico del AED, en definitiva el concepto de *homo economicus*, se ha visto sacudido por los numerosos trabajos que en los últimos veinte años se han realizado, en torno a un modelo más realista de cómo nos comportamos los individuos y cómo es nuestro proceso de toma de decisiones. El *Behavioral Economics* o Economía del Comportamiento ha desarrollado un nuevo campo de investigación dentro del AED con resultados extraordinarios. El estudio de la influencia de la racionalidad limitada, la voluntariedad limitada y ciertos sesgos del comportamiento en el proceso de toma de decisiones han mejorado y afinado el desarrollo del AED.

Hace ya más de siete años que se publicó «*Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*» de Richard Thaler y Cass Sunstein, quizás la obra más difundida sobre la aplicación de los hallazgos de la Economía del Comportamiento a las Políticas Públicas. En aquel libro, los autores examinaban distintos temas que afectaban al bienestar social, proponiendo la utilización de “mecanismos” (llamados en inglés *nudges*, que en su traducción más apropiada al español significaría “pequeño empujón”) que dirigieran las elecciones de los individuos a la consecución del óptimo social.

En el año 2014, Cass Sunstein publica «*Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*» donde más que una revisión de su anterior trabajo, repasa las críticas que este tipo de análisis ha cosechado en los últimos años, sobre todo, en torno a la idea de la incongruencia en creer que la sociedad funciona gracias a las decisiones libres de los individuos, quienes buscando su bienestar alcanzan el bienestar social, a la vez que se intenta “dirigir” paternalmente estas decisiones hacia lo que se presume es el óptimo social a través de estos mecanismos, *nudges*, que actúan sobre los individuos.

Cass Sunstein rescata, y a partir de allí va desarrollando su análisis, el «*Harm Principle*» que John Stuart Mill propone en «*On Liberty*»: el único propósito por el que el poder coercitivo del Estado puede ser ejercido sobre un individuo y en contra de su voluntad es evitar que dañe a otras personas. El gobierno no está legitimado a obrar coercitivamente sobre un individuo para evitar que se dañe a sí mismo. La crítica más importante a las ideas de Sunstein y Thaler proviene entonces desde el pensamiento liberal. ¿Es legítimo que un gobierno “intervenga” en el proceso de decisión de un individuo, afectando su libertad, para conseguir que elija la alternativa *a priori* más eficiente, aun cuando su comportamiento no sea potencialmente dañino para otros sino para sí mismo? ¿Es el paternalismo liberal un oxímoron? La tesis principal de Sunstein en este libro, que

expone en la introducción, es desafiar al *Harm Principle* de Mill, ya que en ciertas ocasiones los individuos tendemos a cometer errores de forma sistemática y ciertas intervenciones, aunque paternalistas, conducirán a que en definitiva los individuos vivan mejor.

A partir de este punto, el autor nos muestra en primer lugar una recopilación de la mayoría de los sesgos del comportamiento que llevan a los individuos a cometer errores en sus decisiones. Nos explica, cómo, con la difusión de los conceptos enmarcados dentro de la Economía del Comportamiento y aplicados a las Políticas Públicas, 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 AED. Sunstein, parte de la idea, desarrollada de forma extensa por Daniel Kahneman en «*Think Fast, Think Slow*», de que las personas tenemos dos sistemas de pensamiento, el I que es rápido, intuitivo y automático; y el II que es lento y reflexivo. Así, dice Sunstein, actuamos como "Humanos" (cuando utilizamos el sistema I) o como "Econs" (cuando utilizamos el sistema II). Es cuando actuamos como humanos cuando estamos más expuestos a los sesgos que desvían nuestros comportamientos de los parámetros de la racionalidad absoluta.

En los capítulos siguientes, el autor profundiza en el concepto de paternalismo y sostiene la existencia de dos tipos de paternalismo: uno blando y uno duro, o mejor dicho, sostiene que hay distintos grados de paternalismo y que una intervención paternalista es más blanda o más dura en razón de la magnitud de los costes que impone la «arquitectura de las decisiones» a los individuos que enfrentan una elección. Una campaña de educación vial o una destinada a prevenir de los riesgos que tiene el consumo de drogas serían intervenciones más *soft* mientras abultadas multas o incluso sanciones no monetarias por el consumo de drogas o por ir a más velocidad de la permitida serían *nudges* mucho más duros. El autor se sostiene que un paternalismo más *light* no constituiría una violación del *Harm principle*.

Otro desarrollo interesante es la disquisición entre el paternalismo como medio y el paternalismo como fin. El paternalismo de fines afectaría mucho más la libertad de los individuos, en tanto y en cuanto, un «déspota benevolente» podría querer reemplazar los objetivos individuales por objetivos colectivos. Un paternalismo de medios, sin embargo, seguiría respetando los fines que cada individuo se fijara como meta, y sólo intervendría a efectos de que las decisiones que tome ese individuo sean más propicias para lograr esos fines. Sunstein pone un ejemplo muy simple. Un GPS nos da información sobre cómo llegar a un sitio al que una persona quiere ir. Esta persona podría ignorar la sugerencia del GPS y tratar de seguir su propia ruta, pero, en este caso, se arriesga a no llegar al lugar donde se propone ir.

El trabajo de Sunstein es muy completo, en cuanto desbroza la interacción del paternalismo con la libertad individual, la autonomía personal y el bienestar. Se propone, y lo logra con creces, explorar la relación entre el paternalismo y el *Behavioral Law and Economics*, y concluye que la intervención paternalista de un gobierno para mejorar la eficiencia social, cuando se realiza de determinada manera, paternalismo blando y como un medio (cuando se enfoca en corregir errores que la gente comete al perseguir sus propios fines), no menoscaba los principios morales, principalmente aquel que sostenía Mill de que la única coerción legítima del estado es la utilizada sobre un individuo para que no dañe a terceros. Esta obra constituye una defensa de la filosofía *nudge* que pretende maximizar el bienestar individual y social preservando la libertad de elegir.

«*Why Nudge?*» es en definitiva una obra reflexiva, que si bien no se encuentra dentro del "núcleo duro" del desarrollo doctrinal del AED, tiene un gran interés para quienes trabajamos en cualquiera de las áreas de esta disciplina, pues indaga en lo que constituye el centro de nuestra metodología, el modelo de comportamiento de los individuos y el análisis de eficiencia, y brinda herramientas útiles para comprender mejor cualquier problema del mundo jurídico (en sentido amplio) al que nos enfrentemos desde el razonamiento económico.

■ Rogelio Biazzi