



finestra



Katharina Pistor

“Els fonaments jurídics
de la riquesa i la desigualtat”

Lliçó Inaugural Irla 2022-2023
Barcelona, 19 d'octubre de 2022
Universitat Pompeu Fabra

Fotografia: Marc Puig

Katharina Pistor (1963) és una jurista i professora alemanya, especialista en com l'estructura i la pràctica del dret afecta a la creació de riquesa i desigualtats socials. És catedràtica de dret comparat a la Columbia University i col·labora en diferents mitjans de comunicació.

La seva recerca se centra en com el dret codifica diversos elements –objectes, idees, reclamacions...– com a capital, per generar riquesa en benefici d'uns pocs; és a partir d'aquí que es crea riquesa, però també desigualtats. Pistor assenya-la un dels pilars bàsics del sistema capitalista, que sovint queda amagat, per tal de dissenyar i introduir canvis que portin a un sistema més just.

Em plau enormement tenir l'opunitat de pronunciar avui aquesta conferència per a la Fundació Josep Irla a Barcelona. Aquesta conferència es basa en el meu llibre recent *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, editat per primer cop a EUA el 2019, i que des d'aleshores s'ha traduït a diversos idiomes i es publicarà en català el 2023.¹

L'argument central del llibre és que el dret és fonamental per crear riquesa per a alguns, i per deixar molts altres sense recursos anàlegs. De fet, sovint les vides d'aquests esdevenen més, no pas menys, precàries com a resultat de les estratègies de codificació que permeten a alguns extreure valor d'un dels nostres recursos socials més importants: el nostre sistema legal. No tota llei ni tots els aspectes del dret s'aprofiten per codificar el capital. Els ingredients més importants provenen del dret privat, el cos legal que fem servir per regir els nostres afers i les

relacions entre nosaltres mitjançant contractes, drets de propietat o formant organitzacions empresarials. El dret regulador s'utilitza sovint per limitar els excessos del capital que es codifiquen en el dret privat. La seva eficàcia, però, sovint disminueix amb el temps a mesura que el capital troba maneres de burlar aquestes limitacions legals. El mateix passa amb els impostos, sobretot en un sistema global que permet triar i remenar les lleis per les quals es vol regir a les empreses. Per descomptat, aquest principi només es pot aplicar a alguns: els que tenen els recursos per beneficiar-se d'aquesta opció, tot i que tots els altres estem obligats a jugar segons les regles.

A continuació, resumiré els arguments bàsics que desenvolupo en més detall al llibre, començant per com es codifica el capital al dret, seguit d'una visió general dels actius bàsics que s'han codificat com a capital al llarg del temps. Després passaré a parlar de la globalització, del paper dels advocats com a «amos» del codi del capital, i finalment conclouré amb algunes reflexions sobre les possibles reformes.

¹ PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*. Edició en català a càrrec de l'editorial Saldonar: PISTOR, *El codi del capital. Com la llei crea riquesa i desigualtats*.

El fonament del capital rau en el dret, el que significa que el capital sempre està mediat pels poders coercitius de l'estat

El capital està codificat en dret

El capital no és un objecte, sinó que, tal com afirmava Karl Marx, és una relació social. Marx i els seus seguidors identifiquen la relació entre capital i treball com a central al capitalisme. La propietat dels mitjans de producció permet als capitalistes extreure'n excedents del treball, que poden reintegrar al procés de producció. La llei forma part d'aquest relat –al cap i a la fi, la propietat dels mitjans de producció pressuposa que els drets de propietat i les relacions laborals es basin en el contracte–, però no n'és central. El dret es derivaria de les condicions materialistes subjacents, no al revés –que és el que argumento en el meu llibre. Els antics institucionalistes, entre ells Thorstein Veblen i John Commons, van donar un paper més central al dret, com a regla de funcionament de la societat –com afirma Veblen–, com a fonament mateix del capitalisme –segons Commons– per explicar aquest sistema.²

«El codi del capital» es basa en aquestes idees i les desenvolupa

2 COMMONS, *The Legal Foundations of Capitalism*; VEBLEN, «On the Nature of Capital».

en un marc que facilita l'anàlisi de l'evolució del capital durant els darrers 400 anys. Plantejo que el capital és una relació social, però d'una mena especial. El seu fonament rau en el dret, el que significa que el capital sempre està mediat pels poders coercitius de l'estat. El dret és simplement la manifestació institucionalitzada d'aquest poder. És important destacar que, quan els poders coercitius de la societat es consoliden o centralitzen, els actors privats poden fer ús d'aquests poders. Ho fan quan fan valer llurs drets de propietat, fan complir llurs contractes o utilitzen el dret organitzatiu per estructurar llurs relacions amb altrí. Els tribunals se solen fer servir com a guardians suprems dels poders coercitius, però la majoria dels contractes o altres reclamacions de drets que s'afirmen com a legals no arriben mai als tribunals. L'ombra de la llei, l'amenaça d'execució, és com s'alimenta el poder de les relacions privades codificades en dret. Tot i així, de vegades els tribunals juguen un paper crític en la creació de nous drets, com ho van fer, per exemple, en l'evolució primerenca del capital durant el moviment de tancament

de terres a Anglaterra.³ Avui dia, els advocats privats són sens dubte més importants que els tribunals. Codifiquen els nous actius com a dret, subjectes només als desafiaments legals ocasionals presentats per reguladors o competidors, i utilitzen les lleis de diferents sistemes legals per fer-ho. S'han convertit en els veritables amos del codi del capital.

Atributs del codi

L'argument fonamental del llibre és senzill. Amb la codificació legal adequada, qualsevol objecte, reclamació o idea es pot convertir en un actiu generador de riquesa o capital. Els atributs clau del capital són: la «prioritat», la «perdurabilitat», la «convertibilitat» i la «universalitat». Amb tres d'aquests quatre atributs, un actiu és procliu a generar molta més riquesa que d'altres. La «prioritat» significa que els titulars d'actius gaudeixen de drets més determinants en relació amb els reclamants

3 Les *Inclosure Acts* –lleis de closos– varen portar al tancament de camps oberts (*open fields*) i de terres comunes –*common lands*–, a partir del segle XVII a Anglaterra i Gal·les, creant drets de propietat sobre terres antigament d'ús comú.

Amb la codificació legal adequada, qualsevol objecte, reclamació o idea es pot convertir en un actiu generador de riquesa o capital

concurrents. Funciona com el comodí en un joc de cartes i permet als seus titulars fer complir els seus drets i obligar als altres a cedir-los. La «perdurabilitat» significa que els drets legals es poden estendre en el temps, permetent que el capital pugui créixer i madurar. Funciona creant escuts legals al voltant de diferents grups d'actius que impedeixen que els creditors —incloent el fisc— d'un grup accedeixin a un altre. La «convertibilitat» és el mitjà pel qual els posseïdors d'actius financers assolixen la «perdurabilitat»: els ofereix l'opció de convertir els actius de risc que tenen al seu balanç en altres de més segurs, o —preferiblement— en efectiu. Finalment, però no menys important, els drets que han estat reconeguts en llei gaudeixen d'«universalitat». S'executaran contra qualsevol infractor, coneguts o no l'existència d'aquests drets.

Els mòduls legals del codi

Només cal un grapat d'institucions jurídiques per convertir un simple actiu en capital. Aquests mòduls del codi inclouen les legislacions sobre la propietat, les garanties, les

societats, la fiduciària, la concursal i la contractual. La llei de propietat i garanties és fonamental per classificar les reclamacions i crear drets de prioritat. La prova decisiva dels drets de prioritat és la insolvència d'un deutor. La raó és que, per definició, el deutor concursat té més crèdits contra ell que béns per satisfer aquestes reclamacions. Qui té els millors drets és fonamental per determinar qui rebrà l'import total degut i qui s'haurà de conformar amb les restes, si n'hi ha. A més a més, les lleis de societats i fiduciària creen escuts legals que separen els grups d'actius entre si. Els creditors d'un grup no poden accedir a un altre grup tret que tinguin una reclamació legal separada contra ell, com ara una garantia —personal. En les societats anònimes, tampoc poden accedir al patrimoni dels accionistes d'una societat concursada, perquè gaudeixen de responsabilitat limitada. El dret societari i de garanties, operen com a dispositius de protecció d'actius.

La funció principal de la llei concursal és la resolució ordenada dels béns d'un deutor en cas d'insolvència. Ho fa assegurant que es respectin i s'apliquin els drets

prioritaris que es van crear d'antuvi. Tanmateix, la llei concursal també crea les seves pròpies regles de prioritat. Aquestes normes estan dissenyades per cobrir els costos del procediment de fallida, o per protegir les parts més febles que no tenen poder de negociació per garantir els seus crèdits, en particular els empleats, satisfent, per exemple, els seus crèdits davant la resta de creditors no garantits —els detalls depenen del règim jurídic en qüestió. A més a més, de vegades la llei concursal eximeix a alguns creditors de les normes que s'apliquen a tots els altres. Aquestes exempcions, també anomenades «port segur»,⁴ permeten a alguns creditors liquidar els seus crèdits, encara que d'altres han de respectar la «suspensió automàtica»,⁵ que impedeix que els creditors individuals facin valer els seus drets per tal de fer factible

4 El *Safe Harbor* [port segur] és una disposició legal contemplada a la legislació concursal d'EUA per eludir o eliminar la responsabilitat legal o reglamentària en determinades situacions, sempre que es compleixin determinades condicions.

5 L'*Automatic Stay* [suspensió automàtica] és una disposició a la legislació concursal d'EUA que impedeix temporalment que els creditors, els cobradors, les entitats governamentals i altres persegueixin els deutors pels pagament de deutes.

Aquest marc es pot aplicar a la codificació dels actius que han estat al centre de l'evolució del capitalisme: a les terres, les empreses, el deute i el coneixement

una resolució ordenada. En efecte, permetre que alguns facin valer els seus drets mentre que tots els altres estan ordenats crea drets prioritaris. Finalment, el dret contractual pot ser l'eina jurídica bilateral per excel·lència, que funciona per consentiment i serveix als interessos mutus de dues parts. Tanmateix, amb un poder de negociació suficient, una part pot imposar, i sovint ho fa, les seves pròpies condicions preferents a tots els altres actors, deixant-los amb l'opció del tot o res. A més a més, les parts amb més poder de negociació poden escalar les seves condicions preferents amb l'ajuda de contractes estàndard i la tecnologia digital actual permet als actors privats mantenir milions, si no milers de milions, d'usuaris en condicions idèntiques. Això s'aproxima a la universalitat que la llei atorga a les reclamacions legalment reconegudes.

Aplicacions

Aquest marc es pot aplicar a la codificació dels actius que han estat al centre de l'evolució del capitalisme: a les terres, les empreses, el deute i el coneixement. De fet, un

dels aspectes més destacables del codi de capital és la seva versatilitat. El que marca la diferència és la codificació en si, no les coses que s'estan codificant. Primer hi va haver el sòl rústic, que va ser la font de riquesa més important fins a finals del segle XIX als països que en aquell moment s'industrialitzaven, i que ha continuat tenint aquest paper en moltes contrades menys desenvolupades durant dècades i fins avui. Les empreses i el deute es van convertir en actius importants que es podien convertir en capital ja abans que el sòl rural perdés el seu fulgor com a font principal de riquesa. En aquest sentit, la història de la codificació del capital no és estrictament lineal, ni seqüencial. Més aviat, les tècniques legals per codificar els actius com a capital es van desenvolupar primer per a les terres, i després es van provar amb altres actius. Actualment, els actius intangibles, és a dir, el coneixement i la fidúcia, codificats com a drets de propietat intel·lectual i deute respectivament, són els actius de capital més valuosos. El que els diferencia del sòl o de les empreses és que deuen la seva pròpia existència al dret. Tot actiu financer és un contracte que promet un pagament

futur, i tot dret de propietat intel·lectual és un monopoli temporal concedit legalment sobre una invenció o creació, que inclou el dret a capturar els seus guanys pecuniaris.

Per veure com ha anat, pot ser útil fer una ullada més de prop a uns casos concrets.

El sòl

Els romans ja coneixien el concepte de propietat privada de la terra. No obstant això, el sòl rural va romandre en gran part sense el tancament dels terrenys comunals fins als temps moderns. Els comuns eren recursos compartits per comunitats, que desenvolupaven les seves pròpies regles sobre qui i quan es podia utilitzar aquest recurs, durant quant de temps i amb quines finalitats. La privatització de la terra a gran escala va ser el precursor del capitalisme. Va facilitar l'acumulació de recursos a escala i la seva monetització en benefici exclusiu dels seus usuaris privats.

A Anglaterra, els principals actes legislatius de finals del segle XVII van marcar el final, no pas l'inici, del

moviment de tancament de terres, que va començar a principis del segle XVI —si no abans— d'una manera molt menys centralitzada. Els terratinents van començar a fer valer el control sobre els comuns quan van sorgir oportunitats per convertir el sòl en font de riquesa: en terres de pastura per a les ovelles per produir llana per a la indústria tèxtil, o bé per als cultius que es podien vendre als habitants dels pobles i ciutats en procés de creixement. Van fer closos erigint tanques i plantant bardisses, i es van negar a permetre que els comunalistes fessin servir les terres com havien fet durant segles.⁶ Els comunalistes s'hi varen tornar. Van rebentar les tanques i les bardisses i van arrabassar els cultius que s'hi havien plantat. Al final, les disputes no es van resoldre amb la violència, sinó als tribunals. És aquí on es va impugnar i es va concretar el concepte de propietat en el sector immobiliari. Els plebeus no van perdre totes les batalles, però van perdre la guerra. Pels tribunals, els propietaris tenien drets superiors, perquè com havien defensat, des de temps

immemorials els havia pertanyut a ells i als seus avantpassats. Potser l'havien compartit amb els comunalistes, però tenien el dret legal de recuperar-ho. És a dir, la primacia donava drets prioritaris, i amb els drets prioritaris venia el títol recolzat pels poders de coacció de l'Estat. Els comunalistes van ser expulsats, i es va promulgar una llei penal que va convertir en delictes la intrusió en terres alienes. Els poders coercitius de l'Estat van ser utilitzats per a crear la classe terratinent.⁷

Empreses

L'empresa pot adoptar moltes formes. Els empresaris individuals poden presentar-se com a artífexs unipersonals propis, poden unir-se a altres, agrupar els seus recursos i compartir els rendiments, o poden crear una societat. Queda molt a l'elecció dels emprenedors, però també ho prescriu força la llei. Si dues o més persones es reuneixen i realitzen un negoci amb ànim de lucre, la llei les considerarà una

associació i se'ls aplicarà les normes predeterminades de la llei de societats. Cada soci pot prendre decisions en nom de l'associació amb efectes vinculants; té dret a participar en els seus beneficis; i és responsable dels deutes de la societat que no estiguin coberts pels propis actius d'aquesta. La forma societària es va convertir en una forma tan atractiva per organitzar negocis, perquè reduïa els riscos de fer-ne amb altres. La societat anònima és una entitat jurídica separada i traça un vel legal al voltant dels actius de la societat, separant-los dels que són dels seus accionistes.⁸ A més, va concedir als accionistes la immunitat envers la responsabilitat pel deute de la societat, un concepte conegut com a «responsabilitat limitada». Aviat va permetre als fundadors incorporar-se sense aprovació prèvia, subjecte únicament a les disposicions obligatòries de la llei de societats.

La història no va acabar aquí. Aviat, els accionistes i la direcció van descobrir que la forma societària es podia utilitzar no només per a recaptar

6 BLOMLEY, «Making Private Property: Enclosure, Common Right and the Work of Hedges».

7 E. P. THOMPSON, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*.

8 HANSMANN; KRAAKMAN, «Organizational Law as Asset Partitioning».

La fallida de Lehman gairebé va fer caure tot el sistema financer

capital i protegir els accionistes de la responsabilitat, sinó que també es podria utilitzar per a produir riquesa. Això va requerir alguns retocs a la llei, com ara definir un propòsit per a la societat, permetre a les societats establir altres societats, així com regles que regulen els dividendes i la recompra d'accions. Tard o d'hora, la majoria de legislatures van acomodar les demandes d'aquests canvis.

En el seu conjunt, aquests canvis van provocar una modificació profunda en l'ús de la forma societària. Ja no només s'utilitzava per organitzar algun negoci «real»; es va convertir en una eina per a encunyar capital per dret propi. La història de Lehman Brothers, el banc d'inversió nord-americà que va fallir espectacularment el 2008, n'és un bon exemple. La matriu nord-americana va crear centenars de filials i les va capitalitzar amb el deute que la mateixa matriu havia generat. Les filials disposaven ara de suficient patrimoni al balanç per aixecar el seu propi deute, que la matriu va garantir per reduir els seus costos. De manera crítica, els actius propis de la matriu estaven formats principalment per les accions de les filials perquè els

beneficis que havia rebut de les filials es van pagar amb tota facilitat pels accionistes.

Entendre aquesta estructura fa que sigui menys sorprenent el fet d'acabar com va acabar aquest muntatge: en fallida de tot el grup. Quan massa filials no podien trobar creditors per refinançar el seu deute, l'empresa matriu estava enganxada, i el que oferia eren accions de les seves filials i el valor d'aquestes accions anava disminuint a mesura que augmentava la dificultat financera. La fallida de Lehman gairebé va fer caure tot el sistema financer, però per als accionistes de Lehman —i d'altres societats d'estructura similar—, el pla d'encunyació de capital havia funcionat. La majoria havien recuperat els seus guanys multiplicats abans de veure les orelles al llop.

Deute

El deute és un contracte entre dues parts en el qual una concedeix un crèdit a canvi de la promesa del deutor de retornar-lo, amb interessos un cop la llei ho permetés. El fet de donar i prendre en préstec basat en

la confiança mútua es remunta als albors de la història humana. Ara bé, convertir el deute en capital requereix deslligar l'obligació de pagament dels vincles socials, facilitar la capacitat dels creditors de vendre'l a altri si tenen necessitats de liquiditat i, en darrera instància, permetre als creditors convertir els actius de deute que tenen, en actius més segurs, preferentment en diners emesos per l'estat. El deute està estretament lligat amb l'evolució dels diners, el paper dels agents privats —sobretot els bancs— en el procés de creació de diners, i la voluntat de l'estat de donar suport als mercats monetaris privats en temps de crisi.

El deute ha evolucionat d'una relació personal entre dues parts que no es podia transferir, a un actiu de capital fungible que es negocia per valors de bilions de dòlars. El primer pas va ser la transformació d'un compromís contractual personal en una nota transferible. Seguidament va venir la transformació dels bitllets en lletres de canvi.⁹ Aquestes permetien que

⁹ ROGERS, *The Early History of the Law of Bills and Notes: A Study of the Origins of Anglo-American Commercial Law*.

El deute ha evolucionat d'una relació personal entre dues parts que no es podia transferir, a un actiu de capital fungible que es negocia per valors de bilions de dòlars

els titulars de la lletra obliguessin al compliment de l'import estipulat en ella no només contra el deutor original, sinó contra qualsevol que hagués utilitzat la lletra per pagar el seu propi deute i l'hagués signat. Finalment, els bancs van substituir els sistemes de pagament que es basaven en lletres de canvi. Però els bancs no limitaven les seves activitats a mantenir un sistema de pagament. Ràpidament es van adonar que es podien obtenir beneficis emetent actius financers: bitllets, dipòsits, préstecs i, més recentment, actius titulitzats i els seus derivats.

Tots aquests actius comparteixen tècniques de codificació legal similars. L'argot financer dissimula les estructures jurídiques mitjançant etiquetes i acrònims elegants, com ara els vehicles —o entitats— de propòsit especial —SPV, de l'anglès *Special Purpose Vehicle*—; acords de recompra —*repos*—; Obligacions de deute garantida —CDO, de l'anglès *Collateralized Debt Obligation*—, i una llarga llista més. Però al cap i a la fi, tot es redueix a contractes combinats amb drets de propietat o garanties, i al fideicomís o dret de societats per aïllar diferents conjunts

d'actius entre si.¹⁰ Les estructures jurídiques i la il·lusió de certesa que atorguen als seus titulars tendeixen a dissimular una llei fonamental del deute: són actius volàtils; són valuosos sempre que els mercats siguin líquids, però perden ràpidament el seu llustre quan augmenten les taxes de morositat i els creditors redueixen les oportunitats de préstec i de refinançament. L'enfonsament del mercat dels valors hipotecaris il·lustra tant l'ascens com la caiguda del mercat dels actius titulitzats.¹¹

Coneixement

El coneixement es pot compartir sense que minvi, i per això s'anomena bé «no rival». De fet, el coneixement pot créixer al compartir-se perquè altres el poden fer progressar vers noves fronteres. Tanmateix, compartir el coneixement priva l'inventor, el creador o els seus patrocinadors corporatius d'assolir els guanys pecuniaris que se'n pugui derivar. Per resoldre aquest dilema, es van

crear nous drets de propietat per a aquests actius intangibles, entre els quals hi ha patents, drets d'autor —copyright— i marques registrades, que s'han denominat conjuntament «drets de propietat intel·lectual».¹²

Un cop esdevingués possible incorporar legalment els coneixements i les idees, va ser fonamental decidir on traçar la línia entre allò que hauria de ser apropiable pels actors privats i allò que no ho hauria de ser-ho. En les famoses paraules del jutge Louis Brandeis¹³ «*el coneixement, la veritat constatada, les concepcions i les idees*» haurien de ser «*lliures com l'aire per a l'ús comú*».¹⁴ Això deixa encara molt espai per a dibuixar els límits, que s'ha aprofitat per a ampliar l'abast dels actius apropiables.

Al llibre explico la història de com el codi genètic, que porta la informació de la vida de tots els organismes

¹² SELL, *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*.

¹³ Louis Brandeis va ser magistrat —Associate Justice— del Tribunal Suprem dels Estats Units de 1916 a 1939, figura jurídica i judicial molt rellevant que va donar forma a la jurisprudència moderna d'EUA.

¹⁴ TRIBUNAL SUPREM, «*Int'l News Serv. v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 250 (1918) —Brandeis, J., opinió discrepant, p. 248ff».

¹⁰ PISTOR, «*A Legal Theory of Finance*».

¹¹ LEVITIN; WACHTER, «*Explaining the Housing Bubble*».

Empènyer els límits d'una llei que ja és mal-leable basant-se en el mantell de la legalitat per dissuadir possibles opositors és fonamental per a la codificació del capital

biològics, inclosos els humans, es va convertir en l'objectiu del «tancament» legal. La seqüència del genoma humà és de domini públic, gràcies a un esforç important dels Instituts Nacionals de Salut dels EUA per mantenir-ho així. Això deixa oberta la qüestió de si els defectes genètics i les seves seqüències, o les manipulacions humanes del codi genètic podrien ser patentables. L'oficina de patents dels EUA va creure que aquests invents eren patentables i va concedir una patent a una corporació privada pel seu descobriment de la seqüència gènica que és responsable d'una de les formes més agressives de càncer de mama. Gairebé vint anys després, la Cort Suprema dels EUA va anul·lar la patent, almenys en part, sostenint que el codi genètic en si no és patentable; només ho podrien ser les modificacions fetes per humans.

Aquesta va ser una victòria important per als metges i pacients que havien lliurat una llarga batalla legal contra la patent. Myriad, l'empresa privada propietària de la patent havia cobrat un preu elevat pel kit que havia desenvolupat per a diagnosticar el defecte genètic, emprant la

seva patent per a obligar els metges i els hospitals a canviar de kits de prova genèrics més barats per al seu producte. Com a resultat, molts pacients ja no podien permetre's una prova que podria salvar vides. A més a més, es va veure ofegat el desenvolupament de proves millors i més barates per aquest monopoli legal.

Els amos del codi

L'anàlisi mostra que, lluny de ser una característica fixa que s'estableix d'una vegada per totes, la llei és mal-leable. Els marges del contingut i el significat dels drets de propietat i de les garanties, els drets i les obligacions dels fideïcomissaris, creditors i accionistes es veuen alterats contínuament. S'exploten les llacunes i les interpretacions establertes de què és un dret i de què significa una llei són pertorbades per actors econòmics que n'esperen treure profit. No sempre aconseguixen el que volen. Si, com passa en el cas de les patents, necessiten una acció de l'estat per crear un nou dret propi, hauran de plantejar una àrdua batalla, tot i que a vegades poden ser rebuts amb els braços oberts,

tal com suggereix la patent del gen del càncer de mama que acabo de comentar. En altres casos, els codificadors tenen l'avantatge des del bon començament, perquè mentre que ningú qüestioni la seva estratègia de codificació, poden defensar-la com a legal.

Empènyer els límits d'una llei que ja és mal-leable basant-se en el mantell de la legalitat per dissuadir possibles opositors és fonamental per a la codificació del capital. És per això que els titulars d'actius necessiten advocats i per això els advocats de primer ordre poden cobrar honoraris tan elevats —arribar als quatre dígitos en tarifes horàries— pels seus serveis. També és per això que anomenem advocats els «amos del codi».

Els advocats, o més concretament, els advocats en exercici privat, no governen l'economia capitalista i els seus poders no són il·limitats. Però sí que tenen el coneixement i les eines per alterar les regles del joc pels actors crítics a l'economia capitalista: els posseïdors d'actius de capital. No en va, els actors que contracten aquests advocats acaben tenint les millors cartes mentre que d'altres

Pel que fa als drets de propietat, els estats sobirans encara reclamen un monopoli legal sobre tots els actius que es troben al seu territori

acaben amb les pitjors. En el joc que es desenvolupa, persisteix la simulació que tothom és igual davant la llei, però aquesta és una noció d'igualtat tremendament formalista que ignora l'accés diferenciat que existeix a la llei i la codificació del capital.

És important destacar que les estratègies de codificació de l'advocat es basen en la llei existent i assumeixen aquest mantell de continuïtat, no de canvi, que és fonamental per determinar l'autoritat de la llei. Els mòduls bàsics del codi de capital i la seva funció de codificar el capital es mantenen força estables. Els drets de propietat donen als titulars de patents un dret superior al de qualsevol altre, tal com ho feien amb la terra i llurs propietats. El mateix dispositiu legal que aprofitaven els propietaris de terres a Anglaterra per protegir les seves finques familiars dels seus creditors personals, el fideïcomís, s'ha utilitzat durant segles per protegir els actius del fisc, i avui té un paper central com a «vehicle de propòsit especial» per protegir els actius del risc per estructures de titulització o derivats. I de la mateixa manera que els propietaris de terres anglesos van poder aconseguir

eludir les regles ordinàries de fallida pel que fa a béns immobles, també els inversors han obtingut l'estatus de «port segur» a les fallides de reclamacions derivades o de *repo* davant d'una contrapart que es troba en fallida. El domini de la codificació del capital rau en la capacitat d'utilitzar el dret existent per a crear nou capital.

Globalització

Els mòduls legals pels quals el capital és codi, com ara la propietat, les garanties, el fideïcomís, el dret societari, el concursal i el contractual formen part dels ordenaments jurídics «estats». Es podria conjecturar que perquè el capitalisme global funcioni, necessitaríem un estat global i un sistema de dret privat global. Cap d'ells existeix, però sí el capitalisme global. Això suposa un repte important al meu argument que el capital és dret codificat i el capitalisme no pot existir sense ell. Hi ha, però, una solució senzilla a aquest enigma: el dret estatal es pot fer portàtil, substituint la necessitat d'un sistema legal realment global. La base legal per a la portabilitat de la llei és un cos

legal denominat «dret internacional privat» —i «regles de conflicte de lleis» a les jurisdiccions anglosaxones—, que forma part dels ordenaments jurídics estatals. En els casos transnacionals, en què es juga més d'un sistema jurídic, assisteix al jutge o advocat vers l'ordenament jurídic que cal aplicar.¹⁵

Per als contractes, les parts normalment poden triar lliurement els seus sistemes legals preferents, tot i que alguns estats requereixen alguna connexió amb la llei triada. Pel que fa als drets de propietat, els estats sobirans encara reclamen un monopoli legal sobre tots els actius que es troben al seu territori. Això suposa, però, un problema per als actius sense ubicació, és a dir, per als intangibles. Per als drets de propietat intel·lectual, la solució és que la majoria d'aquests drets s'han de registrar per existir, i sovint requereixen registres múltiples. Per als actius financers, això no és tan fàcil, perquè simplement es poden codificar a l'emissió. Per a aquests actius, calia desenvolupar noves nor-

15 YNTEMA, «The Historic Bases of Private International Law».

Les legislacions anglesa i de l'estat de Nova York dominen la codificació del capital transaccionat a l'àmbit global

mes. Potser no és sorprenent, atesa la implicació de molts advocats en exercici, que la solució juga a favor dels titulars de capital financer: ara poden triar efectivament la seva llei preferida, sigui incorporant l'emissor a la seva jurisdicció preferent, o escollint la llei que regula el contracte entre ells i el gestor del compte on es registren els actius. En resum, per als actius financers, els drets de propietat també s'han convertit en portables.

Un element crític per a la portabilitat del dret de propietat és la portabilitat del dret societari. Algunes jurisdiccions han imposat des de fa temps el seu poder de reconèixer o no una societat constituïda sota dret estranger. Si una societat que s'hagués constituït en virtut d'una jurisdicció estrangera localitzava les seves operacions principals o la seu administrativa en aquestes jurisdiccions, s'havien de tornar a formar la societat segons la legislació nacional. L'incompliment comportava la pèrdua de la personalitat jurídica, fet que va convertir la societat anònima en una societat mercantil amb totes les seves conseqüències jurídiques. Això fou considerat una restricció

a la lliure circulació de persones jurídiques i de capitals pel Tribunal de Justícia de la UE al 1999 —seguint una jurisprudència similar als EUA d'aproximadament un segle abans.¹⁶ Com a resultat, la majoria dels estats reconeixen avui una societat que s'hagi format sota jurisdicció estrangera amb poques objeccions. La llei concursal és l'únic mòdul del codi de capital que és obligatòriament dret estatal, però actors privats ben organitzats han fet pressions per garantir que la majoria dels països adaptessin el seu dret concursal als seus contractes.

L'hegemonia jurídica i el repte democràtic

Vist amb l'esguard del codi del capital, el capitalisme global no és un sistema desvinculat de les lleis estatals. En canvi, sí està arrelat a sistemes legals concrets que han acomodat el capital durant segles i que avui són la llar no només dels principals actors de les finances mundials, sinó també dels 100 principals bufets d'advocats globals. Les legislacions anglesa i de l'estat

de Nova York dominen la codificació del capital transaccionat a l'àmbit global.¹⁷ Aquestes dues jurisdiccions són, per tant, les emissores normatives pel que fa al capital global. La majoria de les altres jurisdiccions reconeixeran i faran complir els drets legals que creïn aquestes; són els receptors normatius. Quan s'ofereixen a reconèixer i fer complir la llei forana als seus tribunals, atorguen autoritat a lleis que no provenen de les institucions que constitucionalment els faculten a fer lleis en la seva pròpia jurisdicció. Per contra, les legislatures de les jurisdiccions que es qualifiquen com a legisladors, estenen l'abast de les seves lleis molt més enllà dels límits territorials de la seva jurisdicció. En l'àmbit del dret públic, això es consideraria una violació del dret internacional. Funciona en el dret privat, perquè el dret privat es concep àmpliament com el mitjà pel qual els actors privats governen la seva pròpia relació horitzontal entre ells.

No obstant això, tal com se suggereix en els exemples comentats anteriorment, el dret privat és una

¹⁷ GAROUPA, «Globalization and Deregulation of Legal Services».

¹⁶ En el cas Centros –C-212/97, 9 de març de 1999.

És impossible dissenyar un projecte d'institucions que suporti les pressions dels titulars d'actius que volen continuar codificant el capital com fins ara

font de poder privat i un poder cada cop més difícil de controlar en un món globalitzat, en el qual uns poden triar i remenar les lleis per les quals volen ser governats i els altres se'ls demana que juguin segons les regles pròpies. Els estats es troben sempre al mig de tot això. La llei està autoritzada pels estats i els estats controlen, a través d'institucions com els tribunals o l'àmbit polític, l'accés als mitjans centralitzats de coacció. Tanmateix, els estats han perdut en gran mesura el poder de governar un sistema econòmic que es basa en el dret privat i els principals actors del qual poden triar l'ordenament jurídic que millor s'adapti a les seves necessitats. Fins i tot els dos ordres jurídics centrals d'aquest sistema, l'anglès i el de l'estat de Nova York, tenen dificultats per extreure's-en, perquè acullen els principals intermediaris financers, així com els principals bufets dels advocats dels quals codifiquen el capital a escala global. Aquests dos agents constitueixen una poderosa força econòmica i política; tots dos han fet les seves apostes a llarg termini i tenen els recursos per mantenir-les.

Això suposa un repte fonamental per a la governança democràtica, que

suposa la capacitat de les ciutadanes per determinar-se mitjançant la llei. Si l'estructura d'aquestes i la distribució de la riquesa entre els seus membres està determinada per actors poderosos que poden optar lliurement per entrar o sortir del sistema, l'abast de l'autogovern democràtic es limita. No hi ha solucions fàcils per a aquest dilema. El sistema que he descrit és complex i sostingut per molts interessos. No hi ha un únic actor o agent que sigui objectiu fàcil de reformar-se. Més aviat, el sistema s'ha creat i es manté d'una manera bastant descentralitzada, i en gran part oculta a la vista pública. La major part dels actes tenen lloc als despatxos de grans bufets d'advocats, no pas als parlaments, i molt menys als debats diaris sobre l'economia i els objectius que ha de servir. A més a més, les qüestions legals sovint són difícils d'entendre, excepte per als experts en un subcamp del dret. L'especialització extrema dels advocats reunits per a treballar en un cas, que combinen i recombinen els seus coneixements en diferents àrees del dret i diferents sistemes jurídics, caracteritza l'advocacia del capital global.

I tanmateix, les entitats polítiques no estan mancades de poder. Encara tenen eines per intervenir, per revertir alguns dels privilegis legals que han atorgat al capital, potser fins i tot sense voler, o per a empoderar els col·lectius les vides dels quals s'han tornat més precàries o les veus dels quals ja no s'escolten. Un cas evident de candidatura a la reforma és l'àmbit de les regles d'elecció de la llei. Les democràcies no poden funcionar si tothom tria i remena la llei per la qual vol ser governada. La competència reguladora no és del tot negativa, però sovint serveix als col·lectius que són més mòbils i controlen més recursos, alhora que deixa de banda altres que no tenen aquestes opcions. Un altre és l'arbitratge privat, que permet a les parts saltar-se els tribunals estatals sense perdre l'opció d'utilitzar-los per a executar un laude arbitral. De nou, la idea bàsica de permetre a les parts triar els seus jutges no és dolenta. Tampoc és del tot objectable que els estats posin a disposició dels seus tribunals per executar els laudes, sense els quals l'arbitratge seria molt menys atractiu. Tot i així, a les democràcies, el poble és el sobirà. Ha consolidat els seus mitjans de

Entendre el poder del codi legal del capital és fonamental no només per entendre el capital i, per implicació, el capitalisme, sinó també per considerar què fer-hi

coacció i també hauria de controlar amb quines finalitats es mobilitzen. Oferir-los a qualsevol persona que hagi trobat actius d'una contrapartida en el seu país sense més controls és una notable abdicació del poder sobirà. Actualment, els acusats només poden invocar les violacions de l'ordre públic, dels principis fonamentals de l'ordenament jurídic intern, per impugnar l'execució d'un laude arbitral. Com a mínim, aquest llinar s'ha de reduir.

En lloc de més exemples, potser és més útil explicar la lògica d'aquestes reformes. No es tracta de reformes a l'engròs dels fonaments legals del capitalisme, sinó de passos incrementals però estratègics que es podrien portar a terme per a transformar el sistema. Al meu entendre, una reforma a l'engròs és inviable perquè els titulars la bloquejarien. A més a més, és impossible dissenyar un projecte d'institucions que suporti les pressions dels titulars d'actius que volen continuar codificant el capital com fins ara. En canvi, l'èmfasi de les reformes que proposo està en els nodes crítics de la xarxa d'institucions jurídiques que sostenen el capital, que pertorbarien el sistema

existent i crearien obertures per a un altre d'alternatiu, que també s'hauria de crear per assaig i error.

Conclusions

El capital té dos ingredients crítics: l'actiu i la codificació legal. Un actiu pot adoptar moltes formes diferents. Pot ser un terreny, una empresa, una reclamació de deute, una invenció o una creació... Cadascun d'aquests béns té el seu propi valor, però sense el codi legal, cap d'ells permetria als seus titulars extreure'n valor pecuniari a exclusió d'altri. El codi legal no només afegeix, sinó que crea valor. Això és encara més evident en el cas dels béns intangibles, o bé que només existeixen jurídicament, però també s'aplica a altres béns. Un terreny és només un tros de terra. Només la seva codificació legal en dret de propietat converteix la terra en bé immoble o en bé de capital. Entendre el poder del codi legal del capital és fonamental no només per entendre el capital i, per implicació, el capitalisme, sinó també per considerar què fer-hi. Espero que el meu llibre i la meva conferència d'avui hagin fet una petita contribució a aquest important tema. ■