PENÍNSULA ATALAYA



Sansón Carrasco

Contra el capitalismo clientelar

O por qué es más eficiente un mercado en el que se respeten las reglas de juego

Índice

Portada
Sinopsis
¿Quién es Sansón Carrasco?
Prólogo. Follow the money
1. ¿Capitalismo clientelar? No, gracias
2. Así funciona el capitalismo clientelar
3. Objetivo: el regulador
4. Déjame que me autorregule
5. Por qué los controladores controlan poco
6. La justicia, bajo el volcán
7. Girando puertas para capturar a la Administración
8. Periodismo y clientelismo
9. La gran empresa puede elegir y usted, no
10. Conciencia social: del problema a la solución
11. Lobby story
12. La economía colaborativa ha llegado para quedarse
13. La madre de todas las batallas: el papel de las entidades financieras
Epílogo
Notas
Créditos

Gracias por adquirir este eBook

Visita **Planetadelibros.com** y descubre una
nueva forma de disfrutar de la lectura

¡Regístrate y accede a contenidos exclusivos!

Primeros capítulos
Fragmentos de próximas publicaciones
Clubs de lectura con los autores
Concursos, sorteos y promociones
Participa en presentaciones de libros

PlanetadeLibros

Comparte tu opinión en la ficha del libro
y en nuestras redes sociales:

Explora **Descubre** **Comparte**

SINOPSIS

Este es un libro que viene a cubrir un vacío existente en la bibliografía española sobre un fenómeno que adquiere, en esa zona fronteriza entre la política, el derecho y la economía, una especial relevancia a la luz del deterioro institucional. Muestra las disfunciones del Estado de derecho, pero no a través de sus instituciones, sino del funcionamiento de la economía. Así, a través de las distintas propuestas y análisis, se analiza el capitalismo clientelar, los instrumentos que lo integran —la regulación en la que se enmarca, los órganos gubernamentales y empresariales que lo acompañan, las corruptelas que se le asocian—, y las posibles soluciones que implicaría un cambio de paradigma.

Cómo funciona el mercado o cómo se gobiernan las empresas es algo que nos concierne a todos. De alguna forma, el capitalismo clientelar es la espina dorsal de un Estado clientelar cuya manifestación externa más evidente es un Estado de derecho débil y unas instituciones capturadas por los intereses de unos pocos.

¿QUIÉN ES SANSÓN CARRASCO?

El bachiller Sansón Carrasco es el amigo de Don Quijote que se disfraza de caballero andante para llevarlo de vuelta a casa, vencido con sus propias armas. Y fue también el nombre colectivo que usamos una abogada del Estado, Elisa de la Nuez, y cuatro notarios, Rodrigo Tena, Ignacio Gomá, Fernando Gomá y Fernando Rodríguez Prieto, editores desde 2010 del blog *Hay Derecho*, para publicar nuestro primer libro, llamado de la misma manera pero con interrogaciones: *¿Hay derecho?*, que era también el nombre original del blog. Nombre adecuado porque se trataba, emulando al bachiller, de devolver el Estado de derecho a su sitio usando sus propias armas.

Hoy *Hay Derecho* ha crecido, ha dejado las interrogaciones y se ha convertido en fundación. El nombre colectivo de Sansón Carrasco alberga ahora a dos nuevos editores del blog, también patronos (como los autores del primer libro) de la Fundación Hay Derecho: Matilde Cuena Casas, catedrática acreditada de Derecho Civil, y Segismundo Álvarez Royo-Villanova, notario. De igual manera ha crecido la sección Hay Derecho Joven, así como, por supuesto, nuestro inestimable número de colaboradores.

Por último, queremos incluir, destacar y agradecer especialmente la ayuda con la que hemos contado para realizar este trabajo de los integrantes de Hay Derecho Joven: Ignacio Gomá Garcés, Pablo Ojeda Baños, Matías González Corona y Álvaro del Caño Durán, jóvenes abogados que han contribuido a revisar todos los capítulos del libro y han redactado el que está dedicado a la economía colaborativa. El futuro es de ellos.

PRÓLOGO

FOLLOW THE MONEY

Quizás se pregunten ustedes qué hace el bachiller Sansón Carrasco hablando de capitalismo clientelar, un terreno teóricamente reservado a los economistas. La razón principal es muy simple y es cuestión de perspectiva. Nosotros no vamos a analizar desde un punto de vista cuantitativo o cualitativo las concretas ineficiencias que este tipo de capitalismo supone en cuanto a la productividad, el modelo de crecimiento económico o la innovación; a nosotros lo que nos interesa son las debilidades institucionales que permiten o incluso motivan que esas ineficiencias se produzcan. Por esa razón, más que estudiar sus efectos perniciosos —aunque alguna referencia haremos en el capítulo primero—, nuestro propósito es analizar cuáles son los instrumentos de los que se sirve. Queremos identificar los instrumentos jurídicos públicos y privados que se utilizan para construir el capitalismo clientelar en España y por qué nuestras instituciones son incapaces de frenarlo.

Por otra parte, estamos convencidos de que el capitalismo clientelar es el reverso íntimo de la democracia de baja calidad. En efecto, en nuestro libro anterior (*¿Hay derecho?: La quiebra del Estado de derecho y de las instituciones en España*) nos interesamos por fenómenos tales como la mala regulación, la politización de las instituciones, la connivencia entre poderes públicos y privados, la falta de separación de poderes, el incumplimiento de las leyes, etc., destacando principalmente sus nefastos efectos para nuestra convivencia democrática y la calidad de nuestras instituciones. Ahora queremos poner el foco con un poco más de detalle en los aspectos

económicos de esta misma historia y en las consecuencias de ese deterioro en nuestros bolsillos de contribuyentes y consumidores. Estos aspectos económicos y los poderosísimos intereses creados explican también por qué muchas deficiencias institucionales son tan resistentes a la reforma. De algún modo, el capitalismo clientelar es la espina dorsal de un Estado clientelar, cuya manifestación externa más evidente es un Estado de derecho débil y unas instituciones capturadas por los intereses de unos pocos.

«Follow the money» (sigue el dinero), instaba Garganta Profunda al periodista del *Post* en la famosa película *Todos los hombres del presidente*. Y es que, cuando sigues la pista del dinero, el panorama se aclara bastante. Se ponen de manifiesto dónde están las verdaderas resistencias (y fortalezas) de nuestro sistema político y económico, no las aparentes o retóricas, y cuáles son los problemas que hay que abordar para regenerarlo. Después de leer el libro, algunos parecerán muy evidentes; sin embargo, a nosotros nos ha costado mucho trabajo identificarlos.

Como el anterior, este no es solo un libro para economistas o juristas. Cómo funciona el mercado o cómo se gobiernan las empresas no es algo que nos interese únicamente a los especialistas o a los profesionales, ejecutivos, empleados, clientes y propietarios de estas empresas: nos interesa a todos, porque a todos nos afecta como contribuyentes, como consumidores y, sobre todo, como ciudadanos. Que sean las empresas más eficientes y no las mejor relacionadas las que triunfen en el mercado nos interesa mucho, no solo por razones económicas, sino también políticas y sociales. Para enterarnos no necesitamos dominar los aspectos técnicos de la economía, la política o el derecho. Para hacernos una idea de cómo funciona nuestra economía de mercado y ejercer lo que Ha-Joon Chang denomina una «ciudadanía económica activa», basta con saber cómo funcionan las cosas y qué intereses están en juego. Este libro es nuestra pequeña contribución para tratar de dar respuesta a estas dos cuestiones.

Tras seis años de andadura del blog *Hay Derecho* y más de 2.500 entradas publicadas, no puede extrañar a nadie que hayamos aprovechado para este libro gran parte de ese trabajo, así como varios artículos científicos y de opinión firmados por los editores que se esconden bajo el pseudónimo del esforzado bachiller. En cualquier caso, por su enfoque, sistemática y redacción, se trata de una obra totalmente nueva que —esperamos— llenará el vacío existente en la literatura española sobre un fenómeno que adquiere, en esa zona fronteriza entre la política, el derecho y la economía, una especial relevancia a la luz del deterioro institucional, que es el foco que ilumina siempre la escena.

1

¿CAPITALISMO CLIENTELAR? NO, GRACIAS

HACIA UN CAPITALISMO REGULADO PERO NO CAPTURADO

¿Qué le parecería a usted que el presidente de su comunidad de propietarios contratara como fontanero a su hermano, bastante chapuzas, quitando al de toda la vida, muy competente? ¿O que se nombrara vicepresidenta de la empresa donde usted trabaja a una compañera bastante trepa, que tiene «muy buenas relaciones» con el presidente, cuando usted tiene más antigüedad y experiencia? Estas preguntas nos las hacíamos en uno de los capítulos de nuestro libro anterior y son el punto de arranque del presente.

Y la respuesta es obvia: le parecería mal, porque se trata de una injusticia. Es más, cuando no recompensar la competencia y el mérito se convierte en una conducta reiterada y generalizada, se produce una perversión del sistema que generará más injusticia e ineficiencia en el futuro. Ello es obvio, también... ¿o no?

Quizá convenga comenzar con algunas «obviedades» para situarnos. Lo cierto es que, durante muchísimos siglos, ni el sistema económico ni el político se han basado en el mérito y la eficiencia, sino en las relaciones de confianza, familiares y de lealtad. En Roma, el cliente era un hombre libre que se ponía bajo el patrocinio de otro hombre libre (el patrón), este último de un rango socioeconómico superior y que lo protegía económicamente a cambio de su sumisión y servicios, especialmente de tipo político. Era un sistema que permitía superar las relaciones derivadas del simple parentesco, pero

que no llegaba a basar la confianza en el mérito y la capacidad, sino en la lealtad personal. Con diversas caras, ha permanecido siempre: el feudalismo, el caciquismo decimonónico o un subproducto como las actuales mafias son manifestaciones de esa forma de funcionar.

Lo que ocurre es que en los países democráticos avanzados se supone que los ciudadanos no están sujetos a esas relaciones de servidumbre basadas en la lealtad y la cercanía, pues son libres y participan en un proceso político moderno en el que priman los principios de capacidad y mérito (impersonales) sobre los lazos de parentesco o el clan (personales). En estas democracias, la economía se rige por el sistema capitalista de mercado —incluso hay estudiosos que consideran que la libertad de empresa es uno de los factores clave que propician la democracia—, lo que tiene bastante sentido: el capitalismo se basa en la competencia en libertad entre los distintos agentes de la economía, que se esforzarán trabajando mejor y más barato que sus competidores para obtener, con ello, el favor de los consumidores y los consiguientes beneficios.

Parece, al menos sobre el papel, un buen sistema de asignación de recursos económicos, porque beneficia al consumidor y, a la vez, al productor o intermediario más eficiente, lo que redunda en un progresivo desarrollo económico en forma de una especie de círculo virtuoso: más innovación y más riqueza. Dicho de otra forma, el pastel crece cada vez más.

Ahora bien, a nadie se le escapa que el capitalismo, en la realidad, no suele funcionar así: hay fallos de mercado y se producen injusticias por muy diversos motivos. A veces se trata de problemas derivados del abuso de posiciones de dominio en el mercado por parte de determinadas empresas, o de asimetrías en la información, porque no todos los competidores ni consumidores tienen acceso a la misma cantidad y calidad de fuentes de información. Lo que ocurre entonces es, sencillamente, que el más fuerte consigue dominar el mercado expulsando a los más débiles y generando situaciones de oligopolio o monopolio, con las correspondientes ineficiencias, elevación de precios y coste para los

consumidores. Este es el caso del sector petrolero en España, por ejemplo, en el que existe una situación oligopólica a favor de tres grandes compañías, que controlan el 80 por ciento de la cuota de mercado español.

Otras veces, las empresas generan perjuicios (o externalidades, en el lenguaje de los economistas) que se producen en muy diversos ámbitos y que se consideran inaceptables conforme a los valores existentes en un momento determinado en una sociedad. Hoy, por ejemplo, hay mucha mayor sensibilidad social con respecto a la producción de bienes y servicios basados en el trabajo infantil, o mayor concienciación en relación con las industrias que contaminan o dañan el medio ambiente, si bien es evidente que estos niveles de sensibilidad y concienciación suelen ser mucho mayores en democracias avanzadas que en países emergentes.

Todo el mundo recuerda el derrumbe de un edificio de talleres de confección textil propiedad de varias empresas occidentales (entre ellas, Primark), sucedido en 2013 en Bangladesh y en el que murieron más de trescientas personas; o el incendio de una fábrica de suministro de la empresa Inditex, también en el mismo año y en dicho lugar, que provocó el fallecimiento de ocho personas (dos de ellas, menores de edad). Esto generó un intenso debate acerca de las condiciones laborales en general y de las condiciones de seguridad en las que trabajan muchas personas en el Tercer Mundo en particular.

Por esa razón, hoy prácticamente nadie cree en la posibilidad de un mercado absolutamente libre de regulaciones. El mercado no es un hecho natural y espontáneo que se mantenga por sí solo; a estas alturas, sabemos que necesita de la regulación y de las instituciones. Dicho de otro modo: el sistema económico capitalista funciona razonablemente si está soportado por un adecuado entramado institucional, que permita tener la seguridad de que el esfuerzo y la eficiencia serán recompensados y que se corregirán los fallos del mercado, estableciendo normas que favorezcan la competencia e impidan las injusticias y los perjuicios al interés general.

A su vez, sin embargo, la existencia de este entramado institucional genera un riesgo cuyo análisis es precisamente el objeto de nuestro libro. Efectivamente, puede ocurrir que la regulación y la supervisión del Estado, que tratan de corregir esos fallos de mercado y esas injusticias y abusos, se conviertan en un nuevo elemento distorsionador de la economía al producir, como las medicinas (por defecto o por exceso), graves efectos secundarios. Y una de las principales distorsiones se origina cuando los actores del capitalismo prosperan no por hacer las cosas mejor que la competencia, sino por «capturar» ese entramado institucional. Es decir, por tener el favor de los que aprueban las normas o dirigen las instituciones. Entonces podremos hablar de capitalismo clientelar.

QUÉ ES EL CAPITALISMO CLIENTELAR

Es casi tan difícil definir con precisión el llamado capitalismo clientelar como combatirlo. Y, probablemente, las dos cosas estén muy relacionadas. Sin realizar un ejercicio de rigor para acotar el concepto, las habituales referencias a este fenómeno —también denominado en España capitalismo de amiguetes, de compadreo o de palco del Bernabéu— no pasan de ser invocaciones genéricas con poca efectividad desde el punto de vista práctico.

El término «*crony capitalism*», concepto anglosajón en el que se inspiran nuestras denominaciones patrias, deriva de *cronyism*, que hace referencia a la práctica de determinadas personas poderosas (normalmente, políticos) de asignar puestos de trabajo o realizar favores en beneficio de los amigos, con independencia de sus cualificaciones profesionales. Por extensión, aplicado a la empresa capitalista, *crony capitalism* haría referencia a los favores que esos mismos políticos realizarían en beneficio de determinadas empresas «amigas», lo que las colocaría en una posición de ventaja

competitiva injustificada permitiéndoles extraer rentas por motivos distintos de los propiamente económicos y en detrimento de consumidores y competidores.

Este concepto clásico gira en torno a la idea de regulación —que sería el instrumento típico utilizado por los políticos para realizar esos favores—, y por eso no es de extrañar que los análisis más conocidos sobre *crony capitalism* se centren, principalmente, en aquellos sectores económicos tradicionalmente más sujetos al control del Estado, es decir, más regulados (materias primas, energía, telecomunicaciones, bancos, defensa, construcción, etc.). Sin duda, en estos sectores el riesgo de adulteración del mercado siempre es mayor, pero nuestro planteamiento es más amplio. Nosotros pensamos que el capitalismo clientelar no vive solo de la captura de la regulación, sino que se alimenta de todo un conjunto de debilidades institucionales. Estas debilidades facilitan que ese mismo efecto de extracción de rentas económicamente injustificadas se produzca casi en todos los sectores de la economía, y no únicamente en los más regulados; aunque, lógicamente, cuanto más intervenida y dependiente del sector público sea una economía (y la nuestra lo es, y mucho), más fértil será el caldo de cultivo para el desarrollo del capitalismo clientelar.

Por poner algunos ejemplos, si el sistema institucional falla, sectores tan aparentemente anodinos como el cosmético o el de los pañales pueden convertirse en un caso más de trucaje en perjuicio de los ciudadanos. En junio de 2016, se supo que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) había multado con casi 129 millones de euros a varios fabricantes de pañales para adultos por haber llegado a acuerdos entre ellos para incrementar, desde 1996, los precios de los pañales utilizados por este colectivo (normalmente, personas mayores o enfermas), que son financiados en parte por la Seguridad Social, es decir, con dinero de los contribuyentes. Todo muy ético, como ven.

Del mismo modo, si los tribunales de justicia son incapaces de frenar con rapidez y eficacia ciertos abusos a los consumidores por falta de medios, de instrumentos jurídicos adecuados o por alguna otra razón, cualquier sector empresarial sentirá la tentación de hacer trampas, porque sabrá que la respuesta de la justicia tardará en llegar (si es que lo hace).

Por último, si nuestro sistema de gobierno corporativo no genera la responsabilidad y rendición de cuentas de los gestores frente a sus accionistas, sus consumidores y frente a la sociedad en general, las correspondientes externalidades negativas se extenderán a todos los rincones de nuestra actividad productiva. Es de conocimiento público el ejemplo de Abengoa: pese a encontrarse la empresa en una situación económica desesperada, los propios consejeros se repartieron, durante 2015, retribuciones por valor de más de 32 millones de euros, casi el doble que el año anterior. Su presidente, Felipe Benjumea, percibió nada menos que 15,67 millones, correspondientes a su sueldo y a la indemnización por su precipitada salida. Por cierto que el exministro Josep Borrell se encontraba en su consejo de administración. También pueden mencionarse los casi 19 millones de euros que cobraron por sus prejubilaciones cinco directivos del banco Novagalicia (que tienen el dudoso privilegio de ser los primeros encarcelados por la Audiencia Nacional), meses antes de que la entidad fuera intervenida por el Estado. Y hay muchos más casos similares.

En este libro hemos elegido la denominación de capitalismo clientelar para referirnos a esta actividad disfuncional de nuestro sistema de economía de mercado. Porque es el fenómeno clientelista (según la RAE, amparo con que los poderosos patrocinan a los que se acogen a ellos) el que subyace a esta particular forma de funcionar del capitalismo español, con numerosas y honrosas excepciones, por supuesto. A veces, la relación clientelar se produce entre los políticos que actúan como patrones y las empresas que actúan como clientes, pero también puede ocurrir a la inversa,

cuando los patrones son las grandes empresas y los políticos son sus clientes. Además, las relaciones clientelares a menudo se reproducen dentro de cada uno de estos grupos.

Esto es lo que pasa cuando las cúpulas de los partidos colocan a sus leales en determinados puestos clave en el ámbito de la competencia, como son los organismos reguladores —por ejemplo, la CNMC o la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)—, aun sabiendo que son puestos para los que no son idóneos, por carecer de la experiencia, la formación y la independencia necesarias. De la misma forma, los presidentes de los consejos de administración de grandes empresas patrias colocan a sus leales en puestos claves del gobierno corporativo, con la finalidad de blindarse adecuadamente (como ha ocurrido en Telefónica o en el Banco Santander) frente a cualquier crítica a su gestión. En todos estos casos, de una manera directa o indirecta, nuestro bolsillo y, lo que es peor, nuestra sociedad y nuestras instituciones se resienten, como intentaremos explicar a lo largo de estas páginas.

Lamentablemente, existen casos paradigmáticos que definen perfectamente esta relación de clientela, de los que tendremos ocasión de hablar por extenso. Así sucede con las compañías energéticas y el impresionante número de cargos políticos que se reenganchan en sus consejos de administración, mientras que la energía eléctrica se encarece más y más para el consumidor español.

Pero lo que todos estos fenómenos tienen en común es que la relación entre directivo y subordinado o entre político y alto cargo nunca está presidida por el mérito, la idoneidad, la competencia ni la satisfacción de los intereses correspondientes (sean los públicos o los de la empresa), sino más bien por todo lo contrario. En definitiva, se trata de la clásica relación entre patrón y cliente. Y, sin embargo, no es eso lo que exigen nuestras normas, ya se trate de organismos reguladores o de empresas del IBEX 35. Todas estas normas están —sobre el papel— diseñadas para garantizar que los políticos, los gestores públicos, los directivos de las empresas, etc., actúen en

beneficio de los intereses generales, o de los intereses de sus accionistas y clientes, a los que deben rendir cuentas de su gestión. Resumiendo: para servir a los fines de la institución o de la empresa.

¿Qué ocurre, entonces? Lo que sucede, sencillamente, es que todo clientelismo se nutre de la debilidad institucional y de su incapacidad de desprenderse de los mimbres de un Estado primitivo, construido sobre las lealtades personales y directas, para avanzar hacia un Estado moderno, construido sobre el principio de lealtad institucional, en el que las relaciones son objetivas e impersonales. Las instituciones modernas, ya sean públicas (Poder Legislativo, organismos reguladores, administraciones públicas, tribunales de justicia) o privadas (gobierno corporativo, empresas que realizan labores de auditoría o control), han sido creadas con la finalidad de generar los adecuados controles, contrapesos e incentivos para garantizar el servicio a los intereses públicos (en el primer caso) o a los intereses privados de los accionistas y consumidores (en el segundo).

Se trata de evitar, en uno y otro caso, que los gestores tengan «agendas» sobre cuya base construyan sus propias clientelas, porque, si eso pasa, inevitablemente tenderán a dar prioridad a los intereses personales de sus patronos frente a los de los ciudadanos, los accionistas o los clientes.

Así pues, un directivo de una gran empresa tendrá mucha menor cautela a la hora de adoptar ciertas decisiones si sus consecuencias no las sufre él, por lo menos en lo que al bolsillo se refiere. Durante la crisis, han proliferado este tipo de comportamientos, por supuesto en el sector financiero, pero también en otros ámbitos empresariales. Más allá de los juicios penales que se han iniciado en algunos casos (y que ya veremos en qué acaban), lo cierto es que una serie de directivos y consejeros de empresas que han quebrado, disminuido enormemente su facturación o que incluso han tenido que ser rescatadas con dinero público, no han sufrido ninguna consecuencia directa como resultado de sus malas decisiones, aun cuando estas decisiones podían llegar a ser

delictivas. Es más, muchos directivos han conseguido ponerse a salvo de los ERE o de las bajadas de salarios generalizadas en empresas afectadas por la Gran Recesión.

Recordemos que el conflicto de intereses es el riesgo que acecha cuando una persona gestiona los intereses de otra: es lo que se llama el «problema de la agencia». Los propietarios o principales desean que los agentes trabajen en beneficio suyo; unas veces será su empresa —si uno es accionista de Telefónica— y otras veces será España —si uno es ciudadano español—. Pero siempre habrá la posibilidad de que el agente (político o directivo empresarial) ponga por delante sus objetivos personales en detrimento de los intereses de su principal (el ciudadano español o el accionista de Telefónica), apoyado en las asimetrías informativas y en las relaciones de poder que aparecen en estas situaciones.

Por decirlo de otra forma, hay muchas maneras de que el accionista de Telefónica no se entere de lo que realmente ocurre en la compañía o de cómo la gestionan sus directivos. De cómo siguen subiendo sus sueldos aunque bajen los beneficios de la acción, por ejemplo, o de cómo se sigue contratando a gente con buenas relaciones con la cúpula directiva con sueldos muy altos, a la vez que se realizan ERE para buenos profesionales por encima de cierta edad pero que carecen de contactos. Lo mismo cabe decir de un ciudadano medio en relación con un cargo público. Los agentes sin demasiados escrúpulos pueden aprovecharse de esa situación para mejorar sus condiciones a costa de las de su principal. Construyendo férreas clientelas en torno a su persona, esos directivos o esos políticos pueden conseguir blindarse frente a la posibilidad de que alguien les exija responsabilidades por su mala gestión. Esa especie de guardia de corps moderna estará dispuesta a morir —empresarial o políticamente hablando— antes que permitir que caiga el patrono al que le debe todo. Así ocurría también en la antigua Roma.

El riesgo de que el agente vaya por libre y haga caso omiso de lo que desea su principal será mayor a medida que el primero consiga que la responsabilidad de sus decisiones no recaiga sobre él,

sino que sea soportada por los ciudadanos, sus accionistas o sus trabajadores. Es decir, cuando los gestores, ya sean políticos o directivos de las cajas de ahorros o de empresas del IBEX 35, puedan sustraerse a la rendición de cuentas y sentirse impunes. Es lo que llamamos «riesgo moral», o *moral hazard*, que es el que aparece cuando las consecuencias de nuestras decisiones las van a pagar otros.

Habitualmente, este conflicto de intereses revestirá dos formas: la primera, cuando el político o cargo público anteponga su interés particular al de los ciudadanos, trabajando a favor de personas o empresas con intereses muy concretos, de los que espera obtener una compensación más interesante que la que pueda ofrecerle el Estado por la simple vía de cumplir adecuadamente su función; la segunda, en el caso de que el directivo empresarial anteponga su interés particular al de sus accionistas, trabajadores y clientes, construyendo clientelas internas y externas que le blinden frente a la exigencia de responsabilidades, y que le garanticen una compensación personal superior a la que podría obtener sujeto a la ley de un mercado competitivo y abierto. La consecuencia en ambos casos es favorecer un sistema económico trucado en beneficio de los patrones y sus fieles, es decir, más capitalismo clientelar.

Las reglas del juego y el juego de las reglas

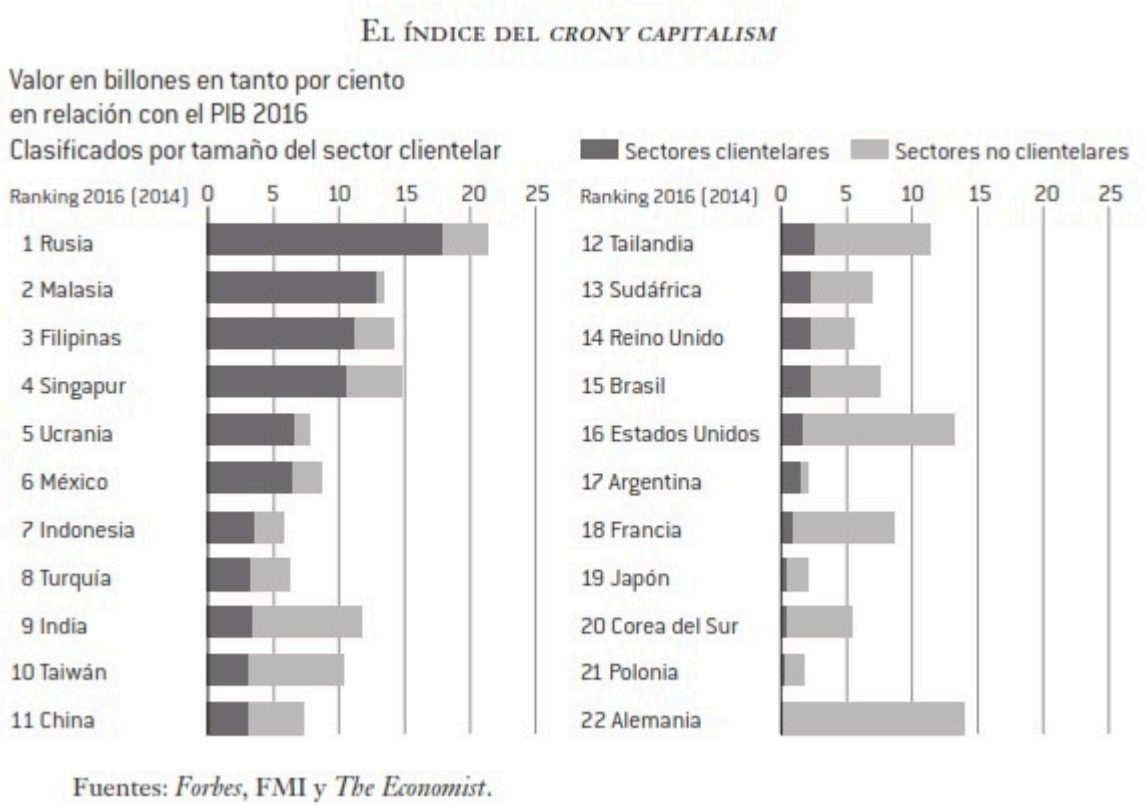
El avisado lector habrá comprobado a estas alturas que nosotros no vamos a mojarnos en un debate ideológico sobre la conveniencia de una mayor o menor regulación del mercado. Ni siquiera nos vamos a inclinar por más o menos Estado a secas. Lo que ocurre, sencillamente, es que el capitalismo clientelar puede convivir con cualquier opción, desde el liberalismo a la socialdemocracia, y es un problema en todas ellas. Un sistema económico muy liberalizado cuyas instituciones de control no eviten los abusos o el surgimiento

de posiciones oligárquicas es el perfecto negativo de un sistema económico muy intervenido, dedicado a premiar a los amigos y castigar a los enemigos.

La única opción ideológica que sí vamos a defender es que un capitalismo no clientelar o menos clientelar —en el que, en consecuencia, se respeten el mérito, la competencia y el servicio a los consumidores y usuarios, y en el que se asuman responsabilidades— siempre es mejor que un capitalismo clientelar o más clientelar. Es cierto que para muchos analistas todo capitalismo tiende al clientelismo y que, para algunos, el sistema es intrínsecamente tramposo. No es nuestra posición, aunque indudablemente todo agente económico prefiere no tener competidores y, a veces, la forma más fácil de conseguirlo es capturando legisladores e instituciones. Pero cualquier persona, por crítica que sea con el sistema capitalista, debe admitir que existen muy distintos grados de clientelismo en los países que tienen sistemas de economía de libre mercado.

La realidad es que ciertas economías capitalistas son mucho más clientelares que otras, tal como demuestran algunos índices internacionales, como el elaborado por la prestigiosa revista *The Economist*, y que las menos clientelares asignan mejor los recursos sociales y económicos en beneficio de todos.

Es más, como destaca la literatura económica, suelen ser los extremos ideológicos los que se echan la culpa mutuamente del crecimiento de esa disfunción llamada «capitalismo de amiguetes». El socialismo considera que el *crony capitalism* es el resultado inevitable del capitalismo puro, porque quien está en el poder, sea en los negocios o en el Gobierno, desea consolidar y fortalecer sus posiciones, y la mejor forma de conseguirlo es creando redes y vínculos entre Gobierno y poder económico. En cambio, el liberalismo considera que el *crony capitalism* surge de la voluntad de los gobiernos intervencionistas de controlar la economía, lo que incentiva la aproximación al Gobierno de turno para alcanzar el éxito.



Fuentes: *Forbes*, FMI y *The Economist*.

Conviene no olvidar que cualquier límite más o menos amplio que se quiera imponer a la actividad económica será establecido a través de normas e instituciones que responderán a unos valores políticos concretos. Pero la cuestión del capitalismo clientelar no está relacionado con si es preferible más socialdemocracia o más liberalismo (o a la inversa), sino que tiene que ver con el funcionamiento de la regulación y de las instituciones que democráticamente se hayan establecido. En definitiva, el capitalismo clientelar tiene que ver con el respeto por las reglas del juego.

Por eso pensamos que merece la pena el esfuerzo de reflexionar sobre la estrategia más adecuada para combatirlo. La conclusión es que, sea cual sea el partido al que usted haya votado en las últimas elecciones, este es un libro que le va a interesar.

¿Y SI EL CAPITALISMO CLIENTELAR NO FUERA TAN MALO?

Los juristas siempre dirán que un capitalismo clientelar no es conveniente porque produce resultados injustos y porque es incompatible con un Estado moderno. Pero los economistas ven las cosas desde otra perspectiva —la de la eficiencia y la de la utilidad —, y quizá sea interesante plantearse las cuestiones también desde ese punto de vista. En definitiva, podemos hacernos una simple pregunta: ¿el capitalismo clientelar funciona?

El capitalismo clientelar es una de las respuestas a un problema político y económico fundamental que cualquier Estado tiene que afrontar. Con el poder de que dispone puede, por ejemplo, proteger los derechos de propiedad, pero ese mismo poder también le permite derogarlos arbitrariamente o gravarlos con desproporcionadas cargas fiscales. Y esta capacidad crea un dilema frente a terceros, puesto que, a menos que el Gobierno sea capaz de limitarse y atarse las manos, los posibles inversores o los posibles acreedores no se arriesgarán a invertir en su país o a proporcionarle crédito. Y, si no invierten, el Estado puede tener un problema para financiar sus necesidades y para impulsar el crecimiento económico.

El camino para encontrar la solución a este dilema es preguntarse cómo puede crearse un compromiso creíble —o un *credible commitment*, según la terminología económica anglosajona —, en el sentido de que un Estado no usará su poder para subir los impuestos hasta apropiarse de toda o casi toda la renta creada por empresas o particulares, o para derogar o diluir injustamente los derechos de propiedad. Y solo con prometerlo no parece suficiente.

La respuesta más avanzada históricamente a esta cuestión está en la limitación política de los poderes del Estado mediante el establecimiento de normas y procedimientos (el «*due process*») que han de respetarse, así como en la salvaguardia de los derechos individuales de los ciudadanos a través de instituciones independientes que pueden imponer vetos o establecer limitaciones en las decisiones del Gobierno. Esto significa que determinados actores políticos individuales no pueden tomar algunas decisiones sin

la aprobación de otros agentes que son autónomos. Como el Gobierno no puede actuar de una manera arbitraria, los inversores se decidirán a invertir y los acreedores, a prestar.

Sin embargo, muchos países no tienen sistemas de gobierno limitados y deben resolver el problema del compromiso creíble de otra manera: aunque precisan ser confiables, no pueden o no quieren crear los mecanismos del gobierno limitado, por lo que es en estos casos donde el capitalismo clientelar puede ser la respuesta. La garantía la proporcionarán, no las instituciones neutrales e independientes, sino los contactos personales al máximo nivel. De hecho, a los defensores del capitalismo clientelar, frente a lo que pudiera parecer, no les faltan argumentos. Pero, en el fondo, todos giran en torno a una misma idea: si no se puede garantizar la seguridad de los agentes económicos relevantes por la vía de la norma impersonal y de las instituciones neutrales, al menos conviene asegurarla por la vía de una red personalizada de intereses comunes. Es decir, invertir en un país poco desarrollado quizá tenga menos riesgo si conoces al presidente o a los ministros de turno.

Hay que reconocer que construir un Estado moderno y sólido, presidido por el equilibrio de poderes y el escrupuloso respeto a los derechos individuales, no es tarea fácil, al menos si se pretende hacer en la práctica y no solo sobre el papel, copiando constituciones y leyes que luego no se cumplirán. Pocos países lo han conseguido, y solo tras coyunturas históricas propicias, que en muchos casos han implicado guerras, revoluciones o graves crisis políticas. Son muchas las resistencias que es necesario vencer, y el riesgo de no tener éxito es muy grande.

En este sentido, el capitalismo clientelar vendría a constituir una especie de *second best* o de plan B que proporcionaría la seguridad mínima necesaria para favorecer el crecimiento económico duradero en esos Estados que no han conseguido transitar a un Estado moderno, como muchos países en vías de desarrollo demuestran día tras día. De esta manera, se garantiza a un conjunto de agentes económicos que sus derechos de propiedad y sus créditos sean

protegidos, y lo cierto es que, para estos titulares de activos, el hecho de que esa protección sea particular o general es irrelevante, porque, mientras sus derechos sean respetados, actuarán como lo harían en otros países con garantías institucionales. Así, se podrá generar crecimiento económico, aunque el poder político en cuanto tal no esté realmente limitado. Incluso, en ocasiones, puede resultar en potentes empresas o campeones nacionales de impacto global.

Por su parte, la seguridad de los agentes económicos deriva de que los políticos y sus redes clientelares compartan las rentas generadas por esos inversores en forma de trabajos, coinversiones o transferencias varias. Cualquier intento del Gobierno de cambiar las políticas económicas tendrá efectos negativos sobre la riqueza y el bienestar de miembros cruciales de la élite política que lo apoya. En definitiva, la connivencia que se produce entre las élites políticas y económicas hace muy difícil romper el implícito contrato entre Gobierno y agentes económicos privilegiados.

Por supuesto que este enfoque no niega que el resultado sea subóptimo —peor que el sistema de un gobierno limitado—, pues genera mala asignación de recursos, captura de rentas, falta de competitividad e innovación, corrupción y debilidad institucional. Además, dado que ese compromiso clientelar será creíble solo mientras un determinado Gobierno esté en el poder, se incentivarán las inversiones a corto plazo, en las que los agentes económicos exigirán una tasa alta de retorno ante la incertidumbre de un posible cambio político. Cualquier empresa española que invierta en países como Argentina —por ejemplo, Repsol— puede dar fe de hasta qué punto eso es así. Pero no cabe duda de que las relaciones clientelares y de lealtad que se generan marcan unas reglas de juego y una disciplina social que evita los peligros extremos de la inseguridad y la arbitrariedad absoluta.

... Pero sí es malo, y por varias razones

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esta «seguridad» es un triste consuelo. El clientelismo es una enfermedad económica degenerativa que manifiesta sus perniciosos efectos con el tiempo. La actividad de captura clientelista de rentas, en vez de crearlas, tiene —como apunta Luis Garicano en su libro *El dilema de España*— dos consecuencias nefastas que las investigaciones recientes revelan: en primer lugar, las rentas tienen retornos crecientes, lo que significa que cuanta más gente se dedica a ellas, mayor es su retorno relativo comparado con las actividades productivas, hasta que la actividad productiva desaparece; en segundo lugar, estas prácticas afectan particularmente a la innovación de la que depende, fundamentalmente, el crecimiento económico. Dicho de otra forma, el capitalismo clientelar basado en la captura de rentas pone en riesgo la actividad productiva y la innovación. En definitiva, pone en riesgo el futuro.[1]

Es más, el clientelismo genera algunas consecuencias que van más allá del simple enriquecimiento injustificado de unos pocos amiguetes en procesos de privatización; y es que, cuando vienen mal dadas, esas mismas relaciones clientelares permiten que el poder, de una manera u otra, socialice las pérdidas distribuyéndolas entre todos los ciudadanos, alegando intereses generales y escudándose en la poca repercusión individual y en la falta de organización de los ciudadanos-consumidores.

No son muy distintos los rescates bancarios, a los que nos referiremos más adelante, o la muy reciente noticia del rescate de las autopistas radiales de la Comunidad de Madrid, que ha glosado brillantemente Carlos Sebastián.[2] Efectivamente, hasta la Ley 40/2015, ha estado vigente el principio de Responsabilidad Patrimonial de la Administración (RPA), que obligaba a la Administración a hacerse cargo de la parte no amortizada de la inversión, a no ser que el fracaso de la misma fuera imputable al concesionario. No obstante, factores tales como un uso de la infraestructura mucho menor del previsto no se consideraban responsabilidad de los concesionarios, por lo que estos terminaban

ganando siempre. Pueden mencionarse, también, casos como el de ACESA, sociedad concesionaria de las autopistas catalanas, que no solo incumplió la concesión y no aceptó sucesivas sentencias judiciales en su contra, sino que fue premiada por un vergonzoso convenio entre el Gobierno central, la Generalitat y la concesionaria, plasmado en el Real Decreto 2346/1998, que liberaba a ACESA de sus incumplimientos y le extendía el periodo de concesión, cuando ya entonces había expirado su plazo y la concesionaria había recuperado toda la inversión. A lo mejor, las puertas giratorias entre Generalitat y concesionaria tenían algo que ver. En fin, paguemos todos juntos el peaje —nunca mejor dicho— del capitalismo clientelar.

Tan importante como el aspecto económico es el puramente político. La manifiesta debilidad institucional y la connivencia entre poder político y élites económicas han generado, en estos tiempos de crisis, una irritación creciente que se ha traducido en el surgimiento de varios movimientos populistas, los cuales —paradójicamente— pueden hacer fracasar la necesaria evolución hacia un Estado más moderno y una economía de mercado más competitiva y abierta. No es de extrañar: asuntos típicos del capitalismo clientelar que hace años no hubieran llamado la atención de casi nadie (ni la llaman hoy en ciertos países en vías de desarrollo) se denuncian, en la actualidad, como graves escándalos que ocupan las portadas de nuestros medios de comunicación.

Por un lado, es una buena noticia, porque demuestra que nuestra sociedad ha dado un salto de madurez y exigencia política que la prepara para el tránsito a un Estado verdaderamente moderno. Pero, por otro lado, revela un grado de indignación que, especialmente en el caso de que esa evolución no se inicie de una vez, puede degenerar en frustración y desconfianza respecto a nuestro sistema político e institucional. En un caldo de cultivo semejante no resultaría extraño que se terminara acudiendo a soluciones de carácter populista que, más que resolver el problema

del capitalismo clientelar, lo agravaría irremisiblemente. Porque, aunque cambiaran los patrones y los clientes, a nosotros, los ciudadanos de a pie, no nos iría mejor.

Pues bien, nosotros pensamos que España es un país que ya no puede permitirse planteamientos de este tipo, ni económica ni políticamente. Desde el punto de vista económico, su estructura productiva, su alto nivel de renta en términos relativos y su dependencia energética y de materias primas determinan que nuestro futuro dependa enormemente de la innovación y del incremento de la productividad, precisamente los aspectos que más obstaculiza el capitalismo clientelar. O solucionamos ya este problema o nuestra posición económica y política en este mundo globalizado empezará a deteriorarse de manera irreversible.

En realidad, eso ya está ocurriendo: si bien la economía española creció a una tasa anual del 3,5 por ciento durante la larga expansión que tuvo lugar entre 1995 y 2007, lo cierto es que este crecimiento no se basó en ganancias de productividad, sino en la pura acumulación de capital y trabajo. De hecho, la productividad agregada descendió a una tasa anual del 0,7 por ciento, mientras la de Europa crecía al 0,4 por ciento. Y estudios como el de García-Santana, Pijoan-Mas, Moral-Benito y Ramos demuestran que ese deterioro de la productividad se produjo no tanto porque el sector de la construcción hubiera crecido demasiado, sino porque los recursos no se asignaron a las empresas más productivas, debido al aumento de ineficiencias y distorsiones en la economía.[3] Y este problema fue especialmente grave en los sectores más propensos al capitalismo clientelar.

En definitiva, es importante constatar que el capitalismo clientelar no es patrimonio exclusivo de algunos países del sudeste asiático, de Iberoamérica o de Rusia, sino que el clientelismo es una enfermedad crónica o una disfunción del sistema capitalista, pero que admite diversos grados. Todos los países con economías de mercado están expuestos a ciertos casos de clientelismo, aunque sea de forma ocasional, a los que es necesario combatir. Y conviene

darse cuenta de que, a veces, la peor situación es la de encontrarse a medio camino, porque entonces los agentes económicos pueden desconocer cuáles son las reglas del juego. ¿Son las del clientelismo puro y duro? ¿Son las de un Estado de derecho con instituciones fuertes? ¿O depende? Quedarse en el medio no es una buena idea: ni se proporciona la seguridad jurídica derivada de la existencia de instituciones fuertes y de reglas que se cumplen, ni tampoco la derivada del clientelismo absoluto. Como ejemplo, podemos mencionar la inseguridad jurídica creada por cierta jurisprudencia —que ha llegado a calificarse de «populista»— en su afán de lograr la justicia material, así como de suplir a un legislador que se percibe como «capturado» por las entidades financieras en materias tales como las cláusulas suelo, los intereses de demora o gastos de la hipoteca. ¿No sería mejor tener un Estado de derecho y un legislador en condiciones? Nosotros pensamos que sí.

SI QUEREMOS EVITARLO, FIJÉMONOS EN LAS INSTITUCIONES

Por supuesto que este problema no es nuevo. Desde hace mucho, un enfoque de la ciencia política, la teoría de la elección racional (o, más concretamente, de la opción pública), trata de utilizar la economía para estudiar problemas típicos de las ciencias políticas, y sostiene la premisa de que el comportamiento de los burócratas y políticos no es diferente al de otros actores económicos, pues lo que buscan es maximizar el presupuesto público, principalmente intentando satisfacer sus propios intereses, solo buscando el bien social como objetivo secundario. Uno de los campos preferidos de esta teoría es el de la «búsqueda de rentas». Según esta tesis, cuando existe una economía de mercado y un Gobierno, es racional que los agentes del Gobierno provean de privilegios a los agentes económicos, porque eso genera monopolios que les permitirán a unos y a otros obtener beneficios por encima del mercado. Así, se asignarán recursos de manera ineficiente desde el punto de vista del

interés común, porque, en lugar de obtener beneficios a través de transacciones económicas y producción de riqueza añadida, el método para obtenerlos será la manipulación o explotación del entorno político o económico, particularmente materializada en la regulación y en la captura de las instituciones. Es un enfoque bastante realista, aunque un poco desesperanzador.

¿Cómo evitarlo? ¿Cómo conseguir que los países progresen de manera más sana? Nosotros, como institucionalistas que somos, estamos convencidos de que para el progreso de los países no son solo relevantes los incentivos económicos, sino que hay otros que también funcionan. De hecho, ya Montesquieu apuntó que, para el desarrollo de los países, son determinantes las instituciones, que configuran las reglas de juego formales o informales, y que son esenciales en la medida en que priman o penalizan unos comportamientos frente a otros y estructuran los incentivos de los intercambios políticos, sociales o económicos.

Afirman Acemoğlu y Robinson en su tan citado libro *Por qué fracasan los países* que las instituciones políticas inclusivas —abiertas, basadas en el mérito y la capacidad— no surgen de la nada, sino que a menudo son el resultado de un conflicto entre las élites que se resisten al crecimiento económico y al cambio político y los agentes y ciudadanos que desean limitar el poder económico y político de las élites existentes. Las instituciones inclusivas aparecen durante las coyunturas críticas. El resultado nunca es seguro, pero una vez instauradas tienden a crear un círculo virtuoso, un proceso de retroalimentación positivo y, en definitiva, un Estado auténticamente moderno.

Pues bien, las buenas noticias son que las instituciones y las reglas de conducta son factores sobre los que sí podemos incidir, y la presente crisis nos ofrece una oportunidad única para mejorarlas. Efectivamente, nos parece que en el momento de escribir estas líneas, tras un año políticamente muy particular, nos encontramos ahora en España ante una de esas coyunturas críticas. Por supuesto, somos conocedores de las dificultades para conseguirlo, empezando

por una fuerte resistencia al cambio, no solo porque hay muchos beneficiados por el *statu quo*, sino también porque, una vez que una sociedad se ha organizado de una forma concreta, la inercia es muy grande. Está claro que a muchos no les interesa abrir las instituciones políticas para hacerlas más inclusivas y debilitar, así, las relaciones de clientela existentes con los agentes económicos. Tampoco a muchos agentes económicos les interesan un aumento de la competencia y una reducción del poder de los oligopolios.

El problema estriba, también, en que muchas de las reformas necesarias beneficiarían a la mayor parte de los ciudadanos, aunque el efecto en cada uno de los consumidores, individualmente considerados, puede ser pequeño o casi inapreciable, por lo que sería difícil que se organizaran y movilizaran para promoverlas. En cambio, si finalmente se llevaran a término, los pocos que disfrutan de la actual situación tendrían muchísimo que perder, por lo que harían todo lo posible para influir en los gobiernos, con el objetivo de pararlas o minimizarlas a través de *lobbies* (o grupos de presión) —que, por cierto, suelen asegurar a los miembros de la clase política una agradable colocación en el futuro.

2

ASÍ FUNCIONA EL CAPITALISMO CLIENTELAR

EL *MODUS OPERANDI*

¿Cómo opera y cómo se genera un sistema clientelar? Cuando pensamos en clientelismo nos vienen a la mente conceptos como el de «captura del regulador». Pero hablar de captura es algo engañoso, porque se refiere solo a una de las partes de la ecuación: la acción desde el sector privado para apropiarse de lo público, en concreto de los organismos de supervisión y control o de defensa de la competencia, como son la CNMV o la CNMC. Pero el negocio clientelar es más complejo, puesto que, algunas veces, la iniciativa procede del sector privado, y otras, del público, generándose con frecuencia un entramado de intereses donde es difícil deslindar los particulares de los generales. En definitiva, un escenario perfecto para el florecimiento del capitalismo clientelar.

Tampoco la corrupción es un término adecuado para referirnos al capitalismo clientelar, porque se trata de un concepto bastante más amplio y porque abarca numerosas conductas que no encajan en el objeto de nuestras reflexiones. Para entendernos, cuando un empleado público hace la vista gorda ante una infracción a cambio de algún favor en dinero o en especie, podemos hablar de corrupción, pero no de capitalismo clientelar.

Como somos juristas, vamos a analizar lo que podemos denominar «negocio clientelar» partiendo de los incentivos o contraprestaciones que recibe la parte privada y los que recibe la parte pública.

Los incentivos del sector privado: capturas fuertes y capturas débiles

El objetivo que persigue el agente privado en un negocio clientelar es, obviamente, conseguir que la intervención del Estado en la economía privilegie a unos pocos y, en particular, al propio agente que entra en el negocio. Es lo que se denomina «captura del regulador». En España, este concepto no está todavía muy desarrollado (en la teoría, porque en la práctica esa captura funciona estupendamente), pero sí lo está en el mundo anglosajón. La «captura del regulador» se define así como «el resultado o proceso por el cual la regulación, en la ley o en su aplicación, es consistente o repetidamente dirigida fuera del interés público hacia intereses de una industria regulada, por la intención y la acción de esa misma industria».[1] Lo indeseable no es, por tanto, que la regulación beneficie a una industria concreta, sino que, para conseguirlo, se aparte intencionadamente del interés general.

Por supuesto, no todas las capturas del regulador son equivalentes: podemos distinguir entre capturas «fuertes» y otras «débiles». Mientras que la captura fuerte supone violar el interés general hasta el punto de que la ciudadanía estaría mejor protegida sin la regulación estatal de la actividad en cuestión, la captura débil consiste en que la influencia de determinados intereses particulares compromete la capacidad que debe tener la regulación para servir al interés general, pese a que los beneficios sociales todavía son considerables y, por tanto, la regulación aún es «rentable».

Un ejemplo de captura fuerte pudiera ser la imposición de altas barreras de entrada a nuevos competidores en el sector petrolero o, siguiendo el mismo ejemplo, el bloqueo sistemático, a través de mecanismos fiscales o regulatorios, a los fabricantes de coches eléctricos, lo que provocaría la subida (o evitaría la bajada) del precio del petróleo. De este modo, se produce un perjuicio para los intereses generales en forma de un grave impacto ambiental y de una subida de precios para los consumidores. Por otro lado, podemos considerar que se produce una captura débil cuando el

regulador es influido pero no enteramente anulado por el agente privado, como sucede, por ejemplo, con la regulación de telecomunicaciones, gracias, sobre todo, a la influencia de Telefónica y a su política de «lobismo» opaco, ejercida a través de la contratación de expolíticos y familiares de políticos en activo. De todas formas, sobre cómo se ejerce el *lobby* en España hablaremos con más detenimiento en otro capítulo de este libro.

Las petroleras han protagonizado episodios de captura débil del regulador. Podemos mencionar el ejemplo de la empresa Repsol (con muchos ex altos cargos en sus filas), que en el proceso de tramitación de la Ley del Sector de Hidrocarburos de 2015 (la cual pretendía introducir un mayor grado de competencia en las gasolineras, con el consiguiente beneficio para los consumidores y usuarios) presionó a los grupos parlamentarios del Partido Popular (PP) y del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) con la finalidad de evitar los «innecesarios» objetivos de una ley que perjudicaba directamente a la multinacional.

La captura, ya sea fuerte o débil, admite también subclasificaciones. Puede ser materialista y no materialista. La captura materialista se manifiesta de muy diversas formas: desde el crudo soborno a cambio de un favor político (en forma de regulación favorable, contrato público, subvención, etc.) hasta mecanismos mucho más sutiles de compraventa de favores, pasando por las famosas puertas giratorias abiertas a expolíticos y ex gestores públicos a cambio de su *know-how* (es decir, sus conocimientos técnicos) y de sus contactos, o —lo que es todavía mucho peor— en agradecimiento por los servicios prestados. Por su parte, la captura no materialista, también llamada *cognitiva* o *cultural*, se manifiesta cuando el regulador se «mimetiza» (valga la expresión) con un sector regulado y comienza a pensar como lo haría —de manera, naturalmente, interesada— una empresa o grupo de empresas. Es una de las formas de captura del regulador más peligrosas precisamente porque es más difícil de detectar. Requiere, además, de cómplices intelectuales de un cierto nivel, y también de medios

de comunicación que se hagan eco de sus reflexiones y presionen para que el regulador adopte posturas muy favorables a un sector económico pero que van en detrimento de los consumidores y usuarios.

La captura cultural se instrumenta, por tanto, a través de una influencia de índole intelectual. Un sector económico utiliza argumentos para persuadir al regulador, al supervisor o al juez, influyendo, así, en sus decisiones a la hora de dictar una norma o supervisar y controlar su aplicación. Son argumentos del tipo «si esta ley bancaria saliese adelante, la economía en su conjunto se vería perjudicada», «si se aprueba esta norma, se pondrá en peligro la recuperación económica» u otros similares. En una sociedad como la española, muy conformista y poco desconfiada ante determinadas autoridades (empezando por las oficiales), razonamientos de este estilo pueden ser eficaces para conseguir el objetivo al que con ellos se apunta, aun cuando estos argumentos no vengan avalados por ningún tipo de evidencia empírica.

Dicho de otra forma, los llamados «argumentos de autoridad» tendrán un peso desproporcionado cuando quien los defienda pueda presumir de un buen estatus social, económico o intelectual que le confiera credibilidad frente a la ciudadanía, independientemente de la objetividad de los datos aportados. Por esa razón, este tipo de captura produce efectos devastadores, no solo desde el punto de vista del consumidor, sino también en cuanto a la confianza en las instituciones y, muy en particular, en las que deberían mostrarse neutrales e imparciales, como las académicas. Cuando un catedrático de Derecho Mercantil defiende una determinada postura en beneficio de una empresa o sector empresarial obviando que, además de su posición académica, tiene otra muy bien remunerada como socio de un despacho que vela por los intereses de esa misma empresa o sector, está jugando una carta muy peligrosa. En adelante, puede que ni él ni sus clientes ni, sobre todo, los ciudadanos en general puedan distinguir entre sus dos «gorros».

Volviendo al caso de Repsol, lo que esta empresa intentó fue, precisamente, convencer a los principales grupos parlamentarios del Congreso, mediante argumentos económicos, de que si lo que se pretendía era introducir mayor competencia en el mercado de las gasolineras, no era necesario prohibir que Repsol impusiera los precios de los carburantes a las estaciones de servicio. Las medidas propuestas por el entonces ministro de Industria, José Manuel Soria, y la CNMC eran innecesarias y forzadas, decían. Es obvio que este tipo de captura intelectual presentará mayores riesgos cuanto menores sean la preparación técnica, la formación y la competencia profesional en la materia por parte de políticos y reguladores; dicho de otra forma: cuanto menos criterio tengan, mayor será el riesgo. Como habrán adivinado los avispados lectores, teniendo en cuenta cómo se designa a los miembros de los organismos reguladores en España (o sea, por estricto reparto partidista entre afines y allegados a los principales partidos), podemos hablar de un riesgo sistémico.

En cualquier caso, la captura del regulador reporta beneficios muy significativos para sus usuarios y, correlativamente, tremendos perjuicios para quienes la sufren, que, a fin de cuentas, somos la sociedad entera. Lo que ocurre es que mientras que los beneficios son muy grandes y se concentran en muy pocos agentes, los perjuicios pueden ser muy pequeños desde un punto de vista económico, además de repartirse entre muchísimos ciudadanos, que no suelen estar bien organizados para resistir dicha captura. No obstante, lo peor son los daños que se producen a medio y a largo plazo sobre la economía de un país: se desincentiva la innovación, se reduce la inversión extranjera, se trunca la competencia, se impide la creación de nuevos puestos de trabajo, las opciones de los consumidores se ven reducidas y las reglas del juego, alteradas, de manera que los que venden más y triunfan no son ya los más eficientes ni los más capaces, sino los que han conseguido capturar al regulador de turno. Hasta tal punto es así que algunos autores han llegado a culpar de las diversas crisis financieras y económicas a esta forma de actuar...

¡CAPTURADO!

Los mecanismos de captura del regulador son variados. Veamos los más importantes:

1. *Captura* ex ante *del regulador*. Se trata de influir en el legislador antes de que una determinada norma exista, o bien para modificarla de modo que beneficie al agente privado, o bien para bloquear la que pueda perjudicarle. En definitiva, lo ideal es conseguir una norma «a medida» o, en su defecto, que no haya norma o que la que se apruebe sea lo más abstrusa y complicada posible. Como hemos visto, la captura perfecta se produce cuando es el propio regulador el que absorbe espontáneamente los planteamientos del regulado, debido a su proximidad, compadreo, favores recibidos o a la simple colaboración.

El momento en que los regulados más se la juegan es el del diseño normativo, y por eso será entonces cuando hagan uso de todas las armas y artimañas que sean necesarias para conseguir sus objetivos, como cualquier ejército disciplinado... A veces, estas armas son muy directas: es lo que sucede cuando, gracias a su superioridad cuantitativa y cualitativa, consiguen atraer a sus filas a altos funcionarios muy cualificados, como abogados del Estado, inspectores de Hacienda o técnicos comerciales del Estado, para que, por arte de birlibirloque y a cambio de sueldos muy superiores a los que se perciben en la Administración, pasen de defender los intereses generales a defender los intereses particulares de las grandes empresas (o no tan grandes). Con todo el bagaje de conocimientos formales e informales sobre cómo funciona la Administración, la tarea de «convencer» al regulador siempre es más sencilla: «Te hacemos la ley, ministro, y todos los decretos y órdenes ministeriales que necesites». La paralela situación de escasez de recursos en la Administración (al menos en términos relativos y en los niveles más altos) y la existencia de fuertes redes corporativas harán el resto.

En otras ocasiones, la captura es más sutil y viene revestida con ribetes profesorales de expertos «independientes», cuyo dictamen coincide, misteriosamente, con los criterios y necesidades de los clientes de los despachos a los que dichos expertos asesoran cuando no están en la universidad. Claro está que esto no ocurre solo en España: para muchos de los que vimos el documental *Inside Job*, las imágenes más impactantes fueron, probablemente, las de los catedráticos de las universidades de más renombre de Estados Unidos cazados en manifiestos conflictos de interés, defendiendo lo contrario de lo que antes habían publicado en beneficio de un cliente o cobrando indistintamente del sector público y del privado, según lo más conveniente en cada momento.

2. *Captura* ex post *del regulador*. Una vez que la norma ya ha sido aprobada, se trata de capturar al supervisor o controlador para que haga la vista gorda o la interprete de la forma más favorable posible para el sector privado. Esta forma de captura se diferencia de la anterior, por tanto, por el momento temporal en que se produce y por el sujeto capturado, que no es ya el legislador, sino el organismo público correspondiente. Sin embargo, eso no impide que este tipo de caza sea también muy atractiva: meterse en el bolsillo o, simplemente, neutralizar organismos tan importantes como la CNMV o la CNMC puede reportar tremendas ventajas, especialmente de naturaleza económica.

Casos flagrantes (y sangrantes) de captura del supervisor en España han sido el de la emisión de participaciones preferentes o el de la salida a bolsa de Bankia, en los que tanto la CNMV como el Banco de España miraron para otro lado cuando la emisión de dichos valores era, como mínimo, digna de un control muy estricto. La ligereza del supervisor fue tal que, en el caso de Bankia, acabó provocando una catástrofe que exigió un rescate bancario (el cual muchos se empeñaron en negar, temiendo su coste político). No olvidemos que el presidente de Bankia, en el momento de su salida a bolsa, era nada menos que el anterior vicepresidente del Gobierno

en la época de Aznar y expresidente del Fondo Monetario Internacional (FMI), Rodrigo Rato, colocado allí por el dedo todopoderoso del PP.

3. *Captura del Poder Ejecutivo*. Se trata de capturar al Gobierno y a la Administración para que impongan trabas o licencias injustificadas con el fin de acotar un sector productivo en beneficio de algunos agentes, o conseguir que no se impongan cuando son necesarias para reducir externalidades perjudiciales a los intereses públicos. También se utiliza para lograr la intervención directa del Estado en beneficio propio —en forma de subvenciones, rescates, préstamos blandos, concesiones con cláusulas muy favorables—, a costa del erario público y de los intereses generales.

Hay que tener presente que la captura del Poder Ejecutivo y la Administración puede ocurrir tanto *ex ante* —como cuando se dictan normas de rango reglamentario o se otorgan licencias y subvenciones— o *ex post* —por ejemplo, si se consigue que no se realice el debido control e inspección de las actividades de su competencia, o solo se haga en relación con determinados agentes pero no con otros.

4. *Captura de la Justicia*. Como advierte Francisco Cabrillo en su artículo «La política económica de los jueces», «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».[2] Muy probablemente, así sea.

En España, esta forma de captura se puede conseguir de varias maneras, pero, dado que el Poder Judicial es supuestamente independiente, la mejor influencia es la más sutil: se realizará, por lo general, por vía intelectual, interviniendo discreta pero eficazmente en el proceso deliberativo que da lugar a la especial «legislación» que es una sentencia judicial, sobre todo si viene del Tribunal Supremo (TS) al enjuiciar si una norma reglamentaria (o una cláusula general) se ajusta o no a la legalidad. Esta influencia intelectual se ejerce por determinados actores poderosos —

empresas, grandes despachos de abogados, catedráticos con doble gorro público o privado, Reales Academias o, incluso, organizaciones corporativas de altos funcionarios— que durante años se dedican a trabajar «la puerta de atrás» de este tribunal invitando a sus magistrados a saraos de todo tipo, algunos científicos y otros, algo menos. Recientemente, el digital *Confilegal*, especializado en asuntos jurídicos, publicaba que un conocido despacho de abogados había conseguido reunir en la celebración de su 30 aniversario a nada menos que el ministro de Justicia, el fiscal general del Estado y diez magistrados del Tribunal Supremo. La pregunta es si estas altas magistraturas del Estado acuden por igual a otras celebraciones similares o solo a aquellas de despachos con los que tienen especial relación. Es evidente que muchos pueden ser amigos a título personal de los socios del despacho, y nada malo hay en ello; pero, ciertamente, no es de esta manera como lo publicó el medio ni, probablemente, como lo entendieron los lectores ni, sobre todo, los posibles clientes.

La captura del Poder Judicial es también más sencilla que en otros Estados más modernos y más avanzados como consecuencia directa de un problema de distinta naturaleza: la falta de una división efectiva de poderes. Como ya explicamos en nuestro libro anterior, a lo largo de nuestra breve historia democrática, los partidos políticos han ido, poco a poco, haciéndose con el control del poder judicial, especialmente a través del nombramiento de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), que, a su vez, nombra a los magistrados del Tribunal Supremo y a los presidentes de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia (es decir, a las más altas magistraturas judiciales). De esa manera, los capitalistas clientelares tienen también la posibilidad de actuar mediante intermediarios políticos, a quienes presionan para conseguir una resolución más favorable por parte de los jueces nombrados por ellos. El magistrado Jesús Villegas se ha referido a

estos intermediarios (vocales del CGPJ en su mayoría) como «políticos togados» en su excelente y muy recomendable libro *El poder amordazado*.[3]

También podríamos hablar de algunas relaciones familiares llamativas. Por ejemplo, Juan Manuel Cendoya, abogado del Estado en excedencia y nombrado vicepresidente del Banco Santander España en diciembre de 2016, está casado con la jefa de gabinete del presidente del CGPJ, Carlos Lesmes, que es fiscal de carrera. Esto tampoco debe sorprender, dado que muchos altos funcionarios se casan entre sí; lo que puede llamar un poco la atención es que este tipo de vínculos suelen pasar desapercibidos en España, pero no en otros países. Quizás nunca hablen entre ellos de cláusulas suelo, de comercialización de productos financieros o de «la doctrina Botín» (aunque esta data de una época muy anterior), pero siempre puede quedar la duda, por lo que es más que conveniente extremar la prudencia.

Curiosamente, en los últimos años también ha surgido un proceso en cierta forma opuesto al anterior, liderado por algunos jueces, de manera que incluso pueda hablarse de un cierto «populismo judicial». Volviendo al artículo de Francisco Cabrillo, «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». En este fenómeno, al revés que en los anteriores, los jueces no sucumben al poder económico de las grandes empresas del IBEX 35 o de grandes despachos de abogados, sino en favor de determinados colectivos muy concretos (sindicatos, asociaciones de funcionarios o, incluso, aunque en menor medida, ciertos consumidores afectados); en todo caso, siempre en detrimento del interés general.

5. Incluimos también en el listado la actuación tendente a blindar la propia posición personal dentro de la estructura empresarial, limitando al mínimo la rendición de cuentas frente a

accionistas y otros interesados en su buen funcionamiento.

Los incentivos del sector público

Claro está que por el lado de los políticos, funcionarios y empleados públicos, los incentivos del negocio del clientelismo también son muy poderosos. ¿Hablamos, entonces, de corrupción? Pues depende.

En el libro póstumo de Javier Pradera, *Corrupción y política* (escrito en 1994), el autor mencionaba la distinción propuesta por Arnold J. Heidenheimer entre tres tipos de corrupción: la blanca, referida a prácticas de nepotismo, recomendaciones y otras corruptelas menores, tolerada por la sociedad y por las élites; la gris, con un componente mayor de discrepancias y ambigüedades, en la que podrían encuadrarse supuestos de conflictos de intereses (las puertas giratorias o *revolving doors*) no regulados por la ley pero que producen un mayor rechazo social; y la negra, que se considera inaceptable y es la penalmente punible, como el soborno, el cohecho, la prevaricación o ciertos abusos de poder.[4]

Por supuesto, la mayor o menor tolerancia frente a esas actividades se vincula a la diferente tipología de los sistemas sociales subyacentes. Los sistemas tradicionales, en los que la lealtad se concibe en términos familiares o de relaciones personales, tienen mucha mayor tolerancia a la corrupción que los sistemas modernos basados en la cultura cívica. Efectivamente, en los Estados modernos la lealtad no es con las personas, sino con las instituciones y los intereses generales. Dicho de otra manera, los ciudadanos no creen que necesiten utilizar canales de influencia o sus relaciones familiares o de amistad, afinidad, etc., para obtener los beneficios o los derechos que les reconocen las leyes y las políticas públicas. Se espera que las administraciones y los empleados públicos se comporten de forma neutral y profesional.

Evidentemente, este es el sistema al que aspiramos los autores de este libro, pero no es precisamente el que tenemos en España, aunque así lo proclamen nuestra Constitución y nuestras leyes.

Como se deduce de lo anterior, la corrupción es un concepto polimórfico y muy amplio que ha generado importantes debates en aspectos tales como su relación con el clientelismo político o con el capitalismo de amiguetes. Nosotros nos fijaremos precisamente en aquellas actuaciones —negras, grises o blancas— que son características del capitalismo clientelar español: la financiación irregular de los partidos políticos y las perspectivas de carrera profesional de los empleados públicos.

Las tramas económicas: la financiación irregular de los partidos... y de sus cargos

Es indudable que, desde la Transición, ha habido muchísimos casos de corrupción, pero no todos tienen la misma trascendencia a los efectos que aquí nos interesan. Un caso como el del director general de la Guardia Civil, Luis Roldán, quien consigue embolsarse a costa de la Benemérita casi 12 millones de euros, es llamativo y mediático, pero no necesita de un potente entramado clientelar. Otra cosa fueron las maniobras ministeriales para traerlo de vuelta a España y poder juzgarlo, contadas de manera magistral en la estupenda película *El hombre de las mil caras*, dirigida por Alberto Rodríguez, que no deja precisamente en muy buen lugar ni a nuestras instituciones ni al entonces ministro de Justicia e Interior, Juan Alberto Belloch.

Pero podemos admitir que se trataría de ese raro espécimen que tanto agrada a la clase política: un caso aislado, la famosa «manzana podrida». Lo mismo podríamos decir del famoso juez Lluís Pascual Estevill y de sus andanzas prevaricadoras y extorsionadoras en la Cataluña de los años noventa... solo que este personaje llegó a ser designado vocal del Consejo General del Poder Judicial a

propuesta de Convergència i Unió (CiU), y esto ya parece un poco más preocupante. Con todo, finalmente Roldán y Estevill fueron juzgados y condenados, probablemente también porque no formaban parte de una red clientelar o directamente corrupta y, por tanto, su condena tenía, para la clase política y económica, más ventajas que inconvenientes.

Sin embargo, en otros muchos casos no es así. Hay una gran cantidad de supuestos en los que las conductas irregulares o, directamente, punibles generan un clientelismo sistémico, que se basa en tramas que involucran a muchas personas o instituciones y que revelan pautas de comportamiento generalizadas, a veces más cerca de la corrupción gris que de la negra, pero que, en todo caso, contribuyen de manera decisiva al florecimiento de nuestro capitalismo clientelar.

Por ejemplo, hay un ámbito en el que se ha funcionado así —y quién sabe si todavía se sigue funcionando de tal manera—, que es el del urbanismo y la obra pública ligados a la financiación irregular de los partidos políticos. Por supuesto, aquí también hay ejemplos sonados de manzanas podridas, como revela el caso Malaya, en el que el ex asesor urbanístico de Marbella, Juan Antonio Roca (a la sombra del fallecido alcalde Jesús Gil), compró a todo el mundo: concejales, funcionarios e incluso jueces, para amasar un patrimonio inmenso a través de los pagos de las empresas urbanísticas, que se hacían a cambio de favores públicos, y que terminó en la disolución del Ayuntamiento de Marbella y en el nombramiento de una gestora.

Pero lo más interesante no son los casos aislados, sino los generales. Cuando la línea que separa el terreno rústico del urbano depende de la decisión arbitraria de alguien —que permite que un terreno que no vale prácticamente nada se revalorice al convertirse en urbanizable—, parece fácil entender que pagar algo a cambio de este inmenso favor merece mucho la pena. El recalificador obtendrá una cantidad de dinero oficial para el ayuntamiento por ingresos urbanísticos y fiscales, pero además puede obtener una importante cantidad de dinero en negro para su propio enriquecimiento personal

y, también, para financiar el partido con la finalidad de ganar las elecciones y mantenerse en el poder. El pueblo llano —aparentemente— no pierde nada, puesto que el ayuntamiento tiene más dinero para gastar en obras faraónicas que redunden en el ornato y prestigio del municipio, en fiestas o en lo que considere que sus vecinos apreciarán más, y el partido también puede otorgar prebendas y colocaciones con ese dinero extra. En estos supuestos, la corrupción urbanística beneficia directa o indirectamente a grandes capas de la población, por lo que su tolerancia frente a la corrupción es muy alta: así, pueden reelegir tranquilamente a alcaldes imputados por delitos muy graves. No es extraño que en esas circunstancias muchos políticos se consideren por encima de la ley.

Este modelo es, sin embargo, tremendamente pernicioso. Los empresarios favorecidos —la clientela— no son los más capaces ni los que ofrecen mejor calidad-precio, sino los que sobornan mejor y a más gente y «tratan bien al partido». Es un esquema propio del capitalismo clientelar puro y duro, aunque a nivel local.

Prácticas similares se han desarrollado y se siguen desarrollando en torno a las concesiones y a la contratación pública, y no solo en los ayuntamientos: ocurre lo mismo en el ámbito autonómico y local en general. Es cierto que un estudio de la Fundación Hay Derecho[5] demuestra que la corrupción, en los años analizados, fue mayor en las Corporaciones Locales porque en ellas se habían desactivado con mayor eficacia los controles internos ejercidos por los llamados Cuerpos de Habilitación Nacional (secretarios de ayuntamiento, interventores y tesoreros); pero las tramas clientelares no fueron ni mucho menos exclusivas de estas entidades locales. Muy al contrario, si algo revelan las instrucciones de los casos Gürtel, Bárcenas, Púnica, Pretoria, Pujol o tantos otros es que en las comunidades autónomas e, incluso, en el Estado (sobre todo a través de sus entidades públicas) pasaba algo muy parecido en torno a las concesiones y a la contratación pública. Según se desprende de las investigaciones judiciales, empresas nacionales

muy importantes no tenían problema en pasar por la caja del partido a cambio de favores en forma de contratos o concesiones públicas. Más allá de que pueda llegar a demostrarse judicialmente quiénes y cuánto pagaron al partido o a sus intermediarios y a cambio de qué —que no es tarea fácil—, nos interesa hablar del esquema clásico del capitalismo clientelar: la obtención de favores de la Administración en forma de contratos, concesiones o subvenciones que podrían haber sido adjudicados a empresas más competitivas pero que «no se han portado bien» con el partido gobernante.

Este mecanismo perverso conlleva que las concesiones administrativas, los contratos de obra pública, de servicios o de suministro no los ganen las mejores empresas (en términos de calidad-precio, eficiencia-eficacia o cualquier otro parámetro objetivo), sino las que han hecho favores al partido, muy especialmente en metálico, aunque a veces también en especie: son famosas algunas colocaciones con sueldos astronómicos de personas muy bien relacionadas. Quizás el más emblemático sea el caso de Telefónica y el yerno del rey emérito, Iñaki Urdangarin, enviado a Estados Unidos por la multinacional después de que se empezasen a conocer sus negocios en el Instituto Nóos. Por supuesto, las empresas esperan, a cambio, recuperar su inversión, aumentando sus tarifas, añadiendo algún sobrecoste debidamente consentido (los famosos «modificados» de los contratos de obra pública), incumpliendo las condiciones contractuales si son muy onerosas o, simplemente, elevando el precio de los bienes y servicios que cobran al público. Desde luego, sus padrinos políticos no se lo van a impedir.

En definitiva, con este perverso mecanismo del capitalismo clientelar se consigue reducir la competencia, expulsar del mercado a las empresas más eficaces y eficientes y premiar al tramposo. Y que el contribuyente pague un enorme precio: la CNMC calculó en un estudio que la corrupción en la contratación pública suponía una desviación de nada menos que 48.000 millones de euros, es decir, un 4,5 por ciento del PIB.[6] El coste, en términos de falta de productividad de nuestra economía, no es tampoco nada

desdeñable.[7] Sobre todo si tenemos en cuenta que el Estado controla, directa o indirectamente, prácticamente el 50 por ciento de la economía.

Lo que es bastante curioso es que los medios de comunicación hablen tan poco de estas cuestiones, que a nosotros nos parecen cruciales. O a lo mejor no es tan extraño, si tenemos en cuenta quiénes les pagan la publicidad o, incluso, quiénes son sus accionistas. Por eso, más adelante hablaremos de los medios de comunicación, en la medida en que pueden funcionar como un pilar fundamental para apuntalar nuestro capitalismo de amiguetes.

Efectivamente, pueden leerse muy pocos artículos sobre las comisiones que supuestamente han pagado nuestros empresarios clientelares (algunos, de enorme éxito), sobre todo si las comparamos con las que aparecen en relación con los Bárcenas, Correas y Granados de turno. Pero, si estos personajes se enriquecieron tanto —aunque fuera quedándose con parte del dinero negro que iba a parar al partido—, es indudable que el dinero salió de los bolsillos de muchas empresas de campanillas.

Y, sin embargo, los casos que sí han sido cubiertos por la prensa son espectaculares. En relación con el caso Bárcenas, por ejemplo, un artículo de *Eldiario.es* de 31 de enero de 2013 hablaba del empresario Luis del Rivero, expresidente de Sacyr Vallehermoso, que supuestamente habría realizado donaciones al PP y recibido una adjudicación de autopistas en Itínere, filial de Sacyr. O de Juan Miguel Villar Mir, presidente del grupo Villar Mir (y convertido en marqués por el rey emérito), relacionado con tres ingresos diferentes y escalados en el tiempo de 100.000, 180.000 y 250.000 euros al PP, cuando OHL, compañía de su grupo, era la concesionaria de varias infraestructuras y autopistas. Su yerno, el famoso Javier López Madrid (el «compi yogui» de la reina Letizia y amigo del rey Felipe VI), no le va a la zaga: las investigaciones le relacionan con el pago de comisiones a Francisco Granados. Podemos hablar, también, de José Mayor Oreja (hermano de Jaime Mayor Oreja), que apareció en los «papeles de Bárcenas» en

relación con dos pagos de 90.000 y 75.000 euros realizados en 2008, cuando estaba en el comité de dirección de Fomento de Construcciones y Contratas (FCC) —del que salió a raíz de la aparición de esta noticia—. No puede faltar Florentino Pérez, que tiene el dudoso privilegio de haber bautizado el capitalismo clientelar en España como «capitalismo de palco del Bernabéu», y cuyas declaraciones como testigo ante el juez Eloy Velasco por sus relaciones con la trama Púnica revelan hasta qué punto este tipo de empresarios se consideran por encima de las leyes y, por supuesto, de los interrogatorios judiciales.[8]

En definitiva, en las investigaciones hasta ahora realizadas se menciona a otras muchas empresas y empresarios salpicados por el supuesto pago de comisiones ilegales a la trama Gürtel, como FCC Aqualia, Sufisa, Persontrade, Constructora Hispánica, Martinsa, UFC y Teconsa. O por pagos a Pujol Ferrusola, el cobrador en Cataluña durante la etapa de su padre. En fin, probablemente la lista de las empresas que «pasaron por caja» de una u otra forma sea mucho más larga, pero sirva la expuesta de botón de muestra. Y la cosa viene de lejos: según noticias de *El País*, el entonces ministro de Fomento, Josep Borrell, había instado ya en 1991 a las grandes constructoras del país a que no pagasen comisiones a los partidos para conseguir contratos, e insistió por segunda vez en 1994.[9] Parece evidente que no le hicieron mucho caso.

Las tramas profesionales: cuando tu carrera depende de hacer favores

Como hemos visto, en un negocio clientelar hay dos agentes: el público y el privado. Lo que ocurre es que en el lado del agente público no solo hay un partido que recibe dinero o aportaciones en especie —por ejemplo, en forma de contratos laborales para familiares y afines, algo muy importante en un país como España, con una tasa de paro altísima—. En realidad, en el lado público hay una enorme burocracia administrativa. Las cosas no son sencillas, así

que los favores públicos necesitan la participación (o, al menos, la complicidad o la pasividad) de muchos funcionarios o empleados públicos. Cuanto más dependan estos de sus jefes políticos (ya hemos visto el caso de los funcionarios de habilitación local en la época de la burbuja), mayores serán las posibilidades de que se plieguen a sus deseos y a los de los capitalistas clientelares. De esta cuestión ya hablamos largo y tendido en nuestro primer libro; es el problema del techo de cristal del funcionario o empleado público neutral. El que pretenda realizar una carrera profesional sin más apoyos que su formación, su capacidad y su mérito, no es probable que llegue muy lejos en nuestras administraciones públicas. De nuevo, las posibilidades de ascender y de alcanzar los niveles directivos en la Administración (todos ellos se dan discrecionalmente) dependerán mucho más de sus relaciones con los políticos de turno. Ya hemos hablado también del sistemático desmantelamiento de los controles administrativos preventivos, que tanto favorece la corrupción y las prácticas clientelares. Pero ahora nos queremos detener en otra cuestión más directamente relacionada con el objeto de nuestras reflexiones: las ventajas directas que puede conseguir un funcionario o un empleado público complaciente con empresas dispuestas a pagar bien los favores administrativos. Nos referimos, por ejemplo, a las famosas *revolving doors*, de las que hablaremos detenidamente más adelante, pero no solo a ellas.

Por ejemplo, recordemos el misterioso *affaire* de las eléctricas y los entre 2.500 y 3.400 millones de euros que debían devolver al Estado a consecuencia de un mal cálculo de los llamados Costes de Transición a la Competencia (CTC) y que, curiosamente, no se reclamaron a tiempo, de forma que la deuda prescribió.[10] Para alguna asociación de usuarios y plataformas ciudadanas, se trata de una de las mayores estafas que han ocurrido en España. Aunque se iniciaron investigaciones por la Fiscalía Anticorrupción, no parece que llegaran a ninguna parte; probablemente, nunca se sepa quién o quiénes fueron los responsables de esta «omisión», pero no hay

duda de que alguno hubo y que, por la vía de hecho, el Estado procedió a una especie de condonación tácita de deuda a las empresas eléctricas que, si se hubiera hecho con luz y taquígrafos, hubiera ocasionado un inmenso escándalo y tenido un coste político indudable. Tampoco ha salido nadie a facilitar alguna explicación convincente de las causas por las que los funcionarios públicos que conocían la existencia de esta deuda no instaron a sus jefes a cumplir sus obligaciones. Por supuesto, nadie ha dimitido. Todo el mundo ha mirado para otro lado. Quizás tenga algo que ver con el hecho de que, en el momento de escribir este libro, haya cuarenta y tres exministros que se sientan en consejos de administración de las compañías relacionadas con la energía.

Y no solo los exministros o los políticos (siempre que conserven buenas relaciones con los que mandan, claro está) son presa fácil de nuestras empresas clientelares. También lo son los altos cargos y los pertenecientes a los altos cuerpos de la Administración, por supuesto. Las ofertas pueden ser muy atractivas, no solo en términos de sueldo, sino también de proyección profesional. Abogados del Estado, técnicos comerciales e inspectores de Hacienda son objetivo de muchas de estas grandes empresas, que saben que la regulación pasa, en buena parte, por sus expertas manos y que, en el futuro, pasará por la de sus amigos y compañeros, lo que es especialmente cierto en unas administraciones fuertemente corporativistas.

Porque quizá lo más relevante es que, en muchas ocasiones, además del conocimiento o la formación y experiencia profesional de estos funcionarios (que, muy razonable y legítimamente, deberían poder explotar fuera del sector público, en los términos permitidos por las leyes), se busca otro ingrediente: sus conocimientos profundos de la maquinaria administrativa y, sobre todo, de las personas que la mueven. Es lo que llamaríamos su «agenda». Porque no es probable que alguien que no la tenga o la haya descuidado reciba una oferta del sector privado, aunque sea un

excelente profesional. Y no digamos ya si ha tenido algún tipo de roces o discrepancias con superiores o compañeros. Puede ser el mejor profesional del mundo, pero nadie querrá contar con él.

Es más, a veces, lo importante son las relaciones que hayan tenido los candidatos con las empresas en las que acaban trabajando. No es infrecuente que se haya transitado por el sector público con la vista puesta en el objetivo del sector privado como un escalón más de una carrera profesional concebida, desde un principio, para «dar el salto». Veremos algún ejemplo relevante más adelante.

Tampoco nos olvidemos de los intermediarios. Son las grandes consultoras, los despachos de abogados y las auditoras que prestan servicios a las empresas que configuran nuestro capitalismo clientelar, y que también cuentan entre sus filas con numerosos ex altos cargos y altos funcionarios. Aquí no puede hablarse de *revolving doors* propiamente dichas, y además es cierto que en estas contrataciones suele ser mayor el interés por el perfil profesional. O lo era hasta hace poco, porque ejemplos como la contratación por el despacho Garrigues del ex fiscal general del Estado Eduardo Torres Dulce (que dimitió de su cargo por «motivos personales») o el fichaje por parte del despacho Ramón y Cajal de la exministra Carmen Chacón ponen de manifiesto que también estos intermediarios empiezan a valorar la agenda y los contactos por delante de otras consideraciones. Probablemente porque conocen bien el mundo en el que se mueven.

En conclusión, como ya hemos dicho, no estamos ante un problema típico de algunos países asiáticos o latinoamericanos que podamos estudiar con la asepsia del entomólogo. El capitalismo clientelar es una enfermedad que puede afectar a cualquier país en mayor o menor medida y que se resistirá mejor o peor según sea su sistema inmunitario institucional. Y el nuestro está lleno de agujeros.

3

OBJETIVO: EL REGULADOR

CAZA MAYOR

Como es sabido, según la teoría expuesta por Adam Smith en *La riqueza de las naciones*, el mercado y la competencia son el mejor sistema para la asignación de recursos, pues actúan como una «mano invisible» que logra que, mientras cada uno persigue su particular interés, se consiga la mejor asignación de recursos para todos. Para los neoliberales, esto significa que el sistema funciona mejor si se deja actuar al mercado, sin ninguna traba ni regulación por parte del poder público. Sin embargo, olvidan que en otro pasaje de la misma obra el propio Smith también advierte que «los comerciantes del mismo gremio rara vez se reúnen, siquiera para pasar un buen rato, sin que terminen conspirando contra el público o por alguna subida concertada de precios».

En efecto, el mercado dejado a su aire y en manos de los agentes puede degenerar en el abuso de la posición dominante y en el cártel. Por esa razón, como vimos en el capítulo 1, existen fallos de mercado provocados —entre otros factores— por el hecho de que los que participan en él no tienen todos la misma cantidad ni calidad de información (lo que llamamos «asimetrías de la información») y porque, a veces, el funcionamiento de dicho mercado produce daños al conjunto de la sociedad que no se reflejan en el precio (las llamadas «externalidades»), por lo que su resultado termina siendo ineficiente. Por tanto, hay cierto consenso entre los economistas en admitir que, para que el mercado funcione, es necesario que el

legislador intervenga en el mundo económico a través de la regulación de la competencia y de sectores específicos de la economía.

Naturalmente, entonces, los mismos comerciantes de los que hablaba Adam Smith, siempre en busca de maximizar su beneficio a costa de los clientes, tratarán de influir sobre el legislador para que esas reglas les favorezcan en perjuicio de consumidores y usuarios. Podríamos decir, pues, que la captura del legislador es la caza mayor del capitalismo clientelar. Si, en algunos sectores —como los de la construcción y los servicios—, el amiguismo se concreta en conseguir contratos y concesiones de la Administración en condiciones muy favorables (ahí tenemos el reciente caso de las autopistas de peaje), en otros casos conviene ir río arriba e influir directamente sobre el que dicta las reglas.

El objetivo es nada menos que los parlamentos que dictan las leyes. Aunque conviene no olvidar nunca a las administraciones con capacidad para dictar reglamentos y órdenes, empezando por la del Gobierno, pero sin descuidar el resto. Recordemos la famosa frase del conde de Romanones: «Ustedes hagan la ley, que yo haré el reglamento». Y es que no pocas veces los reglamentos —normas supuestamente subordinadas a la ley y que deben respetarla— guardan gran cantidad de sorpresas. Por eso, en este capítulo nos referimos en general a la captura del regulador, comprendiendo este al legislador, a la potestad reglamentaria e, incluso, a los órganos reguladores en cuanto puedan dictar normas o criterios: se trata de la fijación de las reglas del juego.

Hay que advertir, no obstante, de que se trata de una cuestión compleja, pues en el proceso de elaboración de las normas es lógico y necesario que se escuche a los interesados para recabar una información que pueda permitir que la norma sea lo más justa y eficaz posible. En otros países, esta relación entre los grupos de interés y la Administración está regulada, con el objetivo de que sea

lo más transparente posible y que se garantice la igualdad de acceso a todos los interesados. Pero en España tenemos todavía esta asignatura pendiente. Por eso, el *lobby* es informal.

Efectivamente, la comunicación con el poder político se hace en los pasillos, en los reservados de los restaurantes o en el famoso palco del Bernabéu, pero siempre sin publicidad. No es casualidad que en el listado de setenta y siete expolíticos en empresas del IBEX 35 proporcionado por la CNMV, casi todas las empresas que los han incorporado pertenezcan a sectores regulados (energético, telecomunicaciones, financiero, farmacéutico) o dependan de manera sustancial de la contratación pública (construcción y, de nuevo, el farmacéutico). No vemos nada parecido en empresas que dependen menos del legislador, como Mercadona o Inditex.

La lista de nombres de los que están o han estado en este tipo de empresas es realmente espectacular. Por citar solo algunos de los más conocidos, podemos hablar de Ángel Acebes e Ignacio López del Hierro (marido de María Dolores de Cospedal) en Iberdrola, José María Aznar y Elena Salgado en Endesa, Pío Cabanillas en Acciona, Felipe González y Heribert Padrol Munté en Gas Natural Fenosa, Pedro Solbes en Enel, Eduardo Zaplana, Javier de Paz y Trinidad Jiménez en Telefónica y un largo etcétera.

Analizaremos, en primer lugar, algunos casos especialmente significativos de captura del regulador, dejando para el capítulo de los *lobbies* un estudio más detallado de su mecanismo de relojería y de las deficiencias y oportunidades que, a los efectos de esa captura, produce nuestro entramado institucional y nuestro procedimiento legislativo.

UN PASEO POR LA HISTORIA. LOS GREMIOS

Si ponemos las cosas en perspectiva, hay que reconocer que la captura del legislador no es algo nuevo: ha existido siempre, porque es propio de la naturaleza humana el deseo de enriquecerse,

alcanzar el poder y obtener reconocimiento y honores sin reparar demasiado en los medios. Más bien lo que es una conquista de la civilización —y, como todas las conquistas de la civilización, extremadamente frágil— son las limitaciones que tratan de imponer los Estados modernos a estas desmedidas ansias de riqueza y poder de nuestros modernos capitalistas.

En todo caso, cuando el grado de civilización y desarrollo político y económico era menor que el actual y los intereses de unos pocos y los derechos de la mayoría no estaban tan claramente delimitados, resultaba más fácil confundir unos con otros en beneficio de los más cercanos al poder. Cuando el poder lo ostenta un rey absoluto y no se distingue bien entre el patrimonio del Estado y el del rey, cuando la producción de las normas no se enmarca en un Estado de derecho, lo normal es que la regulación favorezca los negocios de los que están más próximos al poder o de aquellos cuyos intereses están mejor alineados con los del monarca. En cambio, cuando existe una democracia inclusiva, un verdadero Estado de derecho y las instituciones funcionan adecuadamente, las normas persiguen el interés general —o, al menos, se intenta— y es el más trabajador o innovador, y no el amiguete de turno, el que resulta beneficiado.

Hay pruebas históricas de ello. La profesora de Cambridge Sheilagh Ogilvie ha explicado por qué determinadas instituciones favorecen el capitalismo clientelar, poniendo como ejemplo a los gremios.[1] Los gremios eran asociaciones que compartían ciertos intereses profesionales y perseguían objetivos comunes. Existieron desde el año 1000 hasta aproximadamente 1880, aunque, desde 1500, en algunos países se debilitaron (Inglaterra, Holanda) y, en otros, se reforzaron (como, precisamente, en España).

Los gremios disfrutaban de privilegios legales, atribuyendo a sus miembros el derecho exclusivo a desarrollar una actividad en un determinado lugar: un monopolio para producir determinados bienes y servicios y un monopsonio (es decir, un mercado en el que hay un solo comprador o demandante) para adquirir y usar determinados

suministros. Para defender estos privilegios, el gremio contaba con ciertos poderes: barreras de entrada, restricción de los bienes o de los servicios producidos (en algunos casos documentados, está demostrado que llegaban a reducir la producción a una tercera parte), establecimiento de precios por encima del nivel competitivo y sueldos por debajo de este nivel. Económicamente, estas medidas no parecían muy ventajosas para el conjunto de la sociedad, aunque indudablemente lo fueron para sus integrantes.

Ahora bien, podríamos preguntarnos si los gremios —sopesando en conjunto sus ventajas e inconvenientes— sobrevivieron tanto tiempo porque fueron eficientes en algún aspecto, como el de garantizar la calidad de los sombreros que hacían o el de proteger a los consumidores frente a los sombrereros no oficiales que trabajaban en el mercado negro. O como el de fomentar la inversión en capital humano (al fin y al cabo, formaban a los nuevos aprendices de sombrereros) o incentivar la innovación (diseñando nuevos modelos de sombreros). Pues parece que tampoco. Ogilvie examina todos esos argumentos y concluye que no era así: los gremios exigían una cierta calidad, sí, pero, a cambio, impedían la producción de bienes a menor precio, los cuales hubieran beneficiado a muchos consumidores con menos recursos; imponían barreras de entrada a categorías enteras de personas (mujeres, judíos, bastardos), aunque, otras de ellas, con conexiones, entraban con facilidad y llegaban a maestros «a dedo», sin necesidad de ningún aprendizaje; y bloqueaban la innovación, porque perjudicaban a algunos de sus miembros más dinámicos. Es lo que sucedió en el caso de la invención española de un telar en pleno siglo XVIII. Se trataba de un telar que conseguía una producción muy superior a la de los telares promedio de la época y que, por esa razón, fue boicoteado por los gremios en Madrid, simplemente negando su existencia real «porque tal cosa no es posible».

En definitiva, los gremios, como institución económica, eran poco eficientes: reducían el pastel de todos y dañaban a los consumidores, a sus empleados y, sobre todo, a los miembros más

débiles de la sociedad.

La pregunta es, entonces: ¿cómo pudieron sobrevivir tanto tiempo instituciones tan perjudiciales para la economía y la sociedad? La contestación es sencilla: porque proporcionaban importantes beneficios a los empresarios y élites políticas, permitiendo a estos dos grupos cooperar entre sí para capturar recursos a costa de los intereses de todos. Las famosas «élites extractivas» han existido siempre. Los gremios ofrecían la organización y los mecanismos necesarios para que los proveedores de servicios negociaran con las élites políticas, obteniendo, a cambio, beneficios de monopolio. A su vez, estos proveedores podían usar los gremios para devolver los favores a las élites políticas en forma de beneficios tales como préstamos de dinero (que no hacía falta devolver), participación en las ganancias del gremio, recaudación de impuestos, apoyo militar o apoyo político. ¿Les suena de algo?

El principal instrumento de este sistema de intercambio de favores eran las ordenanzas, es decir, la regulación de la época. Disponer de leyes favorables es esencial para el capitalismo clientelar, tanto entonces como ahora. Por eso, lo primero que los gremios pedían a los titulares del poder eran unas ordenanzas que les concediesen un monopolio.

Solo a partir de la Edad Moderna, cuando se desarrollan los parlamentos, la imposición fiscal, los mercados financieros y la competencia entre ciudades, empezarán los gremios a debilitarse. Y no en todas partes, porque en España, lo mismo que en otros países, sobrevivieron muchos siglos y con una gran pujanza. En definitiva, ¿qué podemos aprender de los gremios en relación con la teoría de las instituciones? Pues que la eficiencia económica no explica por qué sobrevivieron. Los gremios beneficiaban a los empresarios y a las élites políticas que colaboraban abiertamente en establecer privilegios gremiales, y mucho de ello dependía del sistema político y jurídico.

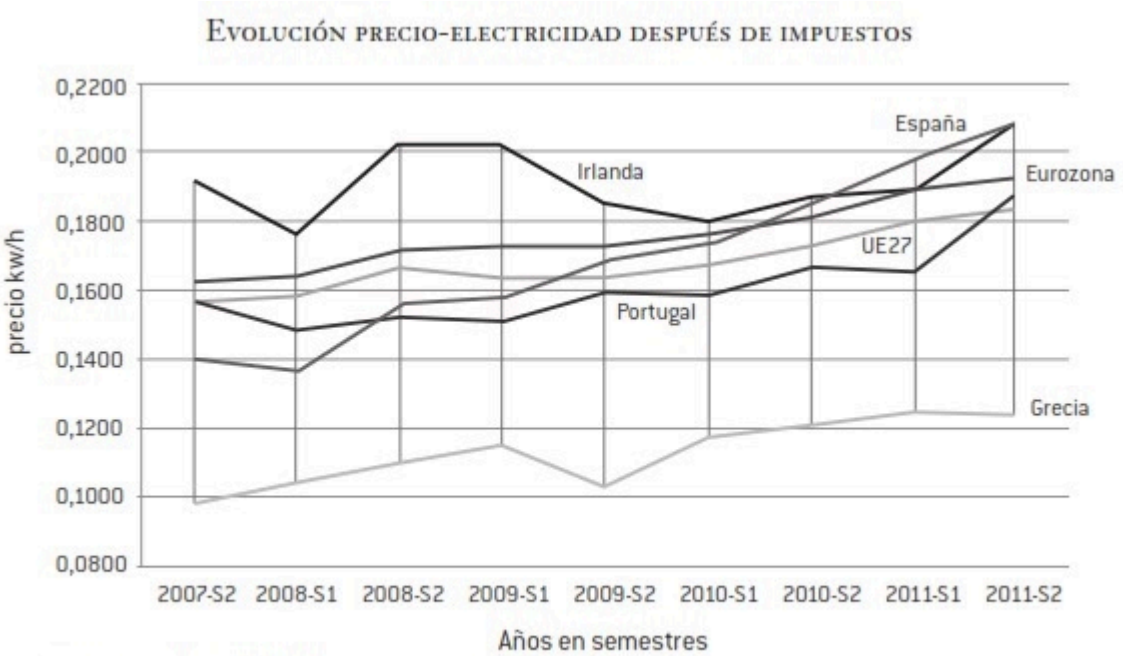
A continuación, estudiaremos un conjunto de comportamientos gremiales bastante típicos que demuestran los perniciosos efectos de la connivencia en España entre la empresa privada y el regulador. De todos modos, no nos podemos engañar: la captura del regulador es un fenómeno bastante generalizado, perseguido por cualquier grupo de interés digno de este nombre —al margen de los puramente empresariales— y, en la mayoría de las ocasiones, con nocivas consecuencias para nuestro sistema económico. Valga como muestra la tradicional captura del Estado realizada por los grandes cuerpos de funcionarios de nuestro país. Quizás el ejemplo más exitoso, por lo que tiene de combinación gremial entre lo político, económico y corporativo, sea el de los Registradores de la Propiedad, cuerpo al que pertenece nuestro actual presidente del Gobierno, dato, sin ninguna duda, nada trivial. Por la fácil vía de ocupar el órgano de la Administración encargado de velar por los intereses públicos en este sector —la Dirección General de los Registros y del Notariado—, dicho cuerpo ha luchado y sigue luchando de manera incansable por apuntalar su singular régimen de funcionamiento, basado en un monopolio sin libre elección y retribuido por un arancel pagado por los usuarios, algo único en Europa. La última batalla fue su apuesta por absorber el Registro Civil, con la finalidad de controlar y dominar todo el tráfico jurídico privado (y, de paso, entorpecerlo y encarecerlo), para la que contó con el incondicional apoyo de la Administración. O, al menos, con su apoyo inicial, hasta que la movilización ciudadana fue capaz de parar *in extremis* dicha iniciativa.

Siente la fuerza: el poder de las empresas energéticas en España

La captura del legislador es fundamental para un sector muy regulado. El mejor ejemplo en España es, sin duda, el sector de la energía, concretamente, el de la producción de electricidad. En los últimos tiempos, la regulación de la tarifa eléctrica se ha modificado

innumerables veces, y, al mismo tiempo, el coste de la electricidad para los consumidores y empresas ha subido extraordinariamente tanto en términos absolutos como en comparación con los países de nuestro entorno, como podemos ver en este gráfico.

Como señala Carlos Sebastián en su libro *España estancada*, si nos atuviéramos a las noticias de la prensa, podríamos concluir que el problema del aumento del precio de la energía responde a los esfuerzos por reducir el llamado «déficit de tarifa», y que este déficit procede tan solo de las elevadas primas que se pagan por las energías renovables (en particular, por la fotovoltaica). Además, ese término —«déficit»— parecería significar que las eléctricas tienen pérdidas por la producción de electricidad. Pero ninguna de las dos cosas es cierta.



Lo que los medios no cuentan es que el déficit de tarifa ya existía antes de la aparición de las energías renovables y que no deriva de las primas que les han sido concedidas a sus empresas, sino de cómo se calcula el precio de la energía, suma que se paga al productor. Este precio es fijado por la Administración con el objetivo

de que cubra los costes de la tecnología más cara, que es la de las centrales de ciclo combinado que usan combustibles fósiles (gas, petróleo, carbón...). Pero, como este precio se aplica a toda la producción eléctrica, la consecuencia es que se sobrerretribuyen las tecnologías más baratas, en particular, la hidroeléctrica y la nuclear, cuyas instalaciones están amortizadas y fueron compensadas por el Estado (mejor dicho, por los contribuyentes) en un momento anterior.

Si el precio que paga el consumidor, que también es fijado por la Administración, es inferior a ese precio de productor, se genera el llamado déficit de tarifa, que se convierte en una deuda garantizada por el Estado, es decir, una deuda que todos los contribuyentes asumimos frente a las eléctricas. Es importante insistir en que, aunque se habla de déficit, no se está cubriendo una pérdida de las eléctricas, sino la diferencia entre el precio de la energía que pagan los que consumen y el coste de producción de la energía más cara. Así se comprende mejor uno de esos grandes misterios que nos han fascinado estos años: ¿cómo es posible que, con tanto «déficit», las empresas eléctricas españolas distribuyan miles de millones de euros en dividendos a sus accionistas, se embarquen en igualmente multimillonarias adquisiciones en el extranjero o paguen sueldos impresionantes a sus directivos? Pues, sencillamente, porque el déficit de tarifa no tiene nada que ver con que las eléctricas pierdan dinero.

De hecho, cuando aumenta el coste del petróleo, aumenta también el déficit porque sube el coste de producción, pero, al mismo tiempo, las eléctricas ganan más dinero porque el coste de las fuentes baratas de energía no cambia y se les retribuye más. En consecuencia, el denominado déficit de tarifa es, a menudo, una simple transferencia de los contribuyentes a las empresas eléctricas y sus accionistas.

Este sistema tan extraño, que hace responsables a los contribuyentes del pago a las compañías eléctricas de un supuesto déficit que no existe, es un prodigio del capitalismo clientelar. El

sistema está claramente diseñado a favor de estas empresas, que, casualmente, tienen en sus consejos a expresidentes, a exministros y a muchos otros ex altos cargos políticos. Pero es que las reformas que se han ido realizando en los últimos años para reducir ese déficit de tarifa, como ha denunciado el blog económico *Nada es Gratis*,[2] se han hecho, en su mayor parte a costa de los consumidores, en menor medida a costa de las empresas de energías renovables y solo en una ínfima parte a costa de los productores de otras fuentes de energía, cuando son precisamente estas últimas —las de la nuclear y la hidroeléctrica, sobre todo— las que obtienen mayores beneficios y las que utilizan más recursos de dominio público, por lo que sería lógico que contribuyesen más a reducirlo.

Resulta —¡qué sorpresa!— que son las grandes eléctricas las que dominan estas últimas fuentes de energía, mientras que solo tienen una pequeña participación en las renovables, mucho más atomizadas en su propiedad. La consecuencia de estas reformas ha sido un enorme aumento del coste de la energía en nuestro país, de manera que España es ahora el cuarto país de Europa (de un total de veintinueve) en el que la energía es más cara, cuando antes estaba claramente por debajo de la media. También es llamativo que el coste para darse de alta en el servicio eléctrico sea casi cuatro veces el de la media de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), como refleja un reciente informe del Banco Mundial, algo que también habla sobre la falta de competencia en este mercado.[3]

Hay que tener en cuenta que el aumento de la factura de electricidad ha supuesto, para los hogares, una carga adicional en un momento de crisis y, para las empresas españolas, un enorme lastre para su competitividad. No olvidemos que la pobreza energética y el sufrimiento de muchas familias por este motivo tienen conexión directa con el capitalismo clientelar practicado asiduamente por las grandes empresas eléctricas de este país.

La influencia de las eléctricas en la regulación no se agota en el enrevesado mundo de sus tarifas. Hace no mucho, la Fundación FAES, presidida por José María Aznar —que, tras ser presidente del Gobierno, ha sido varios años consejero de Endesa—, emitió un informe[4] defendiendo el llamado «impuesto al sol». Este canon (al que la normativa da el nombre menos expresivo de «peaje de respaldo») en teoría persigue que los consumidores que se animen a poner placas solares y estén conectados a la red paguen por los costes fijos del mantenimiento de esa red, que les dará el «respaldo» cuando no hay sol. Esto tiene sentido, pero la realidad es que los consumidores ya pagan por el mantenimiento de la red por el solo hecho de estar conectados a ella. Y es que resulta que la tarifa eléctrica incluye dos conceptos para ese mantenimiento: por una parte, el «término fijo de potencia», que da derecho a consumir la potencia contratada y que no depende de lo que se consuma; por otra, los «pagos por capacidad», incluidos en el precio de la energía (aproximadamente, el 10 por ciento) y que sirven para retribuir estas centrales de respaldo, que deberían entrar en funcionamiento en caso de puntas de demanda.

Pues bien, lo que ha hecho el último Gobierno a través del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, ha sido ampliar la cantidad de instalaciones que han de pagar el peaje y complicar las autorizaciones para las mismas. Eso sí, en el preámbulo de la norma se decía que la finalidad era promover las energías renovables, mientras se hacía exactamente lo contrario. Esto, en España, es más frecuente de lo que parece; probablemente confían, no sin razón, en que la gente solo va a leer el preámbulo, que es lo que se entiende y que está redactado en lenguaje «político», y no el complejísimo articulado.

El proyecto de norma incluso pretendía prohibir en las instalaciones fotovoltaicas la acumulación de energía mediante baterías, lo que finalmente no se aprobó, seguramente porque la cuestión llegó a la opinión pública y provocó cierto escándalo. Como dato significativo podemos destacar que, a pesar del revuelo que

causó el proyecto, la aprobación de la ley no mereció ni una sola reseña, ni en la prensa «tradicional» ni en la supuestamente más independiente prensa digital. Avanzaremos una explicación sobre ello en el capítulo dedicado a los medios de comunicación y su papel en el auge del capitalismo clientelar en nuestro país.

Podríamos poner más ejemplos hablando de las telecomunicaciones y su serie de ex altos cargos colocados en Telefónica —de uno y otro partido, para guardarse bien las espaldas — o de las turbias conexiones de importantes empresas farmacéuticas con altos cargos de las consejerías autonómicas de Sanidad. Pero nos parece que, quizás, el supuesto paradigmático de captura del regulador sea el de la influencia de la banca española en la generación de la crisis y su desarrollo.

Los bancos, núcleo del capitalismo clientelar

El *lobby* financiero tiene una bien ganada fama de influir directa y eficazmente sobre el poder político, y no solo en España. De hecho, son muchos los que consideran que la desregulación financiera —que comenzó en Estados Unidos con el fin de la separación entre banca comercial y banca de inversión (es decir, con la derogación de la Ley *Glass-Steagall*, como se suele denominar a la *Banking Act*)— ha sido al mismo tiempo la gran conquista del *lobby* bancario y el origen del aumento del tamaño y la inestabilidad del mundo financiero, cuyo fruto inmediato ha sido la Gran Recesión.

Pero aquí, más modestamente, queremos demostrar cómo el sector financiero ha conseguido en España un marco regulatorio que, en un primer momento, favoreció el desarrollo de la burbuja inmobiliaria y, después, también propició —lo que es peor— que no se tomaran las medidas necesarias tras el estallido de la crisis, cosa que contribuyó a agudizarla y que desembocó en unas gravísimas consecuencias para todos. Las reformas llamadas de «protección de los deudores hipotecarios» (estos últimos, personas que tenían sus

viviendas hipotecadas con los bancos) se hicieron tarde y mal. En muchos casos, se estaba legislando «para la foto», sin introducir mejoras reales para los deudores e, incluso, en algún caso, incorporando normas de matute que favorecían aún más a los bancos.

Lo primero que hay que destacar es que el mundo financiero tiene una especial relación con el poder político. Al margen de que las puertas giratorias y los préstamos a partidos políticos —que no se pretenden cobrar, como no se cobraban los de los gremios a los príncipes y reyes que les otorgaban los privilegios que garantizaban sus monopolios— ayuden a que todos se lleven bien, algunos caracteres particulares del sector financiero le dan una capacidad de influir sobre el Estado que no alcanzan sectores como el eléctrico, aún con su potente *lobby* y sus consejos de administración repletos de expolíticos.

La razón es que los bancos y el Gobierno se ayudan y se necesitan. Por una parte, los bancos compran al Estado la deuda pública que emite (los famosos bonos del Tesoro), y obtienen, a cambio, una regulación que les facilita su operativa y que dificulta la competencia. Esta regulación tiene su origen en el denominado privilegio de «pignoración automática de deuda pública», instaurado a principios del siglo pasado. Esto quiere decir que la banca, cuando suscribe las emisiones de deuda pública del Tesoro, puede obtener, a cambio y de parte del Estado, una línea de crédito del Banco de España utilizando esos mismos títulos como garantía. Todo el mundo gana, porque el déficit público del Estado (que en España ya está por encima del 100 por ciento del PIB) consigue disponer de una financiación segura y mucho más rentable electoralmente que la que supondría subirle los impuestos a los ciudadanos, y los bancos están encantados, porque la cartera de deuda pública es un activo muy líquido que les da un rendimiento seguro.

Con este «colchón», los bancos empezaron a prestar a diestro y siniestro sin preocuparse demasiado del riesgo que estaban asumiendo, porque, en última instancia, sería el Banco de España el

que haría de prestamista. Así crecieron los grandes bancos que empezaron a actuar en régimen de oligopolio, algo que muchos economistas denunciaron como uno de los principales males de la economía española.

Cuando las entidades que tienen en sus manos la financiación del Estado y de las grandes empresas son pocas, es obvio que su poder en la economía y sus márgenes de beneficio se incrementan. Además, las entidades financieras han tenido la capacidad de dictar las reglas que ellas mismas han de cumplir: el Consejo Superior Bancario, formado por los grandes bancos, tenía bajo su control la regulación de muchos aspectos del negocio bancario, como los tipos de interés máximos pagados por los depósitos y la emisión de normas prudenciales, por ejemplo. Desde 1994, sus competencias las ostentan el Banco de España y la Asociación Española de Banca (AEB), que agrupa a todas las entidades financieras y de la que volveremos a hablar cuando abordemos los desahucios. Es como si a los contribuyentes nos dejasen fijar el tipo de IVA o de IRPF que queremos pagar.

Además, la existencia de pocos bancos refuerza su carácter «sistémico». Esta palabra, tan de moda a partir de la crisis financiera de 2008, significa, en definitiva, que la quiebra de un banco, al ser muy grande, afecta a todo el sistema económico y pone en riesgo el entero equilibrio de la economía de un país. La consecuencia está clara: no se puede permitir que los bancos quiebren, por lo que el Estado —es decir, los contribuyentes— tiene que hacerse cargo de las deudas que aquellos no pueden pagar. Aquí nos encontramos, de nuevo, con el riesgo moral: los contribuyentes pagamos los platos rotos de la gestión de los directivos de los bancos (en connivencia con los políticos). En eso consiste el rescate bancario: en que los contribuyentes paguemos las deudas que los bancos tienen con aquellos que les han prestado el dinero (en primer lugar, con sus depositarios, pero también con los otros acreedores —normalmente, otros bancos— que les financiaron).

Aunque al principio de la crisis se habló de que había que impedir que hubiera bancos que fueran demasiado grandes para dejarlos caer (*too big to fail*) para evitar tener que rescatarlos con dinero público, resulta que, ocho años después, nos encontramos con muchos menos bancos y que son todavía más grandes que al principio; y se sigue hablando de nuevas fusiones bancarias. Por eso sorprende que Francisco González, presidente del BBVA, manifieste en el *Financial Times* que «el monopolio de la banca ha muerto» y que empresas tecnológicas como Google o Amazon están hoy en mucho mejor posición para abordar los retos de futuro que la banca.

Nosotros no estamos de acuerdo. La banca tiene un aliado con el que estas empresas no cuentan: un poder político siempre dispuesto a pagar intereses de la deuda pública que le conseguirá los rescates que hagan falta a costa de los contribuyentes. Hay infinidad de ejemplos de esa línea directa de los bancos con las más altas instancias del poder político, independientemente del partido que gobierne, y que, en algunos casos, se extiende a los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial). Un caso escandaloso es el indulto del consejero delegado del Banco Santander por un Gobierno socialista que acababa de perder las elecciones, en connivencia con el que las acababa de ganar.[5] Del indulto de Alfredo Sáenz hablamos largo y tendido en el blog *Hay Derecho*. Al final, y tras mucha presión de la opinión pública, se consiguió que no se le considerase honorable por el Banco de España para el ejercicio de la profesión. Poca cosa, si se juzga por lo bien que lleva Alfredo Sáenz su situación, así como por su prominente aparición en el listado de patrocinadores del Teatro Real, donde figura en los programas de mano de la temporada de ópera. Una buena muestra de la tolerancia social que hay ante este tipo de conductas (sobre todo, si los que las cometen tienen mucho dinero o poder).

Otro ejemplo quizás menos grave —pero más reciente e igual de revelador— es el que cuenta el ministro de Economía, Luis de Guindos, en su libro sobre la crisis bancaria, escrito cuando todavía era ministro en funciones durante la larga etapa de interinidad del

Gobierno, también «en funciones», de Mariano Rajoy, los diez primeros meses del año 2016.[6] Para reforzar su argumento sobre la mala actuación del antiguo gobernador del Banco de España, Miguel Ángel Fernández Ordóñez, Luis de Guindos cuenta que el fallecido Emilio Botín, entonces presidente del Banco Santander, le llamó para plantearle la necesidad de adelantar la salida del gobernador de su puesto. Que el presidente de un banco le plantee al ministro de Economía, con esa desenvoltura, que debe conseguir la salida del gobernador de un banco central revela tanto la relación íntima del sector financiero con el poder político como la poca independencia real de una institución fundamental para el buen funcionamiento de la economía española.

Pero lo que a nosotros nos llama más la atención es la increíble candidez con que lo cuenta. Es una muestra impresionante de hasta qué punto el señor ministro considera esta conversación como algo natural, y no como algo patológico y muy preocupante. En definitiva, el ministro de Economía no ve nada raro en que el presidente de un banco le llame para que «se cargue» al gobernador del Banco de España.

Es importante señalar que la solución no pasa —ni mucho menos— por un mayor control del poder político sobre la banca. Que el poder político controle directamente la banca ha sido históricamente catastrófico, y el desastre del modelo híbrido público-privado (como el que organizaron las comunidades autónomas con las cajas de ahorros) es el mejor ejemplo de cómo no hay que hacer las cosas. Precisamente, el modelo de las cajas de ahorros, desde la modificación de la composición de sus órganos rectores, allá por el año 1985, es otro modelo de capitalismo clientelar, en el que nos detendremos muy brevemente porque ya ha sido muy tratado por otros autores —incluidos nosotros mismos en nuestro anterior libro— con mayor profundidad y extensión de la que aquí le podemos dedicar.

LAS RELACIONES «ÍNTIMAS» ENTRE POLÍTICOS Y ENTIDADES FINANCIERAS Y EL DESASTRE DE LAS CAJAS DE AHORROS

Las cajas de ahorros han sido las principales protagonistas de la crisis financiera en nuestro país, a pesar de que su finalidad era promover el ahorro familiar y el crédito a las pequeñas empresas y de que eran entidades con beneficios fiscales que tenían que reservar el 50 por ciento de sus beneficios para la obra social (en algunas comunidades autónomas, solo el 25 por ciento). Usamos el pretérito porque la crisis se ha llevado consigo a las centenarias cajas de ahorros, que han desaparecido como tales, algunas, convertidas en bancos y la mayoría, simplemente, absorbidas por ellos como consecuencia de su quiebra técnica.

El origen de este desastre ha sido, sin duda, la conexión del poder político con el económico y financiero, que ha llevado a una gestión politizada y poco profesional de las mismas. La normativa de regulación sobre normas básicas de órganos rectores de cajas de ahorros (Ley 31/1985, de 2 de agosto), aprobada con un Gobierno del PSOE, permitió que el 34 por ciento de los miembros de dirección de las cajas fueran nombrados «a dedo» por los partidos políticos. Los partidos colocaron a concejales, alcaldes, sindicalistas, presidentes de diputaciones y altos cargos de gobiernos regionales, cuando no directamente a amigos y familiares.

Es obvio que gestionar entidades financieras requiere formación y experiencia en derecho bancario, política de créditos, provisiones, riesgos, etc. Pero las cajas se llenaron de personas sin ninguna experiencia en el mundo financiero, cuyo único mérito para dirigir un órgano de una entidad de ese tipo era proceder de la política o tener relaciones clientelares o familiares con políticos. Personas sin especial preparación estuvieron al frente de cuarenta y cinco cajas de ahorros que movían billones de euros. A cambio de «estar» en las asambleas generales y consejos de administración (incluso en las comisiones de auditoría), se embolsaban importantes cantidades en concepto de dietas y «otros gastos».[7] Los criterios a la hora de

conceder los préstamos eran de todo tipo salvo profesionales. Por supuesto, la financiación de las grandes obras producto de los delirios de grandeza de los políticos de turno eran una prioridad. Las cajas se convirtieron en la caja de unas comunidades autónomas despilfarradoras y clientelares.

Resumiendo: la combinación de incompetencia, amiguismo, irresponsabilidad y, en definitiva, el capitalismo de amiguetes que se generó en torno a la financiación concedida —muchas veces, sin otro criterio que el político— por estas entidades llevaron a la ruina a la práctica totalidad de las cajas de ahorros.

Recientemente, el Banco de España publicaba que el coste para los contribuyentes del rescate de la banca —en realidad, básicamente de las cajas de ahorros— ha sido de 51.300 millones, a lo que habría que sumar los 168.000 millones en garantías y capital para el llamado «banco malo» (la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, más conocida como Sareb). Los recientes juicios sobre Bankia han sacado a la luz lo que en realidad ya se sabía: que los consejeros ignoraban lo que pasaba en la entidad, que estaban ahí solo para cobrar, que se falseaban las cuentas, que se miraba para otro lado, etc.

Un ejemplo de cómo empezaron a funcionar las cajas tras la politización de sus órganos de gobierno se encuentra en el relato que hace Jaime Terceiro, presidente de Caja Madrid de 1988 a 1996, de su salida de la misma: en 1996, el PP y Comisiones Obreras (CC. OO.) firmaron un pacto (al que se sumó Izquierda Unida [IU]) que, entre otras cosas, incluía la política de inversiones y nombramientos.[8] El pacto, contrario a la ley de cajas que establecía la independencia de los consejeros, provocó que Terceiro perdiera el apoyo del consejo, que le había ratificado por unanimidad solo un año antes, por lo que dimitió. No había intención de disimular: se nombró presidente a Miguel Blesa —inspector de Hacienda, amigo personal del presidente Aznar y, por supuesto, sin ninguna experiencia previa en el mundo financiero— y vicepresidente a José Antonio Moral Santín (de IU). También llegó al consejo Francisco

Baquero, marido de María Jesús Paredes, la entonces secretaria general de la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comfia CC. OO.

De esos polvos vinieron después los lodos de las tarjetas *black*, las preferentes, la salida a bolsa y, finalmente, el ruinoso rescate de Bankia. También es significativo que fuera el propio Rodrigo Rato, entonces todopoderoso vicepresidente del Gobierno, el que en aquel momento tratara de convencer a Terceiro para que dimitiera sin armar lío, haciéndole una oferta de esas que no se puede rechazar: la presidencia de Iberia... que él rechazó.

Si no me funciona un legislador, me busco otro: las gasolineras desatendidas

El capitalismo clientelar es muy flexible: si un legislador no le hace caso, quizá se puede buscar otro, lo que, en un ordenamiento plurilegislativo como el nuestro, es muy apañado. Un interesante y reciente caso de capitalismo clientelar regional se encuentra en las gasolineras desatendidas, caso que, por cierto, recuerda un tanto al funcionamiento de los gremios que mencionábamos al principio. Las gasolineras desatendidas son establecimientos que funcionan de una manera muy simple: el conductor llega a la estación de servicio y reposta él mismo, paga con su tarjeta en unas máquinas automáticas y sigue tranquilamente su ruta. Son cerca de quinientas en toda España (algo menos del 5 por ciento del total, frente al más del 50 por ciento de Dinamarca o el 20 por ciento de Bélgica y Francia) y ofrecen el litro de gasolina y gasóleo entre un 10 y un 15 por ciento más barato que las convencionales, por sus menores costes.

Estas gasolineras *low cost* tienen su origen regulatorio en el Real Decreto 1523/1999, de 1 de octubre, que contiene su concepto en el anexo II, y vienen a ser permitidas por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que modifica diversas leyes y las adapta para que

incluyan el libre acceso a las actividades de servicios, y por la Ley 11/2013, de apoyo al emprendedor, que reforma la Ley del Sector de Hidrocarburos.

Sin embargo, esta «innovación» choca con las reivindicaciones que, desde hace tiempo, hacen sindicatos y empresarios de las gasolineras, o sea, los «gremios», quienes afirman que las *low cost* suponen un peligro porque no hay nadie que supervise la manipulación de la gasolina, eliminan puestos de trabajo, no son accesibles para los minusválidos y hacen imposible cualquier reclamación por no haber nadie en el lugar.

De hecho, el *boom* de las gasolineras desatendidas o *low cost* puede estar en peligro, porque varias comunidades autónomas —Navarra, Andalucía, Castilla-La Mancha y Aragón— han legislado en contra, exigiendo que al frente de las mismas haya siempre una persona debidamente formada y estableciendo otros requisitos de seguridad y a favor de los discapacitados. O sea, han emitido algunas «ordenanzas» que, curiosamente, coinciden con los intereses de los gremios y que, previsiblemente, fueron instadas por estos.

Porque la realidad no es, muy probablemente, que los «gremios» y las «élites» estén muy preocupados por la seguridad o los minusválidos (como ya hemos dicho, en Europa, el porcentaje de implantación es de un 50 por ciento y no pasa nada), sino que radica, como en tantas ocasiones, en intereses, comprensibles pero particulares. Según parece, la diferencia en coste entre gasolineras atendidas y desatendidas es de 5 a 8 céntimos por litro. Si las atendidas tuvieran que bajar el precio en esas cantidades, tendrían un lucro cesante de entre 150.000 y 240.000 euros por año. Si el propietario de la gasolinera automática decide trabajar con menos margen, la gasolinera tradicional puede entrar en pérdidas y tener que cerrar, salvo que renegocie sus contratos de alquiler, automatice sus instalaciones (lo que no puede hacer, porque tiene tienda

abierta) o busque nuevas fórmulas para ingresar (por ejemplo, confundir al usuario sobre la calidad del producto). Y, aun así, tendrá que soportar los costes incurridos, los pasivos laborales y la tienda.

Esta es la cruda realidad: el problema no son los discapacitados o la metrología, sino la supervivencia de un sistema frente al desarrollo de otro más eficiente y que beneficia a los consumidores, que pagarán menos por la gasolina. Lo mismo que ocurría con los gremios.

La diferencia entre el mundo de los gremios y el actual es que, aunque intenten conseguir «ordenanzas» que los protejan, nuestra sociedad es más abierta, hay más información y existen otras instituciones que velan para que el capitalismo clientelar no triunfe. Merece la pena mencionar, en este sentido, el informe de la CNMC sobre la cuestión, de 28 de julio de 2016, que ha puesto de manifiesto que las condiciones impuestas por esas normas autonómicas relativas a presencia física, controles metrológicos, discapacitados, etc., van más allá de la regulación estatal, rechazando los argumentos esgrimidos en defensa de la regulación restrictiva y entendiendo que esta no está justificada, porque no responde a los principios de la regulación económica eficiente —la cual se conecta, por un lado, con el principio de necesidad (detección de un fallo en el mercado) y, por el otro, con el de proporcionalidad y de no discriminación.

Aunque no tiene carácter vinculante, la influencia del informe es grande y debe ser complementado con otros argumentos legales relativos a la desnaturalización del concepto de «gasolinera automática», ya aceptado por la ley estatal, y al principio de unidad de mercado de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

No somos unos talibanes de la competencia: entendemos los costes sociales y de otros tipos que la innovación puede suponer, y estamos convencidos de que una de las funciones de los poderes públicos es garantizar que los cambios se hagan sin excesivos daños

colaterales. Pero también entendemos que las gasolineras automáticas se van a extender —y que deben hacerlo— y que no se puede poner puertas al campo.

4

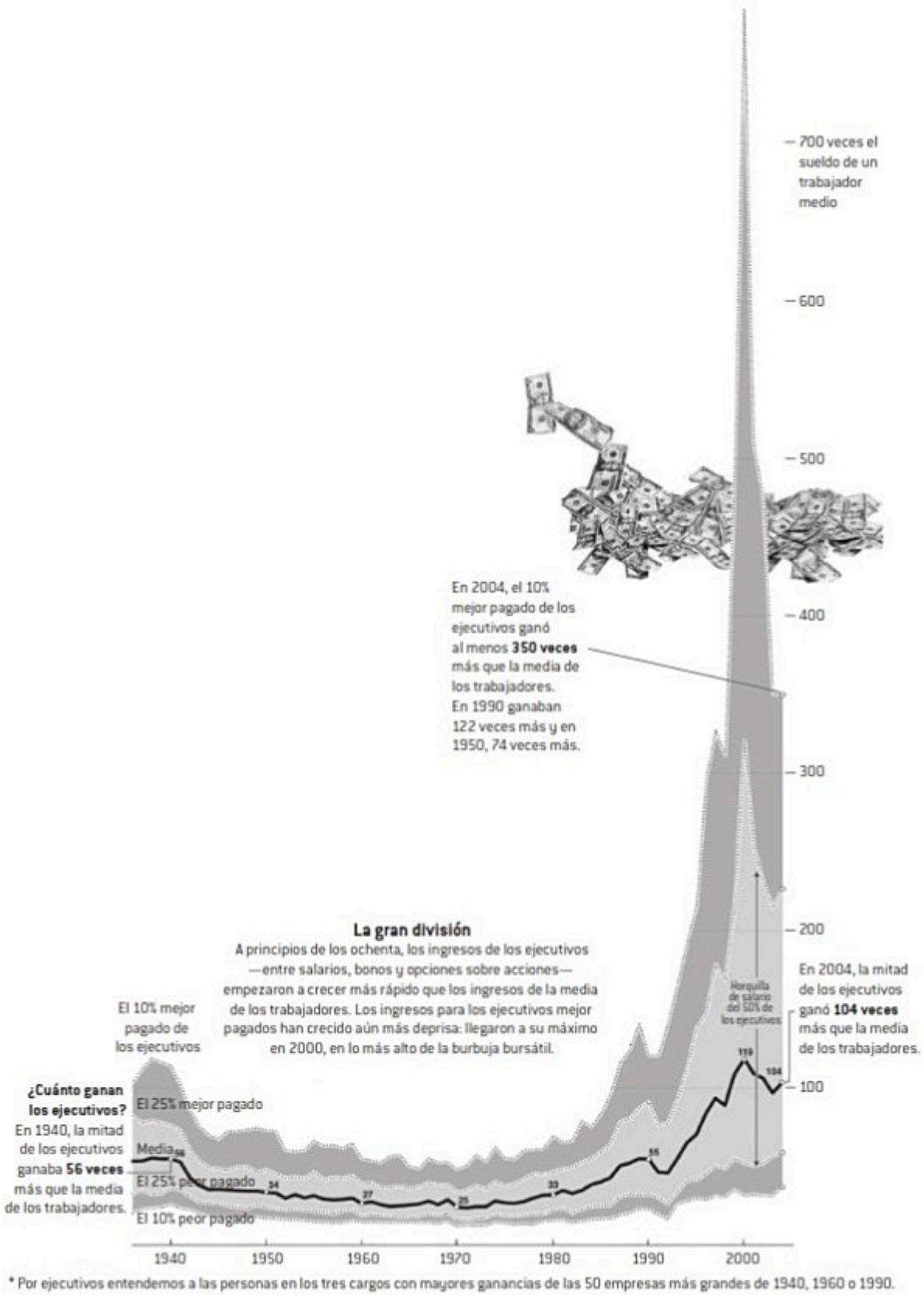
DÉJAME QUE ME AUTORREGULE

PORQUE YO LO VALGO

Observen el gráfico de la siguiente página: en los últimos decenios, se ha producido un fenómeno muy interesante. Una ratio que había permanecido estable desde los años cuarenta se dispara a partir de los noventa. Se trata de la relación entre el sueldo de los directivos y el de los trabajadores de sus empresas. En los años cuarenta, el sueldo de la mitad de los ejecutivos era superior en 56 veces al sueldo medio de los trabajadores, y esta relación permanece estable —e incluso desciende un poco— hasta la década de 1990; en 2004, ha ascendido a 104 veces más. El sueldo del 10 por ciento de los ejecutivos pasa desde 100 hasta 350 veces el sueldo del trabajador medio (con puntas de hasta 700 veces).

Bueno —pensará el lector—, quizá esos sueldos estratosféricos de los gestores sean el laborioso fruto de su mayor productividad, multiplicada exponencialmente a consecuencia de la globalización. Como señala Luis Garicano en su libro *El dilema de España*, para entender la existencia de esos sueldos elevadísimos hay que tener en cuenta el fenómeno de las economías de escala, particularmente ligado a las tecnologías de la información: hace cien años, un jugador de fútbol muy bueno podría estar en segunda división y otro, un poquitín mejor, en primera, y ganar también un poquito más. Hoy, la difusión y la repercusión a nivel mundial de los partidos de primera en una liga como la nuestra hace que se mueva muchísimo más dinero y que, en consonancia, el jugador de primera

un poquito mejor que el de segunda gane, en cambio, cantidades enormes en comparación. Al fin y al cabo, sus goles los presencian millones de espectadores de todo el mundo. Y eso ocurre, también, con los abogados o ejecutivos que se mueven en ámbitos globales, donde las cantidades de dinero que se manejan son muchísimo mayores que a escala local o nacional.



* Por ejecutivos entendemos a las personas en los tres cargos con mayores ganancias de las 50 empresas más grandes de 1940, 1960 o 1990.

Fuentes: *The New York Times*, a partir de Carola Frydman, de Harvard, y Raven E. Saks

Fuentes: *The New York Times*, a partir de Carola Frydman, de Harvard, y Raven E. Saks, de la Reserva Federal.

O, quizás, la explicación sea que nuestro sistema capitalista funciona así, de manera que estos incentivos son imprescindibles para retener «talento» y contar con los mejores ejecutivos y gestores, que, de no percibir esa retribución, se irían derechitos a la competencia. O, sencillamente, que estas decisiones se mueven dentro del ámbito de la autonomía privada del que paga y el que cobra y, por tanto, el Estado no tiene por qué meter sus narices en este asunto para complicarlo todo imponiendo limitaciones y poniendo trabas. Estas justificaciones serían aceptables si, cuando vinieran mal dadas, los responsables de las empresas sufrieran también las consecuencias de sus malas decisiones e, igual que los trabajadores, fueran despedidos o vieran reducidas sustancialmente sus retribuciones. Pero lo interesante es que la evidencia empírica nos dice que esto no es lo que ocurre en la realidad. Todo lo contrario. Siguiendo una de las máximas preferidas del capitalismo clientelar, los beneficios se reparten privadamente entre unos pocos, pero las pérdidas se socializan entre unos muchos, normalmente, los trabajadores y los accionistas, cuando no directamente los contribuyentes.

Como caso paradigmático, cabe señalar el escándalo por el pago de bonus millonarios a directivos del banco UBS, que tuvo que ser rescatado por el Estado suizo en 2009. De ahí surgió la iniciativa impulsada por un joven estudiante, David Roth, de establecer un tope a las retribuciones de los directivos: ningún empleado de una empresa debe ganar en un mes más que cualquier otro en un año. De ahí surgió el nombre de la propuesta, 1:12, que, finalmente, no fue aprobada en referéndum.

Y, si esto sucede en la avanzada Suiza, ya se imaginarán lo que ha pasado en España: lo mismo pero al cuadrado. De hecho, en los últimos cuatro años, la retribución media anual de los consejeros de las empresas del IBEX 35 aumentó un 10 por ciento, lejos de la caída del 5 por ciento de media que experimentaron los salarios del

resto de los trabajadores españoles en el mismo periodo (incluidos los de las empresas del IBEX 35).[1] Por su lado, el Observatorio de la Responsabilidad Social Corporativa proporciona un dato parecido en su informe de 2012: de 2007 a 2011, los beneficios de las empresas del IBEX 35 cayeron un 36,3 por ciento, mientras que las remuneraciones de los directivos crecieron un 22,9 (y un 9,4 en el caso de los consejeros ejecutivos).[2] Un ejemplo hispánico memorable es el del CEO de Indra durante mucho tiempo, Javier Monzón. Esta empresa privatizada había cosechado unas importantes pérdidas, pues en 2014 su cotización bajó un 31,80 por ciento (convirtiéndose en el segundo peor valor del IBEX 35). Una parte de sus acciones fue adquirida por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), es decir, por los contribuyentes españoles. Ese mismo año, este personaje blindó su posible destitución (aún más de lo que ya estaba) con un fondo de 21 millones de euros, ante el riesgo de que pudieran cesarle. El entonces ministro de Defensa, Pedro Morenés, se lo quería quitar de en medio (y eso que se supone que, en los nombramientos de una empresa privada, los políticos no tienen nada que decir, y bla, bla, bla...); claro está que finalmente lo consiguió. Fue sustituido por Fernando Abril Martorell, otro especialista en empresas con conexiones con el poder político. En este caso, el cambio se consiguió merced a la entrada de la SEPI (adscrita al Ministerio de Hacienda) en el capital de Indra, con un 20,14 por ciento de las acciones y con la colaboración inapreciable de uno de los «capos estrella» de nuestro capitalismo clientelar, César Alierta, dado que Telefónica también entró en el capital de Indra. Todo muy edificante y muy conforme con las «reglas del mercado». Como sin duda lo fue, también, la adquisición de la empresa tecnológica de servicios en la nube del expresidente Felipe González y el blindaje de su hijo fotógrafo como «elemento clave» de la misma, de forma que, si Indra decidía prescindir de sus servicios, tenía que indemnizarle con la módica cantidad de 375.000 euros, según publicó en su día el periódico *El Mundo*.[3]

¿Son, pues, los sueldos de los ejecutivos un reflejo de su productividad? ¿Son imprescindibles para retener el talento, como nos repiten los defensores de que los directivos se pongan los sueldos que les parezcan, por mal que vaya la empresa? Pues no está tan claro. Hay teóricos, como Cary Cooper, profesor de la Lancaster University Management School, que califican de mito la necesidad de altos bonus para atraer y retener el mejor talento, que es el argumento fundamental que se suele utilizar: desde su punto de vista, se trata de la clásica justificación chantajista que usan los banqueros y que, incluso, es contraproducente, porque, cuando el dinero se convierte en la única motivación para trabajar en una empresa, nos encontramos con el tipo de actitud avariciosa que nos ha abocado al escenario en el que estamos ahora.[4] La conclusión es que, con este tipo de incentivos, los directivos venderán cualquier producto sin importarles el riesgo, ya que su único objetivo es enriquecerse. Y, además, lo harán con buena conciencia.

Pero —dirán los lectores más celosamente defensores de la economía de mercado— ¿no es este un problema que el mercado puede resolver con su juego de oferta y demanda? Pues, lamentablemente, no, por la sencilla razón de que el mercado está trucado. Y lo está porque, en la realidad, esas remuneraciones astronómicas no las han venido fijando quienes las pagan sino quienes las cobran, así que olvídense del mercado y de la oferta y la demanda. Esto es lo que ha sido habitual en las grandes sociedades de muchos países capitalistas y, por supuesto, es lo que ha sucedido también en España. La explicación técnica es que ningún precepto normativo establecía, para las sociedades anónimas (que son las que tienen un capital superior a 60.000 euros), la obligación de que la remuneración de los administradores sea fijada por la Junta General de Accionistas; a diferencia de lo que dispone el art. 217 de la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades de responsabilidad limitada, que son las que tienen un capital social superior a 3.000 euros (aparte de otras diferencias en las que ahora no es necesario entrar).

El hecho de que la remuneración de los administradores no deba ser fijada por la junta de accionistas (es decir, por los dueños de la empresa: los accionistas) ha provocado, en la práctica, que el sueldo se lo fije el mismo que lo cobra, con la correspondiente y lógica proliferación de comportamientos abusivos. Así figura en muchos de los estatutos sociales de estas sociedades y, además, esta situación era tolerada indirectamente por el artículo 61 —hoy derogado— de la Ley del Mercado de Valores —reformada por la Ley de Economía Sostenible—, ya que solo exigía información sobre la política de remuneraciones «aprobada por el consejo para el año en curso». Tras la reforma de 2014, se han introducido algunas correcciones en este sistema, al que luego haremos referencia. Como comprenderán, los ejecutivos afectados (y los despachos de abogados contratados por ellos para defender sus intereses) se han resistido y continúan resistiéndose con uñas y dientes a los cambios que pretenden limitar su autonomía para fijarse ellos mismos el sueldo. No es extraño: tienen mucho que perder si las cosas cambian.

En definitiva, como decía Manuel Conthe, expresidente de la CNMV: «Si el mercado fuese altamente competitivo, con procesos de selección a nivel mundial, se aplicaría la lógica de mercado en los sueldos para fichar al mejor en algo... Pero en España la provisión de puestos directivos se hace con poca luz y taquígrafos, entre las partes vinculantes, y en cambio, se aplican salarios del mercado más rabioso».[5] Los excesos retributivos, sostiene, se dan sobre todo en empresas sin accionistas de control, y «tan importante como la transparencia es que alguien fiscalice esos excesos». O sea, que en un mercado perfecto podrían obtenerse resultados eficientes, pero en uno que sea profundamente clientelar, como el nuestro, los resultados serán también ineficientes o peligrosos. Eso sí, no esperemos que los directamente beneficiados por el sistema, cuya justificación para establecerse unos sueldos tan prodigiosos es precisamente que ellos son «los mejores» y que han sido seleccionados como tales en un mercado muy competitivo y abierto,

vayan a cambiar las reglas que tanto les favorecen. Aunque se trate del hijo fotógrafo de Felipe González en Indra o del exjugador de balonmano yerno del rey emérito en Telefónica, no les quepa duda de que todos ellos consideran que fueron contratados por sus méritos en un mercado ferozmente competitivo y que tienen el sueldo que se merecen.

Pero ¿por qué nos indignamos tanto con estos casos que, en definitiva, a quienes pueden perjudicar es a los propios accionistas de esas sociedades? ¿Qué tiene que ver con el capitalismo clientelar? Pues mucho. La cuestión de la remuneración de los directivos, como otras relacionadas con la edad de la jubilación de los gestores, el tiempo máximo que se puede estar en el cargo, las cuotas femeninas, la representatividad del accionista, los *checks and balances* (controles y equilibrios) dentro de las empresas, etc., se estudian dentro de lo que se denomina «gobierno corporativo» de las empresas. Su objetivo es tratar de resolver los problemas de agencia que surgen entre los directivos y los accionistas y, también, los problemas de conflictos de intereses entre los socios de referencia y los socios minoritarios.

Pues bien, lo que intentaremos demostrar a continuación es que las cuestiones de gobierno corporativo no son asuntos que interesen única y exclusivamente a los accionistas y directivos de una empresa, sino que, en muchísimos casos, afectan a otros muchos colectivos, empezando por los usuarios o consumidores, pasando por los ciudadanos en general (los denominados *stakeholders*, por oposición a los simples *shareholders* o accionistas, en terminología anglosajona) y terminando con toda la sociedad, como ha venido a poner de manifiesto la crisis financiera.

Si esto es así, dado que, difícilmente, un mercado por sí mismo será tan perfecto como para resolver de modo satisfactorio todos los problemas, debemos preguntarnos hasta qué punto es importante la regulación (o su falta) en el gobierno corporativo de las empresas. Esto supone cuestionarse el dogma de que el mercado encontrará siempre la solución más eficiente a los problemas que se vayan

planteando, entre ellos, el típico problema de la «relación de agencia» entre los dueños de las compañías —es decir, los accionistas— y los gestores —o sea, los ejecutivos—. Recordemos que el problema de agencia se plantea cuando el agente (en este caso, el directivo) tiene incentivos y herramientas para disponer de una agenda propia y diferenciada de la de su principal (el accionista), al que en principio debería representar y cuyos intereses debería tener en cuenta en primer lugar, dado que es el dueño de la empresa. Algo parecido, para entendernos, ocurre con los políticos y los ciudadanos cuando los intereses de los primeros colisionan claramente con los de los segundos, siendo así que —según la teoría, al menos— los representantes políticos deben servir siempre a los intereses de sus representados y no a los suyos propios.

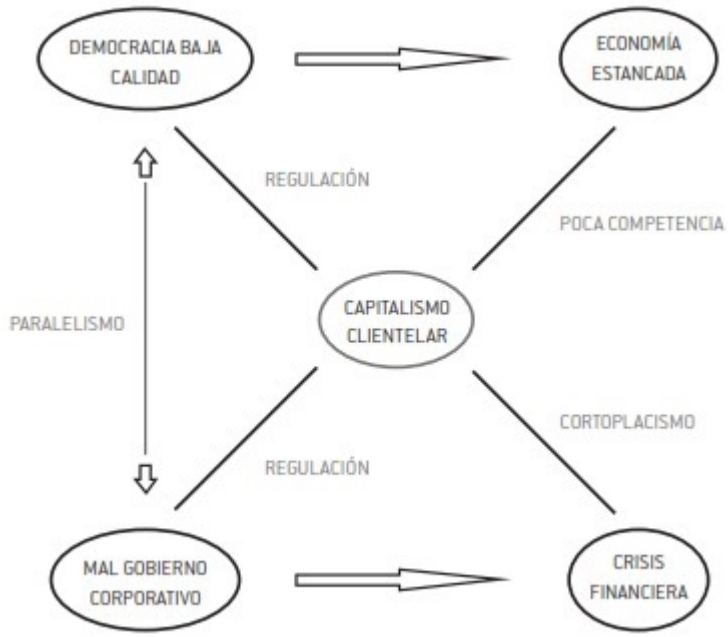
Sin embargo, la doctrina económica y —lo que es peor— la doctrina jurídica dominantes en los países con economías de mercado han venido defendiendo que la oferta y la demanda pueden resolver eficientemente esos problemas de agenda, y que los beneficios de los gestores serán adecuadamente fijados por el mercado, que también penalizará su mala actuación, de manera que los accionistas siempre tendrán mecanismos para diferenciar a los buenos CEO y ejecutivos en general de los pésimos. Pero ¿es esto realmente así? Pues la verdad es que no siempre. O, para ser más exactos, no es lo que sucede cuando predomina el capitalismo clientelar.

El mal gobierno corporativo: ¿epifenómeno de la democracia de baja calidad?

Por supuesto, el conflicto que puede surgir entre gestores y propietarios en una empresa no es precisamente algo nuevo. En cuanto ha habido una crisis económica o financiera importante, son muchos los insignes pensadores que se han fijado en este problema. Por ejemplo, en 1720, estalló una crisis en las compañías coloniales

a consecuencia de un grave *boom* especulativo que el mismísimo Adam Smith atribuyó al desinterés de los socios y también a un defecto estructural de regulación que permitía un gobierno de las empresas sin el control de la «junta de propietarios». Era natural, entonces, esperar «que en el manejo de sus negocios prevaleciera la insensatez, la negligencia y el derroche», así como las inversiones absurdas para incrementar artificialmente beneficios o favorecer intereses políticos que nada tenían que ver con el de la compañía. Años más tarde, tras el hundimiento de la bolsa de Viena de 1873, el insigne y conocido jurista Rudolf von Ihering declaraba, compungido, que la posición del administrador entraña una gran tentación: «Incitada la codicia por el manejo permanente de los bienes extraños, se le presenta una ocasión favorable como a ningún otro para apoderarse de los mismos».[6]

Pero debemos centrar el tiro. ¿Qué tiene que ver que los administradores tiendan a aprovecharse de su posición en una empresa con el capitalismo clientelar o con el funcionamiento de las instituciones públicas? Ya hemos dicho más arriba que el capitalismo clientelar es el reverso de la democracia de baja calidad. A continuación, intentaremos exponer sus relaciones gráficamente.



Lo que queremos decir con este gráfico es que el mal funcionamiento del gobierno corporativo es el equivalente en el sector privado del mal funcionamiento de las instituciones públicas, del que tanto hablamos en nuestro libro anterior. Y, de alguna manera, el diagnóstico actual es parecido al que hicimos en el libro ¿*Hay derecho*?: en las grandes compañías se ha producido un desplazamiento del poder desde los propietarios o accionistas hacia la dirección o los gestores. Las razones son múltiples, pero pueden resumirse en las siguientes: atomización de la propiedad, falta de organización —y, por tanto, de posibilidades de movilización—, falta de transparencia, falta de auténtica rendición de cuentas y concentración de los recursos (empezando por el más valioso: la información) en manos de la dirección.

En este contexto, es natural que los gestores de una empresa tiendan a priorizar sus intereses personales sobre los de la compañía. Esta priorización se suele concretar en enormes remuneraciones económicas, independientes de la marcha de la empresa. Particularmente peligrosas se han revelado las escandalosas retribuciones variables sobre atrevidas inversiones a

corto plazo, ajenas al riesgo que estas inversiones conllevasen para la empresa y sus accionistas a medio o largo plazo. De la misma forma, si ha hecho falta, no se ha dudado en alterar o falsear contabilidades o auditorías para perpetuarse en el poder (por eso son los directivos quienes contratan y pagan a las auditoras, no nos olvidemos), realizar inversiones absurdas para incrementar artificialmente beneficios o favorecer intereses políticos que nada tienen que ver con el de la compañía. Como decía el conocido economista John Kenneth Galbraith, esta realidad constituye el verdadero «fraude inocente» de nuestro tiempo, porque, aunque ese desplazamiento de poder es evidente, la creencia sigue siendo que son los accionistas los que controlan las corporaciones, con todo lo que ello supone.[7]

Galbraith también recuerda el dato fundamental de que la remuneración de la dirección es en realidad fijada por esta y no por los propietarios, como erróneamente se suele creer, considerando que esta forma de funcionar constituye a veces un verdadero robo, particularmente, cuando el salario de los directivos aumenta aunque las ventas bajen. Concluye su análisis con una cita que no nos resistimos a copiar: «He aquí el hecho fundamental del siglo XXI: un sistema corporativo basado en un poder ilimitado para el autoenriquecimiento». Si nos fijamos en el incremento del patrimonio de astros de nuestro capitalismo clientelar, por ejemplo, en el de Antonio Brufau, presidente de Repsol, antes y después de su paso por esta empresa (si es que alguna vez sale de ahí, aunque ahora comparte algunas de sus funciones ejecutivas con su consejero delegado, Josu Jon Imaz, procedente directamente de la política), o de tantos otros que siempre han gestionado intereses ajenos, podemos hacernos una idea de a qué nos estamos refiriendo. Según datos de *El País*,[8] Brufau fue considerado en 2011 el cuarto directivo mejor pagado de las empresas españolas, al haber cobrado «por todos los conceptos» entre 10 y 12 millones de euros, incluyendo una gratificación puntual de 2,772 millones de euros por la entrada en el capital de la filial brasileña de Repsol de

una empresa china. Por lo menos, puede consolarnos que Repsol no haya sido rescatada con dinero de los contribuyentes y que incluso reparta dividendos. Algo es algo porque, como hemos visto, muchos directivos de cajas rescatadas o de empresas quebradas se pusieron también sueldos estupendos. Y la falta de reparto de dividendos, que nosotros sepamos, no ha alterado tampoco en lo más mínimo las retribuciones de los directivos de las empresas que, como Telefónica, dejaron de pagarlos o los rebajaron sustancialmente para reducir su deuda.[9]

En definitiva, este mal gobierno corporativo podría considerarse un epifenómeno de nuestra crisis institucional, una especie de remedo privado de la crisis de las instituciones (a las que dedicamos nuestro anterior libro) y de nuestro Estado de derecho. Lo mismo que hoy el Gobierno o Poder Ejecutivo controla todos los resortes del poder (convirtiendo el sistema en lo que Karl Loewenstein llamaba «parlamentarismo castrado») o que los partidos han ido invadiendo y colonizando todos y cada uno de los organismos llamados a controlarlos y limitarlos, algo parecido ha ocurrido en las grandes empresas.

La lección que podemos extraer de esta analogía es que las consecuencias negativas de esta acumulación de poder en la cúpula son muy parecidas en el ámbito de la política y en el de la economía. Básicamente, estamos potenciando la existencia de determinados agentes que no son susceptibles de control, que no rinden cuentas ante nadie y que podemos denominar «oligarcas» en el genuino sentido de la palabra, ya que son más fuertes que el propio sistema. Internamente, tanto políticos como directivos clientelares son capaces de crear una cohorte de fieles que se lo deben absolutamente todo —empezando por sueldos que muy difícilmente ganarían en el famoso «mercado» sin la protección del oligarca— y que, a modo de guardia pretoriana, están dispuestos a luchar férreamente por su supervivencia. Los contrapesos se eliminan al mismo tiempo que las críticas incómodas. Los efectos inevitables son el abuso de poder, la falta de rendición de cuentas y la sensación de

impunidad, con la consiguiente pérdida de conexión con la realidad, tan importante en la política como en una empresa que vive de vender bienes y servicios.

Externamente, la cuestión no es menos grave. La identificación práctica entre el oligarca y su organización atribuye al primero una potencia de fuego insuperable —especialmente, en el caso de las grandes empresas— a la hora de participar o influir en el debate público; potencia que no se usa para los intereses generales de la colectividad y, en muchas ocasiones, ni siquiera para los de su organización o, al menos, no para los de sus accionistas o propietarios. Efectivamente, el oligarca puede comprar sin problemas los servicios de los mejores consultores, de los mejores abogados y de los mejores periodistas para convencer al Gobierno o a la opinión pública de lo que considere oportuno, siempre en defensa propia. Eso, cuando se molesta en ocuparse de la ciudadanía, porque en un país como España, con una sociedad civil muy débil y unos medios de comunicación muy capturados, a veces es más cómodo y más rentable contratar directamente a expolíticos bien relacionados o a familiares y afines de políticos en activo.

Relaciones entre mal gobierno corporativo y economía: la crisis financiera

Por estas razones, no se trata únicamente de que el mal gobierno corporativo guarde esta perfecta relación de simetría con el mal gobierno a secas. El mal gobierno corporativo no nos interesa solo por su paralelismo con nuestra crisis política e institucional: nos interesa porque tiene una relación directa con la crisis financiera, cuya solución ha sido un magnífico exponente del funcionamiento del capitalismo clientelar, y no solo en España, tal y como explicaremos en el epílogo.

Es bien sabido que la crisis financiera tuvo su origen en una serie de comportamientos fraudulentos y negligentes por parte de los directivos de muchas entidades financieras, producto de un sistema de incentivos perverso, así como de una adecuada falta de supervisión y de un clima general de permisividad y desregulación. Pero ¿cómo explicar que los CEO y sus consejos de administración llegaran al extremo de tolerar comportamientos que, en último término, podían llevar a la destrucción de la gallina de los huevos de oro, es decir, de sus propias empresas? Quizás a esta pregunta sea más fácil responder con un ejemplo. Tomemos prestado del impactante documental (y posterior libro) de 2010 *Inside Job*, de Charles Ferguson, el caso de Jimmy Cayne, sobre la crisis financiera.

Jimmy Cayne era el consejero delegado de Bear Sterns desde 1993 y su presidente desde 2001. No era una persona agradable; al parecer, disfrutaba siendo grosero con sus subordinados, a los que frecuentemente insultaba en público. Cuando, a consecuencia de la burbuja inmobiliaria, se hizo multimillonario, dejó de ser simplemente odioso para, además, desconectarse de la realidad: reservó un ascensor para su uso exclusivo en las oficinas de la entidad, disfrutaba de fines de semana de cuatro días y de vacaciones constantes, pagaba 500.000 dólares a dos jugadores profesionales de golf italianos para que jugaran con él y jugaba al *bridge* mientras fumaba marihuana. Sorprendentemente, su comportamiento no cambió cuando se produjo la crisis financiera en 2007. Siguió haciendo exactamente lo mismo. Un día de julio de 2007, comunicó a los partícipes el colapso de dos de sus fondos de inversión y, al día siguiente, se fue tranquilamente a jugar un torneo de *bridge*.

Este no es un caso único: durante los tiempos de la burbuja, muchos ejecutivos se construyeron pequeños universos paralelos a su alrededor, en los que se aislaban —literalmente— del mundo. Se encerraban en entornos privados inaccesibles para sus empleados, además de rodearse de una corte de aduladores muy bien pagados y de un consejo de administración complaciente e incompetente. Lo

malo es que estos personajes tenían ya tanto dinero «a salvo» fuera de la empresa y tantas indemnizaciones aseguradas en caso de desastre que, en realidad, no les importaba nada lo que ocurriera con ellas. Como dice Ferguson en su película, la atmósfera psicológica que se había generado en este universo paralelo era al menos tan importante como la generada por los incentivos perversos. La sensación de que allí, en el Olimpo, todos hacían más o menos lo mismo y que se habían liberado de las reglas que rigen para el resto de los mortales debía de ser muy potente.

Por tanto, cómo se gobiernan las empresas no es una cosa que solo interese a ellas, a sus propietarios o directivos, ni siquiera a sus empleados o clientes y a sus consumidores, sino que nos afecta a toda la sociedad. Sencillamente porque sus decisiones y sus actuaciones —especialmente en el caso de grandes empresas, multinacionales y entidades financieras— afectan a la economía en su conjunto. Sin necesidad de profundizar en el análisis de la crisis financiera que hemos padecido —con sus consecuencias en términos de pérdida de puestos de trabajo, desigualdad y alza de movimientos políticos antisistema—, nos parece que una de sus causas ha sido, precisamente, cómo se gobernaban ciertas empresas *too big to fail*, con base en sistemas de incentivos que convertían a sus directivos en multimillonarios absolutamente irresponsables.

Efectivamente, los incentivos que tenían los gestores de este tipo de compañías eran del todo perversos y extremadamente peligrosos, ya que recibían enormes retribuciones en efectivo sobre ganancias a corto plazo —con independencia de sus efectos para la empresa en el medio o largo plazo—, se toleraban situaciones escandalosas de conflictos de intereses y no existían mecanismos para exigir rendición de cuentas ni para penalizarlos en caso de pérdidas o, incluso, de desastre. Además, casi nadie arriesgaba su propio dinero ni existían, aparentemente, líneas rojas derivadas de unos mínimos principios y valores éticos. En definitiva, la desconexión entre los resultados de las decisiones tomadas y la

responsabilidad de los directivos era total: fueran los que fueran los rendimientos para la empresa, las retribuciones y los bonus de los gestores subían siempre.

No se trata de meras hipótesis: Víctor Lapuente, profesor en el Instituto para la Calidad de Gobierno de Gotemburgo (Suecia), ha situado los conflictos de interés entre propietarios y directivos en la base de la crisis, junto con los abusos de los ejecutivos de los bancos, los programas de remuneración y los incentivos de los directivos.[10] Se trata de la hipótesis denominada «*managerial incentives hypothesis*» (es decir, tesis de los incentivos de los gestores), sobre el origen de la Gran Recesión.

El problema es que, cuando las empresas quiebran —sobre todo, cuando son muy grandes—, sufren los trabajadores, los accionistas, los clientes, los proveedores y, en caso de rescate público, los contribuyentes, es decir, todos. Por eso es tan importante que las empresas estén bien gobernadas: una buena regulación y un buen sistema de incentivos deben actuar como instrumentos preventivos. El derecho es esencial para conseguirlos, pero, desde los años ochenta, el mensaje ha sido más bien el contrario: que el derecho es solamente un instrumento de la economía, un medio para que el mercado funcione con los menores costes de transacción posible. Dado que el mercado, por sí solo, es capaz de tomar decisiones mejores y más eficientes, lo mejor es que el derecho se limite a no molestar demasiado. Por eso se prefiere primar la autorregulación, las recomendaciones éticas, los códigos de buen gobierno y principios tan estupendos como el «cumple o explica», que permiten a la gran corporación cumplir o incumplir todas esas recomendaciones según lo que le venga bien, tenga o no una buena excusa. Como usted con Hacienda, vamos. Es lo que los anglosajones llaman *soft law* y lo que podríamos traducir como «derecho blando» —por oposición al *hard law*, llamado «derecho duro», o sea, derecho de verdad—, que es el que establece lo que a usted, querido lector, le ocurre cuando no le viene bien cumplir con sus obligaciones fiscales, por muchas buenas excusas que tenga.

En definitiva, como juristas que somos, queremos llamar la atención sobre la cuestión clave del papel del derecho en el mercado. No se trata de regular a destajo; se trata, como siempre, de regular bien. El *hard law* tiene, además, la ventaja de permitir a los legisladores que representan a toda la ciudadanía (y no solo a los directivos de las empresas) establecer cuáles son los valores que deben predominar en una determinada regulación y cuáles son los fines que se pretende conseguir. Y aportar los elementos necesarios (en forma de sistema de incentivos positivos o negativos) para que las normas se cumplan y los objetivos se alcancen. Pero, por supuesto, los directivos que hacen y deshacen a su voluntad en nuestras empresas se van a resistir como gato panza arriba.

Relaciones entre mal gobierno corporativo y capitalismo clientelar: el *soft law* o derecho blando como captura cultural

Hasta ahora, hemos puesto el foco en la relación entre mal gobierno corporativo y crisis económica. Pero, tal y como tratamos de exponer en nuestro gráfico, en el centro del problema está el capitalismo clientelar: porque, cuando las cúpulas de determinadas empresas adquieren una posición prácticamente invulnerable desde el punto de vista interno —con la posibilidad de actuar como verdaderos déspotas o como «dioses», a veces durante décadas—, también se les facilita crear sus correspondientes redes de lealtad personal (o puramente clientelar) fuera de sus empresas y con otros protagonistas destacados, normalmente, del sector público. No debemos olvidar que las empresas son seres inanimados que no acuden al palco del Bernabéu (o del Camp Nou, que son lo mismo a estos efectos) ni disfrutan del fútbol. Las relaciones clientelares se articulan a través de relaciones personales que pueden o no beneficiar a las respectivas empresas o entidades públicas, pero que —eso sí es seguro— benefician a sus gestores. Estas relaciones tan estrechas terminan concretándose con demasiada frecuencia en una

excesiva influencia en la génesis de la producción normativa, destinada a regular la actividad económica, en general, y el gobierno corporativo, en particular. En lo que aquí nos interesa, las élites de las grandes empresas consiguen, de esta forma, que las élites del poder público les hagan normas de gobierno corporativo a la medida. Así, los primeros pueden seguir manteniendo su posición de control sobre sociedades de las que no son propietarios y los segundos, obtener empleos muy bien pagados (presentes o futuros) u otro tipo de beneficios económicos o políticos, sin olvidar las declaraciones de «grandes empresarios» en las que defienden la política económica del Gobierno del momento.

No obstante, como también hemos dicho antes, a veces la cosa es peor y lo que hay es una especie de sumisión cultural, que se traduce en una adopción acrítica por parte del legislador o del Gobierno de los valores e intereses del sector de turno. Teniendo en cuenta que esto se da en un país que no se distingue por la categoría intelectual ni moral de sus dirigentes políticos (siempre con honrosas excepciones), no es de extrañar que ocurra. Antes de la última crisis, por ejemplo, el sector financiero consiguió convencer a los reguladores, no ya apelando a su interés material, sino al interés público, de que la desregulación era lo que mejor servía a los intereses generales que estos organismos tenían que defender. Cuando los reguladores compran esta idea, lo que ocurre, sencillamente, es que quienes mandan en el mercado van a mandar también en el derecho.

Y es que, en un gobierno corporativo «basado en el mercado», la voluntariedad es la regla, como corresponde siempre a la ley del mercado. Más vale el *soft law* que el *hard law*, el convencimiento que la imposición, la autorregulación que la norma externa, la libertad que la coacción. Se puede uno imaginar que, en este contexto, a la hora de crear las normas, lo normal es que prime la voluntad, sí, pero será la voluntad de quienes mandan de verdad en el mercado y no la de los que tienen un papel secundario o una capacidad mucho menor para intervenir (como los trabajadores, los

pequeños accionistas, los defensores del medio ambiente o, sencillamente, los defensores del interés común). De esta manera, el *soft law*, bajo su modalidad de códigos de buen gobierno, representa una sutil forma de captura del regulador o, al menos, una anulación de su auténtico poder, que es el de establecer normas coercitivas.

Efectivamente, el concepto de buen gobierno corporativo —y sus derivados de códigos de buen gobierno, códigos éticos o responsabilidad social corporativa— surge en el mundo anglosajón como intento de contrarrestar los excesos aparecidos en el gobierno de las empresas a partir del triunfo de las ideas que arrinconan al «derecho duro». Se trata de un conjunto de reglas que tienen por objetivo establecer soluciones a los problemas de agencia y a los conflictos entre gestores, accionistas y otros interesados en el buen gobierno de las empresas. El problema fundamental es que son reglas de cumplimiento voluntario. Eso quiere decir que rige el principio «cumple o explica», de manera que, si una determinada regla no se cumple (por ejemplo, sobre el porcentaje recomendable de mujeres en un consejo de administración, el perfil de los consejeros independientes, la transparencia de las retribuciones de los directivos o cualquier otra similar que se encuentre en estos códigos), basta con explicar por qué no se ha hecho. No hay ninguna consecuencia si se incumplen. Supuestamente, las empresas preferirán cumplir con el código de buen gobierno, porque el no hacerlo puede tener un coste reputacional de cara a los inversores, a los accionistas, a los consumidores o al público en general. En la práctica —como el avispado lector habrá intuido— eso no ocurre. En España, por lo menos, es evidente que no. ¿Cuántos españoles cambiamos de compañía de telecomunicaciones a consecuencia de decisiones como la contratación de Iñaki Urdangarin o de Rodrigo Rato por Telefónica después de que hubiesen saltado a la prensa las correspondientes investigaciones de las que eran objeto? ¿O cuando, pese a ser imputados formalmente los dos —en flagrante contradicción con el código de buenas

prácticas, por cierto—, siguieron en sus puestos? Como explicaremos más adelante, cuando la tolerancia social con estas prácticas típicas del capitalismo clientelar es tan alta como en España, el coste reputacional por adoptarlas, lógicamente, no existe.

Pero conviene hacer cuanto antes una precisión: el sistema americano, del que proceden estas nociones, no encaja demasiado en el mundo del derecho europeo continental, que es el nuestro. Responde a una concepción jurídica y cultural muy distinta: el sistema americano es un sistema de leyes habilitantes con una jurisprudencia muy flexible y poco uniforme, que se adapta mal a un régimen de disposiciones normativas como el continental, en el que predominan la previsión legislativa y la norma escrita y donde la jurisprudencia tiene un papel más limitado. Pero lo cierto es que el sistema anglosajón se fue imponiendo también en Europa, ya por moda, ya por imperativo de la globalización, ya por conveniencia de los gestores y de sus asesores. De manera que, cuando los excesos del gobierno de las empresas —y de las relaciones de agencia que presiden las de la propiedad con los gerentes— comienzan a manifestarse en Europa en casos tan sonados como el de Parmalat (denominado el caso «Enron europeo»), la solución ofrecida procede, también, del ámbito anglosajón: son los famosos códigos de buen gobierno u otras manifestaciones del derecho blando, que se adaptan mal a un sistema como el europeo continental. En todo caso, ese fue el modelo que se impuso, quizás por una debilidad estratégica o económica, en un momento tan tardío como 2002, con el informe Winter de la Comisión Europea, que enfoca esta problemática desde un punto de vista autorregulador.[11]

Esto no quiere decir, claro está, que la filosofía que impregna el movimiento del gobierno corporativo (*corporate governance*) sea rechazable, ni mucho menos. Puede ser un instrumento de toma de conciencia y de orientación legislativa, como, de hecho, lo ha sido en nuestro país, en el que fórmulas incorporadas a los códigos de buen gobierno acaban convertidas en *hard law* con el paso del tiempo. Pero, tomada como técnica fundamental o casi única de regulación

en un sistema al que esta le resulta muy ajena, puede producir consecuencias altamente indeseables. Ya se sabe, en aguas revueltas, ganancia de pescadores: y nuestros pescadores son nuestros capitalistas clientelares.

De esta manera, el proceso de creación de las normas que afectan al gobierno de las empresas queda alterado, y no precisamente a favor del más débil, sino de los que tienen más recursos y más poder. No es el Poder Legislativo el que adopta decisiones que se deliberan previamente en el Parlamento —se supone que buscando el interés común—, sino que ahora son «comisiones de expertos» (o *think tanks*) las que elaboran las reglas por encargo del Poder Ejecutivo. Estas comisiones elaborarán los códigos de buen gobierno que, en ocasiones y casi sin variación de fondo, se convertirán en una ley. Se trata de una ley hecha por quienes tienen más interés en confeccionarla a su medida. Volviendo a nuestro ejemplo anterior, es como si a cualquiera de nosotros le dejasen redactar la ley reguladora del IRPF. Seguro que le salía a devolver.

En conclusión, el *soft law* puede ser una forma muy posmoderna, discreta y cómoda de librarse del regulador sin despeinarse. Hay muchísimos ejemplos que así lo demuestran, pero pondremos uno actual. *El País* publicaba recientemente esta noticia:

> El Gobierno francés se está planteando recuperar una de las promesas de su campaña electoral de 2012: limitar de alguna manera las remuneraciones de los directivos de grandes empresas. El gabinete de François Hollande amenaza con legislar ante el alza desatada de los salarios millonarios de los principales ejecutivos del país. El Partido Socialista ha aprobado una enmienda parlamentaria en ese sentido, y cuarenta personalidades, entre las que hay destacados políticos de la formación del Gobierno, han suscrito un llamamiento para imponer un salario máximo. La patronal ha reaccionado revisando su código de buenas prácticas para evitar normas más restrictivas.

Esta última frase es la decisiva: «Déjame que me autorregule».[12]

Si, como pensamos en *Hay Derecho*, las instituciones y los incentivos son esenciales para que los gobiernos funcionen bien, ya sean los de los Estados o los de las empresas, hay que tener pocas normas, pero tienen que ser claras y tienen que cumplirse. El derecho blando puede ser un buen modo de burlarlas. Es un instrumento útil para ello: muy sofisticado y con aroma anglosajón, que siempre viste más que las prácticas castizas, más marrulleras y con menos anglicismos. Y esto es, aproximadamente, lo que sucede. El grado de cumplimiento en España de las recomendaciones en materia de gobierno corporativo es muy bajo: así se desprende del informe de gobierno corporativo que elabora la CNMV: en la página 94 del correspondiente a 2014 (anterior a la última reforma de la Ley de Sociedades de Capital), el porcentaje de sociedades que cumplen todas las recomendaciones del código unificado relativas a las retribuciones de los consejeros se ha incrementado, pero pasando del 29,6 por ciento en 2013 al 31,9 en 2014.[13] O sea, menos de un tercio.

EL *SOFT LAW* HISPANO

Por supuesto que el derecho blando y sus graves inconvenientes están absolutamente generalizados a nivel internacional, pero en España presentan ciertas particularidades que lo convierten en un fenómeno especialmente grave. La primera ya la hemos visto: el único fundamento serio del *soft law* es la existencia de costes reputacionales elevados, en el caso de que la «explicación» por «no cumplir» no sea suficientemente satisfactoria. Es decir, se supone que el mercado castigará de manera automática las cacicadas. Pero esto no ocurre en España, país con una muy débil conciencia cívica, un entramado institucional muy frágil, sin apenas asociaciones de accionistas y con unos medios de comunicación total o parcialmente capturados por la publicidad, por los créditos o por las inversiones directas de las grandes empresas. Por eso las empresas pueden

hacer «corta y pega» de sus explicaciones sobre por qué no cumplen su código de buen gobierno, sin despeinarse y con la tranquilidad de que nadie las va a leer (a excepción de unos cuantos técnicos o expertos sin ninguna capacidad de influir en la opinión pública).

Por todo ello pensamos que el porcentaje de *soft law* que debe existir en cada país no es algo que pueda valorarse de forma teórica y en abstracto, sino que tiene que tener muy en cuenta las circunstancias de hecho, culturales, institucionales, políticas y económicas y el tipo de mercado concreto del que se trata. Dicho de otra forma, lo que puede funcionar muy bien en Suecia o en Dinamarca, en España o en Italia puede ser, sencillamente, una tomadura de pelo.

El segundo dato a tener en cuenta es que muchas de las grandes empresas de nuestro país, o bien provienen directamente de monopolios estatales privatizados, o bien han crecido exponencialmente gracias a su adquisición. Las personas que las dirigen o las dirigieron durante décadas debieron su ascenso o consolidación a circunstancias coyunturales especialmente propicias, entre las que el favor de los políticos del momento fue, sin duda, la más importante. No queremos decir con eso que no sean personas muy bien preparadas o con la adecuada formación; lo que queremos decir es que su ascenso tuvo menos que ver con esa preparación que con estar en el sitio adecuado en el momento adecuado... y en contacto con el político adecuado. Si repasamos las historias de algunos de los ejecutivos más poderosos de nuestro país, como César Alierta, Antonio Brufau, Francisco González o José Ignacio Sánchez Galán, presidente de Iberdrola, veremos hasta qué punto es así. Insistimos: nada que ver con la de Amancio Ortega, dueño de Zara.

Como es lógico, estas conexiones políticas se han mantenido a lo largo del tiempo, gracias a la habilidad de los gestores para colocar en el gobierno corporativo de la entidad a políticos de todos los colores, con la finalidad de cubrirse las espaldas ante los

inevitables cambios de Gobierno. No cabe duda de que, en este sentido, la palma se la lleva Telefónica, cuyo gobierno corporativo primario y secundario (filiales y segundos escalones) permitiría escribir de primera mano una historia política de la democracia española desde la Transición.

La combinación de ambos factores produce una oligarquía empresarial mucho más enquistada y resistente que la que existe en otros países europeos, y que es prácticamente inmune a los incentivos blandos característicos del *soft law*. No se trata solo de que sus representantes más señeros sean capaces de sobrevivir a una gran cantidad de cambios de Gobierno (como se decía de Fidel Castro respecto de los presidentes de Estados Unidos), sino que, cuando se mueren o se retiran (esto último, casi siempre aparentemente), se las apañan para elegir a su sucesor. La sucesión de Emilio Botín, tras su repentina muerte, por su hija Ana Patricia al frente del Banco Santander es todo un ejemplo de intriga palaciego-corporativa digna de la corte de los Médici.

Veamos algún caso de más trascendencia para el público en general que ponga de relieve el poder omnímodo de la familia Botín, al menos, en España. A efectos comparativos, podemos traer a colación el caso Libor, un escándalo por manipulación de este índice de referencia, descubierto en el Reino Unido en el año 2012 y que afectó a varios bancos, entre ellos, al gigante Barclays. Pese a que el poderoso CEO de la entidad, Bob Diamond, no quería dimitir —y tampoco lo quería su consejo de administración, dada su magnífica gestión, obviando el pequeño detalle del fraude—, bastó una llamada del gobernador del Banco de Inglaterra y del director de la FSA (el equivalente de la CNMV británica) para que todo el mundo reconsiderase rápidamente su posición. Comparemos, ahora, esta situación con lo ocurrido en España con el Banco Santander en tiempos de Emilio Botín y de su consejero delegado Alfredo Sáenz, condenado por un gravísimo delito. Este último no solo fue indultado por el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero (y con el consentimiento del nuevo Gobierno de Mariano Rajoy, que ya había

ganado las elecciones de 2012) con la intención de blindarle como fuese para que no tuviese que dejar el cargo, sino que el presidente del banco no tuvo ningún empacho en llamar al siguiente Gobierno para reclamar la dimisión... del gobernador del Banco de España. Esta es la diferencia entre la aplicación del *soft law* en el Reino Unido y su aplicación en el Reino de España.

Podemos apreciar esta diferencia también en el mismo proceso de elaboración normativa del régimen del gobierno corporativo, ya que es enormemente revelador de qué es lo que pasa en España. La propuesta del código de sociedades mercantiles de 2002, redactada en el seno de la sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, fue un gran intento de modernizar y disciplinar mínimamente nuestro mal gobierno corporativo y otros problemas societarios, especialmente, en el ámbito de las sociedades cotizadas. Entre sus fines se encontraba compensar, en la medida de lo posible, los problemas de agencia que han preocupado, desde hace décadas, a la doctrina mercantilista y que entorpecen la sintonía de intereses entre administradores y accionistas, obstaculizando la rendición de cuentas de los primeros. Entre sus muchas propuestas para alcanzar ese fin, podemos destacar, como simple ejemplo, la de la limitación de edad de los consejeros a los setenta años, con la audaz finalidad de conseguir que los directivos del IBEX 35 rotasen un poquito, aunque fuera por haber cumplido la edad de jubilación.

La necesidad de introducir una norma como esa es muy característica de la filosofía que subyace a este tipo de regulación. Normas como las que imponen una determinada edad de jubilación no deberían ser necesarias en un mercado transparente, donde las empresas sean controladas por sus propietarios y donde los problemas de agencia sean mínimos, pues, en este marco, si los accionistas quisieran mantener a gestores provectos más allá de lo razonable, sería porque tienen motivos para ello. En el peor de los casos, en el pecado llevarían la penitencia. Pero, como sabemos que esto no ocurre así y que no resulta fácil resolver los problemas que

lo impiden (por mucho que pretendamos fortalecer el papel de la junta de accionistas, los gestores siempre son más fuertes y tienen más recursos), se consideró conveniente adoptar, con carácter profiláctico, una solución rígida pero razonable.

No nos atrevemos a afirmar que esta limitación u otras semejantes fueran su causa, pese al gran ruido mediático que provocó en su día, pero lo cierto es que esta propuesta de 2002, pese a su innegable valor, no se convirtió ni siquiera en un anteproyecto de ley. Simplemente, porque los destinatarios finales de la misma, acostumbrados ya a desatender las recomendaciones del gobierno corporativo que circulaban entonces a manera de informes, presionaron al Gobierno de turno para impedirlo. Nada de jubilarse a los setenta años, faltaría más.

Sigamos con nuestra historia. En 2006 es aprobado, por la CNMV, un código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. Posteriormente, por un acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, se creó una comisión de supuestos expertos independientes en materia de gobierno corporativo, vetando a quien había sido propuesto por unanimidad por la Comisión General de Codificación, la cual elaboró un estudio con el que apoyar a la CNMV en la modificación del código de 2006. Ese estudio desembocó en el código de buen gobierno de 2015, que regulaba aquellas cuestiones que era conveniente que siguieran bajo el principio «cumple o explica», mientras que otras se convirtieron en ley (concretamente, en la Ley 31/2014). Hay que recordar dos premisas esenciales: la primera, que el gobierno corporativo no es algo que interese solo a las corporaciones o empresas del IBEX 35, sino que nos interesa a todos los ciudadanos; la segunda, que los miembros de la comisión de expertos deben ser independientes, además de expertos conocedores del derecho mercantil. Pero, dando eso por supuesto, hay que hacerse varias preguntas:

¿Por qué —si el gobierno corporativo interesa a todos— se encarga a unos expertos que son, básicamente, miembros de la Administración, de la CNMV o abogados de conocidas firmas

asesoras de las empresas del IBEX 35, la redacción de un código sobre algo que no interesa solo a la CNMV o a las empresas cotizadas, sino a todo el mundo? ¿No deberían haber participado también representantes de las asociaciones de accionistas, sindicatos y otros *stakeholders*? Su presencia ampliaría mucho los puntos de vista y los intereses a tener en cuenta. Pero, sencillamente, no fueron invitados.

¿Por qué —si el gobierno corporativo interesa a todos— el código contempla, básicamente, los problemas derivados del contrato de agencia entre la propiedad y la dirección? Porque si algo ha quedado claro tras las consecuencias devastadoras de la crisis es que el concepto de gobierno corporativo es un poco más amplio y debe referirse también a otros intereses, además de a los del accionista. Por ejemplo, debe tratar de la responsabilidad social corporativa (de cuya eficacia, por cierto, hablaremos enseguida). Es justo decir que, en el presente código, se incluye por primera vez una breve referencia en un último capítulo a la responsabilidad social corporativa, con ciertas recomendaciones genéricas —recogidas solo en dos principios de los veinticinco totales y en seis recomendaciones de sesenta— que, no obstante, parecen muy insuficientes.

¿Por qué —si el gobierno corporativo interesa a todos— el estudio de la comisión sustituye y suplanta el trabajo anterior de los profesores de Derecho, reflejado en el proyecto de código mercantil encargado a la Comisión General de Codificación? Hay que subrayar que este primer proyecto era mucho más proteccionista de los derechos de los accionistas. Sin embargo, el estudio posterior, realizado por los expertos del IBEX 35 y de la Administración, lamina muchas de sus propuestas (obsérvense la eliminación de las facultades de la CNMV de convocar las juntas generales o los requisitos impuestos a las asociaciones de accionistas); e igual ocurre con la cuestión del control de la junta general o de la acumulación de funciones en el consejo de Administración, en las que el criterio final es el de los asesores de las empresas del IBEX

35. Muy interesante es lo que sucede en torno a la retribución de los administradores, cuestión con la que comenzábamos este capítulo: el proyecto de código mercantil señalaba un límite a estas remuneraciones del uno por ciento de los beneficios, en un sentido parecido a lo que para las entidades financieras ha establecido una iniciativa del Parlamento Europeo, la Directiva 2013/36/UE2 (conocida, también, como CRD IV), que supuso la limitación de la retribución variable y que, recientemente, ha sido traspuesta a la legislación española. Por tanto, estamos ante una cuestión que preocupa al legislador europeo.

Pues bien, el estudio de los expertos del IBEX 35 considera esta medida «arbitraria» y establece una complicada regulación en la que se impone la «razonabilidad» como principio programático, así como la existencia de una política de remuneraciones que debe ser aprobada por la junta. Aun así, sigue manteniendo un amplio margen para el consejo de administración (que, no olvidemos, es el que paga los honorarios de estos asesores), por fijar las retribuciones de cada consejero por sus funciones de administración o ejecutivas. En conclusión, y más allá de la complejidad del sistema, los directivos se siguen fijando sus propias retribuciones, con un poco más de papeleo, eso sí. Y este estudio es, por supuesto, lo que se convierte, primero, en código de buen gobierno y, luego, en normas de la Ley de Sociedades de Capital, en los artículos 529 sexdecies [sic] y siguientes.

Hay una causa profunda que explica lo que ha ocurrido, y es una causa política e institucional. ¿Por qué —si el gobierno corporativo nos interesa a todos— estos códigos se elaboran de esta manera y, lo que es peor, se convierten casi milimétricamente en normas legales que aprueba el Parlamento? ¿No supone una cierta degeneración o perversión democrática que una ley sea elaborada prácticamente por los mismos a los que se supone que debe controlar a través de sus asesores? ¿Que sea aprobada en el Parlamento con poca discusión, prácticamente sin modificaciones y sin escuchar el punto de vista o defender los intereses de nadie

más? Saquen ustedes sus propias conclusiones, pero la nuestra es que esta forma de hacer las normas es un triunfo en toda regla de nuestro capitalismo clientelar.

En conclusión, es muy peligroso dejar «al mercado» la regulación de ciertas cuestiones de gobierno corporativo cuando ese mercado no es perfecto: existen conflictos de intereses y predominan los incentivos a corto plazo. Porque, como hemos intentado demostrar, las normas de gobierno corporativo de las empresas —y, muy en particular, de las grandes empresas cotizadas — son cruciales para el buen funcionamiento de nuestra economía y de nuestras instituciones.

¿Responsabilidad social corporativa? *ARE YOU KIDDING ME?*

Con frecuencia, la mala gestión o el mal gobierno de una empresa afectan, como hemos insistido, no solo a sus accionistas, sino a muchas otras personas: sus trabajadores, sus proveedores, los consumidores o, incluso, la sociedad en general. También sus actuaciones pueden afectar negativamente a los intereses comunes, como ocurre, por ejemplo, cuando se perjudica el medio ambiente.

Pero —dirán ustedes— para proteger estos intereses ¿no están ya las leyes y los tribunales de justicia? Pues sí y no. Porque, últimamente y de forma similar a lo que ha ocurrido con la importación del concepto de «gobierno corporativo», ha surgido otro concepto más de *soft law*: el de la responsabilidad social corporativa. Con este nombre se designa el conjunto de reglas que tienen por objetivo normativizar el impacto a terceros que suponen las actividades de una empresa, más allá de la creación de valor para sus accionistas. De esta forma, se toman en consideración otros intereses legítimos, como los de los trabajadores, proveedores, clientes y otros restantes grupos de interés o *stakeholders* que puedan verse afectados por sus actuaciones, particularmente en el territorio donde desarrolla su actividad.

Como ocurre con los códigos de buen gobierno, la responsabilidad social corporativa aspira a que sean las propias empresas las que voluntariamente —este es siempre el concepto clave— tengan en cuenta esos intereses de terceros. Como señaló la Comisión Europea en 2001, la «responsabilidad social corporativa» es un concepto que permite que las empresas integren las preocupaciones sociales y medioambientales de la sociedad en sus operaciones de forma voluntaria, relacionándose con los grupos que defienden esos intereses. No hay empresa de campanillas que no haya montado su correspondiente departamento de responsabilidad social corporativa y haya colgado un bonito ideario en su página web.

La responsabilidad social corporativa ha sido objeto de interesantes debates doctrinales sobre si es procedente que los gestores, a la hora de tomar decisiones, tengan en cuenta estos intereses de terceros. En enero de 2005, *The Economist* publicó un estudio sobre esta cuestión y acabó suscribiendo la tesis de Milton Friedman, expresada en 1962, de que una empresa que maximiza sus beneficios actuando dentro del marco de la ley y de las normas éticas intrínsecas a la economía de mercado cumple con todas sus responsabilidades y no debe someterse a más limitaciones.[14] De manera que la auténtica responsabilidad social corporativa de una empresa es «aumentar sus beneficios».

Pero, más allá de este —sin duda— interesante debate, la pregunta es si la responsabilidad social corporativa, una vez que la empresa decide tenerla, sirve en realidad para algo o es, simplemente, cosmética o postureo, como se suele decir ahora. ¿Estamos en presencia de una especie de alianza de las civilizaciones corporativas? Pues algo de eso hay. La verdad es que la actuación de las entidades financieras durante la crisis económica puede hacernos dudar de la utilidad de la responsabilidad social corporativa. Pero podemos referirnos también a otro tipo de empresas y centrarnos en Europa, donde tenemos el reciente caso Volkswagen. Una de las multinacionales más importantes y, sobre

todo, más reputadas del sector de la automoción había manipulado conscientemente once millones de vehículos para eludir los límites a las emisiones de gases, mejorando, así, su competitividad. En realidad, sus vehículos emitían cuarenta veces más contaminación de la que debían, y la empresa decidió camuflarlo mediante un *software* que lo ocultaba cuando se sometían a las pruebas pertinentes.

Aunque, finalmente, el engaño fue descubierto en Estados Unidos, estamos hablando de una multinacional prestigiosa, de nacionalidad alemana (y presuntamente seria y respetuosa con las normas medioambientales) y dotada, cómo no, de su correspondiente departamento de responsabilidad social corporativa. Pero esto no le impidió cometer un fraude a gran escala. No parece que el departamento de responsabilidad social corporativa de Volkswagen pinte mucho, la verdad. Sin llegar a casos tan extremos, probablemente ocurra lo mismo con los flamantes departamentos de responsabilidad social corporativa de nuestras grandes empresas; se les deja actuar siempre que no molesten demasiado. Pero, si se trata de hacer negocios en serio, ni están ni se los espera.

La constatación de este fracaso no es nueva. Ramón Jáuregui, uno de los políticos que más se ha interesado por la responsabilidad social corporativa, escribía en *El País* un artículo en el que mostraba su decepción ante el fracaso de sus esfuerzos por promover esta nueva «cultura» de la empresa, constatando que muchas prácticas de responsabilidad social corporativa conviven en la misma empresa con vulneraciones flagrantes de la legislación laboral o social, y que muchas empresas la han practicado —y lo siguen haciendo— con una visión economicista.[15] De nuevo, volvemos al mantra de que la responsabilidad social corporativa es buena para la empresa como estrategia a largo plazo, porque incrementa su capital reputacional. Pero ya hemos visto que el capital reputacional en España a día de hoy es ciencia ficción. Por tanto, seguimos con la idea de que la adopción de comportamientos responsables por parte de directivos y gestores empresariales no depende ni del régimen de incentivos ni

de su posible responsabilidad personal, ni siquiera de la presión de la opinión pública, sino que depende del propio interés empresarial, algo así como de un supuesto «egoísmo ilustrado». Lamentablemente, la realidad se encarga de recordarnos cuán rápidamente se prescinde de la ilustración cuando las cosas se ponen difíciles o los beneficios caen. En cambio, el egoísmo resiste espectacularmente bien en cualquier circunstancia.

Para José Ángel Moreno, de Economistas sin Fronteras, el concepto de «responsabilidad social corporativa» fue rápida y entusiásticamente incorporado por las propias empresas multinacionales, quizás con un cierto sentimiento de culpa tras los excesos cometidos y con un supuesto propósito de enmienda. Pero, aun reconociendo que se han impulsado ciertos cambios en la gestión, hasta los más acérrimos defensores de la responsabilidad social corporativa reconocen que estos cambios son solo epidérmicos y formales y que no afectan significativamente al núcleo de la actividad de las empresas ni a sus criterios y formas de actuación. Solo los más ingenuos pueden dejar de ver que las grandes empresas, en esencia, siguen actuando como siempre.[16]

Es más, los autores más críticos con la responsabilidad social corporativa señalan que es paradójico que el nacimiento de este concepto haya coincidido con los años de esplendor del capitalismo —ferozmente especulativo e hiperfinanciero— que nos ha conducido al desastre, mediante prácticas que cualquier observador imparcial puede considerar de muy dudosa compatibilidad con la misma. Podemos hablar desde la transferencia de fondos a paraísos fiscales, pasando por la ingeniería fiscal, la utilización de contabilidades creativas o la especulación, hasta la corrupción y los fraudes de todo tipo. Hasta el punto de que los peor pensados, como dice José Ángel Moreno, pueden llegar a creer que se trata de algo premeditado y no de una casualidad: la construcción de un sofisticado oxímoron impulsado, en buena medida, por las propias grandes empresas multinacionales, concretamente, por las que peor se han comportado, en el marco de una estrategia para convencer a la

sociedad de que «no son tan malas». En definitiva, hablamos de una «una retórica gatopardiana que acumula muchos cambios fútiles para que nada cambie en la realidad».

Mientras veamos cómo nuestras grandes empresas siguen contratando tranquilamente a expolíticos o ex altos cargos —cuyo bagaje fundamental son sus conexiones con la Administración o los partidos—, será difícil que nos tomemos la responsabilidad social corporativa en serio, por muchas jornadas, seminarios o mesas redondas de que esta sea objeto. Recordemos que dicha responsabilidad no es una cuestión teórica, por lo que, si todo sigue funcionando exactamente igual en una empresa, podemos preguntarnos honestamente para qué sirve, aparte de para marear la perdiz.

En definitiva, somos muy escépticos (o muy realistas) con las posibilidades de que la autorregulación funcione a la hora de mejorar el gobierno corporativo y la responsabilidad social corporativa de nuestras empresas, sobre todo en una sociedad como la nuestra, tan tolerante con los comportamientos propios del capitalismo clientelar.

5

POR QUÉ LOS CONTROLADORES CONTROLAN POCO

Controles internos y externos

En este libro defendemos que un sistema de economía de mercado necesita una regulación adecuada, a través de normas jurídicas que delimiten claramente las reglas del juego, ya sea con la finalidad de evitar ciertas externalidades negativas o con la de suplir los fallos del sistema. La mayor o menor amplitud con que se diseñen estas reglas dependerá de la ideología de los que las establezcan, que podrá ser más o menos intervencionista o más o menos liberal. Lo esencial es que haya reglas y que estas reglas se cumplan, para lo que la existencia de árbitros es fundamental. Las reglas del fútbol son papel mojado sin árbitros que piten las faltas y expulsen a los jugadores cuando lo merecen, y este riesgo afecta al sistema capitalista con mucha mayor virulencia. Por esa razón es necesario dedicar un espacio importante a los controladores. Sin controladores dignos de este nombre, los más poderosos o los más fuertes podrán ignorar las reglas y amenazar con llevarse el balón a casa cuando les piten un penalti.

La función de controlador puede realizarse desde fuera (lo que corresponderá, normalmente, a organismos públicos) o desde dentro (en general, ejercida por agentes privados). Controladores «desde fuera» son la CNMC, el Banco de España, la CNMV, la Administración (allí donde sea competente), por supuesto, y, en último término, los tribunales de justicia. No cabe duda de que la complicidad, que a veces puede llegar a la captura o a la desactivación de estos

controladores públicos, es uno de los objetivos esenciales del capitalismo clientelar. Además, hay que recordar que el control externo —aunque sea honesto— es, con frecuencia, ineficiente, simplemente por falta de información, extemporaneidad o ausencia de conocimiento. Y, a menudo, es reactivo o *a posteriori*, por lo que no puede prevenir determinadas actuaciones. Por ese motivo, es muy razonable complementarlo con controles preventivos o internos que se encomienden a agentes privados.

Ejemplos de este segundo tipo de controladores son las auditoras, las agencias de calificación o de *rating*, los grandes despachos de abogados, los bancos de inversión, los analistas de valores, etc. Se trata de agentes privados entre cuyas funciones está la de controlar a otros agentes privados, de manera principal o accesoria. En principio, este control tiene la ventaja de ser mucho menos «agresivo» que el control público, pues no implica cambios significativos en el sistema de incentivos (positivos o negativos) de los controlados. Además, se trata de prevenir la comisión de una posible infracción y no de sancionarla cuando ya se ha cometido, por lo que sus ventajas son evidentes. El problema, como ya habrán imaginado, es que en los últimos tiempos hemos comprobado hasta la saciedad cómo su riesgo de captura por parte de los poderosos es incluso superior al riesgo de captura de los controladores públicos.

LOS GUARDABARRERAS PRIVADOS TIENDEN A TENER SIEMPRE LA BARRERA LEVANTADA…

En la literatura económica, a estos agentes privados que tienen encomendadas tareas de control se les suele denominar *gatekeepers* (guardabarreras). La razón es muy sencilla: si el cliente controlado cumple con la regulación aplicable, ellos levantan la barrera: es decir, estampan el sello de «conforme» a la actuación que la empresa quiere realizar, lo que le supone todo tipo de ventajas (como realizar una emisión de títulos en mejores condiciones,

presentarse ante posibles prestamistas con una determinada solvencia, presumir de que la operación que va a llevar a cabo se ajusta a la ley, etc.). En realidad, desde un punto de vista técnico, el *gatekeeper* no obstaculiza nada, sino que avala una determinada actuación que la empresa se propone emprender pero que no tiene autoridad para impedir. Hablamos, una vez más, de reputación.

Este es el caso, por ejemplo, de las agencias de calificación o de *rating*, como las famosas Moody's o Standard & Poor's. La agencia no puede impedir al emisor que termine emitiendo sus títulos, sino que, simplemente, se limita a pronunciarse sobre su solvencia. Del mismo modo, un auditor —como Deloitte o PriceWaterhouseCoopers (ahora PwC)— no impide que las cuentas de una determinada entidad se aprueben por la junta general, sino que, únicamente, se pronuncia sobre su fiabilidad. Es cierto que determinadas calificaciones reputacionales pueden obstaculizar una actuación concreta. Por ejemplo, si una sociedad (pongamos, un banco) pretende salir a bolsa y resulta que su auditor hace salvedades importantes en sus cuentas, lo normal sería que decidiera no hacerlo por temor a un previsible fracaso en el mercado. Pero nadie se lo impide y, en cualquier caso, el obstáculo es meramente reputacional.

Pues bien, si analizamos fríamente lo ocurrido en los últimos años —no solo en España, por supuesto—, comprobaremos que el fracaso de estos agentes a la hora de realizar una mínima función de control ha sido pavoroso. La crisis de las hipotecas de interés subpreferencial, que está en la génesis de la gran recesión iniciada en 2007, está íntimamente vinculada al papel jugado por las agencias de *rating* en las emisiones de títulos, que daban la calificación de «triple A» (la que corresponde a los títulos de mayor solvencia) a algunos que eran auténtica basura. Previamente ya habíamos podido comprobar el fracaso de las auditoras en el famoso caso Enron, que le costó la desaparición a la antigua Arthur Andersen, una de las cinco auditoras más grandes del mundo.[1]

En España, el papel jugado por la auditora Deloitte (una de las llamadas «Big Four») en la salida a bolsa de Bankia no parece, tampoco, muy edificante. Al margen de haber sido citada a declarar como investigada en la causa penal que se instruye en el momento de escribir estas líneas, el Ministerio de Economía ya la ha sancionado nada menos que con doce millones de euros por «infracciones continuadas muy graves». Según el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), al mismo tiempo que Deloitte auditaba a Bankia antes de la salida a bolsa, le facturaba 3,75 millones de euros por servicios de consultoría. Es decir, los mismos empleados de Deloitte que ayudaban a elaborar las cuentas las auditaban después. Por su parte, los peritos de la causa penal afirman que la auditora tenía que haber detectado hasta una decena de errores contables, que suponían un incumplimiento de la normativa aplicable. Pese a ello, la auditoría de las cuentas anuales consolidadas del grupo BFA, firmadas el 25 de marzo de 2011 y elaboradas para la salida a bolsa, no indicó ningún tipo de salvedad.

Como ocurrió antes con Arthur Andersen en el caso Enron, esta conducta de Deloitte (si se confirma) puede exponerla a consecuencias muy graves. Entonces, ¿por qué estos casos siguen ocurriendo? Gran parte de la explicación tiene que ver con el mal gobierno corporativo del que ya hemos hablado, que fomenta que los directivos estén dispuestos a correr riesgos en perjuicio de sus accionistas. También hay que tener en cuenta otros factores que demuestran, de manera bastante concluyente, por qué los *gatekeepers* privados no pueden cumplir por sí solos una función eficiente de control del mercado, evitando que el capitalismo competitivo degenere en clientelar.

En primer lugar, también estos sectores de controladores se acaban convirtiendo ellos mismos en oligopolios, por la propia dinámica de su funcionamiento, lo que tiende a generar un círculo vicioso que fomenta la relajación general del controlador y la dificultad de que su mal comportamiento pueda ser castigado en el mercado, ya que no hay muchos otros agentes a los que acudir. Para

comprenderlo, basta tener presente que, por definición, una agencia de *rating* o una auditora sin prestigio no pueden dar ningún marchamo de solvencia a sus clientes. Como los agentes privados buscan un sello reputacional, solo puede darles reputación quien ya la tiene gracias a su posición dominante en el mercado. Este, precisamente, es el grave problema de los intentos actuales por acabar con el oligopolio de algunos *gatekeepers*, como las agencias de *rating* o las auditoras. El índice de confianza atribuido al producto comercializado está íntimamente vinculado a la confianza que genera el intermediario, de manera que, si el intermediario es un recién llegado que no ha tenido tiempo de forjarse una reputación, no podrá trasladarla a los productos analizados, por lo que nadie demandará sus servicios y eso le impedirá, a su vez, ganarse una reputación. Como ocurre con las empresas teleoperadoras, el cliente termina siempre asumiendo que más le vale lo malo conocido. Por eso aquí el oligopolio es el peor de los escenarios: ni es un monopolio que garantice verdadera independencia (pues el cliente se puede ir al de al lado) ni es un mercado abierto que garantice verdadera competencia.

Pero es que, además (y esto es extraordinariamente importante), a veces el que paga no está muy interesado en que esa función de control se ejerza bien, porque, en el fondo, no es el cliente final. Efectivamente, en casi todos los ejemplos que estamos manejando, lo que sucede es que quien está verdaderamente interesado en el correcto ejercicio de la función del controlador, que es el cliente final (en el ejemplo de Bankia, el suscriptor de las acciones en bolsa), no es el mismo cliente que paga al controlador. Al controlador le paga el controlado (la empresa auditada o la empresa emisora). Y si, como decíamos en nuestro libro anterior, no es razonable esperar que el control se ejercite correctamente cuando el controlador depende políticamente del controlado, lo mismo podemos decir ahora en relación con la retribución. En este escenario es complicado eludir los conflictos de intereses, singularmente, en el supuesto de clientes muy poderosos y cuya

cuenta sea muy importante para la empresa de auditoría o de *rating*. Sin un esquema de protección e inspección bien diseñado detrás, es difícil decir no al que te paga cuantiosas facturas. Especialmente, si piensas que nadie va a enterarse.

Por eso es tan importante avanzar en este ámbito. Ya sea por la vía de mejorar nuestro gobierno corporativo, por la de incentivar la competencia en el mercado de los controladores o por la de intentar restablecer la perdida relación de agencia entre el profesional que controla y el que realmente está interesado en su trabajo —que, como hemos visto, no es tanto su cliente directo (el que le paga) como los clientes finales (los inversores)—. Son tareas pendientes, pero hay que reconocer que su dificultad ya nos advierte de que, sin una adecuada vigilancia pública, es muy complicado luchar de manera eficiente contra el capitalismo clientelar.

... Y LOS VIGILANTES PÚBLICOS NO PARECEN TENER LA CAPACIDAD DE ACTUAR COMO VERDADEROS CONTROLADORES

En sus *Noches áticas*, Aulo Gelio, abogado y escritor romano del siglo II a. C., narra la interesante historia de Lucio Veratius, un rico patricio que vivió un siglo antes que él. Según cuenta nuestro autor, este personaje acostumbraba a caminar por Roma abofeteando en la cara a quien le parecía conveniente, seguido de un esclavo que pagaba diligentemente a cada damnificado la suma de 25 ases, que era la pena que la Ley de las XII Tablas fijaba para cualquiera que golpease a otro. El problema es que, doscientos cincuenta años después de su promulgación, en tiempos de Veratius, la cantidad había perdido su efecto disuasorio, por lo menos para personajes con una fortuna considerable. Así que, para poner coto al abuso, los pretores no tuvieron más remedio que reconocer una nueva acción (*iniuria*) en beneficio de las víctimas.

Han transcurrido más de dos mil doscientos años, pero el planteamiento es exactamente el mismo. En una sociedad capitalista, el abuso termina siempre por producirse, y a veces los pretores reaccionan y, otras, no. Tomemos como ejemplo uno de los abusos más típicos y graves: el cártel, que es, por definición, el ejemplo por excelencia del capitalismo trucado. La experiencia nos indica que España es una sociedad muy cartelizada, al menos si nos comparamos con nuestros vecinos, con grave daño para el consumidor y para el contribuyente (en el caso de la contratación pública). Las empresas, en prácticamente todos los sectores productivos (desde el suministro ferroviario hasta los pañales para adultos, pasando por el vino de Jerez y el sector olivarero), con inusitada frecuencia llegan a acuerdos entre ellas para repartirse el mercado o para mantener artificialmente altos los precios. Estos pactos perduran, a veces, durante décadas, con todos los enormes costes para consumidores y contribuyentes que tal cosa implica, y las empresas, en ocasiones, pese a ser sancionadas, reinciden en sus acuerdos. Pues bien, si esto es así, la única explicación posible deriva de la incapacidad de nuestras instituciones para reaccionar con la necesaria contundencia, lo que, en el fondo, es bastante normal en un Estado débil como el nuestro. Vamos a examinarlo con un poco más de detalle.

La principal responsabilidad a la hora de luchar contra los cárteles —aunque no la única, como veremos enseguida— descansa en la CNMC. Como en la mayor parte de los organismos de vigilancia y control, es fundamental asegurar su independencia respecto del poder político de turno, con el fin de no contaminar sus funciones básicas con los inevitables compromisos e intereses de tipo coyuntural de este último. Pues bien, este organismo público macrocontrolador, absolutamente básico en la lucha contra el capitalismo clientelar, es el resultado de la fusión en 2013 del antiguo órgano de control de la competencia —la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)— con varios órganos de regulación sectoriales —la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT),

la Comisión Nacional de la Energía (CNE) y la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP)—. Hoy se vuelve a hablar de separarlos otra vez, alegando que regulación y competencia no deberían convivir bajo el mismo paraguas o que, si lo hacen, la competencia debería tener una posición jerárquica superior que le atribuya la última palabra en caso de conflicto. Todo ello puede ser muy razonable, al margen de otras reformas deseables en la línea de otros países europeos (como atribuir mayor eficacia vinculante a las decisiones en materia de regulación, especialmente en el ámbito de la energía).

No obstante, la primera premisa relevante que debemos tener en cuenta no es la de si tiene que haber un solo organismo de control o varios, sino la de cuál es el procedimiento más adecuado para tomar la decisión (y para ejecutarla una vez adoptada). Al fin y al cabo, en Europa encontramos modelos de uno y otro tipo. Pero lo que no encontramos nunca es que estas importantes reformas se adopten, como se hizo en España, sin debate alguno, simplemente porque se incluyeron en un programa electoral —vaya a saberse cómo—, o que resulten apoyadas por algunos de los antiguos monopolios más distinguidos del sector u ofrezcan una oportunidad para colocar a determinadas personas de confianza en los puestos directivos, deshaciéndose de los anteriores (cuando su mandato aún no ha finalizado). Puede, incluso, que los promotores de la reforma tuvieran algo de razón en cuanto al diseño, pero lo increíble es que no podamos contrastar los argumentos pertinentes a través de un debate serio abierto a todos.

En realidad, ya sea para hacer o deshacer, la dinámica de las decisiones más relevantes en nuestro país es siempre la misma, con el agravante de que encima pretenden ejecutarse al dictado del *BOE* en apenas un fin de semana, sin transición ni reflexión digna de ese nombre. Esto es lo que ocurrió con la nueva CNMC, a diferencia de lo acaecido en Holanda, donde una decisión de fusión similar se ejecutó nada menos que en un periodo de tres años. La sospecha de que con esa inusitada rapidez lo que se pretendía era el objetivo espurio de cambiar a unos consejeros por otros —ya denunciado en

su día por nuestro blog *Hay Derecho*— ha sido confirmada recientemente por la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, relativa al cese del expresidente y de un exconsejero de la extinta Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CMT). El tribunal consideró contrario al derecho comunitario el cese del presidente (Bernardo de Lorenzo) y de un consejero (Xavier Ormaetxea) antes de la finalización de su mandato, aunque fuera por una reforma institucional, «si no están previstas disposiciones que permitan garantizar que el cese no menoscaba la independencia de dicha autoridad», como era, obviamente, el caso.[2]

Quizás más importante que el diseño sean las personas que van a dirigir el organismo. Un diseño dudoso pero con profesionales independientes de contrastada competencia y experiencia en la materia puede superar sus limitaciones estructurales. Lo contrario es, sencillamente, imposible. Por esa razón, es en el sistema de selección de los consejeros donde radica el problema más grave de la institución. Objeto también de reparto —en el mejor de los casos — o de simple captura partitocrática por el partido al mando en cada momento (como sucedió con la CNMC tras la llegada al poder del PP con mayoría absoluta, en 2012), la designación de los puestos de mayor responsabilidad no obedece al mérito —entendido no como conocimientos generales de tipo jurídico y económico, sino como conocimiento contrastado en el sector del que se trate— ni, mucho menos, a la independencia del poder político. Es más, suele obedecer a todo lo contrario: a las relaciones personales o de confianza típicas de todo régimen clientelar, algo especialmente grave en un organismo de alta sensibilidad que debe resolver cuestiones de enorme trascendencia económica.

Son muchos los inconvenientes de un sistema de selección de estas características. En ocasiones, la falta de criterio profesional podrá ser suplida por el de los técnicos de la casa, pero los técnicos no pueden solucionar ni la ausencia de una visión estratégica a largo

plazo ni la facilidad con la que un directivo mal formado puede ser capturado intelectualmente —apenas sin saberlo— por actores de todo tipo, con sus correspondientes intereses. Además, esa dependencia del poder político atrae como un imán los conflictos, ya sean de tipo personal o de tipo político (se trata de quién queda mejor delante de sus jefes políticos o de la opinión pública), y la pérdida de visión sobre los auténticos fines de la institución. Por último, fomenta un funcionamiento diario disfuncional, donde las controversias no giran sobre cuestiones de estrategia, sino que obedecen a pequeñas luchas de poder personal, que no por nimias son menos perturbadoras.

No es fácil saber si esas disputas que convierten el funcionamiento diario de la CNMC en uno francamente disfuncional (por ejemplo, con consejeros que hacen constantes votos particulares a las resoluciones que después serán impugnadas por sus destinatarios en base a dichos votos particulares) son alentadas intencionadamente por algunos para perjudicar al organismo o si son solo el resultado de irresponsables luchas intestinas de poder. En todo caso, la situación de finales de 2016, con dos facciones de la CNMC gravemente enfrentadas, arroja una profunda sombra de sospecha sobre todos los miembros del organismo de defensa de la competencia en España, contribuyendo a la peligrosa deslegitimación de nuestras instituciones de control. Aunque estas sospechas puedan ser completamente falsas, el problema es que las insinuaciones de los miembros de una y otra facción resultan siempre creíbles, dado el «pecado original» que soportan presidente y consejeros en cuanto a su forma de nombramiento, que se debe a su proximidad al Gobierno de turno o con determinadas personas de ese Gobierno y no a sus conocimientos y su experiencia profesional en los sectores regulados.

Dadas las importantísimas facultades regulatorias de este organismo, no es un tema intrascendente. Recordemos el proceso de privatización de Aena —asunto de máximo interés para el Gobierno del PP—, en el que el dictamen vinculante de la sala de

regulación de la CNMC (sobre la fijación de las tasas aeroportuarias que Aena cobra a las aerolíneas) tenía una importancia clave de cara a la salida a bolsa de la compañía, como es del todo evidente. Unos meses después, a la vista de la extraordinaria revalorización de la cotización de la entidad (que ha hecho más ricos a algunos que ya eran bastante ricos), es fácil alegar que esas tasas no se fijaron adecuadamente, sino por encima de lo que correspondía, con grave perjuicio para los intereses generales. Aunque las inevitables insinuaciones sobre componendas políticas o presiones indeseables sean falsas (y, especialmente, si lo son), está claro que no favorecen el mejor ambiente de trabajo dentro del organismo.

Por eso, una CNMC como la actual —dividida en luchas intestinas entre el presidente, José María Marín Quemada, la vicepresidenta, María Fernández Pérez (procedente, por cierto, de la oficina económica del presidente del Gobierno, de donde fue «promocionada» a su presente cargo por el actual ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, Álvaro Nadal), un grupo de consejeros y de directores de área (en el que abundan los golpes de mano), los votos particulares recurrentes, los informes y contrainformes—, no es una desgraciada anécdota fruto de la casualidad, algo que puede pasar en las mejores familias, sino un efecto típico de un sistema clientelar. Estas cosas pasan en España con tanta frecuencia porque a los responsables de estos organismos se les designa como se les designa. Por eso resulta imperativa una reforma del sistema de selección, de este y de otros organismos parecidos, para conseguir que funcionen adecuadamente y que nos ahorren espectáculos tan penosos como los que se viven en la CNMC. Lo único que hay que hacer es seguir patrones conocidos en los países de nuestro entorno: convocatoria pública abierta —con suficiente publicidad para que pueda presentarse quien se considere capacitado para el puesto, ya sean españoles o extranjeros—, publicidad de los méritos alegados, valoración de los candidatos (a ser posible, por organismos independientes y especializados), búsqueda de una composición equilibrada entre los distintos perfiles

profesionales, y audiencias parlamentarias serias —donde se someta a los candidatos a un examen de competencia y de posibles conflictos de intereses.

En definitiva, si hay voluntad política de cambiar las cosas —lo que está por ver—, puede seguirse a este efecto el ejemplo de la Commissioner for Public Appointments británica, encargada de velar porque los nombramientos (y no solo los de los organismos reguladores, por cierto) se hagan de conformidad con los principios de mérito y de capacidad, así como de auditar los procesos correspondientes.[3] Por eso no es tan importante quién propone los nombramientos (puede seguir siendo el Gobierno) como lo son el proceso a través del cual se realizan y las garantías de que se respeten los principios de transparencia, mérito y capacidad. Todo lo contrario de lo que sucede ahora.

También es preciso, más allá de asegurar que el procedimiento de selección de presidente y consejeros sea el adecuado para garantizar que se elija a las personas más preparadas y más independientes en la realización de sus importantes tareas, que estos organismos cuenten con mecanismos internos que aseguren el trabajo independiente y profesional de los técnicos de la casa, evitando, así, que la institución quede desactivada en el caso de que su cúspide sea capturada por la partitocracia y sus clientelas. Las discrepancias de los técnicos respecto de las directrices recibidas no pueden ser desoídas ni carecer de un control riguroso ni de transparencia, como ocurre ahora, sino que deben ser resueltas con publicidad, a través de un procedimiento tasado y con la correspondiente justificación. Y, por supuesto, si finalmente las propuestas de los técnicos no son seguidas por los consejeros, esto no puede repercutir negativamente en la carrera profesional de los primeros. Tampoco tiene sentido que las propuestas técnicas en materia de cárteles que se elevan a la sala no incorporen la concreta propuesta de sanción, ya no solo por una cuestión de garantía para el posible sancionado, sino como un incentivo a favor de un debate objetivo. La transparencia de los debates debería ser total. La mayor

parte de las reuniones podrían emitirse en directo, como sucede con normalidad en otros países, y todas las actas de las reuniones deberían ser públicas, al menos, transcurrido un determinado plazo. Acabar con el actual secretismo es el primer paso para potenciar el principio de responsabilidad personal, clave para el buen funcionamiento de estas instituciones.

Para concluir con este deterioro institucional que ejemplifica la CNMC, deberíamos mencionar nuestro habitual y general caos administrativo, tan castizo. La propia estructura administrativa, el presupuesto y las escalas retributivas de cada organismo obedecen a razones ignotas cuyo común denominador es la ausencia de armonía entre ellas. Cada uno funciona conforme a un régimen diferente (como ocurre entre la CNMC y la CNMV), lo que también revela el interés, por parte de la Administración del Estado, de conservar instrumentos de control de su aparato administrativo, con la finalidad de dejar sentir su influencia cuando sea preciso. Algunas de las consecuencias de este desaguisado son graves, como el descontrol relativo al cobro de las sanciones, puesto de manifiesto en el último informe del Tribunal de Cuentas.[4]

El problema es que seguimos sin tener un debate profundo y riguroso sobre esta institución. Es imprescindible dotarla de mucha mayor autonomía, independencia y profesionalidad. Recordemos que basta con que un par de cárteles queden sin detectar o sin ser debidamente sancionados para que la cantidad que se pierde equivalga a muchos cientos de millones de euros. Cantidades bastante más importantes, por cierto, que las que, supuestamente, nos íbamos a ahorrar por realizar esta fusión de los anteriores organismos reguladores.

¿Sanciona mucho o sanciona poco la CNMC?

Se suele acusar a la actual CNMC de una reducción sensible del número de expedientes sancionadores abiertos a las empresas. No es fácil afirmarlo con seguridad, dado que no disponemos de buenos análisis comparativos de los expedientes que se abrían antes del cambio de modelo y de los que se abren en la actualidad. Pero si así se confirmase, sería el efecto previsible de un conjunto de factores relacionados con las ineficiencias institucionales ya destacadas: un cambio de modelo de la noche a la mañana, nombramientos politizados, disensiones internas, caos administrativo, etc. En cualquier caso, no hay que olvidar que el factor más importante para el buen funcionamiento de un órgano de este tipo es la eficacia disuasoria de la actuación de la CNMC (o lo que podemos llamar el «efecto Veratius»), y sus debilidades obedecen más a las restricciones derivadas de su legislación habilitante que a cualquier otra circunstancia.

Es indiscutible que, si las sanciones de un organismo encargado de velar por la competencia no son lo suficientemente contundentes, el sistema se derrumba por la base. Por eso, las sanciones en materia de competencia no revelan el fracaso del sistema (como se le escapó al presidente de la CNMC en una ocasión), sino que son la clave de su éxito. Detectar cárteles no es tarea sencilla y, en la mayor parte de los casos, depende de denuncias —algunas de terceros, pero especialmente de los propios cartelistas, que quieren acogerse al programa de clemencia, el cual permite denunciar a los socios infractores a cambio de inmunidad—. Pues bien, si las sanciones no tienen la suficiente eficacia disuasoria, el programa de clemencia está condenado al fracaso. Como sabe todo aficionado a las series de mafiosos, denunciar es una opción arriesgada que implica costes tangibles e intangibles de todo tipo, que solo compensa asumir cuando la sanción con la que se amenaza a los gánsteres es formidable y la recompensa para el denunciante, muy alta.

Sin embargo, lo que está ocurriendo en los últimos años es más bien lo contrario: la eficacia disuasoria de las sanciones viene disminuyendo. Eso es lo que explica que empresas sancionadas por conductas anticompetitivas vuelvan a incurrir con total desvergüenza en las mismas prácticas, como ha ocurrido últimamente con Halcón Viajes y Barceló Viajes, tras amañar otra vez el concurso para el IMSERSO. Sancionadas en el año 2000, pagaron sus multas en 2006 y 2009, pero han vuelto a ser sancionadas recientemente por conductas similares... y por importes prácticamente idénticos. No cabe ninguna duda de que les compensa pagar la multa, y parece que les va a seguir compensando.

Gran parte de la culpa (como analizaremos con detalle en el capítulo siguiente) la tiene una Administración de Justicia lenta, descoordinada, excesivamente garantista, con escasa formación en estas cuestiones y nulo aprecio por el análisis económico del derecho. Por ejemplo, los cambios de criterio introducidos por la Audiencia Nacional en relación con el cómputo de las sanciones —aunque felizmente corregidos (en parte) por el Tribunal Supremo— motivaron, durante unos años, una importante reducción del efecto disuasorio de las sanciones, con el consiguiente impacto negativo en el programa de clemencia. La ausencia de una doctrina judicial clara en materia de caducidad de los expedientes sancionadores, y en relación con las inspecciones domiciliarias y la supuesta vulneración de la intimidad de la empresa inspeccionada, produce efectos similares. La incertidumbre incentiva el recurso a los tribunales y la consiguiente autocensura del organismo regulador.

No cabe negar que el propio sistema sancionador de la CNMC necesita un importante salto adelante. Pongamos como ejemplo uno de los muchos que podrían traerse a colación. En julio de 2016, la CNMC multó con 5,64 millones de euros a cuatro empresas y a nueve de sus directivos por repartirse las adjudicaciones de los suministros de desvíos ferroviarios de la empresa pública ADIF (la responsable de la construcción de las infraestructuras ferroviarias y, en particular, del AVE). En la tramitación del expediente, resultó

acreditado que las cuatro empresas sancionadas se repartieron el mercado, acordaron precios y se intercambiaron información comercial sensible para el suministro de desvíos ferroviarios y otros elementos complementarios en las licitaciones de dicho gestor de infraestructuras. Y, todo eso, nada menos que durante un largo periodo de quince años. Estas contrataciones afectaron a muchos de los tramos de construcción del AVE (cuyas cuantiosas inversiones jamás seremos capaces de amortizar). Como muestra de su magnitud económica, entre 2005 y 2009, ADIF licitó quince expedientes con un importe de 228 millones de euros y, entre 2010 y octubre de 2014, diecisiete, por un total de 246 millones.

Pues bien, si analizamos cómo se distribuye esa multa entre los participantes, nos llevaremos una interesante sorpresa. La práctica totalidad de la multa corresponde a las cuatro empresas, a más de un millón de euros por cabeza. Y una pequeña parte del total se destina a sancionar a nueve de los representantes legales o de las personas que integraban los órganos directivos de las empresas que intervinieron en los acuerdos o decisiones, a razón de 5.000 o 6.000 euros por cabeza (salvo uno de ellos, que es sancionado con 11.400 euros). Además, la imposición de sanciones a personas físicas es excepcional: de hecho, este es el segundo caso en el que la CNMC ha impuesto sanciones pecuniarias a personas físicas (el primero fue en el expediente incoado al cártel de los pañales para adultos).

Si examinamos el importe de estas sanciones en relación con las ganancias que se obtienen por montar un cártel que cuesta millones de euros a los consumidores (y a los contribuyentes, en el caso del AVE), es fácil entender por qué los Lucios Veratius abundan tanto entre nosotros. La multa más importante se le pone a las empresas, es decir, a sus accionistas. Sin duda es fastidioso, pero lo cierto es que, viendo la facturación obtenida gracias al cártel, un coste aproximado de 70.000 euros por año por trucar el mercado parece, a primera vista, una opción muy interesante hasta para el accionista más exigente. En cualquier caso, no hay motivos para montar un escándalo en la junta general, aun en el caso de tener medios y

ganas para hacerlo. En cuanto a los directivos, qué decir. Una media de 400 euros al año —a deducir de sus bonus y de su plan de incentivos— como consecuencia de su impecable gestión de un cártel parece, también, algo perfectamente asumible.

Aun suponiendo que el directivo sancionado sufra algún coste reputacional —que, en España, es mucho suponer—, es interesante analizar qué ocurre en otros países más avanzados (y con bastante mayor sensibilidad reputacional, por cierto). Pues bien, al final, resulta que su planteamiento es bastante más agresivo. De hecho, en los últimos años ha ido aumentando de manera sostenida el número de jurisdicciones internacionales en las que se castiga con penas de prisión a los individuos responsables de organizar los cárteles. Concretamente, así lo hizo el 56 por ciento de las jurisdicciones en 2015, frente a solo un 35 por ciento en el año 1995.[5]

Efectivamente, la literatura económica ha demostrado que las multas a las empresas no aseguran que los directivos actúen siempre de manera responsable ni en beneficio de los intereses de sus organizaciones (de nuevo, la cuestión del mal gobierno corporativo), pero, en muchas ocasiones, tampoco lo consiguen las sanciones pecuniarias impuestas a los directivos. Ya sea por su cuantía limitada, por la existencia de instrumentos paliativos (seguros, retribución variable en función de objetivos) o por su limitado *enforcement* (a través de un sistema judicial tradicionalmente muy reacio a adoptar estas medidas), a la postre, la sanción penal se está revelando como el único medio para atajar una de las prácticas del capitalismo clientelar más dañinas para el bienestar social y para las arcas públicas. Sobra indicar que la legislación española no contempla seriamente esta posibilidad, al margen de tres preceptos aislados en el Código Penal sobre maquinación para alterar el precio de las cosas que, como consecuencia de los requisitos del tipo, no se han aplicado prácticamente nunca.

Finalmente, además de incrementar las sanciones económicas a empresas y directivos e introducir la sanción penal para estos últimos, es imprescindible articular medidas que fomenten su responsabilidad dentro de las organizaciones. Al margen de las propias del gobierno corporativo, es preciso incorporar medidas complementarias que hagan sentir a los accionistas el riesgo de su pasividad. Entre ellas, una tan simple como reformar la Ley de Contratos del Sector Público para prohibir a las empresas cartelizadas su participación en licitaciones públicas durante un prolongado periodo de tiempo tras la correspondiente sanción.

Los difusos límites entre la CNMV y el Banco de España

La situación es todavía más grave en el caso de otros organismos reguladores, aunque en cada uno predominan unos fallos institucionales sobre otros. En relación con el efecto Veratius, el servicio de reclamaciones del Banco de España es famoso por su absoluta inutilidad, pues las entidades no le hacen el menor caso. Pero, puestos a elegir, la incapacidad disuasoria de la CNMV —que es el organismo encargado de la supervisión e inspección de los mercados de valores españoles y de la actividad de cuantos intervienen en los mismos— es especialmente lamentable.

Recordemos que la razón por la que la CNMV tiene la consideración de organismo regulador independiente de la estructura de la Administración está vinculada a sus importantísimas funciones. La acción de la comisión se proyecta, principalmente, sobre las sociedades que emiten u ofrecen valores para ser colocados de forma pública. Todos los inversores —pero especialmente los inversores extranjeros, en los que supuestamente estamos tan interesados— quieren tener la completa seguridad de que sus intereses estarán protegidos por organismos que actúen de

manera profesional y que, además, no sean susceptibles de captura por parte de los intereses políticos locales o, lo que es todavía peor, de los privados.

Pues bien, la eficacia disuasoria de la CNMV, tanto en términos de dinero como de reputación, es, sencillamente, muy deficiente. Sus sanciones económicas, en general, suelen ser poco importantes, especialmente las que se imponen a las personas físicas (defecto imputable, más que al órgano, a su legislación habilitante), pero lo más grave es que, en este ámbito de los mercados de valores, la capacidad de detección de la infracción es todavía mucho menor de la que existe en materia de competencia. Se trata de un sector muy sofisticado, donde abundan la ingeniería financiera y la opacidad, y en el que las denuncias y el programa de clemencia —principales fuentes de información para la CNMC— son escasos o inaplicables. El resultado es que, durante los años de fiesta financiera previos a la crisis y durante toda la crisis (periodo en el que se procedió compulsivamente a la comercialización de productos tóxicos a minoristas), el número de expedientes abiertos por infracciones leves, graves o muy graves ha sido sorprendentemente bajo. En 2007, solo se abrieron cuatro expedientes en total, y el máximo se alcanzó en 2013, con treinta y siete expedientes. Además, los expedientes de abuso de información privilegiada —probablemente, el abuso más escandaloso, aunque quizás no el más importante desde el punto de vista práctico, por lo menos si lo comparamos con ciertas emisiones— son una minoría.[6] La principal explicación de esa pasividad descansa en una carencia de medios personales y materiales que no se corresponde con su generoso sistema de financiación, a través de tasas pagadas por los regulados y no a cargo del presupuesto. Y el motivo de esa carencia, como ya hemos comentado en relación con otros organismos incómodos para los políticos de turno, es el fácil ahogo formal al que el Gobierno puede someter a la CNMV a la hora de contratar y organizarse de una manera eficaz.

La conclusión es que, si unimos el escaso importe económico de las multas con la baja probabilidad de ser descubiertos, todo ello sumado a la tendencia de eludir fricciones políticas y hacer la vista gorda en ciertos casos sensibles, el efecto disuasorio es casi inexistente, lo que incentiva el correlativo efecto Veratius y explica las cacicadas que se han hecho, durante los últimos años, en los mercados de valores patrios. Recordemos, por ejemplo, sonados casos de información privilegiada que, pese a saltar a la prensa, no fueron investigados, o la pasividad de la CNMV en el escandaloso caso de la emisión y comercialización de permutas financieras y participaciones preferentes, con resultados dramáticos para decenas de miles de pequeños inversores. Un informe interno de la CNMV, de febrero de 2013 (cuando ya el daño estaba hecho), reconoce con claridad la existencia de graves irregularidades en el caso de la comercialización realizada por Bankia, perfectamente extrapolable a otras entidades. Pero lo cierto es que no se hizo nada por evitarlo, lo que lleva a la inevitable pregunta de si no fue la politización del organismo —en un momento en que preocupaba enormemente la solvencia de nuestras entidades financieras y, en especial, de las antiguas cajas, por sus riesgos económicos y políticos de todo tipo— lo que le hizo mirar para otro lado.

El contraste con la actuación realizada durante la crisis por su homóloga británica, la Financial Services Authority (FSA), resulta muy revelador. No solo por el importe de las multas aplicadas, sino por su actividad investigadora y por su reconocida autoridad en el mercado de valores. El organismo británico, tras realizar una completa investigación de la comercialización de permutas financieras entre pequeñas y medianas empresas, requirió a once bancos la revisión de 40.000 contratos, llegando a la conclusión de que el 90 por ciento de ellos se había comercializado de manera incorrecta, por defectos de información y falta de asesoramiento adecuado. El resultado es que los citados bancos tuvieron que indemnizar todos los daños causados.[7]

En España, por el contrario, la confusión de funciones de supervisión entre el Banco de España y la CNMV tuvo como efecto que, durante años y años (probablemente hasta 2006), las emisiones bancarias no fueran supervisadas por nadie. A medida que se sucedían los escándalos, fue necesario firmar nada menos que un «convenio» de delimitación de competencias entre ambas entidades, con la finalidad de sacar del ámbito de la protección de este último supervisor todas las permutas financieras cuyo nocional no superara la financiación bancaria recibida por el cliente, que pasarían a ser resueltas por el Banco de España. De esta manera, la CNMV solo se reservó la competencia para tramitar las reclamaciones de los *swaps* (permutas financieras) más especulativos. El resultado final para la gran mayoría de los afectados se lo pueden imaginar, a la vista de que la preocupación fundamental del Banco de España siempre ha sido la protección de la solvencia de los bancos, muy por encima de los intereses de sus clientes. Pese a que había conciencia de que los bancos disponían de clara información asimétrica al respecto (especialmente, en relación con la evolución de los tipos de referencia) y que apostaron sobre seguro, aquí, los consumidores han tenido que buscar su suerte en los tribunales.[8]

El defecto de diseño que obliga a perseguir objetivos contradictorios quizás no sea muy grave en lo que respecta a la CNMV ni, tampoco, en relación con la CNMC (aunque hay opiniones para todos los gustos, como estamos viendo últimamente), pero parece evidente que sí lo es en el caso del Banco de España. Como la crisis ha demostrado con cruel claridad, no es posible defender a la vez la solvencia de las entidades y los intereses de los consumidores. O, como dice el viejo refrán español, no es posible sorber y soplar a la vez: no es posible incentivar medidas urgentes de recapitalización para incrementar la solvencia de los bancos (ya sea por la vía de la concentración y subsiguiente salida a bolsa, por la de la emisión de participaciones preferentes o por la de la comercialización de permutas) y, a la vez, otras que minimicen el riesgo para los consumidores adquirentes de esas mismas acciones o

participaciones, lo que, en determinados casos, pasaría por endurecer los requisitos hasta convertir en imposibles esas operaciones. Y, como no se puede servir simultáneamente a dos señores, durante la pasada crisis, el Banco de España eligió claramente a uno: la banca.

Pese a las advertencias de los inspectores de la casa, que llegaron a calificar a Bankia de «enfermo inviable» antes de su salida a bolsa, la verdad es que la cúpula del Banco de España terminó apoyando a la entidad. Forzados a elegir, siguieron la vía que menos fricciones políticas generaba a corto plazo. Todavía es pronto para determinar si esa elección terminará por implicar responsabilidades penales para sus dirigentes (por el momento, Miguel Ángel Fernández Ordoñez, exgobernador del Banco de España, y Julio Segura, expresidente de la CNMV, están siendo investigados por la Audiencia Nacional). Pero lo que está claro es que tampoco es necesario que la conducta de esos responsables encaje en un tipo penal para sostener que se actuó rematadamente mal.

Los errores de decisión, el mirar a otra parte, el plegarse a las presiones políticas, el considerar que el fin justifica los medios, la delegación de la responsabilidad en el cumplimiento de los requisitos formales y jurídicos —olvidando los verdaderos fines de la institución — no son circunstancias que en una democracia deban llevar necesariamente a la cárcel, claro está, pero sí deben suponer la asunción de responsabilidades de tipo político y gerencial y, sobre todo, impulsar cambios en la forma de funcionar de instituciones que se han revelado muy débiles. A nuestro juicio, esto exigiría la creación de comisiones de investigación parlamentaria, con el objetivo de estudiar lo que ha funcionado mal y, por supuesto, identificar a los responsables, si los hubiera. También la elaboración de estudios —sujetos a un amplio debate público—, con la finalidad de rediseñar adecuadamente nuestros organismos reguladores, adoptando, por ejemplo, el sistema del doble vértice, lo que implicaría atribuir la protección del consumidor a organismos distintos de los existentes.[9]

En cualquier caso, lo que todos nuestros organismos de supervisión y control comparten por igual es su captura partitocrática. Todas y cada una de nuestras instituciones han sido capturadas por las cúpulas de los partidos políticos, que las utilizan en un doble sentido: como agencias de colocación de cargos para los fieles y, en el límite, como mecanismos de delegación de la propia responsabilidad. Y eso ocurre ante la pasividad ciudadana y de nuestros medios de comunicación social, que, en un momento dado, llegaron hasta a alabarla, como suprema manifestación del espíritu democrático. En último término, lo ocurrido durante los años de la crisis nos debería vacunar contra este tipo de soluciones, porque esta captura supone un coste muy elevado, especialmente en términos de devaluación de una economía de mercado verdaderamente competitiva.

Los costes de la captura de los reguladores

Podemos distinguir tres costes derivados de esta colonización partitocrática de nuestros organismos reguladores: la incapacidad técnica, la dependencia política y la captura empresarial.

El primer coste es el de la ausencia de idoneidad profesional por parte de las personas seleccionadas para desempeñar los cargos de máxima responsabilidad. A diferencia de lo que ocurre en otros países, aquí no se elige a las personas profesionalmente más competentes, sino a las más fieles. No es que se huya a propósito de la profesionalidad. Lo que ocurre es que, como conseguir las dos cosas es imposible (los buenos profesionales y expertos sectoriales no suelen haber hecho carrera dentro de un partido y, además, habitualmente tienen independencia de criterio), la cúpula partitocrática considera siempre mucho más útil y menos arriesgado designar a un fiel que tenga como primer objetivo, de manera invariable, los intereses de quien le ha nombrado. A veces se cubre el expediente de la profesionalidad con personas procedentes de la

función pública, típicamente, de altos cuerpos de la Administración, como abogados del Estado o técnicos comerciales que suelen saber mucho de derecho o de economía y muy poco de los sectores que tienen que supervisar. Esto añade un segundo coste a la ecuación: el de la falta de independencia. Porque es obvio que lo que resulta más útil y menos arriesgado para el político de turno no suele serlo para los intereses generales.

Pensemos en el nombramiento en 2012, tras la experiencia de nuestra crisis financiera, de Elvira Rodríguez como presidenta de la CNMV. Sus méritos profesionales se limitaban a haber sido diputada, presidenta de la Asamblea de la Comunidad de Madrid y haber ostentado varios altos cargos, incluido uno en un ministerio del Gobierno del PP, pero carecía totalmente de cualquier tipo de experiencia en los mercados financieros. Con el nombramiento de Elvira Rodríguez, el mensaje que se manda a esos mercados es demoledor, dado que no se cumplen ninguno de los dos requisitos de competencia e independencia que deben presidir el funcionamiento del regulador. Por supuesto, los nombramientos que se hacen de consejeros y altos cargos de la CNMV siguen la misma línea. Por ejemplo, la presidenta se lleva consigo, como secretario general, a su jurista de confianza, quien le había prestado —a ella— importantes servicios en su etapa como presidenta de la Asamblea Regional de Madrid.

La falta de capacitación técnica de nuestros altos cargos institucionales es un verdadero regalo para los *lobbies* bien organizados. El político de turno se ve obligado a realizar un máster acelerado en una materia que no conoce, y lo normal es que cuente con la «desinteresada» ayuda de aquellos que tienen más fácil acceso a estos conocimientos, que, obviamente, tienen su agenda y sus prioridades. La dependencia política incentiva, a su vez, que el designado canalice sus *inputs* informativos por la vía del partido y de los que se encuentran próximos a él. Así, no es de extrañar que los compromisos políticos terminen adquiriendo un peso desmedido a la hora de tomar decisiones supuestamente técnicas.

Todo esto contribuye a debilitar nuestros organismos reguladores que, al final, son incapaces de regular adecuadamente el mercado, porque sencillamente son más frágiles que los actores más fuertes del capitalismo clientelar, como demuestran los ejemplos que hemos ido comentando a lo largo de estas páginas y muchos otros de los que debemos prescindir por razones de espacio. Esta característica —la de que los supervisores o reguladores cedan ante los agentes económicos más poderosos, ya se trate del Banco Santander, Telefónica, El Corte Inglés o cualquier otro similar— es precisamente la que distingue a un régimen de capitalismo clientelar de una verdadera economía de mercado. Que nuestros dos principales partidos lo hayan asumido así es una muestra más de la debilidad de nuestra democracia y de nuestro Estado de derecho.

Por ese motivo, hay que recordar que quien habla de compromisos políticos termina siempre hablando de compromisos empresariales, especialmente en los sectores regulados. Y este es el tercer coste del que queremos hablar. La razón que lo explica y la prueba que lo demuestra son la misma: la superabundancia de puertas giratorias en nuestro país. La frecuencia con la que expolíticos de los principales partidos terminan en el gobierno corporativo de nuestras empresas no se debe a su extraordinaria cualificación profesional y competencia técnica (estas facultades las encontraremos, normalmente, en los escalones intermedios de las compañías), sino, precisamente, a su disposición a descolgar el teléfono y contactar con la extensa red de compañeros de partido en activo, ya sea en las administraciones o en los organismos reguladores. Algo parecido ocurre con los altos funcionarios o altos cargos, que también suelen ser captados por las grandes empresas de los sectores regulados. El objetivo final no es ya debilitar al organismo correspondiente para que no pueda realizar su función controladora, sino ponerlo directamente a su disposición.

Para el capitalismo clientelar, como es lógico, resulta esencial el acceso a los organismos de regulación, supervisión y control, ya se trate de la CNMV o de la CNMC (o de sus antecesoras, los

organismos reguladores sectoriales CNE, CMT, CNC, etc.), del Banco de España o de los distintos ministerios que tienen competencias regulatorias. Por supuesto, este deseo es muy natural: las empresas buscan legítimamente defender sus intereses. Lo interesante, en España, es el modo en que se concreta este acceso, al que casi podríamos calificar de «ósmosis», como veremos en el capítulo dedicado a las famosas puertas giratorias.

6

LA JUSTICIA, BAJO EL VOLCÁN

La Administración de Justicia es el mecanismo de cierre del control público democrático sobre los «poderes fácticos» de una sociedad. Las administraciones públicas y los organismos reguladores y controladores tienen, en este sentido, una importantísima función que cumplir, pero, para saber si en un determinado Estado ciertas personas poderosas son más fuertes que el propio sistema, al final hay que fijarse en los tribunales de justicia y hacerse una serie de preguntas: ¿los abusos que terminan cometiéndose de manera inevitable en cualquier economía de mercado llegan a los tribunales?, ¿se resuelven en un periodo de tiempo razonable?, ¿en las resoluciones judiciales rigen los principios de predictibilidad y razonabilidad?, ¿se trata a las personas poderosas con la misma vara de medir que a las demás? En definitiva: ¿el sistema judicial disuade de manera efectiva de incurrir en comportamientos clientelares o es una última valla que resulta fácil de saltar?

Si el derecho es, por encima de todo, un instrumento de control del poder, ya sea del poder político o del poder económico, en una determinada sociedad, garantizar el cumplimiento del sistema jurídico vigente es un requisito imprescindible en la lucha contra el capitalismo clientelar. Por esa razón, tanto las deficiencias derivadas de la ignorancia o del mal funcionamiento como las complicidades del sistema judicial con ciertos sujetos poderosos son muy preocupantes. A nuestro juicio, desgraciadamente y a la vista de lo ocurrido en España en estos últimos años, podemos concluir que el capitalismo clientelar ha sido capaz de saltar esa última valla en

demasiadas ocasiones, bien por complicidad (entendida en un sentido figurado o amable), bien por defectos estructurales (de carácter material, institucional o técnico-jurídico), o bien por simple ignorancia o desprecio por el correcto funcionamiento del mercado. Vamos a examinar estas causas por separado.

¿Tiene la justicia española puesta siempre la venda sobre los ojos?

A la imagen de la justicia se la suele representar como una mujer con una venda sobre los ojos y con una balanza en la mano. De esta forma se indica que la verdadera justicia siempre decide sin tener en cuenta a las personas concretas que ha de juzgar, ya que todos los ciudadanos —los más poderosos y los más humildes— son iguales ante la ley. Pero la cruda realidad es que esto no es así, porque resulta imposible que lo sea. Los tribunales de justicia saben perfectamente quién se presenta ante ellos. Conocen los nombres de los demandantes y demandados, acusadores y acusados y su respectiva posición social, económica y... política. La imagen con la venda nos pretende indicar, simplemente, que deberían decidir los casos como si la tuvieran puesta.

Para comprobar si España pasa la prueba de resistencia en cuanto a juzgar a todos los ciudadanos por igual en las cuestiones que aquí nos interesan, deberíamos examinar algún posible ejemplo en el que se haya enjuiciado a un actor social y económico poderoso que haya realizado una actuación de falseamiento o adulteración del mercado. Afortunadamente, disponemos al menos de un par de ellos, altamente significativos, pues afectan seguramente a las dos personas que han disfrutado de mayor influencia económica y poder fáctico en los últimos años en nuestro país: los señores Alierta y Botín, expresidentes de Telefónica y del Banco Santander, respectivamente.

En el primer caso, en diciembre de 2010, el Tribunal Supremo dictó una sentencia confirmando la absolución de César Alierta por prescripción de un delito de información privilegiada. Como parte de los hechos probados, quedó acreditado que, en 1997, César Alierta compró, a través de su sobrino Luis Javier Placer (al que colocó, después, en Telefónica), acciones de Tabacalera cuando era presidente de esta entidad, valiéndose de información privilegiada —obtenida en condición de su cargo— relativa a la adquisición de una compañía tabaquera estadounidense. Todo ello, por supuesto, antes de que dicha información fuese debidamente comunicada a la CNMV y, en consecuencia, al mercado.

En su recurso de casación, el Ministerio Fiscal alegaba que la correcta calificación del delito exigía apreciar el subtipo contenido en el entonces vigente art. 268.3 del Código Penal, que preveía el agravamiento del tipo penal siempre que en la conducta descrita (información privilegiada) concurriera la circunstancia de que se causara grave daño a los intereses generales. Lo relevante era que, con este tipo penal, la prescripción del delito tendría lugar a los diez años en vez de a los cinco, que era la que correspondía al tipo básico.

Pues bien, en primer lugar, el TS consideró que no había habido daño alguno al buen funcionamiento del mercado bursátil, en condiciones de transparencia y con garantía de igualdad de oportunidades. Y ello porque la cuantía no era relevante (solo 220 millones de las antiguas pesetas), porque se trataba de una actuación aislada y porque solo hay daño cuando la información privilegiada se refiere a un dato negativo (que determina una caída de la cotización) y no a uno positivo (que da lugar a su revalorización). En el primer caso, sí se causa un perjuicio a alguien, mientras que, en el segundo, se obtiene un mero beneficio propio sin causar daño a nadie en particular.

Si la sentencia del TS se hubiera quedado ahí, quizás (y forzando mucho las cosas) podríamos encuadrar su examen en otro apartado que luego analizaremos: el de la ignorancia de nuestros

jueces en cuestiones económicas (en este caso, tanto sobre el concepto e importancia de un mercado competitivo y transparente como sobre la equiparación entre daño emergente y lucro cesante, formulada por la escolástica española hace cinco siglos). Pero es que el fiscal también alegaba en su recurso que, aun en el caso de no reconocerse la aplicación del subtipo agravado, el delito ordinario tampoco habría prescrito, pues el plazo de cinco años debe contarse desde el momento en que César Alierta vende las acciones y obtiene, así, su beneficio patrimonial (febrero de 1998), por lo que, cuando se presenta la querella (noviembre de 2002), el plazo todavía no ha transcurrido. Asombrosamente, la alegación es rechazada por el TS, invocando el argumento de que el momento de la venta no es el relevante, sino el momento en que, como consecuencia de la información en cuestión, la acción alcanza su máximo valor, que resulta ser el 26 de septiembre de 1997 (precisamente, cinco años y dos meses antes de la interposición de la querella), aunque las acciones se vendiesen después.

La interpretación es tan surrealista y tan asombrosa que sobraría cualquier comentario, incluso para los no juristas, pero no nos resistimos a hacer uno. Para que pueda iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, nuestra legislación exige que cese la conducta delictiva. Pues bien, parecería evidente que, para recoger los beneficios del delito, la venta de las acciones era imprescindible. Sin embargo, el TS considera que esa venta no es la última conducta, pero sí lo es *no vender* cuando las acciones alcanzan el punto más elevado. Nos tenemos que preguntar sinceramente si nuestro más alto tribunal hubiera fallado igual si el acusado hubiera sido un ciudadano corriente. Claro que, probablemente, un ciudadano corriente no tendría acceso a información privilegiada ni, mucho menos, a una legión de abogados a su servicio y amigos bien colocados. Probablemente nunca nos enteraremos de los medios concretos que se utilizaron para conseguir una interpretación tan «a

la medida» de las necesidades de César Alierta, pero podemos estar seguros de que exigieron mucho esfuerzo y dinero. La presidencia de Telefónica bien lo vale.

Veamos ahora el otro ejemplo, el de otro «intocable» del capitalismo patrio, el de Emilio Botín, que dio lugar a la famosa doctrina del mismo nombre. La cuestión es muy interesante, porque revela a la perfección la potencia que es capaz de poner en juego nuestro capitalismo castizo. El asunto se inicia por la comercialización de un producto financiero opaco al fisco («las cesiones de crédito»), realizada entre 1987 y 1989. Las acusaciones particulares (entre las que se encontraban entonces Ruiz Mateos, Ausbanc e Iniciativa per Catalunya Verds [ICV], entre otros) alegaban que obedecía a una estrategia de defraudación, perfectamente conocida y diseñada por la cúpula del banco y en beneficio de ciertos clientes importantes. El Banco Santander pretendía ganar una ventaja competitiva frente al resto de las entidades por la vía de limitar al máximo la aportación fiscal de esos clientes a las arcas públicas. Pues bien, en 2004, la Audiencia Nacional decidió sentar a Botín en el banquillo (junto con otros directivos), acusándole de un delito continuado de falsedad en documento oficial, tres delitos continuados de falsedad en documento mercantil y otros treinta contra la Hacienda pública, reclamándoles una responsabilidad conjunta de 89,4 millones de euros.

Lo primero que llama la atención es que, pese a que los magistrados instructores vieron indicios de delito, no acusaron ni la fiscalía ni la abogacía del Estado. Como saben ustedes perfectamente, estas instituciones del Estado —llamadas a defender, de manera general, los intereses públicos o, particularmente, los intereses de los contribuyentes— dependen jerárquicamente del Gobierno de turno. Y es frecuente que el Gobierno tenga presentes consideraciones políticas a la hora de tomar decisiones. Por eso, el que no acusen los institucionalmente encargados de defender directamente los intereses públicos es un primer obstáculo (de

proporciones muy considerables) para la realización del derecho. Podemos recordar que lo mismo sucedió, más recientemente, con la infanta Cristina: ni la abogacía del Estado ni el fiscal la acusaron, pese a lo que constituye la práctica general en estos casos, y ello con independencia de su absolución final; incluso, el famoso fiscal Horrach llegó a actuar más como un abogado defensor de tan ilustre señora que como un fiscal. Hemos presenciado la misma actuación contraria a lo que suele ser el modo habitual de proceder con la solicitud del fiscal y la decisión del Tribunal en relación con la entrada en prisión de Iñaki Urdangarin tras su condena por varios delitos. Y es que siempre habrá clases.

En este caso, sin embargo, también concurrieron ciertas acusaciones particulares que mantuvieron la acción viva. Pues bien, Botín y el Banco Santander se ocuparon incansablemente de desmontar una por una esas acusaciones, tras haber alcanzado con ellas —presuntamente— determinados acuerdos. Aunque lo lograron fácilmente con Ruiz Mateos y Ausbanc (se calcula que, a partir de ese momento, el Santander pagaba a Ausbanc cerca de un millón de euros anuales por hacer publicidad en sus medios), al final no lo consiguieron con todos, por lo que se terminó acordando la apertura del juicio oral. Fue entonces cuando tuvo lugar la traca final. Se recurrió esa apertura al Tribunal Supremo y este, sobre la base de una interpretación literal y novedosa del art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (también llamada «LECrim»), sentó que no es posible enjuiciar a una persona cuando no acusa ni el fiscal ni el directamente ofendido por el delito (la acusación particular: en nuestro caso, la Hacienda pública, representada por la abogacía del Estado), pese a que sí lo haga la acusación popular. Los cinco primeros votos particulares de esa sentencia, la doctrina científica y determinadas decisiones judiciales posteriores bastaron para destruir cumplidamente esa sorprendente interpretación literal, que no casa ni con la interpretación lógica ni con la histórica ni con la sistemática. Pero para Botín resultó suficiente. Ahora entenderán

nuestros lectores por qué es tan importante el control del Tribunal Supremo y, más específicamente, de su Sala de lo Penal, Consejo General del Poder Judicial mediante.

En fin, este ejemplo es un compendio perfecto de capitalismo clientelar. Una decisión empresarial en perjuicio de los intereses públicos no puede ser sancionada, porque el protagonista —Emilio Botín— es definitivamente más fuerte que el sistema y que el Estado de derecho. Pone en juego consideraciones políticas que presuntamente fuerzan la mano del Gobierno, el cual no acusa ni a través de la fiscalía ni de la abogacía del Estado, pese al daño directo a la Hacienda pública. Moviliza sus cuantiosos recursos económicos para desactivar las acusaciones. El gobierno corporativo de la entidad afectada no solo no constituye un límite a su actuación (nadie le pide la dimisión), sino que presumiblemente utiliza los recursos del banco para alcanzar determinados acuerdos (como el de Ausbanc). Y termina superando fácilmente el mecanismo de cierre del sistema —la Administración de Justicia—, que se ve obligado a crear una «doctrina» especialmente acuñada para él, hoy felizmente desacreditada, pero que sirvió en ese momento para terminar de saltar la valla.

Para que este resultado haya sido posible, han tenido que concurrir muchos factores, que dibujan un claro escenario de deterioro institucional. Una fiscalía y una abogacía del Estado no lo suficientemente independientes; unos políticos con escasa consideración por el Estado de derecho, dispuestos a cultivar determinadas amistades con personas influyentes (por lo que pudiera pasar); un gobierno corporativo de pega; y, especialmente en lo que hace al tema que ahora tratamos, una Administración de Justicia excesivamente politizada. Efectivamente, las consideraciones políticas son susceptibles de filtrarse en el sistema judicial desde el momento en que los nombramientos a los cargos más altos de la carrera dependen de los principales partidos políticos, especialmente del que controla el Gobierno en cada momento. El juez que llega a esos puestos no suele ser el mejor ni el más independiente, sino el

que mejor ha sabido «moverse» y «hacer carrera», normalmente en el ámbito de las distintas asociaciones conectadas con los partidos de turno. Son personas sensibles a los argumentos de conveniencia política porque siempre han jugado a ese juego... y esperan seguir haciéndolo.[1] Por eso, donde dos interpretaciones son posibles, una tendrá siempre las de ganar. A menudo, la más favorable al capitalismo clientelar.

Pero, si esto pasa con los jueces situados en los puestos más altos de la carrera, qué decir de los fiscales. La dependencia del fiscal general del Estado del poder político es total, y el carácter jerárquico de la carrera hace que los riesgos de parcialidad derivados de la «venda caída» no afecten solo a los pocos situados en la cúspide, sino a la institución en su conjunto. Siempre se pueden dar órdenes a los fiscales incómodos, o quitárselos de encima si son demasiado molestos. No es de extrañar que, cuando los políticos ven peligrar —como ocurre en el momento de escribir estas líneas— privilegios como los aforamientos, que les permiten ser juzgados por tribunales más politizados, empiecen los intentos para encomendar la instrucción de las causas penales a la fiscalía o para limitar la acusación popular (dado que su supresión no es posible por estar recogida en la Constitución).

Lo hemos comprobado, también, con ciertos casos escandalosos derivados de la debacle de las cajas de ahorros. En la mayor parte de los supuestos, han sido las acusaciones particulares las que los han llevado a los tribunales, ante la absoluta pasividad de la fiscalía, que solo ha actuado cuando no ha tenido más remedio. A nadie se le escapa que en torno a las cajas de ahorros se construyó lo más granado del régimen clientelar español, con íntimas conexiones, por un lado, entre partidos políticos y cargos institucionales y, por otro, entre empresarios y clientes (a veces los mismos políticos). No es de extrañar que todavía hoy no exista el más mínimo interés entre los responsables políticos al mando —pertenecientes a los mismos partidos— por destapar casos de corrupción que no pueden acarrearles más que todo tipo de problemas.

Una prueba muy reveladora de ello son las denuncias realizadas por la Sareb ante la fiscalía, de las que hemos tenido noticia recientemente, como consecuencia de la denuncia presentada ante este organismo por el desvío de 23 millones de euros del préstamo concedido en su día por Novacaixagalicia para la construcción del edificio InTempo, en Benidorm. La Sareb se constituyó en noviembre de 2012 con la finalidad de adquirir y gestionar los llamados activos tóxicos de las entidades rescatadas, convirtiéndose, así, en titular de miles de inmuebles adjudicados a favor de esas entidades y en acreedora de miles de préstamos concedidos por esos bancos. Los activos se adquirieron por ministerio de la ley a un precio fijado por tercero, en función de una serie de baremos. La gestión de la entidad va encaminada a recuperar el valor de esos activos en beneficio del contribuyente. En unos diez años veremos cuánto dinero ha perdido el Estado.

Para realizar esa función de recuperación de los activos, la Sareb tuvo que analizar los antecedentes de esos préstamos y, como consecuencia de esa labor de investigación, empezaron a aparecer graves irregularidades. Para contar con un asesoramiento solvente e imparcial, la Sareb contrató como peritos a dos de las consultoras más importantes a nivel internacional, Ernst & Young y a Forest Partners, y en doce o trece casos, además del anteriormente citado, los informes fueron absolutamente definitivos: se trataba, sin duda alguna, de actuaciones susceptibles de investigación criminal. Así que la entidad se puso en contacto con la Fiscalía General del Estado y procedió a realizar las pertinentes denuncias, que, acompañadas del correspondiente informe pericial, se remitían posteriormente a las correspondientes fiscalías provinciales.

Pues bien, a día de hoy, no parece que ninguna vaya por muy buen camino. Uno de los casos más escandalosos es el de un préstamo de 15 millones de euros, concedido por Bankia a los integrantes de la Confederación de Empresarios de Andalucía, organizados a través de una fundación (con el fantástico nombre de Fundación para el Desarrollo del Sur de Europa) que terminó en un

concurso de acreedores, y con un montón de adquirentes de viviendas que se libraron de perderlo todo porque la Sareb decidió meter dinero fresco del contribuyente, para salir del paso y rentabilizar mínimamente la carcasa vacía que había adquirido. Una trama muy interesante, con implicación del Ayuntamiento de Sevilla (entonces, en manos del PP), pero también con la imprescindible colaboración del PSOE, a través de la Consejería de Urbanismo de la Junta de Andalucía. El informe del perito ponía de manifiesto que parte del dinero había terminado en cuentas en Gibraltar. Pese a ello, la fiscalía archivó la causa en menos de un año.[2]

Otro escándalo, no menos grave, tuvo lugar en Las Palmas de Gran Canaria, en esta ocasión con la intervención de Caixa Galicia. Aquí, el asunto era todavía más claro. Un préstamo de más de 20 millones de euros concedido a una promotora para construir un complejo hotelero, en el que participaba algún directivo de la caja, terminó directamente en sociedades subsidiarias que se repartieron el dinero entre ellas, mientras que, en el supuesto solar, no se invirtió ni un euro. La fiscalía parece estar tan desbordada que no ha hecho prácticamente nada al respecto. A estos casos se pueden sumar muchos otros, ya fuera del ámbito de la Sareb, como el de Caja Segovia, al que dedicamos el capítulo final de nuestro primer libro y respecto del cual la fiscalía ha mantenido desde siempre una pasividad descorazonadora. Pretender atribuir la instrucción de las causas criminales a los fiscales, arrebatándosela a los jueces, sin haber solucionado antes el problema de su grave dependencia del poder político, sería un auténtico disparate que no haría otra cosa que facilitar las cosas aún más al capitalismo clientelar. Hay innumerables ejemplos que lo demuestran.

Por supuesto, todo esto pasó y sigue pasando ante la absoluta pasividad de nuestros responsables políticos, tanto de los que están en el Gobierno como de los que están en la oposición. Hay que destacar que sus señorías nunca le preguntaron al presidente de la Sareb, durante sus comparecencias en el Congreso, ni por los casos investigados internamente ni por el destino de las denuncias

presentadas ante la fiscalía. Nos parece un dato muy revelador de la complicidad o de la incompetencia de nuestros representantes políticos. Pero lo cierto es que, sin una acusación pública independiente y con recursos suficientes, la lucha en los juzgados contra el capitalismo clientelar está condenada a la derrota.

Pese a todo lo anterior, cabe concluir que los ejemplos que hemos puesto, aunque muy graves en términos tanto cuantitativos como cualitativos (y, en particular, en términos de deslegitimación institucional del sistema), no son, ni mucho menos, los únicos casos en los que el capitalismo clientelar se impone a nuestra Administración de Justicia. Existen muchas otras amenazas muy extendidas que, más que a determinados sujetos concretos bien relacionados políticamente, benefician a la generalidad de las grandes empresas de este país en detrimento de los intereses de consumidores y ciudadanos. Seguidamente, pasamos a examinarlas.

Industria defensiva del capitalismo clientelar vs. industria defensiva del consumidor

Las posiciones de poder económico adquiridas con la connivencia voluntaria o involuntaria del poder político, que es lo que define propiamente al capitalismo clientelar, pueden estar amparadas en regulaciones normativas que, por muy torticeramente que se hayan obtenido, resultan, de esta manera, prácticamente inexpugnables. En estos casos, los tribunales de justicia no tienen más remedio que hacer cumplir esas normas, y no se les puede recriminar: precisamente por esa razón la captura del legislador es, como hemos explicado en otro lugar, la captura mayor del capitalismo clientelar. Pero lo cierto es que, en muchas ocasiones, el capitalismo clientelar adquiere sus posiciones de dominio y abuso a la sombra del derecho: ya sea actuando al margen de las normas, ya sea estirando su interpretación frente a la pasividad o impotencia de los que

deberían impedírselo. Ante estas situaciones, la Administración de Justicia constituye, de nuevo, la última trinchera en la lucha contra estos abusos.

El problema es que, para lograr ese objetivo, nuestro sistema judicial presenta un ingente catálogo de problemas de considerable importancia. No es el objeto de este libro examinar los defectos estructurales que afectan a nuestra Administración de Justicia y que explican su lentitud y su falta de predictibilidad, puesto que en el libro *¿Hay derecho?* ya lo hicimos. Pero lo cierto es que su existencia es descontada por nuestro capitalismo clientelar para minimizar el coste real de sus abusos. Todo el mundo sabe que la justicia, en España, funciona muy mal y es muy lenta. Ese es precisamente el problema: que todo el mundo lo sabe, empezando por nuestras empresas clientelares, que pueden planificar sus estrategias (*moral hazard*) teniendo en cuenta esta realidad. Dicho de otra forma: incumplir una obligación legal no sale demasiado caro si se sabe que la lentitud de la decisión judicial y su falta de predictibilidad juegan a favor de quienes más medios humanos y materiales y más tiempo tienen a su disposición.

Este dato explica por qué introducir las tasas judiciales en nuestro sistema judicial «a capón», sin mejorar antes la calidad de nuestra Administración de Justicia, fue una pésima idea. La Ley 10/2010 generalizó el mecanismo de las tasas judiciales para demandar ante los tribunales de justicia y para todo tipo de personas (físicas y jurídicas). No había distinciones ni entre grandes empresas y pymes ni entre personas con muchos o pocos recursos. Ante el clamor de la opinión pública (liderada por activistas como La Brigada Tuitera, integrada —entre otros— por los abogados Verónica del Carpio y José Muelas), reformas posteriores, especialmente la introducida por el Real Decreto Ley 3/2013, limitaron su alcance, excluyendo de su aplicación a las personas físicas. Recientemente, la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 2016 ha venido a declarar la inconstitucionalidad de la cuota fija y de la variable para las personas jurídicas por infringir el derecho

fundamental de acceso a la jurisdicción y al recurso. No se trata de que las tasas en sí sean inconstitucionales, sino que solo se considera así el sistema diseñado por la ley impugnada, dado su carácter genérico, sin distinción alguna en función de la capacidad económica del litigante, y con cuantías claramente desproporcionadas.

En cualquier caso, mientras estuvieron vigentes, cumplieron su función de disuadir posibles reclamaciones contra ciertos abusos de grandes empresas, incluidas las demandas por parte de los usuarios de servicios bancarios, que tanto proliferaron durante esa época. Y no cabe duda, además, de que, al elevar el coste de reclamar en estos supuestos, se reducía correlativamente el coste (o el riesgo) de las entidades bancarias por comercializar productos abusivos. Lo mismo ocurría con las reclamaciones contra las administraciones públicas, que gozan, además, de una serie de prerrogativas cuando son demandadas por los ciudadanos, algunas de ellas francamente muy cuestionables a estas alturas del siglo XXI. Sencillamente, con las tasas se reducía el coste de los malos gestores a la hora de realizar sus cotidianas cacicadas. Porque ya nos advierte el modelo clásico de que, cuando un coste se reduce, se incrementa paralelamente el incentivo para ampliar ese mercado, ya se trate del capitalismo clientelar o de las arbitrariedades administrativas. No olvidemos que existe una diferencia importante entre las tasas judiciales y el copago sanitario. Por pagar un euro por receta o por consulta (con un efecto exclusivamente disuasorio y no recaudatorio), no van a aumentar las enfermedades en España. Pero, quizá, con una ley de tasas como esta, sí aumentaron las injusticias.

La idea de que siempre hay alguien que se aprovecha de las deficiencias y obstáculos que presenta el sistema judicial de un país resulta clave para comprender su relación con el capitalismo clientelar. Las grandes empresas de servicios, ya se trate de telecomunicaciones o energía (todas ellas, exmonopolios), tienden a aprovecharse de los factores que dificultan y encarecen para sus

usuarios el acceso a la Administración de Justicia. Algunos de esos factores son difícilmente evitables, pero se pueden adoptar muchas medidas para paliar sus negativos efectos.

Efectivamente, parecería muy complicado evitar la ventaja comparativa de la que disponen las grandes empresas de bienes y servicios a la hora de movilizar la enorme industria defensiva puesta a su servicio, integrada por los grandes despachos y consultoras de este país, repletas de abogados del Estado, inspectores de Hacienda, catedráticos, magistrados y fiscales en excedencia, todos muy bien pagados. Pueden permitirse contratar a lo mejor de nuestra elite jurídica. También parece complicado revertir la situación de inferioridad del consumidor, que tiene que reclamar, frente al abuso, ante un sistema judicial saturado, lento e ineficiente. El consumidor, si quiere luchar por sus derechos, debe invertir mucho tiempo y dinero, cosa que normalmente no tiene, frente a una industria defensiva muy bien organizada, que luchará fieramente en primera instancia. Y si, pese a la corte de abogados de esta última, la «injusticia» es tan manifiesta que los jueces la desautorizan, no recurrirá —para evitar la publicidad que implica perder en los tribunales superiores o la formación de jurisprudencia—, pero impugnará los honorarios del abogado del demandante hasta el final para desincentivar a futuros ilusos. Todo eso al margen de otros mecanismos punitivos cercanos al antiguo *solve et repete* (paga y recurre), como cortes de suministro o inclusión en registros de morosos, con todo lo que eso implica.

Pues bien, sin perjuicio de adoptar medidas a largo plazo destinadas a mejorar el funcionamiento de nuestro sistema judicial, mientras tanto es necesario generar los incentivos necesarios para fomentar una industria defensiva de los intereses de los consumidores y los usuarios, con el fin de facilitar la lucha judicial por el correcto funcionamiento del mercado, cuando todos los demás mecanismos han fallado. En Estados Unidos, los catedráticos de Harvard y Yale también asesoran a los consumidores en su lucha contra la gran empresa. Pero ellos disponen de incentivos que lo

facilitan. Se podría comenzar por revertir los defectos que obstaculizan en España el uso de las llamadas «acciones colectivas» (*class actions*) y por la consagración de los denominados «daños punitivos» (*punitive damages*) o, al menos, de herramientas próximas a esta última figura, que nos faciliten obtener algunas de sus importantes ventajas y eludan sus inconvenientes.

Teóricamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 (también llamada «LEC») dio carta de naturaleza en nuestro país a las acciones colectivas, dirigidas a reclamar judicialmente en defensa de los derechos e intereses de una colectividad amplia de consumidores y usuarios, ya sean estos últimos determinables o no en la fase declarativa del procedimiento judicial. De esta manera se pretendía revertir alguno de los inconvenientes anteriormente indicados, especialmente el de la soledad y debilidad del consumidor, aislado frente a la potente industria defensiva de las empresas de bienes y servicios. En Estados Unidos, la existencia de este tipo de acciones ha atribuido a los consumidores una capacidad de vigilancia y presión sobre la industria muy importante. De hecho, a veces, incluso han sido utilizadas como un poderoso instrumento de regulación indirecta con el que modelar las normas de conducta de la gran empresa. Pero Estados Unidos disponen de una regulación detallada y de una práctica judicial mucho más flexible y eficaz que la que existe en nuestro país, sobre todo a la hora de determinar los requisitos procesales para ejercitar estas acciones.

Efectivamente, mientras que en Estados Unidos se reconoce legitimación a reclamantes individuales para actuar en representación de la clase, en España se atribuye esa legitimación en exclusiva «a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas» (art. 11.3 LEC). El problema ya no es solo el descrédito al que han llegado algunas de las más importantes asociaciones de consumidores en nuestro país por los abusos en que han incurrido (ahí está el caso Ausbanc, convertido en una herramienta para extorsionar), sino también la dificultad objetiva que implican el requisito y la incertidumbre derivada de su

indeterminación. Esta situación ya ha motivado múltiples sentencias, que han negado la correspondiente legitimación a algunas asociaciones, incluso por entender que no es posible que algunos miembros de la asociación sean sociedades, como defendió la Audiencia Provincial de Madrid a raíz del caso Madoff. Además, nuestra regulación es excesivamente parca, y deja sin resolver cuestiones importantes, lo que ha generado una interpretación restrictiva por parte de nuestros tribunales. El resultado final ha sido convertir esta posibilidad en una vía infrautilizada. El recurso ordinario a la acumulación de acciones, por mucho que esté siendo estirado últimamente por nuestra jurisprudencia, no puede suplir el objetivo pretendido con una adecuada regulación de las acciones colectivas.

A la inoperancia de las acciones colectivas cabe sumar la inexistencia en España de ciertos instrumentos de sanción de conductas inaceptables, propios del derecho estadounidense, como las indemnizaciones punitivas (*punitive damages*). Con esta figura se puede condenar al demandado a pagar al demandante (o, en algunas ocasiones, a un tercero) una suma varias veces superior a la indemnización del daño causado, con el propósito de disuadir a él y a otros posibles actores de incurrir en el mismo comportamiento reprochable. Pese a toda la controversia suscitada en torno a las indemnizaciones punitivas, lo indudable es que crean incentivos para ejercitar acciones de reclamación cuando el daño individualizado por usuario puede no compensar su interposición, lo que permite que estas conductas queden impunes. Es conocido el caso de Chevrolet Malibu, producido por General Motors, que incurría en un defecto de fabricación por tener situado el depósito demasiado cerca del parachoques trasero, con el consiguiente riesgo de incendio. Un ingeniero de la empresa realizó un estudio coste-beneficio conforme al que quedaba claro que resultaba más barato pagar la indemnización por muerte o lesiones personales que reparar todos los coches defectuosos (aunque no se supo si ese informe fue utilizado por la empresa). En cualquier caso, la existencia de las

indemnizaciones punitivas no solo hace imposible este cálculo profundamente inmoral, sino que incentiva a los usuarios a interponer las reclamaciones pertinentes con la finalidad de que ni siquiera pueda plantearse esta opción, ayudando a suplir por vía privada el mecanismo sancionador del Estado cuando sus posibilidades reales de aplicación directa sean muy remotas. Por otra parte, su existencia también conlleva que las componendas entre las empresas y la autoridad reguladora resulten menos interesantes. Recordemos el caso de los coches diésel de la marca Volkswagen trucados para pasar fraudulentamente el control de emisiones a la atmósfera. Con ocasión de este escándalo, hemos conocido que en Europa el control de las emisiones, especialmente las de nitrógeno, era bastante lamentable. Son varios los factores que han concurrido para producir este efecto tan típico del capitalismo de amiguetes: en primer lugar, la presión del *lobby* automovilístico, tanto a escala nacional como comunitaria, entorpeciendo al máximo cualquier intento de regulación; en segundo lugar, el interés europeo por hacer competitiva a escala mundial una tecnología —la diésel— en la que Europa es puntera; y, en tercer lugar, un sistema de controles ejercitado por compañías inspectoras privadas que compiten entre sí —cuyo lógico objetivo principal es tener contentos a sus clientes directos (las empresas automovilísticas) y no a los teóricos interesados finales (los ciudadanos europeos)—, realizados sin apenas supervisión.

Pues bien, reconocer a esos consumidores finales la posibilidad de reclamar indemnizaciones punitivas, les atribuye una herramienta de control privado que puede servir de manera idónea para suplir las inevitables deficiencias del control público, derivadas de la influencia del capitalismo clientelar y de los intereses políticos. Si este instrumento hubiera existido, Volkswagen no hubiera podido contar con la benevolencia pública para calcular el riesgo de su fechoría, ya fuera previa —a la hora de controlar— o posterior —a la hora de sancionar—, puesto que se hubiera dejado en manos de los consumidores y de los jueces un mecanismo final de sanción

enormemente potente. De hecho, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, se ha defendido su existencia cuando, de otra manera, resultaría relativamente sencillo para el infractor escapar de todo tipo de responsabilidad. Es decir, la cuantía adecuada de las indemnizaciones punitivas sería aquella en la que el daño se multiplicase por un factor que reflejase la probabilidad de escapar de responder por los perjuicios producidos.

En el derecho continental, esta institución no se admite en línea de principio, porque la función de sancionar está encomendada al Estado a través de sus instrumentos propios, entre los que no se encuentra el derecho civil, cuya función es la de resolver controversias privadas bajo el principio de la justicia conmutativa entre particulares. Sin embargo, reconocer directamente a la sociedad civil, sin intermediación del poder público, semejante instrumento de sanción, es perfectamente compatible con una democracia liberal dispuesta a apostar por una economía de mercado justa, limpia y competitiva. De hecho, ya existen en nuestro ordenamiento jurídico figuras muy próximas a este esquema, concretamente, en el ámbito laboral, en el caso de accidentes de trabajo motivados por infracciones de las normas sobre seguridad (art. 123 TRLGSS). Por eso, si se quiere evitar el riesgo de abuso con el que a veces se ha criticado al sistema estadounidense, podría regularse un sistema parecido en el ámbito del consumo por la vía de fijar límites globales a la indemnización y supuestos concretos de aplicación, lo que nos acercaría, al menos, a una subclase de las indemnizaciones punitivas: los llamados «daños múltiples» o «*multiple damages*», ya reconocidos en algunos países europeos de tradición civilista.

Este conjunto de medidas ayudarían, además, a crear una industria defensiva del consumidor paralela a la potentísima industria protectora de la gran empresa. Hoy en día, los grandes despachos de abogados españoles ponen todo su conocimiento especializado y también todas sus relaciones personales al servicio de un único tipo de cliente: la gran empresa. No se debe tampoco a una especial

inquina contra los usuarios ni a una falta de principios éticos, aunque en algún caso pueda haber algo de eso. Como suele ocurrir, la situación responde a un sistema de incentivos perverso: defender al consumidor aislado no resulta nada rentable ni estratégicamente oportuno desde el punto de vista comercial. Incluso, si un despacho quisiera hacerlo por otro tipo de razones, distintas a las económicas, podría enfrentarse con la pérdida de clientes mucho más importantes. No existen tampoco en España entidades de la sociedad civil con fuerza suficiente para contratar abogados de prestigio para defender este tipo de causas que, al fin y al cabo, favorecen a los intereses generales. El resultado es una situación de desequilibrio tal que el consumidor ni siquiera puede obtener, en la práctica, una porción de esa justicia conmutativa, que en principio nuestro venerable derecho civil le reconoce. De hecho, los informes disponibles demuestran que nuestro sistema concede indemnizaciones que quedan muy por debajo de los daños causados.

Por tanto, conviene no confundirse: la especial sensibilidad que parece detectarse en nuestros tribunales tras la crisis —principalmente en el ámbito bancario, como consecuencia de la comercialización de productos complejos e inadecuados (o, simplemente, tóxicos)—, que algunos incluso califican de excesiva, no puede compensar las insuficiencias comentadas, por muy llamativos que resulten algunos ejemplos. Desde luego, no pueden hacerlo con carácter general. Sigue siendo imprescindible crear, entre los profesionales de la defensa de intereses particulares, los incentivos necesarios para paliar, al menos en parte, este tremendo desequilibrio, preferiblemente sin tener que emular las minutas de abogados tan desproporcionadas que caracterizan al sistema estadounidense y que, al final, termina pagando el consumidor por otra vía. Alcanzar un punto medio es posible y, en el caso de conseguirlo, se fomentaría llegar a acuerdos indemnizatorios mucho más satisfactorios para la parte débil de los que tienen lugar en este momento.

La cultura económica de nuestros jueces no es suficiente

Esperamos que a ningún juez le resulte ofensivo el título de este epígrafe, pero hay que reconocer que obedece a una realidad incontestable. Aunque también hay que decir que no es culpa suya: se trata de un mal generalizado en la sociedad española en su conjunto, pese a ser especialmente grave en el caso de los juristas. Tenemos una muy deficiente formación económica. La economía es una materia que apenas se estudia en nuestras facultades de Derecho, ya sea como disciplina independiente o incorporada a otras disciplinas jurídicas en forma de análisis económico de las instituciones. Esta carencia no se debe a un determinado posicionamiento ideológico ni metodológico, porque civilistas clásicos como Federico de Castro abogaron hace mucho tiempo por fusionar las facultades de Derecho y Económicas. Se debe a las inercias propias de la anquilosada universidad española.

La realidad es que, sin aplicar el análisis económico a las instituciones jurídicas, no solo es imposible diseñar una política legislativa digna de ese nombre, sino también —volviendo a la Administración de Justicia— analizar con rigor el efecto económico de los actos enjuiciados y, en consecuencia, de las decisiones judiciales que se dictan. Este aspecto es muy relevante, porque es uno de los componentes básicos para llegar a la solución «justa» (y lo ha sido desde los tiempos de santo Tomás de Aquino). Por supuesto, no es el único aspecto a tener en cuenta; la eficiencia económica no es la traducción científica del valor justicia. Pero sin tenerla presente a la hora de decidir, sí se corre el riesgo de convertir la justicia en un mito.

Lo curioso es que esta carencia no obedece, como hemos dicho, a ninguna tradición peculiar jurídica española. Precisamente, los primeros europeos que aplicaron el análisis económico para encontrar la decisión justa en los casos que se les planteaban fueron los juristas-teólogos españoles de la segunda escolástica. Analizando detenidamente el funcionamiento del mercado de la lana en la

ciudad de Cuenca, monopolizado por los comerciantes genoveses, Luis de Molina (1535-1600) se opuso decididamente a las prácticas que implicasen el dominio del mercado por determinados agentes poderosos. Para Molina, los pactos colusorios entre comerciantes eran una forma de usura mucho más grave que la tradicional: suponían abusar de la debilidad de la contraparte para extraerle rentas injustificadas económica y socialmente. Para los escolásticos, el concepto de «precio justo» era un elemento relevante a la hora de decidir la justicia de los pactos, pero entendían que el primer factor para calibrar esa justicia era el precio de mercado, obtenido en condiciones competitivas.

Sorprende que, casi medio milenio después, cuando la ciencia moderna ha confirmado todas estas intuiciones, nuestros tribunales de justicia muestren tan poca sensibilidad por estos principios. El precio justo es, hoy, un concepto abandonado (quizás de manera precipitada), pero tal cosa debería haber motivado una preocupación mucho mayor por defender un mercado competitivo (y no lo contrario). Mientras que nuestro Tribunal Supremo manifiesta una celosa inquietud, casi propia de un legislador, por atajar la usura —en su modalidad más grosera— de intereses moratorios (que son los previstos para el caso de retraso en el pago), tanto en préstamos personales como hipotecarios (prohibiendo que se fijen en más de dos puntos sobre los intereses remuneratorios), lo paradójico es que muestre tanta pasividad o comprensión ante conductas colusorias de efectos sociales infinitamente más graves. Por un lado, pretende convertirse en legislador, saliendo al paso de ciertos abusos por el fácil recurso de tirar por la vía de en medio, acudiendo a dudosos subterfugios jurídicos (como ha ocurrido en los casos mencionados y también con la famosa sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas suelo), pero como no tiene ni la competencia ni la capacidad ni el conocimiento económico adecuado para ello, muchas veces el remedio —medido en inseguridad jurídica y en efectos imprevistos— resulta peor que la enfermedad. Sin embargo, allí donde podría incidir con mucha mayor eficacia social, cumpliendo su

verdadera función institucional, demuestra un desinterés preocupante. Hay, sin duda, buena intención —al fin y al cabo, pretende resolver problemas sociales graves totalmente abandonados por el legislador—, pero también una clara tendencia a acudir a lo fácil (y popular) en lo jurídico, así como una notable ignorancia en lo económico.

En este sentido, conviene recordar que muchas de las sanciones que imponía la antigua Comisión Nacional de Competencia (la CNC) eran anuladas sistemáticamente por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo. Sanciones millonarias por participaciones en cárteles de más de veinte años de antigüedad quedaban en nada después de que las empresas sancionadas recurrieran ante estos tribunales. El criterio mantenido por la Audiencia Nacional, de limitar la base del cómputo de la sanción atendiendo al concreto sector afectado por el cártel y no a la cifra global de negocio de la empresa, quedó, afortunadamente, corregido por el TS, aunque gran parte del daño ya estaba hecho; sin embargo, otros graves problemas, derivados de una cierta incomprensión de cómo funcionan económicamente los sectores afectados, siguen ahí. Al final, lo que ocurre es que muchas sanciones a actuaciones del capitalismo clientelar son anuladas por los tribunales de justicia, ya sea por no haber quedado justificadas adecuadamente (en otros términos, por apostar demasiado por su efecto disuasorio más que por el retributivo, como se argumentó en relación con las sanciones al cártel de las empresas de cosméticos), por considerar que la «confusión normativa» no dejaba claro qué conductas no estaban permitidas (pactos en el sector gasista), porque las autoridades políticas tenían noticia del cártel (caso del vino de Jerez), por tratarse de un sector en crisis (acuerdos en el sector olivarero), porque «los precios fluctuaban» (en el caso de las aseguradoras, pese a que el análisis económico demuestra que esa fluctuación es perfectamente compatible con la existencia de un cártel) o por defectos formales de tipo procedimental (acuerdos de las eléctricas).

En todos estos supuestos, claros comportamientos de captura del mercado con grave daño para el bolsillo del ciudadano han quedado casi o totalmente impunes. A esta situación hay que añadir la incertidumbre sobre los criterios formales de caducidad de los expedientes sancionadores —muchas veces utilizada como vía de escape por los tribunales de justicia para anular sanciones que «sienten» como excesivas— o la que afecta a los criterios judiciales en materia de inspecciones domiciliarias del organismo de control, que ya hemos mencionado más arriba. En relación con esta última cuestión, a veces el descontrol llega hasta el punto de que, en ocasiones —seguramente por absoluta ignorancia o, al menos, así hay que desearlo—, los jueces de lo contencioso-administrativo son los que notifican a las empresas la inminente llegada de los inspectores... que, tras esos «avisos», es poco probable que encuentren el más mínimo rastro de malas actuaciones.[3]

Todo esto quizás explique, al menos en parte, que la actual CNMC adopte ciertas precauciones a la hora de sancionar. A nadie le gusta que la Administración de Justicia lo desautorice. Aunque, como suele ocurrir en España, tampoco es que se exijan responsabilidades políticas a nadie como consecuencia de esas anulaciones, ni al regulador ni a los tribunales ni, obvio es decirlo, mucho menos a los políticos silentes ante la existencia de tantos y tantos cárteles o causantes de esa «confusión» normativa. En cualquier caso, y sin negar los posibles errores en que haya podido incurrir el controlador, lo cierto es que, mientras no se produzca un cambio radical de cultura entre la magistratura, la lucha contra el capitalismo clientelar parece complicada. La nueva metodología de la CNMC a la hora de fijar sanciones va a seguir encontrándose con el obstáculo de los viejos criterios, fomentados por la poderosa industria defensiva de la gran empresa, dispuesta siempre a explotar al máximo el argumento de la pretendida inseguridad jurídica, en este caso, como consecuencia de la dificultad para el cartelista de predecir con detalle el importe de la multa que pueda serle impuesta.

Aunque el análisis detenido de esta cuestión excede con mucho del propósito y objeto de estas páginas, el problema es que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han consagrado, de manera rígida en este campo, los principios del derecho sancionador, especialmente los de tipicidad, proporcionalidad y elemento subjetivo del injusto (conciencia de actuar ilegítimamente), rectificando los criterios sobre imposición de sanciones fijados por la antigua CNC, pese a estar inspirados en la práctica de la Comisión Europea en procedimientos de defensa de la competencia y amparados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esa obsesión por la proporcionalidad y la estricta retribución —muy razonables en otros campos del derecho sancionador, pero muy poco en el caso de actuaciones contrarias a la competencia del capitalismo clientelar—, en claro menoscabo de la disuasión, origina los mismos problemas a los que hemos hecho referencia antes, como consecuencia de la falta de reconocimiento en nuestro país de los daños punitivos. Pero todavía con menor justificación, ya que no cabe discutir al derecho administrativo sancionador un claro efecto disuasivo de prevención general. En este sector, la seguridad jurídica que pretende garantizarse por la vía de fijar un criterio retributivo —perfectamente tasado y ajustado— para las sanciones impuestas no genera los incentivos adecuados; todo lo contrario. Máxime desde el momento en que la aplicación privada del derecho de la competencia en España (reclamaciones entre particulares ante los tribunales mercantiles) presenta unos elevados índices de fracaso, escasas indemnizaciones y una casi total ausencia de reclamaciones colectivas de consumidores, como hemos observado. Veremos qué ocurre tras la transposición de la directiva europea sobre la materia y cómo se coordina con la política sancionadora de la CNMC, pero no somos demasiado optimistas, al menos mientras los tribunales de justicia no modifiquen un punto de vista que pertenece a épocas pasadas.

Efectivamente, la lucha contra el capitalismo clientelar exige un proceso de adaptación continuo, también desde el punto de vista de la cultura jurídica. La estricta aplicación de la justicia conmutativa debe flexibilizarse para permitir la disuasión por razones de interés público, especialmente en estos casos de evidente abuso o mala fe, so pena de quedarnos, al final, sin justicia conmutativa alguna. Esta tendencia, existente ya en el derecho comparado, debería acogerse en nuestro país sin mayor dilación. Otro campo propicio para empezar a actuar en esta materia es el de las sanciones por la irresponsabilidad en la concesión de crédito por parte de las entidades bancarias, que hemos visto en España durante la crisis. La pérdida del derecho de los bancos a cobrar intereses remuneratorios y moratorios y la subordinación de su crédito en el eventual procedimiento concursal en el que se vea inmerso el consumidor, parecen sanciones razonables en el marco de los contratos de crédito al consumo, que han sido ya establecidas en otros ordenamientos, como los de Francia o Suiza. La regulación española, en este punto, es lamentable y está totalmente anticuada.

En conclusión, nuestros tribunales de justicia mantienen por inercia una mentalidad formalista y administrativista y, además, desconocen los fundamentos económicos del funcionamiento de los cárteles —como demuestra el citado argumento de la fluctuación de precios o que, durante el periodo denunciado, las compañías ganaran o perdieran clientes—, pero aún peor es que todo esto revela un profundo desinterés por el análisis institucional. Considerar que procede anular una sanción a un cártel por «confusión normativa» o porque había conocimiento previo del mismo por la autoridad pública correspondiente es echar gasolina al ya pavoroso incendio de nuestro capitalismo clientelar y, de rebote, a los movimientos populistas que inevitablemente surgen cuando los ciudadanos se cansan de la ley del embudo y piensan que el sistema no funciona. Las sinergias entre los caciques políticos y sus clientelas empresariales ya son lo suficientemente intensas como para fomentarlas de este modo. Este tipo de sentencias lo que vienen a

decir, al fin y al cabo, es que, si unas empresas quieren salir completamente indemnes de un pacto colusorio, deben asociarse con el político-regulador de turno, lo que les permitirá alegar desconocimiento de estar actuando fuera de la legalidad. Y se asocian, vaya si se asocian...

7

GIRANDO PUERTAS PARA CAPTURAR A LA ADMINISTRACIÓN

EL NEGOCIO DEL CONFLICTO DE INTERESES EN ESPAÑA: ¡VIVAN LAS *REVOLVING DOORS*!

Como hemos visto, la lista de nombres de expolíticos que están o han estado en empresas pertenecientes a sectores regulados o cuya contratación depende del sector público es realmente espectacular.

Conviene aclarar que el hecho de que empresas o grupos de interés accedan con luz y taquígrafos al legislador, a la Administración o a los organismos que deben supervisarlos, regularlos o velar por la competencia del sector en el que operan es lo normal y, a veces, tampoco es tan mala idea. No lo es que las personas que trabajan en dichos organismos tengan un conocimiento real —conocimiento que, muchas veces, depende, precisamente, de la información que les proporcionan los afectados— de cómo operan los agentes económicos de un determinado sector. Pero está claro que, para que no haya problemas, este acceso tiene que ser transparente e igualitario: todos los agentes —y no solo los que tienen más medios o más contactos— deben tener iguales posibilidades de exponer sus puntos de vista sobre cualquier cuestión regulatoria o competencial que los afecte. Esto también incluye a los consumidores, que son parte muy interesada en el buen funcionamiento del mercado. Y, además, los ciudadanos tenemos que saberlo.

De la misma forma, idealmente, en el lado público debemos contar con servidores públicos profesionales con criterio técnico y, sobre todo, cuyas expectativas no se centren en acabar trabajando, por bastante más dinero, para una empresa del sector regulado o, mejor todavía, para algún despacho o consultora que lo haga. Efectivamente, estamos hablando de las famosas puertas giratorias o *revolving doors*. Pero ¿qué son exactamente las puertas giratorias de las que tanto se habla en los medios? ¿A quiénes afectan?

En puridad, el fenómeno de las puertas giratorias hace referencia a la posibilidad de pasar de un puesto en el sector público a otro en el privado y viceversa (como en una puerta giratoria real) sin solución de continuidad. Con esta expresión, normalmente se alude tanto a los tránsitos del sector público al privado de los políticos (ya se trate de cargos electos o de altos cargos) como de los funcionarios o empleados públicos. También serviría para el tránsito contrario, pero la realidad, en España, es que las puertas giratorias del sector privado al público son muy excepcionales; para un profesional competente y con experiencia en un sector, es muy complicado —por no decir imposible— llegar a un cargo público importante, o bien porque esté reservado para funcionarios (en la Administración General del Estado, todos los puestos desde subsecretario para abajo lo están), o bien porque lo esté para los amigos y simpatizantes del partido que manda. En cualquiera de los dos casos, no queda mucho espacio para personas con experiencia previa en el sector privado, especialmente para las que cuentan con una buena remuneración y una carrera profesional de éxito. Además, la vuelta, en un mercado laboral tan rígido como el español, no deja de ser complicada. De ahí que, cuando llegan profesionales del sector privado, es más probable que sean protegidos de algún político y que no lo hagan con un gran bagaje profesional, por mucho que se maquillen —y se maquillan mucho— los currículums para despistar al personal —y, especialmente, a los periodistas—. Con honrosas excepciones, por supuesto, pero que son solo eso: excepciones.

De manera que entrar «en política», para alguien que no sea funcionario de carrera (en este supuesto, se da la situación de servicios especiales, lo que quiere decir que la persona que los presta tiene reservada una plaza en su organismo o Administración de origen para cuando vuelva y, además, va acumulando trienios de antigüedad) o que haya empezado en un partido político desde muy joven, es muy difícil. Los «paracaidistas» no abundan en la política española, sencillamente porque no hay mucho espacio donde aterrizar.

Por tanto, no es casualidad que los partidos políticos (al menos los tradicionales) se nutran, básicamente, de funcionarios o de personas que han hecho toda su carrera dentro de su partido, normalmente empezando en las juventudes y, de ahí, escalando posiciones en nuestro castizo y peculiar *cursus honorum*: asesor de ayuntamiento (o de lo que sea), concejal, diputado autonómico, cargo público autonómico, diputado nacional, cargo público estatal, etc. En cuanto a los nuevos partidos, está por ver que no reproduzcan este mismo esquema, dado que es muy cómodo para su cúpula, en la medida en que permite concentrar todo el poder y decidir sobre las carreras políticas de personas que no suelen tener una alternativa laboral equiparable en el sector privado y que tampoco suelen desear volver a sus puestos en la función pública, bastante menos glamurosos.

En todo caso, hay que aclarar que la regulación de las puertas giratorias y las limitaciones que se imponen no son siempre las mismas y no afectan por igual a políticos electos, altos cargos o funcionarios o empleados públicos, por lo que conviene distinguir entre unos y otros. En primer lugar, no existe limitación alguna de puertas giratorias para personas que han sido diputados, senadores, diputados autonómicos, alcaldes, concejales o, en general, cargos electos. Todos ellos pueden pasar directamente de sus cargos al sector privado sin ninguna cortapisa. En segundo lugar, tampoco hay restricciones legales para aquellos funcionarios o empleados públicos que no ostenten un alto cargo; es decir, un abogado del Estado que

trabaje, por ejemplo, en la Secretaría de Estado de Energía o en la asesoría jurídica u otro departamento de la CNMV (siempre que, insistimos, no ostente la condición de alto cargo) no tiene ninguna limitación legal para incorporarse sin solución de continuidad a una empresa del sector regulado o supervisado —o, mejor todavía, a un gran despacho, auditora o consultora que asesore a entidades del sector—, aunque lleve exactamente las mismas cuestiones que antes pero desde el otro lado de la trinchera.

Las ventajas que tiene para estas organizaciones incorporar este tipo de perfiles son evidentes; se trata de personas que conocen bien los departamentos ministeriales u organismos reguladores o supervisores «por dentro», que tienen los contactos adecuados —muy especialmente, con personas del mismo cuerpo funcionarial, algo nada despreciable en una Administración fuertemente corporativa— y, por último —aunque no menos importante—, que suelen ser buenos profesionales, expertos en estas materias. Otra cosa son las reflexiones de tipo ético que puedan hacerse ante un determinado tipo de fichajes, dadas las posibilidades muy reales de que exista un conflicto de intereses entre la actuación que se ha desempeñado al servicio de la Administración y el nuevo trabajo. O —peor todavía— la posibilidad de que la incorporación a una empresa privada haya sido tenida en cuenta a la hora de adoptar una determinada decisión, favorable al futuro empleador, mientras este todavía trabajaba en el sector público. Sin embargo, más allá de los principios y valores de cada uno, lo cierto es que no hay limitaciones legales.

El caso del pequeño revuelo mediático en torno al fichaje de Cristina Vidal, abogada del Estado que se incorporó al despacho Ramón y Cajal después de ostentar el cargo de directora del servicio de lo contencioso y sancionador de la CNMV, es un ejemplo claro. El problema surge porque ese despacho llevaba la defensa jurídica del banquero Jaime Botín, quien mantenía un contencioso con la CNMV, que le había impuesto una multa por haber ocultado su verdadera posición en la entidad financiera Bankinter. Más allá del tema de

fondo, lo cierto es que, aunque esta abogada había intervenido directamente en dicho expediente sancionador, no estaba sujeta a ninguna limitación legal y, por tanto, ningún reproche podía hacérsele desde el punto de vista de la normativa vigente.

En cuanto a la regulación existente, actualmente, las limitaciones a las puertas giratorias se recogen para los altos cargos de la Administración General del Estado en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, que regula su ejercicio. La norma se aplica a los miembros de los organismos reguladores y de supervisión, por la trascendencia que tienen sus competencias en relación con las empresas privadas que son afectadas por sus decisiones.[1]

Sin embargo, la aplicación efectiva del régimen de incompatibilidades deja bastante que desear, como tantas veces ocurre con las leyes españolas que se promulgan pero no se cumplen. El secreto es que su puesta en práctica se deja en manos o de los propios interesados o de un órgano que depende del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas: la Oficina de Conflictos de Intereses.

¿Quién controla la aplicación de las incompatibilidades?

Cuando existe una incompatibilidad legal, lo cierto es que tampoco la Oficina de Conflictos de Intereses, el órgano encargado de la aplicación de la normativa, ha realizado —al menos, hasta ahora— una interpretación demasiado estricta de la normativa o, para ser exactos, una interpretación finalista de la norma atendiendo a su objetivo, que se supone que es preservar la neutralidad y la profesionalidad de los cargos públicos y el servicio a los intereses generales. Efectivamente, la Oficina de Conflictos de Intereses tiene la manga ancha. Como descubrió un medio digital, dicha oficina autorizó a siete ex altos cargos del Ministerio de Defensa para trabajar en empresas de armas entre 2007 y 2015, en calidad de asesores, consultores o administradores, según datos obtenidos de

una petición de información enviada a través del Portal de Transparencia. De estos siete altos cargos, dos ostentaban categorías de secretario general y director general, por lo que estaban afectados por la ley de 2006, entonces vigente. Sin embargo, la oficina concedió sin problemas el permiso para trabajar a las empresas Indra, Santa Bárbara Sistemas, Airbus, Explosivos Alaveses, Lockheed Martin o TRC, todas ellas contratistas habituales del Ministerio en el que habían prestado sus servicios. En realidad, como publicó otro medio digital, en diez años, la Oficina de Conflictos de Intereses solo ha denegado la compatibilidad a dos ex altos cargos (los dos, claramente de segundo nivel).[2]

En cuanto a la regulación existente, ya nos hemos referido a la que tiene relación con los altos cargos de la Administración General del Estado, contenida en la Ley 3/2015, de 30 de marzo. En concreto, los altos cargos que están sujetos a limitaciones en relación con las puertas giratorias son los miembros del Gobierno (es decir, ministros y secretarios de Estado), así como los subsecretarios, secretarios generales y delegados del Gobierno en las comunidades y ciudades autónomas, secretarios generales técnicos, directores generales y algunos diplomáticos, además de los miembros de los organismos reguladores a los que ya hemos hecho referencia.

Hay que mencionar también el sector público estatal, dado que las limitaciones se extienden igualmente a los directivos de este abultado sector, aunque solo en dos casos: cuando aquellos son los máximos responsables del organismo en cuestión y cuando su nombramiento es realizado por el Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno. Teniendo en cuenta que muchas de estas entidades públicas manejan un presupuesto importante y que bastantes de ellas subcontratan sistemáticamente todo lo que entra dentro de su objeto social (y, a veces, si hay que hacerle un favor al político de turno, también lo que no), al carecer de medios profesionales propios suficientes, la importancia de las personas que en estas entidades tienen «poder de decisión» es extraordinaria. Estamos hablando de entidades como Renfe, ADIF, RTVE, Ineco,

Tragsa, Isdefe o Navantia, así como de muchas otras más pequeñas y menos conocidas. Pero también hay que advertir que, en ocasiones, los que deciden en la práctica sobre la adjudicación de importantísimos contratos no son siempre los máximos responsables del organismo y, por tanto, no están sujetos a limitación alguna.

Me abstengo, no me abstengo, me abstengo...

Por otra parte, en la legislación estatal, las limitaciones legales derivadas de la condición de alto cargo son de dos tipos: las que son aplicables durante el ejercicio del alto cargo, tendentes a evitar que se adopten decisiones en caso de conflicto de intereses (básicamente, mediante los mecanismos de la abstención y la recusación), y las posteriores al cese del alto cargo, que buscan sortear los conflictos de intereses que puedan producirse una vez finalizado el mandato. Este último es el supuesto más común de puertas giratorias.

En las limitaciones del primer tipo, se intenta evitar que, mientras se ostenta un cargo público, alguien pueda favorecer indebidamente intereses privados que le resultan próximos y que pueden entrar en conflicto con los intereses generales a los que debe servir. Los mecanismos para evitarlo son, sin embargo, muy insuficientes, dado que la decisión sobre si hay o no conflicto de intereses entre el cargo público y los intereses privados depende, en última instancia, de lo que opine el propio alto cargo.

Efectivamente, aunque el art. 12 de la ley antes citada disponga —bajo el epígrafe «sistema de alerta para la detección temprana de conflictos de intereses»— que los altos cargos que tengan la condición de autoridad (que no son todos) deberán ejercer sus funciones y competencias sin incurrir en conflictos de intereses, la solución es que «si entienden que los hubiera, deben abstenerse de tomar la decisión afectada por dicho conflicto». Por tanto, son ellos los que deciden en primer lugar si hay o no conflicto de intereses, y

ya sabemos lo benévolos que somos los seres humanos con nosotros mismos. Pero, si no lo hacen voluntariamente, queda la posibilidad de que sean recusados, es decir, que un tercero pueda invocar la existencia del conflicto de interés para que se les aparte de la toma de decisiones. Está previsto, además, que la Oficina de Conflictos de Intereses informe de los asuntos o materias sobre los que, con carácter general, debe abstenerse el alto cargo durante su ejercicio.

Como puede verse, no parece un mecanismo demasiado efectivo. ¿Qué ocurre si los altos cargos no se abstienen ellos solos? ¿Quién va a atreverse a recusar a un ministro o a un vicepresidente del Gobierno o, sencillamente, a un directivo que tiene poder para adjudicar contratos públicos muy importantes? ¿Ante quién se lo recusa? ¿El superior jerárquico (por ejemplo, el presidente del Gobierno con respecto a un ministro) va a adoptar la decisión de apartarle de una concreta toma de decisiones por existencia de conflicto de interés, si él o ella no lo hace voluntariamente, con el coste político que eso supone? Es muy dudoso. Lo que la realidad nos demuestra es más bien lo contrario: los altos cargos no suelen detectar nunca, espontáneamente, que incurren en conflicto de intereses y, en causa de abstención, sus superiores jerárquicos los suelen apoyar a muerte, entre otras cosas, para no verse salpicados políticamente. En cuanto a la Oficina de Conflictos de Intereses, no tiene ni los medios ni la capacidad ni, probablemente, la voluntad para dedicarse a informar de los asuntos o materias de los que debe abstenerse el alto cargo mientras ocupa el puesto.

Con respecto al resto de los altos cargos, el procedimiento es todavía más *light*, dado que la norma simplemente prevé que los organismos o entidades en los que presten sus servicios aplicarán «procedimientos adecuados» para detectar los posibles conflictos de intereses. En caso de que entiendan que estos conflictos existen, adoptarán los procedimientos para que se produzca la abstención o la recusación. Es fácil comprender que, cuando el problema afecta a un superior jerárquico o a la cúpula del organismo público, es poco probable que los inferiores —por bienintencionados que sean—

vayan a pedirles que se abstengan si ellos no lo hacen voluntariamente. En cuanto a la recusación, parece complicado activarla, incluso cuando sea un agente externo quien tenga conocimiento del conflicto de interés y pueda alegarlo. En relación con la existencia de procedimientos *ad hoc*, puede que existan, pero lo más probable es que no sean muy útiles. Mientras no cambie el sistema de incentivos de nuestras instituciones, no nos podremos hacer muchas ilusiones sobre la eficacia de este y otros mecanismos similares.

En el improbable caso de que se produzca la abstención, hay que hacerla constar por escrito y comunicarlo al registro de actividades de altos cargos. Por supuesto, se permite que se consulten las dudas existenciales a la Oficina de Conflictos de Intereses, que ya sabemos que es como una madre para el alto cargo.

Por tanto, mientras se tiene mando en plaza, la decisión última (salvo en los casos de recusación que no parecen fáciles de articular) recae en el propio afectado por el posible conflicto de interés. Es verdad que, teóricamente—e incluso políticamente—, alguien podría exigir la abstención, pero la realidad demuestra que eso no es nada frecuente, sobre todo cuando la abstención se le exige a un superior. Así que, si el ministro de Agricultura o Medio Ambiente o a la vicepresidenta del Gobierno piensan que no hay ningún conflicto de intereses, por ejemplo, entre su cargo y las empresas petroleras de su familia o entre su cargo y el trabajo de su marido en la asesoría jurídica de Telefónica, va a ser difícil convencerlos de lo contrario. No solo eso, sino que sus colegas de gabinete o de partido saldrán en tromba a defender su actuación, en el caso de que alguien la cuestione.

Para ser honestos, a veces la abstención se acaba produciendo, pero no tanto por motivos jurídicos como por motivos políticos o de imagen. Así, la vicepresidenta del Gobierno, pese a recalcar—informe de la abogacía del Estado mediante— que no tenía ninguna obligación legal de abstención, comunicó a los medios que,

magnánimamente, se había abstenido en relación con las decisiones que afectaban a la empresa donde trabaja su marido.[3] En último término, sí parece que fue bastante decisivo el hartazgo de la opinión pública con la reiteración de este tipo de comportamientos. Y es que llueve sobre mojado.

La cuestión de fondo está muy clara. No se trata imponer limitaciones a la carrera profesional de nadie, especialmente cuando son personas de alta cualificación, pero sí de tomar conciencia de la importancia que tiene mantener buenas relaciones con el Gobierno de turno para el capitalismo clientelar. Por esa razón se puede tener mucho interés en contar con los servicios profesionales de los familiares de miembros del Gobierno o de otros altos cargos. Es un tema muy delicado, como revela el episodio de la serie danesa *Borgen*, en la que se plantea un conflicto parecido y el marido de la primera ministra debe renunciar al cargo al que aspiraba —en una empresa que no tenía ninguna relación con el Gobierno y para el que estaba perfectamente cualificado— porque lo contrario hubiese comprometido gravemente a su mujer. En España estamos lejísimos de ese tipo de sensibilidad; hace poco, Álvaro Nadal, recién nombrado ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, «nombró» a su cuñada Eva Valle directora de la Oficina Económica del presidente del Gobierno (cargo que él ocupaba antes), mientras que su hermano dirige la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos. Todo queda en casa. Y, si eso ocurre con las relaciones «formales» o públicas, imaginemos lo que ocurrirá con las relaciones informales o más discretas.

En conclusión: es verdad que nuestros estándares no son los daneses, ni en materia de conflicto de intereses ni en tantas otras cosas, pero también lo es que, si el marido de la vicepresidenta hubiera fichado por una empresa como Inditex, hubiera sido muy complicado ponerle reparos. Sin embargo, en supuestos de empresas con fuerte dependencia del sector público, cuando falta la cualificación profesional (o la que hay no resulta especialmente idónea) o si los plazos son muy ajustados—la empresa se da cuenta

de las competencias del candidato justo cuando su esposa alcanza un puesto políticamente muy relevante—, la desconfianza y la sospecha son perfectamente lógicas, sin que ello suponga dudar de la valía profesional de nadie.

En último término, nos dirán que no debemos preocuparnos, porque el sueldo de los beneficiados por las puertas giratorias los pagan las empresas privadas; pero es obvio que, si se consuma el riesgo de captura de la voluntad pública, al final es probable que el coste sea mucho mayor que el sueldo privado y que lo acabemos pagando entre todos los contribuyentes en forma de servicios más caros, menos competencia, peor regulación, etc. El problema de la re*volving door* es, no lo olvidemos, una cuestión de influencias indebidas en las decisiones que afectan a los intereses generales.

Las puertas giratorias de salida

En cuanto a la puerta giratoria de salida, la normativa establece que los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no pueden prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado, extendiéndose esta prohibición tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario. Esta última puntualización es interesante, dado que impide casos como el de Elena Salgado, que pasó tranquilamente de ministra de Economía en el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero a la filial chilena de Endesa sin que nadie hiciese ninguna objeción, burlando, así, el espíritu de la norma entonces en vigor, aunque no su letra. Es difícil calcular el desprestigio que esta y otras decisiones similares (el paso del ya desaparecido David Taguas desde la Oficina Económica de la Presidencia del Gobierno a la patronal Seopan es otro ejemplo) han supuesto para la clase política de nuestro país. Lo interesante es que, pese a todo, estos mecanismos se siguen utilizando en el momento de escribir estas líneas con total normalidad. Por no hablar

del triste papel jugado por la Oficina de Conflictos de Intereses, muchas veces basándose en los informes recibidos de los organismos correspondientes, que no veían nunca ningún problema en estas puertas giratorias.

Por último, los que ostentan altos cargos por ser miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión no pueden prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su control durante los dos años siguientes a su cese. Pero no hay ningún inconveniente en prestarlos indirectamente, a través de despachos o consultoras. El problema es que la ley (y su interpretación) es tremendamente formalista, lo que permite un tráfico de salida realmente espectacular.

Efectivamente, la ley precisa cuándo se entiende que alguien ha participado en una decisión que afecta a una entidad, dado que, con anterioridad, habían proliferado las interpretaciones ingeniosas que permitían puertas giratorias de libro, con alegaciones tales como que el alto cargo implicado no había firmado nada de su puño y letra. Por esa razón, la normativa contempla ahora una serie de supuestos en los que, pese a no haber una firma del alto cargo, sí que se aprecia que ha tenido una relación directa con la toma de decisiones. Aun así, la ley solo considera que un alto cargo ha participado en la adopción de una decisión (en el ejercicio de sus propias competencias o funciones) que afecta a una empresa o entidad, o bien si la ha adoptado su superior a propuesta suya (o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución), o bien si directamente ha realizado determinadas actuaciones en relación con dicha empresa o entidad. Estas actuaciones (concebidas, de nuevo, de manera eminentemente formal) consisten en emitir un informe que es obligatorio o preceptivo, dictar una resolución administrativa o realizar un acto equivalente sometido al derecho privado o, por último, si se trata de una participación en un órgano colegiado y ha intervenido en las sesiones en las que se haya adoptado una decisión en relación con la empresa o entidad, presentando la propuesta o votándola.

El esfuerzo por catalogar las posibles actuaciones que un alto cargo puede realizar en relación con una empresa para la que pueda acabar trabajando es meritorio, pero claramente insuficiente. Es evidente que quedan lagunas por cubrir, puesto que se sigue desconociendo el hecho de que, en muchas ocasiones, quien tiene el poder de decisión es una persona distinta a quien adopta (y firma) el correspondiente acuerdo y, sobre todo, se ignora el dato de que la influencia —que puede ser potentísima a la hora de favorecer a una empresa o entidad privada determinada— no siempre se ejerce a través de los cauces formales a los que se refiere la norma. Es más, preferentemente se ejerce a través de cauces informales. Y es que todo el mundo sabe más o menos qué tiene que hacer para complacer al jefe. Y si no lo sabe, ya se lo dirán aunque probablemente no por escrito.

En materia de contrataciones o subvenciones, además, lo habitual será que quien «firme» la adjudicación del contrato o de la subvención a entidades determinadas lo haga porque su superior jerárquico o político ha manifestado su interés en que sea así. En un sistema como el nuestro, en el que la promoción profesional está más ligada a la afinidad que al mérito y la capacidad, la frase mágica «el ministro o el secretario de Estado tiene mucho interés en este tema» mueve montañas. Pero muchas veces el ministro no firma nada.

Como puede verse, la ley sigue anclada en una concepción burocrática y anticuada de lo que se entiende por un conflicto de interés y de cómo este se manifiesta, por lo que aun suponiendo un claro avance sobre la normativa anterior, que era todavía más formalista, deja fuera de su ámbito todas aquellas decisiones que se han adoptado a instancias de un superior jerárquico o político sin que de este hecho haya quedado «huella» documental.

Un ejemplo interesante de lo que estamos diciendo, que también afecta al exministro Arias Cañete —aunque no se trate de un supuesto de conflicto de intereses—, es el relativo a las adjudicaciones amañadas de contratos en la empresa pública

Acuamed, dependiente del Ministerio de Agricultura. Su presidente era el secretario de Estado de Medio Ambiente, quien alegó, cuando se iniciaron las investigaciones judiciales, que el ministro estaba al tanto de todo y que el director de la empresa —que llegó a ser detenido y enviado a prisión— era una persona de confianza del ministro, por lo que no se hacía nada sin que él lo supiera. Sin embargo, es difícil que puedan probarse estas alegaciones, dado que, en el procedimiento contractual correspondiente, el ministro no tuvo formalmente ninguna participación, ni tampoco asistió a las reuniones que se celebraron con representantes de las empresas beneficiadas.

¿Quién teme a la Oficina de Conflictos de Intereses?

El problema, por tanto, es que tenemos una regulación muy formalista y una interpretación muy favorable a los altos cargos dado que el órgano encargado de vigilar su aplicación, para tomar sus decisiones y detectar los posibles conflictos de intereses, se basa principalmente en la información que le proporcionan el propio organismo o entidad pública o el alto cargo afectado. No es de extrañar, por tanto, que reciba informaciones que se apresuran a descartar cualquier tipo de sospecha en ese sentido, aunque a veces estas sean erróneas o torticeras. Tampoco, al parecer, hace mucho por comprobarlo.

Como es lógico, la falta de autonomía y de recursos de la Oficina de Conflictos de Intereses limita severamente la eficacia de la normativa por cuya aplicación debe velar. Aunque la nueva ley ha elevado el rango del titular de la oficina a director general (antes tenía el de subdirector general) y proclama enfáticamente su autonomía funcional, lo cierto es que la oficina está adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y su director es nombrado por el Consejo de Ministros, aunque ahora se prevé una comparecencia previa de la persona propuesta para el cargo ante la

comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, con el fin de que examine si su experiencia, formación y capacidad son adecuadas para el cargo. Claro está que a estas alturas ya sabemos lo que suelen dar de sí estas comparecencias (*hearings*) en nuestro Congreso, especialmente si hay un solo candidato y si ya está previamente acordado su nombramiento entre los partidos políticos.

Adicionalmente, los altos cargos también tienen que realizar una declaración de las actividades que van a iniciar una vez producido el cese, de forma que la oficina debe pronunciarse sobre su compatibilidad y comunicárselo al interesado y a la empresa a la que este vaya a prestar sus servicios. Como ya hemos dicho más arriba, la oficina crea pocos problemas y, cuando lo hace, no suele planteárselos a personas que hayan tenido cargos muy relevantes, por decirlo elegantemente.

Pero no es solo eso; es que tampoco tiene competencias sancionadoras, de manera que lo único que puede hacer, en el caso de que advierta —lo que no es habitual— que se ha producido una situación de incompatibilidad prohibida en la ley, es comunicárselo a la autoridad competente. La falta de competencias sancionadoras es especialmente llamativa: da la sensación de que el Gobierno no tiene ganas de que la oficina dé mucha guerra. La ley permite que la oficina instruya los expedientes sancionadores, pero no puede incoarlos, es decir, iniciarlos. Esta facultad le corresponde al propio Consejo de Ministros —cuando los altos cargos tengan la condición de miembro del Gobierno o de secretario de Estado (a propuesta del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas)— y, en los demás supuestos, al ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. Es decir, el Consejo de Ministros y el ministro jefe de la oficina se reservan la decisión de abrir o no un expediente disciplinario a uno de sus altos cargos, así como la decisión sobre la sanción a imponer. ¿Se imaginan ustedes al Consejo de Ministros abriendo expediente sancionador a uno de sus ministros o secretarios de Estado? Nosotros, tampoco.

No es de extrañar que se hayan abierto muy pocos expedientes sancionadores, salvo en el caso de ex altos cargos muy secundarios. De la misma forma, sus informes sobre el cumplimiento de la ley se elevan al Consejo de Ministros, aunque su destinatario final sea el Congreso de los Diputados. Ni siquiera se le permite comunicarse directamente con el Congreso.

En definitiva, con la modificación normativa del año 2015 se dan pequeños pasos en la dirección correcta, pero queda mucho por hacer. El Gobierno no se ha atrevido a dotar de verdadera independencia y potestad sancionadora a la Oficina de Conflictos de Intereses: por algo será. Por otro lado, las sanciones previstas, aunque más graves que las que contemplaba la normativa anterior, tampoco parecen muy disuasorias (aun suponiendo que se lleguen a imponer, lo cual es mucho suponer). Se trata de sanciones tales como el cese en el alto cargo (lo que, por definición, no es de aplicación al caso de puertas giratorias de salida), la pérdida del derecho a percibir la compensación por el cese o la obligación de restituirla si ya se hubiese percibido. Pero la realidad es que muchos de los afectados por las puertas giratorias no perciben ninguna compensación por el cese y, además, aunque la percibieran, se supone que los beneficios de las puertas giratorias las compensarían sobradamente.

Como tantas veces en España, el resultado es que tenemos organismos e instituciones que son totalmente irrelevantes en la lucha contra fenómenos —como los conflictos de interés y las puertas giratorias— que son muy sensibles para la opinión pública (y más en los tiempos que corren). La oficina puede emitir informes, hacer requerimientos, solicitar información y llevar registros e instruir expedientes sancionadores sobre los que otros decidirán. Eso es todo. No hay que extrañarse de que su actuación presente tantas limitaciones y de que se le escapen a través de una malla con tantos agujeros los peces más gordos, aunque a veces consiga retener a alguno pequeñito. La realidad es que, al menos hasta ahora, no ha habido voluntad política para que sea de otra manera.

Estas limitaciones tienen consecuencias, a veces un tanto curiosas. Por ejemplo, en el caso del exsecretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, Juan Junquera, y su relación con la empresa tecnológica Gowex, presidida por Jenaro García, curioso ejemplar de pícaro de los que proliferan alrededor de nuestras administraciones públicas —especialmente, en el sector tecnológico— y a los que directivos públicos de pocas luces y menos criterio reciben como si fueran el nuevo Steve Jobs o Bill Gates. El caso es que Gowex se embolsó importantes cantidades de dinero público, gracias a la credulidad de sus interlocutores, con un negocio de wifi gratuito en kioscos de prensa. La viabilidad del negocio probablemente hubiera podido ser desmontada en un tiempo récord por cualquier experto independiente, pero el problema es que, al parecer, en la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y alrededores no había ninguno. Lo cierto es que la estafa tuvo que esperar al demoledor informe de la empresa norteamericana Gotham City Research para ser desmontada.

Recordemos que el caso saltó a la prensa después de la suspensión de pagos de Gowex, que había recibido importantes subvenciones de dicha Secretaría de Estado. Resultó, además, que Juan Junquera había pasado directamente de la Secretaría de Estado a prestar servicios profesionales —si bien por vía interpuesta a través de una filial— a esta empresa, aunque él alegó que no había cobrado ni un euro. La Oficina de Conflictos de Intereses, después de preguntar al propio Ministerio de Industria (que no puso ninguna pega), consideró que no había conflicto de interés, puesto que el secretario de Estado no había adoptado, durante su mandato, ninguna decisión que afectase a esta empresa. El problema es que esto, sencillamente, no era verdad, como demostró un medio de comunicación digital solo acudiendo al BOE. Por lo que se ve, el 22 de diciembre de 2011 (por tanto, cuando ya se sabía que iba a cambiar el Gobierno al haber ganado las elecciones el PP), el secretario de Estado había firmado unas ayudas a una filial de esta empresa (con el sugerente nombre de Cash Devices y domiciliada en

Luxemburgo), con cargo al Programa Avanza Nuevas Infraestructuras de Telecomunicaciones. Nadie (ni el Ministerio ni la Oficina de Conflictos de Intereses) se molestó en comprobarlo, y eso que, en este caso, sí que había una firma del secretario de Estado.

Vuelta a casa después de girar

También hay puertas giratorias de vuelta a la empresa de origen. No son las más frecuentes, pero a veces resultan muy llamativas. Esta es la puerta que permitió, por ejemplo, al exsubsecretario del Ministerio de Presidencia, Jaime Pérez Renovales, volver a su anterior puesto de trabajo en el Banco Santander, después de haber sido presidente de la Comisión de Secretarios y Subsecretarios en una legislatura en la que se había producido un rescate financiero, en el que este alto cargo había desempeñado un papel relevante como asistente permanente en la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, además de como secretario general de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios. Quizás lo más llamativo, en este caso, sin poner en duda la honorabilidad personal y profesional del ex alto cargo, es que prácticamente ningún medio relevante se hiciera eco de esta noticia, cosa que, ciertamente, hubiera llamado mucho la atención fuera de nuestras fronteras. Quizás tiene que ver con el hecho de que el Banco Santander es accionista de uno de los periódicos más importantes de nuestro país, pero esa es otra historia de la que hablaremos más adelante.

Lo cierto es que el tenor literal de la ley permite expresamente este tipo de puertas giratorias. Efectivamente, los altos cargos que, con anterioridad a ocupar dichos puestos públicos, hubieran ejercido su actividad profesional en empresas privadas a las que quieran reincorporarse, no incurren en ninguna incompatibilidad si la actividad que van a desempeñar en ellas lo es en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del

cargo público ocupado y no pueden adoptar decisiones que las afecten. De nuevo, una norma que parece hecha a medida (aunque, para ser justos, no de Pérez Renovales, porque es muy anterior a su paso por el Ministerio) y una interpretación burocrática y formalista permiten este tipo de tránsitos que escandalizan a la opinión pública... si es que llega a conocerlos.

El conflicto de intereses crea puestos de trabajo

Por lo que se refiere a la contratación pública, la norma intenta evitar el conflicto de intereses, estableciendo un periodo de dos años en el que los ex altos cargos no pueden celebrar por sí mismos —o a través de entidades participadas por ellos (directa o indirectamente, en más del diez por ciento)— contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración Pública en la que hubieran prestado sus servicios, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas. Eso sí, la limitación solo se aplica si estos contratos guardan relación directa con las funciones que se realizaban cuando se era alto cargo.

Sin embargo, hay que aclarar que no es una prohibición muy difícil de sortear, dado que lo normal no es que el ex alto cargo se meta a emprendedor, lo que, al fin y al cabo, cuesta dinero y supone un riesgo empresarial que no hay por qué correr habiendo tantas empresas privadas deseosas de contar con sus servicios. Lo habitual es que el alto cargo sea contratado por una empresa ya existente, que lo único que va a tener que hacer es «adoptar durante el plazo indicado procedimientos de prevención y detección de situaciones de conflicto de intereses». Desconocemos cuáles son y cómo se aplican, pero no creemos que sean demasiado rigurosos. También hay que decir que, en España —donde la situación del mercado laboral es muy compleja, el trabajo es un bien escaso y los lazos familiares muy fuertes—, resulta muy habitual contratar a cónyuges, parejas o hijos de altos cargos. Al final, el dinero llega al mismo sitio.

Algo parecido ocurre con las subvenciones, ya sean a fondo perdido o con créditos «blandos». Otro ejemplo, tomado de la misma Secretaría de Estado de Juan Junquera, pero en una época posterior —dejando claro a los ciudadanos que esta es la forma habitual de funcionar para Gobiernos de uno y otro signo—, es el relativo a Juan Corro, exjefe de gabinete del secretario de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información en la época del PP, Víctor Calvo Sotelo, cuya experiencia anterior se limitaba a ser concejal del Ayuntamiento de Santander y que se incorporó a su puesto tras la victoria del PP, en enero de 2012. Dado, además, que este cargo tiene nivel de subdirector general, no está afectado por la ley de incompatibilidades que, como hemos visto, afecta a altos cargos (recuerden, de director general para arriba).

No obstante, en esta Secretaría de Estado se concedían —y conceden— subvenciones por importes muy significativos, y el mando en plaza que tiene un jefe de gabinete joven y ambicioso es notable. Si tiene «interés» en alguna entidad, es fácil que esta reciba subvenciones importantes. Pues bien, acabada su carrera ministerial, Juan Corro se incorporó a la U-tad, Centro Universitario de Tecnología y Arte Digital adscrito a la Universidad Camilo José Cela y que ha recibido ingentes cantidades de dinero público de esa misma Secretaría de Estado. Formalmente, no hay ninguna incompatibilidad. Pero es interesante hacerse la siguiente pregunta: ¿cuántas subvenciones y préstamos habían recibido esta entidad u otras empresas del grupo de la Secretaría de Estado? Basta con acudir al BOE.

Pues bien, según el BOE, el grupo de empresas (Grupo Zed) del que es copresidente Ignacio Pérez Dolset y al que pertenece la U-tad es un gran favorito de los programas «avanza» de subvenciones que gestiona la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI). Para ser sinceros, ya lo era antes de la llegada de Juan Corro a la Secretaría de Estado, con unas adjudicaciones (tanto en subvenciones a fondo perdido como en créditos) realmente muy significativas. Pero a partir de su

nombramiento, las cosas no le han ido tampoco nada mal: el total de estos proyectos, tanto para la U-tad como para Zed (empresa del grupo), fue de 1.564.890,29 euros en subvención y de 13.338.631,5 euros en préstamos. No es fácil saber si alguna vez se devolverán estos préstamos, dado que la SETSI no facilita la información.

Conviene añadir que estos programas no siempre son gestionados por funcionarios (por lo menos, no únicamente por ellos). La escasez de personal disponible —u otros factores en los que aquí no podemos entrar— hace que sistemáticamente haya que recurrir a contratos (muchas veces, temporales o por proyectos) de asistencia técnica, hechos por las empresas adjudicatarias. Son estos trabajadores (más conocidos como «negros» o «chinos») los encargados de instruir los expedientes, aunque, finalmente, la selección de los adjudicatarios la haga un organismo administrativo. De nuevo, no es difícil intuir la influencia que se puede ejercer sobre profesionales cuya continuidad en su puesto de trabajo depende de la buena sintonía con los funcionarios y altos cargos de la casa y que, además, no trabajan directamente para la Administración, sino para una empresa privada cuyo único interés es conseguir más contratos similares o que le prorroguen los que tiene. Hay que portarse bien.

En comunidades autónomas y entidades locales, todavía más fácil

En todo caso, también hay que decir que la situación suele ser todavía mucho peor en el ámbito autonómico y local, dado que, en muchas ocasiones, o las restricciones son más laxas o se inaplican todavía más.

Por esa razón son tan frecuentes los casos de puertas giratorias entre empresas del sector farmacéutico y sanitario y las consejerías autonómicas competentes. Como ejemplo puede citarse a Enrique Castellón, exconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid y consejero de la empresa farmacéutica Rovi. Pero hay muchísimos

más; las relaciones de la multinacional Capio Sanidad, hoy IDC, con familiares y ex altos cargos autonómicos del ámbito sanitario son famosas. Los escándalos de otra gran concesionaria de servicios sanitarios, Ribera Salud, con buenas conexiones políticas, van llegando a los medios. En fin, la lista sería casi interminable. No olvidemos que el sector sanitario está fuertemente regulado y que la sanidad pública mueve una cantidad de dinero muy importante; según el cálculo realizado por Luis Miguel Montero en su libro *El club de las puertas giratorias*, el gasto sanitario ascendió para toda España a 75.000 millones de euros.[4] En este ámbito, a menudo las únicas limitaciones—a falta de las legales, que se saltan muy fácilmente— son las que se derivan muy de vez en cuando de algún escándalo mediático o de la propia ética del servicio público de los afectados, que, lamentablemente, suele brillar por su ausencia

El conflicto es rentable

El negocio del conflicto de intereses mueve muchísimo dinero en España. Tanto, que compensa los estupendos sueldos que se pagan a muchos políticos, altos cargos y altos funcionarios. El problema es que esos sueldos los acabamos pagando todos en forma de bienes y servicios más caros.

Según datos relativos al ejercicio 2015 (último año para el que están disponibles los datos de la CNMV), recogidos por *Eldiario.es*, en dicho año había setenta y siete expolíticos a sueldo como consejeros de empresas cotizadas, que cobraron un importe de 31.125 millones de euros. Según ese mismo periódico, la retribución media de los que no tienen funciones ejecutivas ronda los 126.000 euros. Los que desempeñan funciones ejecutivas tienen un sueldo mucho más alto. Hay que tener en cuenta que los sueldos de altos directivos, asesores o consejeros de filiales no son públicos.

Particularmente, en los consejos de Administración de las empresas del sector energético del IBEX 35 (eléctricas, gasistas y petroleras) hay un nutrido número de expolíticos. También en algunos bancos (el Santander, a la cabeza) y en empresas constructoras, así como en muchas empresas que no cotizan en el IBEX 35, por no mencionar los que abundan en despachos de abogados, consultoras o auditoras. El número es variable, pero lo suficientemente importante como para llamar la atención tratándose de sectores fuertemente regulados que dependen mucho del BOE o que contratan mucho con las administraciones públicas. Además, la mayoría de las incorporaciones son de personas con nula experiencia en el sector en el que pasan a trabajar, ya sea previa o sobrevenida a consecuencia del cargo público. Por último, hay que tener en cuenta que tanto Red Eléctrica de España como Enagás, encargadas del transporte y las redes eléctricas y gasistas, respectivamente, están participadas mayoritariamente por el Estado a través de la SEPI, cuyo presidente hasta hace poco, Ramón Aguirre, era una persona que carecía de titulación superior. Sin embargo, no le faltaban otros méritos más apreciados en nuestro capitalismo clientelar: había sido diputado del PP en seis legislaturas, portavoz de las comisiones de Economía, Comercio y Hacienda, presidente de la Comisión del Pacto de Toledo, presidente del Instituto de Crédito Oficial (ICO) y consejero delegado del Metro de Madrid. Según una información de *infoLibre*, multiplicó su patrimonio tras su paso por la SEPI, en la que ha sido sustituido por una fiel escudera de Cristóbal Montoro, Pilar Platero.[5]

Los nombres de algunos de estos expolíticos son muy conocidos: Felipe González (en Gas Natural hasta 2015), Josep Piqué (en OHL hasta 2016), Abel Matutes (en Banco Santander hasta 2015) y los que siguen: Ángel Acebes, Josu Jon Imaz, Cristina Garmendia, Miguel Roca, Marcelino Oreja (hijo), Ana Palacio, Guillermo de la Dehesa, Javier de Paz, Antonio Hernández Mancha, Isabel Tocino, Trinidad Jiménez... Se puede consultar una lista muy completa (a 2016) en el libro de Montero ya citado, *El club de las*

puertas giratorias, un club exclusivo donde los haya, aunque las retribuciones son también muy diferentes dado que los cargos ocupados son muy distintos.

Los casos de Red Eléctrica de España (REE, dedicada a la gestión del sistema eléctrico y al transporte de electricidad), presidida por el exsecretario de Estado con el PP, José Folgado, y Enagás merecen mención aparte. Dado que su accionista mayoritario es la SEPI, el nombramiento de los consejeros por la Junta General de Accionistas equivale al nombramiento por el Gobierno de turno. No es nada sorprendente, por tanto, que realice incorporaciones como la de Agustín Conde, exdiputado del PP, sin ninguna experiencia previa en el sector, como «consejero externo independiente», aunque ha durado poco porque recientemente ha sido nombrado secretario de Estado de Defensa. Como se puede ver, la típica trayectoria de un consejero independiente. Por supuesto, la página web de REE proclama que todos sus consejeros son personas de «reconocido prestigio» y «dilatada trayectoria profesional». Puede ser, pero a la vista de los currículums queda la duda razonable de si lo más relevante no es una buena conexión política. Abundan los ex altos cargos (la exministra de Sanidad con el PSOE, Ángeles Amador, es consejera; María José García Beato, exsubsecretaria de Justicia con el PP, también) y los exdiputados. También llama la atención la presencia de abogados, consultores y hasta de comentaristas en medios.

Sin duda, lo que más sorprende —al menos así se desprende de los currículums publicados, que nos imaginamos habrán sido elaborados por los propios consejeros, como demuestra su heterogeneidad en extensión y en grado de detalle y, por supuesto, respecto a los méritos, que no pueden ser más variopintos— es la falta previa de experiencia pública o privada en el sector, empezando por la experiencia dentro de la propia empresa. El hecho, además, de que hayan cambiado la mayoría de los consejeros —y, por supuesto, el presidente— al llegar el PP al Gobierno no hace más que reforzar la idea de que estamos en presencia de uno de tantos

entes o empresas públicas en los que se reparten los cargos según criterios ajenos al de la profesionalidad y experiencia relevante en el sector. Y, si pensamos que eso nos sale gratis, estamos muy equivocados.

Por su parte, Enagás puede presumir de tener más exministros (del PP) en su consejo de Administración que nadie; por tener, tiene hasta un expresidente del PP. Y lo mejor es que todos son «consejeros independientes»: Isabel Tocino, Ana Palacio y Antonio Hernández Mancha. En 2015, se llevó la palma de las empresas cotizadas con más expolíticos en sus consejos de Administración (ocho), en una reñida carrera en la que quedó segundo el Banco Santander (cinco), empataron a cuatro una farmacéutica y Gas Natural Fenosa, y a tres, muchas otras empresas de sectores regulados o contratistas de la Administración.

Por cierto, recomendamos vivamente a estos organismos que pongan un poco de orden en los currículums de sus consejeros. La verdad es que leer cosas como que el consejero delegado de Enagás, Marcelino Oreja, es autor del libro *Viaje interior por África* (además de haber ocupado un gran número de cargos públicos y de haber sido europarlamentario) no infunde mucha confianza a la hora de valorar su experiencia profesional en el sector, aunque no tenemos ninguna duda de que debió de ser una buena experiencia personal.

Las puertas giran... con nuestro dinero

Como venimos diciendo, sin embargo, el problema fundamental es que las consecuencias del alegre giro de estas puertas las pagamos muy caras los consumidores españoles: desde el incremento sostenido de la factura de la luz, desde hace varios años (cuyo desciframiento, por otra parte, solo está al alcance de los ciudadanos más persistentes o de los más expertos), hasta los obstáculos para la introducción de las famosas baterías Tesla, con su amenaza vía

decreto ley de las penas del infierno (fiscal) a los que osen desafiar a las todopoderosas empresas eléctricas, penalizando las instalaciones domésticas de autoconsumo. Pero esto solo constituye la punta del iceberg o los casos más escandalosos, porque son legión los escarceos más o menos públicos entre los expolíticos reconvertidos en empresarios clientelares y sus antiguos compañeros de filas, para mayor gloria de las empresas del sector, en forma de ventajas regulatorias, fiscales, contratos públicos, rescate de autopistas radiales, déficits de tarifa, «amnistías» encubiertas, costes de transición a la competencia o cualquier otra prebenda de las muchas que han conseguido siempre a costa del consumidor, del contribuyente y de los intereses generales.

Sin duda, el problema de las puertas giratorias es un fenómeno universal que no es fácil de resolver solo con el derecho en la mano, aunque este, ciertamente, es importante. Pero también lo es la ética. Cobrar cantidades astronómicas —en términos relativos—, sabiendo que se carece de cualquier competencia o experiencia profesional en un determinado ámbito y que lo único que le interesa a una compañía es la capacidad de influencia o de relaciones con el sector público, no debería resultar éticamente aceptable. Y, mucho menos, dar por sentado que se está cobrando el pago de favores pasados realizados desde el ámbito público. Pero, claro está, todo es mucho más fácil si se trata de prácticas socialmente aceptadas, como ocurre en España. Si todo el mundo lo hace, ¿por qué no lo vas a hacer tú?

Por eso tenemos que ser conscientes de la extensión del problema y de que en España no existe prácticamente ningún mecanismo de control efectivo, más allá de la presión de la opinión pública. Es verdad que, gracias a esta presión, se consiguen pequeños éxitos, como impedir que el marido de la secretaria general del PP, Dolores de Cospedal (hoy, ministra de Defensa) fuera nombrado consejero de Red Eléctrica de España; pero también es seguro que le habrán compensado de otra forma con cierta discreción. Por otro lado, ya hemos mencionado la extraña tolerancia

que existe en España en particular con las relaciones familiares o de pareja en el ámbito de la política y el capitalismo clientelar, probablemente reflejo de una creencia —socialmente muy extendida— de que a la familia hay que ayudarla como sea. En todo caso, no nos engañemos: todo sigue funcionando exactamente igual que siempre; quizás ahora hay que tener un poco más de cuidado que antes porque la ciudadanía está muy harta. Y es que los focos de los medios no pueden sustituir los controles preventivos, ni el papel de las instituciones ni tampoco la falta de valores éticos, aunque sin duda ayudan a alertar del problema.

La razón última de esta situación es que en España, como ya hemos dicho antes, el negocio del conflicto de intereses es enormemente rentable y tiene muy pocos riesgos, por no decir ninguno. Se trata de extraer rentas pequeñas a millones de consumidores, a cada uno de los cuales se perjudica relativamente poco, y que no suelen ser conscientes de la situación y están muy poco organizados. Frente a ellos, el entramado de intereses creados es poderosísimo y sus tentáculos en la política, espectaculares. Por supuesto, no es la primera vez que el capitalismo clientelar ha funcionado así ni será la última. Quizás lo más grave sea que existe una enorme tolerancia social —y no poca complicidad— en torno a este fenómeno. Posiblemente pocos piensen que, si los han nombrado consejeros independientes de una empresa muy importante y de cuyo negocio no saben nada, es por sus contactos y no por sus méritos profesionales; no obstante, lo peor es que habrá muchos que sí lo piensen pero que estarán dispuestos a hacer como si no lo supieran. Tampoco —hasta muy recientemente— ha sido un fenómeno que haya merecido demasiada atención mediática ni, mucho menos, política. Al fin y al cabo, los grandes beneficiarios han sido personas muy relevantes de los dos grandes partidos; no deja de ser una perspectiva muy interesante para cualquier expolítico.

Sin embargo, no podemos desconocer que sus consecuencias son potencialmente muy graves al destruir la capacidad y la voluntad de muchos políticos y servidores públicos de anteponer los intereses

generales a los privados. Y, sobre todo, porque tienen también la potencialidad de anular la capacidad y la voluntad de defender los intereses comunes de los que todavía trabajan para el sector público. Revelan, además, una concepción preocupante del sistema capitalista español por parte de muchas empresas, que consideran esencial contar con uno o varios «conseguidores» (a ser posible, de varios colores) en sus filas. En ese sentido, los fichajes habituales de Telefónica, intentando mantener la «paridad» entre el PP y el PSOE, son muy significativos. Por otro lado, fomentan un círculo vicioso difícil de detener: cuantos más expolíticos o ex altos cargos recluta «la competencia», más imprescindibles parecen.

Por último, esta forma de funcionar destroza el concepto mismo de meritocracia y los valores éticos que permiten el desarrollo económico de una sociedad avanzada. El mensaje que se lanza a la sociedad es, sencillamente, demoledor. Si lo que vale son los contactos y no los méritos o la experiencia profesional o la formación, ¿para qué molestarse en adquirir estos últimos en vez de los primeros? Incluso, casos extremos como el del «pequeño Nicolás», un pillo veinteañero que se dedicó a «timar» a unos cuantos empresarios presumiendo de contactos políticos a altísimo nivel (y ciertamente los tenía, por ejemplo, con el secretario de Estado de Comercio, Jaime García-Legaz), demuestran a las claras qué mensaje se está trasmitiendo a las nuevas generaciones.

Europa tampoco es ejemplo

También debemos reflexionar sobre la diferencia de estándares que rigen en España y los que rigen en otros países de nuestro entorno o en la propia Unión Europea en materia de conflicto de intereses, y eso que tampoco allí son demasiado exigentes, como demuestra el reciente fichaje del expresidente de la Comisión Europea, Durão Barroso, nada menos que por Goldman Sachs, que deja pequeñitas las puertas giratorias patrias.

Así, el exministro Arias Cañete, mientras que no tuvo nunca ningún problema en ser ministro de Agricultura y Medio Ambiente en España, a pesar de su participación en empresas petroleras, lo tuvo un poco más complicado para ser comisario europeo de Medio Ambiente, Cambio Climático y Energía, y tuvo que deshacerse de sus acciones en las compañías petroleras fundadas por la familia de su cónyuge. Además, fue el presidente, entre 2005 y 2011, de dos empresas del sector, Petrologis y Petrolífera Ducar, fundadas por la familia de su mujer, quien apareció, a su vez, en «los papeles de Panamá», lo que ha dado lugar a otra comparecencia a nivel europeo. Este episodio revela que en España nadie se preocupó por los posibles conflictos de intereses de Arias Cañete mientras fue ministro. En cuanto a su desempeño como comisario europeo, no es de extrañar que, durante 2015, el 80 por ciento de sus reuniones fueran con el sector privado y, sobre todo, con grandes corporaciones energéticas (por ejemplo, GDF Suez, E.ON, Enel y BP, las conocidas como «Big Energy»).

Quizás las cosas estén cambiando en los últimos tiempos, pero debemos ser conscientes de que, mientras se considere un triunfador al que tira de puerta giratoria, no ya vulnerando la legalidad, sino incluso respetándola en la forma pero infringiendo su espíritu (esos fichajes por filiales, en los que no se cobra directamente de la empresa a la que se ha favorecido, o cuando se pasa a una empresa perteneciente al mismo grupo que otra a la que se le han concedido contratos o subvenciones), hay poco que hacer. En este tema, como en tantos otros, la conciencia cívica es fundamental. La labor de los medios también es importante, aunque conviene no pasarnos de frenada —como es tan frecuente en España— e iniciar una caza de brujas contra cualquier profesional que quiera pasar del sector público al sector privado o viceversa. La clave es precisamente esa: ver si se trata o no de un cambio que es coherente con la trayectoria profesional de quien lo realiza. Un indicador razonable es si la persona sabe algo del sector o del negocio al que se dedica la empresa a la que se incorpora desde la

Administración o, en sentido inverso, si tiene conocimientos sólidos en el sector privado sobre las materias que va a gestionar desde el sector público. Porque, si no es así, lo más probable es que lo que se busque sea, en el primer caso, una agenda política o corporativa y, en el segundo, simplemente colocar a las amistades a cargo del contribuyente. Otro indicador bastante efectivo es el del salario que se va a percibir en el sector privado y a cambio de qué. Y el tercero y fundamental es el de la ausencia de conflictos de intereses.

Sin duda, el fenómeno de las puertas giratorias en los últimos años en España ha sido uno de los factores que más han contribuido al desprestigio y deslegitimación de nuestras instituciones, en la medida en que arroja sospechas muy verosímiles sobre la neutralidad y la profesionalidad de la actuación de nuestras administraciones públicas. No adoptar medidas efectivas para ponerle coto nos parece muy preocupante desde un punto de vista político, pero también lo es desde el de la lucha contra el capitalismo clientelar.

CODA: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL CAPITALISMO CLIENTELAR

Por último, está claro que la vinculación entre contratación pública y capitalismo clientelar es íntima, pero los caminos que conducen a ella son infinitos. En este capítulo hemos hablado de uno muy transitado: la *revolving door*. Sin embargo, hay muchos otros. Hay tantos que merecerían un libro aparte; por eso, en este no le podemos dedicar más que una pequeña coda, dado el compromiso que tenemos de no abusar excesivamente de la paciencia de los lectores. Lógicamente, esta vinculación depende, en gran medida, de la falta de profesionalidad y neutralidad de nuestras administraciones públicas y, en particular, de nuestro sector público empresarial, con un fortísimo componente clientelar y una elevada politización de sus cúpulas directivas. Hay que destacar que las desviaciones en la contratación pública en España nos cuestan

muchísimo dinero a todos los ciudadanos; la falta de presión competencial —por decirlo con las elegantes palabras de la CNMC en un informe de 2015— puede llegar a suponer, según los cálculos de dicho organismo, hasta 47.000 millones de euros al año. Ahí es nada.

Esta «falta de presión competencial» (vulgo, falta de concurrencia, neutralidad y transparencia) suele estar basada en instrumentos típicos del capitalismo clientelar, pero a veces también está fundada en la corrupción pura y dura. Un ejemplo muy ilustrativo es lo que viene acaeciendo desde hace años en los puertos españoles.

En el momento en que escribimos estas líneas, han llegado al conocimiento público y de los tribunales de justicia (y, quizás, solo sean la punta del iceberg) escándalos de sobrecostes y descontrol en las adjudicaciones de obra pública nada menos que en una decena de puertos españoles, y no precisamente insignificantes.[6] En la mayoría de los casos (Barcelona, Valencia, Gijón, Pasajes, Las Palmas, Baleares...) existen abiertas diligencias penales por delitos como prevaricación, malversación de caudales públicos, falsedad en documento oficial y mercantil, estafa, cohecho, exacciones ilegales en negociaciones prohibidas, etc. Las cifras de fraude pueden alcanzar, en algún caso, los 80 millones de euros.

El mecanismo de funcionamiento es bastante sencillo, al menos según resulta de las instrucciones penales en marcha. Previo presunto acuerdo entre alguien del puerto correspondiente y alguien de la empresa o empresas licitadoras (y apoyándose en la completa pasividad del organismo público encargado de la ejecución de la política portuaria del Gobierno, Puertos del Estado), se concierta una licitación a la baja para llevarse la pertinente adjudicación, desplazando así a la posible competencia, pero pactando también los sobrecostes que se van a facturar con posterioridad para recuperar con creces la diferencia. Perfecta mezcla entre corrupción y capitalismo de amiguetes. Por un lado, se defrauda el dinero público y, por otro, se elimina a la incómoda competencia. ¿El resultado

final? Una obra mucho más cara y de peor calidad de lo que hubiera podido conseguirse sin ese amaño. En el caso concreto de los puertos, llama la atención el protagonismo en casi todas las uniones temporales de empresas investigadas de FCC, pero, obviamente, no es la única empresa implicada.

Como tantas veces ocurre en nuestro país, estos escándalos apenas tienen repercusión pública y, quizás por eso, apenas suscitan reacciones políticas. Lo demuestra el hecho de que, tras esta catarata de escándalos, el nuevo ministro de Industria haya confirmado sin más a José Llorca, presidente de Puertos del Estado desde hace unos cuantos años. En cualquier caso, no cabe ser ingenuo: no solo en los muelles españoles impera la ley del silencio.

8

PERIODISMO Y CLIENTELISMO

Por el Twitter muere el pez

El 6 de septiembre de 2016, María Antonia Trujillo, antigua ministra de Vivienda con Rodríguez Zapatero, escribió esto en su cuenta de Twitter: «Innegable que la izquierda tiene mejores periodistas que la derecha, mejor y más preparados, más trabajadores, con más sentido común...».

Sin duda, la limitación de caracteres de esta red social supone la pérdida de matices, pero el mensaje está claro: se asume con naturalidad que tanto «la derecha» como «la izquierda» tienen periodistas. No se trata de que los periodistas tengan una determinada ideología, una perspectiva desde la que contemplan el mundo en general y la política en particular, lo que no solamente es legítimo sino que es inevitable. Se trata de que este tipo de periodistas «de género» (ideológico) se comportan como correas de transmisión de una determinada facción política o de un partido político, en detrimento de la información y de la opinión independiente. En definitiva, se acepta que sean meros *hooligans* que animan a su equipo. Esto los convierte en profesionales previsibles, poco fiables y muy alejados del concepto del buen periodismo. Algunos, directamente, manifiestan una actitud servil con los gobernantes de sus preferencias, actitud ciertamente incompatible con las reglas de un periodismo y una democracia de calidad. ¿Acaso la expresión periodismo partidista no debería ser un oxímoron?

Que los medios de comunicación, en general, y el periodismo, en particular, están atravesando una profunda crisis es, por sabido, una obviedad. Y que un periodismo independiente y de calidad es uno de los pilares esenciales de una democracia avanzada, también. Por tanto, no es de extrañar que la decadencia de nuestra democracia y nuestras instituciones vaya de la mano de la crisis del periodismo de calidad. Varios son los males que lo aquejan: desde la falta de independencia frente a los poderes políticos y económicos hasta la baja calidad de la información, pasando por la falta de especialización y la precariedad laboral (sobre todo, entre los más jóvenes). La clave es la enorme dependencia de los medios tradicionales de los ingresos publicitarios y de las empresas que están detrás, o de las administraciones públicas a través de la publicidad institucional.

En definitiva, «comprar» hoy un periódico sin que se note demasiado —o aunque se note demasiado— no es excesivamente caro. Incluso algunos periódicos de referencia en España, como *El País*, tienen accionistas como Telefónica y Banco Santander, interferencia del Gobierno mediante. Entonces, a nadie pueden sorprender la hagiografía y la amplísima cobertura de la muerte del «dueño», Emilio Botín, o el hecho de que los escándalos que han rodeado a César Alierta a título personal (el famoso episodio de información privilegiada, en el que contó con la ayuda de su sobrino) y su sistemática implantación de mecanismos clientelares en el gobierno corporativo de Telefónica —con guardia pretoriana incluida — hayan merecido tan poco espacio en sus páginas. Pero también podemos mencionar otro factor: muchos medios de comunicación han primado el objetivo de influir en la sociedad frente al de informar de la manera más imparcial posible.

Sí, estamos en el siglo XXI y hay todo un mundo de nuevas posibilidades de información y comunicación a través de las redes sociales y de internet en general. Pero eso no significa que no necesitemos buen periodismo, sino todo lo contrario: lo necesitamos, y más que nunca. Hay toda una selva cada vez mayor y más

inmanejable de datos, opiniones, fuentes de información fiables y otras, nada fiables, intoxicadores profesionales o tergiversadores de hechos, etc., y, si hay algo que resulta fundamental, es contar con el criterio de profesionales independientes —sobre todo, respecto del poder— que capten, filtren, ordenen, traten y expongan esa información. Sin embargo, lo que no necesitamos es un periodismo sujeto y atado al poder político y económico: lo que podríamos llamar un periodismo clientelar.

No le digas a mi madre que soy periodista

Los políticos utilizan permanentemente los medios públicos y privados para confeccionar y emitir propaganda, pues otra cosa no son la mayoría de las declaraciones que hacen, afirmando o disfrazando como datos fiables lo que, en muchas ocasiones, es simple y llanamente publicidad. El problema es que esta propaganda se reciba sin una crítica inmediata por parte del periodista o no merezca un análisis basado en evidencias empíricas que permita cuestionar lo que el político de turno está diciendo.

Recientemente se ha acuñado el término *posverdad*, para referirse al comportamiento propio de los políticos que no tienen problemas en mentir de manera reiterada —descarada, incluso— acerca de hechos sobre los cuales existe total certeza. Estas mentiras, contra lo que cabría esperar, son creídas por sus seguidores y dañan su reputación, porque no son adecuadamente contrarrestadas o porque no lo son por instituciones o agentes que los ciudadanos consideran independientes y neutrales y que conservan su credibilidad. Como expuso en *El País* la periodista Soledad Gallego-Díaz, estos datos no son contrarrestados por las instituciones, muchas de las cuales están capturadas por poderes económicos y financieros que mienten de manera igualmente desacomplejada. Tampoco son contrarrestados por los dictámenes de expertos —que, a su vez, están muy desacreditados por su

soberbia o por haberse vendido al servicio del mejor postor— ni por los periodistas que podrían apoyarse en ellos. Pero, lo que es peor, muchas veces los ciudadanos no tienen demasiado interés en conocer la verdad una vez que «han elegido tribu» (una facción partidista concreta con cuyo relato están de acuerdo) y tienden a despreciar los datos que perjudiquen la versión de esa tribu de elección. Gracias a todos estos factores, la mentira del político se puede convertir en un «eslogan» inatacable.

Nuestras asociaciones de prensa reconocen que es muy habitual la remisión a los medios periodísticos de material informativo previamente filtrado, la falta de transparencia, la pretensión de convertir a los gabinetes políticos en proveedores cuasiexclusivos de la información que se facilita al público o la intención de manejar las agendas diarias de los medios de comunicación. En definitiva, podemos hablar de manipulación en el más amplio sentido del término. Este tipo de prácticas, más o menos toleradas, constituyen un misil en la línea de flotación de la independencia periodística, lo que implica que la información —no ya la opinión— llega al ciudadano tergiversada, alterada, disminuida o, en último término, falseada.

Un ejemplo surrealista de práctica lamentable en este sentido es ese engendro conocido como «ruedas de prensa sin preguntas» y su variante, un poco más sofisticada, de entrevistas en las que no cabe repreguntar, o con preguntas pactadas de antemano. Es un espectáculo verdaderamente desolador ver cómo el político da un mitin a unos espectadores silenciosos, que son las decenas de periodistas con sus ordenadores y sus cámaras. Y lo es por varios motivos: el primero, porque trasmite una imagen de total subordinación del periodista al político. Pero hay otros: en este tipo de actos, un periodista no tiene ningún trabajo que desempeñar, no recoge información —ya lo hacen las cámaras o grabadoras por él— y, sobre todo, no puede filtrarla y analizarla críticamente, ni, mucho menos, contrastar lo que se le está diciendo. Es un mero convidado de piedra.

Claro que el asunto alcanza niveles de esperpento cuando los periodistas se citan ya no frente al político, sino delante de una pantalla de plasma, como ha ocurrido en alguna famosa rueda de prensa con el presidente del Gobierno, Mariano Rajoy. Es realmente sorprendente y sintomático que una situación de este tipo, que tanto deteriora la imagen y el trabajo de la profesión periodística, no haya sido atacada de frente, planteando una negativa absoluta a acudir a estas mascaradas. Si los políticos quieren contar algo sin someterse al escrutinio periodístico, que sus gabinetes remitan una nota de prensa, pero que no se les dé voz e imagen gratuitas para hacer llegar su propaganda a la sociedad, sin filtros y sin réplicas. Otro caso reciente de rueda de prensa sin preguntas se produjo el día 29 de noviembre de 2016, en el que el ex secretario general del PSOE, Pedro Sánchez, anunció su renuncia al acta de diputado. No admitió preguntas, pero al día siguiente apareció en el programa de televisión *Salvados*, de Jordi Évole, quien le hizo una entrevista que a muchos nos pareció amiga.

La pregunta del millón es: ¿por qué se siguen prestando los periodistas a hacer tan triste papel? Aunque quizás la pregunta haya que dirigírsela, más que a los periodistas de a pie, a los propietarios de los medios: ellos son los responsables de estas anomalías y de estas indignidades. La profesión periodística se encuentra en estos momentos en una situación de gran debilidad, peor pagada —y, a veces, ni eso— y con más precariedad laboral que nunca, amenazada por la frivolización de las noticias, por los clics en las webs, por los titulares de internet de usar y tirar, por la reducción de las plantillas que obliga a hacer lo mismo con menos medios, etc. Su labor esencial, la de captar y procesar la información para ofrecer un relato veraz, está amenazada, no solamente por las dificultades intrínsecas de una tarea de esta naturaleza, sino porque están continuamente segando el suelo bajo sus pies.

La enorme crisis económica de los medios, relacionada en gran parte —aunque no de manera exclusiva— con la Gran Recesión que se inicia en 2008, provocó y sigue provocando despidos masivos en

nuestros medios de comunicación, así como una notable degradación de las condiciones de trabajo para los que han resistido. Se calcula que, desde 2008 hasta 2015, han cerrado en España más de 350 medios de comunicación, y más de 12.000 periodistas han sido despedidos.[1] Prestigiosas redacciones han quedado desmanteladas, por lo que quienes hacen el trabajo ahora son, en muchas ocasiones, trabajadores autónomos o becarios mal pagados. Algunas veces se pretende que no cobren nada, es decir, que trabajen gratis, porque se supone que ya tienen suficiente remuneración con el prestigio de escribir en un determinado medio (en muchas redes sociales se ha llegado a acuñar, por parte de los periodistas, un lema para defenderse de estas pretensiones: «gratis no trabajo»). Se pretende, además, que la producción de cada periodista sea muy elevada, de asuntos muy variados y que tenga muchos lectores. La cuadratura del círculo.

Producir mucho, de todos los temas, muy barato y muy rápido y bajo una gran presión laboral es un cóctel explosivo que degrada notablemente el trabajo y el prestigio de la profesión periodística. Y eso es muy perjudicial cuando hablamos de capitalismo clientelar. Para denunciar y combatir este tipo de comportamientos o de prácticas es imprescindible una prensa independiente y con suficientes medios, capacidad y voluntad de controlar los poderes políticos y económicos que están detrás. Conseguir tener un periodismo de calidad hecho por profesionales competentes no es tarea fácil y, además, exige tiempo y esfuerzo. Si no se tiene, se desactiva uno de los instrumentos de control y denuncia del capitalismo clientelar más importantes. Y ya hemos visto que los otros instrumentos de control también están hechos unos zorros. Conclusión: si no hay control, ancha es Castilla.

Se atribuye al periodista y escritor Tom Wolfe la frase: «No le digas a mi madre que soy periodista. Ella cree que trabajo como pianista en un club de alterne». Lamentablemente, no parece que haya más razones para ello ahora que cuando se escribió por primera vez para desengañar a esa madre...

El fin no justifica (a) los medios

El problema estriba en que los grupos de comunicación, además de constituir un poder en sí mismo —cuyo objetivo más importante es informar, opinar o criticar, entretener o una mezcla de lo anterior—, son también empresas que quieren, legítimamente, hacer negocios y ganar dinero. Quizás, en otros tiempos, dichos objetivos eran más o menos compatibles; ahora resulta un poco más complicado. En la actualidad prima la idea del beneficio: muchos propietarios de medios no son empresas familiares ni periodistas destacados, sino sociedades anónimas que cotizan en bolsa, y hay accionistas a los que los administradores tienen que rendir cuentas y pagar dividendos. En fin, hay un negocio que preservar, lo que inevitablemente condiciona la información y la opinión de las personas que trabajan en los medios propiedad de estas empresas. Claro está que esto no supone la imposibilidad de hacer buen periodismo; pero hay que admitir que sí supone un condicionante importante a la hora de investigar o informar sobre cuestiones «sensibles» que atañen a los poderes económicos y políticos o que ponen en riesgo el propio negocio empresarial. No se trata de ser ingenuo o de añorar épocas pasadas, sino de ser consciente de estas limitaciones. Por esta razón, conocer quién está realmente detrás de los medios de información en España nos parece muy necesario. El problema es que no resulta nada fácil.

En relación con esta problemática, es muy interesante el estudio de Access Info Europe (organización sin ánimo de lucro dedicada a promover el derecho de acceso a la información pública en España), en el sentido de que, en la mayoría de los países de Europa, no se exige como requisito imprescindible que los medios de comunicación informen a los organismos públicos de control sobre la identidad del propietario real de los medios, lo que supone un obstáculo importante.[2] Como bien señala esta organización, disponer de información precisa, completa y actualizada sobre quién controla realmente los medios de comunicación es fundamental en un

sistema democrático. Es imposible abordar la excesiva concentración de medios y los conflictos de intereses cuando no tenemos las herramientas para saber a quién pertenecen estos medios en realidad. Por otra parte, que la identidad de sus dueños sea de dominio público garantiza que los abusos del poder mediático puedan ser abordados, publicitados, debatidos abiertamente e, incluso, evitados. Tanto aquellos encargados de la regulación de los medios como el público en general deberían saber quién controla realmente los medios de comunicación y ejerce su influencia en ellos.

Para lograr esa transparencia, esta ONG propone diez recomendaciones: remisión al organismo público competente de datos precisos de documentos de constitución del medio (identificación de accionistas, nacionalidad, porcentajes, etc.); fácil y gratuito acceso a la información; actualización frecuente de la misma; información publicada en formatos abiertos y reutilizable; aumento progresivo de los estándares de transparencia, recomendación que actúa como un concepto dinámico que enlaza con la siguiente: mayor transparencia de las influencias sobre los medios de comunicación, informando por ejemplo acerca de quiénes son los altos cargos, los jefes, los directores, etc.; un marco legal claro y preciso; un organismo de control realmente independiente; que toda esta información sea accesible a la sociedad; y que se permita realizar comparativas internacionales.

En España no nos destacamos precisamente por estar en cabeza en materia de transparencia, ya sea en este apartado de la propiedad de los medios o en cualquier otro. Aparentemente, contamos con una notable diversidad y variedad de medios de comunicación (se cuentan más de ochenta cabeceras de periódicos, por ejemplo). Sin embargo, existe gran concentración en unos pocos grupos que, periódicamente, se van modificando y alterando, fenómeno que se ha acelerado mucho con la crisis. Se puede decir que el número de grandes grupos de comunicación que controlan el mercado en España no excede de diez. Los medios que pertenecen a

cada grupo no se caracterizan por ser ideológicamente homogéneos. Por el contrario, pueden ser incluso opuestos: La Sexta, Antena 3 y *La Razón* son del mismo grupo. Hay grupos que cotizan en bolsa, como Atresmedia o Mediaset, Telefónica y PRISA, mientras que otros son, o han sido, de composición esencialmente de corte familiar, como el Grupo Godó o el Grupo Joly. Por último, contamos con medios digitales como *Eldiario.es* o *infoLibre* en los que los propietarios son, básicamente, periodistas, no grandes grupos empresariales, y se financian a través de suscripciones de socios y publicidad.

Hay que destacar que en el accionariado de muchos de estos grupos están muy presentes las entidades financieras (los bancos) que han venido adquiriendo participaciones en pago de la deuda que esos medios habían contraído con ellos y que eran incapaces de pagar tras el estallido de la Gran Recesión. Todo esto termina suponiendo, para estas entidades, influencia y poder, en especial en relación con los asuntos que más directamente les atañen, como los rescates bancarios, la comercialización de productos financieros tóxicos —preferentes, *swaps*, estructurados—, las indemnizaciones, sueldos y bonus supermillonarios para sus directivos, la utilización de contratos dudosos con cláusulas abusivas, las condenas a directivos de alto nivel, etc. Como vemos, se trata de muchos de los grandes temas de nuestro capitalismo clientelar. Pero esta enorme capacidad de influencia de las entidades financieras complica enormemente que muchas de las noticias que puedan perjudicarlas se trasladen con independencia y rapidez a la sociedad, a través de los grandes medios de comunicación. Para muestra, un caso real muy concreto, aunque suponga una pequeña dosis de autobombo.

Hace unos años (en concreto, en 2012) fue nombrado magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (la misma que debía ocuparse de enjuiciar las cláusulas suelo, las preferentes, las posibles cláusulas abusivas, los bonos y demás productos complejos generados por las entidades financieras) nada menos que el exjefe de la asesoría jurídica de La Caixa durante más de treinta años,

Sebastián Sastre Papiol. Se trataba de un profesional muy activo jurídicamente en la defensa de estos productos, en cuyo diseño había participado. Se da la circunstancia añadida de que todos los candidatos finalistas para el puesto —que se proveía entre juristas de reconocida competencia, no entre jueces de carrera— eran catedráticos, mientras que nuestro hombre solo tenía la categoría de profesor titular. Tradicionalmente, si hay catedráticos para este tipo de puestos, es prácticamente imposible que el nombramiento recaiga en un profesor titular. En este caso, sin embargo, esto es lo que ocurrió. La forma del nombramiento y la trayectoria profesional del candidato, unidos a la materia sobre la que tendría que decidir en el Tribunal Supremo —de enorme trascendencia social entonces y aún ahora—, hacían que esta noticia tuviera, potencialmente, un gran interés para el público. Pero, curiosamente, fue ignorada por los grandes medios. No lo fue por nuestro blog *Hay Derecho*, que publicó un artículo sobre las peculiaridades de este nombramiento tan propio de nuestro capitalismo clientelar y que tuvo amplia repercusión, contribuyendo —esperamos— a que las decisiones de este magistrado estuvieran sujetas a un mayor escrutinio para evitar que beneficiaran a la banca.

Dado que, a su vez, en los consejos de administración de algunas de las empresas propietarias de los medios de comunicación se sientan muchos políticos o expolíticos procedentes de los partidos tradicionales (PP, PSOE, Partido Nacionalista Vasco [PNV], la antigua Convergència), se cierra un círculo: los grandes medios que tienen que informar y controlar al poder político —que se ejerce, primordialmente, a través de los partidos— pertenecen a grupos de comunicación que, al mismo tiempo, son propiedad de bancos y otras grandes empresas, en cuyos consejos directivos se sientan políticos de esos mismos partidos. No hay que ser un lince para darse cuenta de que este tipo de endogamia no favorece precisamente la lucha contra el capitalismo clientelar. Es más, amenaza con convertir a los propios medios no en el cuarto poder y

en una pata esencial de la democracia, sino en un poder fáctico más y una pata esencial del capitalismo clientelar. De ahí la importancia de conocer estas relaciones.

Es, pues, imprescindible saber quién está realmente detrás de los grandes grupos. En los países anglosajones es más frecuente proporcionar este tipo de informaciones, el *Who's Who* (quién es quién) de los medios que en España no tenemos. No obstante, hay que mencionar los esfuerzos en ese sentido de la Fundación Ciudadana Civio, organización sin ánimo de lucro que, entre otros objetivos, lucha por el derecho de acceso a este tipo de información y que, en su interesante sección denominada «Quién Manda», trata de estas y de otras cuestiones relacionadas.[3]

En todo caso, existe una forma sencilla de determinar qué personas físicas controlan cada medio de comunicación, y quede aquí en forma de propuesta: de acuerdo con la legislación sobre prevención de blanqueo, todas las sociedades tienen que declarar ante notario la identidad de las personas físicas que controlen, directa o indirectamente, más de la cuarta parte de las acciones de la entidad. Es decir, se puede averiguar quién está de verdad detrás de las sociedades, de quién son en realidad. Estas actas no son públicas, lógicamente, pero bastaría que las empresas les dieran publicidad de manera voluntaria para conocer a los verdaderos propietarios de cada medio.

La mujer del César

En este punto concreto volvemos a recuperar a Pedro Sánchez donde lo dejamos, porque su caso es muy clarificador. En la entrevista con Jordi Évole, acusó al anterior presidente de Telefónica, César Alierta (que sigue en activo como presidente de su fundación), y a «las instituciones financieras» (probablemente, Banco Santander, BBVA y/o CaixaBank) de promover una campaña en el diario *El País* para impedir que el PSOE negociara con Podemos

y con los independentistas un posible acuerdo de Gobierno, impidiendo un nuevo Gobierno de Mariano Rajoy y del PP. Lo cierto es que Telefónica tiene un 13 por ciento del accionariado de PRISA, la empresa propietaria del periódico, y que los bancos también han entrado en su accionariado, en ambos casos para salvar su delicadísima situación financiera, para lo que han contado con el beneplácito —como mínimo— del Partido Popular, al parecer, a través de su vicepresidenta Soraya Sáenz de Santamaría. No es de extrañar que *El País* la trate con guante de seda.

Pues bien, al día siguiente de la llamativa entrevista (31 de octubre de 2016), *El País* no la mencionó en absoluto, lo que no deja de ser algo curioso habida cuenta de la naturaleza de las declaraciones del ex secretario general del PSOE y de la gran cobertura mediática que tuvieron. El día 1 de noviembre, en el diario *El Mundo* se publica que Pedro Sánchez, antes de las elecciones vascas y gallegas, habló con el nuevo presidente de Telefónica, José María Álvarez-Pallete, para pedirle que ejerciese sus influencias para conseguir el cese de la campaña lanzada contra él a través del Grupo PRISA, detrás de la cual estaban muchos otros intereses. Para terminar el relato, el día 2 de noviembre, *El País* sacó un editorial en el que acusaba a Sánchez de ser él quien había presionado a Telefónica, y de llamar «presión a organizaciones políticas» a lo que es simple y periodística opinión editorial. Como pueden ver, un culebrón político-periodístico-empresarial que no tiene nada que envidiar a un buen culebrón argentino, colombiano o venezolano.

Y es que la fina línea que separa la legítima política editorial de los medios de comunicación (con el control y las críticas a los políticos y a sus partidos que esto supone) de las presiones extraordinarias e inaceptables de grupos empresariales importantes (en cuyos consejos votan y deciden expolíticos relevantes) para forzar una determinada opción de Gobierno es, decididamente, demasiado fina. Tan fina como son las líneas que separan lo público

de lo privado o lo político de lo económico en nuestro capitalismo clientelar. En las democracias avanzadas, estas líneas suelen ser bastante más gruesas.

Cada uno puede pensar lo que quiera en el caso de Pedro Sánchez, pero nosotros sí nos atrevemos a decir que los términos en los que se refirió a él el diario *El País* en su durísimo editorial de fecha 1 de octubre sobrepasan los límites del control y la crítica periodísticas. El editorial le dedicó lindezas tales como «insensato sin escrúpulos que no duda en destruir el partido que con tanto desacierto ha dirigido antes que reconocer su enorme fracaso», tachándole de mentiroso carente de valores y de ideología. Todo el mismo día en el que se celebró el tumultuoso comité federal que acabó con su dimisión y la entronización de la gestora del PSOE y que, finalmente, permitió la investidura de Mariano Rajoy como presidente del Gobierno. Días antes, parece ser que Susana Díaz (la candidata del *establishment*) se había reunido con César Alierta y otros empresarios para recibir garantías de apoyo mediático frente a su rival.[4] Realmente, a algunos no nos sorprende que *El País* ya no sea percibido por sus lectores como un medio de credibilidad indudable ni que sus cifras de ventas no sean las mismas de antaño.

Cierto es que los problemas de credibilidad no son, ni mucho menos, exclusivos de los medios españoles, pero en España esta pérdida de credibilidad es especialmente relevante, además de rápida. Si una empresa periodística trata, en sus diferentes medios, la misma noticia con enfoques tan distintos que parece que estén hablando de cosas que no tienen nada que ver, no es de extrañar que la gente sospeche de su verosimilitud. Pero, además, si cada uno de esos concretos medios tiene un sesgo ideológico tan acusado que, en vez de dirigirse a un público heterogéneo, lo hace solo a los ya convencidos, entonces tenemos otro problema añadido, que es todavía mayor. Con este tipo de tratamientos informativos, pareciera que no ya la interpretación de los hechos sino, incluso, los mismos hechos dependen de la visión del que los analiza, en una suerte de inevitable relativismo. Ya no hay datos inatacables ni verdades

absolutas, sino meras visiones particulares u opiniones, sin que ninguna sea mejor que otra. Esta forma de funcionar es destructiva para el prestigio de la profesión.

Efectivamente, si una tertulia política compuesta por fanáticos seguidores de su equipo (en este caso, un partido político) tiene el mismo valor que otra en la que se escogen participantes independientes y que saben de lo que hablan porque «oye, cada uno tiene su opinión», o si se pone al mismo nivel un artículo de prensa de un periodista «apesebrado» que otro escrito con el honesto propósito de servir a la verdad, entonces, la credibilidad es la primera de las víctimas. Las tertulias televisivas, mal copiadas de las de la radio, han creado un híbrido entre periodista y estrella televisiva —de nombre «tertuliano profesional»— que salta de una a otra en diversos programas con total naturalidad, que opina de todo con la misma soltura y cuya afiliación —ideológica o partidista— es perfectamente reconocible a los cinco segundos de abrir la boca. Por otra parte, es obvio que este papelón no se hace precisamente *gratis et amore*.

Un buen periodismo debe partir de que no todo es discutible, que no todas las opiniones son iguales, que puede y debe existir un consenso básico en el relato factual de los acontecimientos, sin retorcerlo a conveniencia, y que no respetar la evidencia o, dicho menos elegantemente, mentir es éticamente reprochable. Y, como somos juristas, tenemos que quejarnos especialmente cuando la cuestión que se trata afecta al derecho. Contra lo que pudiera deducirse escuchando o viendo algunas entrevistas o tertulias, en derecho no todo se puede discutir y, en la mayor parte de los casos, hay reglas claras y consecuencias previsibles: el derecho no es plastilina a la que se le pueda dar la forma que más convenga, ni todas las interpretaciones de una norma concreta tienen el mismo valor. Nuestra recomendación es que huyan de estos peligrosos telepredicadores en cuanto los detecten.

El problema es que en España hay una necesidad evidente de periodismo imparcial y de calidad, pero hay muy poca confianza en que pueda conseguirse. En 2015, una noticia de un diario digital nos informaba de que el PP estaba preparando un «grupo mediático amigo» para contrarrestar lo que identificaba como medios poco afines, en concreto, PRISA, Mediaset y Atresmedia. El grupo lo compondrían Cope, Vocento y Unidad Editorial. Puede que sí y puede que no, pero el problema es que este tipo de noticias son perfectamente creíbles. Lo poco creíble sería que nos informaran de que el Gobierno está trabajando para garantizar que ningún medio vaya a ser influido por el propio Gobierno. Y nadie mejor que Tony Blair para corroborarlo: en sus memorias, habló así acerca de la Ley de Libertad de Información (o de Transparencia) que él mismo había promovido:

> «Libertad de información. Tres palabras inofensivas. Contemplo esas palabras mientras las escribo y me entran ganas de sacudir la cabeza hasta que se me caiga. Serás idiota. Serás ingenuo, insensato, irresponsable, memo. Realmente no existe una descripción de la estupidez, por viva que sea, que valga. Me estremezco ante la estupidez de la idea. Una vez que me di cuenta de toda la enormidad de la metedura de pata...»

Para él quizá no fuera muy grata, pero con ella se descubrieron numerosas irregularidades en el funcionamiento de la vieja democracia británica. Pero la lección está ahí: no podemos esperar sentados a que los políticos nos proporcionen voluntariamente transparencia o información que los perjudique, o que promuevan un periodismo independiente y de calidad. Vamos a tener que salir a la calle a pelear por él.

Un estudio de 2015 de un instituto vinculado a la Universidad de Oxford certifica que España es el país donde su población tiene el mayor interés —hasta el 85 por ciento— por consumir noticias, pero donde tenemos los medios menos fiables, porque solamente un 34 por ciento de los encuestados confían en las noticias de la prensa

nacional.[5] Es el segundo porcentaje más bajo de los doce países encuestados, solamente por encima de Estados Unidos. Nos queda mucho camino por recorrer.

Dame veneno que quiero morir: la publicidad institucional

Todos sabemos lo complicado que es criticar algo que te gusta, sean personas, actitudes o cosas. Igual de complicado es criticar a quien te proporciona algo que necesitas, a veces, de manera desesperada. Si eres un negocio de comunicación y precisas de dinero público para subsistir, es muy razonable que tu visión de la Administración que te lo proporciona no sea tan imparcial, crítica e independiente como lo sería en caso de no necesitarlo. No se trata de que la publicidad institucional sea en sí misma algo perverso que deba desaparecer; se trata de que tenga unos límites y unos controles muy precisos y que sea totalmente transparente para evitar que se convierta en un instrumento de presión y amenaza a la prensa por parte del poder político.

No les sorprenderá saber que existe una ley de 2005 sobre publicidad institucional en España ni que, si se cumplieran estrictamente los principios que se contienen en ella, España sería el país más limpio y honesto del mundo en esta materia. El problema es que no se cumple en absoluto. Es algo que nos sucede con mucha frecuencia: leyes llenas de declaraciones de buenas intenciones que no se aplican, sea porque no prevén herramientas para controlar el cumplimiento o porque esos controles no funcionan (o lo hacen de manera muy deficiente). Siempre lo mismo: leyes para la galería, legislación para sacarse una foto y cubrir el expediente.

La publicidad institucional (para entendernos, la publicidad sobre información que se supone es de interés general, pagada por las administraciones) suele tener, en general, tres fines bien diferenciados, que enumeramos en función del menor o mayor

riesgo que entrañan. El primero, menos peligroso, es el de realizar campañas para sensibilizar sobre determinados temas y difundir valores constitucionales, nuevas normas, ofertas de empleo, medidas de seguridad pública, las lenguas y el patrimonio cultural de España, etc. El segundo objetivo es la publicidad destinada a la comercialización de productos, fundamentalmente servicios, ofertados desde el sector público. El tercero y último objetivo, mucho más peligroso, son las actuaciones de publicidad destinadas sin ningún pudor a alabar a los gobernantes que encargan esas campañas por lo bien que hacen las cosas. Todo ello, por supuesto, financiado con dinero público.

Como ya hemos dicho, la ley que regula la publicidad institucional constituye un ejemplo de buenos deseos y de escasa eficacia. Según esta norma, de los tres fines antes indicados, únicamente el primero (sensibilización y difusión) está permitido. Los otros dos, no. Sin embargo, todos somos conscientes de que muchas campañas institucionales, so pretexto de informar, lo que están haciendo en realidad es una evidente publicidad partidista, a veces de manera poco sutil.

Es cierto que esta ley se aplica exclusivamente a las campañas contratadas desde la Administración General del Estado y el sector público estatal, pero la prohibición del «autobombo» constituye una legislación básica en toda España y se aplica a todas las instituciones del Estado, siendo, por tanto, obligatoria para las administraciones autonómicas y locales, con independencia de la normativa que las comunidades autónomas puedan aprobar. Y, si en la Administración del Estado el control de cumplimiento de la ley es deficiente, desde luego la situación no mejora en las comunidades autónomas y en los ayuntamientos. Y toda esta publicidad sale del bolsillo del contribuyente.

Nos parece que, si la publicidad institucional se ciñera a la estricta finalidad que permite la ley, la partida presupuestaria correspondiente no debería ser muy alta: salvo urgencias acreditadas, la mayor parte de estas campañas para preservar o

difundir estos valores pueden realizarse, o bien a través de los medios de titularidad pública, o bien a través de las cada vez más importantes redes sociales. Sin embargo, en el plan de publicidad y comunicación de la Administración del Estado para 2015, esta partida aumenta respecto del año anterior nada menos que un 19 por ciento, hasta los 48,9 millones de euros. Si a eso sumamos la inversión en publicidad comercial, el total alcanza los 169,4 millones de euros, 22,4 millones más que lo planificado en 2014. Además, se destinarán 120,5 millones de euros a financiar cincuenta y tres campañas comerciales de organismos públicos. O sea que, si sumamos las dos partidas, en 2015 lo presupuestado para publicidad por parte de la Administración central da un total de, aproximadamente, 290 millones de euros, a razón de 791.000 euros diarios en publicidad institucional. No está nada mal. A lo mejor tenía algo que ver con que era año electoral.

En ese mismo año 2015, según se ha publicado, los Ayuntamientos de Barcelona y Madrid gastaron en publicidad institucional 14,7 y 7,5 millones de euros, respectivamente. La Generalitat invirtió 31 millones. La Comunidad de Madrid, al menos 7,5 millones. Y, aunque no se tienen cifras exactas, se calcula que la autonomía madrileña gastó, entre 2008 y 2011, nada menos que 220 millones de euros en comunicación y publicidad. Y aquí faltan las cifras del resto de las comunidades autónomas y ayuntamientos. Un dineral muy importante.

Este pastel en forma de muchos millones de euros es sumamente apetecible para las empresas de comunicación, muchas de ellas con graves problemas económicos... y, claro, algunas son más afines que otras al Gobierno de turno. Decía Oscar Wilde que él podía resistirlo todo, menos la tentación. La tentación, para el Gobierno, de repartir esta publicidad de la manera más conveniente para los intereses partidistas, beneficiando al medio *cercano* o ablandando convenientemente al que lo es menos, parece, así, irresistible.

Todo ello conforma un círculo vicioso, un *lose-lose* (situación en la que nadie gana) para el periodismo independiente. Partimos de que el poder se dedica a hacerse propaganda (aunque no siempre, obviamente muchas campañas sí están justificadas) y que esta propaganda se financia con dinero público. Los medios la aceptan y, al hacerlo, inevitablemente tienen que practicar una cierta autocensura con respecto a un Gobierno o a una Administración que tan generosos se han mostrado con ellos, sobre todo si el reparto no se realiza de forma transparente ni de acuerdo con criterios objetivos, como suele suceder. No ocurre con todos los medios ni en todos los casos, pero sí es un grave problema, por lo que es lógico que te lo pienses dos veces a la hora de criticar al político, al ministerio o a la consejería de quien dependen unos cuantos millones para tu empresa. Del mismo modo, es más difícil investigar a un banco si ese banco forma parte del accionariado de tu propia compañía.

En septiembre de 2016, cuando el Gobierno estaba en funciones y sin perspectiva clara de dejar de estarlo, la vicepresidenta Soraya Sáenz de Santamaría advirtió que la falta de un nuevo Gobierno hacía peligrar la inversión publicitaria pública. Y remachó: «Alguien va a salir muy perjudicado». Ese alguien eran las empresas propietarias de los medios y ese perjuicio se traducía en más de 150 millones de euros en total. La vicepresidenta podría haberlo dicho de otra manera, pero quizá hubiera sonado demasiado clientelar: «Queridos medios de comunicación, es hora de que apoyéis al PP como única posibilidad de Gobierno frente a la deriva del PSOE, y es que, cuanto más rápido tengamos Gobierno del PP, antes recibiréis ese dinero, que ya sabemos cuánta falta os hace».

En ese mismo mes de septiembre de 2016, las asociaciones de editores de prensa exigieron transparencia y objetividad en los criterios de reparto de la publicidad institucional, en un foro celebrado en la Asociación de Prensa de Madrid. Se expusieron ideas significativas. Una de ellas, quizá llamativa, es el reconocimiento por parte de una conocida periodista, Victoria Prego, de que la

publicidad institucional es una fuente irrenunciable y capital de financiación para los medios de comunicación, si bien se admitió que esta publicidad ha sido también un arma de presión en manos de las administraciones públicas y que muchas veces se reparte en función de la afinidad ideológica y no atendiendo a criterios objetivos (como en principio establece la ley). Entre las fórmulas de mejora que se propusieron se encontraba, una vez más, la transparencia, pero no solo la de la Administración que proporciona los fondos, sino también la de los medios que los reciben. Es fundamental, efectivamente, que todos los medios se comprometan a publicar periódicamente y con todo detalle qué porcentaje de sus ingresos proceden de dinero público, así como la procedencia completa de los mismos. Para saber a qué atenerse.

La difícil independencia de los medios públicos

Decir que en España los medios públicos de comunicación tienen un enorme problema de politización partidista es subrayar lo evidente. Basta con recordar el sesgo de TVE, según quien gobierne, o de televisiones autonómicas, como Telemadrid, Canal Sur, TV3 o Canal 9 para afirmar que el periodismo independiente del poder político, sencillamente no existe en estos medios que pagamos todos los contribuyentes. Son, esencialmente, maquinarias carísimas al servicio del gobernante de turno. Salvo honrosas excepciones, esto es una constante en todos ellos, con independencia del partido que ocupe la presidencia del Gobierno correspondiente.

El prestigio de estos medios es inversamente proporcional a su politización, a la que no es en absoluto ajena, desde luego, la forma de nombrar a los integrantes de los consejos de administración por cuotas partidistas. Aunque no es la única causa de su merecida mala fama. No toda la culpa es de los políticos que nombran a los consejeros: los nombrados también son responsables de ese desprestigio, puesto que nadie los obliga a actuar como lacayos al

servicio del partido de turno. Cierto es que desobedecer las directrices del partido presenta sus riesgos, pero de eso se trata, de asumir la responsabilidad del puesto. Y no será por falta de normativa que pueda amparar una conducta responsable y profesional: en esta cuestión, como en tantas otras, si algún alienígena aterrizase en Prado del Rey y solo leyese la normativa que regula estos medios públicos, repleta de grandes principios y de loas a la independencia y al rigor de sus profesionales, podría llegar a pensar que nuestras televisiones públicas son —como decía, hace ya algunas décadas, un conocidísimo periodista deportivo— «notarios de la actualidad». Como sabemos los sufridos ciudadanos españoles, nada más lejos de la realidad.

Por establecer una comparación y saber dónde estamos, podemos hacer un pequeño repaso de la situación en otros países europeos cercanos. En Italia, los medios públicos televisivos están tanto o más politizados que aquí, léase la RAI y sus múltiples canales. También es cierto que de los medios privados en este país también hay mucho que decir: durante muchos años, la parte más influyente ha estado bajo el control absoluto del primer ministro Berlusconi, lo que, combinado con la correspondiente influencia sobre los medios públicos desde el Gobierno, dio origen a un panorama desolador en lo que se refiere a la independencia del periodismo frente al poder político-económico que tan bien encarnaba el ex primer ministro italiano.

Por su parte, en Francia, los canales públicos conservan cierto prestigio, si bien no se libran de continuadas acusaciones de manipulación política. En general, puede decirse que el director de la televisión pública de ese país suele tener un perfil cercano al partido político que esté en el Gobierno, y que la autonomía y la crítica al poder político no son sus características más destacables, ni mucho menos.

En Gran Bretaña y Alemania, por el contrario, los medios públicos tienen un ganado prestigio, en especial, la BBC británica. El consejo de administración de la BBC es nombrado por el Gobierno,

pero este es muy celoso de su independencia y consciente de que su función principal es la defensa de la profesionalidad y el buen hacer de aquella, incluso frente al propio Gobierno. En Alemania, los canales públicos gozan de buena fama, a la que no debe ser ajena el hecho de que su consejo de administración no varíe cuando hay cambios gubernamentales y esté sujeto a la supervisión de un comité. Si se pretende ejercer presión respecto del consejo, la opinión pública lo considera intolerable, lo que genera un reproche social importante.

En España, por el contrario, los consejos de administración de los medios públicos televisivos son nombrados por los partidos políticos, con descarados repartos de cuotas de poder y una no menos evidente sumisión de los que ostentan estos cargos a las directrices expresas, tácitas o presuntas que les llegan de sus «patrocinadores». Lo mismo que ha venido ocurriendo históricamente con los vocales del Consejo General del Poder Judicial, sin ir más lejos. Esto provoca que el sesgo de las informaciones relevantes o sensibles sea perfectamente reconocible, según gobierne uno u otro. Una noticia que tenga importancia política es tratada de manera completamente diferente en Telemadrid, Canal Sur o Tv3, por poner un ejemplo, según afecte de una manera u otra al partido que domina cada medio. Y esto es asumido por la sociedad casi como algo inevitable, lo que consigue que lo sea de verdad. Hay protestas aisladas, pero no se refieren a la politización o manipulación en general de los medios públicos, sino al hecho concreto de que un medio público emita noticias manipuladas a favor o en contra de un partido determinado.

Es necesario y urgente plantearse qué papel queremos que tengan los medios públicos en España. Puede haber varios diseños posibles, pero, desde luego, el que no sirve es el actual. En particular, no podemos permitirnos mantener televisiones públicas muy caras, con audiencias en caída libre, que son altavoces de los partidos políticos de turno, cuyos órganos de dirección carecen de criterio propio y cuya programación se solapa muchas veces con las

de las cadenas privadas, y en las que los modos del capitalismo clientelar campan a sus anchas en forma de productos carísimos y nula rendición de cuentas. Como prueba, podemos mencionar los recursos contencioso-administrativos que ha interpuesto RTVE (ya lleva cuatro) contra resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que la obligaban a facilitar determinada información, solicitada por los ciudadanos, en relación con el coste de determinados programas. La opacidad ante todo, no vaya a ser que quienes los pagamos nos enteremos de lo que cuestan.

WikiLeaks, PanamaLeaks y blogueros

No es periodismo en sentido estricto, pero es indudable que la aparición de WikiLeaks, a principios de 2007, supuso la entrada de un nuevo agente al que hay que tener muy en cuenta en materia de información a nivel mundial. Se trata de una organización que se dedica a *hackear* o recibir información confidencial de manera masiva (*leaks*, es decir, filtraciones) que son secretos oficiales, básicamente, y a ponerla a disposición de todo el mundo a través de su web. Se definió en su momento como un servicio público cuyo objetivo era proteger a informantes, periodistas y activistas, sacando a la luz documentos que pueden contener comportamientos no éticos, especialmente de los gobiernos. Su puesta de largo se produjo el día 28 de noviembre de 2010, cuando filtró a varios medios cientos de miles de documentos que recogían las comunicaciones del Departamento de Estado estadounidense con sus embajadas de todo el mundo, poniendo al descubierto los paños menores de la diplomacia de este país.

Ahora bien, WikiLeaks, dirigido por Julian Assange, no es un medio de comunicación al uso: es una organización activista y funciona bajo la premisa de sacar toda la información a la luz, sin plantearse las consecuencias que el conocimiento planetario del contenido de algunos de esos documentos puedan tener para las

personas mencionadas en ellos. No hay, por tanto, análisis previos y filtrados por cuestiones éticas o periodísticas. Lo que es bastante discutible. Nombres, direcciones, detalles personales, números de teléfono de decenas de personas anónimas... que, en algunos casos, les pueden suponer unos riesgos considerables.

Las informaciones contenidas en los documentos revelados por WikiLeaks han afectado al periodismo en España, como también al del resto del mundo. De hecho, muchos medios tienen ya un buzón cifrado para recibir filtraciones, si bien los contenidos se han referido tangencialmente a nuestro país. No ocurre así con los llamados PanamaLeaks, que han afectado de lleno a multitud de personas en España.

PanamaLeaks es una macrofiltración de datos de uno de los bufetes legales más importantes de Panamá, Mossak Fonseca. Panamá es un reconocido paraíso fiscal, y el bufete en cuestión se dedicaba a crear estructuras societarias *off-shore* que permitían a sus socios hacer opacos grandes patrimonios (sociedades pantalla). El volumen de la filtración es tremendo: se trata de más de 11 millones de documentos de los últimos cuarenta años. Muchos son los españoles que han aparecido en los papeles de Panamá, con sociedades de todo tipo. Esto no quiere decir que todos estos ciudadanos estuvieran incurriendo en ilegalidades, puesto que tener una sociedad en Panamá no es en sí mismo ilegal. Otra cosa es para qué se tiene, por lo que los más famosos han tenido que dar muchas explicaciones e, incluso, pagar dinero a Hacienda. Lo que está claro es que los PanamaLeaks pueden tener un efecto beneficioso para el futuro, de manera que los defraudadores fiscales que creen estructuras societarias para ello no se puedan ya sentir seguros en ningún paraíso fiscal. Y, como veremos más adelante, nuestro capitalismo clientelar es muy partidario de los paraísos fiscales.

En todo caso, hay varias diferencias con la forma tradicional de operar de WikiLeaks: esta operación se realiza gracias a la mayor cooperación internacional de periodistas jamás realizada, tutelada

por el Consorcio Internacional de Periodismo de Investigación (ICIJ), casi 400 periodistas de todos los continentes, de 78 países y más de 100 medios. En España, los medios que participaron fueron La Sexta y *El Confidencial*.

Una segunda diferencia, muy importante, es que esta información no se ha publicado en bruto, sino que cada uno de los medios partícipes la ha tratado y ha extraído la que ha considerado de interés periodístico, pero omitiendo aquella que consideraba sin interés o cuya publicación no estaba suficientemente justificada. Pero es de destacar que ni siquiera el hecho de que lo publicado sobre los papeles de Panamá sea verdad puede librarte de una demanda: en octubre de 2016, el Grupo PRISA y Juan Luis Cebrián anunciaron una demanda a *El Confidencial* y La Sexta por publicar unos documentos que consideran que los desprestigian y les causan perjuicios (aunque, en realidad, el desprestigio y los perjuicios se concretan en Juan Luis Cebrián, que es al que afectan los papeles en cuestión, no al Grupo PRISA). En todo caso, con independencia de lo que decidan los tribunales, cabe plantearse si el desprestigio no procede, más bien, de la propia existencia de esos documentos y no de su difusión. Sin embargo, nuestro capitalismo clientelar suele preferir matar al mensajero antes que cambiar de hábitos.

Finalmente, podemos mencionar a los blogueros, entre los cuales estamos los integrantes del colectivo denominado Sansón Carrasco a través de nuestro blog *Hay Derecho*, ahora convertido en una fundación con el mismo nombre. Creemos que diversos blogs se han consolidado como una fuente fiable de información y opinión en muchos temas relacionados con la política, el Estado de derecho, la democracia y —por lo que aquí nos interesa— el capitalismo clientelar. El secreto es bien sencillo: podemos hablar de todo el mundo porque somos independientes de todo el mundo, y porque las personas con criterio y formación que escriben en los blogs lo hacen de forma gratuita, con la única finalidad de mejorar el conocimiento de la ciudadanía sobre una determinada cuestión, contribuyendo, así, a mejorar la calidad del debate público.

9

LA GRAN EMPRESA PUEDE ELEGIR Y USTED, NO

EL GLOBALIZADOR QUE GLOBALIZA...

¿Su hijo ha traído malas notas? ¿Qué le parecería a usted que, cuando fuera a castigarlo, el infante pudiera acogerse a los criterios educativos de la familia de su amigo Pepe, mucho más benignos que los de la suya por el pasado *hippie* «sesentayochista» de los padres de Pepe? Sin duda, se puede discutir qué es lo más conveniente para la educación de los hijos, si más o menos rigor o más o menos protección. Pero no cabe la menor duda de que la posibilidad de que el niño elija reducirá su autoridad y capacidad educativa como padre.

Pues ahora imaginémonos esa misma posibilidad pero respecto a las normas sociales y económicas: ¿qué tal nos vendría poder elegir un poco? Y es que el complejo fenómeno de la globalización afecta de lleno a las materias que estamos tratando en este libro. Hemos partido de la existencia de un sistema de economía de mercado que es protegido, supervisado y corregido por el derecho y las instituciones, en mayor o menor medida según los diversos posicionamientos ideológicos o las circunstancias. Hemos apelado a la necesidad de que esa regulación y control sean independientes e inclusivos, para lograr que el mercado juegue *de verdad* y, así, triunfe el más eficiente y no el que tiene mejores contactos y amiguetes. Pero, obviamente, este esquema está condicionado por

el campo de juego: si el mercado se hace mundial o global y las instituciones siguen manteniendo un nivel regional o local, es obvio que tarde o temprano se van a producir desajustes.

Conviene aclarar que en este libro no pretendemos hablar de todos esos desajustes, sino solo de aquellos que puedan afectar a la clientelización del mercado. No obstante, le dedicaremos unas cuantas líneas para contextualizar nuestras reflexiones.

Ciñéndonos solo a los aspectos económicos, es obvio que la globalización ha sido y es el objeto de un fuerte debate ideológico. Para los que se oponen a este fenómeno, la globalización no es sino el resultado de una serie de decisiones de la élite política y económica, que ha adoptado el programa ideológico del neoliberalismo y que persigue la suplantación de la política por el mercado: los Estados nacionales son debilitados por fuerzas y actores transnacionales. Para otros, en cambio, la globalización es positiva porque ha traído la época de mayor paz y prosperidad más extensa de la historia (según Sala-iMartín, entre 300 y 500 millones de personas han salido de la pobreza). El libre comercio es un juego de suma positiva, no de suma cero, y, por tanto, cuanto más interdependiente seamos todos, mucho mejor, incluso a pesar de la crisis.

Eso sí, una y otra parte están de acuerdo en que la globalización aumenta el poder relativo del mercado frente al Estado nacional. Para sus partidarios, esta es una buena noticia, porque las exigencias de flexibilidad y competitividad son incompatibles con Estados grandes y con altos niveles de gasto, por lo que la competencia fiscal los obliga a ser más eficientes y más transparentes. Por tanto, no se trata de debilitar al Estado, sino de favorecer la democracia y el desarrollo económico. En definitiva, los problemas de la pobreza o la desigualdad no derivan tanto de la globalización como de una insuficiente integración, el exceso de regulación y las barreras comerciales. En cambio, para los críticos, la globalización es una fase nueva del capitalismo que, al permitir su extensión a nuevos mercados, agudiza también sus contradicciones.

Es una forma más sofisticada de colonialismo, propio del imperialismo occidental, que usa medios financieros modernos para controlar los recursos naturales.

Pero lo que está claro es que, independientemente de cómo se interprete, se ha producido una ruptura entre la economía —que cada vez es más global— y la política —que sigue siendo nacional—. En cuanto a sus consecuencias, las estamos viviendo ahora, por lo que no son fácilmente evaluables. Si bien parece claro que la globalización ha generado un incremento neto de la riqueza global, también es cierto que la desigualdad entre las personas ha crecido, incluida la existente entre los países ricos y los países pobres. Es decir, el aumento de la eficiencia y el desarrollo económico no parece que conlleve una adecuada distribución de los recursos ni que dé una respuesta a todos los problemas económicos y sociales.

Por otra parte, tampoco parece que la globalización vaya a acabar con el Estado de bienestar. De hecho, entre los Estados más globalizados están los más ricos y con sectores públicos más grandes, de acuerdo con los índices de Kearney.[1] El conocido economista Dani Rodrik considera que hay una correlación positiva entre el grado de apertura económica y el tamaño del Estado de bienestar. Ahora bien, existe un consenso respecto a la idea de que ese crecimiento económico —y, por tanto, el acceso a los beneficios de la globalización— está supeditado a la existencia de un Estado eficaz.[2] De hecho, está comprobado que la reacción de los países ante la globalización en relación con los derechos sociales y económicos depende, en buena parte, de la fortaleza de sus instituciones y también de las preferencias de los ciudadanos y élites políticas; es más, las desigualdades excesivas son una amenaza para el desarrollo económico porque ahuyentan a los inversores extranjeros, que sospecharán que sus inversiones no son sostenibles. Y la prueba es que hay países que mantienen derechos sociales y respetan el medio ambiente y siguen creciendo, países que los deterioran y crecen y otros que no crecen y deterioran los derechos sociales y económicos de los ciudadanos. La conclusión es

que resulta indudable que la globalización supone una pérdida de autonomía del Estado, pero, al menos en Europa Occidental, Estado y mercado han tendido a reforzarse, no a debilitarse.

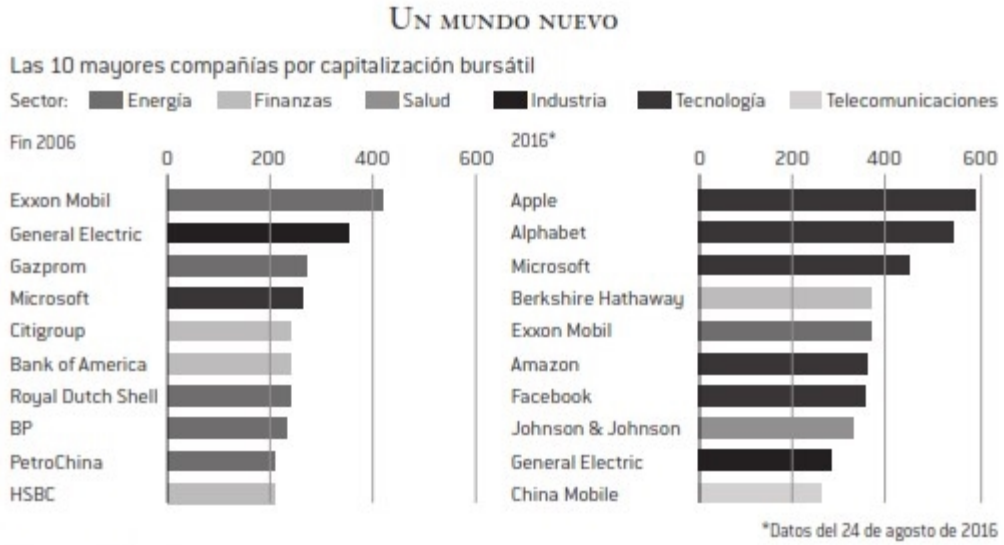
En todo caso, la globalización no parece un fenómeno reversible, como no lo fue la Revolución industrial, que, pese a suponer un gran avance, produjo monopolios enormes que lastraban la economía y gravísimas injusticias de todo tipo, que debieron ser combatidas con legislación antitrust para impedir el triunfo de los *robber barons* (o barones ladrones norteamericanos del siglo XIX) en la primera ola de la globalización. Ahora nos encontramos en una nueva ola, pero con el inconveniente de que estamos muy lejos de tener democracias y Estados de derecho a nivel mundial. Esto está permitiendo el nacimiento de *robber barons* mundializados y corporativizados que consiguen escapar de las normas estatales e, incluso, diseñarlas a su antojo.

SIGUIENTE NIVEL, EL MUNDO ENTERO

La evolución de la economía es tan rápida que los retos de hoy no tienen nada que ver con los de hace quince años y, si nos seguimos fijando solo en los abusos de los bancos, las eléctricas o las constructoras a nivel nacional, nos arriesgamos a no ver los problemas más importantes que nos acechan a la vuelta de la esquina. Estos cambios derivan, sobre todo, de la libre circulación de bienes y capitales a nivel mundial, que ha producido un crecimiento extraordinario del tamaño de las empresas, tanto en volumen de negocios como en extensión geográfica. Incluso su nombre ha cambiado, pues no se habla de multinacionales sino de transnacionales (*transnational companies* o TNC), dado que se caracterizan no por estar implantadas en varios países, sino por no pertenecer realmente a ningún país: su sede social es el mundo. La segunda causa de estos cambios es el paso de una economía industrial a una economía de servicios y tecnológica. Esto supone,

en primer lugar, que el factor trabajo tiene en ellas una importancia mucho menor; en segundo lugar, que las economías de escala se obtienen hoy a través de la acumulación de usuarios, lo que beneficia a las empresas más grandes, y, finalmente, que el control de la producción es mucho más difícil que antes.

La revista *The Economist*, en un interesante reportaje especial titulado «Un problema gigante», alertaba de la importancia de este cambio. Un estudio de McKinsey & Company calculó que el 10 por ciento de las sociedades cotizadas del mundo representan ya el 80 por ciento de todos los beneficios mundiales. Y la tendencia es muy clara: entre 1994 y 2013, el porcentaje del PIB generado por las quinientas mayores empresas de Estados Unidos ha pasado del 33 al 46 por ciento. En el cuadro siguiente se puede ver la combinación de las dos tendencias en un plazo tan breve como 2006-2016. A pesar de la crisis, la capitalización bursátil de las diez mayores empresas de mundo ha crecido notablemente y, en ese breve periodo, solo tres compañías se mantienen. De las siete que son nuevas, cuatro son tecnológicas.



Fuente: Bloomberg.

¿Qué tiene que ver todo esto con el capitalismo clientelar? Pues mucho. En primer lugar, el aumento del tamaño de las empresas implica mayor capacidad de influencia. Esto es particularmente cierto en el caso de las entidades financieras que, a su actividad de *lobby* (común a otros sectores), unen ahora su condición de entidades sistémicas, en el sentido de que los Estados no pueden permitirse su quiebra, pues afecta al conjunto de todo el sistema económico. Cuanto más grandes y menos son, mayor riesgo supone su quiebra para toda la economía; por esa razón, es muy grave y muy revelador que la Gran Recesión, que tiene un origen financiero, haya dado lugar a una mayor concentración. Pero este tamaño gigantesco conlleva un riesgo en general, pues las empresas enormes pueden emplear ingentes recursos humanos y materiales para influir en la política.

Como hemos visto, por las puertas giratorias de estas superempresas pasan personajes cada vez más ilustres. Está el reciente escándalo que ha causado el fichaje del expresidente de la Comisión Europea, Durão Barroso, por Goldman Sachs, y las empresas tecnológicas están haciendo lo mismo: el anterior jefe de prensa de Obama, Jay Carney, trabaja ahora en Amazon, y su ex jefe de campaña, David Plouffe, en Uber. La impresión que dejan está muy clara: pueden permitirse comprar a quien quieran.

Por otra parte, la combinación de tamaño, internacionalización y tecnología les da una capacidad de negociación con los Estados nacionales de la que antes carecían, pues es mucho más fácil trasladar la producción o el domicilio de la empresa si la regulación de un determinado país no les conviene. Esta circunstancia, que podría considerarse como una forma saludable de competencia internacional, degenera, en realidad, en una serie de abusos, como veremos después al tratar el problema del impuesto de sociedades. Se puede decir que el juego ha cambiado totalmente. Antes, las empresas ofrecían favores para ganarse un buen trato por parte de los Estados; ahora, con facturaciones mayores que el PIB de algunos países (la de Apple supera el de Filipinas, Egipto o Chile), están en

condiciones de que sean los Estados los que les ofrezcan favores a ellas. Un buen ejemplo es el acuerdo fiscal que Irlanda tenía con Apple y que ha sido denunciado por la Comisión Europea, al que nos referiremos más adelante.

Todo esto implica que la regulación y la forma de actuar de los Estados nacionales, hasta ahora, no han servido para poner freno a las ambiciones de estas empresas gigantescas. No se trata solo de la normativa fiscal o de defensa de la competencia, ya que empresas como Uber o Airbnb ponen en cuestión también la normativa laboral y administrativa que existía hasta ahora. Cuando, a finales del siglo XIX, una serie de empresas del acero, del ferrocarril y de la electricidad habían conseguido una situación de cuasimonopolio en Estados Unidos, el Gobierno pudo acabar con ellos con la legislación antitrust y evitar la acumulación de riqueza de los barones ladrones con el establecimiento del impuesto sobre la renta. Hoy, ni siquiera Estados Unidos es capaz de poner coto a los abusos fiscales de sus empresas; es más, incluso trata de defender sus turbios manejos fiscales.

Los problemas que se plantean a consecuencia de estos cambios son muchos, por lo que nos ocuparemos solo de dos de ellos, por su especial actualidad. El primero, el de la elusión fiscal por parte de las TNC; el segundo, el de los riesgos y oportunidades que suponen los tratados de libre comercio como el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP, por sus siglas en inglés).

TOO BIG TO PAY: CÓMO LAS GRANDES MULTINACIONALES CASI NO PAGAN IMPUESTOS

La expresión «*too big to fail*» (demasiado grande para quebrar) se hizo famosa durante la crisis financiera, cuando los Estados decidieron rescatar a los grandes bancos en dificultades porque dejarlos quebrar hubiera supuesto un daño mayor para la economía que el coste de rescatarlos.

Pero lo que estamos viendo en los últimos años es que las grandes multinacionales se consideran a sí mismas demasiado grandes —y demasiado listas— para pagar impuestos. Como relata el estudio de *The Economist*, las grandes empresas emplean enormes recursos para conseguir eludir los impuestos que normalmente tendrían que pagar. Un estudio de la UNCTAD (conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo) señala que las cien mayores compañías tienen una media de veinte compañías *holding* cada una, de las que, a su vez, cuelgan unas quinientas filiales distribuidas en más de cincuenta países. General Electric emplea a novecientas personas en su departamento de planificación fiscal, aunque bajo ese nombre (y el de «optimización fiscal») se esconde la enorme y lucrativa industria de la evasión fiscal. Que esto es así lo revelan los números: el impuesto de sociedades en Estados Unidos ha pasado de representar el 32 por ciento de la recaudación fiscal en los años cincuenta al 10 por ciento en la actualidad, sin que se haya rebajado el tipo y con cifras récord de beneficios.

En Europa, la evolución en ese sentido es más reciente, pero va por el mismo camino, como revelan las ridículas cantidades pagadas por las grandes empresas tecnológicas en España y en el resto del continente. El sistema de localizar beneficios y realizar inversiones en países de baja tributación lleva a la situación que vemos en el gráfico de la izquierda: las cien mayores TNC tienen ya en el extranjero más activos que en su país de origen. Si estos activos representasen verdaderas inversiones, eso no sería más que una consecuencia de la internacionalización, pero la realidad es que se trata de activos aparcados en jurisdicciones de baja tributación, como demuestra que las Islas Vírgenes Británicas sean el quinto país del mundo con más inversión extranjera o que atraigan treinta veces más inversión extranjera que todos los demás países del Caribe juntos.





Fuente: UNCTAD.

A pesar de la complejidad de las estructuras creadas, el sistema en sí es sencillo: se basa en crear una red de empresas en países de baja tributación y localizar en ellas la propiedad intelectual (patentes), la liquidez y algunos supuestos servicios (brókeres, centrales de compras...). Estas sociedades situadas en paraísos fiscales cobran los cánones que se pagan a cambio de la utilización de las patentes, intereses y honorarios a las sociedades situadas en los países en que verdaderamente se generan los ingresos, reduciendo así su factura fiscal y quedando los beneficios en los paraísos fiscales. Hemos visto como Google había conseguido, en 2014, pagar un tipo medio del 6 por ciento sobre sus beneficios obtenidos fuera de Estados Unidos, pasando los beneficios de su compañía irlandesa a otra filial holandesa y, de ahí, a otra en Bermudas. Más del 90 por ciento de las cien mayores empresas del mundo tienen filiales en paraísos fiscales. Que estas filiales están al servicio de la evasión fiscal y no responden a ninguna estrategia empresarial es evidente: según un informe de Oxfam, en el año 2012 las multinacionales de Estados Unidos obtuvieron el 3,3 por ciento de sus beneficios totales a través de sus filiales de Bermudas, cuando trabajan en ellas menos del 0,02 por ciento de sus

empleados. Puede que los bermudeños sean ciento cincuenta veces más productivos que los demás trabajadores (o que trabajen 1.200 horas al día...), pero es más probable que, gracias al maquillaje contable, se estén localizando fraudulentamente en Bermudas los beneficios que se obtienen en otros países.

El último caso famoso ha sido el de los beneficios de Apple. Tras una investigación larga, la Comisión Europea ha concluido que el acuerdo que tenía esa compañía con el fisco irlandés ha supuesto que haya dejado de pagar la friolera de 13.500 millones de euros que, en principio, tiene que recibir la propia Hacienda irlandesa. Para darnos cuenta de hasta qué punto el sistema es perverso, contra esta decisión no solo ha protestado Apple, sino también Irlanda, a pesar de que la decisión le otorga unos ingresos que representarían casi un tercio de su recaudación total anual. Y Estados Unidos, que son también víctima del fraude de Apple, han amenazado incluso con tomar represalias contra empresas europeas.

Las consecuencias de la utilización generalizada de este sistema son gravísimas. Se reducen los ingresos fiscales, lo que lleva a los Estados, por un lado, a la reducción de los servicios públicos y, por otro, a aumentar la presión sobre los que no pueden escapar: las pymes, las rentas del trabajo y los impuestos indirectos. De este modo, además, las TNC obtienen una ventaja competitiva desleal frente a las empresas medianas —que no tienen tamaño suficiente para rentabilizar las estructuras fiscales transnacionales—, y las más «agresivas» se benefician frente a las más prudentes, reforzando el círculo vicioso de mayor concentración de dinero e influencia. El influjo que este tipo de comportamientos tiene en el crecimiento de los movimientos antisistema y populistas no debe ser minimizado, como explicaremos en el último capítulo de este libro.

Encontrar soluciones técnicas no parece demasiado difícil: bastaría considerar a todo el grupo como una sola empresa y acordar internacionalmente una fórmula para determinar qué porcentaje del impuesto corresponde a cada país, utilizando criterios sobre la actividad real, como número de empleados, ventas, activos

en ese país, etc. De hecho, ese sistema (*formulary apportionment* o prorrateo por fórmulas) se utiliza tanto en Estados Unidos como en Canadá para definir qué parte de determinados impuestos corresponde a los estados dentro de cada país. Pero de esto no se quiere hablar, ni siquiera dentro de la Unión Europea, sin duda por la influencia enorme de estas grandes compañías y el poderoso *lobby* que ejercen. Es revelador que el texto que presenta el reportaje de *The Economist* sobre las grandes compañías hace referencia a esa tributación única, pero después esa idea ni aparece en el artículo más extenso, dedicado específicamente a las trampas fiscales de estas empresas. Y, en ese número y en otros anteriores, la revista ha criticado la postura firme de la Comisión Europea, a pesar de reconocer la existencia de evasión fiscal. Por cierto, el mayor accionista de esa revista es Exor S.p.A., la sociedad *holding* de Fiat Chrysler, número diecinueve de la lista Fortune 500.

Acabar con esta situación no es imposible, pero hace falta voluntad política. Cuando esta existe, se obtienen resultados: las iniciativas desarrolladas por la OCDE a partir de 2008 han llevado a que todos los países se hayan comprometido al intercambio de información. Las sanciones tomadas en 2001 contra la pequeña isla de Niue supusieron el fin de ese nuevo refugio, de la misma manera que la intervención de las Islas Turcas y Caicos, unos años más tarde, acabó con las facilidades que ofrecían para el blanqueo. La cuestión no es si se puede, sino si se quiere, y eso es lo que no está tan claro. Estados Unidos aplican en esta materia una vieja ley (la del embudo) y, mientras persiguen a sus contribuyentes en el extranjero a través de la Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas en el Extranjero (FATCA, por sus siglas en inglés), permiten que varios estados (Nevada, Wyoming, Delaware) funcionen con mucho menos rigor fiscal que países con peor fama. En Europa, ni con la presión de los papeles de Panamá los gobiernos han sido capaces de ponerse de acuerdo para imponer que las empresas den información económica detallada agrupada por países (*country by country*

reporting), que sería un primer paso para decidir sobre el sistema de prorrateo del que antes hemos hablado. Es, por tanto, muy importante que la opinión pública sea consciente del problema.

Tratados internacionales: ¿geopolítica comercial o capitalismo clientelar global?

Hasta ahora, hemos visto que la globalización puede hacer que determinados sujetos de la economía puedan burlar ciertas normas nacionales acogiéndose a las de paraísos fiscales u otras jurisdicciones. Pero hay otros riesgos de clientelización global de la economía, como el que se produce cuando se puede influir en el diseño de normas internacionales que se sitúan por encima de las normas nacionales, generalmente más coherentes y firmes —por responder a un poder unitario— en la protección de los derechos de los ciudadanos. Por ejemplo, el TTIP.

¿Sabe usted lo que es el TTIP? ¿No? Pues debería. Esas siglas son el acrónimo del Transatlantic Trade and Investment Partnership, o sea, el tratado de libre comercio que han estado negociando Estados Unidos con la Unión Europea desde hace algún tiempo, similar a otros que se han firmado entre otras zonas del mundo. La Comisión Europea es la que se encarga de la parte europea de la negociación. El Parlamento Europeo no participa, pero su aprobación final es imprescindible para que salga adelante. Los objetivos son, sobre el papel, importantes: medidas de acceso a mercado, suprimiendo aranceles y otras medidas proteccionistas, y medidas de cooperación regulatoria, para armonizar normas técnicas sobre fabricación o comercialización de ciertos productos. Aunque el acceso inesperado a la presidencia de Estados Unidos de Donald Trump ha congelado por ahora su aprobación, es conveniente conocer de qué estamos hablando.

Pues bien, a la vista de sus objetivos, parecería que este tipo de tratados solo traen beneficios. Sin embargo, en la práctica, este tratado va mucho más allá de una cuestión de comercio internacional: es una especie de piedra de toque que ejemplifica muy bien el viejo conflicto ideológico entre derechas e izquierdas: las instituciones europeas y las empresas lo consideran beneficioso, mientras que la izquierda europea y muchas ONG, especialmente las organizaciones ecologistas, se temen lo peor.

Los partidarios del tratado señalan que entre Estados Unidos y la Unión Europea se intercambia casi la mitad del comercio mundial y que, de aprobarse, el aumento de las relaciones comerciales y de los flujos de inversión implicaría un crecimiento adicional del PIB estadounidense y del europeo cercano al 0,5 por ciento, gracias a la creación de la mayor zona de libre comercio del mundo, con una población de 826 millones de personas. Ello se conseguirá mediante la supresión de aranceles, pero también con la reducción de barreras no arancelarias, como las derivadas de las diferencias de normativas entre ambos países, lo que disminuiría los costes de exportación y beneficiaría a las pymes. Por ejemplo, en el sector alimentario se ha propuesto la eliminación de los aranceles, aunque la Unión Europea insiste en que extenderá la protección de las denominaciones de origen de estos productos también a Estados Unidos y que no se modificarán las restricciones a la entrada de carnes hormonadas ni el régimen de autorización de productos genéticamente modificados. También será importante para el sector del automóvil, donde se eliminarán barreras innecesarias (homologación de los intermitentes o los cinturones de seguridad). Sus partidarios aportan un argumento más, de tipo geopolítico: la existencia de economías como las asiáticas (que están cerrando acuerdos similares con Estados Unidos), motivo por el cual el centro de gravedad económico se está trasladando al Pacífico.

Los críticos al tratado advierten de que el principal beneficiario no sería el ciudadano, sino las multinacionales, que lograrían que las normativas nacionales no significasen una limitación para el

comercio global; y, especialmente, advierten de las repercusiones negativas en ámbitos como la seguridad alimentaria, en la posible privatización de los servicios públicos y en la rebaja de los derechos laborales porque, se temen, lo que realmente se pretende es establecer un marco legal supranacional que proteja los intereses de los inversores frente a normativas estatales. Uno de los aspectos más controvertidos para los opositores es la previsión de un mecanismo de solución de controversias (llamado ISDS, por sus siglas en inglés) que permitiría a los inversores extranjeros —entienden los críticos— denunciar a un Estado ante un tribunal de arbitraje privado cuando algunos de sus derechos hayan sido vulnerados. Se entiende por tal vulneración, por ejemplo, el cambio de una legislación que afecte a sus «beneficios presentes o futuros», colocándose por encima de la ley nacional y, por tanto, de sus decisiones democráticas, acudiendo a un órgano privado susceptible de ser influenciado por ser sus integrantes abogados de las grandes corporaciones, en funciones ahora arbitrales.

La fuerte oposición de muchos agentes europeos a ese sistema provocó que se sustituyese este mecanismo por un sistema de jueces (paritarios entre la Unión Europea y Estados Unidos, y con participación de jueces de otros países), aunque eso fue considerado, por dichos sectores críticos, como una operación de simple maquillaje. Insisten en que no se entiende por qué países democráticos van a aceptar poner en duda la imparcialidad de sus sistemas judiciales y que determinadas personas jurídicas estén exentas de su control. Este argumento trata de rebatirse desde el otro lado, indicando que ese mecanismo de solución de diferencias inversor-Estados no es, en realidad, nada nuevo, pues estos tribunales arbitrales para resolver controversias de inversión existen desde siempre y lo que buscan es un equilibrio entre la seguridad jurídica para el inversor y los intereses de los Estados.

En definitiva, ya hemos visto qué cuestiones entran en juego. Y quizá la conclusión más obvia sea que los tratados internacionales sobre libre comercio no son ni buenos ni malos en sí mismos:

depende de cómo se negocien, de qué objetivos persigan y de qué precio haya que pagar. Estamos, en definitiva, hablando de normas, y toda norma persigue modificar la realidad para conseguir un objetivo. Además, es lógico que existan sectores e intereses que resulten beneficiados y otros que resulten perjudicados. Pero, cuando hablamos de normas que se refieren al comercio y a la protección de los derechos de los ciudadanos, es obvio que nos encontramos con un riesgo de posible clientelización de los poderes públicos de especial interés, porque la protección de algunos de esos derechos son de ámbito nacional y, sin embargo, el ámbito de la negociación es europeo. En este sentido, son tres los factores que pueden afectar a esa clientelización: el secretismo, el «lobismo» desequilibrado y las puertas giratorias.

Lo primero que hay que decir es que las negociaciones se realizaron con enorme secretismo; de hecho, el mandato negociador no salió a la luz hasta un año y tres meses después de que se iniciaran. Además, García Bercero, el negociador de la Unión Europea, envió una carta al negociador de Estados Unidos en la que aseguraba que los documentos de la negociación —entre ellos, propuestas de ambos bloques, correos electrónicos o materiales complementarios— no serían públicos hasta treinta años después de concluidas las negociaciones. Aunque Bruselas insistió en que todos los documentos estaban en internet, lo cierto es que solo se podían encontrar los de posición de la Unión Europea, pero no los consolidados, es decir, aquellos que también recogían las posturas de Estados Unidos, que era todavía más reticente a facilitar información. No obstante, sí se puede observar —en algunos de los documentos que fueron filtrados por Greenpeace en la primavera de 2016— la existencia de cambios tan significativos como el fin del principio de precaución, o sea, la forma de enfocar el problema del riesgo en sectores como el alimentario o el farmacéutico. Mientras que, en Europa, si hay duda sobre un producto, este se prohíbe

hasta que se demuestre su inocuidad, en Estados Unidos se permite la comercialización si no se demuestra el riesgo (por ejemplo, en el uso de pesticidas o en la ingesta hormonal del ganado).

También ha sido muy peculiar el acceso a la información por parte de los propios europarlamentarios. Uno de los momentos más sorprendentes de todo el proceso se produjo en 2015, cuando Cecilia Malmström, elegida como comisaria europea al frente de la cartera de Comercio (con el encargo de sacar adelante el TTIP), anunció que cualquiera de los 751 eurodiputados podría acceder a la *reading room* o habitación de lectura (el habitáculo de seis metros cuadrados en el que se guardan documentos clasificados del TTIP), con el objetivo declarado de dar mayor transparencia a todo el proceso. Sin embargo, la experiencia fue calificada como muy negativa por el eurodiputado Ernest Urtasun (ICV): «Me han quitado el bolígrafo, me han quitado cualquier papel sobre el que podría escribir y me han quitado el móvil. Luego firmas un documento de confidencialidad de catorce páginas y un funcionario te saca los documentos que el eurodiputado pide con antelación. El tiempo máximo es de dos horas y durante ese lapso el funcionario te controla permanentemente», según manifestaciones hechas al *Eldiario.es*. Se quejaba el eurodiputado —que coincidía en su apreciación con otros colegas— de que todas las condiciones son contrarias al parlamentarismo y la democracia.

Un segundo aspecto muy importante es el papel que han jugado los *lobbies*. El grupo de trabajo del Observatorio Europeo de Corporaciones (CEO, por sus siglas en inglés) ha señalado que los proveedores de contenidos para el grupo de trabajo de alto nivel no han sido, al parecer, organizaciones de la sociedad civil europea, sino grandes compañías, pues, según esta interesante web sobre el poder de los *lobbies* en la Unión Europea, prácticamente el 90 por ciento de los encuentros que realizó la Comisión Europea para preparar las negociaciones se hicieron con *lobbies* empresariales, como varias compañías del sector agroindustrial y del farmacéutico.



El tercer aspecto es el de las puertas giratorias. En la Comisión Europea, en 2014, uno de cada tres comisarios pasó a trabajar como alto ejecutivo de una gran empresa o de una organización empresarial. De hecho, y según el estudio del antes mencionado CEO, al menos siete figuras vinculadas de algún modo al TTIP han pasado desde distintas direcciones generales de la Comisión al negocio privado o viceversa.

La conclusión que podemos sacar de todo lo anterior, más allá de que el tratado se llegue o no a aprobar, es muy sencilla: es esencial para todos que los procedimientos de debate de los riesgos y los beneficios para empresas y ciudadanos sean absolutamente transparentes, así como que los representantes de los ciudadanos europeos tengan derecho a participar en las negociaciones. Podemos entender la necesidad de una cierta confidencialidad, pero no parece razonable que unos acuerdos de esta trascendencia deban negociarse al margen de los ciudadanos europeos y de sus representantes. Es cierto que estaba previsto que el tratado fuese finalmente aprobado por el Parlamento Europeo y por los parlamentos nacionales, pero sin una previa información y concienciación del ciudadano (y del parlamentario nacional) se

hubiera convertido, probablemente, en un trámite más. Por tanto, aunque por ahora el riesgo de una aprobación en esas condiciones parece conjurado, es muy conveniente que permanezcamos alerta.

10

CONCIENCIA SOCIAL: DEL PROBLEMA A LA SOLUCIÓN

UN FRESCO CON MUCHOS FRESCOS

El clientelismo político y económico necesita un cierto sustrato social para poder arraigar y desarrollarse. Para entender este sustrato podemos hacer referencia a algunas situaciones cotidianas que nos ofrecerán un retrato no demasiado amable de nuestra sociedad. Se trata de escenas que podrían resultar familiares en algunos países, pero absolutamente insólitas en otros. Desgraciadamente para nosotros, estos últimos son, en general, los países más avanzados social, política y económicamente. Y no es por casualidad. Veamos algunas de ellas.

Entre los niños españoles sigue siendo motivo de orgullo el haber aprobado o sacado buena nota gracias a haber conseguido «copiar» en un trabajo o en un examen. Es más, lo que no «mola» es lo contrario. Nuestros niños y adolescentes muy raramente presumirán de haber dedicado largas horas al estudio y la preparación, de haber trabajado duro para obtener una buena puntuación. Existe, incluso, un adjetivo de amplio uso para caracterizar a estos alumnos de hoy (trabajadores y profesionales de mañana) que no se saltan las reglas y que estudian mucho: pringado. Desde pequeñitos, los españoles crecemos sabiendo que mucho mejor que estar entre los pringados es estar entre los listos y espabilados.

Ese prestigio de la trampa en edades tempranas dice mucho de la dificultad que la meritocracia encuentra para implantarse en nuestro país: la consideración de que vale mucho más el «a quién conozcas» que «lo que conozcas» es la continuación lógica de lo que aprendemos en la infancia. Como lo es la proliferación de mediocres con suficiente cara dura para encumbrarse en puestos que les vienen grandes, desplazando a los que «solo» tienen talento y mérito. Se trata, cómo no, de un terreno abonado para que florezcan las complicidades de los empresarios ventajistas con los políticos laxos.

En esa «ciencia de buscarse la vida» no nos faltan alumnos aventajados. Es conocido el caso de Francisco Nicolás Gómez Iglesias, popularmente conocido como el «pequeño Nicolás». El relato de sus andanzas está aún *sub judice*, pero de lo que se conoce (y de lo que ha contado él mismo) se desprende que su indudable talento se ha fundado en su precoz comprensión del valor de las relaciones con el poder público para cualquier empresa que se precie. Agudo observador de la realidad española, el «pequeño Nicolás» sabía cómo se hacen ciertos negocios, cuál es el circuito que conecta importantes cantidades de dinero con contratos o beneficios públicos y dónde debe uno colocarse para sacar provecho de todo este entramado. Entendió, a una edad sorprendente, el valor de las relaciones, la importancia de las apariencias y el tejemaneje de empresarios y políticos. En ese sentido, hay que agradecerle la importante enseñanza que nos ha proporcionado: cómo se puede llegar a triunfar en España sin estudios, sin experiencia, sin conocimientos y sin esfuerzo. Incluso, sin años.

Si un terreno de juego sin transparencia ni controles efectivos es un requisito imprescindible para que florezca el capitalismo de amiguetes, otro factor clave es la ignorancia, la resignación y el correspondiente desistimiento de la mayoría de los ciudadanos, que resulta perjudicada por este sistema. El caso de nuestra universidad es otro buen ejemplo. Es conocido que el mérito y el conocimiento no son, desde hace mucho tiempo, el criterio fundamental para la

asignación de las plazas universitarias. Al amparo de lo que se ha denominado la autonomía universitaria —o de la interpretación que se ha dado de ella como licencia para hacer mangas y capirotes con dinero público—, los departamentos están gobernados por caciques que controlan la promoción... ¿de los más valiosos? No. De los más próximos. Obviamente, estos suelen ser los subalternos que se hayan caracterizado por ser dóciles y obsequiosos con los jefes. Frente a estas cohortes de enchufados, los docentes que vengan de fuera, ya se trate de otra universidad o de otro país, no importa con qué cargamento de méritos, tienen poco que hacer. Las plazas salen con nombres y apellidos. Aunque estos no aparezcan en los boletines, todos saben para quiénes son, y se desaconseja a otros candidatos perturbar la quietud de estas aguas estancadas cometiendo la osadía de presentarse. El catedrático Andrés Betancor hizo una magistral explicación del funcionamiento de este sistema con una valiente publicación en el blog Hay Derecho, con el expresivo título de «Endogamia, omertá y corrupción en la universidad».[1]

Lo que es destacable aquí no es que los estamentos universitarios consientan esta situación. Al fin y al cabo, esos son los incentivos si quiere uno mantenerse en la universidad y progresar: estarse calladito y ser obediente. Y hacer méritos suficientes ante los de arriba para poder ser promocionado en su día. No, lo sorprendente no es eso, sino que la sociedad española permita que la universidad pública que paga con sus impuestos se deteriore de tal manera. Que los contribuyentes estén dispuestos a seguir financiando esas taifas y que ni los alumnos ni sus familias se sientan tan estafados como realmente están ni exijan un cambio radical en su funcionamiento.

Es curioso que estos mecanismos de promoción y de selección de élites sean tan semejantes a los que se dan en nuestros partidos políticos. Y, por lamentable que todo ello resulte, podemos plantearnos: ¿qué tiene esto que ver con el capitalismo clientelar? Pues mucho más de lo que parece. En la universidad es donde se

forman nuestros empresarios y por ella pasan (sin necesidad de hacerlo con mucha fortuna) también la mayor parte de nuestros cuadros políticos. Y allí se aprenden muchas cosas además de las materias lectivas. El ejemplo, también el mal ejemplo, es el instrumento más potente de enseñanza. Y el valor de la opacidad, de las relaciones y del «pasilleo» para subir en el escalafón se puede aprender muy bien en nuestras universidades.

En el documental *Corrupción: el Organismo nocivo* (que recomendamos a los lectores), unos cuantos exfuncionarios denunciantes de la corrupción nos cuentan sus experiencias cuando se enfrentaron, por cumplir con su obligación, a supuestos de corrupción.[2] Entre estos casos se encuentran los tratos de favor a ciertas empresas próximas al poder. La persecución que relatan es muy elocuente. En general, las respuestas que encontraron fueron muy parecidas: ignorancia de sus denuncias por parte de la superioridad, barra libre para la venganza de los señalados como corruptos y silencio a su alrededor frente a las arbitrariedades y las injusticias. Lo mismo que en los casos de acoso escolar, la mayoría prefería mirar para otro lado y no saber nada, no fuera a ser que les tocase también a ellos sufrir los inconvenientes de defender el Estado de derecho y la justicia. Los protagonistas del documental no encontraron apenas comprensión, ni siquiera en la propia sociedad a la que intentaban proteger. A veces, sus propias familias les reprochaban que «se metieran en líos» y sacrificasen la tranquilidad familiar para no conseguir nada. Es la historia de cualquier activista en una sociedad acomodaticia y miedosa.

Resulta descorazonador que todos los protagonistas de este documental, a pesar de las sentencias judiciales que han ganado y del respaldo que han encontrado en los tribunales de justicia, hayan acabado abandonando su trabajo en la Administración y rehaciendo sus vidas profesionales —los que han podido— lejos de ella. Mientras, muchas de las personas denunciadas (e incluso condenadas) siguen disfrutando de sus cargos públicos y cobrando de nuestros impuestos.

En Brasil, país que también sufre problemas parecidos, tuvo gran difusión en las redes sociales un texto escrito por Danilo Souza en su perfil de Facebook, que supone un verdadero test sobre el sustrato social que alimenta la corrupción y el clientelismo. El texto ha sido traducido y adaptado a la realidad de otros países, concretamente en España, por Martín Solana, que lo compartió y difundió también a través de su muro en Facebook. Vale la pena que recojamos aquí parte de su contenido:

> Cuando usted tiene la oportunidad de robar 0,30 € sacando fotocopias personales en la fotocopiadora del trabajo, usted no pierde la oportunidad.
>
> Cuando tiene la oportunidad de robar 1 € llevándose a casa el lápiz del trabajo, no pierde ocasión.
>
> Cuando tiene oportunidad de robar 5 € porque la cajera le devuelve de más, usted no pierde su oportunidad.
>
> Cuando tiene la oportunidad de robar 15 € a un artista comprando un DVD pirata, no pierde la oportunidad.
>
> Cuando tiene la oportunidad de robar 100 € a Microsoft al descargar un Windows pirata en un sitio ilegal, usted no pierde la oportunidad.
>
> Cuando tiene la ocasión de robar 1.000 € escondiendo un defecto de su coche al venderlo, engañando así al comprador, usted no pierde la oportunidad.
>
> Usted no pierde ninguna oportunidad: [...] evade impuestos, paga sin factura, etc.
>
> Bueno, si usted trabajara en el Gobierno y se le plantease la oportunidad de robar 1.000.000 € es seguro que, como usted no pierde la ocasión, se aprovecharía de esa situación. Todo es cuestión de tener acceso y oportunidad.
>
> Nuestro problema no son solo los políticos en el poder, porque ellos son solo el reflejo de nuestra sociedad de [...] millones de oportunistas educados en la permisividad e incluso justificación del pillaje. Los políticos de hoy fueron los oportunistas de ayer. Va a ser difícil cambiar esto, pero empieza por cada uno de nosotros. Por no hacerlo y por recriminar a quien nos cuente que lo hace.

Podríamos completar este cuadro con otros muchos ejemplos de pillaje socialmente consentido: el abuelo que consigue medicinas subvencionadas a mucho mejor precio para el resto de la familia, haciendo como si fueran para él; la sorprendente diferencia en bajas laborales entre los trabajadores con contrato fijo y los trabajadores temporales (especialmente, en tiempos de bonanza para su empresa); los altos funcionarios que preparan oposiciones y reciben sus emolumentos en sobres que no declararán a Hacienda; todos los que contestamos «sin IVA» a la famosa pregunta que nos hace el electricista o el fontanero... La lista de ejemplos podría seguir y seguir, pero sirvan estos citados como botón de muestra. El problema fundamental es que no se trata de comportamientos sociales clandestinos, de manera que sus protagonistas tengan que ocultarlos por vergüenza o por temor a la recriminación social. Están perfectamente asimilados y se consideran absolutamente normales.

El ejemplo del muro de Facebook podríamos completarlo con otros casos de capitalismo clientelar y de tratos de favor. El empresario que puede utilizar sus redes de contactos para conseguir la adjudicación de un contrato a cambio de un sobreprecio (que irá a parar al bolsillo de alguien) no pierde la oportunidad. Como tampoco la pierde el político que puede influir en una regulación para beneficiar a una empresa a cambio de ser acogido en su seno cuando termine su vida pública. ¿Por qué van a perder esas oportunidades?

Porque no hay ninguna razón para hacerlo. Y es que lo cierto es que las personas señaladas por haber utilizado sus cargos para enriquecerse o para favorecer a conocidos en complicidades recíprocas, las procesadas por ello e incluso las condenadas pueden seguir disfrutando bastante razonablemente de su vida en sociedad. Acuden a fiestas, a restaurantes de moda, salen en revistas del corazón y se exhiben sin recato. Saben que despiertan mucha más curiosidad que reprobación. Y raro será que alguien les niegue la

entrada a un hotel de lujo o a un restaurante con estrellas Michelin, o que les retire el saludo. Es más, el local de moda que frecuenten puede aspirar, incluso, a ponerse aún más de moda.

La contemplación de este fresco, bastante tenebrista, puede llevarnos al pesimismo. ¿Significa que tenemos lo que merecemos como sociedad? Probablemente así sea, al menos en parte. Pero también existen en nuestra sociedad robustos cimientos morales que explican ese fondo de preocupación, y hasta de indignación, con el que muchos ciudadanos contemplamos esta situación. Tenemos que descartar la idea de que como sociedad no tenemos remedio, porque todas las sociedades lo tienen: Suecia era, en el siglo XIX, uno de los países más corruptos de Europa, y hoy es el espejo donde las democracias quieren mirarse. El problema es importante, es cierto. Pero es mucho lo que se puede hacer. Para empezar, tenemos que partir de un diagnóstico certero.

El modelo latino vs. el modelo anglosajón

La tendencia a la corrupción y al aprovechamiento ventajista de las relaciones con los poderosos no es el estigma de Caín que llevamos en nuestros genes ni un estado necesario e inevitable de las organizaciones sociales y políticas formadas por seres humanos. Existen sociedades más tolerantes con estos vicios y otras que lo son mucho menos. Cualquiera que intente «exportar» nuestras prácticas castizas a otras latitudes (normalmente más altas) sabe que es así. Y, lo que es aún más importante, la historia demuestra que cabe la posibilidad de pasar de sociedades más tribales, clientelares y menos avanzadas a otras más evolucionadas donde las relaciones personales, especialmente con políticos, no son el elemento determinante para progresar profesionalmente o desarrollar proyectos empresariales.

Para observar estas diferencias, podemos comparar brevemente el modelo latino frente al anglosajón. Si contemplamos la evolución de la relación de la sociedad civil con el poder público en ambas culturas, advertiremos diferencias muy interesantes, determinadas normalmente por razones históricas en las que no podemos profundizar aquí. Nos basta con saber que son sencillamente eso, razones históricas. Y, por tanto, sujetas a posible evolución.

Las sociedades latinas tienden a ver el poder público como algo ajeno, como un factor que viene dado (como el paisaje o el clima), en el que poco se puede influir y con el que hay que contar tal y como es. El resultado de esa cierta «enajenación» es perturbador. Quienes están en el poder no tienden a considerarse como los administradores de cosa ajena, como los agentes de un principal (por recordar la teoría del agente a la que hemos hecho referencia en otro capítulo de este libro). El poder se considera algo así como el botín que resulta de su conquista; por tanto, prevalece una concepción profundamente patrimonial del mismo. «Si consigo el poder —piensa el político latino—, este es mío y puedo utilizarlo como se me antoje, en particular, para beneficiarme a mí mismo y a mis seguidores.» La creación de redes clientelares que le ayuden en ese dominio y que faciliten su permanencia el mayor tiempo posible en ese disfrute del poder (o, incluso, una cómoda salida a la hora de abandonarlo) es, por tanto, una consecuencia lógica de esa concepción patrimonial.

De forma paralela, los ciudadanos y agentes económicos asumen también este esquema de relaciones. Consideran que deben utilizar su capacidad de influencia para arrancar concesiones y privilegios a quien ostenta el poder político en cada momento. El que lo logra es un tipo hábil que sabe manejarse en la realidad. Y quien desiste de ello por considerar que no es una actuación correcta, simplemente está desaprovechando sus oportunidades, como nos recordaba ese muro de Facebook. Si, además, critica el *statu quo*, es un imprudente que pone en riesgo no ya su propio negocio, sino el de sus análogos colegas. Para muchos empresarios, cultivar esas

relaciones con el poder político es más importante que controlar la calidad de los productos o servicios que venden o que la preocupación por los costes. Los principios éticos parecen no existir o no ser una barrera suficiente, como tampoco las consideraciones reputacionales, lo que es muy lógico si tenemos en cuenta la tolerancia social con estas conductas.

Los datos de la última Encuesta Europea de Valores (EVS) son muy elocuentes y, aunque corresponden al periodo 20082010, no creemos que hayan cambiado mucho. En general, los españoles son, de todos los europeos encuestados, los que menos valoran que el puesto de trabajo sirva para desarrollar la propia iniciativa (13 por ciento), para asumir responsabilidades (14 por ciento), que permita utilizar las habilidades propias (24 por ciento), adquirir nuevas habilidades (20 por ciento) o llevar a cabo algo (25 por ciento). Es el peor país entre los veintitrés evaluados. Se aprecia también una valoración baja de los conocimientos y de las necesidades de formación y restricciones para mejorar capital humano, lo que es coherente con la escasa valoración que muestran por la actividad profesional y por la responsabilidad.

Otros datos destacables que aparecen en esta misma encuesta revelan que los españoles muestran desprecio por el cumplimiento de las leyes, que su rechazo a reclamar derechos indebidamente es muy bajo, que su tolerancia con la piratería es muy alta y que piensan que es el Estado el que tiene que resolver sus problemas, de manera que se valora muy poco el esfuerzo individual. De hecho, España ocupa el puesto número veinte entre los veintitrés países en los que se ha realizado la encuesta, quedando solo por delante de Hungría, Grecia e Italia. A nosotros, estos valores nos parecen muy preocupantes, pero no cabe duda de que están muy condicionados por la forma en que se ejerce el poder en nuestro país, que tiene claros tintes de patrimonialización y clientelismo todavía no superados.

En el sustrato del capitalismo clientelar se encuentra también la idea de que el libre mercado no se percibe como un mecanismo para la justa atribución de bienes y servicios al mejor precio posible. Por ello, incluso en las mejores condiciones posibles de competencia y transparencia, no tiene en España el respaldo social necesario para que pueda ser defendido de los trileros y los ventajistas. Así, se genera un círculo vicioso, porque la economía de mercado se percibe por gran parte de la sociedad como injusta (o sospechosa, en todo caso), ya estemos hablando de Amancio Ortega o de una estrella del capitalismo clientelar como Florentino Pérez, y no se intenta separar el grano de la paja.

Las sociedades anglosajonas, por el contrario, piensan que el poder político emana de ellas y, por tanto, que les pertenece. Quienes lo ostentan en un momento dado saben que deben utilizarlo en beneficio de los ciudadanos y que, si acceden a un cargo público, deben ser muy conscientes de estar administrando bienes e intereses ajenos. La razón de ello es que su opinión pública es mucho menos tolerante con la patrimonialización de los cargos públicos. Y no siempre ha sido así: el ejemplo de Estados Unidos antes de la llamada *Progressive Era* (era progresista) es muy revelador de esa potencial evolución.

El resultado de esta diferente concepción, que es lo que aquí nos interesa, es fácil de comprender. En los países anglosajones o nórdicos, la sociedad civil desconfiará de sus políticos, como debe hacerlo cualquiera respecto de los que administran bienes o intereses ajenos, y los someterá a una estricta vigilancia. Los controles y equilibrios institucionales (los famosos *checks and balances*) se legitiman y se refuerzan cada día por la convicción social de su necesidad. No se permitirá que nadie trate de desactivarlos con la excusa de la defensa de otras legitimidades o de otros intereses. Si algún servidor público es sorprendido anteponiendo sus propios intereses particulares o patrimoniales o favoreciendo a empresas próximas, sabrá que no le queda otra salida que una dimisión inmediata.

La relación de los ciudadanos con el poder y la del poder con los ciudadanos a los que se debe se basan en estrictos criterios no solo de legalidad, sino también de moralidad. En estas sociedades sí existe un coste reputacional importante por la realización de prácticas incorrectas. Las empresas saben que se les exigirá la inmediata depuración de los responsables de prácticas clientelares si quieren aspirar a seguir vendiendo sus bienes y servicios. La intolerancia social frente al clientelismo y la corrupción es el mejor incentivo para no incurrir en ellos.

En España, por el contrario, nos sorprende que en otros países los ministros tengan que dimitir no ya por colocar a familiares y afines sin ninguna preparación ni experiencia en empresas públicas (con sueldos que pagamos todos los contribuyentes) o por favorecer a empresas amigas, sino, simplemente, porque copiaron en su tesis doctoral antes de entrar en política, pagaron un Toblerone con la tarjeta del ministerio o intentaron quitarse una multa de encima diciendo que el coche lo conducía su mujer. En España, por contraste, la vicepresidenta del Gobierno deja el coche oficial un ratito en el carril bus de la Gran Vía para irse de compras y nadie dice nada, el rector de la Universidad pública Rey Juan Carlos es un plagiador compulsivo y no dimite, y los altos cargos tiran de tarjeta para gastos en restaurantes y hoteles como si no hubiera un mañana.

Difícil, pero no imposible

En la base de nuestro capitalismo clientelar hay, por tanto, un problema de concepciones sociales, de incentivos y de cultura, cuya transformación ni es sencilla ni se hace de un día para otro. Y no basta con cambiar de protagonistas. Solo desde la ingenuidad se puede uno sorprender de que, cuando conseguimos quitarnos de encima a ciertos gobernantes caracterizados por sus modos mafiosos de gobernar, resulta que sus sucesores —a veces, los que

más despotricaban contra esos compadreos con las élites del capitalismo clientelar cuando estaban en la oposición— tienden a comportarse de forma similar. Y es que con las mismas reglas de juego es difícil que nuestros políticos y empresarios clientelares no sigan haciendo lo de siempre.

Sin embargo, los incentivos y la cultura también pueden cambiar. Buena prueba es que ya ha pasado en otros países, que han conseguido pasar de un Estado clientelar a un Estado moderno. El caso de Suecia es, al respecto, paradigmático. Este país estaba controlado, en el siglo XIX, por un régimen político minado por la corrupción y el clientelismo; usando terminología moderna, podría calificárselo, incluso, de Estado fallido. El punto de inflexión, como suele suceder, vino tras una fuerte crisis: la coyuntura crítica de la que hablan en su libro Acemoğlu y Robinson, la que sobrevino tras las guerras que causaron la pérdida de territorios tan importantes como Finlandia, y con el cambio de dinastía en el periodo napoleónico. Suecia tuvo que sufrir todavía mucho durante buena parte del siglo XIX, pero finalmente se establecieron las nuevas bases sociales e institucionales que permitieron que se convirtiera en uno de los países más prósperos y menos corruptos del mundo.

No se trata de una situación excepcional. Otros países han emprendido caminos parecidos, entre ellos, la mayoría de los del centro y norte de Europa. Incluso en América Latina podemos citar el caso de Chile, cuya sociedad se diferencia mucho de la de sus países vecinos en lo que se refiere a la intolerancia frente a las diversas formas de corrupción, en la valoración del libre mercado como un mecanismo valioso a proteger y en el reproche a las relaciones clientelares de las empresas con el poder político.

También en España puede ocurrir. Se han producido cambios culturales muy importantes en nuestro país que hace décadas parecían, sencillamente, impensables. No fumamos en espacios cerrados, conducimos con mucho más cuidado, tiramos menos papeles al suelo, recogemos los excrementos de nuestros animales domésticos... Sigue habiendo gente que no lo hace, claro, pero

empieza a ser una clara minoría y está mal vista por los que sí lo hacen. Hemos aprendido que la calle es un lugar de todos, que hay que cuidar y mantener en buenas condiciones. Un bien público, para entendernos.

Tras la Gran Recesión, la preocupación por la corrupción de los españoles se ha disparado, como revelan una tras otra las encuestas que realiza el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). La corrupción es ya nuestra segunda preocupación, solo por detrás del paro. Nos hemos dado cuenta en época de vacas flacas que los actos de quienes se aprovechan en beneficio propio de sus relaciones con el poder político nos perjudican a todos. Que el dinero público no solo es de alguien, sino que es nuestro, de los ciudadanos que pagamos impuestos. Afortunadamente, está creciendo la intolerancia social hacia esta lacra, y no podemos perder la ocasión de concienciar también sobre una de sus manifestaciones más emblemáticas: el capitalismo clientelar.

Reconocer como anormal lo que no puede tolerarse como normal (lecciones del programa finlandés para acabar con el acoso escolar)

Un buen ejemplo nos puede ayudar a comprender que la patología de la tolerancia social hacia la corrupción no tiene por qué ser crónica e incurable. En el éxito del programa desarrollado en Finlandia contra el acoso escolar, el método KiVa, podemos comprobar cómo se acaba con la tolerancia frente a prácticas inadmisibles.

En Finlandia han tenido el acierto de tomarse la educación, incluyendo la escolar, muy en serio. Alcanzar y mantener una educación pública de calidad se considera un objetivo estratégico y cuenta con un sólido apoyo social, para lo cual están dispuestos a dedicar esfuerzos y recursos públicos. El resultado final no solo se ha reflejado en diversos índices y encuestas que señalan la educación en Finlandia entre las mejores del mundo en el nivel académico

alcanzado. También ha dado frutos en el conjunto de la sociedad —una de las más innovadoras y tecnológicamente desarrolladas— y en su grado de desarrollo económico.

En este contexto, los finlandeses se dieron cuenta de que el acoso escolar en los colegios era un serio problema. Para las víctimas supone un intenso sufrimiento cuyas secuelas permanecen toda la vida; para los acosadores supone el desarrollo de conductas antisociales y destructivas. Para el colegio, es un elemento perturbador que puede llegar a desintegrar la convivencia en la comunidad escolar, además de desincentivar el adecuado rendimiento de los que la integran.

El acoso escolar no es un problema nuevo. La tecnología y las redes sociales han añadido sofisticación y han facilitado más armas al acosador, que ahora puede serlo también a distancia. Pero es una cuestión que ha existido siempre: no es una «epidemia», como leemos en algunos medios, porque las epidemias suponen un problema de salud puntual y pasajero. Lo que ocurre es que, de igual manera que con la corrupción o el capitalismo clientelar, el acoso escolar solo recientemente está siendo objeto de una preocupación pública y generalizada, gracias, sin duda, a la atención que los medios de comunicación le han dedicado. Por eso, de la cierta invisibilidad social en la que esas situaciones se han desarrollado durante mucho tiempo no debemos deducir que el acoso no haya existido antes. Solo se miraba con mayor indiferencia.

Así pues, es posible luchar contra este tipo de conductas, consideradas casi endémicas o consustanciales a los seres humanos, como ocurre también con la corrupción. El éxito del programa KiVa lo demuestra. El desarrollo de este método de erradicación del acoso escolar supuso una labor de investigación basada en datos reales y un esfuerzo persistente en el tiempo para su implantación progresiva en todos los centros, que aún continúa. Y los resultados son, a día de hoy, muy prometedores: los estudios indican que el problema prácticamente ha desaparecido en el 80 por ciento de los centros escolares donde se ha implantado.

El secreto de su éxito radica en el lugar donde se ha puesto el foco para abordar el problema. Las actuaciones no solo se han centrado en el apoyo psicológico a la víctima (para favorecer su capacidad de comunicación y sus habilidades sociales) y en los acosadores (para que desarrollen su capacidad de empatía). Se han centrado, también, y esa es la clave, en el resto de los alumnos que son los testigos de estas situaciones de acoso. En demasiados casos, los alumnos habían interiorizado que estos hechos formaban parte de la normalidad. Por esa razón, o se desentendían sin más o actuaban como cómplices, riéndose de la víctima y contribuyendo así a su humillación y dolor. Se trata de una reacción muy natural de los seres humanos: o pasividad o complicidad con los que mandan y deseo de apartarse de las víctimas para no convertirse en una de ellas, y ganarse, con este fin, el favor de los acosadores. Esta reacción, a su vez, genera en el acosador una sensación de reconocimiento social que le resulta imprescindible para seguir con su acoso.

En conclusión, el programa KiVa se basa en enseñar a identificar las situaciones de acoso y en explicar sus graves consecuencias con la difusión de valores esenciales para la convivencia, como la empatía, el respeto y la aceptación de las diferencias. Y también en la asimilación de que, frente a estas situaciones, no son aceptables la pasividad ni, mucho menos, la complicidad. El acosador siente así un vacío social a su alrededor que le hace cuestionarse su conducta, ya que nadie le admira ni le ríe las gracias. Y es que, para los seres humanos —y más cuando todavía no somos adultos—, la aceptación social por nuestros semejantes es fundamental.

Los resultados inmediatos de este programa no solo han consistido en una mejora de la convivencia y del ambiente en la escuela a corto plazo. También han supuesto una reducción sustancial del fracaso escolar. Pero, sin duda, lo más importante radica en los resultados a largo plazo: una sociedad más justa y tolerante, menos permisiva frente a abusos de cualquier tipo y, en definitiva, más responsable y madura.

Conclusiones e impresiones

De experiencias como la anterior podemos extraer importantes conclusiones que nos ayuden a enfrentarnos al problema de la tolerancia social con la corrupción en general y con el capitalismo de amiguetes en particular. La primera es muy evidente: son la resignación y el desistimiento de la mayoría lo que permite que se produzcan estos abusos que nos perjudican a todos. Como en el caso del acoso escolar, son también responsables los que son cómplices o condescendientes con estas formas de corrupción; los que le ríen las gracias a los grandes capitalistas clientelares o, simplemente, se colocan en primera posición de saludo (o de reverencia) a su paso. Si personajes como Florentino Pérez, César Alierta, Juan Miguel Villar Mir y tantas otras estrellas rutilantes de nuestro capitalismo castizo siguen teniendo prestigio social y son considerados como triunfadores, tenemos un problema. Si somos incapaces de distinguir entre el empresario que ha tenido éxito gracias a su esfuerzo y a su trabajo del que ha llegado lejos gracias a sus contactos, tenemos un problema. Y, si somos capaces de distinguirlos perfectamente (en privado) pero fingimos no ver las diferencias (en público), también tenemos un problema. Estamos siendo cómplices.

Tenemos que ser muy conscientes del efecto poderosísimo que tiene la censura social. El repudio público es, para los seres humanos, un castigo muy doloroso, algo que casi todos necesitamos evitar a toda costa. Es seguro que si nuestros capitalistas clientelares dejaran de recibir invitaciones para presidir todo tipo de actos, para formar parte del patronato de importantes fundaciones, si dejaran de ser nombrados doctores *honoris causa* por universidades públicas, de formar parte de unas cuantas Reales Academias, de reunirse con ministros y diputados que se consideran muy honrados por su presencia y de ser recibidos por los reyes y, por el contrario, empezaran a aparecer en los medios de comunicación no como grandes empresarios y benefactores de la

humanidad, sino como *robber barons*, el mensaje del rechazo social les llegaría con bastante claridad. Cuando los que somos aficionados a la ópera abrimos el programa del Teatro Real y vemos que el presidente de la Junta de Protectores de la Fundación del Teatro Real es nada menos que Alfredo Sáenz, creemos, sinceramente, que como sociedad tenemos un problema.

Por supuesto, son también imprescindibles otras medidas, como las reformas institucionales y los cambios en el sistema de incentivos, que, además, pueden tener efectos más inmediatos. Pero ninguna de estas reformas podrá implantarse y mantenerse en el largo plazo mientras la sociedad no cambie de cultura. Sabemos que la labor de concienciación —a la que este libro quiere aportar su granito de arena— es necesariamente lenta y gradual. A cambio, sus efectos transformadores pueden ser, a la larga, mucho más radicales y definitivos. Porque nada robustece más a las instituciones de supervisión y control que el respaldo que obtienen de una fuerte legitimidad social.

Recordemos, además, que no se trata simplemente de cambiar a unas personas por otras, a unos políticos o a capitalistas «malos» por unos políticos o capitalistas «buenos». Estas soluciones adanistas no nos van a llevar muy lejos; no hay personas necesariamente buenas o necesariamente malas por razones ideológicas o de otra índole. Sencillamente, hay personas que funcionan de acuerdo con incentivos y que tienen muy presente la actitud y la cultura de sus conciudadanos. Esto es lo que hay que cambiar.

Queremos terminar este capítulo con una nota de optimismo. Los autores de este libro creemos sinceramente que en España hay masa crítica suficiente para acabar con el capitalismo clientelar en un plazo razonable. Tenemos buenos profesionales y trabajadores, gente muy capaz y cada día (especialmente las nuevas generaciones) menos tolerante con los chanchullos y los abusos. Podemos y sabemos hacer las cosas de otra manera y mejor. Lo demostramos cada vez que trabajamos en el extranjero, en sistemas

con incentivos más adecuados; los españoles tienen muy buena fama fuera de España. Quizás lo que ocurre es que en un marco más adecuado podemos desarrollar mejor nuestras capacidades. También podemos hacerlo en nuestro país si nos ponemos a ello.

En último término, el repudio al capitalismo clientelar se fundamenta en valores básicos para la convivencia, como los del esfuerzo, el mérito, el trabajo bien hecho, la equidad, la igualdad de oportunidades y la justicia. Las sociedades que incorporan esos valores son más justas y también más prósperas. Pero esa incorporación requiere un esfuerzo continuado y tiempo; nadie nos la va a conceder desde arriba. Hay que ganársela día a día y hay que contar con las resistencias de todos aquellos mediocres y pillos a los que el sistema favorece, que son muchos.

El camino hacia ese cambio de mentalidad es largo y requiere paciencia y constancia. Pero ya ha comenzado.

11

LOBBY STORY

En el palco del Bernabéu

Cuando hablamos de *lobby*, hablamos de una actividad organizada para influir en la toma de decisiones políticas. El nombre inglés procede de la práctica anglosajona de «hacer pasillo» en la sede del Parlamento (o en los hoteles cercanos), esperando a algún representante político para poder hacerle una sugerencia, una petición o entregarle una nota. En definitiva, con la finalidad de influir en sus decisiones. Como el objeto de este libro es el capitalismo clientelar, lo que nos interesa, en particular, es la influencia ejercida por los agentes económicos (ya se trate de personas físicas u organizaciones) en la toma de decisiones políticas con trascendencia económica. La toma de decisiones puede referirse a la puesta en marcha de proyectos como las autopistas radiales de Madrid, cuyo «rescate» vamos a pagar entre todos los contribuyentes; la privatización de la gestión de hospitales públicos, que ha supuesto incrementos de facturación muy notables para ciertas empresas bien relacionadas pero no para las arcas públicas; la elaboración de normas que favorezcan a un determinado agente o sector, imponiendo barreras a la competencia, como en el caso de las gasolineras *lowcost*, o la adjudicación de una importante obra pública o contrato de servicios a un amigo. En fin, se trata de cualquier actuación de los poderes públicos cuya adopción pueda

beneficiar —o perjudicar— al «lobista». Como se deduce de esta breve enumeración, el ámbito del *lobby* es muy amplio. Pero ¿cómo identificar a un *lobby* o un «lobista»?

Pues bien, en España no es tan fácil. Precisamente porque no hay una regulación general del *lobby* y porque falta transparencia, lo que ha proliferado en nuestro país en estos últimos años es lo que podemos denominar un *lobby* informal. Incluso, en algunos supuestos extremos, cabe dudar de si un determinado cargo público no está más bien al servicio de un *lobby* que al de los intereses generales. Aparte de los ejemplos de diputados del PP como Gómez de la Serna o Martínez-Pujalte, que compatibilizaban —literalmente— sus puestos de diputados en el Parlamento nacional con el asesoramiento a empresas para conseguir contratos públicos a cambio del cobro de importantes comisiones, quizás el caso más paradigmático sea el del exministro de Defensa del PP, Pedro Morenés, y sus vinculaciones con las empresas contratadas por su Ministerio. El exministro hasta llegó a presidir alguna de ellas. Con este tipo de perfil, el que las contrataciones que realiza el Ministerio de Defensa sean de las más opacas y multimillonarias no resulta precisamente muy tranquilizador.

Existen también, claro está, otros *lobbies* más o menos identificables y organizados, como pueden ser las asociaciones sectoriales, las de consumidores, los sindicatos y organizaciones empresariales, etc. Pero lo que falta en nuestro país son reglas claras que regulen y controlen una actividad de especial trascendencia para toda la sociedad, máxime cuando no todos los ciudadanos tenemos la capacidad, el tiempo y los medios necesarios para ejercerla. Y, como recuerda el informe de Transparencia Internacional *Lobbying in Europe*, una influencia oculta e informal de quien sea (empresa, grupo de interés, individuo) supone, en la práctica, un acceso privilegiado a la toma de decisiones públicas. Conviene no olvidarlo.[1]

Quizás por ese motivo han fracasado hasta ahora en España los esfuerzos por intentar regular el *lobby* con carácter general. Estos intentos han chocado con la oposición más o menos velada de la clase política y de los grupos de interés a los que beneficia esta situación, que son los que prefieren ejercer el *lobby* de manera informal o en secreto porque eso es lo que les garantiza un acceso privilegiado del que no disponen los demás. Pero, si aceptamos la idea de que la actividad de *lobby* puede ser positiva para el buen funcionamiento de una democracia y para la existencia de una economía de mercado abierta y competitiva —es decir, para el modelo de capitalismo sano y competitivo, opuesto al del capitalismo clientelar—, lo que también debemos exigir es que se realice con determinadas garantías.

Estas garantías pueden concretarse —siguiendo las recomendaciones de Transparencia Internacional— en una regulación que asegure la adecuada transparencia del *lobby* (quién se reúne con quién y para qué), la integridad (quién lo ejerce y cómo se ejerce, teniendo en cuenta que hay que respetar no solo la legalidad, sino también la ética) y la igualdad de acceso (todos tenemos que tener las mismas oportunidades para acceder a los que toman las decisiones). Porque si hay algo que resulta evidente es que no todo el mundo puede permitirse invitar a políticos importantes a cenar en un reservado de un restaurante con estrellas Michelin o al famoso palco del Bernabéu, sucesor natural de las cacerías del franquismo, inmortalizadas en la película de Berlanga *La escopeta nacional*. Desde luego, no cabe duda de que hacer *lobby* de esta forma es bastante más cómodo y discreto que esperar en un pasillo al político de turno.

Es verdad que el presidente del Real Madrid (y del grupo ACS), uno de los mayores protagonistas de nuestro capitalismo clientelar, Florentino Pérez, dijo una vez en el programa *Salvados* que en el palco del Bernabéu solo se hablaba de fútbol y que los negocios se

hacían fuera, pero ¿tenemos algún motivo para creerle? Pues los mismos que para creer que en las cacerías de Franco solo se hablaba de venados y no de porteros automáticos.

La realidad es que por el renombrado palco han pasado y siguen pasando ministros, altos cargos, alcaldes, concejales, consejeros de comunidades autónomas y políticos de toda clase y condición, incluido algún expresidente del Gobierno. Incluso podemos encontrar a jueces y fiscales en activo. Allí coinciden con empresarios de todo tipo, empezando por el propio Florentino Pérez. ¿De verdad piensan ustedes que solo hablan de fútbol? Aunque nunca sabremos si fue allí dónde se fraguó la denominada «enmienda Florentino» (que acabó con los límites que existían al derecho de voto de los accionistas en determinadas circunstancias y que benefició directamente a su titular en un momento concreto), por lo menos cabe sospecharlo.

Claro está que Florentino Pérez y otros como él no solo tienen a su disposición el palco del Bernabéu para hacer y dejar que otros hagan *lobby*. Según los datos del proyecto de la fundación Civio al que ya hemos hecho referencia, «¿Quién manda en España?» (dedicado a investigar las relaciones entrecruzadas de las personas con más poder en nuestro país), Florentino Pérez también puede encontrarse con gente interesante y hacer *lobby* como miembro del patronato de varias fundaciones —algunas de ellas, públicas—, como la Fundación Cotec, la Fundación Princesa de Asturias, la Fundación Transición Española o la Fundación Carolina.[2] Es miembro, además, del foro Puente Aéreo y del Consejo Empresarial para la Competitividad (CEC, recientemente disuelto), dos *lobbies* empresariales que, en su día, aspiraban a tener una gran influencia en la política española. Preferiblemente, con comidas y cenas con invitados especiales y sin luz ni taquígrafos. Recordemos también esos viajes en aviones oficiales en que los empresarios de postín acompañan al presidente del Gobierno o al ministro de turno cuando

van a hacer las Américas... o las «Asias». Lo razonable es pensar que, incluso con Mariano Rajoy, hablarán de algo más que de las noticias del *Marca*.

Porque, insistimos, la clave de la cuestión es la opacidad y el secretismo con los que se realizan muchas de estas actividades de *lobby*, así como su carácter informal. En este sentido, el estudio de septiembre de 2014 sobre los *lobbies*, de Transparencia Internacional España, suspende a nuestro país en los tres aspectos del *lobby* que, como acabamos de ver, son esenciales para garantizar su adecuado funcionamiento: la transparencia (10 por ciento), la integridad (35 por ciento) y la igualdad de acceso de ciudadanos y grupos a los procesos de toma de decisiones (17 por ciento).[3]

De acuerdo con las conclusiones de este informe, «no hay una normativa que garantice conocer en todos los casos quién influye, cómo, sobre quién, con qué resultados y con qué medios económicos lo hace». Como es lógico, esta opacidad produce como resultado un ambiente de sospecha generalizada: la ciudadanía considera que en España se influye indebidamente en la toma de decisiones políticas, en especial de las que tienen consecuencias económicas. En definitiva, si en el palco del Bernabéu coinciden personajes muy relevantes de la política y los negocios y hasta miembros importantes de la fiscalía y la judicatura, ¿no es razonable pensar que se están comprando favores o voluntades a cambio de entradas gratis para ver un partido de la Champions? Quizá lo peor de todo es que los invitados al palco no parecen encontrar nada censurable en esta forma de proceder. Podría resultar interesante hacerles notar que, si tuvieran esa misma reunión en una dependencia oficial, la ciudadanía —y los funcionarios— se escandalizarían bastante. Y es que, parafraseando la famosa frase atribuida a un senador americano, qué difícil es advertir un posible conflicto de intereses cuando tus entradas dependen de que no lo veas.

EL *LOBBY* MALO Y EL *LOBBY* BUENO

Así las cosas, no es de extrañar que la percepción del *lobby* sea tan negativa en España, pese a los esfuerzos realizados por organizaciones como la Asociación de Profesionales de las Relaciones Institucionales (APRI) para convencer a la sociedad de la necesidad de contar con un *lobby* «bueno», y a los políticos de la necesidad de regular su actividad y de actuar con transparencia. Pero, desgraciadamente, en España lo que más abunda es el *lobby* «malo», lo mismo que una persona con problemas de salud suele tener más colesterol del malo que del bueno. Y que el *lobby* malo sea el predominante es un síntoma más de la potencia de nuestro capitalismo clientelar.

Para situar esta percepción en un contexto adecuado, podemos acudir a los datos del Eurobarómetro de 2015, una encuesta que se realiza a empresas y que intenta medir la percepción sobre las relaciones entre poder económico y poder político.[4] Pues bien, resulta que el 86 por ciento de las empresas españolas piensa que los sobornos y los abusos de poder están muy extendidos a nivel estatal, y el 84 por ciento piensa que están muy extendidos a nivel regional y local. Cuando se les pregunta por las prácticas corruptas más frecuentes, las empresas españolas son las que más prácticas mencionan, que son tres en concreto: favorecer a los amigos y a los familiares en instituciones públicas (57 por ciento), favorecer a amigos y familiares en empresas (42 por ciento) y defraudar a Hacienda (50 por ciento).

Es cierto que algunos de los datos, aun siendo muy malos, son un poco mejores que los del anterior Eurobarómetro (realizado en 2013), y que la percepción de la existencia de corrupción provocada por la relación entre política y dinero es igualmente muy alta a nivel europeo. Pero también es cierto que nada menos que el 90 por ciento de las empresas españolas considera que los vínculos demasiado estrechos entre política y dinero generan corrupción. No solo eso: son muy conscientes de las consecuencias económicas

negativas que tiene, dado que el 82 por ciento de las empresas responde que la corrupción y el favoritismo afectan negativamente a la competitividad. Y la corrupción y el favoritismo son dos características típicas del capitalismo clientelar, favorecidas por el *lobby* malo.

Sin embargo, aunque es fácil denunciar la existencia del capitalismo clientelar en una encuesta, lo realmente difícil es prescindir de él si quieres hacer negocios. Para el 77 por ciento de las empresas, el soborno y las conexiones son la mejor manera de acceder a los servicios públicos, y el 54 por ciento considera que la única forma de tener éxito en los negocios es a través de las conexiones políticas.

En definitiva, a la vista de estos datos podemos concluir que, para las empresas, tiene bastante sentido invertir en invitaciones a restaurantes de lujo, cursos en lugares exóticos (con todos los gastos pagados y con acompañantes incluidos) o invitaciones al palco del Bernabéu. Resulta muy rentable. Lo interesante es constatar que las empresas españolas y los ciudadanos en general también son conscientes de que este sistema es perverso. Digamos que son conscientes de que tienen demasiado colesterol malo, pero no se animan a cambiar de alimentación, no vaya a ser que pasen hambre. Por eso es razonable pensar que, con una buena regulación de los *lobbies*, puede ser menos interesante encontrar «conseguidores» o personas bien relacionadas que, por un nada módico precio, consiguen influir en ciertas decisiones públicas en beneficio de sus clientes.

En conclusión, los agentes económicos —o, al menos, las empresas entrevistadas— son perfectamente conscientes de que esta forma de funcionar daña las reglas del juego. Se tiene la sensación de que el juego está amañado, lo que unas veces te puede favorecer, pero otras veces te puede perjudicar. Por tanto, es conveniente convencer a los agentes que se relacionan con el poder político de que otro modelo de relación, más sano para la sociedad en su conjunto, es posible. Y hay que exigir como condición

necesaria —aunque no suficiente— una regulación del *lobby* que fomente la transparencia, la integridad y la igualdad de acceso a los que toman las decisiones públicas. Por último, es esencial que la opinión pública tome conciencia de la importancia que tiene conseguirlo.

LAS CLAVES DEL *LOBBY* BUENO SON LA TRANSPARENCIA, LA INTEGRIDAD Y LA IGUALDAD DE ACCESO

Siguiendo las conclusiones de los informes y los trabajos antes mencionados sobre la actividad de los grupos de presión, parece evidente que hay tres aspectos clave para conseguir un *lobby* bueno: la transparencia, la integridad y la igualdad en el acceso.

En ese sentido, la falta de transparencia opera en dos sentidos: falta transparencia en la actuación de los poderes públicos y falta transparencia en la actuación de los *lobbies*. Lo mismo que un periodista que vive de filtraciones puede resultar superfluo cuando todo el mundo tiene acceso a la información que le proporciona su fuente, un *lobby* puede perder mucha fuerza cuando la información pública (a la que pretende acceder de forma ventajista y privilegiada), como el correo electrónico y el teléfono del responsable político, gestor público o funcionario de turno, está a disposición de todo el mundo.

Efectivamente, ya se trate de pliegos de licitaciones de contratos públicos o de concesiones, de proyectos que se van a emprender o de normas que se van a aprobar, la publicidad activa —la obligación de los poderes públicos de proporcionar esta información de forma accesible a todos los ciudadanos— puede resultar esencial para privar de fuentes y de «confidentes» al *lobby* malo. De la misma manera, disponer de los datos de contacto de los cargos electos o de los responsables públicos —y, por supuesto,

conseguir una cita con ellos por los cauces oficiales— puede contribuir a la desaparición de los conseguidores y de los intermediarios en la sombra.

En ese aspecto, en algo se ha avanzado con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en cuanto que impone en sus artículos 6 a 8 una serie de obligaciones de información pública (la denominada «publicidad activa») a los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación. Otras leyes autonómicas han ampliado estas obligaciones de publicidad activa, pero todavía queda mucho por hacer, entre otras cosas porque estas normas no suelen contar con mecanismos efectivos para garantizar su cumplimiento, empezando por un régimen sancionador digno de tal nombre.

Por lo que se refiere a la integridad, es decir, a los aspectos legales y éticos de la actividad del *lobby*, conviene recordar que en España es frecuente que las normas —y las sentencias— se incumplan. Ya lo hemos visto al hablar en otro capítulo de la regulación de las *revolving doors*. Mientras que la empresa privada pretende, precisamente, captar «lobistas» de postín para el sector privado, la regulación tiene por finalidad —sobre el papel— impedírselo, al menos durante un tiempo, y, en todo caso, evitar siempre los conflictos de intereses. Sin embargo, esto no impide que se siga fichando a políticos, ex altos cargos, altos funcionarios o técnicos que tienen acceso a contactos importantes en el sector público. Con el último cambio de Gobierno han sido unos cuantos los ex altos cargos públicos que han pasado a trabajar en el sector privado de un día para otro. La *revolving door* sigue funcionando a toda máquina y constituye un elemento esencial de este *lobby* informal y opaco, que es una de las características de nuestro capitalismo clientelar.

En ese sentido, ya hemos visto que no es casualidad que sean las empresas de sectores fuertemente regulados o muy dependientes del sector público (energía, telecomunicaciones, constructoras, farmacéuticas, etc.) las que más usen la *revolving*

door y contraten a personas con las conexiones políticas y funcionariales adecuadas, con independencia de su mayor o menor capacidad profesional o experiencia en el sector, mientras que otras empresas como Mercadona o Inditex no parecen sentir esa misma necesidad y apuestan por perfiles más profesionales.

De nuevo, debemos insistir en el caso del sector energético, cuyas empresas acogen a un impresionante número de expolíticos y ex altos cargos y que ha conseguido victorias aparentemente muy contundentes sobre los intereses de los consumidores (como las del déficit de tarifa o el impuesto al sol del Real Decreto 900/2015, sobre autoconsumo eléctrico), aunque no se trate, ni mucho menos, de un caso aislado. Es evidente que en los ejemplos citados y en otros muchos que podrían mencionarse hay una contraposición de intereses clara entre las empresas y los consumidores o contribuyentes; el problema es que los procesos de toma de decisiones no son nada transparentes ni abiertos a la participación de los distintos intereses en juego. Quizás incluso las empresas energéticas puedan tener buenas razones para defender su postura, pero el problema es que prefieren susurrarlas al oído del gobernante de turno antes que discutirlas en la plaza pública, y esa actitud, lógicamente, genera desconfianza.

Por último, en cuanto a la igualdad de acceso de los ciudadanos en la toma de decisiones, la situación es claramente mejorable. La realidad oficial contrasta con fuerza con la realidad extraoficial. Porque, si bien es cierto que está prevista normativamente la participación de ciudadanos y organizaciones sectoriales en algunos procesos de elaboración de las disposiciones generales y de la toma de decisiones públicas que les afectan, y que, teóricamente, un ciudadano de a pie puede conseguir una cita por cauces oficiales con un funcionario, alto cargo o cargo electo, también lo es que esto, en la práctica, es muy poco frecuente. De manera que esta participación oficial o estos cauces oficiales tienen bastante menos trascendencia que la participación «oficiosa» o que los cauces extraoficiales.

No solo eso: como recalca el informe de Transparencia Internacional España sobre los *lobbies*, hay determinadas organizaciones que cumplen un papel cuasiinstitucional o cuasipúblico a la hora de participar en la toma de decisiones públicas. Los sindicatos, los colegios profesionales, las organizaciones empresariales, etc., son organizaciones «privilegiadas», valga la expresión, a la hora de configurar determinadas políticas públicas, con independencia de su representatividad real, que suele ser bastante baja. El caso de las organizaciones sindicales y empresariales es paradigmático, puesto que se decidió, al principio de la Transición, concederles un papel muy relevante, en particular en todo lo referente a la toma de decisiones en el ámbito laboral y económico. Lo mismo cabe decir, aunque a escala más pequeña, de algunas asociaciones sectoriales, cuya representatividad es más que discutible pero que son elegidas habitualmente como interlocutoras por los poderes públicos, a veces por simple comodidad, por inercia o por ambas.

También existen órganos específicos que han sido diseñados para fomentar la participación de determinadas entidades u organizaciones en la toma de decisiones públicas, como puede ser el Consejo Económico y Social, y que hoy en día están bastante esclerotizados. De nuevo, en su composición se prima a las organizaciones habituales, empezando por los sindicatos y las organizaciones empresariales, sin faltar los expertos que nombra el Gobierno, lógicamente, entre personas afines.[5] Pero, en paralelo, y de forma crecientemente relevante a medida que estos organismos oficiales van perdiendo fuelle, existen numerosas organizaciones (despachos de abogados, consultores, empresas, etc.) o incluso personas físicas que, por diversas circunstancias, son capaces de ejercer una influencia notoria directamente sobre las personas que ocupan altos cargos, sobre los cargos electos o sobre políticos de todo tipo y condición.

El problema es que de esta actividad —que no se ejerce solo con respecto al Parlamento, sino también, y de forma muy intensa, respecto al Gobierno y la Administración en todos los niveles territoriales del Estado— no queda ni rastro; solo es posible conocer sus resultados, a veces muy llamativos. Hay que insistir en que estos *lobbies* informales están muy extendidos, hacen muy buenos negocios y presentarían —con seguridad— una fuerte resistencia al cambio que supondrían una profesionalización y una regulación que los obligara, al menos, a identificarse, a seguir determinadas reglas y a actuar con transparencia. Entonces, el acceso privilegiado e informal —directamente o a través de una consultora o de un despacho bien relacionado— de una empresa del sector del juego a, pongamos por caso, un director general de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sería bastante más problemático.

La realidad es que en España hay un gran negocio en torno al conflicto de intereses, y que ese negocio es característico del capitalismo clientelar. Por eso, al menos hasta el momento de escribir estas líneas, lo que ha faltado es voluntad política para erradicarlo, como prueba el hecho de que en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se renunciara a la regulación del *lobby*, pese a las peticiones en ese sentido de los expertos y de algunas organizaciones, como APRI. Es más, en esta ley ni siquiera se han establecido obligaciones de transparencia activa que afectan directamente a su actividad, como la obligación de publicar las agendas de los altos cargos, que sí se ha introducido en algunas normas autonómicas posteriores. Aunque, como hemos dicho, muchas veces las reuniones más productivas no son precisamente las que se celebran en los despachos oficiales.

En estas circunstancias, y en un contexto de grave crisis política, económica e institucional, no es sorprendente que los ciudadanos consideren que las reglas de juego no son iguales para todos y que el árbitro está comprado.

El lento camino hacia la regulación del *lobby*: primeros tímidos y confusos pasos

Actualmente hay algunas comunidades autónomas y ayuntamientos que se han adelantado a la regulación estatal y están estableciendo registros (voluntarios u obligatorios) de *lobbies*, con los inconvenientes habituales en España de la dispersión normativa y de la falta de seguridad jurídica. Un ejemplo es el registro obligatorio de *lobbies* del Ayuntamiento de Madrid, regulado en su ordenanza de transparencia; otro, el Registro de Grupos de Interés de la Generalitat de Catalunya, regulados por primera vez en los artículos 45 y siguientes de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, aprobada por el Parlamento catalán, sobre transparencia y acceso a la información pública.[6] Probablemente, en los próximos meses o años sigan proliferando a la espera de que llegue la tan deseada regulación de carácter general.

Sin embargo, no deja de resultar llamativo que en estos registros (y en la normativa aplicable) se induzca a una cierta confusión, porque *a priori* parece que cualquier ciudadano u organización que quiera influir tiene que registrarse en ellos, cuando lo razonable es entender que solo los que se dedican profesionalmente a una actividad de *lobby* deben figurar.

Pero si hay un ámbito interesante desde la perspectiva del capitalismo clientelar y de la proliferación de los poderosos *lobbies* informales, ese es el de la competencia o, más bien, el de su falta. Consideramos que cuanta más competencia haya, más sano será el capitalismo, y que cuanta menos competencia, más clientelismo y más capitalismo castizo sufriremos. De ahí la trascendencia que tiene la iniciativa adoptada por la CNMC de establecer un registro voluntario de grupos de interés.[7]

Como señala la CNMC en su página oficial, lo que se pretende con este registro es fomentar —mediante la transparencia— la participación activa de los ciudadanos en la defensa de la competencia y la regulación eficiente. El Registro de Grupos de

Interés tiene por objetivo que todos conozcamos quiénes se relacionan con la CNMC y para qué. Por supuesto, bajo la denominación «grupos de interés» se agrupan todos los agentes, incluidos los públicos.

Lógicamente, el buen «lobista» identificará siempre sus intereses particulares con los intereses generales y, en este caso, con la defensa de la competencia. Pero con todo, se trata de una iniciativa interesante en la medida en que permite desvelar quiénes son estos «lobistas». El problema es que, hoy por hoy, el registro es voluntario y carece de incentivos suficientes —positivos o negativos — para que los agentes se registren, lo que permite que los grupos de interés registrados coexistan con los no registrados, que prefieren la discreción y un acceso privilegiado a personas que tienen poder de decisión en el organismo. La situación actual de extrema división entre los consejeros de la CNMC contribuye a fomentar estas conductas, en detrimento del registro. En este sentido, llama la atención la ausencia en el registro de algunas empresas muy importantes (algunas del IBEX 35) que operan en sectores fuertemente regulados y con manifiesta falta de competencia. Telefónica S.A, que sí figura en el registro, es más bien la excepción.

El modelo americano y el modelo europeo frente al *lobby* malo

Parece obvio que tratar de influir en la toma de decisiones públicas que le afectan a uno es algo consustancial al ser humano. Lo razonable también es esperar que la inversión en tiempo y recursos humanos y materiales aumente a medida que lo hace el poder de los gobiernos. Por tanto, la decisión que hay que tomar no es tanto la de si debe o no haber *lobbies*, sino la de qué modelo de *lobby* queremos.

Pues bien, los modelos de referencia para la regulación de los *lobbies* son el estadounidense y el europeo. El modelo norteamericano es el que goza de mayor tradición, y representa una

industria floreciente. Además, no se limita al poder legislativo, sino que realiza otras actuaciones importantes tales como la asistencia a comparecencias en las cámaras, la divulgación de temas clave para funcionarios y gestores públicos o las campañas informativas, así como —por supuesto— cualquier otra que le permita influir sobre la toma de decisiones. Según los datos facilitados en la excelente serie del blog Sintetia dedicada al «lobismo» en Estados Unidos, la industria del *lobby* mueve billones de dólares (3,23 en el año 2013), alcanzando un número total de 9927 «lobistas» en el año 2014.[8]

Es interesante destacar que los datos sobre la actividad de los *lobbies* en Estados Unidos son públicos, por lo que cualquiera puede saber cuánto dinero se gastan o a cuánta gente emplean y, lo más importante, a quién hacen *lobby*.

No obstante, el modelo que prevalece en España respecto a la futura regulación de los *lobbies* suele ser el existente en la Unión Europea. Sin embargo, hay que señalar que la mayor parte de los países socios no cuentan todavía con una regulación del *lobby* comparable a la que hay en Estados Unidos o Canadá. En la Unión Europea tenemos el denominado Registro de Transparencia (aunque solo funciona respecto a la Comisión y al Parlamento), que presenta algunas características propias en relación con el más desarrollado modelo estadounidense. Se trata de un registro voluntario pero que incorpora incentivos suficientes para que los «lobistas» se apunten. De hecho, según la página web oficial, a 19 de octubre de 2016 había 10.108 organizaciones inscritas.[9] Entre ellas destacan los grupos de presión dentro de las empresas y asociaciones comerciales, empresariales y profesionales (5.162) y las consultorías profesionales, bufetes de abogados y consultores por cuenta propia (1.161). También hay que subrayar que no existe todavía nada parecido con relación al todopoderoso Consejo de la Unión Europea.

El problema que revela este tipo de registros es la gran disparidad que hay entre los agentes inscritos. De hecho, la mayoría pertenece abrumadoramente a las dos categorías que acabamos de mencionar. La presencia de entidades sin ánimo de lucro, por

ejemplo, es mucho menor, lo que puede suponer consecuencias importantes al distorsionar la participación de unos y otros tipos de agentes. En principio, todas las voces deberían ser igualmente oídas, pero no todas son igualmente audibles porque no todo el mundo puede pagarse una oficina en Bruselas o dedicar recursos importantes a esta actividad.

Por tanto, solventados los problemas de transparencia —en la medida de lo posible y mediante la regulación adecuada—, quedan siempre pendientes las cuestiones de la integridad y la igualdad de acceso, más difíciles de resolver. Por eso es importante tener presente que las medidas tendentes a garantizar la transparencia de la actividad del *lobby* tienen siempre que ir acompañadas de otras que fomenten la integridad de los funcionarios y servidores públicos en general y la participación de sectores cada vez más amplios de la sociedad en la toma de decisiones que los afectan.

El particular problema de la «huella legislativa»: ¿quiénes están detrás de nuestras leyes?

La primera identificación de un asesino por sus huellas dactilares tuvo lugar en Buenos Aires en el año 1892, gracias a la metodología desarrollada por el investigador policial bonaerense Juan Vucetich. El método, publicado por su autor en 1894, sigue siendo hoy utilizado en lo sustancial por las policías de todo el mundo para resolver crímenes y, por consiguiente, para prevenirlos.

Hoy, en España carecemos de cualquier tipo de metodología para identificar a los verdaderos autores de una reforma legislativa. Y, dada la certeza de que algunas de ellas consagran verdaderos crímenes contra la competencia en beneficio de intereses particulares muy concretos, resulta fundamental equipararse a los países más modernos e imponer una metodología ordenada y transparente para el trabajo legislativo. No solo para prevenir el abuso derivado de la captura interesada del regulador por excelencia

—el legislador—, sino también para encauzar en beneficio del interés colectivo la experiencia y la opinión de muchos sujetos privados. No por tener intereses particulares bien definidos se pierde la aptitud para asesorar al legislador. Más bien todo lo contrario, como hemos defendido al tratar el *lobby* bueno, pues la contraposición de los distintos intereses en juego puede ser muy saludable.

Lo que ocurre es que esa participación debe dejar un rastro, una huella, porque solo así se generarán los incentivos pertinentes para que esa opinión perfectamente identificada sea contrastada con otras divergentes, y será en esa contraposición pública de argumentos donde podremos encontrar la solución más adecuada para los intereses públicos.

La situación actual es desoladora. Todos los especialistas en el procedimiento legislativo coinciden en señalarlo así. Los proyectos de ley vienen precocinados por el Gobierno hasta el mínimo detalle, pero sin que en su generación exista tampoco huella alguna, lo que algunos expertos denominan la «huella administrativa». Tampoco es infrecuente que el Ejecutivo se salte a la torera los pocos instrumentos técnicos diseñados institucionalmente para influir en este proceso de deliberación previa, como la Comisión General de Codificación, en beneficio de organismos creados *ad hoc* que puedan ser más receptivos a los intereses del Gobierno, tal como ocurrió recientemente con la comisión de expertos para la reforma del derecho de sociedades de capital, a la que ya hemos hecho referencia. También son frecuentes las reuniones más o menos informales con supuestos representantes sectoriales, sin olvidar los documentos con membretes de consultoras o empresas privadas que aterrizan de tanto en tanto sobre la mesa del Consejo de Ministros, procedentes de algún departamento ministerial un poco despistado.

Pero el problema se agrava con el hecho de que el valor añadido que aporta el trámite parlamentario suele ser prácticamente nulo, cuando no negativo, porque no resulta infrecuente que sea aprovechado para introducir, en el último momento, una enmienda o una disposición adicional que consagre la bicoca correspondiente.

Normalmente en el Senado (que es para lo que sirve nuestra segunda cámara, además de para garantizar un cómodo retiro a políticos amortizados), ya sea a instancia o con el beneplácito del Ministerio del ramo.

Ya hemos hablado de la famosa «enmienda Florentino», caso en el que primero el PSOE y luego el PP tomaron partido en las «guerras clones» de nuestro capitalismo clientelar, modificando la Ley de Sociedades de Capital a conveniencia de unos u otros, sin ninguna preocupación por lo que debiera ser una regulación adecuada para los intereses generales. Pero casi más preocupantes son las «enmiendas Florentino» silentes, es decir, las que pasan completamente desapercibidas, salvo para aquellos que las han impulsado, evidentemente.

Para garantizar este resultado tan interesante se ha trabajado mucho, desde luego, creando un sistema de producción normativa perfectamente adaptado a las necesidades de nuestro Estado clientelar. La inmensa mayoría de los parlamentarios apenas puede opinar ni formular iniciativas de ningún tipo, bien sujetos por su propia ignorancia y por los portavoces de los grupos. Los trámites se comprimen al máximo para no dar oportunidad a la discusión técnica detallada, no sea que se identifique algún interés espurio. Los debates en las comisiones no se realizan artículo por artículo, sino agrupados por enmiendas, lo que permite que jugosas disposiciones pasen inadvertidas. Todo el procedimiento está plagado de formalismos, aunque, eso sí, con nombres rimbombantes que conducen a la confusión, como los llamados «informes de ponencia» o «dictámenes de comisión», que no son ni informes ni dictámenes, pues no contienen la explicación razonada de nada.

La presencia de expertos de la sociedad civil en el procedimiento brilla por su ausencia (se supone que, en una fase previa, alguien del Ministerio se habrá reunido con algunos afortunados, preferiblemente «de la cuerda»). El pleno de la cámara se pronuncia sobre las enmiendas a la totalidad del proyecto, sin apenas interés práctico cuando este tiene los apoyos necesarios para

tramitarse, pero no sobre el texto definitivo, dada la generalizada práctica de recurrir al procedimiento de competencia legislativa delegada en las comisiones parlamentarias. La conclusión final es que leyes importantísimas para nuestra convivencia son despachadas con apenas unas horas de debate retórico y vacío en una sola comisión, sin ni siquiera la intervención de otras comisiones que también pudieran estar especializadas en el tema.

Sin duda, es la metodología perfecta para un sistema clientelar. La cúpula del partido mayoritario que ha conseguido formar Gobierno no solo tiene un control absoluto de todo el proceso legislativo, sino que también tiene garantizada su virtual opacidad. No obstante, en la práctica diaria suelen ser más importantes los sargentos que los generales. Siempre que estén bien situados, claro, y normalmente lo están, precisamente en el Ministerio del ramo que controla el correspondiente proyecto de ley. En cualquier caso, lo que nadie discute es que los representantes de la soberanía popular no pintan nada, ni siquiera para dar verdadera publicidad al trámite.

Probablemente, la reforma de este caduco sistema sea una de las más urgentes de nuestra democracia. En primer lugar, es imprescindible dotar de mucha mayor transparencia a todo el trámite parlamentario. La información relativa a una iniciativa legislativa debería estar disponible en internet en un formato abierto y reutilizable. Esto debería incluir toda la documentación generada durante su tramitación como anteproyecto de ley por parte del Gobierno, incluyendo una ficha con los datos completos de aquellas personas a las que se haya solicitado informe y el contenido íntegro de estos (la huella administrativa). La no remisión completa de esa información debería generar las correspondientes sanciones o, incluso, impedir la tramitación en el Parlamento. Durante su tramitación parlamentaria debe publicarse el nombre de los ponentes, las reuniones internas y externas de los miembros de la comisión, las enmiendas presentadas por cada uno, los votos emitidos, etc. La transparencia es, sencillamente, imprescindible.

En segundo lugar, el procedimiento debe reformarse de manera muy sustancial.[10] Los proyectos de ley deberían tener, al menos, dos lecturas o deliberaciones, una lectura final necesariamente en el pleno y otra previa en la comisión o en las comisiones correspondientes. Durante el trabajo de la comisión debe designarse a un ponente que ostente una verdadera función directora y que emita, al final del proceso, un único dictamen digno de ese nombre, sobre la necesidad de la iniciativa y sobre la justificación de la propuesta. Para elaborar ese trabajo, el ponente debería convocar varias sesiones con expertos, tanto de la Administración como de las empresas y de la sociedad civil, en comparecencias públicas y transmitidas en directo. Posteriormente, se añadirían al dictamen de la ponencia los informes jurídicos de los letrados sobre la calidad legislativa de la propuesta. En cualquier caso, las enmiendas se deberían discutir en el seno de la comisión de manera individualizada, sin que sea posible su agrupación. Por supuesto, no se admitirían si nada tuvieran que ver con la materia regulada. Si pudieran dar lugar a una iniciativa totalmente nueva, esta se desgajaría del proyecto inicial y se procedería a iniciar un nuevo procedimiento. Con ello se trataría de evitar las enmiendas «sorpresa» —instrumento idóneo del capitalismo clientelar— que, aprovechando que el tren legislativo está en marcha, pretenden introducir mercancía averiada enganchándola en un último vagón, aunque no tenga nada que ver con la materia transportada.

Claro está que, por mucho que afinemos el procedimiento, siempre nos quedará la reserva sobre si nuestros parlamentarios tienen la suficiente competencia, no obstante sus buenas intenciones, para desempeñar estos nuevos cometidos. Es verdad que hasta ahora no lo han tenido que demostrar, y probablemente por esa razón, entre otras, su selección no ha preocupado mucho. Para aplaudir al líder del turno solo hace falta tener buenas palmas. Pero quizás con un modelo distinto de Parlamento tengan que ponerse las pilas. Sin duda, no tienen por qué saber de todo —al menos, al principio—, pero el Parlamento debería disponer de los

recursos humanos necesarios para asesorar a sus señorías sobre sus funciones. Se echa en falta la presencia de técnicos especializados —y no solo juristas— en diferentes áreas que pertenezcan a la plantilla del Parlamento, como ocurre en otros países y en el Parlamento Europeo.

El problema es que, a la natural resistencia por parte de algunos altos funcionarios especialmente bien colocados, se ha unido el total desinterés de los políticos y la utilización de los recursos de todos para fines fundamentalmente clientelares, de manera que los grupos parlamentarios han preferido gastarse el dinero público en contratar como asesores a personas con los contactos adecuados antes que a técnicos y buenos profesionales. Esto empieza a cambiar, pero es obvio que no podemos depender de la mejor o peor voluntad de los partidos políticos. Es necesaria también una reforma organizativa en profundidad que permita la creación de equipos verdaderamente profesionales al servicio de nuestros representantes. Solo así la huella legislativa empezará a reflejar la voluntad de los representados.

Por último, la misma idea es aplicable en las administraciones públicas. Gran parte del capitalismo clientelar sustentado sobre la densa urdimbre de las concesiones, los contratos y subvenciones públicas se ha generado como consecuencia de actuaciones administrativas en las que también reina la opacidad. Desde la decisión de atender una necesidad de supuesto interés general —ya sea construir una autopista, un hospital o un depósito artificial de gas— hasta la negociación del contrato o definición de la concesión con la consiguiente distribución de riesgos, pasando por su renovación y renegociación de condiciones (en su caso), deben dejar un rastro o huella administrativa perfectamente identificado de informes, consultas, conversaciones, auditorías y trabajos preparatorios que desincentiven la improvisación y las ocurrencias políticas, cuando no el clientelismo y la corrupción, que siempre son nocivos para los intereses públicos. Especialmente cuando al otro

lado de la mesa se sientan empresas muy potentes, bien asesoradas jurídica y financieramente, que no dejan absolutamente nada a la improvisación.

Las autopistas radiales de Madrid y unos cuantos hospitales distribuidos por la geografía nacional constituyen un vivo ejemplo de este tipo de prácticas. Son los famosos «elefantes blancos», como se denomina a aquellas obras públicas que tienen un impacto negativo para la comunidad, debido a que sus costos superan los beneficios de su funcionamiento ya que no son utilizadas (o su uso es diferente de aquel para el que fueron creadas). Si a eso añadimos el diseño contractual y la penosa distribución de riesgos acordada en algunas de estas concesiones, empieza uno a entender casos como los del proyecto Castor (de nuevo, Florentino Pérez) o el rescate de las autopistas radiales, que ha explicado perfectamente Carlos Sebastián en una publicación en *Hay Derecho*.[11] Lo mismo ocurre con el seguimiento de estas concesiones, como demuestra el escándalo de las autopistas catalanas, que ha estudiado también Carlos Sebastián en su libro ya citado *España estancada*.

En definitiva, al igual que las decisiones normativas de carácter general exigen respetar un procedimiento que incentive la reflexión y que sea absolutamente transparente, lo mismo ocurre con determinadas decisiones administrativas de no menor importancia para nuestro capitalismo clientelar. En este ámbito, el método de la huella sigue hoy siendo absolutamente fundamental.

12

LA ECONOMÍA COLABORATIVA HA LLEGADO PARA QUEDARSE

¿Se ha parado a pensar alguna vez si sus vecinos trabajan en un lugar muy cercano al de su puesto de trabajo? ¿O que quizás esa película que quiere ver la tenga alguno de sus amigos en casa y, a su vez, él esté interesado en leer la novela que usted acaba de terminar? ¿Se ha planteado para qué comprar algo si compartiéndolo podemos igualmente satisfacer nuestras necesidades?

Para satisfacer este tipo de necesidades nació la idea de la economía colaborativa. Siendo la idea de compartir algo su base (de hecho, en inglés suele traducirse como *sharing economy*; del verbo *share*, «compartir» en español), internet está resultando una herramienta fundamental para su rápido desarrollo. Existen multitud de páginas webs —algunas de ellas incluso tienen sus propias *apps* — mediante las que un usuario puede ofrecer un bien o servicio de su propiedad a cambio de otro, de compartir gastos, de recibir una compensación, etc. Algunas de las más famosas son Uber, Cabify, Airbnb o BlaBlaCar.

La economía colaborativa, también conocida como economía de la colaboración o consumo colaborativo, podría definirse como «una interacción entre dos o más sujetos, a través de medios digitalizados (o no), que satisface una necesidad real o potencial, a una o más personas». El término fue utilizado por primera vez por Ray Algar en su artículo titulado «Collaborative consumption», publicado en el boletín *Leisure Report* de abril de 2007, pero son muchos los artículos que se han escrito acerca de la importancia que tendrá en

nuestra vida esta nueva realidad. A título de ejemplo, la prestigiosa revista *Time* incluyó el consumo colaborativo entre las diez ideas que cambiarían el mundo en una de sus ediciones a finales de 2011, ya que, según algunas estimaciones, la economía colaborativa moverá 235.000 millones de dólares en el año 2025. Mezclando costumbres prehistóricas, como el trueque, con servicios tan actuales como internet, las redes sociales o las aplicaciones para móviles, todo ello en un contexto de crisis económica global, la economía colaborativa realmente puede llegar a convertirse en la economía del mañana o, al menos, en una parte significativa de ella.

Nuestro país, de hecho, no va a la zaga. Según diversos estudios, la economía colaborativa es todavía muy desconocida en muchos países de Europa: se calcula que tan solo un 17 por ciento de los ciudadanos europeos ha utilizado este tipo de plataformas, mientras que en España el porcentaje es del 19 por ciento.[1]

Las ventajas de este tipo de comportamientos parecen evidentes, ya que suponen una mejor y más eficiente utilización de recursos escasos con un menor coste (que no siempre habrá de satisfacerse en dinero) o, incluso, sin coste alguno. También puede suponer una gran distribución del riesgo inicial de un negocio, como sucede con el *crowdfunding* (financiación de proyectos por medio de pequeñas aportaciones económicas de una gran cantidad de personas).

Bien es cierto que también tiene inconvenientes, principalmente a causa de la incertidumbre jurídica que rodea a estos modelos de negocio y por la férrea oposición de alguno de los sectores tradicionales que más se pueden ver afectados por la economía colaborativa. Por esa razón, es prioritario encontrar una fórmula que dote de seguridad y transparencia a estos nuevos modelos, que defina cuáles son las reglas de este nuevo juego con el que todavía no estamos familiarizados y cuyas consecuencias son aún difíciles de anticipar. Lo que está claro es que sus principales actores están

haciéndose cada vez más poderosos. ¿Podremos evitar esta vez que surja algo parecido a un capitalismo colaborativo clientelar? Lo primero que necesitamos es sentar bien las reglas.

Modelo económico y economía colaborativa

Antes de entrar a conocer esas reglas, debemos preguntarnos por el encaje de este nuevo modelo de negocio en nuestra economía de mercado. Nuestro sistema económico y social se basa en que el propio mercado se regula cuando se presenta un nuevo agente económico con un modelo de negocio más innovador que el del resto. Estaremos de acuerdo en que, al menos en teoría, si ese modelo de negocio no es lo suficientemente bueno como para hacerse un hueco entre la competencia, el mismo mercado acabará expulsándolo. También sabemos que la realidad no siempre funciona así: el capitalismo clientelar puede distorsionar el funcionamiento del mercado y conseguir expulsar a los agentes económicos que amenacen su situación, por buenos y eficaces que sean.

En todo caso, lo que está claro es que, a medida que el mercado incorpora a nuevos agentes que han sabido desarrollar un modelo de negocio más eficiente —sin duda, ayudados por la evolución tecnológica—, el cual favorece al consumidor, el derecho deberá irse adaptando a la nueva situación para desarrollar los mecanismos necesarios para proteger el libre mercado y la competencia y garantizar la protección del consumidor. En definitiva, se trata de generar, también en la economía colaborativa, unas condiciones de competencia justas y equitativas, detectando y controlando los fallos de mercado y evitando que aparezca el capitalismo clientelar. No olvidemos que la economía colaborativa también tiene sus gigantes: grandes empresas con ingresos significativos y un control importante de la cuota de mercado. En principio, se supone que nuestros sistemas jurídicos e institucionales están preparados para afrontar estos retos, pero lo cierto es que las

instituciones reguladoras de la competencia y de la Unión Europea se han enfrentado con algunas dificultades al pronunciarse sobre este nuevo fenómeno, mientras que los diferentes países de la Unión ya se han puesto en marcha con regulaciones *ad hoc*.

En España, la reacción normativa frente a la aparición de los modelos de negocio de la economía colaborativa más bien brilló por su ausencia. Fue el sector privado «tradicional» el que comenzó la batalla normativa mediante la iniciación de procedimientos judiciales contra estos nuevos modelos económicos, lo que instauró definitivamente el debate —y la guerra— en la sociedad.

Este debate se basa, principalmente, en una serie de argumentos que se refieren a la normativa aplicable y al modelo de negocio, entre los que se encuentran, *grosso modo*, la diferencia de costes entre los prestadores de bienes o servicios de los sectores tradicionales y los de las nuevas plataformas colaborativas, en la medida en que los segundos no tienen que sufragar el coste de las autorizaciones administrativas. También hay que añadir el argumento de la hipotética desprotección del consumidor en aspectos tan importantes como la seguridad o la responsabilidad del prestador de los servicios. Se citan, además, la falta de transparencia, la situación fiscal de los nuevos operadores y la situación laboral de las personas que prestan sus servicios a través de estas plataformas.

Un debate como este nos recuerda que una economía de mercado sana requiere de la intervención del Estado y que, cuando aparecen fenómenos nuevos, es preciso que el sistema normativo evolucione y se ajuste para garantizar la justa competencia entre todos los agentes. Cuando hablamos de economía colaborativa, la solución pasa por la creación de un marco normativo donde las nuevas empresas estén sujetas, básicamente, a las mismas responsabilidades y deberes que el resto de las empresas de la competencia que les resulten aplicables. Pero ¿qué es exactamente lo que se ha hecho en España hasta ahora?

DE EXPERTOS, INFORMES Y EL ETERNO DEBATE

Ya sabemos que en España se legisla mucho y mal. Por eso no es de extrañar que la aparición de la economía colaborativa haya provocado la impresión de que hay que cubrir rápidamente un vacío legal, el cual genera en el consumidor una gran incertidumbre y una enorme sensación de desprotección. Sabemos también que en nuestro país reflexionar suele ser sinónimo (y eso en el mejor de los casos) de constituir comisiones y encargar a organismos reguladores y expertos variopintos la elaboración de informes antes de que nuestros legisladores entren en harina y se pongan a aprobar leyes como si no existiera un mañana.

Pero, como diría Jack el Destripador, vayamos por partes. Porque hay que recordar de vez en cuando que formamos parte de la Unión Europea. En ese ámbito, la Comisión Europea aprobó, el 6 de junio de 2016, una serie de recomendaciones a los Estados miembros para «aplicar coherentemente la legislación de la Unión Europea en todo el mercado único» a la economía colaborativa. Su objetivo era acabar con la incertidumbre que rodeaba la regulación de la economía colaborativa y proporcionar una mayor claridad en su aplicación, con la finalidad de ayudar a ciudadanos, empresas y Estados miembros, evitando la fragmentación de la normativa y que la economía colaborativa se constituyese en una especie de «economía paralela».

Lo más destacable de este informe es que, en la eterna disyuntiva entre mayores o menores barreras de entrada para los nuevos agentes, la Comisión se apunta a lo segundo. Sus principales recomendaciones están relacionadas con potenciar el modelo económico de la economía colaborativa, ya que «puede hacer una importante contribución al crecimiento económico y a la creación de empleo si se incentiva y desarrolla de la forma adecuada», suponiendo la regulación una mejora del rendimiento del mercado y no una restricción o una limitación. En definitiva, la Comisión Europea ha recordado que los requisitos de acceso al mercado (en

efecto, ¡requisitos!) que los Estados miembros puedan imponer a los nuevos participantes deberán cumplir con la normativa europea, responder a un interés general y ser necesarios, justificados y proporcionados, además de no discriminatorios.

Si volvemos a España, la CNMC lleva varios meses trabajando en un informe (sí, ya se lo advertimos) que pretende servir de recomendación al legislador «para que se produzca un desarrollo regulatoriamente eficiente de los nuevos modelos económicos, de forma que se obtenga el máximo provecho de las posibles ventajas para los consumidores, y, al mismo tiempo, se pueda garantizar la competencia efectiva entre sí y con los sectores tradicionales». En el momento de escribir estas líneas, estamos esperando el informe definitivo, que promete generar cierta polémica, a juzgar por la generada por el informe provisional, que fue publicado en marzo de 2016. El motivo fue la aparición estelar de los ya famosos dos bandos o grupos de consejeros totalmente enfrentados: de un lado, los que opinan que hay que restringir la operatividad de la economía colaborativa, imponiéndole, por lo menos, las mismas condiciones que al resto de los competidores; y, del otro, los que creen, en cambio, que es necesaria una mayor liberalización de los sectores tradicionales, como el del taxi o el del alojamiento, reduciendo el número de restricciones que existen a día de hoy y permitiendo a estas nuevas plataformas operar con mayor libertad. Veremos cuál de las dos corrientes triunfa en el informe definitivo.

Recordemos también que la CNMC tiene facultad para impugnar cualesquiera actos, disposiciones, inactividades o vías de hecho en virtud de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (art. 27), por lo que, en teoría, podría impugnar cualquier ley que, so pretexto de regular la economía colaborativa, exija autorizaciones o establezca limitaciones o restricciones que sean contrarias a los principios de necesidad y de proporcionalidad.

Pues bien, con motivo de la entrada en escena de estos nuevos agentes económicos, resulta necesario revisar la normativa actual en atención a la nueva realidad del mercado. De este modo, se

presentaron Informes de Proyectos Normativos (IPN) al consejo de la CNMC para la modificación de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y de su reglamento, además de para la regulación del uso turístico de la vivienda (normativa que afecta directamente a plataformas como Uber y Airbnb). Dichos informes no se llegaron a aprobar por parte del consejo, si bien, invocando la transparencia, los sometieron a consulta pública.

En cualquier caso, si algo pone de manifiesto esta consulta es que, una vez más, los poderes públicos deberán encontrar el necesario término medio, favoreciendo, en aras de la competencia, la eficiencia y la innovación y permitiendo que los nuevos agentes entren en el mercado en condiciones de competencia justas, pero también evitando comportamientos prohibidos por la ley y creando una estructura normativa adecuada para la protección del consumidor y efectiva para el cumplimiento del reglamento básico en el ámbito fiscal, laboral, administrativo, mercantil o civil que deben respetar el resto de los agentes económicos.

Aunque la falta de Gobierno durante la mayor parte del año 2016 ha detenido unos meses la diarrea legislativa, no hay que preocuparse: ya saben que en España es imposible aburrirse en lo que a leyes se refiere; por suerte o por desgracia, tenemos a diecisiete parlamentos autonómicos legislando y a unos cuantos municipios aplicando estas normas a su manera (y, a otros, dictando sus propias ordenanzas).

En lo que respecta a las comunidades autónomas, ha sido paradigmático el caso catalán (sí, aunque no lo crean, además de dedicarse a la «desconexión», el legislador catalán se ocupa de otros asuntos), cuya Generalitat ha puesto en marcha una comisión parlamentaria para establecer un nuevo marco jurídico para la economía colaborativa, siendo la primera comunidad en la que se ha llevado a cabo una iniciativa de tales características.

Hoteles y taxis vs. Airbnb y Uber

En un país como el nuestro, todos somos conscientes de la importancia capital que tiene el turismo para el crecimiento económico. Por esa razón, el creciente desarrollo de nuevas formas de alojamiento, en las que el turista ya no se aloja en apartamentos típicos vacacionales o en hoteles o casas rurales, sino que lo hace en casas de particulares, ha supuesto una verdadera revolución. Además, hay que tener presente que, en 2013, el Estado excluyó de la Ley de Arrendamientos Urbanos la regulación del alquiler de viviendas vacacionales, dejándola en manos de las comunidades autónomas. Y, como podrán imaginarse, cada comunidad autónoma es un mundo.

Pero es que, más allá de la normativa específica de las comunidades autónomas, resulta que también cada municipio es un mundo. Por ejemplo, el Ayuntamiento de Barcelona, ciudad turística donde las haya y muchos de cuyos visitantes utilizan plataformas como Airbnb o HomeAway para reservar sus vacaciones, ha sido muy restrictivo a la hora de exigir a los que ofrecen sus viviendas la inscripción en el registro de apartamentos turísticos, sin distinguir si se alquila solo una habitación o toda la vivienda, o si lo hace frecuente o esporádicamente. De hecho, el consistorio barcelonés ha creado una especie de cuerpo de controladores que se dedica exclusivamente a comprobar qué pisos de los que aparecen en dichas plataformas incumplen la normativa, y se han llegado a prohibir más de 615 viviendas solo en este último verano, sin contar con las multas que se han impuesto a los propietarios y a las propias plataformas. Barcelona se ha convertido, así, en el primer municipio de España en el que se ha multado a la todopoderosa Airbnb.

También es interesante fijarse en lo que ha hecho Madrid. La Comunidad de Madrid estableció en el Decreto 79/2014, de 10 de julio, la prohibición de alquilar apartamentos para uso turístico por un tiempo inferior a cinco días, siendo esta medida, como imaginarán, muy perjudicial para las plataformas de alojamiento vacacional, puesto que una gran cantidad de sus usuarios buscan alojamientos precisamente por un periodo inferior. Pues bien, en una

reciente sentencia de 31 de mayo de 2016, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha anulado los preceptos que contenían tal limitación, al considerar que se trata de una restricción de la competencia que «no está justificada ni en la protección al usuario turístico ni en el combate a la opacidad fiscal». Recordemos que dicho decreto había sido objeto de recurso por parte de la CNMC, al estimar que era «un obstáculo a la competencia». Pudiera considerarse esta la primera victoria de la economía colaborativa en una guerra que acaba de comenzar.

No son casos aislados. La «litigiosidad» relacionada con los alquileres vacacionales es una constante en el panorama nacional. Otro caso es el de Canarias, donde la Comunidad ha prohibido este tipo de alquileres en determinadas zonas turísticas de las islas con el objeto de proteger al sector hotelero y a los apartamentos turísticos reglados. De nuevo, la CNMC parece que ha recurrido ante los tribunales la normativa que establece dicha prohibición, al considerar que favorece injustificadamente a los hoteles y que restringe la libre competencia.

Si el caso de los alquileres vacacionales entre particulares ha traído —y seguirá trayendo— cola, hay que mencionar también el caso de Uber y los taxis. Esta compañía, nacida en San Francisco, comenzó su actividad en nuestro país en Barcelona a mediados de 2014, extendiéndose más tarde a Madrid. En un primer momento, fruto del desconocimiento general, sus conductores prestaron sus servicios de transporte en sus coches particulares sin ningún tipo de impedimento, hasta que su popularidad aumentó y amenazaron con convertirse en el enemigo público número uno del sector del taxi. El poderoso *lobby* de los taxistas los acusaba de competencia desleal, dado que los taxistas están obligados a adquirir una muy costosa licencia y a pagar un seguro a todo riesgo, y los conductores de Uber, no. Las protestas de los taxistas fueron en aumento, llegándose a convocar una serie de huelgas en las que se solicitaba la prohibición de Uber y plataformas similares e interponiendo varias denuncias ante los tribunales de justicia. Fue el Juzgado de lo

Mercantil n.º 2 de Madrid quien, mediante auto de 9 de diciembre de 2014, procedió al cierre inmediato de la página web de Uber. Dicho juzgado fundamentó su decisión en el hecho de que los conductores carecían de autorización administrativa para desarrollar su actividad, lo que suponía un acto de competencia desleal.

Desde entonces, y hasta el 30 de marzo de 2016, Uber no operó en España. A partir de ese momento, retornó su actividad en la capital con un servicio totalmente adaptado a la normativa vigente, con un sistema similar a aquel con el que ya llevaba años operando otra plataforma de alquiler de vehículos colaborativa, Cabify: con licencias de circulación VTC, que en nuestro país están bastante restringidas.

Y es que una de las cosas más llamativas de la historia de Uber fue la previa aprobación por el Gobierno, el 18 de diciembre de 2015 —sí, cuando ya estaba en funciones—, del nuevo Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestre, que es bastante restrictivo con los nuevos modelos de transporte urbano de viajeros. Otra vez apareció la CNMC como el ángel de la guarda de la economía colaborativa, y a principios de 2016 envió al Consejo de Ministros un requerimiento para que los artículos más restrictivos de dicha normativa fueran anulados, al considerar, nuevamente, que restringían la libre competencia y vulneraban la unidad de mercado. Se trataba, en concreto, de las normas relativas al límite cuantitativo injustificado, en palabras de la CNMC, del otorgamiento de una licencia VTC por cada treinta de taxis, a lo que hay que añadir otras limitaciones exigidas a los solicitantes de la licencia VTC que impiden que puedan competir en igualdad de condiciones con los taxis.

Ante la pasividad del Gobierno, la CNMC interpuso un recurso ante los tribunales de justicia, basándose en la supuesta vulneración del artículo 27 de la ley de garantía de la unidad de mercado, por considerar las citadas limitaciones contrarias a la libertad de establecimiento. De momento, el Gobierno sostiene que, pese a que

la ley la facultaba para ello, la CNMC no ha solicitado la suspensión de ninguna disposición de las impugnadas, por lo que estas limitaciones siguen perfectamente aplicables.

En la misma línea, el 8 de junio de 2016, la CNMC presentó un informe económico sobre las consecuencias de estas restricciones, calculando en unos 324 millones de euros la pérdida anual en el bienestar de los consumidores, evaluada según las bajadas de precios que se producirían si se permitiese a las nuevas plataformas operar con menores restricciones. Veremos qué deciden los tribunales. Mientras tanto, lo que parece es que la CNMC se ha posicionado claramente en estos últimos meses a favor de la economía colaborativa, hasta el punto de haberse erigido en su principal valedora.

Puede que la respuesta a tanto interrogante venga finalmente de la propia Unión Europea, como ya ha ocurrido otras veces. El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona ha planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial para determinar si el servicio que presta Uber supone o no un acto de competencia desleal para el sector del taxi y, en concreto, si la compañía podía ser calificada como una empresa de transporte o una que ofrece servicios de la sociedad de la información. El TJUE aún no se ha pronunciado, pero su respuesta será muy relevante, ya que de lo que establezca dependerá que Uber sea considerada o no como una verdadera empresa de transporte y, por tanto, que quede sujeta a una serie de obligaciones relativas a licencias, seguros y seguridad en el caso de que quiera seguir operando. En caso contrario, es decir, si se la considera una empresa de servicios de la sociedad de la información, tendrá la consideración de un mero intermediario que ofrece servicios de terceros a través de una plataforma, y no quedará sujeta a este tipo de obligaciones. Las diferencias en cuanto al modelo de negocio son enormes.

Otros modelos de negocio de la economía colaborativa, como el de BlaBlaCar, tampoco están exentos de polémica. Recientemente, se ha conocido que la plataforma va a denunciar a España ante la

Comisión Europea por vulneración del derecho europeo a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, a consecuencia de haberse abierto en la Comunidad de Madrid varios expedientes a conductores de esta plataforma por incurrir en un supuesto «beneficio ilícito», al sobrepasar el importe recibido la cantidad de 19 céntimos por kilómetro recorrido. Según la Comunidad de Madrid, este es el límite para diferenciar entre el lucro y la mera compartición de los gastos del viaje.

Regulación de la economía colaborativa en el mundo

Por último, es interesante analizar cómo están respondiendo los distintos países a esta nueva realidad. Pues bien, centrándonos en los dos ejemplos mencionados (Uber y Airbnb), las respuestas son muy variadas.

Por lo que respecta al alquiler vacacional, donde ha encontrado mejor acogida ha sido en ciudades como Londres, París o Milán, que permiten a los propietarios alquilar sus viviendas sin ningún tipo de permiso, si bien solo durante un tiempo máximo al año que, en el caso de Londres, es de noventa días. Por otro lado, Airbnb ha llegado a acuerdos con los ayuntamientos de Lisboa, París y Milán, lugares en los que la propia plataforma se encarga de recaudar el impuesto a los propietarios y abonárselo directamente al consistorio. Sin embargo, también hay ciudades como Berlín, donde Airbnb ha sido prohibida. En muchas otras ciudades, el debate está a la orden del día, como sucede en Nueva York, donde actualmente se está discutiendo sobre la aprobación de una norma que prohibiría el alquiler de viviendas por un periodo inferior a treinta días. Para evitarlo, la propia Airbnb se ha ofrecido a tomar una serie de medidas, tales como registrar a todos los oferentes de alojamiento, impedir que los profesionales utilicen su plataforma para ofrecer sus alojamientos e, incluso, recaudar una tasa de ocupación para el ayuntamiento.

Es curioso destacar que Airbnb tampoco ha sido profeta en su tierra, puesto que la ciudad en la que nació, San Francisco, sometió hace unos meses a referéndum la prohibición de esta plataforma. El referéndum lo ganaron finalmente los partidarios de que siguiese operando, si bien se rumorea que la contrapartida ha sido una inversión, por parte de Airbnb, de más de 7.000 millones de dólares en publicidad para campañas políticas del Gobierno californiano. ¿Les suena de algo? Es que el capitalismo clientelar está siempre a la vuelta de la esquina.

Por su parte, las protestas del sector del taxi contra Uber se han extendido a lo largo de todo el planeta. En la Unión Europea, esta plataforma ha sido la que más problemas ha sufrido en cada uno de los Estados miembros y, de hecho, no opera en casi ninguno de ellos con su servicio tradicional, que es el de conductores sin licencia. En Francia, por ejemplo, está prohibido operar si no se dispone de una licencia profesional. En otros lugares, como en Bruselas, Uber también está prohibida desde 2014. Reino Unido, por su parte, es una de las grandes excepciones: la plataforma ha sido considerada legal y opera con total normalidad, si bien hay un dato que podría ser crucial para su futuro: un tribunal británico ha reconocido a dos conductores de Uber como trabajadores de pleno derecho de la compañía y no como autónomos subcontratados, que era lo que sostenía la empresa. En Estados Unidos (a excepción de algún estado), India o China, así como en Latinoamérica, Uber opera sin problemas, mientras que, en países como Canadá, Uber es ilegal, a excepción de alguna ciudad, como Toronto.

El papel de los *lobbies* de la economía tradicional

En estas luchas continuas por la regulación hay que contar con el papel principal de unos actores que a estas alturas del libro ya conocemos bien: los *lobbies*. Como es lógico, la economía colaborativa no se libra de la presión de grupos de influencia de

sectores tan tradicionales y consolidados como los taxistas o el *lobby* hotelero. Pero las plataformas de economía colaborativa cada vez son más poderosas, de manera que ya están en condiciones de organizar su propio *lobby*, que puede llegar a ser igual de potente.

Y es que, como ya hemos visto en otros capítulos de este libro, más allá de las escaramuzas judiciales, la verdadera batalla se da por la legislación. Para unos y para otros, la ley es esencial; puede ser más proteccionista y restrictiva o más abierta y liberalizadora, lo que permitiría la entrada con fuerza de los nuevos actores. Por tanto, los «lobistas» trabajarán para influir en los parlamentos en un sentido u otro. Para las grandes empresas surgidas del éxito de la economía colaborativa, con un número creciente de empleados y una facturación ascendente, un triunfo en esta batalla les permitiría, probablemente, codearse con las grandes compañías tecnológicas de aquí a unos años.

Lógicamente, el incremento de la popularidad entre los consumidores (sobre todo, los más jóvenes) del uso de estas plataformas de economía colaborativa ha disparado todas las alarmas en los sectores más tradicionales, que intentan, por su parte, influir en el legislador para que la normativa que se apruebe sea lo más restrictiva posible y cierre el paso, en la medida de lo posible, a los nuevos modelos de negocio.

Por último, los *lobbies* de ambos bandos se han volcado también con la Comisión Europea y, a nivel nacional, con la CNMC, pues son conscientes de la influencia que pueden tener sus «recomendaciones» en el legislador. Y en esta batalla de despachos parece que van ganando, por ahora, las plataformas de economía colaborativa.

Pero quizás la batalla más interesante se libre cuando este tipo de plataformas llegue a uno de los sectores más poderosos del mercado —si no el que más—, que es el bancario y financiero. En este libro hemos dedicado nuestro epílogo a los bancos como paradigma de lo que ha sido el capitalismo clientelar a nivel global en estos últimos años, con su máxima de privatizar los beneficios y

socializar las pérdidas. Pues bien, este sector empieza a ver cómo plataformas de economía colaborativa o pertenecientes a las tecnofinanzas (*fintech* en inglés) están amenazando su hegemonía, hasta ahora inexpugnable. Se trata de plataformas como TransferWise, empresa emergente nacida con el fin de eliminar o reducir las comisiones que las entidades bancarias cobran en transferencias internacionales con cambio de divisas. ¿Cómo lo hacen? Pues, básicamente, sin pasar por el banco, poniendo en común a dos usuarios que quieran hacer la misma operación pero a la inversa. El sector tecnofinanciero avanza con fuerza. Será muy interesante ver cómo reacciona el *lobby* bancario y, sobre todo, como responden nuestras instituciones.

Liberalización, pero ¿hasta qué punto? Los fabricantes de velas

En uno de sus sofismas económicos, el conocido como «petición de los fabricantes de velas», el economista francés Frédéric Bastiat satirizaba el fenómeno del proteccionismo y el intervencionismo con ingenio. En su obra, unos fabricantes de velas se dirigen, por medio de una petición escrita, a la Cámara de Diputados francesa, solicitando el bloqueo de un nuevo competidor extranjero en el mercado nacional: el sol. Alegando que el sol se encuentra en unas condiciones injustamente ventajosas en la producción de luz, los fabricantes tratan de justificar ante los diputados franceses los beneficios que para el interés general de la nación podría conllevar bloquearlo, y, para conseguirlo, solicitan que por ley se ordene «el cierre de todas las ventanas, tragaluces, pantallas, contraventanas, postigos, cortinas, cuarterones, claraboyas, persianas, en una palabra [*sic*], de todas las aberturas, huecos, hendiduras y fisuras por las que la luz del sol tiene la costumbre de penetrar en las casas, en perjuicio de las bellas industrias con las que nos jactamos de haber dotado al país, pues sería ingratitud abandonarnos hoy en una lucha así de desigual». Las razones que justificarían el

intervencionismo del Estado, sostenían estos fabricantes, serían el aumento del consumo y la producción que gracias a la fabricación y venta de velas se originarían en cadena: los fabricantes, para vender velas, necesitarían consumir aceite, sebo, carbón, alcohol, cristal, etc., de manera que tanto ellos como sus proveedores se volverían ricos, y, al ser ricos, consumirían mucho y así esparcirían «bienestar en todas las ramas del trabajo nacional».

Cuando, en 1880, Thomas Edison alumbró por primera vez la calle Christie de Nueva Jersey con bombillas, fueron muchos los que se dieron cuenta de que ese excéntrico emprendedor había cambiado el mundo. Incluso los fabricantes de velas lo percibieron y, al ver peligrar su negocio, salieron a las calles a protestar y reclamar la protección del Estado, solicitando que les fuera concedido el monopolio del alumbrado.

En los dos casos, ante una innovación disruptiva los fabricantes de velas reclaman la protección del Estado; en el primero, para bloquear a la competencia y, en el segundo, para que les sea concedido un monopolio legal, lo que viene a ser más o menos lo mismo. Hay un montón de posibilidades intermedias, que suelen ser las más interesantes en la realidad desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y usuarios.

El papel del derecho

Resulta muy interesante contemplar los cambios económicos a los que el mundo se ha visto expuesto durante los últimos años y, en especial, desde principios de siglo XXI. La mayoría de estos nuevos competidores han entrado en los mercados con sofisticadas estructuras empresariales y tecnológicas y con muchas ganas de hacerse con una parte de la tarta. Enfrente, como ha ocurrido siempre, están los sectores más tradicionales y más consolidados, que quieren todo lo contrario. Como vimos al hablar de los gremios medievales que sobrevivieron durante siglos, muchas veces estos

sectores pudieron defenderse con éxito y detener la innovación. Otras veces, el cambio fue inevitable, entre otras cosas porque era lo que los clientes demandaban. También hemos señalado que las circunstancias políticas e institucionales siempre han sido más determinantes que otro tipo de factores. Y en todos los casos, la utilización del derecho es un elemento crucial.

A lo largo de este libro venimos defendiendo que el mercado que no necesita para autorregularse más reglas que las de la oferta y la demanda, sencillamente no existe en la realidad. Así lo reconocen también los pensadores más rigurosos que apuntan a los numerosos fallos que lo impiden. Por eso —y no es deformación profesional— el derecho es tan necesario. El reto consiste en encontrar el equilibrio entre los intereses de los distintos agentes económicos, permitiendo tanto el desarrollo de la economía y la innovación como la protección de los más débiles. El problema es que a veces no es tan fácil identificarlos.

Eso mismo se preguntaba la Comisión Europea en su informe. Tradicionalmente, el modelo económico empresarial se ha basado siempre en un binomio empresario-consumidor que dejaba poco lugar a la duda de quién era la parte débil, sin perjuicio de proteger también la libertad de empresa y la competencia. Pero ahora ha aparecido un tercero en esta relación de pareja y, por una vez, tres no son multitud. Esta situación también requiere una especial finura en el legislador. ¿Qué papel juegan las nuevas plataformas en el binomio tradicional? ¿Son auténticos empresarios o son solo modernas celestinas que ponen en contacto a gente que se necesita mutuamente? De esta respuesta depende el régimen jurídico al que deben someterse, como ya hemos visto con los ejemplos concretos de Airbnb y Uber.

Lo cierto es que, hoy por hoy, el mundo de la economía colaborativa está dominado por la incertidumbre jurídica. En palabras de Jyrki Katainen, antiguo primer ministro de Finlandia y vicepresidente de la Comisión Europea, lo que hay que hacer es «impulsar un entorno regulatorio que permita la creación de nuevos

modelos de negocio, al tiempo que se protege a los consumidores y se aseguran condiciones fiscales y laborales justas». Algo así como la cuadratura del círculo.

Pero habrá que intentarlo. No se trata de legislar mucho, sino de legislar bien y con precisión. Recordemos que no somos, ni mucho menos, la primera generación que vive un momento histórico en el que se producen cambios disruptivos en los modelos de negocio. Cuando los coches comenzaron a popularizarse en Europa, las empresas de carros de caballos del Reino Unido presionaron a su Gobierno para imponer restricciones, consiguiendo que promulgara la famosa Ley de la Bandera Roja. Con esta ley se trataba de imponer límites de velocidad a los nuevos coches para evitar la competencia con los carruajes de caballos, pero también para proteger a los viandantes y a los medios de transporte tirados por animales, que no estaban acostumbrados a tales velocidades. Para conseguirlo, una persona debía caminar sesenta metros delante del vehículo con una bandera roja, alertando así de la presencia de un vehículo autopropulsado. Esta ley impidió durante un tiempo el desarrollo de la incipiente industria del automóvil, a favor de los carros de caballos y del ferrocarril, pero finalmente desapareció. Y es que las necesidades de los usuarios se impusieron. Como recordaba Henry Ford: «Si hubiera preguntado a la gente qué quería, hubieran respondido que caballos más rápidos». Ahora ocurre lo mismo: los usuarios queremos mejores servicios y a menor precio.

13

LA MADRE DE TODAS LAS BATALLAS: EL PAPEL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS

SOMOS HIJOS DE LA BURBUJA

Hoy no es posible negar que el comportamiento irregular de los operadores del mercado de crédito, tan prototípico del capitalismo clientelar, haya tenido un papel protagonista en la actual crisis económica de nuestro país. No somos —como se nos quiso presentar al principio— una víctima de la crisis financiera global y los derivados financieros de los malvados especuladores de Wall Street. El factor básico de nuestra crisis es de producción propia: concretamente, una enorme burbuja inmobiliaria alimentada por un crédito irresponsable. Las entidades financieras que han quebrado en España no lo han hecho por crear o financiar productos complejos *made in USA*, sino actuando en el —teóricamente— seguro mercado hipotecario patrio.

Hay que reconocer que esa burbuja fue inflada por las distintas administraciones públicas porque, desde una visión cortoplacista, resultaba tremendamente rentable política y económicamente. Los distintos gobiernos alentaron un modelo de crecimiento basado en la construcción: la Ley del Suelo aumentó la oferta de suelo para vivienda, lo que proporcionaba cuantiosos ingresos fiscales para el sector público. Las comunidades autónomas y los ayuntamientos secundaron con entusiasmo las recalificaciones de terrenos, a menudo en lugares totalmente inadecuados, pues lo importante no era un desarrollo racional ni la sostenibilidad del medio ambiente,

sino cobrar por las licencias y por hacer favores a los constructores, siempre dispuestos a echar una mano con las campañas cuando llegaban las elecciones. También el Estado animó a los ciudadanos a la compra de viviendas, con deducciones fiscales por su adquisición y limitando los estímulos al alquiler.

Pero para vender todas esas viviendas hacía falta dinero y, para ello, se contó con un sector financiero dispuesto a prestar a destajo tanto a promotores (y no solo para la construcción, sino también para urbanizar y para comprar suelo) como a particulares. La venta, a su vez, volvía a generar ingresos en forma de impuestos, ahora, sobre todo, para las comunidades autónomas y el Estado. Las cajas de ahorros, controladas por políticos sin experiencia financiera pero con másteres en política clientelar, prestaban con facilidad para cualquier proyecto urbanístico. Los bancos, en lugar de aplicar los controles de riesgos normales, ante el temor de perder cuota de mercado frente a las cajas prefirieron también prestar a promotores y a deudores particulares sin la solvencia necesaria. La idea de que los préstamos malos los dieron solo las cajas de ahorros es falsa, como demuestra el hecho de que los bancos han tenido el mismo protagonismo en las ejecuciones hipotecarias y las refinanciaciones posteriores a la crisis.

En un contexto de tipos de interés bajos, fruto de nuestro ingreso en la Unión Europea, la estrategia parecía perfecta: todos ganaban. El ciudadano era propietario de su casa —lo cual le proporcionaba cierto estatus social y sensación de haber invertido correctamente su dinero—, el Estado y las demás administraciones obtenían ingresos fiscales que les permitían gastar más y los bancos y cajas ganaban dinero a espuertas. Por supuesto, los gestores de las entidades financieras se repartían bonus, dietas y pensiones con la generosidad típica del que gasta dinero ajeno.

La perversión del sistema se completaba a través del mecanismo para realizar las tasaciones de los inmuebles que servían de garantía al préstamo. Porque, si el banco presta a alguien cuya capacidad de repago es dudosa pero que ofrece una garantía que

cubre ampliamente el importe de la deuda, en teoría tendrá la posibilidad de cobrar, aunque sea tarde y después de un procedimiento judicial. La finalidad de la tasación es precisamente esa: que un tercero independiente valore el inmueble para que el prestamista sepa si la garantía es suficiente y cuánto debe prestar. Pero las empresas tasadoras no solo no eran independientes, sino que eran propiedad de las entidades financieras, lo que ni siquiera se trataba de ocultar: la tasadora de Caja Madrid era —lo han adivinado— Tasamadrid. Como lo que el prestamista quería era conceder crédito, la tasadora siempre tasaba al alza: al fin y al cabo, y con los precios subiendo más de un 10 por ciento cada año, si el valor de tasación no era cierto al día de hoy, ya lo sería el año siguiente... Así, si el consumidor quería comprar una casa que valía 300.000 euros, no se tasaba por ese valor, sino por un supuesto valor futuro sobre la base de una segura revalorización, por ejemplo, en 400.000 euros. Y listo.

¿Por qué se hacía así? Por varios motivos, todos relacionados entre sí. De haberse tasado a valor real, el banco que siguiera las directrices del Banco de España y los límites de la ley del mercado hipotecario solo podría prestar el 80 por ciento de ese valor, es decir, en nuestro ejemplo solo podría prestar 240.000 euros. Pero si se valoraba la casa en 400.000 euros, entonces podía prestar 320.000 euros (más del 100 por ciento del valor del inmueble). Este dato basta para demostrar que había completa conciencia casi desde el principio de que, si la máquina se paraba o si la burbuja dejaba de inflarse, todo el sistema saltaba por los aires.

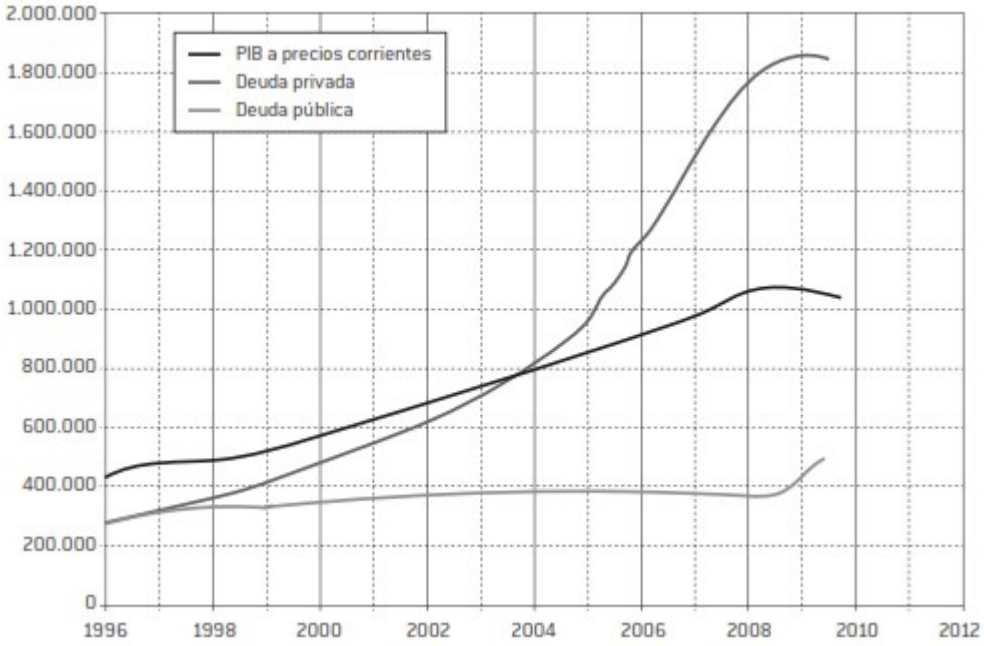
El problema es que, con esta forma de actuar, el banco no solo se engañaba conscientemente a sí mismo: la tasación es un requisito establecido por la ley del mercado hipotecario para que esos mismos créditos puedan venderse después en forma de títulos (o cédulas) hipotecarios en los mercados financieros a los inversores finales (normalmente extranjeros). Para garantizar la seguridad de estos títulos, la ley dice que el préstamo no puede superar el 60 por ciento del valor de tasación (o el 80, si es la vivienda habitual). De manera

que, al sobrevalorar las viviendas, los bancos estaban engañando también a sus clientes, a los propios accionistas y a los mercados financieros.

Como es obvio, la expansión de estas expectativas alcistas retroalimentaba el proceso de formación de la burbuja. Era frecuente oír a gente bien informada repetir el mantra de que la vivienda nunca había bajado en España, cuando entre 1991 y 1996 hubo una clara disminución de precios y, en términos reales, los precios tardaron más de diez años en volver a los niveles de 1991. Pero nadie quería parar la fiesta, y los poderes públicos o las entidades financieras, menos que nadie. Los ejecutivos cobraban sus bonus en función de los beneficios que se generaban a corto plazo con una política agresiva en la concesión de préstamos. También los agentes comerciales cobraban comisiones en función del número de préstamos hipotecarios que consiguieran contratar. Y los políticos tenían más dinero que nunca, tanto por los impuestos que generaba la construcción como por la facilidad de pedirlo prestado a «sus» cajas para todo tipo de proyectos inviables, verdaderos elefantes blancos cuyos esqueletos se encuentran repartidos hoy por toda España. Todo ello a la vista, ciencia y paciencia del supervisor.

SOMOS SUS HIJOS, PERO NADIE QUISO SER SU PADRE

La burbuja era tan evidente como invisible para el Gobierno y el Banco de España. Entre 1995 y 2008, tanto el precio de la vivienda como el endeudamiento privado (ver gráficos) se incrementaron en más de un 300 por ciento, mientras el PIB aumentaba solo en algo más del 100 por ciento, y en ese último año el crédito hipotecario concedido por los bancos españoles superaba el billón de euros.



El detonante de la crisis bancaria fue la crisis hipotecaria de Estados Unidos, pero, bastante antes de la quiebra de Lehman Brothers, el mercado inmobiliario español daba signos de agotamiento: en 2006 se ralentizaron las ventas y a mediados de 2007 los precios tocaron techo. En 2008, la combinación de la restricción mundial del crédito y el parón del mercado inmobiliario revelaron súbitamente el enorme volumen de crédito hipotecario que no se podía pagar.

El problema fue que este dinero que se había prestado no era de los bancos, sino de los inversores a los que se les habían colocado los títulos hipotecarios y, lo que resultaba todavía más delicado, de los depositantes. El denominado privilegio de «reserva fraccionaria» permitía a las entidades financieras dedicar a inversiones y préstamos el dinero que sus clientes depositaban en sus cuentas corrientes, estando obligados únicamente a mantener una fracción de él a modo de reservas mínimas para atender las disposiciones de efectivo de sus depositantes. Este privilegio de reserva fraccionaria facilitaba el denominado «descalce de plazos» (*maturity mismatch*): la entidad obtenía dinero a corto plazo (de

cuentas corrientes, depósitos y préstamos de otros bancos), pero lo prestaba a largo plazo. Es decir, que lo que al banco le prestaban a un año, él lo prestaba a treinta: cuando le tocaba devolver el dinero a la entidad, no le habían devuelto más que una ínfima parte de este segundo préstamo, por lo que tenía que obtener un nuevo préstamo. Si se paralizaba el crédito interbancario y nadie les prestaba dinero, las entidades bancarias, sencillamente, no podían pagar a sus acreedores, entre ellos a los depositantes. Pero también hay que destacar que el problema de liquidez solo fue el detonante: el problema de solvencia se hubiera manifestado en todo caso algo más tarde, puesto que una gran parte de los créditos concedidos no se podía repagar, como se ha visto después.

¿Y qué hicieron los bancos ante esta situación, con la total complicidad del poder político? Bueno, podemos decir lo que no hicieron, que fue desligarse de su responsabilidad en el desaguisado. Intentaron negar la paternidad del problema por la vía de oponerse a las reformas que hubieran reducido el dramático efecto final para los ciudadanos, ahondando así la crisis financiera, que pasó a convertirse en una crisis económica y, después, en una crisis social y política. Pero, para analizar cómo actuaron las entidades financieras, hay que distinguir las dos partes del problema existente: la primera, la deuda de los promotores inmobiliarios; la segunda, la deuda de los particulares. En ambos casos el regulador tocó la música que a los bancos les convenía, o, más bien, la que les convenía a sus gestores.

SIGUE SONANDO LA MÚSICA EN EL *TITANIC*

En relación con el crédito a los promotores, la música era como la que tocaba la orquesta del *Titanic*, pues los bancos —en vez de preparar los botes salvavidas— siguieron bailando mientras se hundía el barco. En realidad, muchas cajas de ahorros y algunos bancos parecían pertenecer, más bien, a la serie de zombis *The*

Walking Dead, pues eran muertos vivientes económicos, de todo punto insolventes y sin posibilidad de recuperación. Pero, por un tiempo, siguió sonando la música.

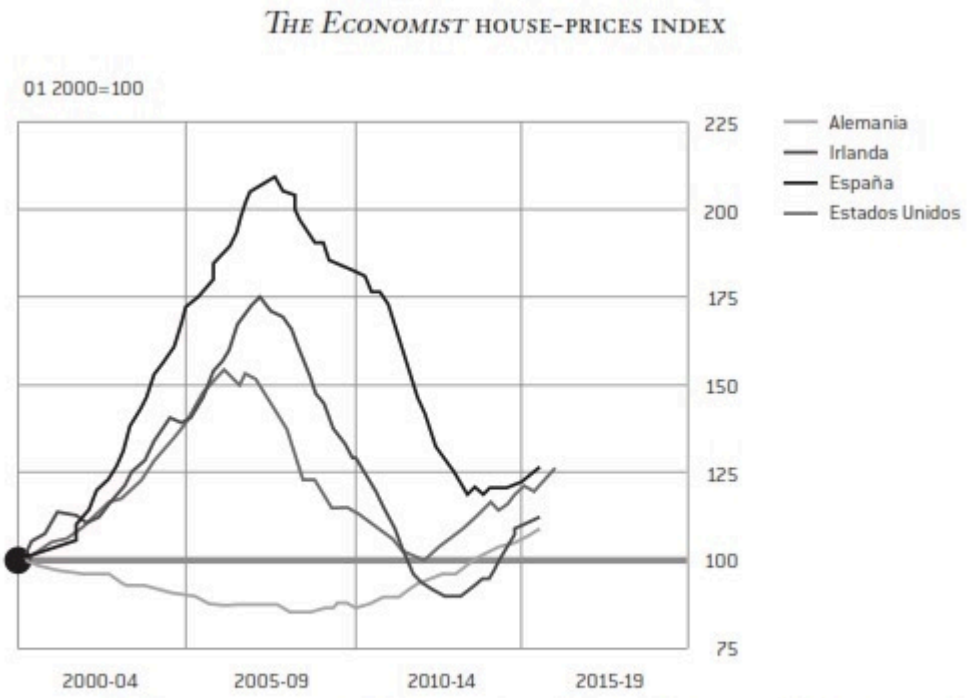
Cuando, en la segunda mitad de 2007, se detienen las ventas de viviendas y las promotoras no pueden pagar los préstamos, el ajuste no se produce a través de la liquidación de sus activos y la inevitable rápida bajada del precio de la vivienda. En un contexto de gran incertidumbre sobre la viabilidad de todo el sistema financiero, las entidades financieras convencieron al poder político para tomar otra dirección: la de la ya famosa «patada para adelante». Para que no quiebren los promotores, las entidades financieras acuerdan con ellos alargar los plazos, lo que significa que pactan refinanciaciones. Pero para blindarlas consiguen la aprobación por parte del poder político de una reforma de la Ley Concursal, que evitará que se anulen estas operaciones si, después, las promotoras terminan en concurso de acreedores. Como los bancos, a su vez, no pueden hacer frente a sus propios vencimientos de deuda, el Estado y el Banco Central Europeo (BCE) les prestan dinero, y el Banco de España echa una mano relajando las normas sobre provisiones en inmuebles, esto último para evitar que las daciones en pago que empiezan a aceptar masivamente de las promotoras supongan grandes pérdidas y revelen la delicada situación de solvencia de los bancos y la completa ruina de las cajas de ahorros.

Mientras tanto, bancos y cajas seguían declarando año tras año grandes beneficios (nada menos que la Caja de Ahorros del Mediterráneo [CAM] dio un beneficio de 368 millones en 2010), y muchos bancos repartían buena parte de los mismos en dividendos a sus accionistas (7.600 millones de euros repartieron, en 2010, solo los bancos del Ibex 35).

Recordemos que el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero había negado sistemáticamente la existencia de una burbuja inmobiliaria y de la crisis bancaria y, por tanto, le convenía apoyar la versión de una crisis corta, lo que justificaba la procrastinación. Pero no hay duda de que la capacidad de influencia de los bancos fue

fundamental para que el Gobierno no atendiese a los otros intereses que se estaban comprometiendo con esa política. Cabe sospechar que los expertos de las entidades financieras sí sabían que las refinanciaciones eran inviables, que las ventas y precios de la vivienda caerían mucho más y que, en consecuencia, se debía haber provisionado la pérdida previsible reduciendo esos supuestos beneficios; pero negarlo permitía a los gestores mantener sus puestos y cobrar sus bonus y sus dividendos al menos unos años más, aunque eso perjudicara a la economía, al Estado y a los propios bancos. Además, sabían que, como entidades sistémicas, el Estado y el Banco Central Europeo no les permitiría quebrar, por lo que ellos obtenían los beneficios inmediatos y los perjuicios a largo plazo ya los soportarían los contribuyentes: en suma, hablamos de la privatización de beneficios y socialización de pérdidas, una de las características esenciales del capitalismo clientelar.

Sin embargo, también esta política produjo perjuicios inmediatos. La falta de ajuste de precios contribuyó a paralizar el mercado inmobiliario. En otros países con burbujas inmobiliarias semejantes, como Estados Unidos e Irlanda, el ajuste fue más rápido, como muestra este gráfico de *The Economist*. Aunque, como se puede comprobar, al final en estos tres países hayamos llegado a un nivel de precios semejante con relación al del inicio de la burbuja, en España el ajuste se retrasó artificialmente casi dos años. Al principio de 2011, tanto en Irlanda como en Estados Unidos se había producido un 83 por ciento de la bajada total, mientras que en España, en cambio, solo se había producido el 37 por ciento de esta.



Fuente: *The Economist*; Banco de España; Deutsche Bundesbank; OECD; Standard & Poor's; national statistics.

Además de paralizar el mercado inmobiliario, esta política bloqueó todos los recursos financieros en esta actividad: durante al menos cuatro años (2008-2011), el único crédito que se concedía o renovaba y ampliaba era el que se sabía que no se iba a poder pagar. Fundamentalmente, el crédito de las promotoras, con mastodónticas refinanciaciones que no eran más que el preludio de otras mayores posteriores y de la insolvencia final (casos de Martinsa-Fadesa, Reyal Urbis y tantos otros). Mientras, las empresas que sí eran rentables veían como sus líneas de crédito se recortaban o convertían en préstamos, llevando a una contracción de la actividad económica y al correlativo aumento del paro.

Durante todo este tiempo, el discurso oficial del Gobierno era el dictado por los bancos: que el sistema financiero español era el más sólido del mundo y que los precios de la vivienda no iban a bajar. A mediados de 2010, la ministra de Vivienda decía que era el año ideal para comprar vivienda, y el propio presidente del Gobierno, en una entrevista en el canal CNBC, decía que los precios de la vivienda no

iban a bajar más y que incluso en algunos lugares estaban subiendo: como pueden ver en el gráfico, bajaron después casi el doble de lo que lo habían hecho hasta ese momento. Por tanto, no cabe dudar de que la política de la patada para adelante tuvo éxito y consiguió mantener artificialmente altos los precios de los inmuebles, pero las consecuencias fueron nefastas para la economía y, finalmente, también para los propios bancos.

Efectivamente, esta situación no se podía mantener mucho tiempo, y es que empezó a resultar evidente la condición de insolvencia de los bancos y cajas de ahorros. De nuevo, no fue el interés general, sino el estado del propio mundo financiero lo que propició el cambio de política. La patada adelante ya no funcionaba porque, cuanto más tiempo pasaba, más empeoraba la situación financiera de los bancos y cajas, al no afrontarse la situación real.

Fue el nuevo Gobierno de Mariano Rajoy el que finalmente cambió la política, forzado por la Unión Europea (en concreto, por el memorándum de entendimiento o MOU, por sus siglas en inglés), que lo impuso como condición para obtener el rescate bancario. El Gobierno dictó el Real Decreto Ley 2/2012, que obligó a los bancos a actualizar la valoración de los activos inmobiliarios, y el Real Decreto Ley 18/2012, que obligó a aumentar las provisiones de créditos al promotor y a ir vendiendo parte del *stock* inmobiliario acumulado. En cualquier caso, la tardanza en realizar el ajuste perjudicó enormemente al propio sistema bancario —que no empezó a conceder créditos hasta mucho después— y, en consecuencia, a la economía en general.

De cara al futuro debemos preguntarnos por qué las cosas ocurrieron como ocurrieron. No parece que en estas decisiones fueran relevantes los pagos o los favores directos al poder político, más allá de los famosos préstamos que los bancos concedían —siempre muy generosamente— a los partidos políticos con posibilidades y a la politización de las cajas de ahorros, utilizadas irresponsablemente como chiringuitos por muchos dirigentes autonómicos. Más bien, podemos hablar de un supuesto típico del

capitalismo clientelar: en este ámbito, coincidían los intereses particulares de todos los protagonistas con poder político y económico, pero nadie se acordaba de los intereses generales de los ciudadanos.

Recordemos que también las necesidades de financiación del Estado en ese momento de crisis obligaban al Gobierno a «mimar» a los bancos, que eran los que compraban la mayor parte de la deuda que emitía. De eso hablaba el representante de la AEB cuando presumía de que los bancos eran los que mantenían la solvencia de España en el exterior. Tampoco cabe duda de que el poder político estaba capturado psicológica o «culturalmente» por los bancos, como escenificaron las reuniones del presidente Zapatero con los banqueros, en las que Emilio Botín parecía dominar el escenario y ejercer una especie de tutela. La red de influencia de los bancos se extendía también a los expertos, catedráticos que doblaban como abogados de grandes despachos y cuyo trabajo en ese momento consistía, precisamente, en realizar las grandes refinanciaciones. Es triste reconocerlo, pero al final solo la presión de Bruselas fue capaz de romper, cuando no hubo más remedio, el abrazo entre el sector financiero y el político, que nos estaba arrastrando a todos hacia el abismo.

Perder la casa y el futuro

La segunda pata de la burbuja crediticia la constituían los préstamos hipotecarios a particulares para la adquisición de vivienda. De 2004 a 2008 se concedieron más de cinco millones de préstamos, por plazos e importes cada vez mayores, con tasaciones sobrevaloradas y con ratios de préstamo sobre valor que también se incrementaron del 66 al 80 por ciento entre 1995 y 2001. Este gráfico muestra a las claras el crecimiento desmedido en los años previos a la crisis.

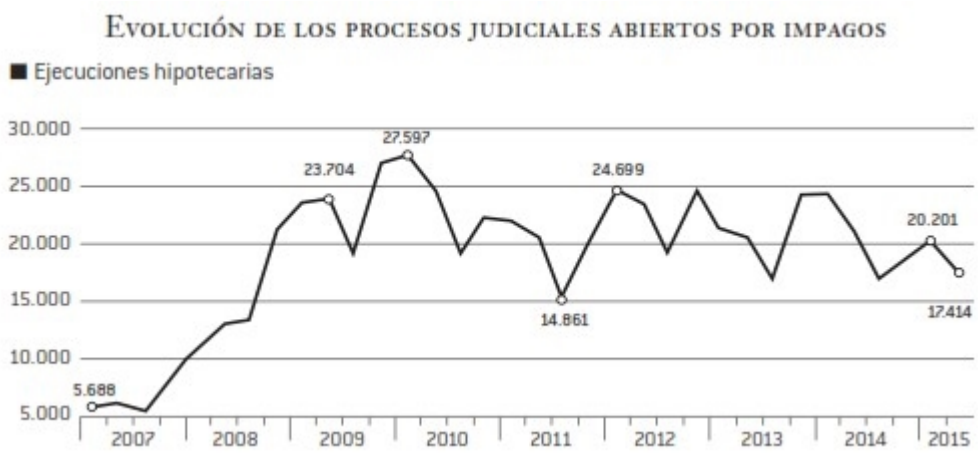




Al aumentar el paro (pasa del 8 al 23 por ciento entre 2007 y 2011), el número de familias que no pudo pagar la hipoteca también aumentó de manera vertiginosa y en muy poco tiempo, pasando de menos del 0,5 por ciento al 3 por ciento en menos de un año.

Aunque desde instancias políticas e internacionales se instaba a los bancos a refinanciar la deuda, las entidades financieras no lo hicieron. Esos retrasos en el pago se convirtieron en poco tiempo en reclamaciones de devolución total y, ante la imposibilidad de pagar, se acudió a los tribunales de justicia para que ejecutaran las

garantías, es decir, para que se vendieran las viviendas en subasta: las ejecuciones hipotecarias se multiplicaron por cinco en pocos años (ver gráfico).



Veamos qué pasaba en esos casos como consecuencia de una regulación claramente protectora de las entidades financieras.

Juan y Marta fueron desahuciados de la que era su casa en 2011. La compraron en 2004 por 240.000 euros —más IVA y gastos —, con una hipoteca de 180.000 euros. Durante cinco años pagaron una cuota mensual de algo menos de 1.000 euros, hasta que, en 2009, Juan perdió el trabajo. Empezaron a ingresar cantidades inferiores todos los meses, pero ante la falta de pago, el banco pidió la devolución de todo el préstamo e inició el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Casi dos años después concluyó el procedimiento de ejecución y la casa salió a subasta. Como el valor real se había reducido a la mitad del tipo de subasta que el banco había fijado en la escritura de hipoteca (240.000 euros), nadie acudió a pujar. El banco, como le permitía la LEC, se adjudicó la casa por el 50 por ciento del valor de tasación, es decir, 120.000 euros. Porque, cuando no hay pujas, la ley permite que el banco se quede con la vivienda, pero no por el valor con que la tasó, sino por un 50 por ciento del tipo de subasta que se fija en la escritura (y que, en la práctica, fija el banco). Esto hace que sea posible que subsista una parte muy importante de la

deuda, que aumenta con los intereses de demora. Por eso Juan y Marta no solo se quedaron sin casa y sin trabajo (a Marta la echaron en 2010), sino que, además, el banco les reclama otros 100.000 euros (50.000 euros por capital no pagado, 40.000 por intereses de demora y 10.000 por las costas y gastos derivados de la ejecución). Como tienen embargadas las cuentas por las deudas de la comunidad y saben que el sueldo se lo embargarían en parte (Marta ya lo sufrió cuando trabajaba), intentan buscar trabajos que puedan cobrar en negro y no ven ninguna posibilidad de repagar esa deuda, que va generando nuevos intereses.

¿Cómo puede pasar esto?

En primer lugar, porque el deudor responde de la deuda hipotecaria con todos sus bienes presentes y futuros y no solo con el bien hipotecado. Esto es la regla general en Europa y en la mayoría de los estados de Estados Unidos; y en principio es razonable, ya que, si en caso de aumento de valor de la vivienda es el propietario —y no el banco— el que se aprovecha de él, no parece lógico que si baja su precio el deudor pueda liberarse de la deuda entregando la propiedad al banco, que sufriría la pérdida de valor. El problema es que, a diferencia de países como Alemania y Francia, aquí no existía un sistema de resolución del conflicto para el caso de que el deudor no pudiera pagar por circunstancias ajenas a su control (paro, crisis matrimoniales, enfermedad). En todos los casos, sin excepción, la ley era implacable: se liquidaba su patrimonio y el deudor seguía debiendo toda la deuda pendiente, por lo que, si esta era grande, quedaba en la práctica no solo arruinado, sino sin posibilidad de volver a rehacer su vida económica, es decir, en situación de exclusión social. Y esto, además, pasaba aunque el acreedor hubiera concedido el préstamo de forma irresponsable, lo cual había sido habitual a lo largo de los años que han precedido a esta crisis financiera. El préstamo hipotecario se había concedido teniendo en

cuenta solo el valor (inflado) del inmueble, pero no la solvencia de los deudores. Poco importaba —siguiendo el ejemplo— que la nómina de Juan y Marta apenas fuera suficiente para el pago del préstamo hipotecario y para atender las necesidades ordinarias de una familia. Lo importante era el valor de la casa dada en garantía.

En segundo lugar, porque el procedimiento de ejecución hipotecaria también estaba totalmente sesgado a favor del acreedor, lo que, a su vez, suponía un estímulo para que los acreedores prestaran alegremente sin pararse mucho a evaluar el riesgo. Si el deudor no pagaba, se iniciaba la ejecución, y las consecuencias de esta irresponsabilidad en la concesión de crédito las asumía el deudor. Si el préstamo contenía una cláusula de intereses de demora al 21 por ciento (que, seguramente, hubiera sido declarada abusiva por un juez), no pasaba nada, porque en el procedimiento de ejecución hipotecaria no se podía alegar el abuso, y si intentaba alegarlo en un procedimiento ordinario, dado que el procedimiento ejecutivo es más rápido, con toda probabilidad habría perdido la casa antes de que le dieran la razón. Como siempre, tenemos muchas normas que pretenden proteger al consumidor, pero muy pocos mecanismos procesales para hacerlas efectivas, por lo que se quedan en papel mojado.

Por ese motivo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sacado tanto los colores al legislador español, diciéndole que la protección que proporcionan al consumidor las normas comunitarias en España no existe en la práctica, por la sencilla razón de que los ciudadanos no tienen instrumentos para hacerlas efectivas. ¿Qué miedo tuvieron los bancos a incluir cláusulas abusivas en sus hipotecas? Pues ninguno. La ejecución hipotecaria era imparable y ese deudor (insolvente) tenía que demandar al banco él solito, en plan llanero solitario, porque, como ya hemos visto en otro capítulo de este libro, en España las acciones colectivas que benefician en conjunto a muchos consumidores tienen una regulación lamentable que las hace poco eficientes.

Lo peor del caso de Juan y Marta no es que sea real, sino que es un supuesto típico (en importes y plazos) de los cerca de nueve millones de hipotecas de viviendas que se constituyeron en España entre los años 2000 y 2008. Si tenemos en cuenta que el paro ha sido, durante la crisis, superior al 25 por ciento, y que el 40 por ciento del mismo es de larga duración, es evidente que se trata de una realidad que ha afectado a varios cientos de miles de familias en nuestro país. La situación de exclusión social en la que quedaban estas familias se denunció ya en 2011 en un excelente informe de la Defensora del Pueblo.[1] Otro informe, en este caso del FMI (el WEO de abril de 2012), señalaba que las crisis inmobiliarias son mucho más profundas y persistentes cuando van precedidas de un alto endeudamiento de las familias, y por ello recomendaba la adopción de políticas públicas dirigidas a evitar las ejecuciones hipotecarias y a conseguir su desapalancamiento a través de reestructuraciones de la deuda.

Todo esto era ya previsible desde el año 2007 y evidente desde finales de 2009, como revelan los gráficos anteriores. Se podía y se debía haber actuado, porque las soluciones no parecían especialmente complicadas. Por una parte, debían corregirse las situaciones claramente injustas derivadas de las cláusulas abusivas (sobre todo, los intereses de demora) y del mal funcionamiento de la ejecución hipotecaria (adjudicación del bien por precios muy inferiores a la tasación). Por otra, se debía establecer un sistema para reducir la deuda de aquellos deudores de buena fe que estuvieran sobrendeudados para que, tras su insolvencia, pudieran empezar de nuevo, es decir, lo que se llama una ley de segunda oportunidad.

Finalmente, se debían arbitrar soluciones especiales de refinanciación de la deuda para que las familias sobrendeudadas sin capacidad de pago pudieran seguir en sus viviendas. Para conseguir esto último existían varios modelos ya experimentados: la compra y refinanciación de esa deuda por el Estado (como se hizo en Estados Unidos tras las crisis de 1929) o un acuerdo con los bancos que los

obligara a refinanciar los préstamos de las familias en dificultades, como se había hecho en Islandia, el primer país en el que se desató la crisis financiera de 2008.

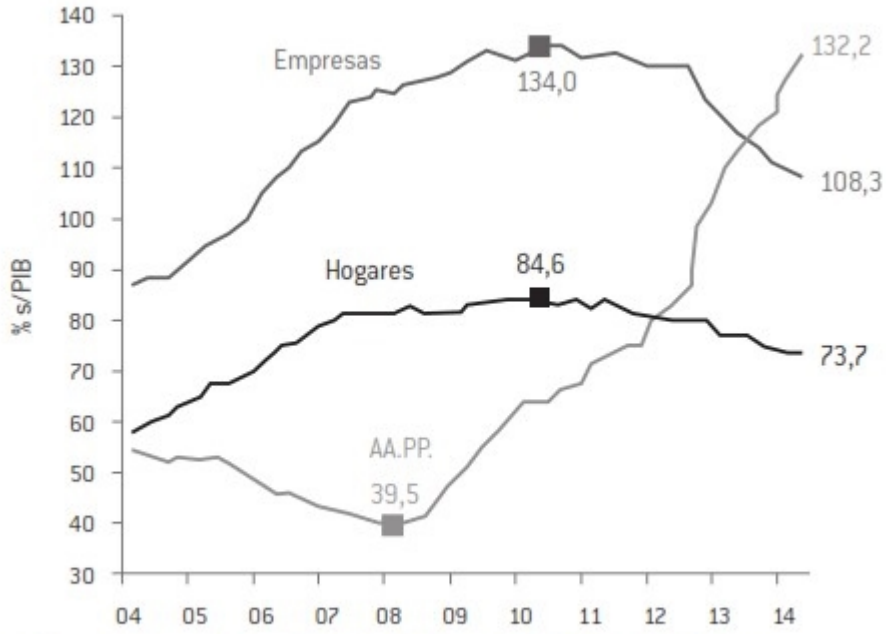
Además, el problema —a diferencia del crédito al promotor— no tenía una dimensión inabordable: aunque la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) hablaba de 400.000 familias desahuciadas, ya en 2013, y la Banca dividía esta cifra por 10, parece que se han producido alrededor de 10.000 y 15.000 lanzamientos de vivienda habitual anuales desde el año 2009 y una cantidad semejante de daciones en pago.[2] Por tanto, el número de familias con necesidad de soluciones excepcionales era importante (entre 200.000 y 300.000 préstamos), pero solo representaba alrededor de un 3 por ciento del total de los ocho millones de préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual.

Mientras tanto, Juan y Marta, como tantos otros deudores que no podían cumplir sus obligaciones (muchas veces, porque les habían evaluado mal su solvencia al concederles el préstamo y luego, además, habían perdido su trabajo), eran condenados a la exclusión social. Esta situación se traducía en más gasto para el Estado, en pérdida de ingresos por falta de actividad económica y en aumento del gasto en prestaciones por desempleo. Así, lo que en España empezó siendo un problema de deuda privada (alto endeudamiento de empresas y particulares) se ha acabado convirtiendo en un problema de deuda pública que ha provocado recortes en el Estado de bienestar —porque ya sabemos que el gasto político en España no se toca—, lo que, a su vez, ha generado frustración y ha alimentado al populismo político. Las cifras hablan por sí solas.

En realidad, se sabía lo que había que hacer, no era tan difícil. Solo faltaba lo esencial: voluntad política. El problema es que esa falta estaba influida decisivamente por unas entidades financieras que se resistían a perder los privilegios legales que les permitían hacer de su capa un sayo. Por una parte, las entidades financieras adoptaron una actitud completamente pasiva con sus clientes,

quizás confiando en que las terribles consecuencias del impago obligaran a los deudores a buscar el dinero en algún sitio. En algunos casos, consentían en alargar el plazo para pagar, pero se negaban en redondo a llegar a acuerdos de reducción de deudas e intereses, por lo que el problema solo se aplazaba. Muy pocos aceptaban daciones en pago, y casi siempre de deudores extranjeros, puesto que sabían que, si estos abandonaban el país, quedarían fuera de su alcance. Por otra parte, las entidades financieras se movilizaron activamente para que los cambios legales posteriores fueran del tipo que hemos denominado «legislar para la foto»: que parezca que se protege al consumidor cuando la norma no sirve para nada.

DEUDA DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA*



* Deuda materializada en préstamos y valores representativos de deuda.

Fuente: Banco de España.

Al Gobierno del presidente Zapatero no parecía preocuparle mucho esta situación, pues solo al final de la legislatura, en julio de 2011, se tomaron algunas medidas paliativas. Así, el Real Decreto Ley 8/2011 aumentó el importe inembargable de los salarios para las

familias que habían perdido su vivienda como consecuencia de la ejecución hipotecaria, y se incrementó el valor por el que los bancos se podían adjudicar la vivienda tras la ejecución (del 50 al 60 por ciento del tipo fijado para la subasta).

Mientras tanto, el problema social se agravaba y el activismo de diversas asociaciones (con la PAH a la cabeza), el dramatismo de los lanzamientos e, incluso, algunos casos de suicidio relacionados con la pérdida de la vivienda convirtieron la cuestión de los desahucios en un asunto de primera magnitud.

El siguiente Gobierno, ya muy presionado, sí se dio prisa en aprobar el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, que establecía el Código de Buenas Prácticas (CBP) —en la órbita que podemos llamar islandesa— al que se podían adherir voluntariamente los bancos. El problema no fue este carácter voluntario (todos se adhirieron casi de inmediato) ni tampoco los beneficios que contemplaba, que eran los adecuados.[3] El verdadero drama es que los requisitos exigidos para que el deudor tuviera acceso a esos beneficios eran tan estrictos (falta absoluta de trabajo, ingresos y patrimonio del deudor, de sus avalistas y de todos los miembros de su unidad familiar, bajo valor de la vivienda, etc.) que hubiera sido más fácil que pasase un camello por el ojo de una aguja o, incluso, que entrase un banquero en el reino de los cielos y no que un deudor entrase en el ámbito de su aplicación. Volviendo a nuestro ejemplo, aunque Juan y Marta hubieran conseguido pagar su hipoteca hasta 2012, eso tampoco les hubiera servido de nada, pues quedaban excluidos solo por el hecho de que el precio de su vivienda era superior a 200.000 euros. Unos privilegiados, vaya.

Nunca sabremos qué pasaba tras las cortinas, pero no es difícil imaginar que los umbrales para acogerse a los beneficios del real decreto ley fueron cocinados por los bancos y servidos al legislador. No deja de resultar significativo que, en la misma mañana en la que se anunció el CBP, el Banco Santander comunicó que se adhería al mismo, en teoría sin haber tenido ni tiempo para estudiar sus consecuencias; quizás es que ya lo conocía. Recordemos que el

subsecretario del Ministerio de Presidencia, en esa época, venía del Banco Santander. En cualquier caso, lo cierto es que la reforma no sirvió prácticamente para nada: cuando, un año después, Ada Colau compareció en el Congreso como representante de la PAH para defender una iniciativa legislativa popular que proponía la dación en pago, solo se habían realizado 894 refinanciaciones a su amparo.

Ante el evidente fracaso de la norma y ya con los desahucios apareciendo por primera vez entre las principales preocupaciones de los españoles en el barómetro del CIS, el Gobierno dictó otro decreto ley en noviembre de 2012 por el que se suspendían los lanzamientos en unos supuestos algo más amplios que los del CBP. Una medida más efectiva que la primera, pero que no abordaba el problema de fondo del sobrendeudamiento de las familias y solo evitaba el lanzamiento inmediato, dejando al deudor —una vez pasada la moratoria— en la misma situación que hemos visto. Por tanto, era poco más que un parche (otra patada para adelante) para detener la avalancha de noticias sobre desahucios.

Tras esta reforma, como ya hemos adelantado, llegó la Iniciativa Legislativa Popular (ILP), presentada por la PAH, que proponía como medida estrella la dación en pago voluntaria para los deudores. Las intervenciones en el Parlamento fueron muy reveladoras. El representante de los bancos —por cierto, un abogado del Estado en excedencia— seguía con el discurso de siempre de no cambiar nada para no afectar a la «cultura de pago», e incluso criticaba que se hubiera aumentado el valor de adjudicación al banco en caso de ejecución hipotecaria. Argumentos de ese tipo (como si la falta de ingresos derivada del desempleo fuera un problema de «cultura de pago») servían de gasolina para el incendio de los desahucios. En el frente contrario, una hasta entonces desconocida activista llamada Ada Colau acaparaba titulares llamando criminales a los bancos en general y a su representante en particular, y advertía a los diputados de que más les valía votar a favor de la ILP (la PAH ya estaba, por entonces, promoviendo los escraches). Estos excesos, sin embargo, iban acompañados de denuncias reales sobre la situación de las

familias, y con cierta razón denunciaba que, en realidad, el CBP no había hecho más que proporcionar una coartada a los bancos para negarse a negociar cuando el cliente no entraba en su reducidísimo ámbito de aplicación.

Tras el rechazo de la ILP, el Parlamento por fin realizó una reforma más amplia a través de la Ley 1/2013. En parte, no le quedaba más remedio, pues la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso Aziz) ya había declarado que era necesario modificar el procedimiento de ejecución para que se pudiera examinar el carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos. Se aprovechó también para modificar los requisitos para acogerse al Código de Buenas Prácticas y, aunque su ámbito seguía siendo reducido, ahora sí amparaba a gran parte del colectivo que requería de ayuda para salir de una situación de sobrendeudamiento. El resultado es que, desde ese momento, se han realizado a su amparo más de 10 000 reestructuraciones anuales, y las entidades han pasado de rechazar el 75 por ciento de las solicitudes a aceptar ese mismo porcentaje. También aumentaron las renegociaciones al margen del CBP y, en consecuencia, se redujeron las ejecuciones sobre vivienda ocupada: la preocupación por los desahucios, en el barómetro del CIS, prácticamente desapareció.

Sin embargo, por el camino se habían perdido mucho tiempo y otras cosas más importantes. Se había producido un enorme daño humano a las familias sobrendeudadas; había empeorado la situación financiera real de los bancos al aumentar su cartera de créditos y activos «malos»; y, además, la inacción ante el drama humano tuvo el enorme coste sociopolítico de legitimar las posiciones más radicales. Hay que reconocer que, sin la actuación de la PAH y su influencia en la opinión pública, es posible que no se hubiera llegado a las reformas que finalmente aliviaron el problema. Por otra parte, lo que es seguro es que, sin el protagonismo que la PAH le dio a Ada Colau, ella nunca hubiera llegado a ser alcaldesa de Barcelona.

Podríamos pensar que bancos y legislador ya han aprendido la lección y comprendido que actuar mal y tarde es peor. Sin embargo, no parece ser así. Basta comprobar cómo han actuado posteriormente en relación con varias cuestiones muy cercanas a las prácticas abusivas en el crédito hipotecario, como las medidas de recuperación para la vida económica activa de los deudores en situación de insolvencia (también llamada segunda oportunidad), las limitaciones a los intereses de demora o el problema de los tipos para subasta.

TAMPOCO A LA SEGUNDA (OPORTUNIDAD)

Ya vimos antes que Marta y Juan (que son insolventes, pese a su buena fe y a consecuencia de un préstamo concedido de forma irresponsable) fueron sentenciados a la más absoluta exclusión social: tras liquidar su patrimonio, debían seguir pagando una deuda con sus rendimientos futuros, de manera que quedaban condenados a la indigencia o al trabajo informal.

Pues bien, ¿por qué no se aprobó una ley de segunda oportunidad con la finalidad de exonerar de pago a esos pasivos hasta febrero de 2015, cuando se trataba de una medida presente en la mayoría de los países desde hacía bastantes años? Ni la presión internacional (recomendaciones del Fondo Monetario Internacional) ni la de la Unión Europea fueron suficientes. Nuestros políticos repetían el discurso de los bancos: cualquier ayuda a los deudores en dificultades «afectaría a la cultura de pago». Solo la cercanía de las elecciones facilitó que finalmente se aprobara la Ley de Segunda Oportunidad: en enero de 2015 se puso en marcha a toda velocidad una reforma que, a consecuencia de las prisas, presentaba graves defectos técnicos y que, una vez más, fue un auténtico brindis al sol. De nuevo, se trataba de que *pareciera* que se resolvía un problema, cuando los responsables eran o debían de ser conscientes de que no se avanzaba gran cosa. Sin embargo, la

reforma consiguió un objetivo: que el presidente del Gobierno la mencionara en el debate sobre el estado de la nación que se celebró en febrero de 2015.

Por otra parte, los intereses de demora en los préstamos hipotecarios que se concedían hasta la llegada de la Ley 1/2013 estaban en una media cercana al 20 por ciento y, en algunas entidades, eran del 29 por ciento. Eran unos intereses desproporcionados, abusivos y que contribuían a que los deudores —tras la ejecución de la vivienda— siguieran soportando una deuda que no podían devolver. Por esa razón, su limitación a través de la ley era una de las reivindicaciones no solo de la PAH, sino de muchos economistas y juristas poco sospechosos. Con esa limitación se hubiera solucionado de un plumazo el problema de su inclusión en las escrituras de préstamo y, además, respondía a una clara lógica económica: diversos estudios han destacado que, cuando la percepción del cliente es que la probabilidad de que se aplique ese tipo de interés es baja, tiende a ignorarlos, por lo que la competencia no opera sobre el tipo.[4] De esa manera, se terminan fijando intereses excesivamente altos. En realidad, es razonable sospechar que no persiguen tanto disuadir del impago como aprovechar ese fallo de mercado y sacar beneficios de las muchas pequeñas demoras de millones de prestatarios que, en el momento de firmar la hipoteca, no piensan retrasarse. Por ese motivo, en muchos de los países más importantes de nuestro entorno la ley establecía un máximo para este tipo de intereses, que variaba entre 0 y 5 puntos por encima del interés ordinario.

Sin embargo, también para conseguir esto hubo que esperar a la Ley 1/2013, y de nuevo la limitación se hizo de forma insuficiente: se estableció una limitación de dos puntos más que el interés ordinario, pero solo para los deudores en situaciones de vulnerabilidad, y a tres veces el interés legal del dinero para los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual. La primera medida era de aplicación muy excepcional, y la segunda era inadecuada por varias razones. Por un lado, se alejaba de la práctica

habitual de establecer un margen sobre el interés ordinario y, por el otro, el interés seguía siendo excesivo con relación al posible perjuicio del banco. Además, solo se aplicaba a los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda habitual con hipoteca de esa misma vivienda, cuando lo lógico es que se hubiera aplicado a todos los préstamos a consumidores.

La insuficiencia de la norma hizo que muchos deudores siguieran denunciando su carácter abusivo ante los tribunales de justicia, dando lugar a una polémica jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha establecido que son abusivos con carácter general los intereses de demora superiores en dos puntos al interés ordinario (sentencias de 18 de febrero y 23 de diciembre de 2015 y de 3 de junio de 2016). Según muchos autores, el Tribunal Supremo se excede en sus competencias, pues el carácter abusivo ha de declararse, en función de las circunstancias de cada caso, por el juez o tribunal que lo enjuicie, y no puede hacerse con carácter general.[5] El problema es que no parece que se trate de un error de criterio, sino de una decisión deliberada de los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo: el magistrado Marín Castán, después de una jornada sobre activismo judicial, manifestó que tras las sentencias del TJUE estábamos sin ley hipotecaria y que, por tanto, tenían que ser los jueces los que decidieran y el Tribunal Supremo el que estableciera los criterios generales.

Como vemos, la crisis también ha llevado a la subversión de los principios de nuestro ordenamiento jurídico, y el Tribunal Supremo, ante la pasividad del legislador, se considera ahora «obligado» a ocupar ese espacio. En todo caso, aunque hay que criticar estos excesos, no se puede olvidar que el origen de esta situación ha sido la actuación desleal y abusiva de las entidades financieras, tolerada —o, incluso, amparada— por el poder político. Desde luego, el medio no es el más adecuado, pero lo cierto es que, ante la inacción del legislador, ha sido la única forma de conseguir unos intereses de demora reducidos en los préstamos hipotecarios.

En cuanto a los tipos para la subasta de los inmuebles, ya hemos comentado que un grave problema de la ejecución hipotecaria era que la ley permitía que, si no había ofertas, el banco se pudiera adjudicar la vivienda por el 50 por ciento del tipo de subasta, que es un valor que se fija en la escritura de hipoteca.[6] Este tipo de subasta en teoría se pacta por las partes, pero en la práctica es fijado en la escritura por el banco, sin que el prestatario lo negocie. Además, la Ley Hipotecaria no exigía que ese tipo tuviera ninguna relación con el valor de tasación, que casi siempre se realizaba por el banco (a través de una tasadora suya). Solo para los préstamos que se fueran a titulizar —es decir, cuando se va a vender el crédito a terceros— estaban obligados (art. 8.2 del Real Decreto 716/2009) a fijar como tipo de subasta el mismo valor de tasación oficial; y eso es lo que se hacía en la mayoría de los préstamos concedidos por los bancos. Otros prestamistas —en particular, los usureros—, por el contrario, señalaban un valor para la subasta inferior al real, lo que les permitía adjudicarse las viviendas por un precio ridículo.

Es muy importante recordar que el valor de subasta tiene una función muy significativa de protección del deudor. Se trata del precio por el que la finca sale a subasta, y aunque se admiten ofertas inferiores, si ninguna oferta llega al 50 por ciento, el secretario puede no aprobar el remate, atendiendo a la situación del deudor y a los efectos que para él tendría esa adjudicación. Además, en el caso de que no haya postores, el tipo sirve para fijar un valor mínimo por el que el acreedor puede adjudicarse el bien (art. 671 LEC), que las sucesivas reformas han ido aumentando del 50 al 70 por ciento en el caso de vivienda habitual. Este cambio —que el representante de la banca criticaba en el Congreso— es muy importante: en el ejemplo de Juan y Marta, la reforma les hubiera supuesto un ahorro notable. Hubieran pasado a tener una deuda de 52.000 euros en lugar de 100.000.

En la tramitación de la Ley 1/2013, una enmienda del PSOE propuso que se estableciera, con carácter general, la obligación de que el tipo de subasta fuera, como mínimo, el valor de tasación. Pero, de manera un tanto sorprendente, la norma estableció que el tipo tenía que ser el 75 por ciento del valor de tasación. Esto no tiene sentido, pues, como señala González-Meneses, supone que la finca vale mucho cuando se trata de que el banco acreedor alardee de solvencia frente a los inversores a los que ofrece sus bonos o cédulas hipotecarias, pero mucho menos cuando se trata de apropiársela si el deudor no consigue pagar el préstamo.[7] La ley del embudo. Con esta solución no solo se perjudica a los deudores, sino que se están poniendo las bases para la siguiente burbuja inmobiliaria: el banco puede hacer tasaciones que ni él se cree, pues si el deudor no paga, se adjudicará el piso muy por debajo de ese valor (por el 70 por ciento del 75 por ciento, es decir, el 52,5 por ciento). De manera que, tras tres reformas para «ayudar» al deudor, si el banco ahora establece el tipo en el 75 por ciento en vez de en el 100 por ciento de la tasación, volvemos al punto de partida. En definitiva, las reformas han quedado otra vez en papel mojado y en beneficio de las entidades financieras. Aunque la queja del representante de la AEB en el Congreso —alegaba que, subiendo el valor de adjudicación, se aprobaba una dación en pago de «a poquito»— tuvo menos repercusión mediática que la intervención de Ada Colau, lo cierto es que fue escuchada por quien de verdad importaba: el legislador.

Para algunos autores, como Matilde Cuena, con esta reforma se empeoraba la situación anterior, pues había que entender que esta norma se aplicaba a todos los préstamos, también a los sometidos a la ley del mercado hipotecario.[8] Otros entendían que el mínimo del valor de tasación seguía vigente para los préstamos sometidos a esta norma y que el límite del 75 por ciento se aplicaba ahora a los demás préstamos, suponiendo, por tanto, una mejora —aunque insuficiente— respecto de la situación preexistente.[9]

Pero el colmo del abuso llega con la Ley 19/2015, de 13 de julio, una norma sobre subasta electrónica que cambia de tapadillo la redacción de los artículos 682 de la LEC y 129 de la Ley Hipotecaria, de manera que confirma que la tasación solo es necesaria cuando así lo exija la ley del mercado hipotecario y, en consecuencia, que solo en esos casos se aplica el mínimo del 75 por ciento. Por tanto, no estamos igual, sino que estamos peor que antes: ahora, los bancos van a tener la tranquilidad de poder adquirir bienes a bajo precio en el caso de que vuelvan los impagos, libres, además, de la limitación del reglamento para los préstamos titulizables. La reforma también llega en el momento oportuno, justo cuando los bancos empiezan de nuevo a proporcionar créditos hipotecarios. Aparentemente, algunos se están preparando —y muy bien— para la siguiente burbuja. Pero no parece que a nuestros políticos les importe mucho que se perjudique a los deudores ni que, al mismo tiempo, se facilite el «trabajo» de los prestamistas/usureros, que, en caso de impago, pueden burlar la prohibición legal de apropiarse de los bienes con la fijación de unos valores para subasta ridículos.

La vida sigue igual

Como se ha podido comprobar en la exposición anterior, nada de lo sucedido fue casual. Todo nuestro sistema jurídico estaba diseñado para favorecer a las entidades financieras, lo que (según sus muy bien pagados) incentiva la concesión de crédito. Pero lo que realmente se incentivó fue la concesión de crédito irresponsable. Tras la crisis, las reformas han sido tuteladas por los bancos, de manera que los cambios han ido siempre a remolque de las necesidades reales, con un enorme coste social y económico. Comentando, en su reciente libro, la venta de participaciones preferentes por las entidades financieras, el economista Andreu

Missé ha dicho que esa «gran estafa deja en evidencia el poder desproporcionado que tiene la banca en España. Tiene cautivo al legislador y al regulador».

La captura, como hemos visto, se realiza a través de una red tupida —o, más bien, de varias redes—, activando muchas de las herramientas que hemos ido analizando. Empezamos por la compra de la deuda pública por parte de los bancos (un típico pacto clientelar), seguimos por su carácter sistémico, que obliga al Estado a no tomar ninguna medida que pueda disminuir su solvencia, y terminamos por la obligación de rescatarlos, dado que son demasiado grandes para asumir ninguna responsabilidad (o, por decirlo de otra manera, son más fuertes que el propio sistema). A estos mecanismos hay que añadir la captura «cultural» a la que tanto contribuyen las puertas giratorias y la utilización de expertos y académicos muy bien remunerados en defensa de sus intereses. Por último, no olvidemos su potentísima industria defensiva, capaz de movilizar a los más importantes despachos de abogados del país. Es comprensible que el ciudadano de a pie se encuentre tan desvalido. Solo le queda recurrir a los tribunales de justicia.

Tras la crisis, la situación puede haber empeorado. Es cierto que la relación directa entre política y sector financiero de las cajas de ahorros ha desaparecido con las propias cajas, pero esta sea quizás la única mejora clara, que, por cierto, nos ha salido extraordinariamente cara, de manera que los que proponen una banca pública deberían meditar seriamente sobre esta experiencia. Resulta que hoy tenemos todavía menos entidades que antes y de mayor tamaño, lo que, por una parte, reduce la competencia y, por otra, refuerza su carácter sistémico. Esta situación les proporciona razones de sobra para no controlar los riesgos adecuadamente. El préstamo irresponsable sigue sin tener una sanción adecuada, y tiene pinta de que así seguirá siendo por mucho tiempo.

Tampoco la actitud de las entidades financieras ha cambiado. De la última reforma comentada se deduce que siguen utilizando su línea directa con el poder, ahora para ir deshaciendo las reformas a

favor del deudor que se impusieron durante la crisis. No parece que sea un hábito fácil de cambiar, dada la enorme interdependencia entre el poder político y el financiero y la costumbre de escuchar solo a los bancos en las reformas que los afectan. La experiencia reciente indicaría que únicamente la movilización popular o la intervención externa son capaces de impulsar reformas que los bancos no apoyan. Parece que solo desde la Unión Europea —o desde la movilización ciudadana— podemos esperar cambios hacia la exigencia de una mayor responsabilidad en la concesión del crédito, pues da la sensación de que aquí necesitamos de «burbujas» para crecer y que el sobrendeudamiento es la única vía. En fin, aparentemente, nuestros responsables políticos y financieros no han aprendido nada.

De lo que no cabe duda es de que hay que seguir denunciando las reformas que perjudican a los deudores y reclamando las que pueden mejorar su situación. Deben imponerse sanciones contractuales al crédito irresponsable, como sucede en otros países, en los que un juez puede privar al prestamista de los intereses cuando este no ha evaluado adecuadamente la solvencia del deudor. Para que los jueces puedan verificarlo con facilidad, es necesario que los prestamistas compartan información financiera positiva de sus clientes (es decir, no solo de los impagos), de forma que el coste de crédito se ajuste a la prima de riesgo real de los clientes, en términos parecidos al funcionamiento del mercado del seguro. Así sucede en muchos países europeos y en Estados Unidos.

Los buenos pagadores tienen que tener derecho a un crédito más barato, y hay que evitar que los prestamistas centren su actividad en préstamos de alto riesgo externalizando los costes de los incumplimientos a todos los clientes y aumentando los tipos de interés y las comisiones, en definitiva: pagando justos por pecadores. Si circulara la información positiva de solvencia de los clientes, con adecuadas garantías de la privacidad, se evaluaría de manera más eficiente su solvencia, aumentaría la competencia entre entidades financieras y se favorecería su control por el supervisor. El

legislador también debe intervenir para proteger mejor al consumidor y evitar tanto el abuso como la inseguridad jurídica a la que ha dado lugar la judicialización de todas las cláusulas abusivas. Es evidente que tiene que establecer un límite legal de intereses de demora para los contratos con consumidores y, probablemente, también promover (con la intervención de todos los interesados) unos contratos de crédito, sencillos y breves, que cualquier consumidor pueda entender. Eso sí que sería, verdaderamente, legislar para el ciudadano.

EPÍLOGO

«Epílogo» quiere decir «sobre el discurso». Es la parte final de una exposición, en la que se ofrece un resumen general de su contenido. Entre los antiguos, se usaba para calmar las impresiones violentas que el drama había producido. Seguramente, querido lector, este libro le ha producido algunas de estas impresiones violentas que es preciso apaciguar. Pero, a un lector inteligente, no es posible tranquilizarlo endulzando artificialmente las cosas o desvirtuando la realidad, ni tampoco ofreciéndole fáciles recetas o soluciones simplistas para todos los problemas. El modesto propósito de este libro ha sido llamar la atención sobre el fenómeno del capitalismo clientelar en nuestro país, aunque lo difícil es acotarlo, medirlo y, sobre todo, corregirlo.

El capitalismo clientelar no es siempre fácil de percibir. Por un lado, porque tiende a confundirse con el propio capitalismo y, por el otro, porque sus límites se confunden a veces con el debate ideológico sobre la mayor o menor intervención del Estado en la economía. Nuestro objetivo ha sido intentar separarlo y diferenciarlo tanto de una cosa como de la otra. Por supuesto, hemos partido de la premisa de que *alguna* intervención en el mercado sí es necesaria. La economía de mercado es, parafraseando la conocida frase de Churchill sobre la democracia, el peor sistema económico conocido... exceptuando todos los demás. Pero es evidente que tiene fallos que es preciso corregir. A veces, estos fallos afectan al propio sistema económico, como cuando el fuerte abusa de su poder y crea monopolios que perjudican a la competencia y, con ella, a la innovación y la productividad. Otras veces, esos fallos afectan a

valores que consideramos superiores, como la justicia, la igualdad, la protección del medio ambiente o la protección social. Y su corrección se realiza por medio de la regulación.

La trampa estriba en que, en algunas ocasiones, es la propia regulación, teóricamente destinada a equilibrar la situación, la que genera nuevos desequilibrios todavía más graves. Cuando las leyes están hechas a medida de quienes tienen las conexiones políticas adecuadas, lo esperable es que sean ellos los beneficiados y no la sociedad ni la economía de mercado. En estos casos, la norma no corrige fallos, sino que genera privilegios, barreras de entrada o excepciones que permitirán a unos pocos capturar rentas que, de otro modo, habrían ido a parar a otros agentes económicos más eficientes, más innovadores o más trabajadores. A cambio, la otra parte del negocio clientelar, el repartidor de los privilegios legales, recibirá tarde o temprano su contraprestación en forma de un puesto de trabajo, una cuenta en Suiza, una contribución para el partido o cualquier otra que desee.

Todo lo anterior, hay que insistir, tiene poco que ver con la decisión política de si es conveniente un mayor o menor intervencionismo en la economía. Lo que es importante es que las reglas, sean muchas o sean pocas, no estén condicionadas por intereses de las élites económicas y políticas. Nosotros creemos que las reglas tienen que servir a toda la sociedad o a los intereses generales. Es más, pensamos que una buena norma, no «clientelizada», es un requisito imprescindible para que los países prosperen, porque así se promueven la competencia, la innovación y el crecimiento de la productividad, que son indispensables para un crecimiento económico sano.

En España, es indudable que la crisis económica ha introducido un elemento de alarma que ha permitido llamar la atención sobre la realidad subyacente del capitalismo clientelar. Nosotros no queremos ser catastrofistas, sino todo lo contrario; pero nos parece importante contribuir a proporcionar un diagnóstico correcto sobre el funcionamiento real de nuestra economía de mercado. Por supuesto

que hay aspectos positivos; hoy, el nivel de riqueza de España es muy superior al del pasado, estamos entre las economías más desarrolladas del mundo y tenemos muchas oportunidades por delante. Pero también conviene destacar que la historia no es lineal y que podemos experimentar retrocesos importantes si no estamos atentos.

A lo largo de los capítulos de este libro hemos intentado ofrecer unas cuantas medidas que podrían ayudar a combatir nuestro capitalismo clientelar, intentando seguir el modelo de Max Weber que tanto elogiaba Tony Judt, y estar preparados en cada asunto para contestar a la pregunta clave: ¿qué haría usted si fuese un ministro del Gobierno? Sin embargo, si tuviéramos que dar una sola receta genérica para conseguirlo, esta sería la habitual del bachiller Sansón Carrasco: hay que reforzar las instituciones, entendidas ampliamente como las reglas del juego formales e informales que incentivan o penalizan comportamientos y que estructuran los incentivos de los intercambios políticos y económicos. De hecho, el capitalismo clientelar siempre suele ser la otra cara de la moneda de un Estado de derecho débil y de unas instituciones deterioradas o frágiles. En esta situación, el mejor camino para conseguir el éxito económico es contar con el beneplácito del poderoso. Aun cuando la globalización debilita el poder de la regulación nacional, lo cierto es que son los países con mejores instituciones los que llevan las de ganar.

Por supuesto, ya sabemos que esto no es nada fácil. Algunos fallos del sistema perjudican a un gran número de usuarios, pero en muy pequeña medida a cada uno de ellos (una subida del recibo de la luz, por ejemplo) en relación con los enormes beneficios que obtienen unos pocos. Por tanto, los incentivos para mantenerlos son enormes y, en cambio, los incentivos para detectarlos e impedirlos son muy pequeños. Pero creemos que el esfuerzo vale la pena, porque hay que ser conscientes de que la proliferación del capitalismo clientelar es lo que permite que se privaticen las

ganancias y se socialicen las pérdidas, que reine la injusticia y la corrupción y que España permanezca estancada, por usar la expresión de Carlos Sebastián.

En definitiva, solo si somos conscientes de que el capitalismo clientelar nos perjudica podremos iniciar el camino del cambio. El objetivo de estas páginas no es otro que el de concienciar: explicar qué es y cómo funciona el capitalismo clientelar, cuáles son sus instrumentos y cómo podríamos combatirlo eficazmente. Porque de lo que podemos estar seguros es de que los beneficiados por este sistema se van a resistir a las reformas como gato panza arriba, así que no hay que esperar pacientemente a que se hagan «desde las alturas». Debemos ser los ciudadanos los que exijamos un modelo de economía de mercado más competitivo, más abierto, más eficiente y más inclusivo. Por la cuenta que nos trae.

Sansón Carrasco, 23 de enero de 2017

Notas

1. Luis Garicano, *El dilema de España*, Península, 2014, p. 41.

2. Carlos Sebastián, *España estancada*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2016. Ver también este artículo en el diario *Ahora*: <https://www.ahorasemanal.es/indignacion-mal-dirigida> y este otro en el blog *Hay Derecho*: <http://hayderecho.com/2016/12/26/la-nacionalizacion-de-las-autopistas-radiales>.

3. Manuel García-Santana, Enrique Moral-Benito, Josep Pijoan-Mas y Roberto Ramos, «Growing like Spain: 1995-2007», octubre de 2016: <http://www.cemfi.es/~pijoan/Work_in_Progress_files/missallocation_Spain_v34.pdf>.

1. Daniel Carpenter y David Moss, *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it*, Cambridge University Press, 2013.

2. Francisco Cabrillo, «La política económica de los jueces», artículo comprendido en el n.° 398 de la revista *Economía industrial*, dedicado al análisis económico del derecho y la Administración de la Justicia, editada por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, 2015.

3. Jesús Villegas, *El poder amordazado*, Península, Barcelona, 2015.

4. Javier Pradera, *Corrupción y política. Los costes de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2014.

5. *Coste y utilidad de las Diputaciones provinciales: claves para un debate necesario*, Fundación Hay Derecho, mayo de 2016.

6. José Antonio Navas, «La CNMC fija en 48.000 millones la factura de la corrupción en la contratación pública», *El Confidencial*, 10 de febrero de 2015: <http://www.elconfidencial.com/empresas/2015-02-10/la-cnmc-cifra-en-el-4-5-del-pib-el-coste-de-la-corrupcion-en-la-contratacion-publica_706560>.

7. Andrés Maroto Sánchez y Juan R. Cuadrado Roura, *La productividad en la economía española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2006: <http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_829_93-121__4A2A5ED16D6F2B0A35DF4240D3070F6A.pdf>. También José Emilio Villena Peña, «El problema de la productividad española», artículo incluido en el n.° 10 de la revista *eXtoikos*, 2013: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4690293>.

8. «Florentino Pérez, al juez Eloy Velasco: "No me gusta la pregunta"», *La Vanguardia*, 30 de abril de 2015: <http://www.lavanguardia.com/politica/20150430/54430316154/florentino-perez-eloy-velasco-pregunta.html>.

9. Andreu Missé, «Borrell insta a los grandes de la construcción a que no paguen comisiones a los partidos», *El País*, 24 de abril de 1991: <http://elpais.com/diario/1991/04/24/portada/672444001_850215.html>.
También «Borrell pide a los constructores por segunda vez que no paguen comisiones», *El País*, 1 de diciembre de 1994: <http://elpais.com/diario/1994/12/01/espana/786236417_850215.html>.

10. <http://www.energynews.es/los-3-000-millones-de-euros-perdonados-a-las-electricas-es-la-mayor-estafa-que-ha-ocurrido-en-espana>.

1. Sheilagh Ogilvie pronunció en Madrid la conferencia «¿Por qué sobreviven las malas instituciones? Lecciones de la historia europea», pronunciada el 14 de diciembre de 2016 en la Fundación Areces y patrocinada por el Instituto Figuerola. Ver aquí la reseña en *Hay Derecho*: <http://hayderecho.com/2016/12/20/por-que-sobreviven-las-malas-instituciones-de-los-gremios-medievales-a-los-actuales-las-gasolineras-sin-personal>. En esta publicación se enlazan otros trabajos sobre el tema de la conferenciante.

2. Entre otros, en esta publicación: <http://nadaesgratis.es/gerard-llobet/la-no-reforma-del-sector-electrico>.

3 <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/spain/#getting-electricity>.

4. Conrado Navarro y Juan Luis López Cardenete, «El consumidor generador: implicaciones del autoconsumo en el sistema eléctrico», Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), 2015.

5. Tema tratado reiteradamente en nuestro blog, como pueden ver aquí: <http://hayderecho.com/2013/03/07/comentario-a-la-ultima-sentencia-del-tribunal-supremo-en-el-caso-alfredo-saenz>.

6. Luis de Guindos, *España amenazada*, Península, Barcelona, 2016.

7. El caso Bankia es el más conocido, pero el descontrol fue generalizado y no menor en las cajas pequeñas que en las grandes. La serie de entradas publicadas en *Hay Derecho* sobre Caja Segovia es un buen ejemplo: <http://hayderecho.com/2014/03/17/caja-segovia-el-increible-caso-de-la-caja-menguante-y-vii-el-principio-y-el-fin>.

8. Aunque lo ha reiterado como testigo en el juicio de las tarjetas *black*, lo más relevante sobre la causa de su salida lo había dicho ya en este discurso al recibir el Premio Rey Juan Carlos I de Economía. Lo pueden ver aquí: <http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/GaleriaFotografica/Actos/terceiro041212.pdf> Cita del discurso: «Tras mi dimisión, el consejo de Caja Madrid estuvo condicionado en toda su actuación futura por un pacto escrito entre un partido político y un sindicato y firmado por sus respectivos secretarios generales territoriales que nunca se dio a conocer al consejo como órgano colegiado, y sobre cuyo contenido nunca pudo pronunciarse».

1. Así lo demuestra un estudio realizado por *El Mundo* a partir de los datos que manejan el Instituto Nacional de Estadística (INE), la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y las empresas: <http://www.elmundo.es/economia/2015/09/07/55ec9bffe2704e6b458b4593.html>.

2. Puede consultarse aquí: <http://www.observatoriorsc.org/Informe_memoriasRSC_ibex_2012_final_conclusiones.pdf>.

Particularmente, en las páginas 14 y 15, de donde extraemos este párrafo: «Las retribuciones de los gestores y directivos más allá de ajustarse al comportamiento de los resultados de la empresa se han incrementado y han abierto el abanico salarial con el resto de los trabajadores. En algunos casos lo percibido por un consejero puede suponer 400 o 500 veces más de lo percibido por un trabajador que tiene su puesto en el mismo edificio. De acuerdo con un artículo de Robert Reich en el *Wall Street Journal* "Un director ejecutivo medio gana hoy 364 veces más que un empleado medio, cuando hace 40 años apenas llegaba a 20 veces más". Lo anterior supone un claro atentado contra la cohesión social. Según un reciente informe de la federación de empleadores de Europa, los altos ejecutivos españoles son los que más ganan de media por detrás solamente de los italianos».

3. <http://www.elmundo.es/espana/2014/04/10/5345d47b268e3eac128b4583.html>.

4. Ver aquí la cita: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/4564/TFG000679.pdf?sequence=1>.

5. Amanda Mars, «Sin crisis en los sueldos de los ejecutivos», *El País*, 17 de marzo de 2011: <http://elpais.com/diario/2011/03/17/sociedad/1300316401_850215.html>.

6. J. M. Gondra, «El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones», artículo contenido en el n.° 269 de la *Revista de Derecho Mercantil*, 2008, pp. 841-899.

7. John Kenneth Galbraith, *La economía del fraude inocente*, traducción de J. Pascual y L. Noriega, Crítica, Barcelona, 2004.

8.
<http://economia.elpais.com/economia/2012/03/30/actualidad/1333097133_100789.html>.

9. Según una noticia publicada en el diario económico *Cinco Días*: «En 2012, y tras haber prometido un dividendo de 1,75 euros por acción, la compañía tomó la primera decisión drástica ante el endurecimiento de la crisis financiera global y el empeoramiento de países claves como España. Telefónica optó por cancelar el dividendo como medida excepcional durante un año para reducir deuda y mejorar la flexibilidad financiera, dentro de un plan que incluyó la venta de activos no estratégicos. En el retorno, a final de 2013, la teleco aprobó el pago de un dividendo de 0,75 euros por acción en dos tramos, uno de 0,40 euros por título en efectivo y el resto a través de *scrip*.

»Y hasta la semana pasada. Telefónica, bajo el mando de José María Álvarez-Pallete, tomó una decisión de trascendencia: reducir el dividendo. En 2016 repartirá 0,55 euros por acción, de los que 0,35 euros se abonarán en noviembre mediante un *scrip*, más 0,20 euros en efectivo en el segundo trimestre de 2017. El plan inicial pasaba por el pago de 0,40 euros en efectivo. En 2017, pagará 0,40 euros por acción en efectivo, 0,20 euros en el cuarto trimestre de 2017 y 0,20 euros en el segundo trimestre de 2018».

10. Víctor Lapuente Giné, «Trade-offs in corporate governance», Fundación Juan March, 2011: <http://digital.march.es/ceacs-ir/es/fedora/repository/ir%3A3913>.

11. El informe Winter fue emitido por una comisión de expertos, designada a su vez por la Comisión Europea, para la reforma y modernización del derecho societario en Europa sobre las recomendaciones contenidas en un cuestionario cumplimentado por empresas, asociaciones empresariales y profesionales y diversas instituciones.

12. Noticia en *El País* de 20 de mayo de 2016: <http://economia.elpais.com/economia/2016/05/20/actualidad/1463740533_517313.html>.

13. Puede consultarse aquí: <http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Remuneraciones_Cotizadas_2013.pdf>.

14. Puede consultarse íntegro aquí: <http://www.economist.com/sites/default/files/special-reports-pdfs/3555199.pdf>.

15. El 13 de noviembre de 2014, en un artículo titulado «Responsabilidad Social Corporativa; ¿una experiencia frustrada?».

16. Artículo publicado en *Eldiario.es* el 4 de julio de 2014, bajo el título «La retórica de la responsabilidad social empresarial»: <http://www.eldiario.es/zonacritica/retorica-responsabilidad-social-empresarial_6_277932217.html>. También es muy interesante este dossier de Economistas sin Fronteras: <http://ecosfron.org/ecosfron/wp-content/uploads/DOSSIERES-EsF-14-RSC-Para-superar-la-retórica.pdf>.

1. En 2001 se descubrieron las prácticas irregulares de contabilidad que le habían permitido maquillar sus gigantescas pérdidas.

2. STJUE de 19 de octubre de 2016 (Asunto C-424/15).

3. <http://publicappointmentscommissioner.independent.gov.uk/what-we-do>.

4. El Tribunal de Cuentas señala que la CNMC no dispone de información sobre las cuantías cobradas de las multas y sanciones impuestas, lo que «supone una pérdida significativa de control del proceso global». Informe de fiscalización de la CNMC, ejercicio 2014, y del proceso de integración en ella de los organismos públicos declarados a extinguir por la Ley 3/2013, de 4 de junio. Citado por Francisco Marcos en su artículo «Incontinencia judicial en defensa de la competencia», *La Ley Mercantil*, 2016, 26, p. 1.

5. Joan-Ramon Borrell, Juan Luis Jiménez, Yeny Elizabeth Luna, «Crímenes y castigos en la lucha contra los cárteles», *Economía Industrial*, 2016, 398, pp. 129-144.

6. <https://www.cnmv.es/Portal/Publicaciones/Informes.aspx>.

7. Entrada publicada en nuestro blog, de Fernando Zunzunegui, «El regulador británico FSA pone en evidencia a la CNMV y al Banco de España».

8. Sergio Baz Barrios, «La problemática de los *swaps* o contratos de permuta financiera» *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, 8, pp. 453-478.

9. De la protección del consumidor se encargaría la CNMV, que supervisaría la comercialización de productos y servicios financieros, incluidos los típicamente bancarios, los de seguros y los fondos de pensiones, y cualquier otra forma de captación de ahorro en España. También supervisaría a los auditores. Por su parte, el Banco de España estaría a cargo de la supervisión de la solvencia de todas las entidades financieras (incluidas las empresas de servicios de inversión y las compañías de seguros) y dejaría de ser responsable de fiscalizar la prestación por los bancos de los servicios bancarios a sus clientes.

1. Jesús Villegas, *op. cit*.

2. <http://sevilla.abc.es/sevilla/20150731/sevi-sareb-entrega-viviendas-dejo-201507311216.html>, <http://www.europapress.es/andalucia/sevilla-00357/noticia-sareb-insta-concurso-acreedores-fundacion-vinculada-cea-promotora-vpo-acude-fiscalia-20131120170118.html>, <http://www.europapress.es/andalucia/sevilla-00357/noticia-fiscalia-archiva-denuncia-sareb-contra-fundacion-vinculada-cea-mantiene-concurso-20140206213653.html>.

3. Todos esos casos los ha estudiado en profundidad Francisco Marcos, en el artículo citado en el capítulo anterior y en este publicado en el blog *Hay Derecho*: <http://hayderecho.com/2016/09/21/desorden-judicial-en-defensa-de-la-competencia>.

1. En la actualidad se trata del presidente, el vicepresidente y el resto de los miembros de la CNMC; el presidente, vicepresidente y los del consejo de la CNMV; el presidente, los consejeros y el secretario general del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador o de supervisión. También el presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y el presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, que son organismos unipersonales. Quedan también incluidos los directores, directores ejecutivos, secretarios generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión.

2. <http://www.eldiario.es/economia/Oficina-Conflicto-Intereses-sector-privado_0_549795169.html>.

3. <http://politica.elpais.com/politica/2015/07/14/actualidad/1436886185_467638.html>.

4. Luis Miguel Montero, *El club de las puertas giratorias*, La Esfera de los Libros, 2016.

5. <http://www.infolibre.es/noticias/politica/2016/09/29/el_diputado_del_ramon_aguirre_cobrado_como_presidente_empresa_estatal_sepi_triple_que_rajoy_55501_1012.html>.

6. <http://hayderecho.com/2017/01/16/que-pasa-en-los-puertos-del-estado>.

1. *El País*, 16 de diciembre de 2015: <http://politica.elpais.com/politica/2015/12/16/actualidad/1450287352_341538.html>.

2. <https://www.access-info.org/es/tmo-es/16055>.

3. <http://www.quienmanda.es>.

4. <http://www.lainformacion.com/politica/Alierta-Susana-Diaz-Pedro-Sanchez-PSOE-Prisa-Cebrian-Felipe-Gonzalez_0_968603604.html>.

5. <http://www.periodistadigital.com/periodismo/prensa/2015/07/31/los-medios-espanoles-son-los-menos-creibles-de-europa.shtml>.

1. Índice de la empresa de consultoría AT Kearney, que analiza las perspectivas de la inversión extranjera directa en los 25 principales países receptores del mundo.

2. La cita de Rodrik y la afirmación siguiente pueden encontrarse en: Michael J. Sodaro, *Política y ciencia política. Una introducción*, McGraw-Hill/ Interamericana de España, 2010. Concretamente, en el capítulo dedicado a la globalización, adaptado por José Ignacio Torreblanca (páginas 335 y siguientes).

1. <http://hayderecho.com/2015/01/08/endogamia-omerta-y-corrupcion-en-la-universidad>.

2. <http://www.corrupcionorganismonocivo.com>.

1. <https://www.transparency.org/whatwedo/publication/lobbying_in_europe>.

2. <http://www.quienmanda.es/people/florentino-perez-rodriguez>.

3. <http://transparencia.org.es/estudio-lobbies-en-espana>. También «Una evaluación institucional del *lobby* en España. Análisis y propuestas», estudio publicado por Transparencia Internacional España en 2014.

4. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/fl_428_en.pdf>.

5. <http://www.ces.es/web/guest/composicion>.

6. <http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/542867-l-19-2014-de-29-dic-ca-cataluna-transparencia-acceso-a-la-informacion-publica.html>.

7. <https://rgi.cnmc.es>.

8. <http://www.sintetia.com/que-viene-el-lobby-realidades-mentiras-mitos-y-leyendas-del-lobbysmo-en-usa-1>.

9. <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do?locale=es>.

10. Este tema ha sido analizado en profundidad por el letrado de las Cortes Fernando Santaolalla, en su trabajo «Por un nuevo procedimiento legislativo» y en el blog *Hay Derecho*: <http://hayderecho.com/2015/09/30/las-deficiencias-de-nuestro-procedimiento-legislativo>.

11. <http://hayderecho.com/2016/12/26/la-nacionalizacion-de-las-autopistas-radiales>.

1. <http://www.consumocolaborativo.com/2016/08/23/economia-colaborativa-en-ue-datos-comparados>.

1. Así se denunció por el Defensor del Pueblo en un informe de 2012: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2013-04-Crisis-econ%C3%B3mica-y-deudores-hipotecarios-Actualizaci%C3%B3n.pdf>.

2. Los datos que recopila el Banco de España son solo desde 2012 y no coinciden con los del INE, pero parece que claramente las familias afectadas por la imposibilidad de pago de la hipoteca sobre la vivienda superan ampliamente el número de 100.000.

3. Carencia de repago de capital y reducción del interés al euríbor, más el 0,25 por ciento durante cuatro años y la ampliación del plazo a cuarenta años, con una posibilidad final de dación en pago liberatoria.

4. Marco Celentani, J. Ignacio Conde-Ruiz y Fernando Gómez, «¿Deben limitarse los intereses de demora? Parte I» y «¿Deben limitarse los intereses de demora? Parte II»: <http://nadaesgratis.es/celentani/deben-limitarse-los-intereses-de-demora-parte-i> y <http://nadaesgratis.es/celentani/deben-limitarse-los-intereses-de-demora-parte-ii>.

5. Se puede ver el comentario de Segismundo Álvarez a estas sentencias: <http://hayderecho.com/2016/06/15/intereses-de-demora-abusivos-en-los-prestamos-hipotecarios-nueva-doctrina-del-ts>, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/opinion/6810-los-intereses-de-demora-y-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo>.

6. Esto permite, por un lado, prescindir del trámite de valoración del bien a subastar que se hace en los otros procedimientos de ejecución y, por el otro, acortar ese procedimiento.

7. <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/52-la-legitimacion-de-una-clausula-abusiva-por-la-ley-1-2013-de-proteccion-de-los-deudores-hipotecarios>, <http://hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria>.

8. <http://hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria>.

9. <http://hayderecho.com/2015/07/20/contra-los-deudores-hipotecarios-pero-sin-que-se-vea>.

Contra el capitalismo clientelar
Sansón Carrasco

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (Art. 270 y siguientes del Código Penal)

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra.
Puede contactar con CEDRO a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 91 702 19 70 / 93 272 04 47

© del diseño de la portada, Planeta Arte & Diseño
© de la imagen de la portada, Sr.García

© Segismundo Álvarez Royo-Vilanova, Matilde Cuena Casas, Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado, Fernando Gomá Lanzón, Ignacio Gomá Lanzón, Fernando Rodríguez Prieto, Rodrigo Tena Arregui, 2017

© de esta edición: Grup Editorial, 62, S.L.U., 2017
Ediciones Península
Diagonal, 662-664
08034 Barcelona
edicionespeninsula@planeta.es
www.edicionespeninsula.com

Primera edición en libro electrónico (epub): junio de 2017

ISBN: 978-84-9942-626-6 (epub)

Conversión a libro electrónico: Newcomlab, S.L.L.
www.newcomlab.com

¡Encuentra aquí tu próxima lectura!





¡Síguenos en redes sociales!

