

CAPÍTULO 18

UMBRALES Y EXCEPCIONES COMO FALLO REGULATORIO

Benito Arruñada*

1. RESUMEN

Llama la atención el número desproporcionado de empresas españolas que tienen exactamente 49 empleados, un 62 por 100 más del número que cabría esperar. La razón primordial de esta anomalía es que estas empresas intentan evitar una parte de las reglas sobre representación laboral, beneficiándose así de la excepción que disfrutaban las empresas de menor tamaño.

Argumentaré en este capítulo que, en general, debemos considerar que muchas excepciones regulatorias, mediante las cuales el legislador excluye del ámbito de aplicación de la ley a todo un segmento del mercado (el caso, por ejemplo, del servicio doméstico respecto al mercado laboral, caso que analizaré en el apartado 4.1) o incluye solo a ciertos operadores (las empresas de mayor tamaño o los propietarios de un cierto número mínimo de viviendas) no obedecen a que la aplicación de tales reglas sea más costosa o menos beneficiosa socialmente para las empresas excluidas sino a que la excepción legal aumenta el apoyo político de las reglas correspondientes o reduce la posible oposición a las mismas.

Por un lado, los costes de cumplimiento son a menudo contratables y, por tanto, no ofrecen economías de escala suficientemente significativas; mientras que los beneficios pueden incluso ser mayores en las empresas excluidas. Por otro lado, lo que sí logran las excepciones es distorsionar el proceso político de decisión cuando

* Este capítulo desarrolla argumentos expuestos en Arruñada (2021) y avanzados en diversas tribunas publicadas en el diario *Voz Populi* entre septiembre y noviembre de 2020. Agradezco los comentarios de David Arasanz, Ángel de la Fuente, Emilio Huerta Arribas, Fernando P. Méndez González, Nicolás Noguerol Peiró y Marcelo Ortiz, así como el apoyo de la Agencia Estatal de Investigación mediante el proyecto ECO2017-85763-R, la Fundación de Estudios de Economía Aplicada y el Programa Severo Ochoa para Centros de Excelencia en I+D (CEX2019-000915-S).

los beneficiarios pierden interés en entender y frenar la propuesta regulatoria o incluso obtienen una ventaja si las reglas se aplican solo a sus competidores. En consecuencia, más que ver los umbrales como consecuencia de cómo varían con el tamaño o tipo de empresas los costes y beneficios del cumplimiento legal, convendría prestar atención a la lógica puramente política de las excepciones que tales umbrales y excepciones comportan. La regulación pretende corregir fallos del mercado, pero la presencia de excepciones bien podría indicar que en realidad obedece a un fallo de la política.

2. UMBRALES REGULATORIOS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL

El Estatuto de los Trabajadores establece un sistema de representación cuyo coste aumenta notablemente con el tamaño de la empresa. Los agentes económicos reaccionan para aprovechar las excepciones y no traspasar los umbrales. Para ello, o detienen el crecimiento de la empresa o la fragmentan en diversas entidades jurídicas. Por este motivo, la distribución por tamaño de las empresas españolas muestra que un número desproporcionado de ellas cuenta con 49 empleados, justo por debajo del umbral de 50 en que pueden verse obligadas a crear comités de empresa (figura 1).

El motivo reside en que, cuando una empresa alcanza 50 trabajadores, los sindicatos pueden promover que se constituya un comité de empresa de cinco miembros que ya liberan 75 horas al mes. Más gravoso que este coste directo de la representación es que las relaciones laborales se hacen más rígidas y burocráticas, pues los comités son más activos como órganos fiscalizadores, y el empleador ha de negociar con ellos casi cualquier cambio relevante y no solo los relativos a las condiciones de trabajo. Además, muchas otras regulaciones rigen solo a partir de ese tamaño. Así, las empresas que emplean más de 50 trabajadores están obligadas a contratar al menos un 2 por 100 de ellos con discapacidad y a preparar un detallado “plan de igualdad”. También varían otros muchos costes, subvenciones y bonificaciones. Por ejemplo, a raíz de la pandemia de la COVID-19, las cotizaciones sociales de los ERTE se han bonificado con 20 puntos porcentuales más en empresas con menos de 50 empleados¹.

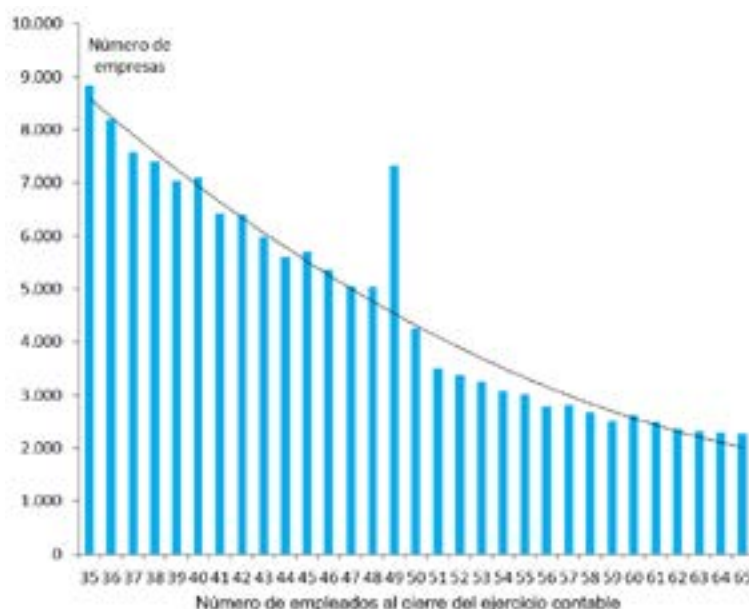
El de la representación laboral no es un caso único. En 2016, un informe del Ministerio de Economía identificó en las leyes estatales un total de 130 regulaciones vinculadas al tamaño de la empresa en materia fiscal, laboral, contable, financiera,

¹ Un informe de la Comisión Europea mencionaba también en 2016 la obligación de nombrar dos delegados de prevención de riesgos por parte de los representantes de los trabajadores y crear un comité paritario de prevención de riesgos, la tasa de cofinanciación aplicable para la formación profesional continua y la pérdida de incentivos para la contratación indefinida (Comisión Europea, 2016, p. 78).

de seguros y de competencia². En relación con el tamaño, se observan concentraciones anómalas de empresas inmediatamente por debajo de los umbrales de 10, 50 y 250 trabajadores (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017, p. 7)³. Además del de 50 trabajadores, es especialmente significativo el que existe en diez trabajadores, debido a que por encima de esta cifra las empresas han de nombrar un delegado de personal que libra 15 horas al mes para ejercer su labor representativa, amén de otras desventajas como aplicarse la regulación de despidos colectivos cuando sean despedidos todos los trabajadores, duplicarse hasta el 10 por 100 la tasa de cofinanciación de formación profesional continua y perder los incentivos para la contratación indefinida (Comisión Europea, 2016, p. 78).

FIGURA 1

NÚMERO DE EMPRESAS ESPAÑOLAS EN FUNCIÓN DE SU NÚMERO DE EMPLEADOS



Fuente: Elaboración propia con datos de Bureau van Dijk (2008-2019).

² El informe ha excluido todas las normas sectoriales, así como las convocatorias de ayudas públicas y, sobre todo, los umbrales cualitativos, como es la naturaleza jurídica del empresario: el que éste sea individual o societario (véase al respecto el apartado 4.2). Sobre la presencia de umbrales en los diversos mecanismos de representación laboral en la Unión Europea, véase Oesingmann (2015).

³ En el citado informe de la Comisión Europea, basado en datos del Directorio Central de Empresas del INE (DIRCE), se refleja una concentración de empresas en veinte empleados. Si bien el informe afirma que “la caída del número de empresas que se observa cuando se alcanzan los veinte empleados no guarda relación con los umbrales regulatorios” (p. 77), la causa podría residir en el hecho de que en plantillas de veinte trabajadores o menos no se aplica la regulación sobre despidos colectivos del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores sino lo que establece la Directiva 98/59, en virtud de la jurisprudencia reafirmada por la STS 848/2016, de 17 de octubre de 2016.

Ya fuera del derecho laboral, muchas otras regulaciones contables y fiscales también se tornan más estrictas al aumentar el tamaño de la empresa. Por ejemplo, las sociedades con más de 50 empleados que excedan los 2,85 millones de activos o los 4,7 millones de facturación no pueden formular cuentas abreviadas, y han de someterse a auditoría anual, establecer canales de denuncia interna y organizar una *compliance office* independiente si aspiran a la eximente de responsabilidad penal. Almunia y Lopez-Rodriguez (2018) constatan una notable concentración por debajo de los 4,7 millones de euros de facturación, una de las cifras que define el umbral que obliga a auditar las cuentas sociales. Estos autores centran su análisis en otra concentración sustancial de empresas por debajo de los seis millones de cifra de negocios como consecuencia de que las que rebasan esa cuantía han de liquidar el IVA mensualmente y ven aumentar la frecuencia de sus pagos fraccionados (y, por tanto, han de incrementar su fondo de maniobra), amén de ser vigiladas por unidades de Hacienda especializadas en grandes empresas.

3. ELEMENTOS DE VALORACIÓN

Parece claro que las empresas hacen notables esfuerzos para no traspasar esos umbrales. Sin embargo, la valoración de su conducta es complicada⁴, y depende al menos de tres factores: (1) la eficiencia de la regla, esto es, el saldo de costes y beneficios sociales asociados al cumplimiento de la regla legal que rige por encima del umbral; (2) cómo varía el saldo de esos costes y beneficios para empresas de distinto tipo o dimensión, incluidos los costes que genera la evitación del cumplimiento de la regla legal manteniendo la empresa por debajo del umbral; y, por último, en el espíritu del análisis comparativo propugnado por Coase (1960), es también necesario considerar (3) las consecuencias que entraña la presencia de esos umbrales y excepciones, no solo en las decisiones que toman los operadores económicos en el mercado, sino también en las que toman los ciudadanos en el proceso político de decisión y, en particular, las que afectan a la promulgación de la regla que es objeto de excepción.

3.1. La necesidad de distinguir entre reglas de derecho privado y de derecho público

Observemos de entrada que los umbrales se establecen en todo tipo de reglas legales imperativas, tanto de derecho privado o contractual como de derecho

⁴ Véase, por ejemplo, Huerta, Novales y Salas (2021, pp. 10-11, 14), quienes enumeran una serie de factores y consideran, bajo diversos supuestos cautelosos, que “existe una justificación convincente del valor social de los umbrales”, concluyendo que “no son tanto perjudiciales para la eficiencia como dañinos en términos de equidad y responsabilidad social, debido a las artimañas de las empresas para escapar a los mismos” (p. 11). En la misma línea, Almunia y López-Rodríguez, consideran que la concentración de empresas justo por debajo de los seis millones de euros de cifra de negocios busca evitar el cumplimiento de reglas fiscales mediante trucos contables, por lo que recomiendan reforzar los mecanismos de inspección a empresas situadas por debajo de esa cifra. Véase a este respecto, sin embargo, el comentario crítico de Cuñat (2013).

público, las cuales suelen responder a motivaciones diferentes, por lo que pueden dar lugar a valoraciones también muy dispares. Pensemos que, en términos generales, la lógica justificativa de las normas de derecho privado y de derecho público suele corresponder a fallos de mercado de diferente naturaleza, asociados, en las de derecho privado, a las carencias y asimetrías informativas de las partes (es este el caso, por ejemplo, el derecho laboral); y, en las de derecho público, tanto a efectos externos en sentido estricto (por ejemplo, en la regulación ambiental) como a externalidades relativas a la acción colectiva (el caso de las reglas fiscales).

Entre las reglas de derecho privado, destacan las que rigen en el derecho laboral, cuyo régimen de representación varía generalmente con el número de empleados y en ocasiones con la forma jurídica de la empresa (por ejemplo, a diferencia del empresario social, el empresario individual no está obligado a indemnizar por despido a sus trabajadores cuando cesa en su actividad, como analizaré en el apartado 4.2); así como en el derecho societario, en el cual muchas obligaciones legales (tipo de sociedad mercantil, auditoría contable, cuentas sociales abreviadas) dependen de diversas variables de tamaño. Últimamente, incluso existe cierta tendencia a hacer depender del tamaño o la naturaleza de los contratantes las reglas aplicables en el ámbito de la contratación civil, como es el caso, por ejemplo, de las que imponen descuentos y moratorias en el pago de alquileres e hipotecas, así como en el tratamiento judicial de la ocupación de viviendas⁵.

Entre las reglas de derecho público, figuran las que afectan al importe y la gestión tanto de las cargas como de las subvenciones fiscales y de la Seguridad Social, definidas a menudo en función tanto del tamaño de la empresa (cifra de negocios y de empleados) como de su forma jurídica (empresario individual frente a empresario societario).

Valorar los costes y beneficios de estas reglas es tarea difícil, que requería identificar para cada una de ellas cuáles son los fallos de mercado que intentan corregir y los resultados reales que se obtienen al aplicarlas, incluyendo como componente integral de estos últimos tanto los costes incurridos para cumplirlas como para evitarlas, así como los posibles fallos que puede generar su presencia en el proceso político de decisión y en la maquinaria administrativa encargada de velar por su cumplimiento. Dada esta dificultad, lo que sigue no debe leerse como una valora-

⁵ Aunque se definen en términos de qué contratantes se ven afectados, estas excepciones afectan indirectamente a las empresas, pues los contratantes de mayor dimensión suelen ser empresas societarias mientras que los de menor dimensión son a menudo operadores informales, con frecuencia de tipo artesanal (el caso de muchos arrendadores de viviendas). Por este motivo, estas reglas de derecho civil suelen a favorecer la economía informal, como hace la vieja excepción relativa al derecho del arrendador de una vivienda a terminar unilateralmente el contrato para que sea utilizada por un pariente.

ción propiamente dicha sino como un intento de inventariar algunos de los principales elementos que sería preciso evaluar.

3.2. Costes de la regulación y tamaño de la empresa

Los costes y beneficios de aplicar una de estas reglas imperativas pueden variar con el tipo y el tamaño de la empresa ya que los dos ámbitos jurídicos, tanto los costes como los beneficios pueden estar sujetos a economías de escala. En cuanto al coste de cumplir las regulaciones, se suele creer que es menor en empresas de mayor tamaño e incluso se ha llegado a proponer que, si no procediera exceptuar a las empresas pequeñas, quizá convendría subvencionarlas⁶. Sin embargo, de ser cierto que existen tales “economías de escala”, no necesariamente justifican conceder una excepción ni una subvención a las empresas más pequeñas.

Por un lado, gran parte de esas economías de escala serían irrelevantes porque muchos de los servicios de *compliance* son contratables a especialistas, quienes alcanzan fácilmente dichas economías y proveen así tales servicios a menor coste, beneficiando de ellas tanto a las empresas más pequeñas como a las más grandes. Lo demuestra cada día el que la inmensa mayoría de pequeñas empresas no los produzcan por sí mismas, sino que los adquieran a asesorías fiscales y laborales.

Por otro lado, incluso si existieran economías no contratables, esa diferencia de costes privados es también una diferencia de costes sociales y, por tanto, carece en principio de justificación darles un tratamiento diferenciado. Por ello, en caso de introducirse una excepción o una subvención, se estaría favoreciendo desde el Estado la competencia desleal de las empresas pequeñas respecto a las empresas grandes, con la consiguiente ineficiencia en la asignación de recursos y dando también lugar a posibles efectos redistributivos.

Sí parece más difícil aplicar una solución de tipo contractual, en cambio, a la hora de vigilar el cumplimiento, pues éste se produce necesariamente en la entidad fragmentada, y suele ser más fácil inspeccionar a una empresa de cien empleados que a veinte empresas de cinco empleados. Además, sucede así tanto en regulaciones de derecho privado como público: piénsese al respecto en la vigilancia relativa a la inspección de las condiciones laborales o a la inspección fiscal.

⁶ Por ejemplo, Huerta, Novales y Salas consideran que “[l]a justificación de vincular las exigencias regulatorias a superar determinados umbrales de tamaño, responde al supuesto de que el coste de cumplimiento normativo está sujeto a economías de escala, de manera que para empresas de pequeña dimensión ese coste de cumplimiento sería excesivo” (2021, p. 11). Sobre esa base, ante ese supuesto de economías de escala causantes de costes “excesivos”, estiman que “lo que debe hacer la administración, una vez se aseguran las mejoras técnicas posibles en la redacción de las normas fiscales y laborales, es valorar la posibilidad de subvencionar a las empresas de menor dimensión los costes diferenciales del cumplimiento de normas esenciales desde el interés general” (Huerta, Novales y Salas, 2021, p. 11). En el mismo sentido, Huerta y Salas (2017, p. 12).

Desde esta perspectiva, la excepción de empresas pequeñas podría en ocasiones justificarse por la mayor dificultad o coste de vigilarlas con eficacia. Como en el caso precedente, se estaría también favoreciendo la competencia desleal entre empresas de distinta dimensión, y esa distorsión habría de ponderarse como un coste social añadido de la regulación.

Una política alternativa y más sensata consistiría en aumentar las sanciones en consonancia con las mayores dificultades de *enforcement* (como argumentan, con carácter general, Polinsky y Shavell, 2007, pp. 421-22). El hecho de que ni siquiera se suela contemplar esta solución alternativa también parece apuntar a la presencia de factores políticos que situarían la razón de ser de las excepciones más en el terreno de la existencia o generación de *fallos de la política* que en la de una supuesta corrección de *fallos del mercado*.

3.3. Beneficios de la regulación y tamaño de la empresa

Las economías y deseconomías de escala juegan también un papel importante en cuanto a los beneficios de las regulaciones, en la medida en que en el derecho privado también suelen ser mayores y más difíciles de evitar las asimetrías informativas y los costes contractuales cuanto menor tamaño tiene la empresa. En principio, debemos suponer que el empleado está más protegido cuanto mayor es el tamaño de su empleador. El empleado doméstico aislado en un domicilio particular está menos protegido que el trabajador de una microempresa; éste menos que quien trabaje en una empresa mediana; y el de la empresa mediana menos que el de la grande. Cuanto mayor es la empresa, más probable es que el trabajador forme parte de un equipo, lo que favorece la observabilidad, y que también sean más importantes las consideraciones reputacionales que desaconsejen aprovecharse de posibles ventajas en los tratos con empleados concretos.

Asimismo, al existir economías de escala en la organización sindical, es proporcionalmente menor el coste por trabajador de crear y operar un sindicato en una empresa de cien que de cinco trabajadores. En la medida en que esta pauta sea común en los contratos privados (piénsese, por ejemplo, en los que se suscriben por consumidores), existirán *deseconomías de escala* en cuanto a los beneficios que proporciona la aplicación de reglas imperativas, de modo que facilitarían en mayor medida la contratación laboral en las empresas más pequeñas. Por tanto, si acaso procediera establecer alguna diferencia en las reglas de representación laboral o de consumo, lo lógico sería endurecer las reglas aplicadas a las empresas más pequeñas, justo lo contrario de lo que hacen nuestras leyes. En el caso laboral, una regla de representación obligatoria, por ejemplo, tal que busque facilitar la representa-

ción y, supuestamente, equilibrar el poder negociador de los trabajadores, sería así más —que no menos— necesaria en una empresa pequeña que en una grande.

3.4. Costes de evitación regulatoria

Por su parte, los costes incurridos para mantener el tamaño de la empresa por debajo del umbral, con el fin de evitar el cumplimiento de una regla imperativa, también están sujetos a la lógica de las economías de escala y de su contratación, si bien dependen de qué tipo de solución se ponga en práctica. Estas soluciones consisten en no crecer o bien en crecer, pero modificando las pautas de contratación para asegurarse cierta flexibilidad cuando la empresa se sitúa cerca del umbral o fragmentando incluso la unidad productiva en diversas entidades jurídicas.

En estos casos, la consiguiente pérdida de economías de escala se puede subsanar parcialmente incurriendo en ciertos costes de transacción para contratarlas, ya sea con empresas ajenas o con sociedades del mismo grupo empresarial⁷. Tales costes de transacción pueden ser más o menos elevados según los casos; pero son positivos incluso en la contratación interna a un solo grupo, y no solo por las obligaciones legales (que generan costes para construir y mantener varias sociedades mercantiles) sino, sobre todo, por el riesgo de no poder demostrar que operen de forma autónoma y los problemas que originan las operaciones vinculadas en presencia de financiación externa, en especial cuando se cuenta con accionistas minoritarios (Paz-Ares, 2019). Desde esta perspectiva, dista pues, de ser “evidente” que fragmentar la plantilla en dos sociedades mercantiles tenga “un impacto relativamente reducido en la eficiencia productiva” (Huerta, Novales y Salas, 2021, p. 11), aunque ello depende, claro está, de cómo se concrete ese “relativamente”.

3.5. El valor informativo de la contratación

Una consecuencia importante de diferenciar entre derecho privado y público es que, en la medida en que si, como suele suceder en las de derecho privado, la regulación solo afecta a las partes, es improbable que la evitación genere costes sociales. Por el contrario, podemos entender la evitación no solo como un óptimo individual, sino como una conducta óptima desde el punto de vista social, en correspondencia con una regla ineficiente cuya aplicación reduciría el bienestar colectivo.

Observemos que, aunque sea el empleador quien formaliza la decisión de, por ejemplo, fragmentar artificialmente una empresa en varias entidades jurídicas, si esa política fuera costosa para los trabajadores, éstos reaccionarían en su contra.

⁷ Véase una discusión de esta posibilidad para el caso de Francia en Garicano, Lelarge y Reenen (2016, p. 3469).

En ese caso, preferirían trabajar en empresas que, al no haber sido fragmentadas, tendrían más de 50 trabajadores y en las que, por tanto, regirían las reglas correspondientes a su mayor tamaño, por lo que ajustarían sus demandas salariales y solo estarían dispuestos a trabajar en las de menos de 50 empleados a cambio de mayores salarios netos.

En términos más generales: la distribución por tamaño de las empresas no resulta solo de las decisiones unilaterales de los empleadores, sino que también refleja las preferencias de los propios trabajadores por trabajar en empresas sujetas a uno u otro tipo de regulación laboral: en nuestro caso, hablando del umbral de 50 empleados, en empresas en las que, por ejemplo, puede o no activarse la representación mediante comité de empresa. Fórmula esta de representación, la del comité, que no hay por qué suponer beneficiosa para todos o ni siquiera para la mayoría de los trabajadores, especialmente cuando observamos la plasmación estadística de sus preferencias contractuales. Más bien, al contrario, al menos en reglas de derecho privado, la concentración de empresas por debajo del umbral de cumplimiento forzoso puede entenderse como resultado de que buen número de participantes –necesariamente, tanto empleadores como empleados– evitan una regulación que en el ex ante contractual resulta lesiva para todos ellos (a diferencia, probablemente, de aquellos trabajadores con contrato laboral cuando se promulgó la norma).

En consecuencia, los “empresarios propietarios” no son los únicos que toman esa decisión, como sí parecen creer Huerta, Novales y Salas cuando afirman que “[m]uchas de estas fórmulas pasan por decisiones de los empresarios propietarios por las cuales los trabajadores y los activos se distribuyen en dos sociedades mercantiles, pero funcionando como una única unidad productiva y bajo una misma unidad de dirección” (2021, p. 11). En todo caso, sea cual sea la procedencia de las ganancias que obtienen los participantes en la empresa al evitar la regulación, los beneficiarios serán generalmente todos los participantes en las empresas y no solo los empresarios.

Adicionalmente, en el caso de la regulación laboral, no parece que la evitación de estos umbrales regulatorios entrañe costes sociales: por un lado, no hay costes individuales porque la decisión de empleo revela que la evitación cuenta con el apoyo de los trabajadores; por otro lado, en ausencia de externalidades negativas tampoco existen costes sobre terceros. Por ello resulta también discutible la conclusión de que “esta forma de evitar los 50 trabajadores contratados por una única sociedad mercantil [fragmentando la plantilla en dos sociedades mercantiles] ... tiene un elevado coste social, porque se incumple el espíritu de la norma y no se consiguen los objetivos sociales que la justifican” (Huerta, Novales y Salas, 2021,

p. 11). Al contrario: ni el supuesto “espíritu de la norma” ni el hecho de que quien la promulga afirme perseguir “beneficios sociales” aseguran que su verdadero objetivo sea gestionar externalidades.

Esta línea argumental apoya la interpretación plasmada en los estudios que cuantifican el coste potencial de la ley laboral francesa (similar en este punto a la española) a través, precisamente, de esta concentración de empresas justo por debajo del umbral regulatorio. Garicano, Lelarge y Reenen (2016) han empleado este fenómeno para estimar que tan solo la mayor regulación laboral asociada a traspasar el umbral de 50 empleados reduce el producto interior bruto (PIB) de Francia en un 3,4 por 100. Los motivos son que la regulación diferencial lleva a que aumente el desempleo y disminuyan los salarios agregados, abunden las empresas pequeñas, que son más rentables (debido a que descienden los salarios y no sufren la regulación) pero menos productivas, y a que una parte del empleo se reasigna hacia ellas⁸. De modo similar, Aghion, Bergeaud y Van Reenen (2021) estiman el impacto de esta regulación francesa en la innovación, concluyendo que las empresas justo por debajo del umbral innovan significativamente menos y reaccionan de forma menos innovadora tras producirse cambios exógenos en la demanda, todo lo cual causa una reducción estimada de la innovación del 5,4 por 100 equivalente a una pérdida de bienestar del 2,2 por 100, cuatros quintos de la cual atribuyen a menor innovación y no a la deficiente asignación de los recursos.

3.6. Umbrales y excepciones como tapaderas

Por último, conviene destacar que los análisis precedentes se complican considerablemente si nos alejamos del supuesto a menudo implícito de que estamos analizando los costes y beneficios desde el punto de vista de un decisor público benevolente y bien informado. Si, por el contrario, seguimos el consejo de Coase (1990) de *comparar realidades alternativas* (en este caso, aquellas con y sin regulación, o con regulaciones alternativas reales), debemos considerar que la regulación es fruto de un sistema político que, al igual que el mercado, está protagonizado por agentes egoístas, que operan en condiciones de carencia y asimetría informativa, y que, por tanto, la propia regulación también es propensa a padecer fallos sistemáticos.

⁸ Esa estimación del coste regulatorio en el 3,4 por 100 del PIB se refiere tan solo a las reglas adicionales que pesan sobre las empresas de más de 50 trabajadores en Francia, pero no a las reglas quizá más gravosas que recaen sobre todas las empresas con independencia de su tamaño. Por ello, el coste total de la regulación laboral, tanto en Francia como en España, podría situarse en un orden de magnitud muy superior a ese 3,4 por 100. Con un método alternativo, más simple, Gourio y Roys (2014) estiman que la regulación implica un coste fijo equivalente a, aproximadamente, el salario medio de un empleado durante un año más un impuesto variable del 0,04 por 100 (cfr. Garicano, Lelarge y Reenen, 2016, p. 3474, n. 46).

Debemos entonces tener en cuenta cómo los distintos costes y beneficios son evaluados en la realidad por el sistema político y cómo, en consecuencia, se verá afectada la decisión regulatoria (relativa, por ejemplo, a la representación laboral obligatoria) por el hecho de que en la regla se dispongan o no excepciones. En concreto, es preciso considerar la posibilidad de que la excepción pueda distorsionar la valoración política de los costes y beneficios sociales de la regulación, valoración ésta que en una sociedad democrática es, en última instancia, la decisión clave para que el mercado se acerque o no a la eficiencia. En la medida en que esa valoración política esté distorsionada, ello llevará a la sociedad a tomar decisiones regulatorias que, en vez de aumentar, pueden reducir el bienestar social. En nuestro caso, bien podría suceder que el hecho de excluir a las empresas pequeñas permita establecer un régimen de representación que no solo sea en sí mismo de valor social discutible (a juzgar por el rechazo que suscita incluso entre sus supuestos beneficiarios) sino que probablemente perjudica la competencia entre empresas de distinto tamaño.

El análisis precedente sobre cómo varían los costes y beneficios de la regulación con el tamaño de la empresa es revelador a este respecto, pues nos encontramos con la paradoja de que aplicar a individuos y pequeñas empresas las reglas de las que hoy disfrutan excepciones podría ser más útil y quizá no más costoso de lo que resulta aplicarlas a las grandes empresas. Si así fuera, la explicación más atendible de que se las exceptúe sería que fallan el proceso político y su corolario legislativo. La presencia de estas excepciones por tamaño vendría así a desmentir la justificación paternalista del Derecho laboral y abriría la puerta a otras hipótesis basadas en la captura de rentas, como sería, por ejemplo, la de que ese paternalismo obedece en realidad a fines redistributivos que, como mucho, solo benefician a quien disponía de empleo fijo en una gran empresa cuando se adoptó la nueva regla, por venir ésta a aumentar notablemente su poder negociador.

En general, puede existir una contradicción entre la calidad de las reglas y la presencia de excepciones. Sucederá así en la medida en que la calidad de las reglas adoptadas no dependa de una valoración idealmente experta e independiente de costes y beneficios, sino del tipo y la cantidad de información que la sociedad tiene de hecho en cuenta al decidir sobre su adopción. Y esta información con relevancia decisional puede disminuir de forma sustancial y sistemática en presencia de excepciones. A priori, en la medida en que se crea que la presencia de excepciones puede sesgar la información aportada a la decisión política sobre los costes y beneficios de las reglas legales, podría estar justificada, al menos como principio general, manejar una presunción contraria a la introducción de excepciones o al menos someterlas a un escrutinio reforzado⁹.

⁹ Esta limitación vendría así a dificultar la separación de las decisiones sociales sobre reglas y umbrales que, entiendo, proponen Huerta, Novales y Salas (2021).

4. APLICACIÓN DEL ARGUMENTO A OTRAS EXCEPCIONES LEGALES

Con el fin de efectuar un cierto contraste, aunque sea cualitativo, de esta hipótesis política de las excepciones legales, me propongo analizar a continuación otras dos excepciones llamativas de nuestra regulación laboral relativas a la libertad de contratación imperante en el servicio doméstico y a la diferencia que existe entre empresarios individuales y societarios en cuanto a la indemnización de despido que han de abonar cuando cesan en su actividad.

4.1. La anomalía liberal del servicio doméstico

Una de las paradojas más notables de nuestro mercado de trabajo es que, mientras regulamos con carácter imperativo y de forma estricta la contratación laboral general¹⁰, mantenemos un régimen relativamente libre, con unas reglas imperativas muy atenuadas, para la contratación del servicio doméstico¹¹. En éste, el despido es prácticamente a voluntad del empleador y la indemnización obligatoria es mucho menor. Además, la ausencia de inspecciones permite un alto grado de economía sumergida, sin que las partes hayan de pagar impuestos ni seguridad social. Es de destacar el régimen de terminación, pues para esta relación laboral el legislador permite emplear como “causa extintiva” específica el simple desistimiento del empleador: en cualquier momento, éste puede terminar el contrato sin alegar causa justificativa alguna, tan solo con un preaviso de entre siete y veinte días y pagando una indemnización de doce días por año trabajado hasta un máximo de seis mensualidades (la indemnización por despido objetivo en el régimen general es de 20 días por año con un tope de 12 mensualidades, y por despido improcedente de 33 días con un máximo de 24 mensualidades)¹².

¹⁰ En muchos extremos, como en cuanto al coste del despido, más que ningún otro país europeo (LFMI, 2019).

¹¹ Nuestro país no es un caso único. Por ejemplo, en los Estados Unidos, el servicio doméstico permaneció durante décadas al margen de las regulaciones sobre salario mínimo y horario de trabajo establecidas desde los años 1930 (Goldberg, 2015).

¹² El servicio doméstico se reguló tradicionalmente por el derecho civil, quedando pues al margen de las leyes laborales. Tanto la Ley 16/1976 de Relaciones laborales como el Estatuto de los Trabajadores de 1980 optaron por regularlo como relación laboral especial, pero significativamente sucesivos Gobiernos pospusieron su regulación hasta el Real Decreto 1424/1985, el cual mantuvo “un grado notable de flexibilidad en la regulación de las condiciones de trabajo. Se establecía, en primer lugar, una clara preferencia por la contratación temporal: el contrato se presumía concertado por tiempo determinado de un año y celebrado a prueba durante quince días (art. 4). Se flexibilizaba, además, la extinción del contrato de trabajo, permitiendo al empleador el ‘desistimiento’ sin causa con una indemnización reducida (arts. 9 y 10). El tiempo de trabajo y el salario se sometían, también, a una regulación especial menos garantista (arts. 6 y 7)” (Desdentado, 2016, p. 131). La reforma que introdujo el Real Decreto 1620/2011 aplicó la regulación general en numerosos asuntos, incluida la contratación temporal anual, mejoró de forma imperativa las condiciones de trabajo e indemnización y reforzó la transparencia; pero mantuvo la regulación del servicio doméstico más cerca de la situación previa al Real Decreto que al régimen general. Además, para los trabajadores contratados antes del 18 de noviembre de 2011 al amparo del Real Decreto 1424/1985, la D.A. 1.^a mantuvo la indemnización por despido en siete días por año trabajado con un límite de nueve mensualidades. Parece, por tanto, que, en la regulación del servicio doméstico, el legislador sí se cuida de evitar una retroactividad favorable a los trabajadores.

Esta dualidad de regímenes y el que éstos protejan menos al trabajador doméstico, pese a ser, en principio, el más vulnerable¹³; no parece plantear mayor problema jurídico ni ético a jueces, legisladores ni juristas. Es revelador en este sentido el contraste de la reacción pública ante las dos últimas grandes reformas de ambos regímenes. A finales de 2011 (RDL 29/2012), un Gobierno del Partido Popular dio marcha atrás a la obligación que, tan solo semanas antes, había impuesto el anterior Gobierno del PSOE a todo empleador de trabajador doméstico que le prestase sus servicios durante menos de 60 horas al mes, de solicitar su afiliación, así como de ingresar las cotizaciones a la Seguridad Social (Disposición Adicional 39ª de la Ley 27/2011). Lo llamativo es que la respuesta de expertos, políticos, jueces y opinión pública fue el silencio. Un silencio que contrastó vivamente con la ruidosa protesta de que fue objeto la reforma del régimen laboral general emprendida pocas semanas más tarde. Ésta mereció incluso que una asociación judicial emitiera un insólito comunicado público de repulsa (Jueces para la Democracia, 2012).

Debemos preguntarnos por qué uno de los mercados de trabajo más intervenidos de Europa cuenta con esta isla de relativa libertad contractual. ¿Por qué un país cuyas leyes se supone que “protegen” tanto a los trabajadores de régimen general protege tan poco a los empleados domésticos, siendo éstos quizá más vulnerables? ¿Tiene sentido alegar, como a veces se hace, que quienes empleamos trabajadores domésticos “no somos empresarios”? ¿No se incurre con ello en una racionalización nominalista carente de contenido sustantivo? ¿No será solo un truco para salvar la disonancia cognitiva que tal vez surge entre las creencias y los actos de quienes, por propio interés, defienden aplicar soluciones diferentes a situaciones semejantes, cuando no idénticas? ¿Acaso sucede algo similar con el régimen de despido libre, sin causa, que la doctrina ha dado en denominar “desistimiento” (Ayala, 2019)?

Este nominalismo alcanza incluso a los textos legales. Por ejemplo, el preámbulo del RD 1620/2011 justifica lo especial de la regulación específica y diferenciada del servicio doméstico con el argumento del ámbito en que se desarrolla y la consiguiente confianza que requiere, hablando de:

“Las condiciones particulares en que se realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico, que justifican una regulación específica y diferenciada son bien conocidas. De modo principal, el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva

¹³ Según la Organización Internacional del Trabajo, el empleado doméstico sufre mayor riesgo de abuso, derivado de las características específicas de su trabajo, como son que el trabajador sea a menudo inmigrante y que viva en el domicilio del empleador, con la consiguiente proximidad física, así como las dificultades que existen para asegurar el cumplimiento de la ley (ILO, 2012, pp. 3-4). Según este informe, “los trabajadores domésticos... son vulnerables a muchas formas de abuso, acoso y violencia, en parte debido a la intimidad y el aislamiento del lugar de trabajo” (p. 41).

presididos por los principios de la economía de mercado; y, en segundo lugar y corolario de lo anterior, el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo”.

La más curiosa de estas afirmaciones es quizá la que se refiere a que el servicio doméstico no forma parte de la economía de mercado, cuando se presta a cambio de una contraprestación económica, en su mayor parte monetaria. En la misma línea, para identificar al empleador, el RD 1620/2011 dota al hogar de un “titular” (artículo 1.3). Sin embargo, en la práctica, al empleador se le identifica mediante el concepto general de empresario laboral (Desdentado, 2016, p. 135) definido en el Estatuto de los Trabajadores, por el cual “serán empresarios todas las personas... que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior”, esto es, la de aquellos “trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”.

De igual modo, es dudoso que la confianza pueda justificar la excepcionalidad del régimen. ¿Es en verdad esa confianza tan importante o excepcional? Ciertamente, la confianza personal es relevante en el trabajo doméstico: piensen, por ejemplo, en el cuidado de niños y ancianos. Pero sucede algo similar en muchas otras actividades laborales. No se trata solo de que los activos de los hogares sean a menudo menos valiosos que los de las empresas, sino de que la confianza personal no tiene por qué ser más importante en el hogar. Compare, por ejemplo, la responsabilidad de un empleado doméstico al cuidado de niños con la de un piloto de avión y suponga que sus correspondientes empleadores disponen de información no verificable por terceros según la cual el empleado sufre tendencias suicidas. En semejante caso, sería cuando menos discutible para cuál de ambos empleados —el piloto o el trabajador doméstico— sería más lógico que la ley permitiera al empleador despedir sin causa, utilizando así esa información no verificable. Además, si la importancia de la confianza fuera el motivo real, lo lógico sería diferenciar la regulación de acuerdo con la importancia de dicha confianza, la cual depende de ese valor de los activos gestionados por el trabajador y de su responsabilidad. Sin embargo, al menos fuera del ámbito de los contratos de dirección, esa variable parece tener muy escaso protagonismo en la regulación laboral. ¿No será, acaso, que el verdadero motivo de la diferencia legal reside en que el legislador y los magistrados valoran más sus propios “activos” que los ajenos?

Debemos preguntarnos pues si la verdadera razón de esta excepcionalidad del régimen legal del servicio doméstico reside tal vez en que sus empleadores no son un pequeño número de “empresarios” sino un enorme número de ciudadanos

“normales y corrientes”, dispuestos, cuando les conviene, a negar su condición de empleadores. Esta posibilidad sería coherente con el argumento de que, al menos en una sociedad con las preferencias que exhibimos los españoles, la promulgación de reglas retroactivas y redistributivas en los contratos es más probable cuando la parte que sufre la redistribución tiene menos poder político. Podría ser éste el caso del derecho laboral general, por ser el número de empleadores muy inferior al de empleados; pero no el del servicio doméstico porque, además de que los empleadores son más numerosos, los propios reguladores y jueces son ellos mismos empleadores y, por tanto, partes afectadas.

TABLA 1

GASTO POR HOGAR EN SERVICIO DOMÉSTICO, EN UNIDADES DE PODER DE COMPRA HOMOGÉNEAS (2015)

	<i>Gasto en servicio doméstico por hogar^(a)</i>	<i>Gasto total por hogar^(b)</i>	<i>Proporción de gasto en servicio doméstico (%)</i>	<i>Porcentaje del empleo total del país^(c)</i>
España	318	30.223	1,05	4,00
Francia	265	29.667	0,89	2,30
Italia	251	29.651	0,85	1,80
Países Bajos	216	32.624	0,66	0,10
Reino Unido	124	25.316	0,49	0,50
Alemania	110	30.835	0,36	0,50
Dinamarca	92	30.102	0,31	
Suecia	17	28.583	0,06	
EU-28	161	26.750	0,60	
Eurozona	210	29.811	0,70	

Notas: a) Gasto en servicio doméstico, Eurostat, categoría 5.6.2 de la COICOP (Classification of Individual Consumption According to Purpose). b) Gasto total, Eurostat, mean consumption expenditure (hbs_exp_t133). c) ILO (2013, pp. 117-19).

Fuentes: Elaboración propia con datos de Eurostat e ILO.

Resultaría así lógico que estos últimos se dotasen de un régimen que unos observadores verán como favorable al interés de los propios reguladores-empleadores y otros simplemente como eficiente. Esta última posibilidad concuerda con el hecho de que, en un país como el nuestro, con récord de desempleo y predominio del autoservicio mecanizado en todo tipo de actividades (desde las gasolineras al pedido de comida rápida), un elevado porcentaje de nuestros hogares (en 2010, el 14,4 por 100, según el INE) cuenta con servicio doméstico prestado de forma regular. Además, los españoles gastamos mucho más en servicio doméstico que otros europeos, tanto en términos absolutos como relativos, y empleamos en esa actividad un porcentaje mayor de nuestra mano de obra (tabla 1). Conviene señalar que también es coherente con el argumento el hecho de que España, junto con

Francia e Italia y a diferencia de Países Bajos, Reino Unido y Alemania, aplica al servicio doméstico un régimen legal especial y no el aplicado con carácter general a las relaciones laborales (ILO, 2013, p. 131).

4.2. Los diferentes costes de salida del empresario individual y societario

Se considera a menudo que una causa primordial de que la economía española sea poco productiva es que tenemos muchas empresas con menos de diez empleados y que en promedio estas “microempresas” presentan un doble déficit. Como sucede en todos los países, son menos productivas que las de mayor tamaño. Pero lo más curioso es que, por otro lado, como demuestran numerosas comparativas internacionales, nuestras microempresas son también mucho menos productivas que las microempresas extranjeras (tabla 2). Es ésta una desventaja que, en cambio, no sufren o sufren en mucha menor medida nuestras medianas y grandes empresas.

Esta proliferación e ineficiencia de las microempresas españolas podría deberse a que muchas reglas legales se vuelven más estrictas y costosas cuando el empresario individual adopta las soluciones idóneas tanto para crecer como para, incluso sin crecer, ser más productivo¹⁴. De forma implícita, subvencionaríamos así su ineficiencia y gravaríamos más a quienes son más productivos.

Tanto para crecer como para ser más productiva, toda empresa ha de invertir más capital y hacerse más compleja. Un elemento clave es la posibilidad de limitar la responsabilidad patrimonial del empresario. Máxime si necesita que aporten recursos varios socios. Sin embargo, la transformación de empresario individual en sociedad mercantil no solo conlleva papeleo y cargas legales, sino que incrementa los costes de salida. Al cesar en su actividad por jubilación, muerte o incapacidad, el empresario individual afronta costes de despido mucho menores que las empresas con forma societaria. Para el empresario individual, la indemnización máxima en

¹⁴ Véase Huerta y Salas (2017, 2018) para un análisis que atiende no sólo a los factores regulatorios como causa de la estructura de tamaños y la productividad de las empresas, sino también a causas técnicas (asociadas a la estructura sectorial de la economía) y, sobre todo, a juicio de los autores, organizativas (centradas en que la menor “profesionalización” de la gestión haría más difícil la delegación y el crecimiento). Todo intento por separar causas en este terreno confronta, sin embargo, notables dificultades, por las posibles interacciones que pueden existir entre dichas causas. Por ejemplo, la regulación laboral condiciona qué tipo de inversiones (tanto en capital físico como humano) resultan expropiables y, por tanto, qué estructura sectorial acabamos observando a largo plazo. De manera similar, suponiendo que la confianza entre los distintos agentes empresariales afecte al grado de delegación en el sentido indicado por Huerta y Salas, esa confianza podría, a su vez, verse afectada por las restricciones contractuales de origen regulatorio. Lo podría ser, además, en un doble sentido, pues la regulación imperativa de las relaciones laborales puede verse como una consecuencia de la falta de confianza, pero también como su causa, al configurar un contrato formal que impide el tipo de contrato relacional que parece más idóneo para generar confianza (en el espíritu de la literatura teórica y experimental sobre contratos relacionales recogida, por ejemplo, en Erkal, Wu y Roe, 2021).

TABLA 2

TAMAÑO Y PRODUCTIVIDAD DE LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS (2018)

	España (%)	EU-28 (%)	España/EU-28 (%)
Porcentaje de empleo:			
Microempresas (0-9 empleados)	38,68	29,65	130,43
Pequeñas (10 a 49 empleados)	20,26	20,13	100,66
Medianas (50 a 249 empleados)	12,97	16,81	77,17
Grandes (más de 250 empleados)	28,09	33,41	84,08
Todas las empresas	100,00	100,00	100,00
Porcentaje de valor añadido:			
Microempresas (0-9 empleados)	25,15	20,84	120,65
Pequeñas (10 a 49 empleados)	18,55	17,59	105,49
Medianas (50 a 249 empleados)	17,59	17,97	97,86
Grandes (más de 250 empleados)	38,71	43,59	88,79
Todas las empresas	100,00	100,00	100,00
Empleados por empresa:			
Microempresas (0-9 empleados)	1,79	1,87	95,67
Pequeñas (10 a 49 empleados)	18,97	20,06	94,56
Medianas (50 a 249 empleados)	101,78	104,68	97,22
Grandes (más de 250 empleados)	1016,92	1036,93	98,07
Todas las empresas	4,37	5,85	74,66
Valor añadido por empresa:			
Microempresas (0-9 empleados)	48.928 €	69.034 €	70,88
Pequeñas (10 a 49 empleados)	732.210 €	922.639 €	79,36
Medianas (50 a 249 empleados)	5.817.369 €	5.891.404 €	98,74
Grandes (más de 250 empleados)	59.045.827 €	71.192.219 €	82,94
Todas las empresas	184.148 €	307.998 €	59,79
Valor añadido por empleado:			
Microempresas (0-9 empleados)	27.404 €	36.991 €	74,08
Pequeñas (10 a 49 empleados)	38.596 €	45.986 €	83,93
Medianas (50 a 249 empleados)	57.159 €	56.279 €	101,56
Grandes (más de 250 empleados)	58.063 €	68.657 €	84,57
Todas las empresas	42.144 €	52.624 €	80,09

Fuentes: Elaboración propia con datos del *SME Performance Review 2019* (European Commission, 2019). Se trata de estimaciones para 2018 elaboradas por DIW Econ y basadas en cifras de 2008-16 de Eurostat (*Structural Business Statistics Database*), por lo que están armonizadas y son comparables entre países. Abarcan la "economía empresarial no financiera", que incluye industria, construcción, comercio y servicios, pero no agricultura, silvicultura, pesca, educación y salud. Los promedios EU-28 reflejan medias ponderadas para el conjunto de la economía europea.

tales supuestos es solo de un mes de salario, con independencia de la antigüedad, frente al máximo general de 12 meses del “despido objetivo”. Muchos negocios familiares rentables han cerrado porque esta distinción legal reduce notablemente el número de posibles interesados en adquirir el negocio y, al final, nadie está dispuesto a asumir la sucesión de la empresa. En muchos casos, algunos de sus empleados podrían haber sido buenos candidatos para comprar, pues conocen el negocio y la clientela. Pero, además de tener vocación empresarial, tendrían que endeudarse para pagar el traspaso. Querrán, por ello, limitar su responsabilidad personal, constituyendo una sociedad mercantil; pero, en ese caso habrían de cargar con el riesgo adicional de que, en caso de ir mal las cosas, tuvieran que indemnizar por despido objetivo a una plantilla veterana y cuyos incentivos también habrían empeorado al disfrutar de mejores condiciones de despido tras producirse dicha transformación jurídica.

Nuestro derecho de quiebras hace lo imposible por dar continuidad a empresas grandes, incluso cuando, por ser inviables, sería mejor liquidarlas (Arruñada, 2020). Sin embargo, nuestras leyes provocan por esta vía el cierre prematuro de pequeños negocios familiares de los que, pese a ser rentables, nadie quiere hacerse cargo, debido en buena medida al riesgo adicional que provoca esa anomalía en el régimen de las indemnizaciones laborales. Pero eso no es todo. Incluso más grave que estos cierres indebidos, es el efecto *a priori* sobre las decisiones de inversión del empresario individual. A sabiendas de que al jubilarse perderá todo su “fondo de comercio”, los incentivos para invertir se reducen de forma drástica a partir de cierta edad.

No es, en modo alguno, el único fenómeno de esta índole. En otros casos, lo que hacen nuestras leyes es limitar de tal modo la actividad empresarial que en la práctica sectores enteros acaban funcionando en un régimen primitivo, casi artesanal. Es el caso, por ejemplo, del alquiler de viviendas. Desde 1920 —aunque en menor medida entre 1985 y 1994—, nos hemos ido dando una regulación de alquileres que no solo dificulta la contratación (al establecer reglas imperativas ineficientes y ser muy tolerantes con el impago del arrendatario), sino que, en comparación con el arrendador especializado, de mayor dimensión y de carácter más profesional y empresarial, favorece al arrendador ocasional de carácter informal e individual (tradicionalmente, le permite terminar el contrato si es para que un pariente pase a vivir en el inmueble, tolera la ocultación fiscal y establece unos impuestos sobre la tenencia relativamente bajos en comparación con los impuestos sobre las transmisiones; y últimamente incluso discrimina a los propietarios personas jurídicas en materia de desahucios). Con todo ello, hace tan difícil la operativa del arrendador profesional que apenas existen empresas especializadas en alquilar viviendas, en contraste con las de alquiler de oficinas y de espacios en centros comerciales. En

cambio, a principios del siglo XX, España contaba con un boyante mercado de alquiler de viviendas, gracias al régimen de contratación libre que había introducido la Ley de inquilinatos de 1842 y consagrado el Código civil de 1889, un mercado con variedad de ofertas y, sobre todo, muchos arrendadores de múltiples viviendas y, por tanto, relativamente especializados. Muchos de los edificios que pueblan los “ensanches” de las últimas décadas del XIX en nuestras ciudades fueron construidos con la finalidad de alquilar todos o la mayoría de sus pisos. Sin embargo, ese mercado perdió gran parte de su carácter profesional tras promulgarse una serie de normas a favor de los actuales arrendatarios y que, además, como acabo de indicar, afectan de hecho en mayor medida al gran arrendador empresarial¹⁵.

Este tipo de discriminación perjudica la competencia en el mercado y la existencia y crecimiento de la empresa. Contribuyen a que en sectores enteros predominen estructuras artesanales, que no alcanzan economías de escala y que están fragmentados en empresas individuales e ineficientes. En algún caso tienen incluso un carácter más primitivo del que tenían hace un siglo, como parece suceder con el alquiler de viviendas. En otros, emplean formas contractuales basadas en relaciones personales y que, gracias a su informalidad, esquivan la ley, incurriendo en fraude fiscal, distorsionando la competencia y consagrando la injusticia. Todo ello es coherente con un mayor peso de la economía informal respecto a nuestros principales vecinos (Medina y Schneider, 2018) y con el retrato que presenta la tabla 2 de las empresas formales: en comparación con Europa, en España pesa mucho más los autónomos y la microempresa con menos de nueve empleados, tanto en el empleo como en el valor añadido total; y se trata de microempresas más pequeñas y, sobre todo menos productivas: su valor añadido por empleado era en 2018 tan solo el 74,08 por 100 del promedio europeo.

4.3. ¿Condenados al minifundio empresarial?

Estamos tan acostumbrados a estas excepciones y diferencias que hasta nos parecen razonables; pero pueden ser muy dañinas. La pregunta es obvia: ¿por qué

¹⁵ Se iniciaron con el Decreto Bugallal de 1920, que fue sucesivamente prorrogado en los años siguientes, diluido de forma transitoria por el Gobierno de la República en diciembre de 1931 y reforzado por la Ley de arrendamientos urbanos de 1946. Al establecer la prórroga indefinida y congelar los precios en un entorno inflacionario, estas normas (en especial, la de 1946) transfirieron la mayor parte del valor de las viviendas a los arrendatarios. Lógicamente, en esa misma medida, también destruyeron todo incentivo a la inversión en mantenimiento y construcción, sobre todo por parte de los inversores profesionales. Por último, perjudicaron así gravemente a los arrendatarios futuros, pues, al desaparecer gran parte de la oferta, tuvieron que pagar alquileres más altos o convertirse en propietarios. Con pocas alteraciones, esta ley franquista de 1946 permaneció vigente hasta el paréntesis que abre la liberalización de 1985, pero algunos de sus elementos están siendo resucitados poco a poco. Sucede así desde la marcha atrás que ya supone la Ley de arrendamientos urbanos de 1994 y que consagran las recientes leyes regionales que animan la ocupación de viviendas y establecen limitaciones en los precios. Describen esta evolución histórica Artola (2012) y Argelich (2017).

las disponemos? ¿Qué persiguen realmente? Sospecho que entran en juego dos factores complementarios. Por un lado, la excepción proporciona una ventaja a los empresarios más pequeños respecto a sus competidores más grandes y eficientes. Por otro lado, e incluso en ausencia de este tipo de efecto competitivo, las excepciones también distorsionan las decisiones políticas: los votantes excluidos pierden interés para informarse de las consecuencias de la correspondiente regla y es menos probable que se opongan. Como, en democracia, la calidad de las leyes depende de la mejor o peor información de los votantes, es de esperar que las excepciones masivas favorezcan así el que se adopten reglas socialmente perjudiciales.

Sucedería así que, aunque las excepciones suelen justificarse en que los costes de aplicar la ley a los individuos y pequeñas empresas serían prohibitivos, su verdadera razón de ser sería de índole política, yendo dirigida a aumentar la asimetría en la toma de decisiones legislativas. Al exceptuar a los empresarios individuales, a los empleadores de servicio doméstico o a los arrendadores de unas pocas viviendas, el legislador minimizaría el coste electoral de sus decisiones erróneas o, más probablemente, redistributivas (introducidas éstas, sobre todo, mediante reglas con efectos económicos retroactivos en los contratos vigentes¹⁶, pues ya se encargan las partes de compensar los efectos redistributivos de las reglas sobre la contratación futura).

5. CONCLUSIÓN: LA EXCEPCIÓN COMO SEÑAL DE FALLO REGULATORIO

Somos muy dados a criticar, con razón, que la economía de mercado falla cuando existen “asimetrías de información” entre compradores y vendedores, entre acreedores y deudores, o entre empresarios y trabajadores. Es sobre esa base de los fallos del mercado sobre la que justificamos gran parte de la intervención reguladora de la actividad económica, en especial la que pretende proteger a consumidores y trabajadores.

Tendemos a olvidar, en cambio, que similares desigualdades informativas originan fallos también similares en los procesos de decisión política y en su principal producto: la legislación. Este olvido es potencialmente grave, porque es de esperar que, a menudo, estos fallos de la política sean incluso más dañinos, debido a que, a diferencia de consumidores y empleados, el votante tiene escaso interés en informarse acerca de las consecuencias generales de su voto. Además, las regulaciones suelen ser difíciles de revertir porque tienden a perpetuarlas tanto los intereses privados como las inercias desinformativas. (La práctica inexistencia de empresas dedicadas al alquiler de viviendas es un buen ejemplo de estas inercias como con-

¹⁵ Dicho lo de la retroactividad desde el punto de vista económico, con independencia de que en el ámbito jurídico muchos autores prefieran catalogar esas nuevas reglas como no retroactivas.

secuencia de las cuales la sociedad puede permanecer ciega durante décadas a los costes de oportunidad que genera la regulación).

Estas desigualdades informativas son exacerbadas por el legislador cuando en un proyecto normativo de cumplimiento costoso exceptúa a gran número de ciudadanos, de modo y manera que la mayoría de ellos tenderá a prestar escasa atención a la propuesta, aumentando sus posibilidades de ser promulgada. Por ejemplo, en el terreno laboral, es probable que la excepción de las empresas con menos de 50 empleados haya facilitado la adopción y el mantenimiento de las reglas adicionales que pesan sobre las empresas con más de 50 empleados, las cuales habrán beneficiado a quienes en ellas trabajaban cuando tales reglas se promulgaron, probablemente en perjuicio de los trabajadores futuros (Garicano, Lelarge y Reenen, 2016). La decisión social ya sufre una asimetría difícilmente evitable porque tiende a obviar el interés de los más perjudicados por la regla: los empleados actuales de las empresas que han sobrevivido; así como los trabajadores potenciales de aquellas empresas que a causa de esas reglas ni siquiera han llegado a abrir o (debido a la excepción) a crecer por encima del umbral regulatorio y que, por tanto, nunca han contratado a esos trabajadores potenciales. La excepción viene a agravar este déficit informativo y democrático al hacer que, a una mayoría de los potencialmente afectados, la regulación le resulte ajena (o incluso beneficiosa si entraña una ventaja competitiva para ellos).

Esta línea de interpretación aconseja someter a especial escrutinio toda regla en la que se exceptúe a los agentes económicos más pequeños y, por tanto, más numerosos, tanto si —centrándonos en los ejemplos analizados en este capítulo— se trata de pequeñas empresas o de individuos que contratan servicios domésticos o que alquilan sus viviendas desocupadas. Con la excusa de diferencias de costes y beneficios que, como he argumentado, son a menudo ilusorios; y entregándoles, si acaso, y más bien como subproducto, una ventaja competitiva de la que a menudo ni siquiera son conscientes, lo que consigue es silenciarles políticamente, contribuyendo a que muchos ciudadanos toleren con su pasividad la promulgación de leyes redistributivas, unas leyes cuyas consecuencias en términos de ineficiencia acabamos por pagar todos. Como bien sabía el legislador del XIX cuando configuró las bases legales sobre las que aún se asientan la democracia y la economía de mercado, la igualdad ante la ley es esencial porque, con frecuencia, las excepciones solo son una tapadera.

BIBLIOGRAFÍA

AGHION, PHILIPPE, BERGEAUD, ANTONIN y VAN REENEN, JOHN (2021). The Impact of Regulation on Innovation. *Working Paper*, 28381. NBER, enero, <http://www.nber.org/papers/w28381>, visitada el 1 de mayo de 2021.

ALMUNIA, MIGUEL y LÓPEZ-RODRÍGUEZ, DAVID (2018). Under the Radar: The Effects of Monitoring Firms on Tax Compliance. *American Economic Journal: Economic Policy*, 10(1), pp. 1–38.

ARGELICH COMELLES, CRISTINA (2017). La evolución histórica del arrendamiento forzoso de vivienda: de la imposición a la expropiación. *e-Legal History Review*, 25, julio, <https://bit.ly/3tvJedU>, visitada el 9 de mayo de 2021.

ARRUÑADA, BENITO (2020). Malas leyes: Aplicación al Derecho concursal. En: ABEL B. VEIGA COPO (dir.) y MIGUEL MARTÍNEZ MUÑOZ (coord.), *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del Texto refundido de la Ley Concursal*, Cizur Menor: Cívitas Thompson Reuters, pp. 53–103.

ARRUÑADA, BENITO (2021). La seguridad jurídica en España. *Estudios sobre la economía española*, 2021/18, 10 de mayo, Madrid: Fedea. <https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2021-18.pdf>, visitada el 13 de mayo de 2021.

ARTOLA BLANCO, MIGUEL (2012). La transformación del mercado de alquiler de fincas urbanas en España (1920-1960). *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, 17(988).

AYALA DEL PINO, CRISTINA (2019). La extinción del contrato de trabajo de los empleados del hogar en España. *THĒMIS-Revista de Derecho*, 75, pp. 43–62, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/21948>, visitada el 23 de abril de 2021.

COASE, RONALD H. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3(octubre), pp. 1–44.

COMISIÓN EUROPEA (2016). Documento de trabajo de los servicios de la Comisión – Informe sobre España 2016, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos. Bruselas, 26 de febrero, SWD(2016) 78 final, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cr_spain_2016_es.pdf, visitada el 18 de abril de 2021.

CUÑAT, VICENTE (2013). Facturando Bajo el Radar. *Nada es Gratis*, 14 de enero, <https://nadaesgratis.es/cunat/facturando-bajo-el-radar>, visitada el 21 de abril de 2021.

DESDENTADO DAROCA, ELENA (2016). Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España. *Investigaciones feministas*, 7(1), pp. 129–148.

ERKAL, NISVAN, STEVEN Y. WU y BRIAN, E. ROE (2021). Putting Relational Contract Theory to the Test: Experimental Evidence. *Experimental Economics*, <https://doi.org/10.1007/s10683-021-09707-w>.

EUROPEAN COMMISSION (2019). *SME Performance Review 2019*, Directorate-General (DG) for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, 10 de mayo de 2019, https://ec.europa.eu/growth/smes/sme-strategy/performance-review_en, visitada el 7 de mayo de 2021.

GARICANO, LUIS, LELARGE, CLAIRE y VAN REENEN, JOHN (2016). Firm Size Distortions and the Productivity Distribution: Evidence from France. *American Economic Review*, 106(11), pp. 3439–79.

GOLDBERG, HARMONY (2015). The Long Journey Home: The Contested Exclusion and Inclusion of Domestic Workers from Federal Wage and Hour Protections in the United States. *Conditions of Work and Employment Series*, 58. International Labour Office,

GOURIO, FRANÇOIS y ROYS, NICOLAS (2014). Size-Dependent Regulations, Firm Size Distribution, and Reallocation. *Quantitative Economics*, 5, pp. 377–416.

HUERTA ARRIBAS, EMILIO, NOVALES CINCA, ALFONSO y SALAS FUMÁS, VICENTE (2021). Comentarios al Documento a Consulta Pública convocada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital sobre ‘Medidas para favorecer la creación de empresas y su crecimiento. *Nota técnica*, 15 de marzo. Madrid: Funcas. https://www.funcas.es/documentos_trabajo/medidas-para-favorecer-la-creacion-de-empresas-y-su-crecimiento/, visitada el 17 de abril de 2021.

HUERTA ARRIBAS, EMILIO y SALAS FUMÁS, VICENTE (2017). Tamaño y productividad de la empresa española. El recurso olvidado de la calidad de la dirección. Grupo de Opinión y Reflexión en Economía Política. *Policy Brief*, 12, octubre.

HUERTA ARRIBAS, EMILIO y SALAS FUMÁS, VICENTE (2018). Productividad y tamaño de las empresas: ¿Dónde están las palancas para el cambio? En: EMILIO HUERTA ARRIBAS y MARÍA JOSÉ MORAL RINCÓN, coords., *Innovación y competitividad: Desafíos de la industria española*, pp. 425–459. Madrid: Funcas.

ILO, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (2012). *Effective Protection for Domestic Workers: A Guide to Designing Labour Laws*. Ginebra: ILO.

ILO, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (2013). *Domestic Workers Across the World: Global and Regional Statistics and the Extent of Legal Protection*. Geneva: ILO.

JUECES PARA LA DEMOCRACIA (2012). Comunicado de JpD ante la Reforma Laboral, 16 de febrero, <http://www.juecesdemocracia.es/txtComunicados/2012/16febrero12.htm>, visitada el 17 de abril de 2021.

LFMI, LITHUANIA FREE MARKET INSTITUTE (2019). *Employment Flexibility Index 2020: EU and OECD countries*. Vilnius: LFMI.

MEDINA, LEANDRO y SCHNEIDER, FRIEDRICH (2018). Shadow Economies Around the World: What Did We Learn Over the Last 20 Years? *IMF Working Paper*, WP, 18/17, enero.

MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD (2017). Informe sobre crecimiento empresarial. Madrid, https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/170727_np_Informe_crecimiento_empresarial.pdf, visitada el 17 de abril de 2021.

OSINGMANN, KATRIN (2015). Workplace Representation in Europe: Works Councils and Their Economic Effects on Firms. *CESifo DICE Report*, 13(4), pp. 59–64, <https://www.ifo.de/en/node/28242>, visitada el 29 de abril de 2021.

PAZ-ARES, CÁNDIDO (2019). *¿Derecho común o Derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*. Cizur Menor: Civitas.

POLINSKY, A. MITCHELL y SHAVELL, STEVEN (2007). The Theory of Public Enforcement of Law. En: A. MITCHELL POLINSKY y STEVEN SHAVELL (eds.). *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1. (pp. 403–454). Ámsterdam: Elsevier.