

A vueltas con las competencias normativas sobre Derecho privado

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 28.4.2016 sobre la ley valenciana de régimen económico matrimonial¹ ha vuelto a poner de actualidad la atribución constitucional de competencias normativas en materia de Derecho privado y, más concretamente, de Derecho civil.

Los argumentos de la ponente, acogidos por la mayoría del tribunal, y el voto particular discrepante, contienen posiciones de gran interés y de previsible proyección futura para el debate constitucional español en relación con el poder legislativo sobre Derecho privado. Con seguridad serán todas ellas objeto de disección y análisis en el terreno constitucional y en el de la articulación de los distintos ordenamientos civiles que coexisten en España. Ninguno de los dos somos constitucionalistas y el alcance de la sentencia para esa articulación, aunque importante, no es tampoco nuestra especialidad.

La reciente sentencia del TC² nos parece buena ocasión para suscitar algunas reflexiones teóricas en cuanto a la disyuntiva unidad/pluralidad en materia de Derecho privado que, pensamos, debieran orientar el entendimiento de la situación española y, sobre todo, un posible (al menos en hipótesis) esquema futuro de ordenación de competencias legislativas en este ámbito.

Vaya por delante que nuestro interés por la cuestión nació en torno al debate internacional y europeo (fragmentación jurídica y armonización transnacional y europea) pero las ideas que hemos desarrollado en esos contextos³ creemos que son, en buena medida, trasladables a la situación española de pluralidad legislativa civil y a sus posibles ampliación o reducción, bien a

¹ STC 82/2016, 28.4.2016, BOE núm. 131, de 31.5.2016.

² Tan solo unos días después, el 9.6.2016 el Tribunal Constitucional ha declarado parcialmente inconstitucional la Ley valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas, con argumentos relativos a la competencia legislativa en materia civil que siguen la pauta de los de la STC 82/2016. Hay un voto particular discrepante del mismo magistrado, que abunda en sus argumentos anteriores. Las referencias a la posición del Tribunal Constitucional en lo que sigue se pueden entender que comprenden ambas sentencias.

³ Véanse, Juan-José Ganuza y Fernando Gómez, “Building Optimal Standards for Contract and Consumer Law: An Economic Analysis”, Working Paper, Departamento de Economía y Empresa UPF (2016); Juan-José Ganuza y Fernando Gómez, “The Economics of Harmonized Law-making in Private Law: Mechanisms, Modes and Standards”, en Brownsword/Micklitz/Niglia/Weatherill (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Hart, Oxford (2011), p. 115-137; Juan-José Ganuza y Fernando Gómez, “How to Build European Private Law: An Economic Analysis of the Lawmaking and Harmonization Dimensions in European Private Law”, 33 (3) *European Journal of Law and Economics* (2011), p. 481-503; Juan-José Ganuza y Fernando Gómez, “An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Maximum Harmonization, Minimum Harmonization or Optional Instrument?”, 7 (2) *European Review of Contract Law* (2011), p. 275-295.

través de una reformulación explícita de competencias o bien a través de decisiones singulares, como la STC 82/2016.

La cuestión es de enorme actualidad más allá de nuestras fronteras, no solo por el (tortuoso) proceso de construcción del Derecho privado europeo, sino por el presente debate en torno al TTIP, pues el núcleo central de este reside en la armonización transatlántica de reglas y estándares jurídicos que gobiernan la producción y comercio de bienes y servicios⁴.

Pensando en el caso español, es preciso comenzar señalando su singularidad entre los países de nuestro entorno europeo. En ellos, la pluralidad legislativa en materia de Derecho privado es una rareza, incluso si pensamos en estados federales y ampliamente descentralizados, aun aquellos que lo son tanto o más que el nuestro. Así, Alemania, Austria, Bélgica y Suiza son países con legislación territorialmente unificada en materia de Derecho privado. En Francia, Italia, Holanda o Portugal casi está de más señalar su carácter unitario en este terreno.

El Reino Unido sí es un estado plurilegislativo, pues el Derecho inglés (aplicable en Inglaterra y Gales), el escocés (para Escocia) y el norirlandés (en Irlanda del Norte) son distintos. La pluralidad se expresa, sin embargo, de forma diferente al caso español, en sistemas jurídicos (no solo de Derecho privado) sustantivos y judiciales (salvo en su cúspide, ahora en la *Supreme Court of the United Kingdom*) enteramente independientes y separados desde los inicios (1707 en relación con Escocia y 1800 con Irlanda, ahora solo Irlanda del Norte). No hay aquí nada similar o asimilable a un Derecho privado común “del Reino Unido” que tenga carácter supletorio, superior o federal. Por otro lado, no cabe olvidar que casi el 90% de los británicos están sujetos al Derecho inglés, un 8% al escocés y menos de un 3% al norirlandés. Esto es, la situación de plurilegislación en Derecho privado es enormemente asimétrica y su incidencia es, probablemente, de segundo o tercer orden para el mercado británico.

Los Estados Unidos de América también son, notoriamente, un estado plurilegislativo en materia de Derecho privado⁵ (y penal y procesal). De nuevo, aquí nos encontramos con sistemas jurídicos sustantivos y sistemas de justicia enteramente separados e independientes. Por descontado, todos ellos están sujetos a la Constitución Federal estadounidense, tal y como la interpretan los Tribunales Federales⁶. Además, el Derecho Federal, dentro de las competencias de la Unión, puede desplazar (pero no suplementar) al Derecho de los Estados. La aproximación entre los Derechos privados de los Estados –innegable, pues algunos de ellos, como los del sudoeste y la Luisiana, no son originariamente de matriz del *Common Law*, sino española o francesa- se ha producido por convergencia espontánea, adopción concertada de instrumentos comunes o

⁴ Véase, Pablo Salvador, “En defensa de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP)”, accesible en <http://almacenederecho.org/defensa-la-asociacion-transatlantica-comercio-e-inversion-ttip/>

⁵ Si bien algunas materias propias del Derecho privado son competencia federal. Así ocurre con el derecho de autor y de patente, el derecho concursal y el marítimo.

⁶ Por ejemplo, hace un año, en *Obergefell v. Hodges*, [576 U.S. (2015)] la *US Supreme Court* declaró que eran inconstitucionales las normas de los ordenamientos de los Estados que no permitieran el matrimonio a las personas del mismo sexo.

unificados (como el *Uniform Commercial Code*) o influencia de iniciativas armonizadoras privadas (como los *Restatements* del *American Law Institute*).

Conviene también recordar que en USA (y en UK) la pluralidad normativa es de aplicación señaladamente más simple que entre nosotros, pues los distintos Derechos privados son estrictamente territoriales y no, como en España, una compleja combinación de conexión personal (vecindad civil) y territorial.

En Iberoamérica hay estados federales (Méjico) con pluralidad legislativa civil, pero hay más (Argentina, Brasil) con Derecho privado unificado.

Que sepamos no parece haber propuestas teóricas que propugnen las bondades de un incremento de la pluralidad legislativa de Derecho privado⁷, probablemente por razones que tienen que ver con los factores que se detallan a continuación. Evidentemente, lo anterior no quiere decir que la pluralidad, allí donde existe, deba eliminarse o reducirse, ni mucho menos.

Lo cierto es que ni la unidad ni la pluralidad son buenas o malas, deseables o indeseables por sí mismas. La unidad no es necesariamente benéfica, como algunos entienden o sobreentienden, y la pluralidad legislativa no es una riqueza valiosa en sí misma, como creen o mantienen otros. Unidad y pluralidad –con todos los estadios intermedios que la segunda permite– son alternativas cuyos efectos benéficos o perniciosos no resultan de propiedades metafísicas o a priori, sino que dependen de las consecuencias que previsiblemente tendrán, en función de una conjunción de factores y variables. Fundamentalmente, los costes generados por la disparidad y las diferencias en las preferencias sociales sobre el contenido de una regla o solución jurídica⁸. Cuando hablamos de costes nos estamos refiriendo a los costes de transacción, pero también a los que proceden de no poder realizarse economías de escala en la provisión de bienes y servicios, incluidos servicios públicos jurídicos⁹, o externalidades positivas de red¹⁰.

⁷ Aunque tampoco parecen detectarse, que sepamos, debates acerca de una reducción de la disparidad en países plurilegislativos en Derecho privado, más allá de la construcción de instrumentos armonizadores de carácter “regional” (continental o sub-continental) o global.

⁸ No consideramos aquí las metapreferencias (por ejemplo, A no tiene preferencias sobre el contenido de una regla, pero sí las tiene sobre tener, en su caso, una preferencia distinta o igual a la que tenga B). No porque las metapreferencias no sean, en teoría, imaginables, sino porque con ellas se podría explicar cualquier cosa (y su contraria). No permitiría, por tanto, alcanzar resultados e implicaciones contrastables.

⁹ Piénsese por ejemplo en disparidad normativa que impide registros (de propiedad, civiles) unificados que pueden ofrecer información más exacta y completa para las interacciones privadas.

¹⁰ La disparidad, al reducir el “tamaño” (la red) de un sistema dado de Derecho privado reduce el valor del mismo, pues los productos complementarios a aquel pierden eficiencia. Sobre estas y similares cuestiones véanse, Michael Klausner, "Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts", 81 *Virginia Law Review* (1995), p. 757; Marcel Kahan y Michael Klausner, "Standardization and Innovation in Corporate Contracting (Or, "The Economics of Boilerplate")", 83 *Virginia Law Review* (1997), p. 713; Mitu Gulati y Robert Scott, *The 3 and 1/2 Minute Transaction: Boilerplate and the Limits of Contract Design*, Chicago, University of Chicago Press (2013), p. 34; Andreas Engert, "Networks and Lemons in the Market for Contract Law" in Horst Eidenmüller (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, Oxford, Hart Publishing (2013), p. 304.

La pluralidad y disparidad legislativas (en un país, un continente o el planeta) producen costes (que llamaremos, por simplificar, de transacción) para las relaciones y las interacciones entre sujetos y organizaciones localizadas en territorios sujetos a reglas distintas. Evidentemente, esos costes de transacción no son idénticos para todos los sectores del Derecho privado o para todas las circunstancias.

La unidad legislativa, por su parte, produce que el contenido (único, por hipótesis) de las reglas de Derecho privado esté más alejado de las preferencias de las distintas poblaciones sujetas a la regla, si dichas poblaciones son –o pueden ser– heterogéneas en cuanto a sus deseos y preferencias sobre la sustancia de las reglas. De nuevo aquí la heterogeneidad de preferencias de los ciudadanos no es igualmente relevante y apreciable para todos los sectores del Derecho privado o para todas las circunstancias.

Sin duda, algunos podrán argüir que los costes de transacción derivados de la pluralidad normativa se pueden eliminar (o paliar, en la versión débil del argumento) por obra de las reglas de Derecho internacional privado o de Derecho interregional, que permiten determinar cuál de entre los conjuntos de reglas potencialmente aplicables lo será finalmente. Otros podrán sostener acaso que la heterogeneidad de preferencias no es tan trascendente en Derecho privado, donde las reglas son fundamentalmente dispositivas y, por tanto, desplazables por las que se ajustan mejor a las preferencias de los interesados en la transacción o interacción. Ambos factores tal vez sirvan para reducir el impacto de los factores aludidos (costes de transacción, costes de apartamiento de las preferencias sociales) pero no eliminarlos. De hecho, probablemente su efecto reductor es muy limitado en la práctica o, al menos, no hay evidencia de que sus efectos sea hayan demostrado apreciables.

¿Qué podemos deducir de estas sencillas consideraciones económicas? Pues que la unidad legislativa en Derecho privado es particularmente beneficiosa en aquellos sectores y circunstancias que afectan muy directamente a las relaciones y transacciones entre sujetos que están, o pueden estarlo al menos, en distintos territorios que comercian entre sí, y cuando las preferencias sociales¹¹ sobre el contenido de las reglas no son intensas o son relativamente homogéneas. Al contrario, la unidad es menos beneficiosa (y la pluralidad más atractiva) en aquellos ámbitos y circunstancias que apenas afectan a las relaciones interterritoriales y cuando las preferencias sociales relativas al contenido de las reglas jurídicas son marcadas y heterogéneas entre las poblaciones de los distintos territorios.

Así, en materias contractuales, de garantías para la contratación, o de requisitos y valor jurídico de documentos, actos y registros, la unidad legislativa parece atractiva para un espacio que constituye un mercado único. Aquí los costes de transacción de la disparidad normativa son

¹¹ Deben distinguirse con cuidado las preferencias de la población y las posiciones de grupos de interés afectados por las reglas jurídicas, así como las voluntades de los representantes políticos. Pensar que son idénticas supone una visión muy poco realista de la democracia representativa. En todo caso, aun aceptando que bajo ciertas condiciones podamos equiparar preferencias sociales con expresión de voluntad de los responsables políticos, el núcleo del análisis sigue en pie.

potencialmente altos, y las preferencias sociales sobre contenidos son más bien débiles o inexistentes (¿se puede pensar razonablemente que los ciudadanos tienen intensas preferencias formadas sobre el régimen de la prenda de créditos, la extinción del mandato o la forma y requisitos de un documento para acceder a un registro?) De hecho, la pluralidad legislativa en esta materia llevaría, potencialmente, en caso de que todas las C.C. A. A. tuvieran y hubieran ejercitado competencias legislativas en esos sectores, a que un banco que contempla prestar dinero a una empresa con la garantía de los créditos que esta tiene frente a consumidores situados en todo el país tuviera que considerar y, eventualmente, hacer coherentes 17 regímenes distintos de prenda de créditos y 17 regímenes distintos sobre efectos de la formalización de tales contratos. Es difícil imaginar que el sacrificio de las preferencias de los ciudadanos –caso de existir- en materia de prenda de créditos o eficacia documental sea más relevante que los costes de transacción que la fragmentación generaría.

Por otro lado, hay materias en las cuales la incidencia en transacciones interterritoriales es modesta, por varias razones: bien porque el ámbito geográfico de las transacciones es fundamentalmente local, bien porque son transacciones que los sujetos realizan con poca frecuencia y la disparidad legislativa añade relativamente poco a los costes de realizarla. Piénsese por ejemplo en el régimen de las comunidades de propietarios, o de los arrendamientos urbanos¹² como ejemplos de reglas sobre interacciones esencialmente locales. O el matrimonio y el testamento u otros negocios *mortis causa* como muestras de transacciones que, aunque pueden tener y, crecientemente tienen, elementos transterritoriales (personas o bienes de distinto origen o ubicación territorial) se realizan por los agentes de forma muy esporádica y poco habitual, de modo que los costes de transacción marginales atribuibles a la disparidad son probablemente reducidos en relación con los costes totales de la transacción. Por otra parte, en materia de arrendamientos urbanos, o de derechos y deberes de los cónyuges y sus relaciones económicas, o de límites a la libertad de disposición *mortis causa* –que no es, en sustancia, otra cosa que decidir cuánto del patrimonio de los padres ha de ir necesariamente a parar a los hijos tras la muerte de los primeros- es acaso probable que los ciudadanos tengan preferencias razonablemente firmes y que, además, pueden ser diversas territorialmente¹³.

¹² No, evidentemente, el arrendamiento hotelero o el arrendamiento de uso turístico, pero estos no se hallan comprendidos bajo la legislación de arrendamientos urbanos, sino bajo otras reglas contractuales y/o de reglamentación administrativa.

¹³ Que sean distintas o no en España es una cuestión empírica que no tiene respuesta general y no tiene por qué ser uniforme para todas las materias y territorios. Por ejemplo, en materia de alteración pre-nupcial de la regla por defecto de régimen conyugal de comunidad y similares (el régimen supletorio en casi todo el territorio español, y no solo el de Derecho común), no parece haber grandes diferencias entre las distintas C.C. A. A. en cuanto a las preferencias reveladas en el “opt-out” de un régimen de comunidad. Por ejemplo, en la serie histórica reciente, Navarra o Aragón no pactan más separaciones de bienes *ante nuptias* que Extremadura o Andalucía. En concreto, Valencia, antes del cambio de régimen legal supletorio por obra de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano (la anulada por la STC 82/2016) no parecía expresar una preferencia revelada por la separación de bienes distinta a la de, por ejemplo, Murcia, Andalucía o Asturias, por citar algunas. Véase, Rocío Albert y Rogelio Biazzi, “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)”, 398 *Revista de Economía Industrial* (2016), p. 65.

No se nos escapa que las preferencias sociales no son necesariamente exógenas a las reglas jurídicas –también a las normas sociales– vigentes en un cierto territorio. Es decir, que las reglas de Derecho privado, como otras reglas jurídicas, pueden contribuir a conformar las preferencias de los ciudadanos sobre las soluciones que merecen las cuestiones que constituyen el objeto de las reglas. Las reglas jurídicas contribuyen a conformar las preferencias de los individuos¹⁴. Por otro lado, las reglas jurídicas vigentes pueden, merced al sesgo conductual en pro del status quo (*statu quo bias*)¹⁵ llenar los vacíos de preferencia o sesgar la conducta en favor de la que corresponde a las reglas y prácticas vigentes. Estos factores de influencia de las reglas –legales– y prácticas –consuetudinarias en el sentido fuerte o legal de la palabra, o en el más débil de normas sociales– vigentes en un territorio sobre las preferencias entendemos que es la principal razón atendible para atribuir competencias legislativas en Derecho privado a los territorios en que había reglas o prácticas especiales, como hace el art. 149.1.8 CE al limitar la competencia a las C. A. A. en que existía, al aprobarse la CE, un derecho civil foral o especial.

Si estimamos que la diversidad normativa en ciertas materias (nosotros creemos que no en todas ellas, o no por igual, ni mucho menos) está asociada a diversidad de preferencias, puede tener sentido establecer competencias normativas que se basen en esa disparidad legislativa –y de preferencias, por tanto–. Pero el *statu quo*, o la historia no son relevantes de por sí, tan solo por su incidencia sobre las preferencias sociales actuales.

Evidentemente, la disparidad no es solo la que tiene reflejo legislativo –en las extintas Compilaciones Forales, señaladamente– pues lo decisivo es que las reglas y normas distintas se observen en la realidad y, por tanto, se traduzcan en preferencias o en pautas de conducta distintas¹⁶. En este sentido, equiparar el Derecho consuetudinario al legislado, como ha hecho el TC¹⁷, tiene sentido económico. Pero una regla o costumbre que se perdió en el siglo XVI o en el

¹⁴ Véase, Richard H. McAdams, *The Expressive Powers of Law. Theories and Limits*, Cambridge (MA) Harvard University Press (2015), p. 165 y ss. La conformación de preferencias por el Derecho puede ser el resultado del hábito, del impulso de conformidad con las reglas imperantes, de coordinación de conductas con otros miembros de la sociedad, del significado social de la sujeción o vulneración de reglas, etc. Algunos, sin embargo, consideran que la función del Derecho como configuradora de preferencias, en realidad depende de algún otro canal de influencia del Derecho sobre la conducta, sea la disuasión, la legitimidad intrínseca o la coordinación: Richard H. McAdams, *The Expressive Powers of Law. Theories and Limits*, Cambridge (MA) Harvard University Press (2015), p. 167.

¹⁵ Véase, David R. Just, *Introduction to Behavioral Economics*, Wiley (2013), p. 70 y ss.

¹⁶ Que la incidencia de las reglas vigentes se refiera a las preferencias o meramente a las conductas observadas tiene, naturalmente, trascendencia a efectos de los costes de “sacrificar” las preferencias o las pautas de conducta. En este sentido, si no hay efecto sobre preferencias y si solo sobre conducta observada por obra del *statu quo bias*, ese sacrificio será probablemente muy pequeño –solo el directo de cambiar, esencialmente–, pues no hay preferencia alguna sobre contenidos, sino simplemente ocurre que la conducta se adapta a la regla vigente, sea cual sea el contenido de esta.

¹⁷ STC 121/1992: “[el]l amplio enunciado de esta última salvedad (‘derechos civiles forales o especiales’) permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución» y que «tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier

XVIII no es buena base para determinar hoy la oportunidad de disparidad legislativa en materia civil o de Derecho privado, más en general.

No es el pedigrí histórico, o las reglas que existieron tiempo atrás lo que debe presidir la ordenación de la unidad o la pluralidad legislativa de Derecho privado en España (o en otros lugares, por cierto). Como dice el juez Posner¹⁸, “*The notion that the twenty-first century can be ruled by documents authored in the eighteenth and mid-nineteenth centuries (no digamos ya en la Edad Media o Moderna, añadiríamos nosotros) is nonsense*”. Evidentemente, tampoco pueden servir para ello ni los supuestos principios informadores de un Derecho privado territorial ni la supuesta tradición jurídica de un territorio. Lo decisivo no son los *Usatges*, o los *Furs*, o el Fuero de Soria, ni los principios que subyacen, si es que los hay y son discernibles, a esos textos. Son, como apuntábamos antes, los costes de la disparidad en un mercado único y las preferencias actuales (posiblemente mediatizadas por las reglas y prácticas vigentes) de los ciudadanos de los distintos territorios que se relacionan en ese espacio de mercado.

La situación normativa española en materia de Derecho privado es, qué duda cabe, producto de la historia. Entender esta es imprescindible para comprender las razones y factores que han configurado la realidad existente. Pero la historia no puede -no debe- decidir el futuro. El Derecho privado no es algo que interesa solo a los juristas que se dedican, desde sus diversas profesiones, al mismo. Es un factor de primera relevancia para el funcionamiento económico y el progreso. Articularlo de forma deseable en un estado descentralizado pero sin barreras interiores a las transacciones y las interacciones privadas es pieza clave en su engranaje institucional. Por eso, la interpretación del art. 149.1.8¹⁹ CE y, en su caso, la (para nosotros, deseable) reforma futura del diseño constitucional debiera tomar en serio los argumentos económicos y racionales y prestar menos atención a los atavismos históricos.

Fernando Gómez Pomar
Juan José Ganuza

instituto civil de modo especial respecto al Derecho común”. La STC 82/2016 reitera este criterio de interpretación del art. 149.1.8 CE.

¹⁸ Richard Posner, “Eighteen Years On: A Re-Review”, 125 (2) *Yale Law Journal* (2015), p. 541.

¹⁹ No pretendemos, ni mucho menos, elaborar una teoría completa de la distribución constitucional de competencias, ni siquiera en Derecho privado. Puede haber otros títulos competenciales, que tienen su propia problemática, que inciden sobre sus normas, como el del art. 149.1.1º CE, relativo a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales.