

Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo

Fernando Gómez Pomar
Juan José Ganuza Fernández

Universitat Pompeu Fabra

Abstract¹

Este trabajo presenta algunas perspectivas económicas sobre el proceso actual de armonización del Derecho privado europeo, que encuentra una buena muestra en el Proyecto de Marco Común de Referencia (Draft Common Frame of Reference) y en la iniciativa de la Comisión Europea que depende del mismo; reexamina algunas de las principales críticas económicas a la armonización –sobre todo, cuando ésta es el resultado de esfuerzos de coordinación explícitos o de decisiones políticas– y señala algunas de las deficiencias que han pasado desapercibidas para tales críticas; describe lo que podría definirse como una crítica epistemológica al proceso de armonización actual, vinculada a su dimensión de recodificación. Por otro lado, sostiene firmemente que el cómo lograr la armonización es tan importante como el si realmente se debe llevar a cabo; finalmente, presenta un modelo económico simple para construir reglas óptimas y uniformes en un escenario en el que hay normas nacionales preexistentes, siendo las preferencias de los ciudadanos de los países y los costes para las empresas de sujetarse a las reglas jurídicas los factores esenciales de los que deben depender los estándares contractuales armonizados. Finalmente, analiza de forma sistemática cómo los distintos regímenes de armonización (armonización máxima, armonización mínima y coexistencia de estándares armonizados y nacionales) afectan a los resultados del proceso de armonización.

The paper presents different economic perspectives over the current process in Europe that deliberately intends to harmonize private law, as exemplified by the Draft Common Frame of Reference and the European Commission's initiative that hinge upon it. It re-examines some of the major economic criticisms of harmonization –specially when harmonization is the outcome of explicit coordination efforts or, even more, of political fiat at a higher level of decision– and points out some of the underappreciated weaknesses of these economic critiques. We sketch what may be considered an epistemic criticism of the current harmonization exercise linked to the re-codification dimension involved in the process. We show a strong case concerning how harmonization is to be achieved is as important a question as whether it should be done. We present a simple economic model of how to create optimal harmonized rules and standards in a pre-existing, separate and diverse national setting, where citizens' preferences in the affected countries, and firms' costs of operating under the legal rules are the crucial factors. Finally, we also systematically explore how the different harmonization regimes (maximum harmonization, minimum harmonization, and pure co-existence of harmonized and national standards) affect the outcome of the harmonization process.

Title: Economic Underpinnings of European Private Law Harmonization

Palabras clave: Armonización del Derecho privado europeo; armonización máxima; armonización mínima; coexistencia de estándares nacionales y armonizados; recodificación

Keywords: European Private Law Harmonization; maximum harmonization; minimum harmonization; pure co-existence of harmonized and national standards; re-codification

¹ Agradecemos los comentarios de dos evaluadores anónimos y de los asistentes a un seminario realizado en la Universidad de Münster, el apoyo financiero del Ministerio de Ciencia e Innovación, y la excelente colaboración de Marian GILI y Laura ALASCIO.

Sumario

1. Introducción
2. Algunas críticas económicas al proceso de armonización del Derecho Privado Europeo: un proceso innecesario e indeseable
3. La armonización del Derecho Privado Europeo como recodificación
4. La construcción óptima de estándares europeos armonizados
5. Armonización máxima, armonización mínima y coexistencia de estándares nacionales y armonizados
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. Introducción

La expresión “Derecho privado europeo” agrupa un conjunto de fenómenos diverso. Dicha expresión se puede referir al Derecho privado para la construcción de un mercado único mediante las Directivas y Reglamentos que han aprobado las instituciones europeas en las últimas tres décadas en el ámbito del Derecho de sociedades, de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, del Derecho de seguros, del Derecho de consumo, del Derecho de la propiedad intelectual, etc. Esta actividad legislativa, como era de esperar, se ha llevado a cabo en el marco de las competencias y políticas del mercado común y, gracias a ella, se ha alcanzado un nivel de aproximación importante entre las normas de Derecho privado de los Estados miembros de la UE. Este proceso, al menos en su conjunto, no ha sido demasiado problemático en las comunidades jurídicas europeas y ha pasado casi desapercibido entre los economistas, quienes han centrado su atención en políticas macro tales como la unión monetaria u otras políticas generales de la UE.

Sin embargo, el uso de la expresión “Derecho privado europeo” que ha captado una mayor atención entre los académicos, y que ha generado un mayor debate doctrinal en Europa ha sido el actual –aunque con importantes predecesores en esfuerzos académicos por construir principios y normas comunes en materia de Derecho de contratos– proceso o tendencia, favorecido por unos y aborrecido por otros, de armonización de los sistemas jurídicos europeos, y que afecta al núcleo del Derecho privado –el Derecho de contratos y el Derecho de daños– y que llegaría acaso, en determinados escenarios, a la armonización completa.

Sin duda, la manifestación más reciente e importante de este proceso o tendencia es el Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*; en adelante, DCFR), que es el resultado de un impresionante esfuerzo académico y jurídico en el ámbito del Derecho privado y, en particular, del Derecho de contratos², en el contexto europeo.

El DCFR no es fácil de definir. Pretende ser, como su propio nombre indica, un marco de referencia para la reflexión, la legislación y la aplicación del Derecho privado en Europa. Para la Comisión Europea, también sería una caja de herramientas. A pesar de su inspiración y elaboración teóricas, el DCFR no es un típico producto académico: no es un comentario, un tratado, una colección de ensayos o de artículos dedicados al Derecho privado europeo o al Derecho privado en general. Es un conjunto de normas modelo que va acompañado de términos estándar o definiciones para facilitar su comprensión, uso y aplicación. Tales normas, con o sin el adjetivo “modelo”, pretenden regular el comportamiento real de las personas y empresas, ya sea directamente, como una fuente inmediata de normas jurídicas, o indirectamente, por su influencia sobre los encargados de redactar las normas que van a regular el comportamiento de

² Aunque el ámbito de aplicación del DCFR excede del Derecho de contratos, y pretende tener una cobertura amplia (véanse las pp. 19 y ss. de la Introducción al DCFR), el grueso del DCFR es, tanto cuantitativa como cualitativamente, Derecho de contratos.

los agentes económicos. La regulación indirecta a través del legislador comunitario y de los legisladores nacionales se recoge de manera expresa en el DCFR³.

Para la Comisión Europea, el DCFR no es sólo una caja de herramientas, sino también el fundamento de una acción legislativa a nivel europeo que tendrá efectos armonizadores sobre la diversidad jurídica que afecta a los Derechos privados de los Estados miembros. Aunque las características y alcance concretas de dicha acción todavía están por ver, la Comisión ha creado un Grupo de Expertos⁴ para elaborar un texto más eficiente del DCFR, y ha lanzado una consulta acerca de las posibles alternativas sobre las cuales utilizar el resultado de esa acción⁵.

La dimensión de armonización del Derecho privado europeo ha sido analizada por extenso desde una perspectiva económica⁶. Los propios autores de este trabajo hemos abordado ya distintas dimensiones y aspectos del proceso de armonización⁷, y no queremos repetirnos, o al menos no del todo, en estas materias.

Este trabajo presenta algunas cuestiones sobre el proceso de armonización del Derecho privado europeo que, a nuestro entender, han sido insuficientemente tratadas, tanto desde el punto de vista de su importancia como de sus implicaciones. El apartado 2 analiza algunas deficiencias de los argumentos económicos contrarios a la armonización que se deriva de la coordinación de ordenamientos o de una decisión política. El apartado 3 examina cómo el proceso de armonización europeo se podría equiparar a una recodificación y los inconvenientes de dicha caracterización desde un punto de vista económico. El apartado 4 tiene por objeto una pieza fundamental del proceso desde una perspectiva económica, en particular, cuáles son las normas sustantivas deseables, teniendo en cuenta que la construcción de normas armonizadas no parte

³ BEALE (2007, p. 260).

⁴ La [Decisión de la Comisión, de 26 de abril de 2010 \(2010/233/UE\)](#), crea el Grupo de Expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo. Aunque uno de nosotros (Fernando GÓMEZ) es miembro de dicho Grupo, las opiniones manifestadas en este trabajo son estrictamente personales y no necesariamente compartidas por otros miembros del Grupo o por la propia Comisión Europea.

⁵ Véase el [Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, de 1 de julio de 2010 \[COM \(2010\) 348 final\]](#). Las opciones señaladas en el Libro Verde son las siguientes: (a) la publicación en el sitio internet de la Comisión de normas modelo no vinculantes en materia de Derecho de contratos que puedan ser utilizadas en el mercado único; (b) una caja de herramientas para los legisladores europeos actuales y futuros; (c) una Recomendación de la Comisión que incentive a los Estados miembros a incluir en sus legislaciones nacionales un instrumento de Derecho contractual europeo; (d) un instrumento optativo de Derecho contractual europeo que puedan escoger los consumidores y empresas como alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos o nacionales, (e) la armonización de las legislaciones nacionales sobre Derecho de contratos mediante una Directiva de la UE; (f) la armonización máxima de las legislaciones nacionales sobre Derecho de contratos mediante un Reglamento de la UE; (g) la creación de un Código civil europeo completo que sustituya todas las normas nacionales en materia de contratos.

⁶ WAGNER (2002), FAURE (2003), WAGNER (2005), VAN DEN BERGH y VISSCHER (2006), GAROUPA y OGUS (2006), KERBER y GRUNDMANN (2006), WAGNER (2007), CHIRICO (2008), VAN BOOM (2009), PARISI y FON (2009, p. 51).

⁷ GÓMEZ (2008, 2009, 2010), GÓMEZ y GANUZA (2011), GANUZA y GÓMEZ (2010).

de cero sino de normas nacionales y, en ocasiones, europeas, preexistentes. En el trabajo se defiende que son las preferencias de los ciudadanos afectados por la armonización y los costes para las empresas de operar y servir a los consumidores bajo las distintas reglas legales los factores esenciales en tal proceso de armonización, si se pretenden resultados económicamente atractivos. El apartado 5 se refiere a un problema estrechamente vinculado con el anterior. En el proceso de armonización europeo se debate si las normas armonizadas deben sustituir, servir de mínimo o coexistir con las normas nacionales preexistentes. Este es el debate teórico bajo el cual subyace el conflicto acerca del máximo y el mínimo de armonización⁸. En este apartado también se resumen los principales resultados de nuestra investigación económica⁹. El apartado 6 concluye.

2. Algunas críticas económicas al proceso de armonización europeo: un proceso innecesario e indeseable

En este apartado no se reproducirán las críticas al proceso de armonización mediante la coordinación de ordenamientos o por imposición política, pues los beneficios y costes de tales procesos en relación con el Derecho contractual europeo han sido analizados en otros trabajos¹⁰. Este apartado presentará, desde un punto de vista económico, las que se podrían considerar las dos principales críticas al proceso actual de armonización del Derecho privado europeo: por un lado, que es un proceso innecesario habida cuenta de sus efectos económicos y, por otro lado, que es un proceso indeseado por sus implicaciones y efectos. Sin embargo, como se verá a continuación, tales críticas no son tan importantes como uno podría llegar a pensar, ni desde una perspectiva teórica ni empírica.

Lo anterior no significa que el proceso de armonización del Derecho privado europeo sea impecable o admirable y deba alcanzar el éxito necesariamente. Aunque somos escépticos acerca de la solidez final del proceso y sobre la bondad de su resultado, vale la pena aclarar el peso efectivo de algunas de las objeciones alzadas en su contra. En el siguiente apartado se ampliará una de las dimensiones más criticables, al menos en nuestra opinión, del proceso de armonización –la forma en que se determinarán e interpretarán las normas jurídicas–, que todavía no ha recibido una atención comparable a la de otros elementos y que, desde nuestro punto de vista, parece problemática en un sentido epistémico.

El argumento de que el proceso de armonización es innecesario se compone de dos elementos. De acuerdo con el primero, los costes de transacción que se derivan de la diversidad y fragmentación jurídicas en Europa no son relevantes o, al menos, no tanto como parecen sugerir los discursos

⁸ Sobre el conflicto en torno al carácter de armonización máxima de la Propuesta de Directiva de la Comisión sobre los derechos del consumidor, véase *infra*.

⁹ GÓMEZ y GANUZA (2010).

¹⁰ GÓMEZ (2008, 2010).

pro-armonización o las consignas machaconas sobre los obstáculos a la construcción del mercado único europeo. Algunas críticas al proceso de armonización apuntan a que hay poca o nula evidencia sobre la importancia de los costes de la diversidad jurídica en el comercio transfronterizo activo¹¹ y sobre la capacidad de los agentes económicos para salvar a un coste razonable las barreras derivadas de tales costes¹². Esto lleva al –compartido por muchos– segundo elemento de la crítica, según el cual las normas de Derecho internacional privado y sobre derecho aplicable pueden eliminar o reducir los problemas que genera la diversidad jurídica en los intercambios e interacciones internacionales¹³.

Los bienes, servicios, capital, y también las personas, suelen cruzar las fronteras mediante interacciones económicas que están sujetas a normas jurídicas. En efecto, las operaciones transfronterizas de prestación de bienes y servicios y de inversión de capitales se rigen por las normas de los ordenamientos nacionales implicados. La fragmentación y disparidad de tales ordenamientos se pueden reducir mediante normas de derecho internacional privado que determinen la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico o que establezcan, al menos, el conjunto de disposiciones aplicables en los distintos ordenamientos.

Ahora bien, ni tan siquiera las leyes de derecho aplicable mejor diseñadas son capaces de eliminar todos los obstáculos y costes de transacción que genera la fragmentación jurídica en el comercio transfronterizo y en los mercados unificados. Ni las partes eligen el derecho aplicable a la operación en todo caso, ni dicho derecho proporciona siempre el resultado deseado. En ocasiones –a veces con frecuencia–, los costes de elección de la ley aplicable son tan elevados que impiden una elección adecuada y, en consecuencia, el disfrute de los efectos positivos derivados de la misma.

En la producción y distribución de bienes y servicios, una fuente de tales costes puede derivar de la necesidad de que las empresas decidan su comportamiento con anterioridad a la elección del derecho aplicable a la operación, con independencia de que puedan conocer o no el resultado de dicha elección. Este escenario es más probable en los mercados de bienes y servicios de consumo masivo, donde la seguridad, calidad y otras características del producto o servicio están sujetos a estándares legales y reglamentarios que no se pueden adaptar razonablemente a los distintos ordenamientos jurídicos implicados, donde los compradores que pueden ser atendidos por la empresa se encuentran en jurisdicciones distintas, y donde el fabricante no puede anticipar con seguridad el resultado de la elección del derecho aplicable. En ocasiones, las decisiones de producción que están reguladas por normas, como por ejemplo el contenido, el idioma o la información que debe incluir el embalaje del producto –decisiones que se pueden adoptar a nivel local en cada mercado nacional, aunque normalmente a un coste determinado–, se pueden

¹¹ VAN DEN BERGH y VISSCHER (2006, pp. 514-515).

¹² WAGNER (2002, p. 1014).

¹³ El potencial y la eficacia de las leyes de derecho aplicable son destacadas por RÜHL (2009), O' HARA y RIBSTEIN (2009).

posponer a una fase posterior. En cambio, esta posibilidad es tecnológicamente inviable o económicamente imposible cuando se trata de otras dimensiones de los bienes y servicios.

Otra fuente de costes que dificulta la elección de una ley aplicable eficaz es la falta de información de los compradores, normalmente consumidores, quienes, en el mejor de los casos, estarán poco y mal informados sobre el contenido y las posibles ventajas de las normas de otros ordenamientos jurídicos. Los incentivos a aprender y obtener información suelen ser muy débiles, sobre todo en operaciones de tracto único, y la reputación de los productores de bienes y servicios extranjeros no suele ser suficiente para disipar las sospechas hacia los estándares de otros sistemas jurídicos. Es más, en los mercados de consumo, correcta o incorrectamente, las normas jurídicas eliminan casi por completo la posible elección de la ley aplicable y sujetan la operación a la ley del país de origen del consumidor.

De acuerdo con el análisis anterior, parece muy improbable que las leyes de derecho aplicable, incluso las más eficientes, puedan eliminar los costes de transacción derivados de la diversidad jurídica. Quienes pretendan realizar operaciones transfronterizas (ya sean empresas dispuestas a abastecer varios mercados nacionales, o consumidores dispuestos a ser atendidos por vendedores de otros países, algunos de los cuales pueden mostrarse reacios a sujetarse a una ley extranjera) se enfrentarán a costes significativos.

En cuanto a la relevancia empírica, no hay una evidencia incontestable acerca del impacto y la magnitud de los costes que genera la diversidad jurídica en las actividades transfronterizas y el comercio. El estudio sobre la materia encargado por la UE era indicativo de su relevancia, pero no concluyente, y lo mismo puede decirse de otros estudios¹⁴. Sin embargo, hay evidencia que destaca la importancia de la diversidad jurídica como fuente de costes de transacción. CLERMONT y EISENBERG¹⁵ demuestran que los demandantes extranjeros tienen que presentar argumentos más sólidos para ganar en los tribunales estadounidenses. Y, en el contexto europeo, DEN BUTTER y MOSCH¹⁶ ponen de relieve, tras el análisis de 25 países de la OCDE, que la similitud de los sistemas jurídicos puede llegar a incrementar en un 50-80% el comercio transfronterizo. Más recientemente, TURRINI y VAN YPERSELE¹⁷ han afirmado, tomando en consideración el precio del transporte, la cultura, el idioma común y otros factores parecidos, que la semejanza de reglas jurídicas puede llegar a incrementar hasta un 65% el comercio entre los países de la OCDE.

En conclusión, los costes de transacción derivados de la fragmentación jurídica parecen ser significativos (de hecho, lo más probable es que no sean nada despreciables, tanto por razones empíricas como teóricas), y la elección del derecho aplicable, aunque puede llegar a ser muy útil,

¹⁴ VOGENAUER y WEATHERILL (2006).

¹⁵ CLERMONT y EISENBERG (1996).

¹⁶ DEN BUTTER y MOSCH (2003).

¹⁷ TURRINI y VAN YPERSELE (2006, p. 20).

no los reduce de manera significativa¹⁸. Por tanto, la base del argumento de que la armonización es innecesaria no es tan fuerte como parece. No obstante, sería ingenuo pensar que la reducción de la desigualdad jurídica, aunque pueda ser útil, será la solución mágica a las barreras del comercio transfronterizo, pues hay otros factores que harán que los costes de transacción continúen siendo elevados¹⁹. Se trata, en definitiva, de valorar los beneficios marginales de la armonización –la reducción, aunque no sea espectacular, de los costes de transacción– en relación con sus costes marginales.

El argumento pone de relieve los inconvenientes de la armonización como fenómeno asfixiante y paralizante, sobre todo cuando deriva de una decisión política (como la de la UE sobre los Estados miembros) que pretende imponer la uniformidad sobre la diversidad, pero quizás también cuando los países realizan juegos de coordinación cooperativa para intentar reducir las disparidades entre los sistemas jurídicos y unificar las soluciones en áreas concretas del Derecho, como por ejemplo mediante el diseño conjunto de un instrumento opcional para el Derecho de contratos que pueda ser adoptado por los Estados separada e independientemente. Desde este punto de vista, la armonización puede limitar seriamente el aprendizaje y la experimentación de los legisladores y los sistemas jurídicos y, por tanto, reducir o incluso eliminar las fuentes para mejorar la eficiencia de las soluciones jurídicas vigentes²⁰. También puede limitar la competencia entre los sistemas jurídicos y, por tanto, destruir el contexto necesario para conseguir resultados jurídicos eficientes, que es aquél en el que la competencia sana entre legisladores permite adaptar las normas a las preferencias de los “clientes”²¹.

Tanto la teoría como la práctica sugieren, al menos desde nuestro punto de vista, la conveniencia de reevaluar el peso real de estas dos deficiencias de la armonización. El argumento de la experimentación sugiere que una jurisdicción con normas sustantivas distintas puede aprender tanto de los errores y deficiencias como de los logros de otros regímenes, reduciendo de este modo los costes asociados al diseño de normas más eficientes. La eliminación de la diversidad, condición previa para poder evaluar los méritos de las distintas soluciones a un mismo problema, supondría la destrucción de la experimentación jurídica. El interés de los legisladores en aprender de las experiencias de jurisdicciones distintas es una cuestión empírica. Desde el punto de vista teórico, no hay razones para suponer una curiosidad intelectual amplia y generalizada entre los legisladores, ni tampoco un gran interés en las experiencias de otros sistemas jurídicos. De hecho, es razonable prever diferencias importantes entre las jurisdicciones en función de la mentalidad de los legisladores.

¹⁸ Sobre la importancia de los costes de transacción que se derivan de la diversidad jurídica en el comercio transfronterizo, desde una perspectiva jurídica, LEIBLE (2008).

¹⁹ LOW (2010, p. 288), quien, con argumentos de psicología experimental y comportamiento económico, destaca que la diversidad jurídica tiene una importancia jurídica solo relativa en este ámbito.

²⁰ RIBSTEIN y KOBAYASHI (1996, pp. 140-141), OGUS (1999, p. 415), WAGNER (2005, p. 38), VAN DEN BERGH y VISSCHER (2006, p. 517), WAGNER (2007, p. 5), RÜHL (2009, p. 14).

²¹ VAN DEN BERGH (2000), FAURE (2003, pp. 47-49), VAN DEN BERGH y VISSCHER (2006, pp. 519-520).

Una deficiencia importante en el argumento es que asume que la armonización será completa en términos de contenido de las normas y en términos de cobertura geográfica de los resultados armonizados. Ambas premisas y, en especial, la segunda, pueden ser fácilmente atacadas. Por ejemplo, que los países de la UE armonicen sus normas sustantivas en un área determinada no significa que todas las jurisdicciones del mundo vayan a seguir y adoptar esa solución: Asia, el Norte y el Sur de América, y otras jurisdicciones, ofrecerán soluciones jurídicas distintas al mismo tipo de problemas y, por tanto, el aprendizaje y la experimentación serán todavía posibles. De hecho, el nivel de experimentación aumentará si el proceso de armonización centra su interés en las consecuencias de los resultados jurídicos armonizados en el mundo real. Además, la valoración de los efectos de las normas armonizadas no debe cesar tras la armonización. De nuevo, se trata de una cuestión empírica, pero podría suceder –o no, por supuesto– que el esfuerzo de valoración continuado, o al menos periódico, de los efectos del régimen armonizado aumentara en relación con el esfuerzo anterior a la armonización.

Cuestión distinta, aunque vinculada a la anterior, es si la modificación de las normas armonizadas será más costosa y el proceso de aprendizaje proporcionará menos resultados tangibles, aunque los efectos de las normas se valoren con la misma intensidad. A nivel abstracto, la modificación de la norma armonizada no debiera ser más costosa que la modificación de un conjunto de soluciones jurídicas heterogéneo. Puede serlo, pero no necesariamente. Por ejemplo, si la armonización se ha realizado mediante la adopción de una norma uniforme en un nivel superior de gobierno, no hay razones para pensar que vaya a ser más difícil o costoso modificar una ley a nivel federal que estatal. Su coste dependerá de muchas circunstancias y factores, de variables constitucionales y políticas que jugarán probablemente un papel importante. Así, es muy difícil determinar si es más fácil modificar una norma de una Directiva europea o una norma de un Código civil europeo de un país determinado. Algunos sostienen, correctamente a un nivel general de análisis, que es más difícil, lento y costoso modificar una disposición de rango europeo (por los costes procesales y de consenso de los Estados miembros) que una norma estatal. Ahora bien, los Códigos civiles, donde se suele encontrar el núcleo de normas de Derecho privado, no son leyes ordinarias, al menos en lo que al coste de modificarlas se refiere. Los Códigos civiles suelen ser cuerpos de normas estables, que los países y comunidades jurídicas cambian a regañadientes y en contadas ocasiones. La respuesta a si debe ser más fácil reformar sus normas o modificar la norma europea vigente sobre tales materias puede ser distinta para otro tipo de normas.

Además, la capacidad y facilidad con que los sistemas jurídicos pueden adaptar una norma a las nuevas circunstancias y a los cambios tecnológicos, económicos y sociales es muy importante a la hora de legislar. Sin embargo, esta variable –la capacidad de adaptación– está más vinculada a la manera en que se elaboran las normas –normas *versus* estándares, legislación *versus* jurisprudencia– que a un contenido más o menos armonizado o heterogéneo de las mismas. Como se verá en el apartado 4, uno puede ser contrario a la armonización, pero en su versión de codificación o recodificación.

En conclusión, no parece que el argumento del aprendizaje y la experimentación sea un argumento decisivo en contra de la armonización, ni en su versión de coordinación ni cuando venga impuesta por una decisión política.

En cuanto al argumento de que la armonización jurídica impide una competencia sana entre legisladores y, por tanto, un proceso competitivo que llevaría a la elaboración de normas perfectamente ajustadas a las preferencias de sus destinatarios, somos un poco más escépticos que el resto de autores que ha analizado la cuestión desde el punto de vista del análisis económico del Derecho. No realizaremos aquí un análisis exhaustivo de esta cuestión, pero pondremos de relieve que las condiciones teóricas de una competencia regulatoria eficiente, y el conocimiento empírico sobre la eficiencia de una competencia regulatoria entre jurisdicciones, pueden debilitar la fuerza persuasiva de este argumento.

En primer lugar, las premisas teóricas que subyacen en el resultado de la competencia regulatoria eficiente, tanto en el modelo inicial de movilidad de los individuos²², como en el de movilidad de capital²³, son muchas y muy restrictivas en relación con los objetivos de los legisladores, los requisitos de información, los instrumentos políticos, la distribución de costes y beneficios, etc. Parece poco probable que tales premisas sean aplicables al mundo real, en el que las jurisdicciones y los legisladores adoptan medidas y normas²⁴.

En segundo lugar, si bien es cierto que la evidencia empírica acerca de si la presencia de fuentes competitivas de normas beneficia o perjudica la viabilidad de resultados eficientes en la población afectada no es unidireccional, algunos estudios recientes, al menos en el sector medioambiental, deberían llevarnos a ser todavía más prudentes respecto de la posible competencia perjudicial para el bienestar social. Aunque la antigua literatura sobre competencia regulatoria en materia de estándares ambientales no proporciona pruebas concluyentes de su erosión como consecuencia de dicha competencia²⁵, algunos estudios más recientes parecen apuntar en la dirección contraria²⁶.

²² Véase la contribución pionera sobre la competencia en la prestación de bienes públicos locales en TIEBOUT (1956).

²³ OATES (1972).

²⁴ Sobre el modelo de "votar con los pies" –ya sea física o virtualmente– de TIEBOUT, véase WAGNER (2002, p. 1007). Para modelos de federalismo fiscal, véase LEVINSON (2003, pp. 94-95). En ambos casos, la comparación entre las premisas de una competencia regulatoria óptima y las características de los contextos en que deben operar los legisladores, por más bienintencionados que sean, genera dudas sobre la implementación de resultados óptimos. Para el caso específico del Derecho de sociedades, véanse BAR-GILL, BARZUZA y BEBCHUK (2006); GÓMEZ y SÁEZ (2006). Por supuesto, este argumento no presupone que no haya competencia regulatoria o que ésta esté condenada al fracaso, sino simplemente que no es demasiado probable que dicha competencia permita implementar resultados socialmente óptimos en el mundo real.

²⁵ Véase, por ejemplo, LIST y GERKING (2000). La mayoría de estas pruebas han sido revisadas, con miras al debate de la armonización europea, en FAURE (2003, pp. 47 y ss.).

²⁶ BECKER y HENDERSON (2000), GREENSTONE (2002), FREDRIKSSON y MILLIMET (2002), LEVINSON (2003, p. 98). Para un estudio más reciente, véase LEVINSON (2008).

De nuevo, nada de lo anterior es crucial o está en el centro del debate. Serían necesarios más estudios para poder valorar la relevancia empírica de las posibles consecuencias eficientes e ineficientes de la competencia regulatoria en el sector ambiental y en otro tipo de sectores. Los nuevos estudios teóricos pueden reflejar dimensiones que pongan de manifiesto niveles de costes o beneficios inferiores como consecuencia de la competencia regulatoria²⁷. La prueba de estas ineficiencias debería llevarnos a desconfiar en el argumento de que la competencia regulatoria es una carta ganadora frente a los procesos de armonización jurídica.

3. *La armonización del Derecho Privado Europeo como recodificación*

En el proceso actual de armonización del Derecho privado europeo hay una característica que debe suscitar, en nuestra opinión, una mayor preocupación de la que ha suscitado hasta la fecha. Nos referimos a su posible efecto recodificador. Con independencia del contenido de las normas implicadas, y tomando como punto de partida un conjunto de normas modelo –por ejemplo, las del DCFR– como imagen del resultado que cabría esperar de la armonización, es indudable que el DCFR se parece a un Código de normas jurídicas que regula las cuestiones centrales del Derecho Privado, como por ejemplo el Derecho de contratos y de daños. Esta codificación del Derecho de contratos y del Derecho de daños, o recodificación, es problemática, al menos para los ordenamientos jurídicos que tienen Códigos civiles que regulan tales materias.

Esta postura no se basa en una creencia en la eficiencia general del *Common Law*, en que el Derecho creado por los jueces es superior al creado por los legisladores, o en que la codificación es la quintaesencia de un proceso legislativo sistemático y abstracto. Somos escépticos acerca de la solidez de las declaraciones generales que sostienen que el *Common Law* es globalmente eficiente como conjunto de normas jurídicas –del mismo modo que tampoco estaríamos muy inclinados a aceptar una declaración similar respecto de cualquier otro ordenamiento jurídico en un nivel tan global y genérico de análisis.

Incluso la versión más reciente y sofisticada²⁸ de la superioridad del *Common Law*, que concibe la jurisprudencia como un proceso continuo de toma de decisiones a lo largo del tiempo por parte del juez, donde los prejuicios de los jueces individuales tienden a desaparecer, y que aproxima

²⁷ Véase GANUZA y GÓMEZ (2011), para quienes los potenciales causantes de daños –por ejemplo, las empresas que pueden provocar daños medioambientales– pueden elegir sus niveles de activos y devenir insolventes si los sistemas jurídicos utilizan estándares de comportamiento que se adaptan a los niveles de activos vigentes, pues las empresas tendrán menos incentivos a reducir sus activos, y provocarán niveles de daños inferiores, siendo pues la elección descentralizada de estándares menos dañina.

²⁸ Obviamente, ni ‘jurisprudencia’ es sinónimo de *Common Law*, ni ‘legislación’ lo es de *Civil Law*, pues hay un importante componente de derecho legislado en los ordenamientos jurídicos del *Common Law*, y de jurisprudencia en los ordenamientos jurídicos de tradición civilista. En el trabajo, los términos *Common Law* y jurisprudencia se utilizarán de manera intercambiable en pocas ocasiones, pues no se pretende determinar la eficiencia relativa de los sistemas jurídicos pertenecientes a otras tradiciones. Véase, en este sentido, GAROUPA y GÓMEZ (2009).

las normas jurídicas, al menos probabilísticamente, a resultados más eficientes y predecibles, está sujeta a premisas muy restrictivas, algunas de ellas claramente inverosímiles si se tienen en cuenta los ordenamientos jurídicos y la evolución general de las normas en el tiempo, como suelen hacer estos modelos²⁹.

Tampoco convence la literatura, de carácter esencialmente empírico, que trata de demostrar que las sociedades cuyos sistemas jurídicos tienen origen en el *Common Law* obtienen resultados económicos superiores a aquéllas cuyos sistemas jurídicos tienen origen en el *Civil Law* y, sobre todo, a aquéllas que se basan en el sistema jurídico francés posterior a la codificación de principios del siglo XIX³⁰.

Nuestra crítica al proceso actual de armonización del Derecho privado no se basa en una preferencia general por la ley creada por el juez, ni se deriva de una desconfianza general hacia los Códigos como mecanismos para diseñar y elaborar normas jurídicas³¹.

La cuestión es más simple y menos ambiciosa, pero a la vez, creemos, tiene raíces sólidas ahí donde se suscita -y ahí solo, no necesariamente en el conjunto de un sistema jurídico. El Derecho de contratos y el Derecho de daños son áreas en las que la elaboración de normas parece corresponderse mejor con las ventajas comparativas de la jurisprudencia que con la elaboración de normas abstractas que aspiran a ser aplicadas universal o casi universalmente. El Derecho de contratos y el Derecho de daños dependen del contexto y necesitan presupuestos de aplicación amplios para poder ajustar las consecuencias jurídicas a las circunstancias del caso. Además, la adaptación a las nuevas contingencias y a los cambios del contexto en el que las normas deben crear incentivos de comportamiento parece ser un elemento muy importante en este ámbito.

Las normas del Derecho de contratos se debieran poder adaptar a los hechos y circunstancias. La creación de normas mediante decisiones judiciales continuas y adaptadas a las concretas circunstancias de la interacción económica parece una opción más deseable que el establecimiento de principios y normas uniformes, abstractos y vinculantes, con resultados uniformes en circunstancias y escenarios económicos distintos –o al menos con un grado importante de variabilidad–, que se suelen vincular a la idea de Código del Derecho de contratos. Para el Derecho de daños, el razonamiento sería similar: la adaptación a las circunstancias y la capacidad de evolución gradual parecen ser de nuevo características importantes para la creación de un régimen jurídico eficiente en este ámbito.

²⁹ GENNAIOLI y SHLEIFER (2007a, 2007b), PONZETTO y FERNANDEZ (2008). Sobre la imposibilidad de satisfacer todas las condiciones para una evolución eficiente, VERMEULE (2009, p. 118).

³⁰ Véase el estudio pionero sobre los orígenes en LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES y SHLEIFER (2008). El debate generado en las distintas disciplinas (recursos financieros, economía comparada, crecimiento económico, historia legal, derecho comparado) ha sido muy amplio, pero un resumen del mismo iría más allá del alcance de este trabajo. Para este resumen, véase GAROUPA y GÓMEZ (2009), y la bibliografía allí citada.

³¹ Es posible afirmar que la codificación de principios del siglo XIX en la Europa continental, y especialmente en Francia y otros países que siguieron su ejemplo, fue una respuesta a las características del poder judicial y a las preferencias políticas de los legisladores en aquel momento. Véase ARRUÑADA y ANDONOVA (2008a, 2008b).

Tales características parecen encajar mejor con la jurisprudencia como mecanismo de creación de normas jurídicas. Además, por cuestiones cognitivas y psicológicas, este mecanismo refleja mejor las diferencias fácticas, es más modesto y menos intrusivo en el uso de las consecuencias jurídicas, y es lento, pero continuo, en su adaptación a las nuevas circunstancias y escenarios³². Todas estas características son atractivas cuando se trata de elaborar normas de Derecho de contratos y de daños. Algunos de los inconvenientes de la jurisprudencia, como por ejemplo la incapacidad para hacer frente a cambios radicales y repentinos que exigen una respuesta jurídica rápida³³, no son tan importantes cuando se piensa en contratos y accidentes. Es más, cuando las contingencias exigen respuestas jurídicas rápidas, la jurisprudencia no impide que el legislador intervenga e introduzca cambios rápidos y repentinos si las circunstancias así lo requieren.

Pero espere un minuto. ¿No están la mayoría de normas de Derecho de contratos –e incluso de Derecho de daños, aunque en menor medida– de las jurisdicciones europeas incluidas en Códigos civiles? ¿Cambiaría la situación si los Códigos nacionales fueran sustituidos por un Código europeo? Con independencia de su presentación, el Derecho de contratos y el Derecho de daños en Europa son *de facto* derechos jurisprudenciales, incluso en los países que cuentan con Códigos civiles. En efecto, la mayor parte de las normas de Derecho de contratos y las pocas normas escritas de Derecho de daños³⁴ previstas en los Códigos suelen ser –aunque no siempre, por supuesto– normas antiguas, que han estado en vigor durante un periodo de tiempo, a menudo muy largo, en un sistema jurídico determinado. En algunos países, tales normas nacen, directa o indirectamente, durante el período de la codificación, aunque su contenido sustantivo se remonta al siglo XVIII o al Derecho Romano. Eso las convierte, con independencia de su mayor o menor precisión, en normas abiertas, que permiten adoptar estrategias interpretativas más creativas (o más agresivas, si se prefiere) y menos formalistas, al menos cuando es necesario tomar en consideración el paso del tiempo y adaptarse a las nuevas circunstancias. La elaboración de normas escritas nuevas y, en particular, de un Código nuevo, incentivaría probablemente una aplicación más formalista y automática de las nuevas disposiciones, sin tener en cuenta las circunstancias económicas de aplicación.

Desde luego, lo anterior es tan solo una conjetura, pues no tenemos argumentos teóricos definitivos, ni evidencia empírica al respecto. Sin duda, la creación de normas codificadas comunes reportará ventajas. La renovación –para bien– del stock de capital de conocimiento jurídico es esperable, en particular en sectores tan venerables –acaso demasiado– como la parte

³² RACHLINSKI (2006), RACHLINSKI y FARINA (2002). El hecho de que los jueces disfruten de ventajas cognitivas y epistémicas en sectores relacionados con el Derecho de contratos y el Derecho de daños, o que puedan aprovechar mejor las capacidades cognitivas del cerebro humano, como la categorización y el reconocimiento de patrones, no significa que sean legisladores cognitivamente óptimos o que deban ser preferidos a los legisladores siempre y para todos los ámbitos del Derecho por razones epistémicas: SCHAUER (2006), VERMEULE (2009, pp. 123 y ss.).

³³ PONZETTO y FERNANDEZ (2008, pp. 403 y ss.), VERMEULE (2009, pp. 109-110).

³⁴ Véase, sobre las diferencias en el número de disposiciones de Derecho de contratos y de Derecho de daños en los Códigos civiles, y sus cambios a lo largo del tiempo, PARISI y FON (2009, pp. 25 y ss.).

general del Derecho de contratos, por ejemplo, y esto supone ahorros indudables en los costes de aprendizaje y depuración jurídicos. La mayor extensión y el carácter compartido de las soluciones también puede reforzar los beneficios o economías " de red" (*network externalities*) que sin duda poseen los conceptos y las reglas jurídicas, y esto sería igualmente un efecto positivo

Sin embargo, entendemos que estas ventajas pueden verse seriamente oscurecidas por el hecho de que el resultado de recodificación que se derivaría del proceso de armonización europea sería, con cierta probabilidad, y con independencia de la calidad y adecuación de las soluciones previstas por las nuevas –o al menos, reformuladas– normas europeas, un conjunto de soluciones jurídicas más formalista y menos adaptado al contexto singular de cada interacción entre los sujetos. Esto es, un conjunto de nociones y reglas que encajan peor en las necesidades del Derecho de contratos y del Derecho de daños. Aunque es difícil estimar a priori cuál de las dos clases de efecto, el positivo y el negativo, podría prevalecer de modo global, creemos que por razones vinculadas a la dimensión epistemológica de la elaboración de las normas que conforman el núcleo de la armonización del Derecho privado europeo, desde el punto de vista del análisis económico del derecho es pertinente una cierta cautela en la forma de legislar.

4. La construcción óptima de estándares europeos armonizados

Desde un punto de vista normativo, la pregunta acerca de *si* es posible armonizar el Derecho privado europeo no es la única relevante, ni mucho menos, por muy importante que sea -y lo es, claro- esta consideración. Pero el *cómo* es igualmente importante, no sólo en la fase de implementación, sino también para responder al siguiente interrogante: ¿si no fuera posible encontrar razonablemente una forma de construir estándares armonizados prometedores o suficientemente convincentes en sus resultados, no ha de cambiar nuestra respuesta a la cuestión de si la armonización es o no deseable? De acuerdo con el contexto en que tiene lugar la armonización del Derecho privado europeo, que debe construirse necesariamente sobre normas nacionales preexistentes y bastante heterogéneas (pues el Derecho armonizado europeo no sería suficientemente completo), la determinación del contenido de un estándar armonizado se convierte en una cuestión esencial si se trata de mejorar el bienestar social de las sociedades europeas y no ser un mero reto intelectual para los académicos. En este sentido, los nuevos estándares y normas europeas armonizadas para la protección de una parte contratante (por ejemplo, los consumidores), ¿deberían ser un mero reflejo del nivel de protección mínimo de las Directivas vigentes, cuando las haya, o deberían corresponderse con los niveles medios de protección mínimos o máximos adoptados por los distintos sistemas jurídicos nacionales?

Sorprendentemente, la pregunta relativa a los factores que deben tomarse en consideración para construir los estándares armonizados ha recibido escasa atención teórica tanto en la literatura jurídica como en la económica. Si bien es cierto que hay mucha literatura sobre la construcción de estándares en el Derecho de consumo y otras áreas, ésta se encuentra desvinculada de un proceso

de armonización explícito. En las próximas páginas intentaremos resumir los argumentos teóricos que hemos elaborado en un modelo económico formal³⁵.

Partiendo de la idea de la primacía del bienestar social como criterio de decisión colectiva, la principal ventaja que se deriva de la construcción y establecimiento de estándares de comportamiento armonizados consiste en reducir los costes de transacción en las actividades comerciales transfronterizas y, por tanto, incrementar el bienestar económico derivado de tales actividades. Tanto el proceso de construcción de estándares armonizados como su aplicación generan costes. Estos costes pueden superar los beneficios, reduciendo por tanto el bienestar social. Ahora bien, los estándares armonizados tienen un efecto positivo que se materializa en un incremento de los intercambios (que, por supuesto, incluye una reducción en los costes de las actividades relacionadas y un aumento del excedente contractual que se deriva de la operación) entre las empresas y los consumidores (también entre empresas y, acaso en menor medida, entre consumidores, pero por simplificar ignoraremos estos otros ámbitos de interacción).

La teoría de la construcción de estándares armonizados para las transacciones económicas parte de que dicha construcción depende, por un lado, de la tecnología (las funciones de costes de las empresas que producirán los bienes y servicios) y, por otro lado, de las preferencias de la población. Por tanto, la definición de estándares de comportamiento armonizados en el Derecho privado europeo debe tomar en consideración la distribución de los costes de suministrar productos y servicios (no sólo los costes materiales de producción, sino también cualquier otro que sea necesario para garantizar una entrega del producto o servicio al consumidor de manera efectiva y conforme a lo acordado) en los distintos países europeos. Asimismo, debe tener en cuenta la distribución de las preferencias sociales de los consumidores de los distintos Estados miembros acerca del comportamiento objeto del estándar, ya sea la seguridad física del producto, la duración de la garantía contractual, o el nivel de detalle de las cláusulas contractuales que se han de facilitar con anterioridad a la celebración del contrato. En resumen, los estándares óptimos se deben basar en los parámetros tecnológicos de las empresas y en las preferencias de las sociedades que suelen armonizar sus normas.

Estamos de acuerdo en que es muy difícil valorar los efectos de las tecnologías y de las preferencias sociales y que probablemente sea imposible hacerlo de forma detallada o específica en muchos ámbitos de armonización. A pesar de estos obstáculos, la idea básica de nuestro argumento sigue siendo una guía teórica importante, pues indica qué factores son esenciales en la armonización de estándares de comportamiento en el Derecho Privado, aunque en muchas circunstancias no se disponga de información completa sobre el valor concreto de tales factores. Además, si bien la tecnología y los costes para las empresas, y las preferencias de los consumidores, son esenciales, también lo es su correlación o falta de correlación. Es posible llegar a conocer si los parámetros tecnológicos y aquéllos que reflejan las preferencias de la sociedad en la protección de los consumidores son independientes o están relacionados. Además, el signo de

³⁵ GANUZA y GÓMEZ (2010).

la correlación, si es que la hay, permite saber si el estándar óptimo es un estándar intermedio a los estándares nacionales preexistentes, si se equipara al estándar más exigente o si, de forma contraintuitiva, supera los estándares más exigentes.

A fin de comprender y evaluar mejor la construcción de estándares armonizados óptimos, conviene empezar el análisis por la situación extrema, aquella en la que no hay comercio transfronterizo entre los países afectados. Para simplificar, se presupondrá que hay dos países, aunque la teoría se podría aplicar a un número de países y sistemas jurídicos superior. En esta situación de autarquía, los legisladores estatales fijarán los estándares jurídicos sobre un determinado problema (por ejemplo, el grado de protección de los consumidores en un determinado ámbito o contrato) tras examinar cuál es su coste para las empresas del país y en qué medida los consumidores de ese país prefieren disfrutar del conjunto de derechos que se corresponden con un nivel de protección jurídica determinado. Si los legisladores nacionales son benévolo y están bien informados –y vamos a presuponer que lo están, al menos para comparar sus estándares con los estándares armonizados– propondrán los mejores estándares posibles, equilibrando los costes de las empresas y las preferencias de los consumidores.

Imaginemos que, para permitir el comercio entre países, de manera que las empresas más eficientes de un país –que gozan de ventajas en materia de costes debido a su desarrollo tecnológico u otra razón– pudieran entrar en otro mercado, se debiera crear una norma jurídica única para ambos países, pues de lo contrario las empresas no podrían demostrar que cumplen las condiciones jurídicas esenciales. ¿Cómo se debe construir este estándar? ¿Cómo se compara con los estándares nacionales preexistentes?

Como en el caso de los estándares nacionales, la mejor vía para resolver tales cuestiones es observar los costes y preferencias de manera agregada. El estándar armonizado puede ser un estándar intermedio a los dos estándares nacionales preexistentes: si el país A tenía el estándar h , y el país B tenía el estándar l , siendo $h > l$, el nuevo estándar uniforme sería m , con $h > m > l$. Este estándar intermedio será deseable cuando los países A y B tengan empresas similares en términos de costes y tecnología, aunque sus preferencias sean distintas, y cuando los consumidores del país con las empresas más eficientes (A, en nuestro ejemplo) prefieran un nivel de protección jurídica elevado. En ambos casos, el estándar armonizado óptimo será un estándar intermedio a los estándares nacionales de ambos países.

Excepcionalmente, el estándar armonizado óptimo coincidirá con los estándares nacionales más exigentes si los consumidores de ambos países tienen las mismas preferencias sobre el nivel de protección jurídica pero un país tiene empresas más eficientes. En este caso, si A tenía el estándar h , y B tenía el estándar l , el estándar óptimo armonizado será h , es decir, $h = m > l$.

El caso más interesante y sorprendente se da cuando los países difieren tanto en los costes para las empresas como en las preferencias de los consumidores, de modo que los consumidores del país con empresas más eficientes (supongamos que es B) prefieren un nivel de protección jurídica inferior al nivel preferido por los consumidores del país A. En este caso, si A tenía el estándar h , y

B el estándar l , el estándar óptimo m puede ser intermedio ($h > m > l$) o superior ($m > h > l$) a h , si la población de A es más grande que la de B . En otras palabras, si el país pequeño tiene empresas más eficientes y el país grande tiene consumidores que se preocupan por sus derechos jurídicos, el estándar armonizado eficiente será probablemente más exigente que los estándares nacionales preexistentes.

Un corolario natural del análisis anterior es que la creación de estándares armonizados eficientes no es una tarea fácil, pues el legislador debe tener en cuenta su relación con los costes para las empresas y las preferencias de los consumidores.

5. Armonización máxima, armonización mínima y coexistencia de estándares nacionales y armonizados

La principal teoría del apartado anterior asume implícitamente que la armonización que trata de mejorar el comercio transfronterizo exige que los países sujetos a armonización tengan estándares armonizados. Sin embargo, esto no es necesariamente cierto, y posiblemente será falso en muchos o en la mayoría de los casos. Los países pueden crear estándares armonizados para facilitar el comercio, pero ello no conllevará la sustitución de los estándares nacionales preexistentes necesariamente.

La posible coexistencia de un estándar armonizado con un estándar nacional, y bajo qué condiciones, es una cuestión esencial en el proceso de armonización, aunque no tiene una solución evidente en términos teóricos. En el Derecho de la UE, esta cuestión se presenta como la elección entre una armonización máxima y una armonización mínima. En el contexto de la nueva Directiva sobre derechos del consumidor propuesta por la Comisión Europea³⁶, los círculos académicos han lanzado fuertes críticas a la intención manifestada por la Propuesta de realizar una armonización máxima, que supondría la eliminación de los estándares nacionales preexistentes y la imposibilidad de aprobar normas nacionales contrarias a las armonizadas³⁷.

En la armonización mínima, el estándar armonizado (como ocurrió en el pasado con las Directivas comunitarias sobre Derecho de consumo) establece una base en la variable, parámetro o comportamiento relevantes que permite a los Estados miembros conservar, o crear en el futuro, estándares más exigentes para proteger a los consumidores, pero que obliga a eliminar los estándares nacionales preexistentes e impide la adopción de estándares menos exigentes en el futuro. En la armonización máxima, el estándar armonizado desplaza y elimina los estándares

³⁶ Véase la [Propuesta de Directiva en materia de derechos del consumidor, de 8.10.2008 \[COM \(2008\) 614 final\]](#).

³⁷ Véanse un conjunto de críticas a la armonización máxima en este ámbito en FAURE (2008, p. 440), ROTT y TERRE (2009, p. 460), MICKLITZ y REICH (2009), WHITTAKER (2009), TWIGG-FLESSNER y METCALFE (2009), SMITS (2010, p. 9), LOW (2010, p. 288), EBERS (2010), LOOS (2010). En la doctrina española, CARBALLO (2010), LETE ACHIRICA (2009), GARCÍA RUBIO (2004).

nacionales, preexistentes o futuros, con independencia de si son más o menos exigentes que el armonizado.

Desde el punto de vista teórico, la armonización mínima no equivale a la coexistencia de estándares armonizados y nacionales. En la armonización mínima, los estándares menos exigentes son eliminados automáticamente y sustituidos por los estándares armonizados, y los países con un estándar más exigente pueden conservarlo e ignorar el estándar armonizado, pues las empresas que operen en ese mercado deberán cumplir el estándar nacional más exigente. Por tanto, bajo un régimen de armonización mínima no se crearán nuevas fronteras, salvo que se prevea la posibilidad de entrar en los mercados con estándares distintos a los impuestos por las autoridades nacionales.

La armonización mínima se puede complementar con la posibilidad de que las empresas puedan entrar en el mercado nacional si utilizan un estándar que es, al menos, tan exigente como el nacional. Esta especie de régimen del “país de origen” imperfecto o asimétrico sólo permite el comercio transfronterizo bajo estándares más exigentes que los del país de importación, pero no al revés. El complemento a la armonización mínima puede adoptar la forma de régimen del “país de origen” o de “principio de reconocimiento mutuo”, que permite que las empresas de otros países (operando bajo un estándar que es, como mínimo, tan exigente como el armonizado) puedan entrar en los mercados nacionales de países con estándares más exigentes sin tener que cumplir los estándares del país receptor, pero sí el nivel mínimo de armonización.

Bajo un régimen de coexistencia pura (o de competencia entre el estándar nacional y el armonizado), el estándar armonizado no sustituye los estándares nacionales preexistentes, sean más o menos exigentes³⁸. Hay dos versiones de coexistencia teóricamente posibles en función de si la decisión de adoptar o no los estándares armonizados corresponde a los gobiernos o a las empresas.

En el primer caso, el estándar armonizado sólo mejorará el comercio transfronterizo³⁹ si las empresas de los países que lo han adoptado pueden entrar, de acuerdo con ese régimen, en los mercados nacionales de países que no lo han adoptado. De lo contrario, ningún país tendría incentivos a adoptarlo.

La elección de las normas armonizadas se puede atribuir a las propias empresas (o a las partes contratantes, mediante la elección de la ley aplicable, aunque ambas posibilidades son analíticamente similares en nuestro modelo económico de armonización), quienes podrán optar

³⁸ El modelo de la coexistencia y de la elección entre normas armonizadas y normas nacionales se analiza en KERBER y GRUNDMANN (2006), GRUNDMANN (2005).

³⁹ Si no tiene efectos en las transacciones transfronterizas, la armonización será muy discutible y, además, supondrá un despilfarro de recursos y energía, salvo que se deriven otros beneficios (expansión intelectual en los ordenamientos jurídicos nacionales, incremento del sentimiento de tener un destino e incluso una identidad comunes, etc.) que están fuera del alcance de nuestra teoría económica de la armonización, y cuya magnitud, e incluso existencia, es muy difícil de valorar.

entre operar de acuerdo con el estándar nacional o el armonizado (o ambos, si es tecnológica o materialmente posible). De nuevo, para que el estándar tenga efectos en las operaciones transfronterizas, las empresas que utilicen el estándar armonizado deberán poder entrar en cualquier mercado nacional, con independencia del estándar nacional de ese mercado. Este modelo se corresponde con el “instrumento opcional” de la Opción 4 del Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, de 1 de julio de 2010, y también con la propuesta de “botón azul” defendida por algunos autores⁴⁰.

¿Qué efectos tendrán las distintas formas de organizar la relación entre los estándares armonizados y los estándares nacionales en el nivel del estándar armonizado, del comercio transfronterizo y, en última instancia, del bienestar social?

Una primera observación que se desprende del análisis que sigue es que la elección del régimen de armonización (máxima, mínima, coexistencia) tiene una gran importancia en la determinación del nivel del estándar armonizado. El nivel sustantivo y el contenido de los estándares armonizados no se pueden separar de la cuestión de si tales estándares constituyen un régimen de armonización máxima, un régimen de armonización mínima, o simplemente coexisten con las normas nacionales preexistentes. Aunque son cuestiones distintas, la segunda condiciona la primera de una manera decisiva.

La armonización máxima es, desde el punto de vista analítico, el caso más sencillo. Los resultados de esta armonización se corresponden con el modelo básico de estándares armonizados óptimos analizado en el apartado 4, cuando el legislador intenta alcanzar los resultados más eficientes de acuerdo con un régimen de armonización máxima.

En la armonización mínima⁴¹ se deben diferenciar tres escenarios. En el primero, la adopción de un conjunto de normas armonizado no supone la apertura de los mercados a las empresas que no utilizan el estándar nacional, el cual, por definición, será más exigente que el armonizado –los estándares nacionales menos exigentes han sido eliminados por este último. Es decir, los mercados nacionales se mantienen completamente separados. En este caso, dado que los

⁴⁰ SCHULTE-NÖLKE (2007).

⁴¹ En el régimen de armonización máxima, el estándar armonizado elimina el estándar nacional, por lo que no caben comportamientos estratégicos de los legisladores nacionales frente a las nuevas normas armonizadas. En un régimen de armonización mínima, dado que sólo desaparecen las normas con un nivel de exigencia inferior al impuesto por las normas armonizadas, pero se mantienen las que son más exigentes, los legisladores nacionales pueden incrementar los estándares existentes a fin de contrarrestar los efectos de la armonización –y de la apertura de mercados-. Si tales comportamientos son posibles, el legislador encargado de la armonización deberá tomarlos en consideración y reaccionar en consecuencia cuando construya los estándares armonizados. A fin de simplificar nuestro análisis, los comportamientos estratégicos no serán posibles. Ahora bien, el posible comportamiento estratégico de los legisladores nacionales en la armonización mínima será una desventaja comparativa en relación con la armonización máxima y la coexistencia pura, donde no caben tales comportamientos.

estándares armonizados óptimos se deben corresponder con los estándares nacionales preexistentes menos exigentes, el ejercicio de la armonización es inútil.

En el segundo escenario se produce una entrada parcial de las empresas extranjeras en los mercados nacionales: las empresas extranjeras que utilizan, como mínimo, un estándar tan exigente como el nacional, pueden entrar en el mercado nacional. Cuando la armonización mínima se combina con la posibilidad de entrada de estándares –ya sean los preexistentes, si son más exigentes, o el armonizado, si es más exigente– que son, como mínimo, tan exigentes como el estándar nacional, las empresas más eficientes pueden entrar en los mercados de otros Estados. Aquí también se parte de la idea de que las empresas pueden operar de acuerdo con dos conjuntos de estándares distintos, los nacionales y los armonizados, por ejemplo, abasteciendo su mercado nacional de acuerdo con el estándar nacional preexistente –más exigente que el armonizado– y, su mercado exterior, de acuerdo con el nuevo conjunto de normas armonizadas. Más adelante se discutirá acerca de la relevancia de este caso a la hora de comparar los distintos regímenes de armonización.

¿Qué resultados se obtienen en este escenario de armonización mínima con entrada parcial de acuerdo con estándares más exigentes? Como sucedía en la armonización máxima, hay dos casos interesantes. En el primero, los consumidores del país con empresas más eficientes (A, en los términos utilizados en el apartado anterior) también prefieren un nivel de protección jurídica elevado. En este caso, una armonización mínima con entrada parcial exigirá un estándar armonizado menos exigente que el de la armonización máxima, y el bienestar de ambos países será mayor al bienestar obtenido bajo el régimen de armonización máxima: las empresas eficientes del país A abastecerán los mercados de ambos países, A y B: el primer mercado (A) se abastecerá de acuerdo con el estándar nacional preexistente de A y, el segundo (B), de acuerdo con el nuevo estándar intermedio –pero menos exigente que el de la armonización máxima–armonizado.

En el segundo caso, los costes para las empresas y las preferencias de los consumidores son distintos en ambos países, de manera que los consumidores del país con empresas más eficientes (B) prefieren un nivel de protección jurídica inferior al preferido por los consumidores del país A. Bajo un régimen de armonización mínima con entrada parcial –sólo de estándares exigentes–, los estándares armonizados óptimos pueden ser muy exigentes o poco exigentes, en función de si el comercio transfronterizo genera más o menos beneficios. En este caso es muy difícil comparar los resultados con los del régimen de armonización máxima, si bien los estándares intermedios del dicho régimen ya no son deseables, y los estándares óptimos son bajos –no incrementan la entrada de empresas eficientes en los mercados extranjeros– o muy bajos –con efectos opuestos–.

En el tercer escenario, la armonización mínima se combina con los efectos del “principio del país de origen”. El estándar armonizado con el efecto de armonización mínima elimina los estándares preexistentes menos exigentes, si bien el “principio del país de origen” permite que las empresas entren en un mercado extranjero de acuerdo con sus propios estándares nacionales –todos ellos con un nivel igual o más exigente que el nivel armonizado, de acuerdo con la definición de

armonización mínima-. Esta entrada será posible aunque los estándares sean menos exigentes que los del país donde se encuentran los consumidores, el país receptor.

Cuando la armonización mínima se complementa con el nociones o principios del tipo del “principio del país de origen” (*country of origin principle*), aparecen de nuevo dos casos interesantes. En el primero, cuando los consumidores del país con las empresas más eficientes (A) prefieren un nivel de protección jurídica elevado, el nivel del estándar armonizado y los resultados en términos de intercambio económico reflejan el nivel y los resultados del régimen de armonización mínima con entrada parcial. En el segundo, cuando los consumidores del país con empresas más eficientes prefieren un nivel de protección jurídica menor, la introducción del “principio de país de origen” mejora el comercio transfronterizo, como era de esperar, y genera niveles de bienestar superiores. En este caso, la armonización mínima combinada con los efectos del “principio del país de origen” permite estándares armonizados intermedios y, además, que las empresas más eficientes del país con estándares preexistentes menos exigentes entren en el mercado de otro país, una posibilidad que no existía bajo el régimen de la armonización mínima con entrada parcial. La ampliación de los posibles estándares óptimos permite obtener los beneficios de bienestar que se deriva del comercio transfronterizo con una menor distorsión en las preferencias de los consumidores por el nivel de protección del país que poseía el estándar preexistente menos exigente.

Para acabar, centraremos nuestra atención en el régimen de la coexistencia de estándares (armonizados y nacionales). Una vez más, vamos a suponer que las empresas pueden operar de acuerdo con estándares o normas distintas –las nacionales y las armonizadas-. Más adelante veremos las consecuencias que se pueden derivar de la modificación de esta premisa en los resultados del proceso de armonización.

En este escenario, el régimen de la coexistencia funciona perfectamente. La coexistencia es tan buena como la armonización mínima en muchos casos y, cuando el país con el mayor número de empresas eficientes es también aquél cuyos consumidores prefieren un nivel de protección inferior, supera a la armonización mínima en cualquiera de los casos analizados, es decir, tanto cuando se complementa como cuando no se complementa con la entrada parcial o con el principio del país de origen, pues el estándar armonizado óptimo en el régimen de coexistencia permite que las empresas más eficientes puedan abastecer todos los mercados: el mercado con el estándar preexistente menos exigente se abastecerá de acuerdo con el estándar nacional y, el otro mercado –aquél con un estándar previo exigente-, de acuerdo con el estándar armonizado, que se adaptará a las preferencias de los consumidores de ese país.

Por tanto, cuando las empresas pueden operar de acuerdo con varios estándares, un régimen de coexistencia conduce, si el legislador nacional quiere conseguir un resultado eficiente, a la mejor solución para los consumidores y empresas de todos los países afectados⁴².

⁴² GANUZA y GÓMEZ (2010).

En resumen, las ventajas e inconvenientes de los distintos regímenes de armonización de las normas de Derecho privado (y también de otras áreas, pues las cuestiones teóricas serán probablemente parecidas) permiten afirmar que la armonización máxima genera ganancias significativas pues, dado que la eliminación de la diversidad jurídica es radical y completa, reduce las barreras jurídicas al comercio transfronterizo⁴³. La armonización máxima, en cambio, conlleva sacrificios de bienestar importantes en términos de correspondencia entre el nivel óptimo del estándar y las preferencias de los países y sociedades afectadas, pues todos ellos están sujetos al mismo nivel de normas de protección, sin tener en cuenta que las preferencias de los países pueden ser distintas.

La existencia de varios estándares –que no alcanza la armonización máxima– puede mejorar el bienestar, pues genera una mejor correspondencia entre las preferencias de los consumidores y el nivel del estándar, aunque no se obtengan todas las ganancias derivadas del comercio transfronterizo. Es decir, en ocasiones será más conveniente permitir algunas barreras al comercio a fin de que los estándares se adapten mejor al nivel de protección deseable de los consumidores. Sin embargo, algunas formas más suaves de armonización, como la armonización mínima, salvo que tengan un efecto significativo en la mejora del comercio transfronterizo, se deberán complementar con medidas que garanticen la entrada de las empresas más eficientes en los mercados extranjeros. Las formas más suaves de armonización exigen que tanto los estándares nacionales como los mercados continúen separados. Una versión completa o atenuada del “principio del país de origen” tendrá en cuenta esta mejora en el comercio transfronterizo –en menor medida que la armonización máxima, pero con mejores resultados en lo que concierne al respeto de las preferencias sociales por un nivel de estándares jurídicos–.

En ocasiones, la armonización mínima no será el régimen óptimo, aunque trate de conseguir una buena correlación entre el nivel de los estándares y las preferencias de los ciudadanos de cada país. La mejora del bienestar social será superior si se permite la coexistencia de normas armonizadas y nacionales, es decir, se utiliza un régimen más suave que el de la armonización mínima. Las normas y estándares armonizados en Derecho privado europeo pueden estar pensados como instrumentos que desplegarán efectos junto con los estándares nacionales existentes y no como estándares sustitutivos de otros estándares menos exigentes que los armonizados. De este modo, las empresas más eficientes podrán obtener los beneficios derivados del comercio transfronterizo, pues las normas armonizadas acabarán con las barreras que impidan las transacciones transfronterizas y respetarán la diversidad real en Europa, en términos de preferencias y de condiciones económicas de las sociedades donde se deban aplicar las normas. De hecho, cuando las empresas sean flexibles en tecnologías y funciones de costes, de manera que puedan operar de acuerdo con varios estándares, este régimen permitirá una

⁴³ Esta afirmación es probablemente un tanto exagerada, pues los sistemas jurídicos nacionales conservarán características y propiedades separadas y distintas (procedimientos, tribunales, cultura jurídica y tradición, etc.) a pesar de la armonización máxima de un determinado ámbito del Derecho, por más grande que sea (por ejemplo, el Derecho Privado). Ello reduce el impacto positivo de la armonización máxima en la promoción de transacciones transfronterizas. Véanse, para éste y otros argumentos similares, GÓMEZ (2008, p. 89); LOW (2010, p. 288).

coexistencia perfecta de los estándares nacionales y armonizados (europeos, en nuestro caso), y ésta será la mejor estrategia para seguir adelante con la armonización.

Sin embargo, las ventajas del régimen de coexistencia parten de la premisa de que las empresas no están obligadas (por razones económicas, tecnológicas u otras) a proporcionar bienes y servicios de acuerdo con un único conjunto de normas. Si esta premisa no se cumple, y las empresas sólo pueden llevar a cabo operaciones de acuerdo con un único conjunto de normas y estándares, se generará la duda acerca de si la armonización puede reducir los costes de transacción en las transacciones transfronterizas y, en particular, equilibrar los beneficios derivados del comercio y la adecuación de las normas a las preferencias de la sociedad. Esta pregunta no tiene una respuesta teórica única. Sin embargo, se suele basar en la elección entre la armonización máxima como mecanismo que mejor garantiza las ganancias derivadas del comercio, y la coexistencia de estándares como mecanismo de armonización que mejor preserva y satisface las preferencias de la sociedad sobre el nivel y contenido de las normas y estándares jurídicos. La armonización mínima, aunque en ocasiones será más atractiva que la armonización máxima, está dominada por un régimen más suave y flexible, que permite la coexistencia de estándares armonizados y nacionales con independencia de sus respectivos niveles.

6. Conclusiones

La armonización del Derecho privado europeo presenta múltiples facetas y evoca fenómenos distintos, algunos de los cuales afectan a lo que ha sido el impacto último –y notable, por descontado– de las competencias normativas de la UE en materias que inciden sobre el Derecho privado de los Estados miembros. Es innegable que hay procesos en marcha, en especial un intento definido de la diversidad jurídica entre los países europeos –entre otras razones– para reforzar un mercado europeo real y efectivo para las empresas y consumidores. La mayoría de las reacciones a este proceso, tanto desde un punto de vista jurídico como económico, se han centrado en la conveniencia del proceso en sí. Esta es, sin duda, una pregunta importante. El trabajo ha evaluado algunas de las críticas económicas a la armonización europea del Derecho privado y ha llegado a la conclusión de que tales críticas probablemente no son de tanto peso como pudiera parecer a primera vista. Para el análisis económico del Derecho, entendemos, el elemento de recodificación que se deriva del ejercicio de armonización actual sería acaso la dimensión más problemática por razones fundamentalmente epistémicas.

Nuestra principal reivindicación es que tanto abogados como economistas han ignorado el *cómo*. El trabajo desarrolla una teoría para la toma de decisiones óptimas en un proceso de armonización, una teoría que se extiende a las distintas formas y regímenes para organizar la relación entre las normas y estándares armonizados y nacionales. Los costes para las empresas (los agentes, en general, ya sean empresas o no) sujetas a los estándares, y las preferencias sociales sobre el contenido y nivel de las normas y estándares son factores clave en la construcción de normas armonizadas. La elección de un régimen de armonización, es decir, si el resultado debe ser la armonización máxima, la armonización mínima o, simplemente, la

coexistencia del nuevo estándar armonizado con las normas nacionales preexistentes, puede ser decisiva en la toma de decisiones sobre el contenido de las normas. Además, la elección de tales regímenes debe tratar de reducir las barreras a la actividad comercial transfronteriza –pues, si no incrementara el comercio transfronterizo, la armonización continuaría siendo una mera empresa intelectual– y, además, intentar preservar el equilibrio entre los estándares sustantivos y las preferencias sociales de los Estados.

7. Bibliografía

Benito ARRUÑADA y Veneta ANDONOVA (2008a), “Common Law and Civil Law as Pro-Market Adaptations”, *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 26, pp. 81-130.

-- (2008b), “Judges’ Cognition and Market Order”, *Review of Law and Economics*, Vol. 4, núm. 2, pp. 665-692.

Oren BAR-GILL, Michal BARZUZA y Lucian BEBCHUK (2006), “The Market for Corporate Law”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 162, pp. 134-174.

Hugh BEALE (2007), “The Future of Common Frame of Reference”, *European Review of Contract Law*, Vol. 3, pp. 257-276.

Randy BECKER y Vernon HENDERSON (2000), “Effects of Air Quality Regulations on Polluting Industries”, *Journal of Political Economy*, Vol. 108, núm. 2, pp. 379-421.

Marta CARBALLO (2010), “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre Derechos de los consumidores”, *InDret*, núm. 1, pp. 1-28 (www.indret.com).

Filomena CHIRICO (2008), “The Function of European Contract Law: An Economic Analysis”, Working Paper, Instituto de Análisis Económico del Derecho de Tilburg.

Kevin CLERMONT y Theodor EISENBERG (1996), “Xenophilia in American Courts”, *Harvard Law Review*, Vol. 109, pp. 1120-1143.

Frank DEN BUTTER y Robert MOSCH (2003), “Trade, Trust, and Transaction Costs”, Working Paper, Tinbergen Institute, núm. 2003-082/3.

Martin EBERS (2010), “De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *InDret*, núm. 2, pp. 1-47 (www.indret.com).

Michael FAURE (2003), “How Law and Economics May Contribute to the Harmonization of Tort Law in Europe”, en Reinhard ZIMMERMANN (Ed.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 31-82.

-- (2008), "Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 15, núm. 4, pp. 433-446.

Per FREDRIKSSON y Daniel MILLIMET (2002), "Is There a 'California Effect' in US Environmental Policymaking?", *Regional Science and Urban Economics*, Vol. 32, núm. 6, pp. 737-764.

Juanjo GANUZA y Fernando GÓMEZ (2010), "Optimal Standards for European Consumer Law: Maximum Harmonization, Minimum Harmonization, and Coexistence of Standards", Working Paper, Departamento de Economía y Empresa de la Universidad Pompeu Fabra.

-- (2011), "Soft Negligence Standards and the Strategic Choice of Firm Size", *Journal of Legal Studies* (en prensa).

María Paz GARCÍA RUBIO (2004), "La Directiva 1999/44: caos y orden en la construcción de un Derecho contractual europeo", en Sarah JUND, Wolfgang HEUSEL y Gilles PAISANT (Coord.), Javier LETE ACHIRICA (Ed. lit.), *Garantías en la venta de bienes de consumo: Ponencias de la Conferencia Internacional, Santiago de Compostela, 30 y 31 de enero de 2004*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, pp. 313-323.

Nuno GAROUPA y Anthony OGUS (2006), "A Strategic Interpretation of Legal Transplants", *Journal of Legal Studies*, Vol. 35, núm. 2, pp. 339-364.

Nuno GAROUPA y Carlos GÓMEZ (2009), "The Syndrome of the Efficiency of the Common Law", Law and Economics Working Paper, University of Illinois College of Law.

Nicola GENNAIOLI y Andrei SHLEIFER (2007a), "Overruling and the Instability of Law", *Journal of Comparative Economics*, Vol. 35, pp. 309-328.

-- (2007b), "The Evolution of Common Law", *Journal of Political Economy*, Vol. 115, núm. 1, pp. 43-68.

Fernando GÓMEZ (2008), "The Harmonization of Contract Law through European Rules: A Law and Economics Perspective", *European Review of Contract Law*, Vol. 4, núm. 2, pp. 89-118.

-- (2009), "The Empirical Missing Links in the Draft Common Frame of Reference", en Fabrizio CAFAGGI y Hans-W. MICKLITZ (Ed.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 101-122.

-- (2010), "Some Law and Economics of European Private Law Harmonization", en Edwoud HONDIUS *et al.* (Eds.), *Towards a European Civil Code*, 4ª ed., Kluwer Law International, pp. 401-426.

Fernando GÓMEZ y Juanjo GANUZA (2011), "The Economics of Private Law Harmonized Lawmaking: Mechanisms, Modes and Standards", en Roger BROWNSWORD et al. (Eds.), *Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford (*en prensa*).

Fernando GÓMEZ y Maribel SAEZ (2006), "Competition, Inefficiencies and Dominance in Corporate Law", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 162, pp. 161-167.

Michael GREENSTONE (2002), "The Impacts of Environmental Regulations on Industrial Activity: Evidence from the 1970 and 1977 Clean Air Act Amendments and Census of Manufactures", *Journal of Political Economy*, Vol. 110, núm. 6, pp. 1175-1219.

Stefan GRUNDMANN (2005), "European Contract Law of What Colour?", *European Review of Contract Law*, Vol. 2, pp. 184-210.

Wolfgang KERBER y Stefan GRUNDMANN (2006), "An Optional European Contract Law Code: Advantages and Disadvantages", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 21, núm. 3, pp. 215-236.

Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES y Andrei SHLEIFER (2008), "The Economic Consequences of Legal Origins", *Journal of Economic Literature*, Vol. 46, núm. 2, pp. 285-332.

Stefan LEIBLE (2008), "Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für ein optionales Instrument", *Betriebs-Berater*, Vol. 63, núm. 28, pp. 1469-1475.

Javier LETE ACHIRICA (2009), "La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores: "nihil novum sub sole"?", en María Paz GARCÍA RUBIO (Coord.), *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Cívitas, Thomson-Reuters, Madrid, pp. 493-512.

Arik LEVINSON (2003), "Environmental Regulatory Competition: A Status Report and Some New Evidence", *National Tax Journal*, Vol. 56, núm. 1, pp. 91-106.

-- (2008), "Pollution Haven Hypothesis", en Steven DURLAUF y Lawrence BLUME (Eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Macmillan.

John LIST y Shelby GERKING (2000), "Regulatory Federalism and Environmental Protection in the United States", *Journal of Regional Science*, Vol. 40, núm. 3, pp. 453-471.

Marco LOOS (2010), "Full Harmonization As a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders. The Example of the Consumer Rights Directive", Working Paper núm. 2010/03, Centro para el Estudio del Derecho contractual europeo, Universidad de Amsterdam.

Gary LOW (2010), "The (ir)relevance of Harmonization and Legal Diversity to European Contract Law: A Perspective from Psychology", *European Review of Private Law*, Vol. 18, núm. 2, pp. 285-305.

Hans.-W. MICKLITZ y Norbert REICH (2009), "Crónica de Una Muerte Anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights", *Common Market Law Review*, Vol. 46, núm. 2, pp. 471-519.

Wallace OATES (1972), *Fiscal Federalism*, Harcourt Brace Jovanovich, New York.

Anthony OGUS (1999), "Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, pp. 405-418.

Eirin O' HARA y Larry RIBSTEIN (2009), *The Law Market*, Oxford University Press, Oxford.

Francesco PARISI y Vincy FON (2009), *The Economics of Lawmaking*, Oxford University Press, Oxford.

Giacomo PONZETTO y Patricio FERNANDEZ (2008), "Case Law versus Statute Law: An Evolutionary Comparison", *Journal of Legal Studies*, Vol. 37, núm. 2, pp. 379-430.

Jeffrey RACHLINSKI (2006), "Bottom-Up versus Top-Down Lawmaking", *University of Chicago Law Review*, Vol. 73, pp. 933-964.

Jeffrey RACHLINSKI y Cynthia FARINA (2002), "Cognitive Psychology and Optimal Government Design", *Cornell Law Review*, Vol. 87, pp. 549-615.

Larry RIBSTEIN y Bruce KOBAYASHI (1996), "An Economic Analysis of Uniform State Laws", *Journal of Legal Studies*, Vol. 25, pp. 131-199.

Peter ROTT y Evelyn TERRE (2009), "The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, núm. 3, pp. 456-488.

Giesela RÜHL (2009), "International Transactions: Plurality of Law, and Constitutional Uncertainty: Conflicts of Laws Revisited", Working Paper, Humboldt Universität zu Berlin.

Frederick SCHAUER (2006), "Do Cases Make Bad Law?", *University of Chicago Law Review*, Vol. 73, pp. 883-918.

Hans SCHULTE-NÖLKE (2007), "EC Law on the Formation of Contract- From the Common Frame of Reference to the Blue Button", *European Review of Contract Law*, Vol. 3, pp. 332-349.

Jan SMITS (2010), "Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights", *European Review of Private Law*, Vol. 18, pp. 5-14.

Charles TIEBOUT (1956), "A Pure Theory of Local Expenditures", *Journal of Political Economy*, Vol. 64, núm. 5, pp. 416-424.

Alessandro TURRINI y Tanguy VAN YPERSELE (2006), "Legal Costs as Barriers to Trade", Center for Economic Policy Research Discussion Paper Series, núm. 5751.

Christian TWIGG-FLESSNER y Daniel METCALFE (2009), "The Proposed Consumer Rights Directive- Less Haste, More Thought?", *European Review of Contract Law*, Vol. 5, núm. 3, pp. 368-391.

Willem H. VAN BOOM (2009), "Harmonizing Tort Law: A Comparative Tort Law an Economic Analysis", en Michael FAURE (Ed.), *Tort Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 435-449.

Roger VAN DEN BERGH (2000), "Towards an Institutional Legal Framework for Regulatory Competition in Europe", *Kyklos*, Vol. 53, núm. 4, pp. 435-466.

Roger VAN DEN BERGH y Louis VISSCHER (2006), "The Principles of Tort Law: The Right Path to Harmonization?", *European Review of Private Law*, Vol. 14, núm. 4, pp. 511-543.

Adrian VERMEULE (2009), *Law and the Limits of Reason*, Oxford University Press, Oxford.

Stefan VOGENAUER y Stephen WEATHERILL (2006), *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart Publishing, Oxford.

Gerhard WAGNER (2002), "The Economics of Harmonization: the Case of Contract Law", *Common Market Law Review*, vol. 39, núm. 5, pp. 995-1023.

Helmut WAGNER (2005), "Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty - The Example of the European Union", en Jan SMITS (Ed.), *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, Europe Law Publishing, pp. 27-51.

-- (2007), "Costs of Legal Uncertainty: Is Harmonization of Law a Good Solution?", Working Paper, Universität Hagen.

Simon WHITTAKER (2009), "Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: The Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of Full Harmonization", *European Review of Contract Law*, Vol. 5, núm. 3, pp. 223-247.