

LA POLÍTICA ECONÓMICA DE LOS JUECES

FRANCISCO CABRILLO

Universidad Complutense de Madrid

Cuando se analiza la política económica de un determinado gobierno es importante conocer las restricciones en las que se desenvuelve su actividad. Tales restricciones existen cualquiera que sea el ámbito de la jurisdicción de dicho gobierno (1). Y en los sistemas democráticos, los gobiernos de todos los niveles ven controlada su actividad por la administración de justicia, lo que

puede plantear problemas importantes en cuanto la política económica que diseña un parlamento elegido por el voto popular y un gobierno con apoyo parlamentario puede verse modificada por instituciones cuyos miembros no han sido seleccionados mediante un procedimiento de democracia directa.

RESTRICCIONES INSTITUCIONALES A LA POLÍTICA ECONÓMICA †

La cuestión que se plantea no es cuál de las instituciones implicadas pueda tener razón en cada caso concreto en la apreciación del problema y en la forma de resolverlo, sino hasta qué punto quienes controlan las instituciones sin haber sido elegidos por votación de los ciudadanos pueden llegar a determinar la política económica de un país. Los sistemas políticos democráticos someten al control del parlamento las principales normas que regulan la actividad económica y definen la política económica de los gobiernos. El ejemplo más relevante es el presupuesto del Estado –instrumento fundamental para la política económica de una nación– que es sometido al control del parlamento y que está ligado estrechamente a los orígenes mismos de esta institución. Pero no cabe duda de que, en nuestros días, han cobrado gran relevancia instituciones que no han sido elegidas democráticamente y que desempeñan un papel muy importante en el desarrollo y el control de la política económica. En las últimas décadas han adquirido creciente importancia

las comisiones de competencia, los organismos reguladores de todo tipo y –en especial– los bancos centrales, cuya independencia de los gobiernos y los parlamentos nacionales –o, en nuestro caso, de la Comisión y el Parlamento Europeo– se han considerado una condición necesaria para que puedan desempeñar sus funciones con eficiencia (2). Pero otorgar poderes relevantes a instituciones cuyos responsables no han sido elegidos por los ciudadanos ha sido siempre un tema discutido en el que no resulta fácil fijar los límites de las competencias de estos órganos no estrictamente democráticos. Los debates, por ejemplo, sobre la política monetaria del Banco Central Europeo en la última crisis son un buen ejemplo de la relevancia del problema.

No es objeto de este estudio analizar estas instituciones con carácter general, cómo han surgido cuál es su relación con los gobiernos. Aunque, en este ámbito, estas organizaciones comparten muchas de las competencias que tienen los tribunales de justicia a la hora de enjuiciar el cumplimiento de las normas por parte de diversos agentes económicos –tanto pertenecientes al sector público como al sector privado– el trabajo se centra exclusivamente en el análisis de la actividad de los tribunales de justicia en lo que afecta a la política económica de un Estado o de una organización política de otra dimensión.

Nadie pone en duda en nuestros días la importancia que la administración de justicia tiene en el desarrollo

de la actividad económica. Los tribunales, cuando resuelven un caso, asignan los recursos productivos en un determinado sentido o influyen en el comportamiento futuro de los agentes económicos. Su papel, por tanto, tiene muchos puntos en común con el del legislador. Y tanto las leyes como las sentencias de los tribunales de justicia pueden mejorar o empeorar el funcionamiento de un sistema económico. Un ejemplo puede aclarar esta idea. Pensemos en un sector importante en cualquier economía y sujeto, con frecuencia, a una regulación intensa: la vivienda de alquiler. Como es bien sabido, nuestras leyes de arrendamientos urbanos han sido –al menos hasta fechas bastante recientes– muy intervencionistas en defensa del inquilino; y esto ha tenido como efecto que en España el número de personas que vive en casas de alquiler sea significativamente más reducido que en otros países. Pues bien, la forma en la que los tribunales han interpretado estas leyes reforzó durante mucho tiempo la indefensión de los propietarios, lo que contribuyó, sin duda, a acentuar los efectos negativos de las leyes en el desarrollo de este mercado (3).

En las últimas décadas se ha registrado en muchos países un significativo crecimiento del «activismo judicial», término con el que se denominan aquellas decisiones de los órganos de la Administración de Justicia que van más allá de la estricta aplicación de la ley. Este papel de los jueces como legisladores es una cuestión básica en el sistema de derecho común anglosajón, en el que el juez tiene una amplia capacidad de crear derecho. Pero también en el sistema de derecho continental puede encontrarse esta tendencia hacia un mayor activismo de los jueces, que adoptan, a veces, decisiones con repercusiones significativas en la economía y han llegado a convertirse en auténticos reguladores de facto.

¿Qué argumentos podrían utilizarse para justificar esta vocación regulatoria de muchos jueces? La primera –y más importante, seguramente– es que la medida de política económica que quiere aplicar el poder ejecutivo viola algún principio legal o constitucional. Como más adelante veremos, este control tiene una larga historia, especialmente en la tradición jurídica norteamericana; pero ha tenido un amplio desarrollo también en los países de la tradición del derecho continental. Ahora bien, una cosa es que la decisión del poder ejecutivo vaya en contra de algún principio legal o constitucional claramente establecido y otra muy diferente que tenga poco sentido o pueda llevar a resultados ineficientes. Parafraseando una conocida expresión del juez Stewart, el hecho de que una ley o una decisión de un gobierno sea estúpida –o incluso digna de un asno– no implica necesariamente que sea contraria a los principios de una ley o de la constitución (4).

Otro argumento puede basarse en la idea de que, aunque la medida adoptada por el gobierno no vaya en contra de ningún principio legal, sea realmente tan absurda que la decisión del juez de anularla eleve el bienestar social. A este argumento cabe

plantear, sin embargo, dos objeciones. La primera, de naturaleza puramente jurídica, en el sentido antes indicado de que no es función de un juez echar abajo una medida de política económica si no le parece adecuada; la segunda, que no parece que los jueces estén mejor capacitados que el ejecutivo a la hora de estimar los efectos esperados de una determinada medida de política económica, ni por su formación técnica ni por el tiempo que aquéllos pueden haber dedicado al estudio del caso en relación con los estudios –mejores o peores– que los gobiernos realizan antes de definir sus políticas.

Pero ¿qué ocurriría en un caso en el que se dieran unas circunstancias particulares no previstas por el legislador? En esta situación se plantea un argumento diferente a favor de la intervención del juez: éste dispone de una información mejor que la de un gobierno o un parlamento para valorar las consecuencias de esa situación concreta. Es decir, la aceptación de este argumento implicaría no el rechazo a una determinada política económica, sino la posibilidad de no implementarla en casos específicos si el juez considera que en ellos la no aplicación es la solución más conveniente.

Tiene sentido, sin duda, que un juez rechace aplicar una determinada norma en circunstancias de estado de necesidad, que justifiquen una acción ilícita. El problema surge cuando se extiende este concepto a situaciones en las que, sin encontrarse en un estado de necesidad, una persona no puede cumplir sus obligaciones contractuales y se niega a aceptar las condiciones establecidas en el contrato en los términos marcados por la ley. El desahucio de un inquilino que no paga la renta de su vivienda o la pérdida de un inmueble cuando su propietario lo ha ofrecido en garantía de un préstamo y no cumple las condiciones de éste son casos que han sido discutidos en muchas ocasiones y han cobrado especial relevancia en la última crisis económica. Puede argumentarse que, en estos casos, el juez podría no aplicar la ley si el beneficio de no hacerlo en esta situación concreta fuera mayor que su coste. El problema es, sin embargo, la determinación de dicho coste, ya que este no puede medirse sólo por lo que sucede en el caso en cuestión. Es necesario, en cambio, tomar en consideración también los efectos que decisiones judiciales de esta naturaleza repetidas en el tiempo tendrían sobre el sector de arrendamientos urbanos y sobre el mercado hipotecario, al elevar el nivel de riesgo soportado por los oferentes: por una parte, reducir el número de viviendas en alquiler y el volumen de préstamos hipotecarios; y, por otra, elevar los precios pagados por los demandantes en ambos mercados.

Los posibles efectos indeseados sobre la redistribución de la renta de una medida de política económica, es un argumento que se utiliza con frecuencia para justificar que un tribunal decida que no debe ser aplicada. La mayoría de las normas legales y las políticas económicas tienen un doble efecto en la

sociedad. Por una parte, afectan a la asignación de recursos, creando incentivos o desincentivos al desarrollo de determinadas actividades; por otra, redistribuyen la renta, favoreciendo a algunas personas y perjudicando a otras. Y algo similar hacen las decisiones de los jueces al interpretar la ley y al avalar una determinada política económica o impedir su aplicación. Esto implica que, ante cualquier decisión de política económica, habrá grupos que intenten mantener el *status quo* en su propio beneficio, al margen de que la mayoría de la población pudiera conseguir ganancias o resultar perjudicada con el cambio. Si un juez decide alinearse con los intereses de alguno de los grupos implicados –guiándose, por ejemplo, por criterios de equidad– buscará argumentos de carácter técnico para apoyar su decisión. Es posible, por tanto, que el origen del rechazo de la medida no se encuentre en tales argumentos técnicos, sino que se acuda a ellos para justificar una decisión que se ha adoptado previamente por otros motivos.

Lo que indica la experiencia es que estos argumentos están, a menudo, relacionados entre sí. Y, siendo el objetivo del juez, anular la medida porque no la considera justa por generar, por ejemplo, efectos contrarios a lo que el juez considera redistribución equitativa de la renta, es probable que no sea éste el argumento que utilice en su sentencia. Cabe esperar, en cambio, que busque argumentos formales que le sirvan para tomar una decisión favorable a sus preferencias.

Una idea compartida por muchos jueces es la referida a la necesidad de interpretar la ley de acuerdo con criterios que respondan a los principios y valores de la sociedad actual, no con los que el legislador tenía en su mente en el momento de promulgar la norma. De acuerdo con este planteamiento, la conveniencia de tal «puesta al día» es mayor cuanto más antigua sea la ley a interpretar. Y no es extraño, por ello, que la Constitución de los Estados Unidos –cuyo texto inicial tiene más de dos siglos– haya sido objeto de «actualizaciones» de todo tipo por parte de los tribunales, presuponiendo a veces que, en la mente de quienes la redactaron, había ideas que, por muy diversas razones, es muy difícil que alguna vez pasaran por su cabeza. Este argumento, sin embargo, es difícilmente aplicable a normas de reciente promulgación. Y, como se verá más adelante, en el campo de la política económica la interpretación «activista» se refiere, en muchos casos, a leyes aprobadas poco tiempo antes por el poder legislativo.

El hecho de que el papel de los jueces sea más o menos activo en el campo de la política económica depende de muchos factores, que van desde la historia y la tradición de una determinada administración de justicia a la estructura de las normas, pasando por la ideología o los principios dominantes en la magistratura. Una cuestión importante con respecto al contenido de las normas que aplican los jueces –que no podemos analizar en este trabajo –se refiere al hecho de que dichas normas consistan en la

definición de reglas concretas o en el establecimiento de estándares. Un sistema jurídico basado en reglas –y el español básicamente lo es– ofrece menos discrecionalidad a las sentencias de los jueces que otro basado en estándares; al menos hasta que los estándares sean definidos con mayor precisión y pasen a convertirse en reglas de facto por la jurisprudencia o se formalicen en nuevas leyes (5).

Cooter y Ginsburg han tratado de medir el nivel de activismo judicial –o interpretación discrecional de las leyes por parte de los jueces en diversos países (6). Su tesis es que los tribunales tendrán mayor propensión a interpretar de forma discrecional las leyes y llevarlas más allá de su contenido original cuanto menor sea la probabilidad de que poder legislativo apruebe nuevas normas para oponerse a las decisiones judiciales. Y esta probabilidad vendría determinada por dos variables; la primera referida a la naturaleza de la Constitución y la segunda a la estructura de los gobiernos y los partidos políticos en cada país. En su opinión, la existencia en un país de lo que denominan un «partido dominante disciplinado» reduce la discrecionalidad judicial, ante la mayor probabilidad de que se apruebe una nueva legislación que refuerce la política del gobierno y del partido que lo apoya. Y una reducción de la disciplina interna en los partidos de gobierno haría disminuir, en cambio, la discrecionalidad de los tribunales.

Los jueces pueden, ciertamente, influir también en la política económica cumpliendo estrictamente las funciones que un sistema político basado en la división de poderes les asigna. Los tribunales limitan la discrecionalidad de los gobiernos cuando interpretan las normas que emanan del poder legislativo. Pero si su actividad se centra en que el gobierno cumpla lo que establece la ley, no existe activismo judicial en el sentido en el que suele utilizarse este término. Un caso que puede servir para ilustrar esta idea fue resuelto por una reciente sentencia del Tribunal Supremo norteamericano. En *Michigan v. Environmental Protection Agency* (junio 2015) el tribunal resolvió a favor de una petición presentada por el estado de Michigan –y apoyada por más de 20 estados– de que se anulara una norma de la Agencia de Protección Ambiental (EPA), que establecía un procedimiento de regulación de plantas de energía en el que la Agencia establecía que los costes que las medidas anticontaminación pudieran tener para las empresas implicadas no eran una cuestión relevante a la hora de decidir la aplicación de dichas medidas a situaciones concretas. La importancia del caso es evidente y sus efectos en la política económica en general y en la supervivencia o no de muchas empresas en particular son claros. Y el Tribunal Supremo, al dar la razón a los demandantes y fallar en contra de un organismo del Estado va a influir, sin duda, de forma significativa, en un aspecto relevante de la actividad económica a lo largo de los próximos años. Pero no es éste un caso de activismo judicial. Y no lo es por el hecho de que la sentencia que, como era de esperar, ha sido interpretada de formas muy diversas en lo que se refiere a sus efectos sobre la activi-

dad económica y la lucha contra la contaminación, se basa en una interpretación literal de la ley que establece que la regulación del medio ambiente debe ser «apropiada y necesaria». Y que tales características no se cumplen sin una debida evaluación de costes (7).

LA EXPERIENCIA DEL COMMON LAW

El año 1935 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió, en *Schechter Poultry Corp. v. U.S.*, que el instrumento legal más importante de la reforma económica del presidente Roosevelt –la National Industry Recovery Act– violaba la Constitución de los Estados Unidos. Por una parte –afirmaba la sentencia– esta ley era contraria a la separación de poderes establecida por el texto constitucional, en cuanto otorgaba al ejecutivo una competencia legislativa que el Tribunal consideró inaceptable. Pero, además, la sentencia afirmaba que la ley violaba la Décima Enmienda de la Constitución, que establece que aquellos poderes no delegados expresamente por la Constitución se reservan a los estados o al pueblo (8).

Es evidente que, en el debate de las cuestiones estrictamente legales de este caso –como en las de otros muchos casos– el objetivo final era cuestionar el fondo de la norma discutida: el desarrollo del New Deal; es decir, la política económica del gobierno de Roosevelt. Y es interesante comprobar cómo, tras la batalla que el presidente mantuvo entre 1935 y 1937, con el Tribunal Supremo, éste acabó cambiando su criterio en la interpretación de la Constitución. Habían transcurrido, en efecto, menos de dos años de esta resolución cuando el Tribunal decidía algo muy diferente en *NLRB v. Jones and Laughlin Steel Corp.* al aceptar que el Congreso de los Estados Unidos tenía la capacidad de legislar en temas que, claramente, la Constitución no había atribuido al gobierno o al Congreso federal, sino a cada uno de los estados individualmente considerados, como la regulación del mercado de trabajo (8). La interpretación de la producción industrial como una actividad que se encuentra en el ámbito de la cláusula de comercio, basada en el argumento de que –en palabras del juez Hughes– «guarde una relación estricta y sustancial con el comercio interestatal» es un ejercicio de equilibrio jurídico que muestra que, cuando un tribunal quiere justificar una determinada política económica puede encontrar, casi siempre, argumentos para hacerlo (9). Roosevelt había ganado su particular guerra con el Tribunal Supremo y –para bien o para mal– el New Deal podría seguir adelante, al haber eliminado el Presidente y el Congreso de los Estados Unidos la última línea de la resistencia con la que contaban los críticos a su modelo de política económica.

La década de los años treinta vio cambios significativos en la forma en la que los tribunales interpretaban la Constitución. Pero el tema tiene precedentes muy anteriores. El modelo de división de poderes establecido por la Constitución norteamericana hizo a los jueces independientes de los organismos de go-

bierno elegidos democráticamente. De acuerdo con la conocida frase de Alexander Hamilton, en *El Federalista*, los tribunales de justicia son el poder menos peligroso para los derechos que la constitución garantiza a los ciudadanos, porque no tienen influencia ni sobre la «espada» –en manos del presidente– ni sobre la «bolsa», que controla el Congreso. Habría que preguntarse, sin embargo, más de doscientos años después de la frase de Hamilton, si los tribunales no están ejerciendo también influencia sobre las bolsas de los ciudadanos, cuando se convierten en agentes de la política económica. Esta independencia no implicaba, sin embargo, que los jueces no tuvieran que razonar y justificar sus decisiones. El primer instrumento del que disponían para ello era los principios legales y los precedentes establecidos por el Common Law a lo largo de los siglos. Pero el nuevo sistema político les dio un segundo instrumento: la posibilidad de negar la validez de una norma por considerarla contraria a los principios de la constitución. La revisión de la legislación por este concepto no fue incluida en la Constitución, pero fue incorporado pronto al sistema jurídico norteamericano cuando el Tribunal Supremo decidió en *Marbury v. Madison* (1803) que determinados aspectos de la Judiciary Act de 1789 eran contrarios a la Constitución de los Estados Unidos.

Este control limitaría de forma significativa la autonomía de la política económica tanto de los estados como del gobierno federal. A lo largo del último tercio del siglo XIX el Tribunal Supremo mantuvo una posición clara a favor de la economía de mercado y declaró contrarias a la Constitución numerosas normas por violar su décimo cuarta enmienda. El último de los casos relevantes en los que el Tribunal Supremo manifestó un claro apoyo al principio de libertad de contrato y prohibió una regulación estatal fue *Lochner v. New York* (1905) que establecía límites a las horas de trabajo en el sector de la panadería. En esta sentencia, el Tribunal Supremo anulaba una ley del estado de Nueva York que limitaba el horario de trabajo en el sector de panadería basándose en una norma de nivel superior –la Constitución– que establece que ningún estado puede privar a una persona de su libertad sin la garantía del proceso debido. Y, en palabras del juez Peckman, el derecho a comprar o vender servicios laborales está incluido en la libertad garantizada por la decimocuarta enmienda (10).

Cuestión distinta es, como hemos visto anteriormente, la forma en la que los jueces interpretan textos a veces poco claros, en los cuales los límites de su aplicación son discutibles. Es conocido, por ejemplo, el voto disidente del juez Holmes en *Lochner*, en el que afirmó que el caso se había decidido de acuerdo con una teoría económica que «una gran parte del país no acepta». Y añadió que la sentencia «pervertía» el término libertad de la decimocuarta enmienda y –en la frase más conocida de su voto– que dicha enmienda no supone la aceptación de la «Estática Social» de Herbert Spencer. Para concluir que la resolución de un caso como éste depende de «una opinión o intuición más sutil que una premisa básica» (11).

La doctrina *Lochner* fue otra de las víctimas de la política de Roosevelt consistente en forzar al Tribunal Supremo a modificar de forma sustancial su jurisprudencia. En efecto, en 1937, el Supremo cambió por completo de criterio en *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, caso en el que el Tribunal consideró acorde con la Constitución una ley de salarios mínimos del estado de Washington, al establecer que la restricción de la libertad es aceptable si con ella un estado intenta proteger la seguridad y la salud de la Comunidad o a grupos vulnerables que forman parte de ella (12). En *Lochner* el Supremo anuló una norma estatal sobre regulación del mercado de trabajo, por considerarla contraria a la constitución; y en *West Coast Hotel* validó una ley similar. Este aparente contradicción se ha repetido muchas veces en materias muy diversas. Por citar sólo otro ejemplo, el año 1986, en *Bowers v. Hardwick*, el Tribunal Supremo determinó la constitucionalidad de la ley sobre sodomía del estado de Georgia, que consideraba delictiva la sodomía entre adultos homosexuales porque, en palabras del juez White, la Constitución de los Estados Unidos no establece ningún derecho fundamental que impida que un estado penalice la sodomía homosexual. Pero, en 2003, en *Lawrence v. Texas*, el mismo tribunal consideró que cualquier ley que prohíba la sodomía es contraria a la constitución. La cuestión no es si es bueno o no que un estado tenga autonomía para prohibir o autorizar determinados actos privados. El tema es que, si se acepta que la decisión del Supremo de 1986 respondía a lo establecido en la constitución; y la sentencia de 2003 también lo hacía, la única conclusión lógica posible –como han señalado algunos juristas norteamericanos– es que la constitución vigente en 1986 era diferente de la vigente en 2003 (13).

Es interesante señalar que, en Inglaterra, el control judicial de la política económica siguió una dirección muy diferente; y el temprano triunfo del Parlamento sobre los jueces permitió a los gobiernos británicos con mayoría parlamentarias implementar políticas sociales y económicas que suponían un nivel de regulación muy superior. Es cierto que, como primer precedente de un posible control judicial de las normas emanadas del poder legislativo suele citarse la decisión de sir Edward Coke en el caso del Dr. Bonham (1610) en la que el prestigioso jurista afirmó que «en muchos casos el *common law* controlará las leyes emanadas del Parlamento y, en algunos casos, las considerará nulas por completo» (14). Naturalmente Lord Coke no podía basarse en ninguna constitución o norma superior que limitara los poderes del Parlamento. Estos límites, en su opinión, los establecían el bien común y la razón; y serían los jueces del *common law* los intérpretes de estos valores.

Parece, sin embargo, que esta sentencia no tuvo realmente mucha influencia en el desarrollo posterior del derecho inglés (15). De las revoluciones inglesas del siglo XVII surgió un parlamento con poderes casi absoluto para gobernar el país. Y en su capítulo sobre el parlamento incluido en el libro I de sus *Comentarios a*

las Leyes de Inglaterra, Blackstone citaba la observación de Matthew Hale de que el Parlamento es el tribunal más alto e importante, sobre el cual ningún otro tribunal puede en el reino tener jurisdicción. Y, en lo que a la gestión de la economía hace referencia, recordaba Blackstone la frase del antiguo responsable del Tesoro británico en el reinado de Isabel I, Lord Burghley quien había afirmado que «Inglaterra sólo podría ser arruinada por su propio parlamento» (16).

A lo largo del siglo XIX no habría serios debates con respecto al poder del Parlamento en su papel de regulador de la economía. Y, en la segunda mitad del siglo XX nadie objetaría, desde un punto de vista jurídico, su competencia para intervenir en la economía británica y crear impuestos personales que en algún momento llegaron incluso a ser cuasiconfiscatorios al superar el 90% el tipo marginal del impuesto sobre la renta. Por tanto, un episodio como el enfrentamiento que tuvo lugar entre el gobierno de los Estados Unidos y el Tribunal Supremo del país con motivo del cambio de política económica que supuso el New Deal no habría podido tener lugar en Inglaterra.

EL DERECHO CONTINENTAL: ALGUNAS EXPERIENCIAS RECIENTES EN ESPAÑA †

La intervención de los jueces y los tribunales de justicia en contra de la política económica de un determinado gobierno no es, desde luego, un fenómeno exclusivo de los tribunales del *common law*. Fuera del mundo del derecho común anglosajón es fácil encontrar también a muchos jueces y tribunales de justicia que revisan leyes emanadas del legislativo y van más allá de una simple y razonable interpretación de dichas normas en sus resoluciones. Y no cabe duda de que la política económica se ve afectada, en numerosas ocasiones, por este activismo.

El ejemplo más llamativo, y más comentado en la literatura internacional, es el caso del Estado de Israel y el papel desempeñado por su Tribunal Supremo, especialmente en los años en los que fue presidido por el juez Aharon Barak. En 2006 Barak publicó un libro titulado *El juez en una democracia* (17) en el que, sin utilizar expresamente el término «activismo judicial», ofrece una completa argumentación en apoyo del papel de los jueces como impulsores de determinados aspectos de la política del país –política económica incluida– y, en sus propias palabras, como «dinamizadores» de la constitución. Una idea básica de su obra es la defensa de lo que se ha denominado la «constitucionalización de las políticas democráticas». El término ha sido considerado confuso y contradictorio por muchos juristas, ya que hace referencia a la capacidad de los jueces de convertir en principios constitucionales determinados derechos que consideran importantes, aunque la constitución no haga expresa referencia a ellos o el legislativo nunca los haya desarrollado en una norma específica. Por tanto, de acuerdo con esta argumentación, las denominadas políticas democráticas no lo son porque un organis-

mo elegido democráticamente –el parlamento– ha ya considerado que todos los ciudadanos tienen determinados derechos, sino porque los jueces deciden tal cosa (18).

Y esta forma de entender la actividad judicial se ha manifestado en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo de Israel. Una de sus decisiones más conocidas es, seguramente, la sentencia del año 2009 que consideró inconstitucional la existencia de cárceles privadas en el país, con el argumento de «violarían los derechos humanos de los presos a la dignidad y a la libertad». Cabría pensar que una persona pierde su libertad –y parte de su dignidad– por el hecho de que la encierren en una prisión, y no por el hecho de que ésta sea gestionada por un organismo público o por una empresa privada. Pero poca duda cabe de que lo que refleja realmente esta sentencia es una clara actitud contraria a la economía de mercado por parte de los jueces que formaron la sala que la dictó.

En lo que a la política económica hace referencia, puede mencionarse que el Tribunal se ha atribuido a sí mismo, en diversas ocasiones la competencia de decidir si determinados recortes en el gasto público que afectan a programas de bienestar son o no constitucionales. El resultado de estas resoluciones es que, en la práctica, es el Tribunal y no el Parlamento quien –de facto– diseña algunas partidas relevantes del presupuesto nacional. Y fue la constatación de este resultado la que llevó a un jurista tan destacado como Robert Bork a considerar a este tribunal «el peor Tribunal Supremo del mundo occidental». Y añadía el profesor de Yale que cada vez tenía menos sentido que los ciudadanos israelíes se tomaran la molestia de elegir un parlamento y un gobierno cuando el Tribunal Supremo puede decidir prácticamente sobre cualquier cuestión de política pública (19). Empleando la expresión de Hamilton antes mencionada, no cabe duda de que el poder judicial, en estos casos, ha pasado a controlar –al menos parcialmente– la bolsa de los contribuyentes en muchos países del mundo.

El caso de la oposición manifestada por un determinado tribunal supremo a la existencia de cárceles privadas no es sino un ejemplo de la actitud de muchos jueces en contra de la privatización de empresas públicas o de que determinados servicios públicos sean prestados a los ciudadanos por empresas privadas. Numerosos tribunales se muestran activistas en este campo y se atribuyen competencias para modificar –incluso de forma radical– leyes aprobadas por los parlamentos. No cabe duda de que un tribunal puede decidir si un determinado proceso de privatización se ha llevado a cabo o no de acuerdo con la ley. Pero algo muy diferente es que los jueces determinen si tal proceso de privatización es o no conveniente para los ciudadanos y opinen sobre cuáles pueden ser sus efectos sobre la economía del país y el nivel de bienestar de los contribuyentes. Y tales planteamientos son, sin embargo, fáciles de encontrar en numerosas resoluciones judiciales. En muchos países, incluidos los Estados Unidos, los tribunales de justicia han utilizado ar-

gumentos diversos para impedir que se lleven a cabo procesos de privatización, que van desde la idea de que debe ser el Estado quien, por principio, suministre determinados servicios públicos hasta el argumento de que no hay razón alguna para cambiar el hecho innegable de que tales servicios han sido prestados durante mucho tiempo por empleados públicos (20).

Algunas resoluciones judiciales recientes muestran también una actitud militante por parte de determinados tribunales en contra de determinadas privatizaciones que se han llevado a cabo –o se han intentado llevar a cabo– en España. La crisis que se desencadenó en nuestro país a partir del año 2008 forzó al gobierno español –como a los gobiernos de otros países– a introducir reformas para intentar elevar la eficiencia de nuestra economía y las Comunidades Autónomas han tenido que hacer algo similar dentro de su particular marco de competencias. Pero estas nuevas normas no han sido neutrales a efectos de la distribución de la renta; y los grupos perjudicados se han opuesto a ellas, por lo general presentando sus objetivos propios como algo beneficiosos para el conjunto de la sociedad. Además, estas reformas han planteado a menudo problemas de interpretación legal, que han convertido en algunos casos a los tribunales en actores importantes en la política económica española. La pregunta relevante a este respecto es: ¿cómo han actuado los jueces ante las reformas económicas del gobierno? Y, más concretamente, ¿han contribuido a su buen funcionamiento o han creado dificultades a su aplicación?; ¿en qué grado puede decirse que algunos jueces españoles se han convertido en reguladores de facto de aspectos relevantes de la economía española?

Es evidente que no se puede generalizar al valorar la actuación de un colectivo tan amplio como el de los jueces españoles. Pero pueden citarse numerosos ejemplos relevantes de actitudes claramente contrarias a aquellas reformas dirigidas a mejorar la eficiencia de determinados mercados y favorables, en cambio, al mantenimiento del status quo, por ineficiente que ese pueda ser. Y algunas resoluciones judiciales han traspasado, incluso nuestras fronteras y causado daños a la imagen del país como una economía atractiva para la inversión exterior directa.

Han asumido así algunos tribunales de justicia funciones que corresponden al poder ejecutivo y no a los jueces. Y, lo que resulta más preocupante, sus decisiones se basan con frecuencia, en razonamientos económicos defectuosos, que pueden causar graves daños a la gestión y a la productividad en muchos sectores, tanto si la oferta está en manos de empresas privadas como si son organismos públicos los que la controlan. Veamos, a manera de ejemplo, dos casos relevantes: referido uno a una regulación de carácter nacional y el otro a una norma de una comunidad autónoma. Muchos otros podrían citarse, sin duda. Pero éstos dos ejemplos muestran con claridad la naturaleza el problema ante el que nos encontramos, aunque no sirvan, naturalmente, para determinar los efectos globales de este tipo de decisiones judiciales en la economía

española. El primero hace referencia a la reforma de la legislación laboral que introdujo el gobierno español, el año 2012, para tratar de reducir la altísima tasa de paro que la economía experimentaba en aquellos momentos. La reforma tenía aspectos muy diversos como la reducción de los costes de despido, el fin de la denominada ultraactividad de los convenios, mayor flexibilidad en el diseño de la jornada laboral o en los contratos de trabajo.

En todos estos aspectos pueden encontrarse ejemplos de sentencias que, en palabras del ministro de justicia, han aplicado la ley de una forma muy diferente al propósito del legislador. Pero el caso más relevante ha sido, seguramente, el de los expedientes de regulación de empleo. La reforma pretendía facilitar la reducción de plantilla mediante este tipo de procedimiento a las empresas que se encontraran en dificultades económicas. La aplicación práctica de la norma ha sido, sin embargo, difícil en muchos casos para las empresas, ya que los tribunales han echado abajo numerosos expedientes de este tipo. Y esto ha afectado tanto a empresas privadas como a empresas públicas. Entre estas últimas se encuentran el ERE de Telemadrid, que fue modificado, elevando la cuantía de los despidos, por sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de abril de 2013, que consideró que no se había acreditado la causa legal para declarar procedentes los despidos. La sentencia fue ratificada posteriormente por el Tribunal Supremo. Es interesante señalar que el Supremo aceptó que se había probado la situación de pérdidas del ente, pero consideró que tales pérdidas no justificaban el despido de la mayor parte de la plantilla. Es el caso también de la Radio Televisión Valenciana, cuyo ERE fue declarado nulo por el Tribunal superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con el argumento de que se afectó a la «igualdad» en el trato a los trabajadores y de que si, para el tribunal, la desigualdad en el trato puede ser aceptable en la empresa privada, no lo es en el caso de las empresas públicas. Lo más interesante es que, ambas empresas tenían plantillas muy sobredimensionadas, elevados gastos de explotación que provocaban fuertes déficits cada año y, como consecuencia de ello, un elevado endeudamiento. Y tales problemas sólo podían resolverse o mediante el cierre de la empresa o mediante una reestructuración que garantizara su viabilidad.

Pero el caso de mayor repercusión en el ámbito internacional ha sido, sin duda, el de la empresa Iberian Partners, propietaria de las plantas embotelladoras de Coca Cola en nuestro país, que, por las características de esta marca, ha sido comentado en los principales medios de la prensa económica. El caso se inició cuando la empresa planteó un expediente de reducción de empleo para reducir gastos y eliminar el exceso de capacidad generado por la reducción de la demanda. La Audiencia Nacional consideró nulo el ERE y el Tribunal Supremo, en sentencia de abril de 2015, ratificó la sentencia sin entrar a discutir la lógica económica de la medida; y llegó a acusar a Iberian Partners de vulnerar el derecho constitucional a la huel-

ga de los empleados de una de las plantas, por cubrir su producción con la de otras fábricas. Dada la relevancia internacional de la marca Coca-Cola y lo sorprendente de la argumentación de los tribunales españoles, las sentencias fueron noticia en la prensa internacional, en la que se incluyeron algunos comentarios no precisamente favorables a las instituciones y a la administración de justicia española (21), que causaron, sin duda, un daño significativo a la política económica del gobierno que, en aquellos momentos, estaba intentando transmitir la imagen de España como un país que ofrecía un marco favorable para la inversión exterior.

Puede argumentarse que este sesgo contrario a la economía de mercado es tan habitual en la jurisdicción laboral que a nadie puede sorprender. Pero la tendencia a influir en la política del gobierno no se limita a esta jurisdicción. Se han mencionado anteriormente algunos ejemplos de resoluciones judiciales en diversos países contrarias a procesos de privatización de actividades que, tradicionalmente habían sido llevadas a cabo por el sector público. También en España se pueden mencionar casos, tan interesantes como sorprendentes, de decisiones judiciales en este sentido. Veamos un ejemplo relevante, que se refiere a una decisión importante de política económica, adoptada no en el ámbito nacional, sino en el ámbito de una comunidad autónoma. Se trata del plan de la Comunidad de Madrid, que tenía como objetivo la gestión por concesión de determinados servicios de atención hospitalaria.

El proceso, iniciado por la Comunidad de Madrid en abril de 2013, encontró de inmediato la oposición de sindicatos y grupos de empleados, que preferían que el servicio siguiera siendo gestionado directamente por el sector público. Recurrido el proceso en varias instancias, fue finalmente paralizado por dos resoluciones judiciales, una de un juzgado contencioso-administrativo y otra del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (22). Ambas utilizan argumentos, que contienen serios errores en el razonamiento económico que lo sustenta e, incluso, incurren en contradicciones. En primer lugar mantienen la idea de que la suspensión cautelar de todo el proceso no supone, en realidad, coste alguno, «ya que ningún perjuicio se produce si la asistencia sanitaria especializada se continúa prestando del modo que se viene haciendo con sujeción plena a criterios gerenciales de servicio público universal, gratuito y de calidad». Pues bien, esto, simplemente, no es cierto. Si es posible mejorar la gestión y no se hace por mantener el viejo modelo, que cada día resulta más insostenible para los contribuyentes, se causa un daño, sin ninguna duda; y un daño importante. Pero los jueces no lo ven así y, entrando abiertamente en el camino de la especulación, llegan a plantearse cuáles serían los efectos de la reforma de la gestión, cuestión para la que sin duda carecen de competencia. Deciden entonces que los efectos del que denominan «proceso privatizador» —resultan una incógnita en el momento actual—. Y una de las resoluciones llega al absurdo de preguntarse, a continuación, por qué «los responsables de la Administración, encargados de la gestión

pública de este servicio esencial asumen sin más su incompetencia para gestionarlo con mayor eficiencia».

El juez de lo contencioso-administrativo llegó a entrar directamente en cuestiones técnicas y afirmó que «existen datos sobre países en los que la gestión privada de su sistema sanitario no ha supuesto un ahorro». Y decidió que la Asamblea de Madrid, aunque haya sido elegida por votación, no es un organismo que represente el interés general, que, en cambio, él mismo se consideró capacitado para determinar, cuando escribió: «asiste la duda al plantearse si el interés general se concreta en ese ahorro de costes que proclama la Administración o si, por el contrario, el interés general demanda el mantenimiento del sistema que ahora se pretende cambiar».

Pero hay, además, otro punto en estas resoluciones que merece un comentario. El proceso para establecer la gestión por concesión se suspendió sin pedir fianza alguna a los recurrentes para cubrir los posibles daños que dicha suspensión puede provocar. La razón que los jueces alegaron es que la fianza tendría que ser «millonaria» y exigirla podría hacer imposible la medida cautelar adoptada. Lo que no se entiende es cómo pueden decir, que la fianza debería ser muy elevada y, al mismo tiempo, que no existe perjuicio alguno en la suspensión del procedimiento, como hemos visto más arriba. Lo cierto es que el daño ha existido; y la decisión de los tribunales tendrá, sin duda, un coste no despreciable para los contribuyentes de la Comunidad de Madrid. Aunque el mantenimiento del status quo produzca un beneficio particular indudable a los grupos de interés que se opusieron al proceso, hay argumentos técnicos sólidos para pensar no sólo que el número de los perjudicados ha sido muy superior al número de los beneficiados por estas decisiones judiciales, sino también que la pérdida neta para la sociedad será elevada. No era función de los tribunales, ciertamente, realizar estos cálculos, actividad para la que no están capacitados técnicamente. Pero tampoco lo era hacer de facto imposible una medida de política económica aprobada por un parlamento elegido democráticamente. La principal conclusión que se puede obtener de este caso es que en España es fácil paralizar un programa de reforma económica con la colaboración de los tribunales de justicia, incluso sin necesidad de que éstos entren a analizar el fondo del asunto, y a pesar de los costes que renunciar a tales reformas pueda tener para los contribuyentes.

CONCLUSIONES †

La teoría económica viene analizando, desde hace mucho tiempo, el papel de los agentes económicos en el proceso de diseño e implementación de las normas regulatorias que les afectan. La teoría de la captura ofrece argumentos que permiten explicar, al menos de forma parcial, por qué tales normas responden, con frecuencia, más a los objetivos de las empresas o de los grupos más directamente implicados que a los

intereses de los consumidores. Estos modelos se han aplicado, básicamente, a la actividad legislativa y a la regulación de carácter administrativo. Ahora bien, una vez que se toma conciencia de que los tribunales de justicia se han convertido, de facto, en determinadas circunstancias, en auténticos legisladores, cabe preguntarse si también en el ámbito judicial se están produciendo procesos de captura.

En el caso de los Estados Unidos –como hemos visto, el país con una experiencia más amplia en el activismo judicial– cabe interpretar sentencias, o incluso líneas de jurisprudencia en determinados momentos históricos, en este sentido. Pero no se puede excluir tampoco la posibilidad de que la evolución de la jurisprudencia en cuestiones relevantes para la política económica responda a la ideología de los jueces en un momento determinado, ideología que no ha permanecido estable, sino que ha podido ir cambiando a lo largo del tiempo. Por mencionar sólo dos ejemplos relevantes, cabe hacer una referencia al desplazamiento de la regla de responsabilidad civil de la responsabilidad objetiva a la responsabilidad por culpa a la hora de enjuiciar numerosos casos de derecho de daños a lo largo del siglo XIX (23) o la interpretación –menos estricta –o formalista– de la Ley Sherman y el resto de las normas del derecho de defensa de la competencia que, en determinados momentos, han seguido los tribunales (24). Cabe argumentar que, en ambos casos, se habría actuado a favor de los intereses empresariales frente a intereses alternativos como los de los productores agrarios o los consumidores. Pero es razonable también pensar que los tribunales actuaron en estos casos internalizando la conveniencia del desarrollo industrial o una visión abierta de los mercados basada en el principio de eficiencia y no de mera posición de dominio de una determinada empresa.

Si se analiza la lógica de algunas de las sentencias de los tribunales españoles mencionadas en este artículo cabe ofrecer también esta posible doble respuesta. Es posible que, en tales casos, los jueces estuvieran mostrando una actitud ideológica marcada en contra de las privatizaciones o de una menor intervención estatal en el funcionamiento de los mercados de trabajo. Pero hay argumentos para pensar también que se ha producido algún tipo de captura del «regulador» judicial por parte del regulado, en este caso de grupos de presión como sindicatos o asociaciones de empleados que trabajan en el sector público, que les habrían inclinado a decidir a favor de sus intereses particulares. Y ambas explicaciones pueden ser ciertas, actuando cada una de ellas como un refuerzo de la otra.

Saber por qué los jueces deciden en un sentido o en otro en cuestiones de política económica y determinar si sus resoluciones buscan o no maximizar su utilidad particular es un tema que ha sido ampliamente discutido en la literatura norteamericana. Pero en Europa –y en España, en concreto– tenemos todavía muy pocos estudios empíricos como para fundamentar de forma sólida una explicación de lo que está ocurriendo (25).

NOTAS †

- [1] Es interesante señalar que un mayor nivel de jurisdicción –por ejemplo, un gobierno nacional frente a un gobierno regional– no implica necesariamente una mayor autonomía del primero frente al segundo a la hora de adoptar sus decisiones. Un ejemplo ilustrativo lo encontramos en las importantes restricciones a las que se enfrenta un gobierno de un país miembro de la Unión Europea a la hora de diseñar su política macroeconómica.
- [2] Para un amplio análisis de este tipo de instituciones, véase Vibert (2007)
- [3] Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1980 en relación con las cláusulas de elevación de la renta ligadas al aumento del nivel de precios.
- [4] P. Stewart, voto disidente en *Griswold v. Connecticut*, U.S. Supreme Court, 1965
- [5] Un artículo clásico sobre el debate con respecto a reglas y estándares es L. Kaplow (1992)
- [6] R. Cooter y T. Ginsburg, (1996)
- [7] Es interesante señalar que el ponente de esta sentencia fue el juez Scalia, uno de los más importantes críticos del moderno activismo judicial.
- [8] *National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937)
- [9] La denominada cláusula de comercio está recogida en el artículo I, sección 8, cláusula 3 de la Constitución de los Estados Unidos y establece que «El Congreso tendrá el poder de regular el comercio con las naciones extranjeras, entre los estados y con las tribus indias».
- [10] *Lochner v. New York*, 198, U.S. 45 (1905)
- [11] Véase el voto particular en Holmes (1992), pp. 305-307
- [12] *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300, U.S. 379 (1937)
- [13] *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). En palabras de Bork, «es ridículo decir que una constitución no ha cambiado cuando una sentencia de carácter constitucional modifica otra anterior y establece que existe un derecho fundamental para realizar una determinada actividad que anteriormente se consideraba que podía ser sancionada penalmente». Bork (2007), p. 2
- [14] Citado en Siegan (1980), p. 36.
- [15] Es interesante apuntar que el Tribunal Supremo norteamericano no la utilizó como precedente en *Marbury v. Madison*, aunque el caso podría haber reforzado la decisión del Tribunal al basarla en la tradición del common law; pero los principios de la razón y el bien común había quedado reflejados en la Constitución y fue este texto –no unos principios generales– los que utilizó el Tribunal Supremo para anular la Judiciary Act.
- [16] Blackstone (1787), Vol. I, p 161
- [17] A. Barak (2006), *The Judge in a Democracy*. Princeton University Press.
- [18] R. H. Bork, (2007), p.1.
- [19] R. Bork (2007), p. 5.

- [20] Washington Supreme Court, *State Employees v. Community College*, 1978, Hawaii Supreme Court, *Konno v. County of Hawaii*, 1997.
- [21] Para que el lector se haga una idea de cuál puede ser la reacción del mundo económico internacional a una sentencia de esta naturaleza, mencionaré dos comentarios de los lectores publicados en la versión digital del Wall Street Journal, seguramente el periódico financiero más leído del mundo. Uno dice: «Y aún hay gente que se pregunta por qué la tasa de paro en España es del 24%». Y otro: «Esta es la prueba número uno de porqué no se debe invertir en España».
- [22] Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid, DF 283/13 (2 sept. 2013). Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Recurso 787/2013. (11 sept.2013).
- [23] Véase, en este sentido, M. Horwitz (1992).
- [24] Véase una referencia a los cambios en la forma de interpretar la Ley Sherman desde 1890 hasta nuestros días en Cabrillo (2005).
- [25] Un estudio reciente sobre el papel de la política en las sentencias del Tribunal Constitucional español es el artículo de M. Gill, N. Garoupa y F. Gómez, «Explicando el comportamiento de la judicatura española: una revisión crítica de la evidencia empírica», incluido en este número de la *Revista de Economía Industrial*.

BIBLIOGRAFÍA †

- BARAK, A. (2006). *The Judge in a Democracy*. Princeton University Press.
- BLACKSTONE, W. (1787). *Commentaries on the Laws of England*. London: Strahan, Cadell and Prince.
- BORK, R.H. (2007). «Barak's Rule». *Azur* 27, Invierno 5767/2007.
- CABRILLO, F. (2005). «Objetivos de una política de defensa de la competencia». En *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*. (S. Martínez Lage y A. Pettibó, eds.). Madrid: Fundación Rafael del pino-Marcial Pons pp.21-30.
- COOTER, R y GINSBURG, T. (1996). «Comparative Judicial Discretion: An Empirical Test of Economic Models». *International Review of Law and Economics* 16, pp. 295-313.
- GILL, M.; GAROUPA, N. y GÓMEZ, F. (2015). «Explicando el comportamiento de la judicatura española: una revisión crítica de la evidencia empírica». *Revista de Economía Industrial*, en prensa.
- KAPLOW, L. (1992). «Rules versus Standards: An Economic Analysis» *Duke Law Journal* 1992, pp. 557-629.
- HOLMES, O.W. (1992). *The Essential Holmes*. Richard Posner (ed.) Chicago: The University of Chicago Press
- HORWITZ, M. (1992), *The Transformation of American Law, 1870-1960*. New York: Oxford University Press.
- SIEGAN, B.H. (1980). *Economic Liberties and the Constitution*. Chicago: University of Chicago press.
- VIBERT, F. (2007). *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers*. Cambridge: Cambridge University Press.

