

LA RACIONALIDAD ECONÓMICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

por FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. **La «doble lógica» del Derecho internacional privado**
2. **Objeto de este curso**
3. **Presupuesto general y orden de exposición**

II. PRESUPUESTO DEL DIPR: EL FRACCIONAMIENTO JURÍDICO

Excurso: los mecanimos informales y la revalorización del «Derecho espontáneo»

III. LOS BENEFICIOS DERIVADOS DEL FRACCIONAMIENTO JURÍDICO

1. **Introducción**
2. **Tesis general**
3. **El «mercado» de productos normativos**

- 3.1. BENEFICIOS ASOCIADOS A LA DIVERSIDAD NORMATIVA
- 3.2. APLICACIONES
- 3.3. LOS «FALLOS DEL MERCADO DE PRODUCTOS NORMATIVOS»
- 3.4. CONCLUSIONES PARCIALES

4. **La función del Dipr**

Excurso 1: La neutralidad savigniana y la visión del Dipr como «meta-ordenamiento»

Excurso 2: Relación entre unilaterlismo y multilateralismo. Los problema de «free riding» estatal

IV. LOS COSTES ASOCIADOS AL FRACCIONAMIENTO JURÍDICO: EL RIESGO DE INTERNACIONALIDAD

1. **Introducción**
Excurso: De nuevo sobre la lógica del Derecho privado
2. **El fraccionamiento jurídico y sus costes asociados: el riesgo de internacionalidad**

3. Criterios de imputación

- 3.1. TESIS GENERAL
- 3.2. LA PARTE QUE PUEDE SOPORTAR EL RIESGO A UN MENOR COSTE («INTERNATIONAL CHEAPEST RISK AVOIDER»)
- 3.3. COSTES TERCIARIOS O CRITERIOS DE OPERATIVIDAD DE LA REGLA

4. Aplicaciones propuestas

4.1. DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL: EL RIESGO DE INTERNACIONALIDAD

- (a) *Planteamiento general*
- (b) *Foro general del domicilio del demandado*
- (c) *Foros especiales por razón de la materia*
- (d) *Los llamados «foros de protección»*
- (e) *Foros derivados*
- (f) *El carácter alternativo de los foros*

4.2. DERECHO CONFLICTUAL

- (a) *El Art. 4 CR 1980 y la regla de iniciativa contractual*
- (b) *Excepción: la protección del operador local, el Art. 8.2 CR 1980*
- (c) *La regla de la prestación característica, el Art. 4.2 CR 1980*
- (d) *La regla del Art. 4 CR 1980 como presunción en sentido fuerte*

V. CONCLUSIONES FINALES

1. **Beneficios del fraccionamiento jurídico y función del Dipr**
2. **Costes asociados al fraccionamiento jurídico y función del Dipr**

I. INTRODUCCIÓN

1. La «doble lógica» del Derecho internacional privado

El Derecho internacional privado (Dipr) tiene por objeto regular las relaciones privadas que se desarrollan en un contexto internacional, esto es, que se desarrollan «a la sombra» de un mundo jurídicamente fraccionado. Este mundo se caracteriza por la concurrencia de una pluralidad de Estados cada uno de ellos con su propio Derecho y con sus propios tribunales.

Esto explica que el contenido de este sector del ordenamiento esté informado por una **doble lógica**: una lógica de Derecho privado y una lógica de internacionalidad. Por un lado, el Dipr es *Derecho privado* y, en este sentido, debe responder a la ***lógica del Derecho privado***. Su objeto inmediato son las relaciones entre particulares: sus normas distribuyen derechos y deberes —o cargas— *entre* particulares. Por eso se ha dicho, con mucha razón, que quienes padecen directamente las consecuencias de las normas de Dipr no son los Estados sino los propios particulares: la sujeción a una u otra jurisdicción estatal o la aplicación de uno u otro Derecho material son consecuencias que sufren directamente los particulares implicados y sólo indirectamente los Estados. En esta medida se comprende que el Dipr responda, ante todo, a una lógica de Derecho privado. Es por ello por lo que *los principios normativos, el sistema conceptual y las estructuras argumentales deben ser análogos a los que informan las otras ramas del Derecho privado*. Otra conclusión iría contra la naturaleza de las cosas y contra la misma esencia del ordenamiento jurídico como «sistema».

Pero lo que caracteriza el Dipr es que esa distribución de derechos y deberes entre particulares se realiza en un entorno muy peculiar, un entorno donde concurren otros Estados. Mientras que en las relaciones privadas internas (u homogéneas) el legislador nacional está en situación de monopolio y, en consecuencia, puede elaborar la regulación normativa que considere más adecuada así como asegurar su implementación coactiva, en las relaciones privadas interna-

cionales (o heterogéneas) el legislador está en una situación de concurrencia normativa con otros legisladores. En el objeto de nuestra disciplina, la posición del legislador nacional no es monopolística, sino concurrencial. Por ello, junto con esa lógica de Derecho privado, el Dipr responde al mismo tiempo a una ***lógica de internacionalidad***. *El legislador nacional, al regular las relaciones privadas internacionales, debe ser consciente de que no está solo, sino de que concurre con otros legisladores, cada uno de ellos con su propio Derecho sustantivo, con su propia organización jurisdiccional y con el monopolio de implementación coactiva dentro de su respectivo territorio.* Esto permite comprender que en el sector del Dipr, la «óptica» para desarrollar esa «lógica de Derecho privado» no sea la *óptica nacional*, sino la *óptica internacional*. Esta óptica explica, por ejemplo, que una misma relación jurídico-privada vaya a recibir respuestas distintas en un entorno de integración que en un entorno de Estados absolutamente soberanos.

Este último punto es de gran importancia y creo que, desde ahora, merece la pena incidir sobre él. Uno de los rasgos característicos del Dipr contemporáneo es su ***especialización geográfica***. Casos que, si los contemplamos exclusivamente con los lentes del Derecho privado, podríamos considerar similares, van a ser resueltos de forma distinta en función de los países con los que se vinculan. Una sentencia de divorcio proveniente de China (a la cual se aplica el Conv. bilateral) tiene un régimen distinto de una sentencia de divorcio idéntica, pero proveniente de Finlandia (la cual quedará sujeta al Reglamento comunitario). Frente a la quiebra de una empresa española abierta en nuestro país, la posición conflictual de un acreedor pignoraticio sobre un bien en Noruega (al cual se aplicaría el régimen general, sea cual sea), puede ser distinta de la de otro acreedor pignoraticio, en análogas circunstancias, si el bien se halla en Suecia (al cual se le aplicará el Reglamento comunitario de insolvencia). La diferenciación, muy extendida entre la doctrina, entre un Dipr *ad intra* (i.e., para los litigios intracomunitarios) y un Dipr *ad extra* (i.e., para los litigios extracomunitarios) es el fruto más acabado de ese proceso. En el Dipr *ad intra* la «lógica de internacionalidad» se convierte en «lógica de integración». Estos resultados son difíciles de justificar en pura lógica de Derecho privado; es más, en muchas ocasiones chocarían frontalmente con el principio de igualdad; sin embargo, se pueden comprender —aunque no siempre justificar— en lógica de internacionalidad.

2. Objeto de este trabajo

En este trabajo voy a presentar un modelo analítico general de aproximación al Derecho internacional privado, esto es, un conjunto sistematizado de conceptos y enunciados que nos sirva para analizar el Dipr y esa «doble lógica» normativa que lo informa. Además, que nos sirva para analizarlo desde una perspectiva práctica. Mi intención última es que el modelo analítico que aquí se propone cumpla las dos funciones básicas de toda teoría jurídica: (a) por un lado, que sea útil para explicar el Dipr positivo (función positiva); (b) y, por otro lado, que ofrezca criterios normativos para resolver los

problemas que plantea la aplicación práctica de ese Derecho positivo (función normativa)¹.

Dicho esto, lo primero que quiero destacar es que intenta ser un modelo analítico algo distinto de los modelos habituales. Los conceptos y enunciados que voy a formular se apartan de la explicación estándar del Dopr, no sólo en sus aspectos retóricos, sino también en las proposiciones valorativas que contienen, en las variables que consideran relevantes y en la justificación de las soluciones positivas. Mi propósito, al formular este modelo de aproximación al Dopr, es destacar aspectos de nuestra disciplina y de su doble lógica normativa que suelen permanecer ocultos o ignorados en la explicación estándar.

Ahora bien, esto no implica que se refute la explicación estándar del Dopr. Con este modelo sólo pretendo añadir una nueva perspectiva: *otra forma de ver o contemplar el Dopr*. Esto tal vez requiera una explicación más detenida.

El Derecho es un fenómeno complejo²; y como tal merece ser analizado desde distintas perspectiva. Igual que Notre-Dame se puede ver desde distintos ángulos, sin que ninguna de las vistas que obtengamos pueda decirse que sea falsa o equivocada, uno puede ver y aproximarse al Derecho desde distintas perspectivas, sin necesidad de que unas refuten a las otras³. Unas perspectivas pueden ser más elocuentes que otras o pueden explicar mejor ciertos sectores (lo que se conoce en epistemología como «sectores de dominio»), pero no tienen por qué ser incompatibles entre sí. De hecho, cuantas más abarquemos, más acabada y precisa será nuestra idea de lo que es el Derecho; como, cuantos más ángulos abarquemos, más completa será nuestra idea de lo que es Notre-Dame.

Pues bien, esto vale igual para el Dopr. El Dopr puede verse desde distintas perspectivas. Se puede ver desde una perspectiva puramente conflictual clásica (savigniana), buscando a partir de la relación individual cuál es la conexión más estrecha. O se puede ver desde una perspectiva «estatal», buscando a partir del contenido material de los distintos ordenamientos cuál es el Estado más interesado. Una perspectiva puede explicar mejor unas normas; y la otra perspectiva, otras. Pero si se emplean correctamente, ambas resultarán compatibles y, lo que es más importante, la vista a través de distintas perspectivas, con sus correspon-

¹ Sobre el contenido y las funciones de un modelo analítico son perfectamente asimilables las consideraciones de Canaris, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, (trad. Brückner/De Castro), Madrid, 1994, pp. 25-36, aunque él las refiere a las teorías jurídicas.

² En el sentido de Luhman, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, *passim*.

³ La metáfora de la catedral, como es sabido, procede de Calabresi/Melamed, «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability. One View of the Cathedral», *Harv.L.Rev.*, 1972, pp. 1089 y ss.; otra metáfora muy atractiva es la de la cordillera, *vid.*, Roe, «Chaos and Evolution in Law and Economics», *Harv.L.Rev.*, 1996, pp. 641 y ss. Sobre la concurrencia de distintas perspectivas en el análisis de los problemas jurídicos, sus respectivos contextos argumentativos y la «competencia» que se genera entre ellas (lo que se ha llamado «mercado de las ideas»), puede verse, Malloy/Braum (ed.), *Law & Economics. New Critical Perspectives*, Nueva York, 1995, pp. 1 y ss.; y Mercurio/Medema, *Ibid.*, pp. 65 y ss.; L.M. Fridman, «Two Faces of Law», *Wis.L.Rev.*, 1984, pp. 13 y ss.; R.E. Barnett, «The Virtues of Redundancy in Legal Thought», *Cl.St.L.Rev.*, 1990, pp. 153 y ss.; *Id.*, «Of Chickens and Eggs-The Compatibility of Moral Rights and Consequentialist Analysis», *Harv.J.L.&Pub.Pol.*, 1989, pp. 611 y ss.

dientes modelos analíticos, contribuirá a mejorar nuestra *comprensión general* de lo que es el Dipr y del contenido de esa doble lógica que lo informa⁴.

Es muy ilustrativo el ejemplo del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Desde un modelo analítico puramente conflictual (savigniano) se comprenden muy bien el Art. 3 o el Art. 4, pero resulta más difícil de entender el Art. 7; y viceversa: desde un modelo analítico de «governmental interest analysis» se explica y comprende mucho mejor este precepto que aquellos. En términos epistemológicos, los Arts. 3 y 4 serían un «sector de dominio» del primer modelo analítico y el Art. 7 del segundo. Pero una visión completa del CR 1980, que permita entender y aplicar ese convenio como una unidad coherente de regulación, sólo se alcanza si se combinan ambas perspectivas.

Pues bien, mi intención en este trabajo es añadir otra forma de ver el Dipr concurrente con las «aproximaciones estándar». El objetivo no es reducir las perspectivas de análisis sino aumentarlas, y en esta medida aumentar nuestra comprensión del Dipr.

3. Presupuesto general y orden de exposición

En términos generales e introductorios, el modelo que voy a formular responde a la siguiente tesis: *el Dipr debe verse como un mecanismo normativo cuya función es maximizar los beneficios asociados al fraccionamiento jurídico estatal y minimizar sus costes*. El punto de partida es común al análisis estándar: el presupuesto del Dipr son transacciones privadas que se realizan en un «mundo jurídicamente fraccionado». Como ya he señalado, un mundo donde hay distintos sistemas legales y cada uno tiene un ámbito de implementación coactiva limitado territorialmente⁵. Pero a partir de ahí se abre otra perspectiva de ver las cosas: ese fraccionamiento jurídico puede tener ventajas y costes, y el Dipr debe verse como un mecanismo diseñado para maximizar los beneficios asociados a esas ventajas y para minimizar sus costes.

En este sentido, el modelo de aproximación que aquí se describe puede considerarse como «económico». Su exposición nos va a permitir apreciar la lógica económica que subyace en el Dipr: el criterio valorativo subyacente es la «eficiencia internacional» (más detenidamente, *infra*).

A la largo de este trabajo vamos de comprobar cuál es el modelo de análisis general que se deriva de esa tesis. El trabajo se divide en cuatro apartados. En el primero expondré el «presupuesto» del Dipr: el fraccionamiento jurídico. En el segundo, cuáles pueden ser los *beneficios* asociados a ese fraccionamiento y

⁴ Sobre la relevancia de la función comprensiva de la dogmática, Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., pp. 25-36.

⁵ González Campos, *Derecho internacional privado. Introducción*, (policopiado), 1983, pp. 25-28.

cómo puede diseñarse el Dipr para maximizar esos beneficios. En el tercero, cuáles son los *costes* asociados a ese fraccionamiento y cómo puede diseñarse el Dipr para minimizarlos. El elemento con mayor capacidad heurística del modelo se deriva de este segundo aspecto del Dipr y por eso va a ocupar la mayor parte de la exposición. Lo que ahí vamos a contemplar es el Dipr como un sistema de imputación de los riesgos de internacionalidad, esto es, de los riesgos asociados a ese fraccionamiento jurídico; y lo que buscaremos será identificar una serie de *criterios de imputación que permitan minimizar el coste asociado a esos riesgos*. El último apartado lo dedicaré a proponer aplicaciones de estos criterios.

II. PRESUPUESTO DEL DIPR: EL FRACCIONAMIENTO JURÍDICO

El Derecho se puede ver como un sistema de «estructuras ordenadoras» (normas) y de «estructuras ordenadas» (relaciones humanas)⁶. Las «estructuras ordenadas» en el Dipr, esto es, su objeto, son las transacciones privadas internacionales; utilizando el término transacción en el sentido más amplio posible (contratos, daños, relaciones matrimoniales, etc, relaciones humanas, en definitiva). Lo que caracteriza estas transacciones privadas es que *se realizan en un mundo jurídicamente fraccionado*. Por eso se suele afirmar que los presupuesto del Dipr son dos: la división del mundo en Estados (o sistemas jurídico-estatales) y las relaciones privadas transfronterizas⁷. Si sólo hubiese un Estado mundial, no habría Dipr; y si hubiese varios Estados pero absolutamente autárquicos, tampoco.

En este epígrafe voy a exponer esta misma idea pero de otra forma distinta. No porque la exposición clásica sea errónea, que obviamente no lo es, sino porque no permite apreciar ciertos elementos imprescindibles para el modelo que aquí se propone⁸.

Advertencia. El ejemplo que voy a utilizar para ir avanzando en la exposición es puramente patrimonial. No obstante, sus implicaciones valen en todos los ámbitos del Derecho privado en la medida en que en todos ellos de lo que se trata es de *aprovechar e intercambiar recursos escasos en un mundo con información dispersa* y de resolver los problemas asociados a esos intercambios. Todo el Derecho matrimonial o las relaciones paterno-filiales se pueden plantear, también, como un sistema de transacciones de intercambio (a quién corresponden los bienes matrimoniales, quién tiene la patria potestad de los hijos, cuáles son los deberes de asistencia mutua), o al menos, ese es el único aspecto de esas relaciones que debe preocupar al Derecho privado. El Derecho de familia debe obligar a cumplir los deberes patrimoniales, pero es absurdo, e incluso peligroso, que obligue a cumplir deberes *estrictamente personales* (todo lo más, podrá instituir sanciones patrimo-

⁶ Vid. Müller, *Juristische Methodik*, 3.^a ed., 1989, pp. 226-230.

⁷ Por todos, González Campos, *Derecho...*, cit., pp. 6-12.

⁸ Además, esta forma de describir las cosas permite «integrar el análisis es un orden más general», uno de los valores fundamentales de cualquier teoría, Canaris, *Función...*, cit., p. 30.

niales por el incumplimiento de tales deberes). No es que no sean importantes, sino que el Derecho no es la institución adecuada para estos menesteres⁹.

A los efectos de este modelo, los presupuestos del Dipr se pueden apreciar muy bien utilizando el llamado «*dilema del intercambio internacional*»: la situación en la que se encuentran dos operadores que quieren realizar un intercambio de bienes en un «mundo jurídicamente fraccionado»¹⁰. Este dilema es un mero recurso expositivo, pero nos va a permitir apreciar relativamente bien los problemas asociados al intercambio en el ámbito internacional y nos va a permitir extraer algunas implicaciones interesantes.

El dilema del intercambio internacional no es más que una aplicación del conocido «dilema del prisionero», sin duda uno de los mayores descubrimientos epistemológicos en las ciencias sociales de los últimos años. Como se va poniendo de relieve, el dilema del prisionero plantea cuestiones del comportamiento humano que pueden tener mucho significado en el ámbito jurídico¹¹.

El «dilema del intercambio internacional» comienza a partir de un juego muy sencillo: el llamado «*dilema del intercambio*» a secas. El juego es el siguiente. Imaginemos que no hay Estado y, por lo tanto, tampoco Derecho (entendido como sistema legal o jurídico-estatal); imaginemos también que en ese mundo robinsoniano o «estado de la naturaleza», dos individuos, A (Robinson) y B (Viernes), quieren mejorar su bienestar. La forma paradigmática de hacerlo es especializándose e intercambiando el excedente. En lugar de que A produzca comida y ropa para sí, y que B produzca comida y ropa para sí, es más eficiente la especiali-

⁹ Esencial, para relativizar la importancia del «sistema jurídico» en la ordenación de las conductas humanas, LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 1999, pp. 164-168.

¹⁰ En esta forma de plantear las cosas sigo a Schmidt-Trenz, *Außenhandel und Territorialität des Rechts*, 1990; y a Schmidtchen, «Territorialität des Rechts, Internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalte», *RabelsZ*, 1995, pp. 56 y ss.; con más referencias, puede verse Garcimartín Alférez, «El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: Una aproximación económica», *R.E.D.I.*, 1995, pp. 11 y ss. Un comienzo parecido, aunque utilizando Estados en lugar de individuos, es habitual en las aproximaciones económicas al ámbito del Derecho internacional público, *vid.*, W.J. Aceves, «The Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice», *U.Pa.J.Int'l Econ.L.*, 1997, pp. 995 y ss., CASS, «Economics and International Law», *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.*, 1997, pp. 473 y ss., pp. 504-514, ambos con más referencias. Un análisis general del Derecho a partir de este dilema y otros modelos de la teoría de juegos más complicados puede verse en Baird/Gertner/Picker, *Game Theory and the Law*, 1994, *passim*. En general, demostrando la utilidad de los juegos o situaciones de iteración estratégica entre individuos racionales como forma de explicar y comprender las estructuras normativas, Ullmann-Margalit, *The emergence of Norms*, 1977.

¹¹ La utilización del dilema del prisionero como recurso epistemológico es habitual en la economía, la sociología, la psicología o, cada vez más, en el Derecho; basta ojear cualquier número reciente de una revista en esos campos para comprobar esta afirmación, *vid.*, a título introductorio, Goetz, *Law and Economics. Cases and Materials*, 1984, pp. 8-17, donde presenta ese dilema y sus posibilidades para la ciencia del Derecho; recientemente puede verse Eric A. Posner, *Law, Cooperation, and Rational Choice*, 1998. Aunque con una retórica tal vez exagerada, no está de más recoger las palabras de un reputado filósofo moral quien, al conocer el dilema del prisionero, exclamó: «Y miré, y fue como si cayeran las escamas de mis ojos y recibiera la luz», Gauthier, *Egoismo, moralidad y sociedad liberal*, 1998, p. 93.

zación y el intercambio del excedente: que uno produzca comida y el otro ropa, y que se cambien parte de la ropa producida por parte de la comida producida.

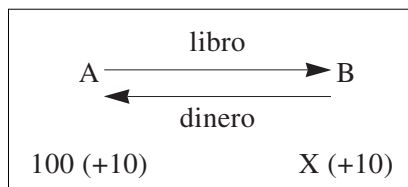
La demostración de que hay beneficios derivados de la especialización no la voy a hacer aquí, puede encontrarse en cualquier manual básico de economía¹²; y basta mirar la historia de la humanidad para darse cuenta de ello. La especialización ha permitido maximizar las ventajas comparativas, generar economías de escala e incentivar la mejora tecnológica. Lo que me interesa subrayar ahora es que *esos beneficios no se van a obtener si no hay posibilidad de intercambio*: nadie se va a especializar *ex ante* si no va a poder intercambiar sus excedentes *ex post*¹³. En una palabra, los beneficios de la especialización sólo pueden alcanzarse si hay intercambio. La cuestión entonces es: ¿va a haber intercambio en ese «estado de la naturaleza»?

Sorprendentemente, lo que nos dice el «dilema del intercambio» es que no: pese a que las partes mejorarían su posición especializándose e intercambiando los excedentes (técnicamente dicho, se pasa a un estado pareto-superior), los individuos, obedeciendo a las pautas de un comportamiento racional, no van a alcanzar ese objetivo. Por eso es un dilema.

La demostración se puede ver con un ejemplo numérico muy sencillo.

A	B
X (valor de X para A = 90)	100 (valor de X para B = 110)

Imaginemos que A (un individuo) tiene un libro (X), para él ese libro vale 90 pts. Imaginemos que B tiene 100 pesetas y que para él ese libro vale 110 pesetas. Esta situación implica que el intercambio de lo que tiene A por lo que tiene B conlleva una mejora paretiana (*i.e.*, nadie queda peor y al menos alguien resulta beneficiado; en este caso, ambos). Con ese intercambio, A sale ganando +10 pts, y B sale ganando + 10 pts; con lo cual, el incremento de utilidad total es +20 pts¹⁴.



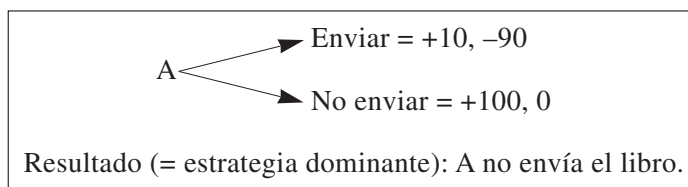
¹² P.ej., Samuelson/Nordhaus, *Economics*, 16.^a ed., 1998, pp. 31-34.

¹³ Esto es lo que significa la máxima económica smithiana *The Division of Labour is limited by the extend of the Market*: si no hay un mercado donde intercambiar los excedentes (*market*), no habrá especialización (*division of labour*), y, por consiguiente, cuanto más amplio sea el mercado, más posibilidades y beneficios de especialización habrá; A. Smith, *The Wealth of Nations*, reimpr., 1976, pp. 21-22; *vid.*, también, sobre esta idea y su aplicación a las empresas, Stigler, «The Division of Labor is Limited by the Extend of the Market», *J.Pol.Econ.*, 1951, pp. 185 y ss.

¹⁴ A efectos expositivos hago la equivalencia entre pesetas y unidades de utilidad. Aunque no es técnicamente correcta, ello no afecta a la viabilidad del ejemplo.

Esta es una situación habitual en nuestra vida diaria. De hecho, todas las relaciones humanas de intercambio presuponen una diferencia de valor entre los participantes sobre los objetos que se intercambian y conllevan una mejora para ambos. La sociedad mejora si los recursos (entendido en sentido amplísimo: bienes materiales, servicios, capital, posiciones humanas, etc...) acaban en las manos de quienes más los valoran, o al menos de quienes disponen de más información para «explotarlos» y de los incentivos apropiados (*infra*).

¿Por qué, sin embargo, no va a haber intercambio? Para ver por qué no, imaginemos que las partes están en ciudades distintas y acuerdan el intercambio por teléfono. El contrato, por decirlo en términos más técnicos, se ha perfeccionado ya. A continuación, cuando A se plantea si enviar o no el libro, se hace la siguiente composición: (a) Si yo envío el libro, pueden pasar dos cosas: que B me envíe el dinero o que no lo haga. Si lo hace, yo gano +10, pero si no lo hace yo pierdo 90 (lo que valía el libro para mí). Esto es, para A, los resultados posibles *si envía el libro son +10, -90*. (b) Si yo no envío el libro, pueden pasar las mismas dos cosas: que B me envíe el dinero o que no lo haga. Si lo hace, yo gano +100; si no lo hace, ni gano ni pierdo. Esto es, para A, los resultados posibles *si no envía el libro son +100, 0*. Con lo cual, su estrategia racional (o dominante, en el lenguaje de la teoría de juegos) es no enviar el libro; entre el par de alternativas (+10, -90) y (+100,0) es obviamente preferible la segunda alternativa. Haga lo que haga B, para A es siempre preferible la segunda estrategia.



Pero nos encontramos con que B, a su vez, se hará la misma composición que A, con lo cual tampoco enviará el dinero. Para B la estrategia dominante también es «no cumplir». El resultado global es que *no habrá intercambio*. Se pierden los beneficios asociados al intercambio (en nuestro ejemplo, +20), pero lo que es más grave desde el punto de vista económico, también los beneficios asociados a la especialización. Como he dicho, nadie se va a especializar *ex ante* si no tiene garantías de que va a poder intercambiar su excedente *ex post*. Robinson no se va a dedicar solamente a buscar comida, si luego no va a poder intercambiar el excedente por ropa con Viernes. El «dilema del intercambio» demuestra que los individuos comportándose racionalmente y libres de cualquier restricción institucional («estado de la naturaleza») no van a poder alcanzar situaciones pareto-eficientes. La sociedad en su conjunto está perdiendo bienestar.

El Estado y el ordenamiento jurídico se pueden ver como una respuesta institucional a ese dilema: el Derecho da seguridad a los intercambios y, en este sen-

tido, incentiva la especialización¹⁵. El Estado ofrece un marco jurídico-institucional que asegura a los individuos derechos subjetivos frente a otros individuos. Por un lado, el Derecho asigna y protege los derechos de propiedad, de tal modo que cada individuo conoce claramente y tiene garantizado el ámbito de aprovechamiento de sus recursos («seguridad en la posesión»), lo cual es fundamental para asegurar la eficiencia productiva (nadie va a invertir en un recurso que cualquiera se lo puede expropiar). Y por otro lado, regula su intercambio, de tal modo que cada individuo tiene unas expectativas protegidas jurídicamente si acuerda intercambiar esos derechos de aprovechamiento («seguridad del intercambio»), lo cual es fundamental para asegurar la eficiencia asignativa (permite que los recursos circulen hacia quienes más los valoran). En este segundo aspecto, el Estado garantiza coactivamente la implementación del intercambio.

Siguiendo con nuestro ejemplo, la transacción entre A y B se sitúa, ahora, dentro del marco jurídico-estatal de F1.

A	B	F1
X	100	

Utilizando un recurso antropomórfico, podríamos contarlo así. El Estado F1 le dice a A: no te preocupes, envía el libro ya que: (i) tienes un derecho subjetivo frente a B para que te envíe el dinero y (ii) voy a poner a tu disposición mi aparato de coacción para implementar ese derecho subjetivo. Y lo mismo vale para B. El sistema legal permite superar el dilema del intercambio; permite obtener los beneficios asociados a ese intercambio y, por consiguiente, los beneficios asociados a la especialización; lo que implica, a su vez, un incremento del bienestar social¹⁶.

En definitiva, en las transacciones puramente internas (dentro de un Estado), el Estado *ofrece un marco jurídico-institucional que permite superar el dilema del intercambio*, y esta es la función del Derecho que ahora me interesa destacar.

¹⁵ Aquí sigo a Kronman, «Contract Law and the State of Nature», *J.L.Econ.Org.*, 1985, pp. 4 y ss.; Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contracts*, 1993, pp. 10-11, y 16; y Barnett, *The Structure of Liberty. Justice and the Rule of Law*, 1998, pp. 63-108; más referencias pueden encontrarse en Garcimartín, «El régimen...», *cit.*, p. 18 nota 31. Desde el punto de vista sociológico, resultan muy clarificadoras las palabras de Kaufmann: «La inseguridad es una constante en la vida del ser humano. El futuro está expuesto a dos tipos de riesgos: peligros provenientes del medio físico-natural y del medio socio-económico (iteracciones humanas). Contra la inseguridad del primer tipo empleamos la técnica; contra la inseguridad del segundo tipo, el Derecho», en *Sichreheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, 1973, p. 60.

¹⁶ Una demostración más elaborada de esta idea y con más referencias puede encontrarse en Schmidt-Trenz, *Außenhandel...*, *cit.*, pp. 187-201; en términos más jurídicos, aunque expresando lo mismo, Basedow, «La seguridad jurídica en el Derecho económico europeo», en *Derecho comercial y de las obligaciones*, abril-junio, 1998, pp. 289 y ss., en especial, pp. 291-292; Schoser, «Justiz als Standortfaktor», *DriZ*, 2001, pp. 72 y ss., *pasim* (destacando la función de un sistema jurídico eficiente como catalizador del desarrollo económico).

Sin embargo, a la hora de aplicar esta forma de ver las cosas a los supuestos de tráfico externo se nos plantea un grave inconveniente. El problema en el *ámbito internacional* es que entre A y B hay una frontera: A está en F1 y B está en F2.

F1	A	B	F2
	X	100	

Para apreciar las consecuencias de esta frontera conviene separar su doble dimensión. Este frontera tiene una dimensión jurídico-pública y una dimensión jurídico-privada. La primera hace referencia a las ***barreras jurídico-públicas a los intercambios transfronterizos***; esto es, las prohibiciones de exportación o importación, cuotas, aranceles u obstáculos técnicos, visados, normas de control de cambios, etc. De la imposición o eliminación de estas barreras se ocupa el Derecho publico (internacional o nacional)¹⁷. La segunda dimensión hace referencia a los obstáculos de carácter jurídico-privado y es la que ahora nos interesa.

Aunque de las «fronteras jurídico-públicas» no me voy a ocupar aquí, sí que me interesa señalar aquí dos aspectos de las relaciones entre ambas:

- (a) Que se pueden especializar sus funciones: como veremos más adelante, para cumplir una función redistributiva nacional o proteccionista (esto es, a favor de la economía nacional frente a las extranjeras) son más eficaces los mecanismos jurídico-públicos; emplear los mecanismos jurídico-privados con fines proteccionistas acaba generando graves distorsiones e injusticias, la función de estos mecanismos debe de ser básicamente facilitadora (*infra*). Esto es fundamental para entender la tesis que aquí se sostiene. Los derechos subjetivos de los particulares entre sí (*i.e.*, los derechos subjetivos *inter privados*) no deben emplearse como herramienta para «protegerse» frente a otros Estados. Hablar de «proteger a los consumidores españoles», a los «trabajadores españoles» o a «los acreedores españoles» suele conducir a soluciones normativas bastante disparatadas. En las relaciones *interprivatos* a un individuo habrá que protegerlo por sus atributos como «consumidor», «trabajador» o «acreedor», pero no por sus atributos como español.
- (b) Que para asegurar los intercambios internacionales no es suficiente con eliminar las barreras jurídico-públicas. Si, como vamos a ver ahora, existen barreras al comercio derivadas del fraccionamiento territorial de los Derechos privados, un mercado internacional análogo al interno sólo se logra reduciendo también estas barreras. O dicho de otra forma, si el legislador quiere garantizar unos intercambios internacionales fluidos debe eliminar

¹⁷ Siguiendo por este mismo planteamiento y desarrollándolo desde la perspectiva jurídico-pública, Sykes, «Regulatory Protectionism and the Law of International Trade», *Univ.Ch.L.Rev.*, 1999, pp. 1 y ss.

tanto las barreras jurídico-públicas como las jurídico-privadas (esto es, las derivas del fraccionamiento jurídico)¹⁸.

Esta segunda idea se aprecia muy bien si miramos el ejemplo de la **Unión Europea**. El objetivo es conseguir que el mercado europeo ofrezca a los operadores unas condiciones institucionales análogas a las de un mercado nacional. Originalmente se consideró que esa situación se alcanzaría eliminando las barreras jurídico-públicas y de hecho esta es la idea que subyace al tratado (libre circulación de factores de producción o consumo). En el Tratado original no había prácticamente referencias al Derecho privado. Sin embargo, como se ha apuntado (ULMER), sorprende que en un texto cuyos objetivos principales incluyen el buen funcionamiento del mercado no incluya una referencia al Derecho privado patrimonial: se ha demostrado suficientemente que sin un Derecho privado patrimonial adecuado el mercado no funciona. No basta con eliminar las barreras jurídico-públicas, *i.e.*, con que los factores de producción o consumo puedan circular libremente. El «dilema del intercambio internacional» nos ha servido para comprender por qué. Como vamos a ver seguir viendo a continuación, *la continuidad geográfica de los derechos subjetivos interprivatos es un elemento necesario para asegurar los intercambios económicos transfronterizos*. Igual que sin un Derecho privado adecuado, el mercado nacional no funciona, sin un Dopr adecuado, el mercado internacional no funciona. La eliminación de las barreras arancelarias, monetarias o técnicas no es suficiente¹⁹.

Las **barreras jurídico-privadas** derivan del fraccionamiento jurídico, esto es, de la división del mundo en Estados soberanos cada uno con su propio Derecho. Lo cual implica, al menos, dos cosas: (a) Una diversidad de derechos subjetivos: el sistema legal de F1 puede ser diferente del sistema legal de F2; o dicho de otro modo, aunque ambos sistemas garanticen las seguridades en la posesión y en el intercambio (las dos funciones básicas del Derecho privado), lo hacen de forma distinta. A priori, A no tiene garantía de que el derecho subjetivo que puede tener frente a B según el Derecho de F1 lo vaya a tener también según el Derecho de F2. Y (b) una implementación coactiva limitada territorialmente: el Estado F1 sólo puede garantizar la protección de los derechos subjetivos dentro de su territorio, y el Estado F2 sólo dentro del suyo. Estas dos condiciones provocan un problema de *discontinuidad geográfica de los derechos subjetivos*.

Con lo cual, y siguiendo con el ejemplo antropomórfico, el Estado F1 ya no puede decirle a A: «No te preocupes, envía el libro ya que (a) tienes un derecho subjetivo frente a B y (b) la garantía de la implementación coactiva de ese derecho». Ya no es, al menos *a priori*, así. A y B quedan sujetas al llamado «*dilema del intercambio internacional*». Para ambas partes el intercambio puede ser eficiente: incrementa su nivel de bienestar. Ambas partes, además, pueden realizar ese intercambio: no hay barreras-jurídico públicas (cuotas o restricciones al

¹⁸ Un desarrollo de esta idea puede verse en Brand, «Recognition of foreign judgments as a trade law issue: The economics of private international law», en Bhandari/Sykes, *Economic Dimension in International Law*, 1997, pp. 592 y ss.

¹⁹ *Vid.*, con más referencias, Basedow, «Europäische Wirtschaftsverfassung und europäisches Privatrecht», en *Liber Amicorum Buxbaum*, 2000, pp. 13 y ss., pp. 24-26.

pago) que lo impidan. Sin embargo, en la medida en que cada parte no tiene garantías del cumplimiento de la otra, no van a realizarlo (esta es la conclusión que obtuvimos al plantear el dilema del intercambio). Por eso se ha dicho que los intercambios internacionales se realizan en una especie de «estado de naturaleza de segundo orden», o que la «incertidumbre constitucional» es la peculiaridad de ese mercado²⁰.

En definitiva: el rasgo que caracteriza las transacciones internacionales es que se realizan en *un mundo jurídicamente fraccionado*. Lo que conlleva un debilitamiento notable de los derechos subjetivos (*a priori*, no hay seguridad en la posesión, ni seguridad en el intercambio): los derechos subjetivos valen menos²¹. Y por lo tanto, los intercambios en ese mercado se hacen más costosos²².

El significado económico de este debilitamiento de los derechos subjetivos, como sabemos, es la pérdida de beneficios del intercambio y lo que es más grave, la pérdida de beneficios de la especialización. En su conjunto, *las sociedades de ambos Estados están perdiendo bienestar*²³.

El ejemplo utilizado nos sirve para apreciar que mientras A no tenga garantías efectivas de que va a poder imponer a B el cumplimiento, y viceversa, ambos están en una situación peor de la que podían estar; o dicho de otro modo, en nuestro ejemplo numérico, el coste de oportunidad de ese fraccionamiento jurídico es 20.

Pues bien, en este contexto, el Ditr puede verse como el mecanismo diseñado por los Estados para corregir esta situación. Precisamente, la *función del Ditr sería minimizar los costes asociados a esa incertidumbre (a ese fraccionamiento jurídico) y maximizar sus beneficios*. En este sentido, la función del Ditr no es sino reflejo de la función general de todo el Derecho privado. En una economía de mercado, que es de la que parte nuestro ordenamiento (Art. 38 CE), las decisiones sobre asignación de recursos las adoptan, fundamentalmente, los individuos a partir de la información que les comunica el sistema de precios (*infra*). En este contexto, la *función del Derecho privado* sería ofrecer un marco institucional que permita a los individuos maximizar sus beneficios (o su nivel de satisfacción si se

²⁰ Schmidt-Trenz, *Außenhandel...*, cit., pp. 232-234; desde una perspectiva jurídica puede verse Jackson/Davis/Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*, 1995, pp. 44-45. En relación al Ditr se han formulado metáforas parecidas, *vid.*, Dinstein, «International Law As a Primitive Legal System», *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.*, 1986, pp. 1 y ss. Entre los autores españoles, destacando este problema, Avila/Díaz-Mier, «La diferencia de sistemas jurídicos como una barrera no arancelaria», *Boletín Económico del ICE*, 18-24 mayo, 1998, pp. 51 y ss.

²¹ Buena prueba de ello es que, en el mercado, el precio de un crédito contra una empresa nacional suele ser mayor que el del mismo crédito contra una empresa extranjera de similares características.

²² Brand, «Recognition...», cit., *passim*.

²³ Este argumento asume que para ambos Estados es mejor el libre comercio internacional, lo asumo a partir del hecho de que han eliminado las barreras jurídico-públicas (esto es, de que no hay obstáculos jurídico-públicos a ese intercambio. A puede enviar el libro a F2 y B puede enviar el dinero a F1). Como he adelantado y luego desarrollaré, la idea de favorecer el librecambio puede discutirse, pero para protegerse frente a él no deben utilizarse los mecanismos del Derecho privado, sino del Derecho público, *infra*. De todos modos, la idea de que si no hay intercambios internacionales, en términos generales, se pierde bienestar en ambos Estados está muy extendida; por lo asequible de su explicación puede verse en Krugman/Obstfeld, *Economía Internacional. Teoría y Política*, 3.ª ed., 1995 (traducción española), pp. 11-228.

prefiere una expresión más neutral) *facilitando* la circulación de los recursos hacia quienes más los valoran. Garantizar la «seguridad en la posesión» y la «seguridad en el intercambio» son los dos mecanismos esenciales con los que opera el Derecho privado para satisfacer esa función. Correlativamente, la *función del Dipr* sería ofrecer esta misma posibilidad en el ámbito internacional²⁴.

Esta es la idea central del modelo de aproximación al Dipr que aquí voy a desarrollar.

EXCURSO: Los mecanismos «informales» y la revalorización del Derecho «espontáneo»

Aunque no es algo que vaya a analizar con detalle en este trabajo, sí que es preciso tener en cuenta que el Dipr no es la única solución a los problemas de cooperación: que no haya Estado ni Derecho no implica que no haya intercambio ni cooperación entre los individuos²⁵. Al margen del sistema estatal, se pueden desarrollar otros sistemas institucionales para asignar y proteger derechos subjetivos. La familia, las asociaciones de comerciantes, las ferias, la reputación comercial o incluso la religión son distintos elementos de ese sistema paraestatal. Son «mecanismos informales» o «no-legales» (*private ordering*) que también aseguran la posesión y el intercambio. Frente a la producción normativa estatal, centralizada, «de arriba abajo», se trata de una producción normativa social, descentralizada, «de abajo a arriba». Uno se «hace», el otro «surge».

La teoría de juegos ha demostrado de manera bastante convincente por qué pueden surgir estrategias cooperativas al margen de un aparato de coacción exógeno a las partes. La razón fundamental es que el problema de la cooperación puede resolverse en juegos de repetidas jugadas si las partes se comprometen de modo convincente a mantener una relación duradera, siempre que cada uno pueda observar los movimientos del otro y que la tasa de descuento no sea muy elevada²⁶. Precisamente, instituciones como la familia, las asociaciones de comerciantes, los grupos de interés, etc. contribuyen a que se den esas condiciones. En el ámbito de otras ciencias sociales se ha estudiado con profundidad la llamada «teoría de la

²⁴ O dicho de otra forma, la lógica económica del Dipr sería ofrecer un marco jurídico que facilite los intercambios internacionales; en la medida en que estos incrementan el bienestar general, un Dipr eficaz contribuye a ese incremento, *vid.*, Brand, «Recognition...», *cit.*, pp. 613-614.

²⁵ Una demostración reciente y muy completa de esta afirmación puede encontrarse en Ellickson, *Order without Law*, 1991; muy clarificadora es la exposición de Kronman, «Contract...», *loc.cit.*; y de Klein/Leffler, «The Role of the Market Forces in Assuring Contractual Performance», *J.Pol.Econ.*, 1981, pp. 615 y ss.; o Cooter, «Normative Failure Theory of Law», *Cornell L. Rev.*, 1997, pp. 947 y ss., pp. 949-953; para una aproximación empírica, *vid.*, Kali, «Endogenous Business Networks», *J.Law, Econ. & Org.*, vol. 15, pp. 615 y ss.

²⁶ Originariamente, Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, 1984; *vid.* también, McAdams, «The Origin, Developments and Regulation of Norms», *Mich.L.Rev.*, 1997, pp. 338 y ss. (analizando, fundamentalmente, el nacimiento de los mecanismos reputacionales) y Cooter/Landa, «Personal versus Im-

autoorganización»: los sistemas complejos tienen a menudo propiedades de autoorganización de tal modo que de la interacción entre individuos emerge, de manera no intencionada, una cierta estructura agregada.

En estos contextos, las funciones principales de este «*private ordering*» serían dos²⁷: (a) diseminar la información sobre los incumplimientos o falta de comportamientos cooperativos de determinados sujetos (*i.e.* asegurarse de que el grupo observa los comportamientos); y (b) organizar las respuestas colectivas a esos comportamientos (p.ej., boycotts)

En relación a estos mecanismos hay tres ideas que merecen ser consideradas: (a) que el ámbito de las transacciones internacionales es especialmente propicio para su surgimiento; (b) que no deben considerarse necesariamente como algo negativo, sino como un sistema más, junto al jurídico, el mercado o las barreras físicas, que predetermina el comportamiento de los operadores; y (c) que no conllevan necesariamente una marginación del papel del jurista, sino una revisión de sus funciones; aquí el jurista interviene como un «ingeniero transaccional» por utilizar una feliz expresión de la doctrina norteamericana. A continuación voy a desarrollar brevemente estas tres ideas.

(a) El entorno más apropiado para el desarrollo de estos mecanismos informales es allí donde los mecanismos estatales son menos eficaces. Si el sistema estatal es «torpe» en cuanto a la asignación de derechos subjetivos o «débil» en cuanto a su protección, los propios operadores tendrán incentivos para generar instituciones sustitutivas. El comercio internacional ha sido uno de esos sectores²⁸. La *lex mercatoria* o el arbitraje son ejemplos paradigmáticos de los elementos de ese marco institucional «informal» y su importancia práctica se debe precisamente a la «incertidumbre constitucional» que caracteriza el mercado internacional.

«Lex mercatoria, the transnational law of economic transactions, is the most successful example of global law without state». Y continúa el mismo autor, «The internal legal regimes of multinational enterprises are a primary, strong candidate for global law without a state. A similar combination of

personal Trade: The Size of Trading Groups and Contract Law», *Int'l Rev. L. & Econ.*, 1984, pp. 15 y ss. (desarrollando una teoría sobre el tamaño del grupo y la eficacia de los mecanismos informales).

²⁷ Mamillan/Woodruff, «Private Order under Disfunctional Public Order», *Mich.L.Rev.*, 2000, pp. 2421 y ss., p. 2423; muy elocuente y con bastantes ejemplos, McAdams, «An Attitudinal Theory of Expressive Law», *Or.L.rev.*, 2000, pp. 339 y ss. (destacando la importancia de mecanismos sociales como la buena reputación, la estima o el estatus en la ordenación de las conductas humanas).

²⁸ Mas detenidamente, Garcimartín, «El régimen...», *cit.*, pp. 32-37; un estudio empírico muy elocuente es Bernstein, «Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry», *J.Legal Stud.*, 1992, pp. 115 y ss.; *vid.*, también, MERTENS, «Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationale Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff», *RabelsZ*, 1992, pp. 219 y ss., en especial, pp. 224-240; Teubner, «Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems», *A.J.C.L.*, 1997, pp. 149 y ss., pp. 156-159 generalizando y justificando la idea de que los intercambios internacionales son muy propicios para el desarrollo de mecanismos institucionales paraestatales.

globalization and informality can be found in labour law; here, enterprises and labour unions as private actors are predominant law makers....»²⁹

La figura del *crédito documentario*, por ejemplo, se ha contemplado habitualmente desde esta perspectiva: como un mecanismo para que sujetos desconocidos (comprador-vendedor) puedan trasladar los riesgos propios del comercio internacional a sujetos donde los mecanismos reputacionales son muy poderosos (bancos)³⁰.

Es más, se ha insistido en que el desarrollo de estos sistemas «para-legales» es una de las principales consecuencias del proceso de globalización³¹.

En el ámbito internacional, el proceso contemporáneo de globalización ha supuesto una crisis de las relaciones verticales (Estado-individuo) y un resurgir de las relaciones horizontales (individuo-individuo). Los Estados, cuya estructura de poder básica se construye a partir de la idea de territorio, funcionan bien si la circulación de información, de bienes o de sujetos es relativamente costosa. El territorio entonces es el elemento fundamental de la transacción. Las comunidades son «comunidades territoriales». Pero una de las características fundamentales del proceso de globalización es que ha reducido cuantiosamente esos costes de circulación, con lo cual la localización territorial deja de ser importante. Las comunidades se constituyen a partir de intereses comunes: se pasa de «comunidades territoriales» a «comunidades funcionales». A partir de aquí es fácil entender que las relaciones horizontales se intensifican y ello conlleva, para el mundo normativo, el desarrollo de los «sistemas normativos para-estatales».

«Since it is not politics but civil society itself that drives us toward a globalization of its varios fragmented discourses, the globalization of law is bound to follow as a spill-over effect of those developments. From this, the main thesis follows: *global law will grow mainly from the social peripheries, not from the political centres of nation-states and international institutions*»³².

(b) Una segunda idea interesante que se debe traer aquí es que el habitual descrédito con el que se contemplaban estos mecanismos esta siendo revisado. Tradicionalmente, el Derecho consuetudinario (el «orden espontáneo») se ha considerado como producto imperfecto frente al De-

²⁹ Teubner, en Teubner (ed.), *Global Law Without State*, 1997, p. 3; con planteamientos parecidos, Stein, *Lex mercatoria. Realität und Theorie*, 1995, en especial, pp. 164 y ss.; o De Ly, «Lex Mercatoria (New Law Merchant): Globalization and International Self-regulation», *Dir.Comm.Int.*, 2000, pp. 555 y ss.

³⁰ Mann, «The Role of Letters of Credit in Payment Transactions», *Mich.L.Rev.*, 2000, pp. 2494 y ss.; Katz, «Informality as a Bilateral Assurance Mechanism», *Mich.L.Rev.*, 2000, pp. 2554 y ss. (destacando la función «señalizadora» del crédito documentario en entornos, como el comercio internacional, donde los sujetos son muy heterogéneos y se hallan socialmente muy distanciados).

³¹ Teubner, en *Global...*, cit., p. 7 con más referencias.

³² *Ibid.*, p. 7.

recho legislado que se percibía como fruto perfecto de la racionalidad del legislador³³. Sin embargo, actualmente se tiende a ver las cosas de otra forma. Estos mecanismos «informales» se perciben como una respuesta del mercado a los «fallos del Estado» o incluso como resultado de la incapacidad técnica del legislador estatal para encontrar la regulación más adecuada a las necesidades del tráfico³⁴. En general, la tesis de que el Derecho estatal «copia» el orden espontáneo generado en el mercado es bastante plausible en muchos ámbitos del comercio internacional³⁵. Y en este sentido el Estado debe reconocer su legitimidad. Se revaloriza el rol de estos mecanismos de producción normativa.

En muchos sectores comerciales, el Estado no ha hecho más que «copiar» las reglas generadas por el mercado y añadirles su «aparato de coacción»³⁶. La historia del Derecho privado responde, en gran medida, a esta dinámica.

Esta «revalorización» de los mecanismos paraestatales implica, a nuestros efectos, que el sistema estatal (el Dipr) debe formularse atendiendo a la existencia de esos mecanismos normativos y cuidando de que la concurrencia entre ambos sistemas sea armónica. Desde la perspectiva de los operadores, las relaciones de intercambio internacional se realizan a la sombra de ambos mecanismos institucionales: los formales y los informales. Esto es, los creados por el Estado y los creados por los propios operadores. Este trabajo se dedica al análisis de los primeros, pero en la vida real no debe olvidarse que su papel no es «monopolístico».

(c) Por último, es importante señalar que en estos sistemas cambia el rol del jurista. Las normas no se contemplan ya desde la posición de los jueces (que suele ser la perspectiva docente que se asume en las facultades de Derecho), sino que se contemplan como un producto, y el jurista

³³ Al menos esto era así en el racionalismo ilustrado (no en la escuela histórica); ésta además es la clásica crítica de Hart al Derecho consuetudinario: un orden espontáneo que carece de normas secundarias y, por consiguiente, descontrolado e irracional, *The Concept of Law*, 1961, pp. 89-91.

³⁴ McMillan/Woodruff, «Private...», *cit.*, pp. 2430 y ss.. Y *viceversa*, Cooter, «Normative...», *cit.*, *passim*, considerando la intervención del Estado como una respuesta a los fallos del mercado normativo (esto es, a la imposibilidad de desarrollar normas eficaces por la propia sociedad al margen del Estado).

³⁵ Cooter, «Descentralized...», *cit.*, pp. 1648-1649, con mas rereferencias (recogiendo la idea de la hermenéutica clásica según la cual el juez debe «encontrar» el Derecho, pero corrigiéndola: donde debe encontrarlo no es sólo en la producción legislativa, sino en la práctica comercial). Esto abre un productivo campo de investigación para el jurista. Un campo cuyo objeto primordial sean las pautas de conducta surgidas en las comunidades especializadas de comerciantes. A partir de ahí, de lo que se trata es de verificar si esas normas responden a una estructura de incentivos eficientes (es una comunidad con un número suficiente de participantes y de relaciones, no hay externalidades negativas, funcionan los mecanismos reputacionales, etc.) y, si esto es así, reconocerlas y legitimarlas. Un ejemplo cercano de este proceder puede verse en Paz-Ares/Garcimartín, «Conflictos de leyes y garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros», *R.D.M.*, n.º 238, 2000, pp. 1479 y ss.

³⁶ Cooter, «Normative...», *cit.*, pp. 949-951; Cooter, «Market modernization of law: Economic development through descentralizad law», en Bhandari/Sykes, *Economic Dimension in International Law*, 1997, pp. 275 y ss. con más referencias.

forma parte activa en el diseño de las normas y en el diseño de los marcos relacionales. Si son apropiadas, las figuras diseñadas por el jurista acaban generalizándose, devienen uso e incluso pueden llegar a ser recogidas por el legislador (hay una especie de «selección natural» de las instituciones). El jurista se convierte, así, en un «ingeniero transaccional»³⁷.

III. LOS BENEFICIOS DERIVADOS DEL FRACCIONAMIENTO JURÍDICO

1. Introducción

Dejando al margen el excurso, el apartado anterior concluía con la tesis fundamental de este modelo: *El Dipr debe verse como un sector del ordenamiento cuya función es maximizar los beneficios asociados al fraccionamiento jurídico y minimizar sus costes*. En este trabajo me voy a centrar en el segundo aspecto: en los *costes* asociados al fraccionamiento jurídico y en la función del Dipr como mecanismo de superación de esos costes. Esta opción obedece a dos razones: (a) Por un lado, los beneficios asociados al fraccionamiento jurídico son difíciles de identificar: la idea más extendida es que la uniformidad produce certeza y previsibilidad, dos componentes fundamentales del Derecho. Del fraccionamiento jurídico aparentemente se derivan más costes para los operadores internacionales (otra cosa es que la existencia de una pluralidad de Estados sea beneficiosa por otros motivos o inevitable; en cualquier caso, esta pluralidad de Estados es un elemento exógeno al Dipr); (b) por otro lado, aunque como consecuencia de lo anterior, el análisis científico de los posibles beneficios está mucho menos desarrollado. Hay pocos trabajos doctrinales que partan de la idea de que la diversidad de Estados es muy positiva para los intercambios internacionales y que lo demuestren con aplicaciones reales.

Sin embargo, pese a la admisión de esta tesis como punto de partida, sí que se han identificado algunos *beneficios* asociados a ese fraccionamiento jurídico. El objeto de este epígrafe es introducir este aspecto del modelo de aproximación al Dipr que aquí se propone; esto es, apuntar los posibles beneficios asociados al fraccionamiento normativo y analizar cuál es la forma en que el Dipr puede maximizar estos beneficios.

2. Tesis general

En términos generales, la idea puede formularse así: La diversidad normativa es beneficiosa en la medida en que permite una diversidad de opciones para los operadores e incentiva la competencia entre sistemas jurídicos. La diversi-

³⁷ Sobre este nuevo papel de los juristas, Dezalay/Sugarman (ed.) *Profesional Competition and Professional Power*, 1995; Teubner, en *Global...*, cit., pp. 6-7, con más referencias. Originariamente, Gilson, «Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Assets Pricing», *Yale L.J.*, 1984, pp. 239 y ss.

dad genera un «mercado de productos normativos». A partir de este presupuesto, la función del Dipr sería maximizar esos beneficios. Más específicamente, *la función del Dipr sería asegurar la libre competencia entre sistemas jurídicos y corregir los fallos del mercado de productos normativos*. El Dipr puede verse así como una especie de Derecho de la competencia entre ordenamientos jurídicos.

Esta idea general tiene dos aspectos: por un lado, el «mercado de productos normativos» y, por otro lado, la función del Dipr dentro de ese mercado. A continuación voy a desarrollar cada uno de ello.

3. El mercado de productos normativos

3.1. BENEFICIOS ASOCIADOS A LA DIVERSIDAD NORMATIVA

Durante mucho tiempo ha dominado el llamado «mito de la unificación», *i.e.*, la idea de que la unificación material es un objetivo deseable. La existencia de un Derecho uniforme reduce notablemente los costes de transacción asociados a las operaciones transfronterizas y en esta medida es algo que los Estados se deben esforzar por conseguir³⁸. Sin embargo, esta tesis esta siendo fuertemente cuestionada. Cada vez se va extendiendo más el escepticismo ante la creencia ciega en ese mito de la unificación y cada vez van siendo más los sectores del ordenamiento para los que se defiende la idea de que la diversidad normativa es beneficiosa. Esta diversidad normativa tendría sus bondades en la medida en que permite la existencia de un «*mercado de productos normativos*»; el cual, a su vez, ofrece una diversidad de opciones para los operadores e incentiva la competencia entre sistemas jurídicos³⁹.

³⁸ Recientemente, defendiendo las bondades de la unificación entre la doctrina española, Fernández Rozas, «Los procesos de unificación internacional del Derecho privado. Técnicas jurídicas y valoración de resultados», en AA.VV, *La unificación jurídica europea*, 1999, pp. 17 y ss., p. 36; Illescas Ortiz, «El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática», *R.D.M.*, 1993, pp. 37 y ss.

³⁹ En Europa, la literatura en esta dirección va siendo cuantiosa, a título introductorio pueden señalarse Kötz, «Europäische Juristenausbildung», *ZeUP*, 1993, pp. 268 y ss., p. 269; *Id.*, «Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung. Einführende Bemerkungen zum gleichnamigen Symposium. Hamburg 1991», *RabelsZ*, 1992, pp. 215 y ss.; *vid.* también Rittner, «Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration», *JZ*, 1995, pp. 849 y ss., p. 853; o Mestmäcker, «On the Legitimacy of European Law», *RabelsZ*, 1994, pp. 615 y ss., p. 616 («European harmonization as well as international unification of laws contrary to their very purpose are frequently the cause of legal uncertainties and conflicting rules»); entre nosotros, Ballbé/Prados, *Estado competitivo y armonización europea*, 1997.

La idea está muy desarrollada en la doctrina norteamericana, en particular en el ámbito del Derecho de sociedades, a título introductorio puede verse R. Romano, «Law as a product: Some Pieces of the Incorporated Puzzle», *J.Law Econ. & Org.*, 1985, pp. 225 y ss.; recientemente y con más referencias, O'Hara, «Opting Out of Regulation: A Public Choice Analysis of Contractual Choice of Law», *Va.L.Rev.*, 2000, pp. 1551 y ss.; la idea está también apuntada en Siehr, «Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts», *FS Firsching*, 1985, pp. 269 y ss., pp. 272-274; más detenidamente, Ribstein, «Choosing Law by Contract», *J.Corp.L.*, 1993, pp. 247 y ss., pp. 249-251; Bratton/McCahey, «The New Economics of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World», *Geo.L.J.*, 1997, pp. 201 y ss.; Scott, «The Uniformity Norm in Commercial Law», en Kraus/Walt, *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*, 2000, pp. 149 y ss.

Esto, como punto de partida científico, es perfectamente admisible. El Derecho de cada Estado se puede considerar como un «producto» que los Estados ponen en el mercado normativo y esta *diversidad* de opciones permite que los operadores escojan aquél que mejor se adecua a la idiosincrasia de su transacción⁴⁰. Pero además, si los operadores escogen sistemáticamente un determinado ordenamiento, están señalando cuál es el mejor técnicamente, lo que implica un incentivo para que los demás Estados «copien» o incluso intenten mejorar esa regulación (por eso, «competition between legal orders and uniformity are not mutually excluded»⁴¹). La libre *competencia* entre ordenamientos contribuye a incrementar la calidad del Derecho y a asegurar la diversidad de opciones que exige el mercado; a la larga, se tiende hacia el nivel óptimo de uniformidad y diversidad (*i.e.*, un equilibrio diferenciado, por utilizar la expresión correcta)⁴². Esta tesis resulta especialmente significativa en el mundo actual: «*The globalization of commerce provides ever-growing opportunities for producers, employers, and service providers to shop the globe for more amenable jurisdiction*»⁴³.

El fundamento económico de esta idea reside en los «costes de información» que para un Estado conlleva determinar *ex ante* cuál es la regulación más adecuada a las necesidades del mercado. El Estado no es omnisciente. Para el Estado es muy costoso saber, en el ámbito jurídico-privado, cuál es la regla técnicamente mejor. Si se permite que los operadores elijan, el Estado puede comprobar el «éxito» de su producto normativo y, por consiguiente, corregir las imperfecciones.

Ejemplo. Para un Estado es muy difícil *ex ante* identificar cuál es la regulación más adecuada en materia de leasing, por ejemplo. Si hay diversos Estados con regulaciones distintas sobre el contrato de leasing, los operadores pueden es-

Originariamente, la idea fue formulada por Tiebout, «A Pure Theory of Local Expenditure», *J.Pol. Econ.*, 1956, pp. 416 y ss., para resolver el problema asociado a la determinación del nivel de eficiencia en la producción de bienes públicos por el Estado: La libre competencia entre Estados asegura que el coste marginal en la producción de bienes públicos por cada Estado coincida con el beneficio marginal (ya que, en el margen, si el primero fuese superior al segundo se corregiría a través de la emigración, y si el segundo fuese superior al primero, a través de la inmigración).

⁴⁰ La idea del «Derecho» como un producto de consumo puede verse en Romano, «Law as a Product...», *cit.*; anteriormente, First, «Law for Sale: A Study of the Delaware Corporation Law of 1967», *U.Pa.L.Rev.*, 1969, pp. 861 y ss.; en la doctrina europea, puede verse recientemente, Schön, «Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht», *ZHR*, 1996, pp. 221 y ss., p. 233. En este modelo, los operadores internacionales actuarían como consumidores marginales: cambian de producto normativo en función de su relación calidad-precio. Para una visión más escéptica *vid.* Kitwit/Voigt, «Grenzen des institutionellen Wettbewerbs», en *J.N.P.Ök.*, n.º 17, 1998, pp. 313 y ss.

⁴¹ Van der Berg, «The Subsidiary Principle and the EC Competition Rules: The Cost and Benefits of Decentralization», en Schmidten/Cooter, (ed.), *Constitutional Law and Economics of the European Union*, 1997, pp. 142 y ss.

⁴² *Vid.*, Charney, «Competition among Jurisdiction in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the «race to the bottom» in the European Communities», *Harv. Int'l L.J.*, 1991, pp. 423 y ss., criticando la política europea de que para alcanzar una regulación o estándar uniforme es necesario la intervención del legislador comunitario; esa uniformidad se puede alcanzar a través del mercado; *vid.* también, Siebert/Koop, «Institutional Competition. A concept for Europe?», *Außenwirtschaft*, 1990, pp. 439 y ss., configurando el Derecho estatal como un factor de producción inmovil, pero adaptable a las necesidades de los operadores.

⁴³ Benvenisti, «Exit and voice in the age of globalization», *Mich.L.Rev.*, 1999, pp. 167 y ss., p. 168.

coger aquella regulación técnicamente más adecuada. La diversidad es buena en cuanto que permite la pluralidad de opciones y permite ajustar la regulación a las peculiaridades de cada contrato de leasing (=«equilibrio diferenciado»). Y si resulta que todos los operadores, o una gran mayoría, escogen la regulación de F1, puede ser un índice de su «perfección técnica» y, por consiguiente, un incentivo para que los demás «copien» esa regulación o intente mejorarla (se alcanzaría una uniformidad material a través del mercado). En este sentido, lo que sucede en el mercado de productos normativos no es muy distinto de lo que sucede en el mercado de vehículos o de televisores; permitir la pluralidad de opciones a los consumidores es mejor que ofrecerles sólo un modelo de vehículo o un modelo de televisor (al menos, ese el presupuesto de nuestra Constitución, Art. 38).

También se han utilizado otros argumentos a favor de esta «libre competencia de sistemas jurídicos»⁴⁴: (a) Permite ajustar la regulación a la idiosincrasia socio-económica o cultural de cada comunidad⁴⁵. Por eso, cuanto más heterogéneo es un Estado, mayores son los costes asociados a la uniformidad⁴⁶. (b) Corrige los defectos del sistema legislativo asociados a los grupos de presión: si los operadores pueden escoger otra regla, los intentos de un grupo de presión para establecer reglas a su favor y en perjuicio de la mayoría serán menos eficaces⁴⁷. (c) Incentiva la innovación normativa: los distintos Estados pueden verse como «laboratorios jurídicos» especializados y el «éxito» en el mercado como una prueba de su eficacia. (d) Permite una adaptación más rápida a las necesidades sociales, el Derecho uniforme, en cambio, es más difícil de modificar, se «petrifica» por decirlo de algún modo⁴⁸. (e) Permite concentrar los operadores en pequeños grupos donde los mecanismos reputacionales funcionan mejor⁴⁹. (f) Y por último, también se ha alega-

⁴⁴ A título de introducción, sobre estos beneficios, puede verse, Ribstein/Kobayashi, «An Economic Analysis of Uniform State Laws», *J.Leg.Stud.*, 1996, pp. 131 y ss., pp. 140-141; Mertens, «Nich-regulatorische...», *cit.*, pp. 220-223; Baum, «Globalizing Capital Markets and Possible Regulatory Responses», en Kono/Basedow, *Legal Aspect of Globalization*, 1999, pp. 77 y ss., en especial, pp. 85-89; O'Hara/Ribstein, «From Politics...», *cit.*, pp. 1151-1165; recientemente, incluso, Kreuzer, «Vom Internationalen...», *cit.*, pp. 303-305 afirmando que el principio de proporcionalidad limita el ámbito de la uniformidad material a las situaciones estrictamente necesarias (allí donde sea imprescindible para asegurar una regulación adecuada de las transacciones internacionales). Entre nosotros *vid.* también Fernández Rozas, «Los procesos...», *cit.*

⁴⁵ Trachtman, «International...», *cit.*, p. 66; *vid.* también, Fikentscher, «Market Anthropology and International Legal Order», *Liber Amicorum Buxbaum*, 2000, pp. 157 y ss.

⁴⁶ Scott, «The Uniformity...», *cit.*, p. 160.

⁴⁷ La competencia *disciplina* a los Estados ya que el riesgo de perder en el mercado desincentiva las actividades de los grupos de presión (lo que técnicamente se conoce como «busqueda de rentas»), Bratton/McCahery, «An Inquiry...», *cit.*, p. 658; Easterbrook, «Federalism...», *cit.*, pp. 126-129; O'Hara/Ribstein, «From Politics...», *cit.*, 1160-1162; más detenidamente, Benvenisti, «Exit...», *cit.*, *passim*, y Carney, «The Political Economy of Competition for Corporate Charters», *J.L.Stud.*, 1997, pp. 303 y ss., argumentando que el Derecho de Sociedades uniforme en el ámbito comunitario es el resultado de la «busqueda de rentas» por determinados grupos de intereses a costa de soluciones más eficientes que se alcanzarán permitiendo la libre competencia entre sistemas jurídicos. Un ejemplo histórico en Mertens, «Nichlegislatorische...», *cit.*, p. 223.

⁴⁸ *I.a.*, Benvenisti, «Exit...», *cit.*, p. 190; Kötz, «Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Zielen», *RabelsZ*, 1986, pp. 1 y ss., p. 10.

⁴⁹ Rock, «Saints and Sinners: How Does Delaware Corporate Law Work?», *UCLA L.Rev.*, 1997, 1009 y ss., argumentando que la concentración de empresas en un Estado pequeño permite el conocimiento mutuo de los operadores en ese mercado y por lo tanto facilita el funcionamiento de los mecanismos reputacionales; esto explicaría el contenido narrativo de las decisiones judiciales en esos Estados.

do que la legitimidad democrática del Derecho uniforme es bastante menor⁵⁰. Aunque no todos estos argumentos sean de igual peso, sí que son suficientes para admitir, al menos, el cuestionamiento del «mito de la unificación».

Junto a estos argumentos, tampoco es desdeñable el coste directo asociado a un proceso de unificación: los costes de elaboración de una regla material uniforme son mucho más elevados que los de elaboración de una regla nacional y los «costes de error» también; corregir una regla nacional «equivocada» es más fácil y barato, que corregir una regla uniforme equivocada⁵¹.

Y ya para terminar, el argumento a favor del Derecho uniforme según el cual ofrece a las partes seguridad sobre el Derecho que rige sus operaciones y les permite que todas ellas se realicen bajo un mismo Derecho (lo cual reduce los costes de información) también es relativo. El principio de reconocimiento mutuo o de aplicación de la ley del país de origen permite alcanzar (al menos para una de las partes) el mismo resultado, sin sacrificar la diversidad normativa⁵².

3.2. APLICACIONES

En la doctrina se pueden encontrar muchas *aplicaciones* de esta idea. Esto es, sectores del ordenamiento para los que se ha defendido el juego del «mercado de productos normativos»: la diversidad de sistemas jurídicos y la libre elección de los operadores⁵³.

(a) En materia de *quiebra internacional* se ha sostenido que el régimen más eficiente es aquel que permite la libre elección conflictual del deudor, en el momento de constitución de la sociedad. O dicho de otra forma: los beneficios asociados a ese «mercado de productos normativos» se maximizan si los operadores en el mercado internacional puede fijar *ex ante* qué sistema jurídico (procesal y sustantivamente) va a regir en caso de quiebra⁵⁴.

(b) En el mercado de valores (*securities*) también se ha defendido que el régimen internacional más eficiente es aquel que permite al emisor de esos títulos escoger el ordenamiento (ley aplicable y foro) que va a regir el título⁵⁵.

⁵⁰ Benvenisti, «Exit...», *cit.*, p. 195.

⁵¹ Blaurock, «Europäisches Privatrechts», *JZ*, 1994, pp. 270 y ss., p. 276; Taupiz, «Privatrechtsvereinheitlichung...», *cit.*, p. 534.

⁵² Baum, «Globalizing...», *cit.*, p. 102.

⁵³ Más ejemplos de los que a continuación se exponen pueden encontrarse en Bratton/McCahery, «The New Economics...», *cit.*, pp. 209-211, notas 22-31.

⁵⁴ Rasmussen, «A New Approach to Transnational Insolvencies», *Mich.J.Int'l L.*, 1997, pp. 1 y ss.; parecidas consideraciones en Skeel, «Rethinking the Line between Corporation Law and Corporate Bankruptcy», *Tex.L.Rev.*, 1994, pp. 471 y ss.

⁵⁵ Easterbrook, «Federalism...», *cit.*, p. 131; más detenidamente, Romano, «Empowering Investors: A Market Approach to Securities Regulation», *Yale.L.J.*, 1998, pp. y ss.; Klock, «The SEC's New Regulation ATS: Planing the Myth of Market Fragmentation Ahead of Economic Theory and Evidence», *Florida L. Rev.*, 1999, pp. 753 y ss.; trasladando este mismo planteamiento al ámbito internacional Choi/Guzman, «Portable Reciprocity: Rethinking the International Reach of Securities Regulation», *S.Cal.L.Rev.*, 1998, pp. y ss.; Baum, «Globalizing...», *cit.*, *passim*; Scott, «Internationalization of Primary Public Securities Markets», *L. & Contemp. Pr.*, 2000, pp. 71 y ss.

En este mismo sector, se ha desarrollado la idea de que la diversidad normativa es buena ya que permite encontrar el nivel eficiente de información. El problema fundamental del Derecho del mercado de valores es cuánta información exigir: por un lado, la información sobre la situación de la empresa es beneficiosa para los inversores ya que permite ajustar el precio a los riesgos de su inversión; pero por otro lado, una información excesiva puede perjudicar a la empresa (favorecer a sus competidores) y resultar muy costosa de transmitir y de procesar. Por eso es muy difícil ajustar el nivel de información. Pues bien, la competencia entre sistemas jurídicos, con distintos niveles de exigencia, podría indicar cuál es ese nivel de información eficiente, ya que los operadores (y el capital) se irán a aquel Estado que lo haya establecido.

(c) Pero donde más se ha desarrollado la idea ha sido en el *Derecho societario*. La posibilidad de elegir el Estado de incorporación permite la diversidad y, por lo tanto, una adecuación entre las necesidades idiosincráticas de cada relación y el sistema normativo que la rige; además incentiva la competencia y, en definitiva, la calidad normativa⁵⁶.

En el Derecho norteamericano, la mayoría de las grandes sociedades se incorporan en Delaware, ya que el sistema jurídico que ofrece ese Estado garantiza la seguridad jurídica, la experiencia judicial, un *case law* muy desarrollado y, en definitiva, unas soluciones de «calidad técnica»⁵⁷.

3.3. PROBLEMA: LOS FALLOS DEL MERCADO DE PRODUCTOS NORMATIVOS

Estos planteamientos presuponen habitualmente dos condiciones: (a) Que no hay «fallos en el mercado normativo»; eso es, que ni los Estados ni los operadores que escogen el producto se van a comportar de modo «oportunistas»; (b) Que los factores de producción (personas, capital y bienes) pueden circular libremente de un Estado a otro; esto es, que no hay barreras jurídico-públicas a los intercambios⁵⁸. Sólo así se garantiza que los Estados ofrecen el «producto» de forma leal, esto es, sin ánimo de perjudicar a los otros Estados, y que los factores de producción (*rectius* los operadores que son, a la postre, quienes deciden) pueden escoger el producto que mejor satisface sus necesidades.

El primer aspecto es el más discutido. Las críticas principales a este planteamiento se fundamentan en la existencia de fallos en el mercado de productos

⁵⁶ La tendencia hacia la calidad se ha denominado como el «paradigma de la *race to the top*», sus formulación originaria se debe a De Winter, «State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation», *J. Legal Stud.*, 1977, pp. 251 y ss.; en este mismo sentido, Dodd/Leftwich, «The Market for Corporate Charters: «Unhealthy Competition» Versus Federal Regulation», *J. Bus.*, 1980, pp. 259 y ss. Easterbrook/Fischel, «Voting in Corporate Law», *J.L. & Econ.*, 1983, pp. 395 y ss.

⁵⁷ Romano, *The Genius of American Corporate Law*, 1993, pp. 33-35, destacando sobre todo los aspectos de seguridad y previsibilidad que garantiza Delaware; y destacando el papel de Delaware como «comunidad cerrada» que asegura el funcionamiento de los mecanismos reputacionales, Rock, «Saints...», *cit.*, *passim*.

⁵⁸ Easterbrook, «Federalism and European Business Law», *Int'l. Rev. L. & Econ.*, 1994, pp. 125 y ss., pp. 125-128; *Id.*, «Antitrust and the Economics of Federalism», *J.L. & Econ.*, 1983, pp. 23 y ss., p. 34; Bratton/McCahery, «The New...», *cit.*, pp. 211-212; Skeel, «Rethinking...», *cit.*, p. 533.

normativos. Por un lado, hay riesgos de que las partes interesadas no sean capaces de elegir correctamente (bien porque no participan en la elección, bien porque hay una relación asimétrica entre ellas). Y por otro lado, aunque derivado de lo anterior, hay riesgos de que los Estados se comporten deslealmente en ese mercado: esto es, de que formulen su producto normativo de forma que los costes los vayan a sufrir otros Estados⁵⁹. A partir de esta idea se ha desarrollado toda una teoría sobre los *fallos del mercado de productos normativos*: la competencia entre sistemas jurídicos no conduce necesariamente a una oferta jurídica de mejor calidad, sino que puede llevar a una «oferta a la baja» (*race to the bottom*).

La consecuencia que se deriva estos análisis es que cuando estemos ante un fallo de ese tipo, la forma de corregirlo es estableciendo una regulación material uniforme. Lo que significaría, en el caso norteamericano, una regulación federal uniforme⁶⁰, o en el caso de la UE una regulación comunitaria uniforme⁶¹. A continuación voy a desarrollar más esta idea pues es importante para entender la función del Dipr conflictual que aquí me interesa destacar.

La tesis de la *race to the bottom* considera que un fallo en el mercado de productos normativos se produce cuando el Estado establece el contenido de una norma con el fin de que parte de sus costes los sufran otros Estados; esto es lo que se ha denominado «*externalidades transfronterizas*»⁶². Este fallo de

⁵⁹ También se han sugerido otras variantes del «fallos de mercado» asociadas a los llamados *network effects* (si todas las sociedades se incorporan en Delaware, los costes de incorporarse en otro Estado son mayores por el mero hecho de que el ordenamiento de Delaware es el más utilizado; es análogo a lo que sucede con los programas de ordenador: cuanto más gente utiliza el mismo programa, mayor es el coste de utilizar otro distinto, aunque éste sea mejor), la idea está desarrollada en Klausner, «Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts», *Va.L.Rev.*, 1995, pp. 757 y ss.; y Kamar, «A Regulatory Competition Theory of Indeterminacy in Corporate Law», *Colum.L.Rev.*, 1998, pp. y ss.; o a los problemas de *public choice* (los grupos de presión pueden constituir un obstáculo a que el Estado ofrezca la regulación más eficiente), Tractman, «International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction», *Harv.Int'l L.J.*, 1993, pp. 47 y ss.; o a los problemas de *path dependence* (la situación de la que parten los Estados es distinta y esto reduce mucho sus posibilidades de competir), en Bebchuk/Roe, «A Theory of Path Dependence in Corporate Governance and Ownership», *Stand.L.Rev.*, 1998, pp. y ss. Una aproximación general a estos «fallos del mercado normativo» puede verse en Charny, «Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the «Race to the Bottom» in the European Communities», *Harv.Int'l L.J.*, 1991, pp. 423 y ss., pp. 441-455.

⁶⁰ Por todos, Charny, «Competition...», *cit.*, p. 456; Bebchuk, «Federalism and The Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law», *Harv.L.Rev.*, 1992, pp. 1435 y ss.; Bratton/McCahery, «The New...», *cit.*, pp. 211-212; Easterbrook, «Federalism...», *cit.*, p. 129; Skeel, «Rethinking...», *cit.*, p. 534; Ribstein/Kobayashi, «An Economic Analysis of Uniform State Laws», *J.Leg.Stud.*, 1996, pp. 131 y ss., p. 139; en materia medioambiental está muy extendida la idea, STEWARD, «Environmental Regulation and International Competitiveness», *Yale L.J.*, 1993, pp. 2039 y ss.

⁶¹ Conard, «The European Alternative to Uniformity in Corporation Laws», *Mich.L.Rev.*, 1991, pp. 2149 y ss.

⁶² Tractman, «International...», *cit.*, p. 57; la misma idea puede verse en Bratton/McCahery, «The New...», *cit.*, pp. 211-212; Ribstein, «Choosing...», *cit.*, pp. 227-228 («*cost-exportation theory*»); Ribstein/Kobayashi, «An Economic Analysis of Uniform State Laws», *J.Leg.Stud.*, 1996, pp. 131 y ss., p. 139. El que un Estado tenga estándares de protección medioambiental muy bajos no es *per se* un comportamiento oportunista, ni por lo tanto un «fallo de mercado» que exige una intervención; si los

mercado surge fundamentalmente porque las partes implicadas en la elección de producto normativo o no se hallan en una condición paritaria (por ejemplo uno es un operador sofisticado y otro no; casos de contratos de consumo, laborales, etc.) o no han podido participar en esa decisión (son terceros afectados negativamente que no pueden autoprotegerse, casos típicos de relaciones extracontractuales).

En la literatura jurídica se pueden encontrar múltiples ejemplos de estas situaciones.

Ejemplo 1. Imaginemos un Estado pequeño, con pocos habitantes, situado junto a un Estado grande con muchos habitantes⁶³. El primero podría establecer un régimen de responsabilidad limitada de las sociedades muy favorable para éstas con el objetivo de que la mayoría de las sociedades que actúan en el segundo (donde está el mercado más numeroso) se constituyan en el primero. Así obtiene los beneficios asociados a la incorporación de sociedades en su territorio (por ejemplo, rentas fiscales derivadas de la incorporación, servicios jurídicos, etc.) y externaliza los costes asociados a la responsabilidad limitada sobre los acreedores, contractuales y extracontractuales, del otro Estado. En este caso, estos terceros quedan afectados por la decisión de incorporar la sociedad en aquel Estado pero no participan en ella.

En el ámbito del Derecho de sociedades, se ha utilizado a menudo el argumento de que ese Estado pequeño puede establecer una regla muy favorable a los directivos de las sociedades (y en perjuicio de los accionistas), ya que los directivos pueden controlar el lugar de incorporación de la sociedad. El Estado se beneficia de la incorporación en su territorio, mientras que los costes los sufren otros Estados (donde residan los accionistas)⁶⁴. En este caso, la partes que formalmente deciden no están en una posición simétrica (los accionistas no controlan).

Ejemplo 2. ¿Por qué un Estado no va a aprobar una regla que excepcione de la responsabilidad extracontractual determinados tipos de contaminaciones ya que sabe que éstas, por condiciones geográficas, van a ser soportadas por los ciudadanos de otros Estados?⁶⁵ Imaginemos que el Estado F1 decide explotar la energía nuclear y el Estado F2 no. El primero podría colocar sus centrales nuclea-

costes los sufre el propio Estado es una decisión legítima; *vid.* Summers, «The Freedom to be Dirtier than the Rest: Why Differing Environmental Priority Cause Problems for Trade», *The Economist*, 30.5.1992, pp. 7 y ss. El comportamiento oportunista se produce cuando esos costes (p.ej., la contaminación) los sufre otro Estado (esto son las llamadas «externalidades transfronterizas»): «When the regulation is of such character that the burden falls principally upon those without the state...» (Ribstein, *Ibid.*, p. 228, parafraseando al TS norteamericano). En general, se ha dicho que en el «mercado de productos normativos» hay un comportamiento desleal del Estado cuando el producto normativo que ofrece es distinto del que ofrecería si los costes recayesen sobre el propio Estado, Hay, «Conflict of Law and State Competition in the Product Liability System», *Geo.L.J.*, 1992, pp. 617 y ss., p. 622; Easterbrook, «Federalism...», *cit.*, pp. 127-128.

⁶³ Lo tomo de Bratton/McCahery, «An Inquiry into the Efficiency of the Limited Liability Company: Of Theory of the Firm and Regulatory Competition», *Wash. & Lee L.Rev.*, 1997, pp. 630 y ss., *passim*.

⁶⁴ Bebchuk, «Federalism...», *cit.*, pp. 1459-1467. El trabajo más clásico, y radical, en este sentido es Cary, «Federalism...», *cit.*, pp. 663 y ss.; en el mismo sentido puede verse Seligman, «The Case for a Federal Corporate Charter», *Md.L.Rev.*, 1990, pp. 947 y ss.

⁶⁵ Bratton/McCahery, «An Inquiry...», *cit.*, p. 668.

res cerca de la frontera del segundo (de tal modo que los daños por accidentes o por contaminación ordinaria los padeciesen mayoritariamente los ciudadanos de F2). En tales circunstancias, los beneficios asociados a la energía nuclear los disfruta F1, pero los riesgos los soporta F2, con lo cual F1 tendría un incentivo para bajar sus estándares de protección por debajo de los que establecería si los costes recayesen sobre sus ciudadanos⁶⁶.

En materia de responsabilidad por productos, por ejemplo, sería posible que un Estado poco poblado fijase unos estándares de protección muy bajos para atraerse a las empresas manufactureras y externalizar los costes sobre los Estados más poblados⁶⁷. La única forma que tendrían los demás Estados de evitar eso es bajando aún más los estándares de protección (*race to the bottom*).

Ejemplo 3. En materia antitrust, es habitual que los Estados sean mucho más permisivos con las prácticas colusorias cuando afectan a otros mercados (monopolios de exportación), que cuando afectan al propio. Así consiguen que los beneficios de esas prácticas monopolísticas los recojan sus empresas exportadoras, mientras que los costes los padecen los consumidores de otros Estados⁶⁸.

Ejemplo 4. En los dos ejemplos puestos en el epígrafe anterior (quiebra y valores), ¿no sería posible que los Estados formularan su Derecho de forma muy beneficiosa para quien elige, el potencial deudor o el emisor de los títulos, a costa de los acreedores o de otros inversores?⁶⁹.

La mayoría de los análisis coinciden en que si se da un fallo de ese tipo, la forma de corregirlo es establecer una *regulación material uniforme*. La única forma de evitar que las empresas se vayan al sistema más favorable cuando ello implica perjuicios para terceros (inversores, consumidores, acreedores, etc.), desencadenando la *race to the bottom*, es fijando un estándar mínimo uniforme⁷⁰.

A partir de aquí, el debate doctrinal se ha centrado en la auténtica existencia de esos fallos del mercado normativo. Una parte importante de la doctrina científica duda seriamente de que muchos de esos fallos se den en la realidad, ya que el mercado dispone de mecanismos para corregirlos; y, de que incluso dándose, la regulación uniforme lo vaya a hacer mejor.

Desarrollo. La réplica a esa teoría de los fallos del mercado responde a una idea común en el análisis económico: los comportamientos oportunistas o desleales se pueden corregir por el propio mercado. Si alguien escoge el Derecho de F1 para perjudicar a otros, éstos van a responder no relacionándose con ese sujeto o exigiendo un precio mayor⁷¹. El problema de este argumento se plantea con los terceros no voluntarios (acreedores extracontractuales) o con contratantes no so

⁶⁶ Hay que tener en cuenta que el hecho de que un Estado tenga estándares de protección medioambiental más bajo resulta económicamente legítimo, y por lo tanto no es un «fallo» del mercado, mientras no externalice sus consecuencias negativas sobre otros Estados, *supra*, nota 62.

⁶⁷ *Vid.*, McConell, «A Choice...», *cit.*, pp. 90 y ss.; Solimine, «An Economic...», *cit.*, pp. 49 y ss.

⁶⁸ Trachtman, «International...», *cit.*, pp. 54-55; Easterbrook, «Federalism...», *cit.*, p. 128.

⁶⁹ De hecho, se ha constatado que países como Bahamas o Cayman se están constituyendo en paraísos legales para la quiebra de empresas norteamericanas, *vid.* Lopucki, «Cooperative territoriality...», *cit.*, *passim*.

⁷⁰ *Supra*, notas 60-61.

⁷¹ Detenidamente, Ribstein, «Choosing...», *cit.*, pp. 255-261.

fisticados (consumidores o trabajadores), aunque en este caso se ha considerado que hay mecanismos suficientes para desincentivar también las conductas oportunistas frente a éstos.

Estos argumentos se puede apreciar mejor al hilo de los ejemplos utilizados en el número anterior.

Ejemplo 1. En el caso de las sociedades, se ha considerado que el mercado de productos, laboral (de directivos), de control de las compañías y de capitales ofrecen mecanismos suficientes para desincentivar cualquier comportamiento oportunista. Si un directivo decide incorporar a la sociedad en Delaware ya que este ordenamiento es muy favorable para sus intereses, a costa del interés de los accionistas o de terceros (y esto es ineficiente, pues si es eficiente está justificado); por ejemplo, porque los estándares de responsabilidad de los directivos son muy laxos, pasaría lo siguiente: (a) En el *mercado de productos*: la sociedad está operando bajo una estructura ineficiente con lo cual está incurriendo en mayores costes que aquellas compañías que han escogido un sistema más eficiente, por lo tanto, el precio de fabricación de su producto es mayor; esto perjudica a la sociedad y, en la medida en que para un directivo es mejor que la sociedad gane que que la sociedad pierda, a los mismos directivos⁷²; (b) En el *mercado laboral de directivos*: en la medida en que el salario del directivo se vincula al éxito de la sociedad, los directivos tendrán incentivos para maximizar ese éxito; o en la medida en que ese directivo puede perder su trabajo por esa decisión, va a encontrar dificultades en que otra compañía esté dispuesta a contratar sus servicios⁷³; (c) En el *mercado de control de las sociedades*: la sociedad esta operando bajo una estructura ineficiente, por lo tanto, cualquier otra compañía puede maximizar beneficios adquiriendo esa firma y reincorporándola bajo un sistema más eficiente (lo que además supondrá el despido del directivo oportunista); o dicho de otro forma, las compañías que se van a esos presuntos Estados oportunistas se convierten en posibilidades de negocio⁷⁴; (d) En el *mercado de capitales*: si un Derecho favorece a los directivos a costa de los accionistas, las sociedades sometidas a ese ordenamiento tendrán mayores dificultades en obtener financiación, ya que los inversores reflejarán en el precio su desventaja⁷⁵. Estos mecanismos serían suficientes para corregir el «oportunismo» de los directivos; por lo tanto, la conclusión es que se incorporan en Delaware porque objetivamente ofrece el Derecho más adecuado a todos los intereses.

Ejemplo 2. En el caso de la responsabilidad por productos, si las firmas se van a Estados con estándares de protección bajos, los consumidores pagarán un menor precio por esos productos: nadie paga los mismo por un televisor de una

⁷² Desarrollando este argumento, Karmel, «Tension Between Institutions Owners and Corporate Managers: An International Perspective», *Brook.L.Rev.*, 1991, pp. 55 y ss.; Goddard, «Convergence in Corporations Law - Towards a Facilitative Model», *Victoria U. Wellington L. Rev.*, 1996, pp. 191 y ss.

⁷³ Destacando la importancia de los mecanismos reputacionales en este sector, Rock, «Saints...», *cit.*, *passim*.

⁷⁴ Destacando la importancia de las adquisiciones de sociedades como mecanismos de disciplina de los directivos, Easterbrook/Fischel, *Economic...*, pp. 212-228.

⁷⁵ Este ha sido el principal argumento invocado contra la idea de que el Derecho de sociedades en los EE.UU. esta sometido a una *race to the bottom*: si un Estado perjudica a los accionistas, éstos invertirán su dinero en otros sectores, De Winter, «State Law...», *cit.*, *passim*.; no obstante, Bebchuk, «Federalism...», *cit.*, 1458-1484.

firma alemana hecho en Alemania, que por un televisor de una firma india, hecho en la India⁷⁶.

Ejemplo 3. En el caso de la quiebra internacional, si el deudor escoge un Derecho que le resulta muy favorable frente a los acreedores, encontrará más dificultades para obtener crédito⁷⁷; y en el caso de los títulos, si el emisor escoge un Derecho muy favorable en perjuicio de los inversores, tendrá más dificultades en obtener capital⁷⁸: salvo que la rentabilidad esperada compense el riesgo, nadie va a invertir capital en una compañía incorporada en las Islas Cayman.

En cualquier caso, y como se deduce de lo que acabamos de ver, la cuestión está lejos de ser pacífica. Si el mercado de productos y de capitales funciona más o menos correctamente, se puede sostener la hipótesis del «mercado de productos normativos eficiente»: la libre competencia entre los Estados es un beneficio asociado a la diversidad normativa. Si, por el contrario, se identifican ciertos fallos en este mercado, puede ser un argumento para considerar esa diversidad como algo negativo⁷⁹. Esto es algo que, a los efectos de este momento voy a considerar como dado.

3.4. CONCLUSIONES PARCIALES

De este breve análisis, me interesa extraer las siguientes **conclusiones**:

- (a) Como punto de partida, puede considerarse que el mercado de productos normativos funciona y, por lo tanto, que pueden haber beneficios asociados a la diversidad normativa; no obstante, pueden existir situaciones en las que sea necesario corregir el juego de ese mercado (esto es, fallos del mercado de productos normativos);
- (b) Si el mercado funciona («hipótesis del mercado eficiente»), la tesis ortodoxa es que cada Estado pueda ofrecer su Derecho y bastaría con eliminar las barreras jurídico públicas (libre circulación de bienes, capitales y personas), para asegurar los beneficios de la competencia.
- (c) Si el mercado no funciona, la tesis ortodoxa es que debe establecerse una regulación uniforme para evitar los riesgos asociados a una *race to the bottom* entre los Estados.

4. La función del Dipr

La **tesis** que voy a desarrollar a continuación se puede formular así: en la medida en que la diversidad entre sistemas jurídicos se produce en el ámbito del

⁷⁶ Demostrando que las firmas se incorporan voluntariamente en Alemania y fabrican en Alemania como señal de la calidad de sus productos, Haucap/Wey/Barmbold, «Location Choice as a Signal for Product Quality: The Economics of Made in Germany», *JITE*, 1997, pp. 510 y ss.

⁷⁷ Skeel; «Rethinking...», *cit.*, p. 520; Rasmusen, «A New...», *cit.*, pp. 19-36.

⁷⁸ Choi/Guzman, «Portable...», *cit.*, *passim*.

⁷⁹ Aunque para evitar la «falacia del Nirvana» aun habría que demostrar que una regla uniforme va a conducir a resultados mejores.

Derecho privado, el Dipr puede cumplir una función esencial para el buen funcionamiento del mercado de productos normativos⁸⁰.

Mientras que la función de las libertades de circulación de recursos productivos es garantizar la competencia entre las normas jurídico-públicas del ordenamiento, la función del Dipr en ese mercado de productos normativos sería garantizar una competencia libre y leal entre los Estados cuando el objeto de esa competencia es Derecho privado. El Dipr funcionaría así como el «**Derecho de la competencia entre ordenamientos jurídicos**» («*Internationales Privatrecht als Meta-Wettbewerbsordnung*»⁸¹). El desempeño de esa función encaja muy bien dentro de la lógica económica subyacente al Dipr: maximizar los beneficios asociados a la diversidad normativa (*supra*) y nos permite, por lo tanto, integrar esta visión de las cosas dentro de ese modelo de orden general que he formulado al principio.

Técnicamente, el Dipr (conflictual, que es el que ahora nos interesa) formaría parte de ese grupo de «normas de coordinación» cuyo objeto es maximizar las ventajas de la cooperación (en particular, la especialización normativa)⁸².

Esta función del Dipr requiere diseñar su contenido de tal forma que se permita el juego del mercado y se impida el comportamiento oportunista de los Estados (las externalidades transfronterizas). Para analizar con más detalle cómo el Dipr puede cumplir esa función voy a distinguir las dos situaciones posibles: que el mercado de productos normativos funcione bien o que existan «fallos del mercado».

(a) *Primera situación*: «hipótesis del mercado de productos normativos eficiente». En esta hipótesis el mercado funciona bien: los Estados ofrecen su producto normativo sin externalizar costes, esto es, sin posibilidad e intención de perjudicar a los demás. Bajo estas condiciones, la función del Dipr sería permitir el juego del mercado garantizando la **autonomía privada**; esto es, la libre elección del producto normativo. Lo que implica: (i) que se debe permitir la autonomía conflictual (la posibilidad de la partes racionales y en condiciones simétricas de elegir la ley aplicable); este modelo ofrece un argumento de política legislativa fuerte a favor de la autonomía conflictual y tanto en su dimensión positiva (escoger el Derecho que prefieren) como en su dimensión negativa (eludir el que nos les gusta)⁸³. (ii) que se debe permitir la autonomía de la voluntad en el ámbi-

⁸⁰ Un adelanto de lo que se explica a continuación puede verse en Garcimartín, «Regulatory Competition: A Private International Law Approach», *Eur. J. L. & Econ.*, 1999, pp. 251 y ss.; *vid.* en parecidos términos, O'Hara/Ribstein, «From Politics...», *cit.*, pp. 1154-1169.

⁸¹ Kieninger, «Kommentar», *J.N.P.Ö.*, n.º 17, pp. 228 y ss., p. 341 (analizando los problemas que plantea la competencia entre sistemas y destacando esa función del Dipr).

⁸² Ullmann-Margelit, *The emergence...*, *cit.*, pp. 130-131.

⁸³ Por todos, recientemente, Whincop, «Painting...», *cit.*, p. 48; y O'Hara, «Opting Out...», *cit. passim*, demostrando además que la posibilidad de eludir una regulación «indeseada» por las partes puede ser beneficioso para el propio Estado que adopta esa regulación en la medida en que reduce su impacto y en esa misma medida la oposición interna. El ejemplo de la terminación *ad nutum* en los

to jurisdiccional (la posibilidad de las partes de elegir los tribunales competentes); (iii) que se debe asegurar el reconocimiento recíproco de decisiones judiciales. Además, estas reglas deben ser uniformes para todos los Estados. O dicho de otro modo, sólo si hay unas reglas de Dopr uniformes y con ese contenido se puede asegurar el buen juego del mercado de productos normativos⁸⁴.

Ejemplo 1. Tomemos el ejemplo del Derecho de sociedades, si asumimos que el mercado funciona correctamente, sólo es posible beneficiarse de él si las partes pueden elegir voluntariamente el lugar de incorporación (= modelo de incorporación), el foro competente y además se garantiza el reconocimiento de las decisiones judiciales. Pero además, sólo si esas reglas son uniformes para todos los Estados⁸⁵. De lo contrario, bastaría a un Estado rechazar el reconocimiento de las sociedades constituidas en otro Estado, o de las decisiones judiciales de ese otro Estado para que el sistema no funcionase (una sociedad con accionistas en

contratos de agencia es muy elocuente (*vid.* STJCE de 9 de noviembre de 2000; C-381/98). Una norma imperativa que prohíbe la resolución *ad nutum* del contrato de agencia por el principal (Directiva 86/653) tiene una racionalidad económica discutible en ciertos casos. Pero aun admitiendo su bondad, lo cierto es que una norma de ese tipo no beneficia necesariamente a todos los agentes, sino a quienes ya han contratado cuando se adopta la norma. En la medida en que esa norma imperativa conlleva un coste para el principal (quien no puede resolver *ad nutum*) parte de ese coste lo van a acabar pagando futuros agentes (recibiendo una remuneración menor). Igual que el coste que supone para el arrendador un plazo de arrendamiento mínimo imperativo acaba siendo pagado, parcialmente, por el arrendatario en forma de un incremento de la renta. Los efectos de esta norma es beneficiar a una generación de contratantes (quienes ya han contratado), pero tienen el «efecto perverso» de perjudicar a las futuras generaciones. Pues bien, en estos casos, la admisibilidad de una cláusula de elección de ley aplicable que, en última instancia, permite eludir esa norma, puede ser pertinente por dos razones: (a) por razones de estrategia política ya que *ex ante* hace que la oposición a la adopción de esa norma sea menor (los principales si saben que van a poder eludir su aplicación tendrán menos incentivos para hacer *lobby*); (b) porque además reduce los «efectos perversos o indeseados» ya que beneficiará, en la mayoría de los casos, a la primera generación (quienes ya han contratado) pero ahorra costes a las futuras generaciones ya que los interesados podrán eludirlas.

⁸⁴ Sobre la importancia de un Dopr uniforme, recientemente, Fernández Rozas, «Los procesos...», *cit.*, pp. 19-20. El problema que esto plantea es si esas reglas de Dopr uniforme se van a alcanzar espontáneamente o no. No voy a estudiar esta cuestión pues la realidad demuestra que no necesariamente se vaya a alcanzar de forma espontánea; no obstante, hay una fuerte corriente doctrinal que sostiene que a largo plazo los Estados se van a mostrar cooperativos en el ámbito del Dopr, lo que implica que tarde o temprano, se alcanzará esa uniformidad en esos niveles, *vid.*, Siehr, «Ökonomische...», *cit.*, p. 294; Bratton/McCahery, «The New Economics...», *cit.*, p. 218; Hay, «Conflict...», *cit.*, *passim*. La idea subyacente es la siguiente, La teoría de juegos ha demostrado que, en los juegos de repetidas jugadas, la estrategia mejor es la cooperativa (lo que en nuestro caso significa un Dopr neutral), por todos, Axelrod, *The evolution...*, *cit.*. Pues bien, en la medida en que las relaciones internacionales son un juego de repetidas jugadas, la estrategia mejor para cada Estado es un Dopr neutral. Esto lo percibí claramente el Tribunal Supremo norteamericano en la sentencia Zapata: «The Expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts», 407 U.S. 1 (1972), 9; desarrollando esta idea en el ámbito del Derecho conflictual, Brilmayer, *Foundations...*, *cit.*, p. 155; Kramer, «More Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws», *Cornell Int'l L.J.*, 1991, pp. 245 y ss.; Trachtman, «Conflict...», *cit.*, p. 1039; en contra, Ribstein, «Choosing...», *cit.*, pp. 273-286, argumentando que las actividades de los grupos de presión (*rent seeking*) impedirían ese resultado.

⁸⁵ Trachtman, «International...», *cit.*, pp. 60-61; Carney, «The Political...», *cit.*, pp. 309-314; *Id.*, «Federalism and Corporate Law: Conditions for Optimal Development», *Tex.L.Rev.*, 1993, .

California no se va a constituir en Delaware si California no va a reconocer las decisiones judiciales de éste).

Ejemplo 2. La idea se puede trasladar fácilmente a los otros ejemplos (quiebra o valores): sólo si todos los Estados se ponen de acuerdo en esas reglas, el sistema funciona⁸⁶.

En definitiva, para que funcione ese mercado no es suficiente con la libre circulación de factores de producción, como sostiene la tesis ortodoxa (*supra*), sino que es necesario también unas normas de Dpr uniforme (lo que implica la eliminación de las barreras jurídico-privadas). Lo cual corrobora la idea señalada (*supra*): para el buen funcionamiento del mercado internacional no es suficiente con eliminar las barreras jurídico públicas. Por eso, el mercado de productos normativos ha surgido allí donde se han dado esas condiciones, esto es, donde se ha logrado un Dpr uniforme con ese contenido (EE.UU. o UE). Esto explicaría muy bien, por ejemplo, los esfuerzos doctrinales por extraer normas de Dpr a partir de las libertades de circulación comunitarias⁸⁷.

(b) *Segunda hipótesis*: como hemos visto, se ha sostenido que en ciertas situaciones el «mercado de productos normativos» no funciona y que, por lo tanto, resulta necesario un Derecho material uniforme. Pues bien, en este caso, el Dpr (conflictual) puede intervenir para corregir aquellos fallos, sin necesidad de uniformizar materialmente (y, por lo tanto, salvaguardando los beneficios asociados a la diversidad normativa). Cuando haya «fallos en el mercado normativo», el Dpr puede corregirlos básicamente estableciendo reglas que lleven a los Estados y a las partes a «*internalizar*» las posibles consecuencias negativas de sus decisiones⁸⁸. Como sucedía en el caso anterior, estas reglas de Dpr deben ser uniformes.

Ejemplo. Si se considera que hay fallos en materia de Derecho de sociedades, porque, por ejemplo, las sociedades se van a incorporar en un Estado con limitaciones de responsabilidad muy favorables a la sociedad y muy perjudiciales para los acreedores extracontractuales, la solución no es establecer una regla material uniforme como se ha sostenido (*supra*), sino que bastaría con una regla de conflicto uniforme que designase como ley aplicable la del lugar donde se ha producido el daño, con una regla de CJI que permitiese demandar en ese foro y con unas reglas que garantizasen el reconocimiento recíproco de decisiones. La idea se ha utilizado también en materia de responsabilidad por productos: la forma de evitar la *race to the bottom* entre los Estados no es estableciendo un estándar material uniforme, sino una regla de conflicto uniforme designando como aplicable la ley del Estado de venta del producto⁸⁹.

⁸⁶ Skeel, «Rethinking...», *cit.*, pp. 521-523, reconociendo esta idea en el caso de que el modelo se aplicase en materia de quiebra.

⁸⁷ En los EE.UU., *vid.*, Carney, «The Political...», pp. 313-314. En Europa, *i.a.*, Roth, «Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht», *RabelsZ*, 1991, pp. 623 y ss.

⁸⁸ Una generalización de esta idea puede verse en Trachtman, «Conflict...», *cit.*, *passim*.

⁸⁹ *Vid.*, con más referencias, O'Hara/Ribstein, «Interest Groups, Contracts and Interest Analysis», *Mercer L. Rev.*, pp. 765 y ss., pp. 769-770: esa solución permitiría a las empresas decidir dónde ven-

La misma idea puede aplicarse a otros casos de acreedores extracontractuales⁹⁰ o incluso de acreedores contractuales no sofisticados⁹¹. También en materia de medio ambiente (aplicar la ley del resultado del daño, con lo cual los Estados no tendrían incentivos para reducir sus estándares, *supra*), en materia antitrust (aplicar la ley del mercado afectado, con lo cual los Estados no tendrían incentivos para permitir las prácticas colusorias de las empresas exportadoras, *supra*).

Precisamente cuando no hay acuerdo entre todas las partes afectadas, el criterio para formular las reglas de Dipr debe ser la internalización de las externalidades (esta idea la desarrollo *infra*).

En *conclusión*: Los beneficios asociados a la «libre competencia entre sistemas jurídicos», cuando se produce en el ámbito del Derecho privado, sólo se alcanzan si hay un Dipr uniforme que: (a) Garantice la elección de las partes, cuando el mercado de productos normativos funciona bien; (b) Que corrija los fallos cuando el mercado no funciona, básicamente estableciendo reglas de Dipr que garanticen la «internalización de las externalidades». Este Dipr uniforme implica no sólo los aspectos conflictuales sino también un aparato jurisdiccional que asegure su implementación (reglas uniformes de CJI y de reconocimiento/ejecución de decisiones).

Sólo cuando no se puedan corregir estos fallos a través del sistema de Dipr puede prohibirse esa competencia entre sistemas jurídicos estableciendo una regulación material uniforme.

Esta forma de ver el Dipr explica muy bien algunas cosas, por ejemplo:

- (a) Por un lado, sirve para aclarar la función y el contenido del Dipr en el ámbito **comunitario**. La diversidad puede ser positiva (principio de subsidiariedad) pero debe acompañarse de un Dipr uniforme, que además corrija los «fallos» asociados a esa diversidad. Sólo cuando el Dipr «falle» debe acudir a la uniformidad material (reglamento) o a la armonización (directiva). Esto explica, también, la tendencia que se manifiesta en este ámbito a favor de un Dipr uniforme como alternativa a un Derecho material uniforme.

Como se ha dicho, «En el ámbito del Derecho privado europeo, la regla debe ser tanta diversidad material como sea posible y tanta uniformidad conflictual como sea necesaria»⁹². También se ha señalado que, en estos términos, el Dipr formaría parte de ese meta-ordenamiento que dentro del ámbito comunitario asegura la libre competencia entre sistemas jurídicos; junto con el Dipr, dentro de ese

der sus productos y cuanto repercutir en el precio por el nivel de responsabilidad que asumen y a los consumidores determinar por cuánta protección están pagando. Es inútil que un Estado baje sus niveles de protección para perjudicar a los consumidores en mercado extranjeros ya que la ley aplicable será la de estos mercados.

⁹⁰ Por ejemplo, en materia de quiebra internacional, Rasmusen, «A New...», *cit.*, p. 35.

⁹¹ *Vid.*, Benvenisti, «Exit...», *cit.*, pp. 202-212, explicando la problemática de las acciones colectivas transfronterizas en estos términos.

⁹² Taupitz, «Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts - oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung», *JZ*, 1993, pp. 533 y ss., p. 539; o Remien, «Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts», *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaften*, 1991, pp. 11 y ss., p. 35; en parecidos términos, Jayme, «Identité...», *cit.*, p. 90.

meta-ordenamiento estarían las libertades comunitarias, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de no discriminación y el principio de subsidiariedad⁹³.

- (b) Por otro lado, ofrece un argumento económico fuerte a favor de la **autonomía** de la voluntad como regla de base del sistema de Dipr (p.ej., Art. 3 CR)⁹⁴, y de los mecanismos de corrección (situaciones de asimetría entre las partes⁹⁵, consumidores o trabajadores, Arts. 5-6 CR, o de externalidades negativas⁹⁶, Art. 7 CR).

El sistema del CR 1980 se comprende muy bien a partir de estas ideas. La regla de base es la autonomía de la voluntad (Art. 3). Los límites a la autonomía de la voluntad sólo están justificados en las situaciones de asimetría contractual y de externalidades negativas. Los Arts. 5-6 estaría pensados para corregir las primeras; el Art. 7 para corregir las segundas.

Esta forma de contemplar las cosas justifica, por otro lado, la idea de que en defecto de elección por las partes la forma de argumentar es a partir de la **voluntad hipotética**: el Dipr dispositivo debe formularse a partir de la pregunta sobre qué ordenamiento hubiesen elegido las partes si *ex ante* se hubiesen planteado esa cuestión (esta idea se desarrollará más adelante). Este recurso argumental garantiza dos cosas: la neutralidad de la regla y la utilización de argumentos de naturaleza jurídico-privada (intereses privados).

- (c) También explica el sistema de **reciprocidad** como un mecanismo de corrección de los comportamientos oportunistas de los Estados⁹⁷. En principio, la reciprocidad aseguraría los comportamientos cooperativos de los Estados (mutuo reconocimiento de decisiones, de cláusulas de elección por las partes, etc.) y, por consiguiente, beneficioso para ambos, ya que

⁹³ *Vid.*, Kiwit/Voigt, «Grenzen...», *cit.*, pp. 313 y ss.; Wegner, *Ibid.*, pp. 281 y ss.; y Kieninger, *Ibid.*, p. 339.

⁹⁴ Además sin limitación alguna en cuanto a la vinculación objetiva entre el sistema elegido y la transacción; *vid.* TRACHTMAN, «International...», *cit.*, p. 59; Ribstein, «Choosing Law by Contract», *J.Corp.L.*, 1993, pp. 245 y ss., haciendo un análisis general de las relaciones entre autonomía conflictual y competencia entre sistemas jurídicos y ofreciendo otros argumentos económicos a favor de la autonomía conflictual

⁹⁵ En tales circunstancias, una parte puede escoger aquella regla que maximiza su interés pero no el interés conjunto: con lo cual no es eficiente y, por lo tanto, el mercado de productos normativos no funciona correctamente; Woodward, «Sale of Law and Forum and the Widening Gulf between Consumer and Nonconsumer Contracts and the UCC», *Wash.U.L.Q.*, 1997, pp. 243 y ss. (sosteniendo esa idea cuando se trata de contratantes sofisticados frente a ocasionales, sean consumidores o no) No obstante, esto es discutible si el mercado funciona bien, Ribstein, «Choosing...», *cit.*, pp. 257-258 con más referencias a la discutible lógica económica de la protección normativa de los consumidores. Aquí, no obstante, el Dipr debe asumir las decisiones del Derecho material: si en el ámbito material el legislador es «paternalista», debería serlo también en el ámbito conflictual.

⁹⁶ Los terceros no participan en la elección pese a sufrir sus consecuencias, en cuyo caso, el coste privado (el que padecen las partes que van a elegir la ley aplicable) no se ajusta al coste social (el que padecen aquéllas y los terceros afectados). Tampoco en estas circunstancias la regulación material es eficiente. No obstante, este límite sólo juega cuando los terceros no puedan negociar esas externalidades negativas. Un contrato no perjudica a terceros si los terceros disponen de mecanismos, con bajos costes transaccionales, para protegerse ellos mismos; lo que implica que los terceros puedan prever las «elecciones conflictuales» de las partes.

⁹⁷ La idea ha sido desarrollada por Pfeiffer, «Kooperative Reziprozität, § 328 I Nr § ZPO neu besichtigt», *RebelsZ*, 1991, pp. 734 y ss.; Brand, «Recognition...», *cit.*, pp. 642 y ss.

sanciona los comportamientos oportunistas. Un Estado que no reconoce las decisiones extranjeras se enfrenta con que los otros Estados no reconozcan las suyas; o un Estado que no reconoce la *derogatio* a favor de tribunales extranjeros se enfrenta al que los demás Estados no reconozcan la *prorrogatio* a favor de sus propios tribunales. La amenaza de la reciprocidad evita el oportunismo. Y evitar esto puede acabar siendo beneficioso, en términos agregados, para los propios particulares (otra cosa es que, el sacrificio que supone para los particulares justifique su utilización⁹⁸).

EXCURSO 1: La neutralidad savigniana del Dpr y la visión del Dpr como «meta-ordenamiento»

A partir de la función del Dpr como Derecho de la competencia entre sistemas jurídicos, se explica la visión clásica del Dpr como «meta-ordenamiento» y la exigencia de que el Dpr sea *neutral*: no se debe utilizar el Dpr para comportarse «deslealmente» en el mercado de productos normativos, *i.e.*, para favorecer, directa o indirectamente, la aplicación del Derecho propio frente al extranjero (*supra*)⁹⁹.

El Dpr no debe emplearse como un mecanimo para provocar externalidades negativas sobre los demás Estados o para «atraerse» a los operadores de forma ilegítima (por ejemplo, negando el reconocimiento de una decisión extranjera sobre la base de no haber aplicado nuestro Derecho material). Sobre todo, porque como ha demostrado la teoría de juegos, a largo plazo ese oportunismo es perjudicial; y las relaciones internacionales son relaciones a largo plazo o repetidas. En este tipo de juegos, las reglas deben de ser neutrales o las partes no juegan. Y como ya hemos visto, cuando nadie juega, todos acaban peor.

Un test para comprobar esta neutralidad es el principio de universalidad. Aun cuando sea de origen nacional, el Dpr debe responder al principio de universalidad kantiano: una regla de Dpr es «leal» si es susceptible de ser adoptada por los demás Estados.

Los convenios internacionales son un referente elemental para esta idea, ya que son expresión del Dpr neutral. En la medida en que son productos de la voluntad de varios Estados, sus reglas van a ser neutrales respecto de esos Estados. Esto explica que los convenios sean un referente inevitable para informar la regulación nacional; *ceteris paribus*, el legislador nacional debe adoptar aquella regla de Dpr que hubiesen adoptado si se hu-

⁹⁸ Amores Conradi, «Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1995, pp. 267 y ss.

⁹⁹ O'Hara/Ribstein, «Interst...», *cit.*, *passim*: considerando que la norma de conflicto clásica (neutral) promueve la competencia leal entre sistemas jurídicos y, por lo tanto, la eficiencia; mientras que el *interest governmental analysis* promueve «a perverse sort of jurisdictional competition that results in inefficient rules» (p. 774).

biesen puesto de acuerdo todos los Estados implicados. Esto permite que los esfuerzos se concentren en los problemas realmente importantes: *los aspectos jurídico-privados de la transacción, ya que eso es en lo único en que estarían de acuerdo los Estados que quieren maximizar los beneficios conjuntos.*

Esta forma de ver el Dipr permite, igualmente, descubrir la lógica económica de los principios de neutralidad y fungibilidad que deberían subyacer al Dipr según el modelo clásico-savigniano (*supra*), aunque con algún matiz. Neutralidad aquí no equivale exactamente a independencia del contenido material, sino a «susceptible de universalización»: una regla de Dipr es neutral cuando es universalizable (esto es, susceptible de adopción por los demás Estados).

Por ejemplo, la regla de forma que utiliza varias conexiones alternativas para buscar el *favor validitatis* (*rectius*, para evitar nulidad abusivas por defectos meramente formales) no es neutral en el sentido clásico del términos (pues incorpora elementos del contenido material de los Derechos), pero sí que es neutral en el sentido aquí planteado. Su capacidad de universalización se ha demostrado con su incorporación al CR 1980 (Art. 11).

EXCURSO 2: Relación entre unilateralismo y multilateralismo: los problemas de «free riding» (comportamiento oportunista estatal)

Las relaciones entre unilateralismo y multilateralismo se pueden explicar de distintas maneras. Una forma de verlas es en términos evolutivos: el multilateralismo como un escalón mayor de la evolución normativa. *En términos evolutivos*, las normas unilaterales pueden acabar madurando en una norma de conflicto multilateral (neutral). Los Estados, por ejemplo, pueden terminar aceptando una solución común en cuanto a qué consumidores protege cada uno. A partir de este momento, la solución se puede explicar mejor bajo el modelo conflictual clásico. Esto es lo que sucede en el Conv. de Roma de 1980: pese a que históricamente las normas de protección de consumidores o trabajadores se formularon como unilaterales, el acuerdo convencional ha producido soluciones multilaterales (artículos 5 y 6). De tal modo que la solución multilateral se puede ver como una solución «mas evolucionada».

Pero también se ha explicado esta misma relación en términos estratégicos u oportunistas. Y este aspecto, normalmente oculto, es el que me interesa resaltar ahora¹⁰⁰.

¹⁰⁰ O'Hara/Ribstein, «From Politics...», *cit.*, p. 1182, demostrando esta tesis en relación a los EE.UU.: el relativo éxito de las soluciones unilateralistas se explica como un problema de acción colectiva. A cada Estado lo que le interesaba es que los demás siguiesen el 1st Restatement, pero aplicar él la solución unilateralista de Currie; el problema es que todos acabaron haciendo lo mismo.

El unilateralismo, se ha dicho, es resultado de un comportamiento oportunista de los Estados en el sentido de que, si bien a todos los Estados les interesa una norma de conflicto multilateral, a cada Estado individualmente le interesa (a) que los demás sigan soluciones puramente conflictuales, pero (b) él seguir soluciones unilaterales. Cada Estado tiende unilateralmente a comportarse como un *free rider*. Esto plantea un problema de acción colectiva, ya que a la postre, todos los Estados acaban peor. En estos términos, al Estado español, por ejemplo, le interesaría que los demás Estados respetasen la autonomía de la voluntad contractual cuando se trata de consumidores o de trabajadores en Estados extranjeros, ya que eso beneficiaría a sus empresas, pero proteger unilateralmente a sus consumidores o a sus trabajadores, ya que ello se haría a costa de empresas extranjeras. De hecho, en sus orígenes, la mayoría de las políticas de protección siguieron implícitamente este planteamiento (sólo protejo a «mis consumidores» o a «mis trabajadores», *vid.* por ejemplo, el Art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores). La tesis de que se permite la *prorrogatio fori* a favor de nuestros tribunales, pero en cambio rechazamos la *derogatio*, no está muy lejos de esta misma idea.

El problema es que estas soluciones, cuando son conscientes, no son bilateralizables y, por ello, si todos los Estados la siguen, al final, cada país va a acabar protegiendo unilateralmente a sus consumidores o a sus trabajadores, pero desprotegiendo a los consumidores o a los trabajadores extranjeros. De hecho, la propia naturaleza de las cosas les aboca a esa solución, pues de lo contrario «saldrían perdiendo». Si España no admite la *derogatio* a favor de los tribunales de F2, F2 acabará sin admitir la *derogatio* a favor de los tribunales españoles, aunque sólo sea para forzar a nuestro país a cambiar de actitud. El resultado es bastante ineficiente pues genera inseguridades, situaciones de *forum shopping* o discontinuidad de los derechos. Como decía, *el resultado acaba siendo peor para todos*. La única forma de salir de esta situación es poniéndose de acuerdo sobre la solución multilateral y respetándola¹⁰¹. O desarrollando la solución bilateral por vía hermenéutica, cosa que no siempre es fácil.

Este fenómeno se ha estudiado, recientemente, en distintos sectores. Uno bastante recurrente es el de la insolvencia. El régimen de insolven-

¹⁰¹ Siempre existe el riesgo de que el ciclo comience de nuevo: una vez alcanzada la solución multilateral, existirían otra vez incentivos para el comportamiento unilateralista y se abriría una nueva fase en esa dirección. De hecho, el empleo del artículo 7 del CR 1980 para tutelar a los consumidores nacionales que no quedan protegidos por el artículo 5 es muy sintomático (*vid.* Virgós/Garcimartín, «Art. 3 y concordantes LCG», en Díez-Picazo/Menéndez (dir.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales*, (en prensa).

En términos evolutivos, el predominio del unilateralismo o del bilateralismo obedecería, entonces, a una dinámica de ciclos: salvo que se alcanzase un equilibrio estable, las fases se reproducen *ad infinitum*. Sobre esta forma de ver el Derecho *vid.*, Vermeule, «The Cycles of Statutory Interpretation», *Univ.Ch.L.Rev.*, 2001, pp. 149 y ss.

cia internacional puede inspirarse en dos modelos normativos: el modelo de universalidad o el modelo de territorialidad. Conforme al modelo de universalidad, todo el régimen se sujeta a una única ley: la ley del centro de intereses del deudor, normalmente. Conforme al modelo de territorialidad, en cambio, cada Estado abre un procedimiento de insolvencia distinto sobre los bienes del deudor localizados en su territorio¹⁰². El primero responde a un principio de unidad, mientras que el segundo a un principio de fraccionamiento territorial. Pues bien, la paradoja que plantea el régimen positivo es que, pese a haber prácticamente unanimidad sobre las ventajas del modelo universal, la mayoría de los Estados han optado por un modelo territorial. Para comprender esta paradoja ha resultado muy útil la idea anterior. El dominio del modelo territorialista se explica en términos de oportunismo estatal¹⁰³. Para todos los Estados *en su conjunto* la solución más eficiente es el modelo universal, pero para cada Estado *individualmente* la solución más eficiente es que los demás Estados opten por un modelo universal, pero él optar por un modelo territorial (pues beneficia a sus acreedores locales). Por decirlo de algún modo, «cada Estado se queda con los bienes que están en su territorio, pero participa en el reparto de bienes que se hace en el extranjero». El problema con esta solución es que no resulta bilateralizable y al final todos los Estados acaban adoptando un modelo territorial. Todos acaban peor.

Esto es lo que sucede también con la solución italiana sobre ley aplicable a las sociedades (que, por cierto, ha inspirado en gran medida la construcción del Derecho español), según la cual (a) se someten al Derecho italiano las sociedades constituidas en Italia y al Derecho de otro Estado las sociedades constituidas en ese otro Estado (solución conflictual), (b) pero se someten al Derecho italiano, en todo caso, las sociedades extranjeras cuya administración central esté en Italia (solución unilateral). Esto es, las sociedades cuya administración central esté en Italia se someten al derecho italiano, y las sociedades cuya administración central esté en el extranjero también cuando hayan escogido el Derecho italiano. Es fácil de comprobar que esta regla no funciona si todos los Estados la adoptasen ya que acabaríamos alcanzando siempre un «modelo de sede real» (solución que, probablemente, el legislador italiano considerase menos preferible a un modelo de constitución generalizado; prueba de ellos es que este es el modelo del que parte).

¹⁰² Obviamente, la presentación que aquí hago de estos modelos es bastante genérica, un análisis más detenido de estos modelos y de su alcance puede verse en Esplugues Mota, *La quiebra internacional*, 1993. El ejemplo, aunque no deja de ser discutible, me parece bastante ilustrativo de la idea que quería traer aquí.

¹⁰³ Sobre esta forma de ver la quiebra internacional, *vid.* Guzman, «International Bankruptcy: In Defence of Universalism», *Mich.L.Rev.*, 2000, pp. 2177 y ss.; Lopucki, «The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy», *Ibid.*, pp. 2216 y ss.

IV. LOS COSTES ASOCIADOS AL FRACCIONAMIENTO JURÍDICO: EL RIESGO DE INTERNACIONALIDAD

1. Introducción

Desde esta perspectiva de análisis, como ya hemos adelantado, la función del Dipr es maximizar los beneficios asociados al fraccionamiento jurídico y minimizar sus costes. El epígrafe anterior lo dedicamos al primer aspecto de esa función. En éste vamos a desarrollar el segundo: *el Dipr como mecanismo de reducción de los costes transaccionales asociados al fraccionamiento jurídico*. Primero analizaremos cuáles son esos costes transaccionales y, a continuación, cómo el Dipr puede reducirlos.

Antes de desarrollar esa idea conviene dejar claro el marco valorativo general. En el análisis de este segundo aspecto subyacen **dos características valorativo-generales** del Dipr: su sentido económico y su naturaleza como Derecho facilitador (no directivo). Ambas características han estado latentes a lo largo del camino recorrido hasta aquí, pero creo que ha llegado el momento de hacerlas explícitas.

(a) El sentido **económico** del Dipr se comprende muy bien a partir de la idea del Dipr como mecanismo de reducción de los costes derivados del fraccionamiento jurídico: *al reducir los costes de transacción asociados a la división del mundo en sistemas jurídicos distintos, se pueden maximizar los beneficios de especialización y de intercambio asociados al mercado internacional (supra)*.

Desarrollo. La explicación de esta idea es sencilla (y ya la hemos visto en otro lugar). El mercado internacional se caracteriza porque las transacciones se realizan «a la sombra» de un mundo jurídicamente fraccionado; este marco institucional debilita los derechos subjetivos. Las dos seguridades básicas para que el mercado funcione («seguridad en la posesión y en el intercambio») no están garantizadas y, por consiguiente, la uniformidad y continuidad geográfica de los derechos subjetivos tampoco. Esta circunstancia es el coste de transacción típico del mercado internacional. Este coste de transacción, a su vez, implica una pérdida de riqueza o de bienestar. Los beneficios asociados al comercio internacional no se maximizan si los operadores no tienen garantizada una protección adecuada de sus derechos subjetivos (o si para obtener esa protección hay que pagar un mayor precio). No hay especialización si no hay intercambio, y no hay intercambio si no hay un marco institucional que lo asegure. El sentido económico del Dipr es precisamente ofrecer ese marco; esto es, reducir los costes derivados de la división del mundo en compartimentos jurídicos y, en consecuencia, ofrecer a los operadores la oportunidad de maximizar los beneficios asociados al mercado internacional.

Así se puede comprender mejor la idea expresada por algunos economistas dedicados al comercio internacional quienes, parafraseando a A. Smith, suelen afirmar que «*The Division of labour is limited by the extend of law*». La división del trabajo (especialización) y los beneficios que genera están limitados por el alcance del ordenamiento jurídico; o dicho de otro modo, si no hay un ordenamiento jurídico que garantice los derechos subjetivos no se pueden obtener

todos los beneficios potenciales asociados a la especialización. Como en el mercado internacional no hay tal ordenamiento, se estaría perdiendo riqueza. Las barreras jurídico-privadas son un «fallo del mercado internacional» y la función económica del Dipr sería precisamente corregirlo.

(b) La otra característica general del Dipr que subyace en esta perspectiva de análisis es la naturaleza del Dipr como **Derecho facilitador** (no como Derecho directivo). Como se deduce del rasgo anterior, el Dipr es, y debe ser, un Derecho facilitador de las transacciones internacionales. El mercado internacional ofrece una serie de beneficios y posibilidades a los individuos y, en este sentido, les da la oportunidad de incrementar su bienestar (no les dice que tengan que hacerlo). Por relación al mercado interno, el mercado internacional amplía las oportunidades a los sujetos, lo cual, en principio, parece algo positivo ya que a más oportunidades más posibilidades de encontrar opciones satisfactorias, y les permite diversificar sus relaciones, lo cual, en principio, también es algo positivo ya que la diversificación reduce los riesgos (*teoría de la cartera*). El cometido principal del Dipr sería ofrecer a los individuos la posibilidad de maximizar esos beneficios asociados a la diversidad de oportunidades que ofrece el mercado internacional. El principio valorativo subyacente es, en consecuencia, el **principio de eficiencia**¹⁰⁴.

EXCURSO: De nuevo sobre la lógica del Derecho privado

Como vimos al principio, el Dipr es ante todo Derecho privado y, por consiguiente, responde a la *lógica del Derecho privado*. Esta lógica se fundamenta en un **modelo descentralizado de organización**¹⁰⁵. La forma en la que funciona este modelo es relativamente sencilla.

El ordenamiento jurídico, en general, se basa en la atribución de derechos subjetivos a los particulares. La racionalidad económica de esa atribución es que cada individuo aproveche los recursos (en el sentido más amplio del término) de la forma más eficiente posible. La distribución de los derechos subjetivos no es sino una distribución de los poderes de aprovechamiento sobre los recursos. En términos de eficiencia, los recursos se deben de atribuir a quien dispone de mayor información o conocimiento para su aprovechamiento (a la postre, quien más los valora). Pero, para alcanzar ese objeto, el problema al que se enfrenta el Derecho es un problema de información: es muy costoso decidir quién es el sujeto que está en esas condiciones y además es muy costoso hacer

¹⁰⁴ Es más, se ha dicho que la única forma de asegurar una relación pacífica con los demás Estados es a partir de parámetro de eficiencia ya que es el más aceptable cuando la idiosincrasia de los participantes es muy diversa, Coleman, *Risk and Wrongs*, 1992, pp. 62-69. El calificativo «básicamente» indica que puede haber circunstancias en las que un componente redistributivo facilite el intercambio, *vid.*, Liebler/Alchian, «A Unified Theory of Justice. The Integration of Fairness into Efficiency», *Wash.L.Rev.*, 1998, pp. 249 y ss.

¹⁰⁵ Por todos, Barnett, *The Structure...*, *cit.*, *passim*; *vid.*, también, Basedow, «Europäische...», *cit.*, pp. 19-21 con más referencia autores alemanes.

comparaciones interpersonales. Por eso, en las sociedades de Derecho privado, deja que sean los propios individuos quienes de forma descentralizada acaben tomando las decisiones sobre la distribución de los derechos subjetivos. Las decisiones sobre cómo deben relacionarse los sujetos a la hora de distribuir y organizar el aprovechamiento de los recursos productivos no corresponden a una autoridad: El Estado no dice a qué empresa debe comprar cada consumidor, dónde debe trabajar cada trabajador o con quién debe casarse cada persona. El *punto de partida* del Derecho privado es que esto se deja a la voluntad de los individuos. El Estado asigna a cada individuo el poder para tomar esas decisiones, pero las decisiones las toman, básicamente, los individuos. Por eso el sistema que subyace al Derecho privado es un sistema descentralizado. La razón, como ya sabemos, es muy sencilla: es cada individuo quien dispone de la información necesaria para adoptar esa decisión de la forma más eficiente¹⁰⁶.

Cada uno es el mejor juez de sus propios intereses, por recordar una expresión clásica. Además, en la medida en que cada uno sufre las consecuencias de sus decisiones, cada uno dispone de los incentivos apropiados para adoptarlas racionalmente¹⁰⁷.

En este contexto, el papel del Derecho privado es facilitar ese sistema descentralizado de toma de decisiones. No es que no deba existir una regulación estatal o que ésta debe ser siempre dispositiva. Hay circunstancias o situaciones en las que es necesario una intervención normativa para que el sistema descentralizado de toma de decisiones funcione correctamente; por ejemplo, cuando hay asimetrías entre las partes (contratos de consumo, trabajo, etc.) o externalidades negativas (relaciones extracontractuales). Pero el auténtico sentido de esta intervención no es desplazar la toma individual de decisiones, sino reestablecerla. *Facilitar* que el sistema descentralizado funcione. Nos guste o no, esto es inherente a la propia existencia del Derecho privado.

Esta afirmación plantea la conocida discusión general sobre si el Derecho privado debe ser facilitador (y por lo tanto, básicamente eficientista) o debe también utilizarse como mecanismo de redistribución¹⁰⁸. Personalmente, estoy bastante convencido de la primera opción: creo que técnicamente el Derecho privado no es un mecanismo adecuado de redistribución, sino que para este menester debe emplearse el Derecho público¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Barnett, *Ibid.*, pp. 47-50.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 150-156.

¹⁰⁸ Sobre este debate, en nuestra doctrina, puede verse: Paz-Arez, «Principio de eficiencia y Derecho privado», *Estudios de Derecho mercantil homenaje al Prof. M. Broseta Pons*, t. III, 1995, pp. 2843 y ss.; *vid. también*, Ogus, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, 1994, p. 2; recientemente y con más referencias, Farber, «Economic Efficiency and the Ex Ante Perspective», en Kraus/Walt, (ed.) *The Jurisprudential...*, *cit.*, pp. 54 y ss., pp. 69-71. Recientemente también, Schoser, «Justiz...», *cit.*, destacando la función facilitadora del Derecho privado.

¹⁰⁹ Aunque hay otras muchas, la razón principal es que selecciona aleatoriamente al beneficiario de la distribución (sólo se benefician aquellos que han tenido la suerte de verse involucrados en la

La repercusión de esta idea en el Dipr implica que el Dipr debe ser un *Derecho facilitador de los intercambios internacionales* y, por consiguiente, eficientista. El Dipr no es un mecanismo adecuado ni para la redistribución social, ni para la redistribución de un país a costa de otro¹¹⁰. Cuando por razones de política legislativa redistributiva un Estado decida interrumpir o limitar los intercambios internacionales, el mecanismo adecuado para hacerlo no es el Dipr sino el Derecho público (normas de extranjería). Por ejemplo, si se quieren limitar las importaciones para proteger al mercado nacional (o a cierto sector del mercado nacional) la forma técnicamente mejor de hacer esto es a través de barreras jurídico-públicas, no a través de normas de Dipr. Este debe ser siempre facilitador.

2. El fraccionamiento jurídico y sus costes asociados: el riesgo de internacionalidad

En este apartado vamos a analizar los costes que para las transacciones internacionales se derivan de la división del mundo en distintos sistemas jurídicos. Luego veremos cómo puede jugar el Dipr para reducir estos costes. El análisis es de carácter *general e introductorio*; para su aplicación a problemas concretos, por un lado, debe adecuarse a las peculiaridades de la situación y, por otro, deben elaborarse algo más las consideraciones que aquí se hacen (*infra*).

Los costes de transacción típicos de los intercambios internacionales son los derivados del *fraccionamiento jurídico*. Como sabemos, cada Estado tiene su propio Derecho y sólo puede garantizar la implementación coactiva de ese Derecho dentro de su territorio (*supra*). Como sabemos también, esta circunstancia genera, *per se*, dos tipos de consecuencias: diversidad normativa y discontinuidad de los derechos subjetivos. (a) La *diversidad normativa* se produce por el hecho de que cada Estado tiene su propio ordenamiento y hace, por lo tanto, su propia atribución de derechos subjetivos. En principio, un participante en el tráfico internacional no tiene la garantía de que los derechos subjetivos que le atribuye el Derecho de su Estado vayan a ser los mismos que los que le atribuye el Derecho de los demás Estados. (b) La *discontinuidad geográfica de los dere-*

transacción). El ejemplo de los arrendamientos en nuestro país es muy elocuente (se benefician quienes ya han contratado, pero los futuros arrendatarios acaban pagando parte de esa redistribución ya que los precios se incrementan). Los fundamentos de esta tesis y un análisis más detenido de esta y otras razones puede verse en Demsetz, «Whe does the Rules of Liability Matters?», *J.Legal Stud.*, 1976, pp. 13 y ss.; Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, 1993, pp. 100 y 252-253; Kaplow/Shavell, *J.Legal Stud.*, 1994, pp. 667 y ss.; recientemente, Kaplow/Shavell, «Fairness versus Welfare», *Harv. L.Rev.*, 2001, pp. 961 y ss.

¹¹⁰ Por eso, el parámetro que informa el Dipr debe ser la maximización del beneficio conjunto (*Internationale Effizienz*), no el individual a costa de los otros Estados; *vid.* Siehr, «Ökonomische...», *cit.*, p. 294, entre otras razones, porque a la larga, *i.e.*, en los juegos de repetidas jugadas como son las relaciones internacionales, el comportamiento oportunista no es racional *supra*. No obstante, la solución no está libre de problemas, *vid.*, Garcimartín, «El régimen...», *cit.*, p. 31; Ribstein, «Choosing...», *cit.*, pp. 273-287.

chos subjetivos deriva del hecho de que cada Estado sólo puede implementar coactivamente su ordenamiento dentro de su territorio. En principio, un operador no tiene la garantía de que el derecho subjetivo que le atribuye un Estado vaya a poder ser reconocido e implementado en todos los demás. Como es fácil de entender, en los llamados conflictos internos, sólo se plantea el primer problema. En los conflictos internacionales, ambos.

Todos los costes asociados a esas circunstancias son *costes de internacionalidad*, son costes específicamente derivados de la división del mundo en sistemas jurídicos. A efectos analíticos, dentro de estos costes de internacionalidad hay que diferenciar dos grupos.

Por un lado, hay costes puramente *operativos o procedimentales* y por lo tanto evitables por la mera cooperación entre los Estados. Son costes cuya reducción no suele implicar decisiones valorativas, ya que no atribuyen derechos subjetivos; las decisiones que exigen son técnicas. Los mecanismos de cooperación entre autoridades en materia de información del Derecho extranjero, de traslado de documentos, etc., son el típico ejemplo.

Estos mecanismos no plantean graves problemas: son eficientes, desde la perspectiva funcional del Dipr, y responden cabalmente a la función facilitadora de este sector del ordenamiento. Por eso no me voy a volver a detener en ellos.

Por el contrario, hay otro tipo de costes que son inevitables. Pese a que los Estados estuviesen dispuestos a cooperar entre sí, la diversidad de Derechos y la diversidad de aparatos procesales de implementación es inevitable (o si se prefiere es un dato exógeno al Dipr, *supra*). Es fundamental entender que, en este caso, *su reducción sí requiere decisiones valorativas ya que implican una atribución de derechos subjetivos: o se imputan a una parte en la transacción o se le imputan a la otra o se comparten*. Este tipo de costes son los que más nos interesan ahora.

Para referirme a ellos voy a emplear el término *riesgos de internacionalidad*, en la medida en que *desde la perspectiva de las partes* se perciben como un riesgo. Para los participantes en el tráfico internacional, la consecuencia asociada al fraccionamiento normativo es el riesgo de quedar sometido a «otro sistema jurídico». El riesgo es el «viaje jurídico al extranjero»: sea para demandar allí, para notificar allí, para obtener un prueba, para solicitar el reconocimiento de una decisión o para informarse sobre el Derecho extranjero y ajustar a él su comportamiento. Y el problema valorativo (o normativo) es qué parte debe soportar ese riesgo; es decir, «qué parte debe pagar el viaje al extranjero».

Como luego veremos, este planteamiento tiene dos **ventajas analíticas**.

Por un lado, permite aplicar los criterios sobre imputación y distribución del riesgo desarrollado por el análisis económico del Derecho¹¹¹. La idea es la siguiente: *para minimizar los costes asociados al fraccionamiento normativo (costes de internacionalidad), el Dipr debe imputar los riesgos que esto conlleva*

¹¹¹ *Vid.*, Coleman, *Risk...*, *cit.*, defendiendo que todo el Derecho privado se puede plantear como un problema de distribución de riesgos: o los soporta una parte, o los soporta la otra, o se comparten. *Vid.*, en parecidos términos, D. Friedman, *Law's Order*, 2000, p. 63 («*Legal rules allocate risk*»).

(*riesgos de internacionalidad*) conforme a criterios de eficiencia. Así se satisface el sentido económico y el carácter facilitador de este sector del Derecho (con más detalle, *infra*).

Por otro lado, permite apreciar mejor la *lógica de Derecho privado* que subyace a este sector del ordenamiento. El distribuir los riesgos de internacionalidad entre las partes implica beneficiar a una parte a costa de la otra. Rasgo propio de todo el Derecho privado: «lo que se quita al uno se lo da al otro» (MEDICUS). Por eso se ha definido este sector del ordenamiento como «un drama entre un demandante y un demandado»¹¹². Desde el punto de vista del demandado hay que justificar por qué se le quita «algo» y desde el punto de vista del demandante hay que justificar por qué se le da ese «algo», además ambas explicaciones deben de ser correlativas: en principio, hay que demostrar que la relación extrajudicial entre esas partes justifica que judicialmente se le quite algo a uno (demandado) para dárselo precisamente a ese otro (demandante). Como vamos a comprobar, el modelo que aquí se desarrolla ofrece respuestas bastante razonables a estas cuestiones.

Para aplicar cualquier criterio de imputación lo primero que debemos tener en cuenta es que prácticamente todo el Dipr se puede plantear como un problema de distribución de riesgos, y en concreto de riesgos de internacionalidad.

(a) En el ámbito de la CJI, la división del mundo en distintas unidades jurisdiccionales conlleva un riesgo de internacionalidad específico: el tener que acudir a un foro extranjero para hacer valer los derechos subjetivos, sea como actor o como demandado. Lo que podemos llamar el «**riesgo de internacionalidad jurisdiccional**». Esto implica, a su vez, toda una serie de costes: el coste de quedar sujeto a un Derecho procesal extranjero, el coste de contratar a abogados extranjeros, etc.¹¹³.

Según esta forma de plantear las cosas, el problema básico del que se ocuparía el sector de la CJI es determinar *qué parte debe soportar «el riesgo de internacionalidad jurisdiccional»*. Así, por ejemplo, el foro del domicilio del demandado implica que ese riesgo se le imputa al actor, mientras que los foros especiales implican la imputación al demandado (*infra*). La cuestión básica de este sector del Dipr consiste en decidir qué parte, una, otra o ambas, debe cargar con ese riesgo.

(b) El sector de la ley aplicable también se puede plantear en los mismos términos. En este caso, el riesgo de internacionalidad es el quedar sujeto a un Derecho extranjero. Lo que se puede llamar «**el riesgo de internacionalidad conflictual**». Lo cual implica, a su vez, una serie de costes: fundamentalmente, el coste de informarse del Derecho extranjero y el coste de modificar sus parámetros de conducta para adecuarse a él.

El problema básico del que se ocupa el Dipr conflictual es decidir a quién se imputa ese riesgo de internacionalidad conflictual. En el caso de los contratos de consumo, por ejemplo, el Art. 5 del CR implica que ese riesgo se imputa al profesional.

(c) El sector del reconocimiento/ejecución de decisiones se ocupa del «**riesgo de reconocimiento internacional**» e implica su imputación al actor:

¹¹² Dagan, «The Distributive...», *cit.*, p. 153.

¹¹³ Con más detalle, Virgós/Garcimartín, *Derecho...*, *cit.*, pp. 56-57.

quien decide demandar en un Estado concreto asume el riesgo asociado al reconocimiento de esa decisión en los demás¹¹⁴, igual que el actor, normalmente, asume los riesgos asociados a la notificación internacional (*infra*).

En **definitiva**: (a) La división del mundo en sistemas jurídicos genera una serie de costes para los operadores en el mercado internacional (*costes de internacionalidad*); (2) Desde la perspectiva de estos operadores esos costes se perciben como un riesgo (*riesgo de internacionalidad*): el tener que acudir a un foro extranjero para reclamar mis derechos subjetivos («riesgo de internacionalidad jurisdiccional»), el quedar sometido a un Derecho material extranjero («riesgo de internacionalidad conflictual»), etc.; (c) Esta forma de ver las cosas permite plantear el Dipr como un *sistema de imputación de los riesgos asociados al fraccionamiento normativo*.

El epígrafe siguiente se dedica a analizar los criterios de imputación de riesgos que deben informar el Dipr.

3. Criterios de imputación

Los criterios de imputación de esos riesgos de internacionalidad deben elaborarse a partir del **principio de eficiencia**. No cuesta ver la razón: en nuestro modelo analítico, la función del Dipr es reducir el coste asociado a los riesgos de internacionalidad (*supra*) y *por definición* la forma de minimizar un coste asociado a un riesgo es imputándolo según criterios de eficiencia. Así se satisface el sentido económico y el carácter facilitador de este sector del Derecho.

Obviamente, el principio de eficiencia y sus criterios de imputación no es el único parámetro posible de imputación de riesgos. Se pueden utilizar también criterios morales: el riesgo se imputa a la parte cuya conducta sea moralmente reproducible; o causales: el riesgo se imputa a quien lo haya causado¹¹⁵. La primera opción es poco útil a nuestros efectos, ya que no parece que haya nada moralmente reproducible en internacionalizar una transacción. La segunda opción es más plausible y de hecho ha sido utilizada en algunos ámbitos del Dipr (aunque sin plantearlo explícitamente como un problema de imputación de riesgos). Por ejemplo, se ha desarrollado una teoría normativa sobre las reglas de CJI a partir de la idea de causalidad: un Estado puede ejercer su poder jurisdiccional sobre un ciudadano de otro Estado cuando «si no hubiere sido por su conducta» (el conocido «*but for test*») no habría habido necesidad de litigar¹¹⁶. También, en la perspectiva conflictual, el modelo de legitimidad política responde a esta idea: un Estado está legitimado para aplicar su Derecho a un ciudadano de otro Estado si la conducta del sujeto provocó directa o indirectamente su relación con el primer

¹¹⁴ Para un análisis económico de este sector del ordenamiento Brand, «Recognition...», *cit.*, *passim*.

¹¹⁵ Sobre los criterios causales, R. Epstein, «A Theory of Strict Liability», *J.Leg.Stud.*, 1973, pp. 151 y ss.; Coleman, *Risk...*, pp. 270-284.

¹¹⁶ P.ej. Maloney, «Specific Personal Jurisdiction and the Arise from or relate to requirement...What does it mean?», *Wash.&Lee L.Rev.*, 1993, pp. 1265 y ss.; ROSE, «Related Contacts and Personal Jurisdiction: the But for Test», *Cal. L. Rev.*, 1994, pp. 1545 y ss.

Estado y sólo en esa medida¹¹⁷. El criterio de la causalidad puede resultar útil en ciertos casos (*infra*) y su aplicación conduce a resultados muy semejantes a los que vamos a alcanzar aquí, pero aparte de las dificultades analíticas que plantea¹¹⁸, no es *per se* suficiente para ofrecer un modelo general, ni para encuadrar el análisis en un marco teórico más amplio. Los criterios que se ofrecen a continuación sí.

La imputación de los riesgos de internacionalidad conforme a criterios de eficiencia permite, además, reconciliar las conclusiones que alcanzaremos a continuación con la idea de la **voluntad hipotética**. En principio, la imputación de riesgos conforme a criterios de eficiencia coincide con la voluntad hipotética de las partes, ya que las partes, desde una perspectiva *ex ante* sólo estarían dispuesta a aceptar soluciones eficientes, *i.e.*, aquellas que minimizan el coste conjunto¹¹⁹, y, por consiguiente, se compadece muy bien con la idea de que la autonomía privada debe ser la base del sistema (*supra*).

Como se ha puesto de relieve, los análisis tradicionales han partido de una concepción distributiva del Dipr, de tal modo, que la aplicación de la ley alegada por el demandante o de la ley alegada por el demandado era un juego de suma cero. Lo que ganaba uno, lo perdía el otro. Y viceversa. En estos casos, el criterio de eficiencia no nos dice nada sobre quién debe soportar el coste o el beneficio. Sin embargo, el problema de esta perspectiva es su visión de las cosas *ex post*. Desde una perspectiva *ex ante*, la solución conflictual, como cualquier otro juego de Derecho privado, es un juego de suma positiva en el que hay beneficio mutuo si se asignan los costes (en este caso, los costes asociados al riesgo de internacionalidad) conforme a criterios de eficiencia. Esa es la solución que sujetos racionales, actuando *ex ante*, hubiesen escogido y, por consiguiente, coincide con lo que sería su «voluntad hipotética»¹²⁰. Los sujetos racionales, en principio, toman parte en relaciones sociales si *ex ante* esperan «ganar algo»¹²¹.

3.1. TESIS GENERAL

Básicamente, los criterios generales de imputación de riesgos derivados de principio de eficiencia responde a la siguiente idea: *los riesgos se deben imputar a aquella parte que pueda sobrellevarlos a un menor coste (cheapest risk*

¹¹⁷ Brilmayer, *Conflict of Laws. Foundations and Future Directions*, 1995, en especial, pp. 191 y ss. (de la primera edición); para una crítica muy pertinente dentro de los mismos parámetros de legitimidad política, *vid.*, J. Brand-Ballard, «Legitimacy, Consequentialism, and Conflict of Laws: Lea Brilmayer's Right Based Theory», *New Eng. L.Rev.*, 1995, pp. 39 y ss, en especial, pp. 57-81.

¹¹⁸ Landes/Posner, «Causation in Tort Law: An Economic Approach», *J.Leg.Stud.*, 1983, pp. 109 y ss., p. 110, recogiendo la idea coasiana de que un modelo analíticamente neutral debe considerar la causa como recíproca y, por consiguiente, un resultado, no una premisa.

¹¹⁹ *Vid.*, con más referencias, Garcimartín, *Derecho Internacional de Sociedades: Una aproximación contractual*, (inédito).

¹²⁰ Así, O'Hara/Ribstein, «From Politics...», *cit.*, p. 1184 y ss. (demostrando que, además, este criterio conduce a aplicar la ley del Estado con la «Comparative Regulatory Advantage»).

¹²¹ Obviamente, como ya he señalado en otro lugar, «ganar algo» no debe interpretarse en términos puramente crematísticos, sino en términos de utilidad: ganar algo significa mejorar la función de utilidad del un sujeto (sea cual sea ésta).

bearer) siempre que la identificación de esa parte y su imputación no implique, a su vez, un coste mayor¹²².

Esta idea general tiene dos aspectos: una regla y los costes de aplicación de esa regla. (a) La **regla** es que el riesgo de internacionalidad se debe imputar a aquella parte que pueda soportarlos a un menor coste (*cheapest risk bearer*, por utilizar una expresión acuñada en este tipo de análisis). En la mayoría de las transacciones internacionales el coste de prevenir/soportar un riesgo no es el mismo para ambas partes; el principio de eficiencia exige, en tales casos, que el riesgo se impute a aquella parte que pueda prevenir/soportar ese riesgo al menor coste¹²³.

Así se cumple perfectamente la función del Dipr: minimizar los costes asociados al fraccionamiento normativo. (b) Pero también deben considerarse los llamados costes terciarios: los costes de administración o **aplicación de esa regla**. Cuando sea muy costoso identificar al *cheapest risk bearer* o, aun siendo posible su identificación, sea muy costoso imputarle el riesgo, puede suceder que la minimización de costes que generaría esa regla no compense su utilización; en cuyo caso, la atribución del riesgo de internacionalidad puede hacerse conforme a presunciones generales, aleatoriamente o simplemente dejándolo donde ya esté.

3.2. LA PARTE QUE PUEDE SOPORTAR EL RIESGO A UN MENOR COSTES: EL «INTERNATIONAL CHEAPEST RISK BEARER»

El *cheapest risk bearer* es aquella parte en la transacción que pueda prevenir/soportar el riesgo en cuestión a un menor coste. O dicho de otro modo, «aquella parte que tiene una ventaja comparativa en la prevención o en la asunción de los riesgos»¹²⁴. En nuestro caso, el *international cheapest risk bearer* sería aquella parte en la transacción internacional que pueda prevenir/soportar

¹²² Aunque en relación al tema de los accidentes, sigue siendo paradigmático en esta forma de ver las cosas, Calabresi, *The cost of Accidents*, 1970; en buena medida, la exposición subsiguiente procede de las consideraciones que ahí se hacen y las contenidas en Demsetz, «When...», *cit.*, *passim*; Calabresi/Hirschhoff, «Toward a Test for Strict Liability in Torts», *Yale L.J.*, 1972, pp. 1055 y ss.; Posner/Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, *J.Leg.Stud.*, 1977, pp. 83 y ss.; Goetz, *Cases and Materials on Law & Economics*, 1984, p. 125; Scott, «Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts», *Calif.L.Rev.*, 1987, pp. 2005 y ss.; Gilles, «Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost Avoider», *Va.L.Rev.*, 1992, pp. 1291 y ss.; D. Friedman, *Law's Order*, 2000, *passim*.

¹²³ La idea de que, siempre que hay costes de transacción, la atribución de derechos subjetivos es económicamente relevante ya que la posibilidad de prevenir/soportar esos costes no es la misma para ambas partes puede verse en Demsetz, «When...», *cit.*, *passim*. La explicación es fácil de entender: si se imputan a quien puede soportarlos a un menor coste, el «precio» conjunto de la transacción es menor, por lo tanto, *ex ante*, ambas partes salen beneficiadas. Por eso dije anteriormente que el principio de eficiencia se corresponde con la voluntad hipotética de las partes.

¹²⁴ También son comunes otras formulas; por ejemplo, identificar al *cheapest cost avoider* con aquella parte de la transacción a la que Ud. pagaría para que, si se le imputasen a Ud. que no tiene nada que ver con el asunto, los padeciese ella. Obviamente, para que los asumiese otro Ud. debería pagarle un precio, pero el menor posible; y aquél que le va a pedir el menor precio es el *cheapest cost avoider*.

el riesgo de internacionalidad de que se trate («internacionalidad jurisdiccional», «internacionalidad conflictual»,...) a un menor coste¹²⁵.

El análisis económico del riesgo suele emplear dos criterios básicos para identificar a esa parte: el criterio del control y el criterio del impacto.

(i) El **criterio del control** conduce a imputar un riesgo a aquella parte que pueda prevenirlo o controlarlo a un menor coste. En la concreción de este criterio suele valorarse como índice la causalidad (una parte «controla» los riesgos que ha generado o causado con su conducta)¹²⁶. Normalmente este criterio vale para los riesgos «controlables» (no sistémicos) y sobre todo para las relaciones extracontractuales puras¹²⁷.

La lógica económica de este criterio reside en la idea del riesgo moral: si quien controla el riesgo no es quien soporta las consecuencias negativas, externaliza parte del coste de sus conductas¹²⁸. Esto es, tiene incentivos para comportarse ineficientemente. La imputación del riesgo le obliga a internalizar las externalidades. Además, esta parte será la que mayor información tenga sobre el riesgo (su probabilidad y la cuantía del daño), si se le imputa a ella se asegura que el precio refleje el coste social y por lo tanto el buen funcionamiento del sistema de precios como mecanismo de transmisión de información¹²⁹.

A su vez, de este criterio de imputación se deriva un límite: sólo deben imputarse los riesgos racionalmente previsibles pues son los únicos «controlables». Y por lo tanto, los únicos que se pueden internalizar.

El juego de este criterio en nuestro ámbito conduce a imputar el riesgo de internacionalidad a aquella parte que **«controle» la internacionalidad** de la relación; típicamente, *a aquella parte que con su conducta introduce el elemento de internacionalidad en la relación*. O dicho de otro modo: quien internacionaliza la relación, debe soportar los riesgos asociados a esa internacionalidad¹³⁰. Con el límite de lo razonablemente previsible.

¹²⁵ En parecidos términos, aunque en relación a un tema específico, Hofstetter, *Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne*, 1995, pp. 81-83.

¹²⁶ Este criterio guarda cierta relación con el principio desarrollado por la doctrina alemana de atribución de riesgos según esferas de control (*Grundsatz der Risikoverteilung nach den Einflußsphären*), vid. Larenz/Canaris, *Methodenlehre...*, cit., p. 207; crítico, Staudinger-Peters § 645 Rz 29. En general, los criterios de imputación de riesgos elaborados en la dogmática alemana, (*abstrakten Beherrschbarkeit*, *Absortion*, y *arbeitsteiligen Veranlassung*, vid., por todos, Koller, *Die Risikorechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, 1979, pp. 77-98) guardan cierta relación con los elaborados por el análisis económico del Derecho, en este mismo sentido, Gunst, *Die charakteristische Leistung*, 1994, p. 155.

¹²⁷ Rubin, *Tort Reform by Contract*, 1993.

¹²⁸ En general, los derechos subjetivos se deben atribuir de forma que concentren los costes y beneficios asociados a las conductas humanas en aquella parte que controla físicamente la acción, Demsetz, «Toward a Theory of Property Rights», *Am. Econ. Rev.*, 1967, pp. 347 y ss., p. 348; Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, pp. 21-26.

¹²⁹ Puede verse Calabresi, «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts», *Yale L.J.*, 1961, pp. 499 y ss.

¹³⁰ Implícitamente, partiendo de esta idea para resolver ciertos problemas vinculados al Derecho internacional de sociedades, Zimmer, *Internationales Gesellschaftsrecht*, 1997, pp. 64-69; en materia

En términos económicos, esto asegura que los individuos internalicen los riesgos de internacionalidad que generan sus conductas y, por lo tanto, que adopten decisiones racionales (o eficientes).

Ejemplo. Aunque más adelante veremos aplicaciones concretas de estas ideas, puede adelantarse un ejemplo donde puede ser muy elocuente la aplicación de este criterio. En el conocido asunto Minas de Potasa¹³¹ es claro que el riesgo de internacionalidad debe soportarlo la firma francesa; no porque haya causado el daño (pues esto es un problema del Derecho material), sino porque es quien *internacionaliza* la relación. Las víctimas holandesas *están en su Estado* y es la empresa contaminante quien «va» a ellas: quien introduce el elemento de internacionalidad. Por eso es ella quien debe padecer los riesgos de internacionalidad; en ese caso, tanto el riesgo de internacionalidad jurisdiccional (quedar sometida a una jurisdicción extranjera, la holandesa en el ejemplo) como el riesgo conflictual (quedar sometida a un Derecho extranjero, el holandés en el ejemplo).

En cambio, si imaginamos que los agricultores holandeses, a su vez, exportan los productos contaminados a América del Sur, el riesgo de internacionalidad asociado (p.ej. quedar sometido a los tribunales de estos países) no le es imputable a la empresa francesa por cuanto que ha «escapado» a su esfera de control.

Este parámetro explica también la importancia de los vínculos fácticos (residencia, lugar de celebración entre presentes), frente a los jurídicos (nacionalidad); los primeros son más «visibles» que los segundos y, por lo tanto, más fáciles de prever y controlar por los demás¹³². El riesgo de internacionalidad asociado a un vínculo jurídico debe soportarlo, en principio, quien lo «trae» a la relación (muy claro en la excepción de interés nacional).

(ii) El otro criterio básico es el criterio del *impacto* (o de la diversificación, *spreading losses*¹³³). Este criterio conduce a imputar el riesgo a quien vaya a padecer menores costes si ese riesgo sobreviene. En la concreción de este criterio se valoran elementos como la información que cada parte posea, o pueda poseer, sobre ese riesgo (cuanta más información, más fácil reducir el daño derivado de su impacto), las posibilidades de diversificación del riesgo en operaciones independientes o las posibilidades de aseguramiento.

La lógica económica de estos criterios reside en el principio de utilidad marginal decreciente del dinero: el incremento en la función de utilidad de un individuo proporcionado por una peseta adicional se va reduciendo progresivamente. Por lo tanto, en términos de bienestar, es mejor que muchos individuos sufran una pérdida pequeña que un solo individuo sufra esa misma pérdida.

de CJI, Goldman, «My Way and the Highway: The Law and Economics of Choice of Forum Clauses in Consumer Form Contracts», *Nw.U.L.Rev.*, 1992, pp. 700 y ss., p. 723; Pontier, «The Justification...», *cit.*, p. 398, 400. *Vid.*, también, STC 132/1991, «El solicitante de amparo, al exportar sus mercancías al extranjero, ha establecido un punto de conexión con un ordenamiento cuyas exigencias y requisitos no puede desconocer...».

¹³¹ STJCE as. 21/76.

¹³² Potier, «The Justification...», *cit.*, p. 400.

¹³³ Detenidamente, D. Friedman, *Law's...*, *cit.*, pp. 161-162.

Además, las posibilidades de diversificación convierten un riesgo imprevisible en previsible.

En el ámbito que nos interesa, el Dipr, este criterio conduce a imputar los riesgos de internacionalidad a aquella parte que vaya a padecer un menor coste se si materializan. Por ejemplo, quien habitualmente realiza transacciones en el mercado internacional (el operador sofisticado) tiene más información sobre los costes de internacionalidad y además puede diversificarlos; en el caso de relaciones entre operadores sofisticados y operadores ocasionales, el *international cheapest risk bearer* es el primero¹³⁴.

En la medida en que estamos distribuyendo un «riesgo legal» (acudir a un sistema jurídico extranjero) este criterio conduce, también, a atribuir ese riesgo a la parte que vaya a tener menos necesidad de «utilizar el Derecho». Entre dos operadores sofisticados o entre dos operadores no sofisticados, debe imputarse el riesgo de internacionalidad a quien vaya a tener menor necesidad de demandar o de utilizar el Derecho (*infra*).

3.3. COSTES TERCIARIOS O CRITERIO DE OPERATIVIDAD DE LA REGLA

El otro elemento básico que hay que considerar es el coste asociado a la aplicación de la regla del *international cheapest risk avoider*. El juego de los criterios anteriores puede ser muy complejo e incluso conducir a resultados contradictorios entre sí. El **criterio de operatividad** indica que se debe escoger aquél sistema de imputación de riesgos cuya implementación sea menos costosa. Cuando los dos criterios anteriores no conduzcan a una solución clara o cuando su aplicación implique unos costes muy elevados (para el juez o para el legislador) se debe seguir aquella imputación de riesgos que genere menos costes procesales. Por ejemplo, dejar los riesgos allí donde ya están. Este criterio explica, por ejemplo, todos los sistemas de presunciones legislativas.

En el ámbito del Dipr este criterio (el criterio de los costes de aplicación de las reglas) conduce a imputar los riesgos de internacionalidad de forma que se *minimicen los costes procesales* asociados a dicha imputación. Deben ponderarse los costes y beneficios asociados a cada criterio y escoger la solución que implique menos costes en términos agregados.

En **definitiva**: Para que el Dipr cumpla su función de minimizar los costes asociados al fraccionamiento normativo debe imputar los riesgos de internacionalidad conforme al principio de eficiencia. Los tres criterios básicos que de él se pueden derivar son los siguientes. (a) El criterio del origen de la internacionalidad: debe imputarse el riesgo de internacionalidad a la parte que genera el elemento de internacionalidad en la relación. (b) El criterio del impacto: debe imputarse el riesgo de la internacionalidad a quien vaya a padecer menos costes si sobreviene. (c) El criterio de la operatividad: debe escogerse aquella regla de imputación que implique menos costes procesales. La solución definitiva es aquella que combine mejor estos tres criterios.

¹³⁴ Muy claro en este sentido, Woodward, «Sale of Law...», *cit.*, *passim*.

4. Aplicaciones propuestas

En este epígrafe voy a proyectar el modelo analítico y normativo formulado en las páginas anteriores sobre el Derecho positivo. Son «aplicaciones propuestas» o «ejemplos paradigmáticos» y por consiguiente elementos integrantes de la teoría¹³⁵. Lo que implica que no falsea este modelo el hecho de que no valga para ciertos casos distintos de los que aquí se proponen.

4.1. DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL: EL RIESGO DE INTERNACIONALIDAD JURISDICCIONAL

Dentro del Derecho procesal civil internacional, las normas de Competencia Judicial Internacional (CJI) ocupan un lugar fundamental. En este epígrafe voy a «contemplar» algunas de esas reglas desde la perspectiva descrita en los capítulos anteriores. En concreto, y a mero título de ejemplo, voy a referirme a las reglas del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («Reglamento de Bruselas I»). El análisis es bastante rudimentario puesto que mi única intención es ilustrar con ejemplos positivos esa forma de ver las cosas (o mejor dicho, demostrar que resulta útil ver las cosas de esa forma).

a. *Planteamiento general*

El análisis de las normas de CJI desde la perspectiva aquí descrita debe comenzar por preguntarse: ¿qué parte debe soportar el riesgo de internacionalidad jurisdiccional, el actor o el demandado? En los supuestos de tráfico externo, en la medida en que el litigio se debe plantear a algún sitio, la pregunta clave acaba siendo qué parte debe «pagar el viaje al extranjero»¹³⁶. Imputarle el riesgo al actor implica que él debe acudir al foro del demandado a plantear la demanda; imputarle el riesgo al demandado implica que el actor puede demandarle en su propio foro (el del actor).

Los casos en los que ambas partes soportan el riesgo de internacionalidad, esto es, cuando el actor demanda en un tercer Estado, son atípicos. Salvo cláusulas de elección de foro, en la práctica las demandas se plantean o en el foro del domicilio del demandante (cuando lo permita un foro especial) o en el foro del domicilio del demandado. La razón es clara: si el actor tiene que plantear la demanda en el extranjero (porque el foro especial conduzca a un tercer Estado) lo más eficiente es plantearla en el foro del demandado (ya que así se ahorra los cos-

¹³⁵ Lo que presupone una concepción estructuralista de las teorías jurídicas en el sentido propuesto por Canaris, *Función...*, pp. 37-55, frente a la idea epistemológica dominante de que una teoría jurídica esta compuesta únicamente por un sistema de enunciados, la concepción estructuralista eleva las «aplicaciones propuestas» (casos o grupos de casos) a la categoría de elementos de la misma teoría.

¹³⁶ *Vid.*, Born/Westin, *International Litigation in US Courts*, 3.^a ed., 1996, p. 80; ya Cohen, «Transcendental Nonsense and the Functional Approach», *Colum.L.Rev.*, 1935, pp. 809 y ss., p. 812. Sin perjuicio, claro está, de que el sistema de costas procesales pueda acabar compensando parte de los costes.

tes de notificación internacional, de ejecución internacional,...)¹³⁷. Esto explica muy bien la idea de que *conforme se van reduciendo estos costes —y en particular se facilita la ejecución transfronteriza de las decisiones—, se va incrementando la importancia de los foros especiales*. El CB 1968 ha intentado facilitar la ejecución transfronteriza, pero al mismo tiempo se ha preocupado de fijar unos foros especiales «razonables» para el demandado.

b. *Foro general del domicilio del demandado*

El Art. 2 del Reglamento de Bruselas I establece como foro general el domicilio del demandado (regla *actor sequitur forum rei*). En principio esto implica que el riesgo de internacionalidad lo asume el actor: salvo que exista otro foro (especial) el actor debe acudir al foro del demandado para reclamar su derecho subjetivo. En esta medida, además, el foro general funciona como cláusula de cierre del sistema: cuando no tenga otro foro disponible, al actor siempre le queda la posibilidad de acudir al foro del demandado.

El foro general es un foro «ciego» en el sentido de que no se formula en atención a la naturaleza del litigio¹³⁸. Lo cual implica que ninguno de los criterios sustantivos formulados en la parte anterior son útiles para explicar la *ratio* económica de este foro. Ni en criterio del control (u origen) de la internacionalidad, ni el criterio de la diversificación o impacto valen para explicar la regla *actor sequitur forum rei* ya que es una regla que no atiende a las peculiaridades de la transacción y por consiguiente que no atiende a qué parte tiene un mayor control de la internacionalidad o padece en menor medida de su coste.

La regla *actor sequitur forum rei* vendría a decir: «Sea cual sea la parte que generó la internacionalidad del litigio y sea cual sea el impacto de este dato, siempre se puede demandar al demandado en su domicilio».

Desde una perspectiva eficientista, por lo tanto, el único criterio que sirve para explicar, y justificar, esta regla es el *criterio de la operatividad* (*supra*). Cuando esos criterios sustantivos sean irrelevantes, debe escogerse aquella regla que reduzca los costes de implementación del sistema. Esto es, las razones económicas de esa regla son *estrictamente procesales*.

Es cierto que si empleamos un criterio puramente operativo, en principio la elección de uno u otro de los domicilios de las partes como foro general, el del actor o el del demandado, parece desde el punto de vista de la eficiencia irrelevante. No tiene mucho sentido escoger como foro general un foro ajeno a las partes (el foro de un tercer Estado) ya que eso multiplica los costes para ambas. El coste de internacional se les impondría a las dos. Pero, entre uno u otro (el

¹³⁷ Más detenidamente, Virgós/Garcimartín, «El Convenio...», *cit.*, p. 95, con más consideraciones críticas sobre la idea, muy extendida, de que deben evitarse los foros especiales cuando conduzcan al domicilio del actor.

¹³⁸ La terminología es de Twitchell, «The Myth of General Jurisdiction», *Harv.L.Rev.*, 1988, pp. 610 y ss., p. 613.

del actor o el del demandado) es irrelevante cuál se elija. Si se elige el foro del actor, los costes de internacionalidad se le imputan al demandado, si se elige el foro del demandado, los costes de internacionalidad se le imputan al demandante. Acaba siendo una cuestión puramente distributiva.

Quizas esta idea se pueda expresar mejor con un ejemplo numérico. Asumamos que el coste de acudir a un foro extranjero se duplica en relación al coste de acudir al foro propio. De tal modo, que si para el actor el coste de demandar en su domicilio es de 20, el coste de demandar en el extranjero es de 40, ya que tiene que pagar costes de desplazamiento, de traducción, de contratar abogados extranjeros, informarse de sus normas procesales,... Y lo mismo vale para el demandado: si es demandado en su domicilio sus costes procesales son de 20, mientras que si es demandado en el extranjero sus costes procesales serían de 40¹³⁹. Desde el punto de vista del coste social (principio de eficiencia), no tendría sentido que se estableciese como foro general el foro de un tercer Estado ya que eso implicaría un coste global de 80. Pero el hecho de que se acuda a uno u otro, el del actor o el del demandado, sería irrelevante ya que el coste global, en ambos casos es de 60. Es un juego de suma cero y, por consiguiente, el único problema es redistributivo (quién va a pagar el sobre coste de 20).

No obstante, si analizamos la cuestión con más detalle, sí que podemos encontrar dos argumentos económicos para justificar la opción a favor del foro del demandado como cláusula de cierre del sistema (o foro general):

- (a) Uno: así se reducen los costes procesales asociados a la notificación y ejecución internacional. Si el foro general fuese el domicilio del actor, además de implicar un sobre coste asociado a la notificación internacional, cuando éste obtuviese una sentencia favorable, habría un sobre coste de ejecución internacional, ya que típicamente tendría que acudir a solicitar el *exequatur* al foro del demandado¹⁴⁰. Ambos «sobrecostes» se evitan estableciendo como foro general el domicilio del demandado.
- (b) Dos: en el margen, se reducen las demandas. *Ceteris paribus*, es mejor que haya menos demandas, y el foro general del domicilio del demandado asegura esta solución. El argumento es marginalista¹⁴¹: en esta sede, los casos marginales son aquellos casos en los que el coste de acudir al proceso equivale más o menos a las ganancias esperadas (el valor de una sentencia favorable descontada la probabilidad de obtenerla). En estos casos marginales, el foro del actor reduce los costes procesales para el actor, lo cual incentiva que haya más demandas y que además haya un ries-

¹³⁹ Los numeros son convencionales, pero bastante plausibles. Por otro lado, no considero la posibilidad de que el perdedor pague las costas. Mi única intención con este ejemplo es ilustrar el argumento general.

¹⁴⁰ De hecho, los estudios empíricos demuestran que los costes asociados a la notificación internacional son una de las razones principales para acudir al foro del demandado (incluso pudiendo acudir al propio por la existencia de un foro especial), *vid.* GENSER (ed), *Foreign Courts. Civil Litigation in Foreign Legal Cultures*, 1996, *passim*.

¹⁴¹ Los argumentos marginalistas son una forma típica de argumentación económica.

go de demandas favorables injustificadamente excesivas¹⁴²; en cambio, el foro del demandado incrementa los costes para el actor, lo cual provoca que se reduzca en número de demandas (tanto en procesos declarativos como en ejecutivos)¹⁴³. Y, *ceteris paribus*, entre que haya más demandas o que haya menos es preferible lo segundo que lo primero¹⁴⁴. Moralmente, también, suele ser preferible que un culpable quede como inocente (que es el riesgo moral asociado al *forum actoris*), a que un inocente quede como culpable (que es el riesgo moral asociado al *forum defensoris*).

c. Los foros especiales por razón de la materia

Estos foros especiales tienen en cuenta la naturaleza del litigio, por eso se formulan por razones sustantivas. A diferencia del foro general, no son foros «ciegos» sino que se justifican por *la relación sustantiva que existe entre la conducta prelitigiosa del demandado y el foro competente*. Esto explica que los criterios que justifican estos foros sean criterios de imputación fundamentalmente *sustantivos*. El sometimiento a nuestros tribunales de un demandado domiciliado en el extranjero se justifica por cuanto que la internacionalización de la relación y su localización en nuestro país le es imputable al demandado de acuerdo con criterios objetivos de imputación. Y entre ellos, el *criterio del control u origen de la internacionalidad* ocupa un papel predominante: cuando el mismo demandado crea o genera una relación sustancial con un foro extranjero debe soportar el riesgo de internacionalidad asociado; esto es, el riesgo de poder ser demandado ante ese foro, a los efectos de la relación que él ha generado. En tales circunstancias, imponer ese riesgo al actor resultaría contrario al principio de eficiencia pues iría contra los criterios arriba formulados, al menos contra el criterio del control.

No obstante, se suele insistir en que la *ratio* principal de los foros especiales es la cercanía entre el tribunal y los hechos, lo cual reduce los costes de instrucción del proceso. Es cierto que la cercanía probatoria reduce los costes de instrucción procesal, pero, a mi entender, la principal razón que justifica esos foros no es la cercanía procesal, sino la «cercanía material»: esto es, la relación sustantiva establecida entre las partes que justifica el que se establezca un foro alternativo al foro general¹⁴⁵.

Desde esta perspectiva, se explica y justifica muy bien el **Art. 5.1 del Reglamento de Bruselas I**. Pese a las críticas que ha recibido, el precepto posee una justificación incontestable: si el demandado se obliga a cumplir algo en un lugar es eficiente que pueda ser demandado a los efectos de ese «algo» en ese

¹⁴² La razón es que el demandado marginal no acudiría a defenderse, con lo cual la probabilidad de victoria del actor es mayor.

¹⁴³ La razón es que el actor marginal no planteará la demanda.

¹⁴⁴ Téngase en cuenta que la cláusula *ceteris paribus* es especialmente pertinente en este contexto ya que, como hemos dicho, el foro general es un foro «ciego», *i.e.*, que no atiende a razones sustantivas, y si no hay razones sustantivas, los argumentos marginalistas y *ceteris paribus* cobran mayor relevancia.

¹⁴⁵ Esta idea puede verse más desarrollada en Virgós/Garcimartín, *Derecho...*, *cit.*, pp. 94-95; ya antes, Amores Conradi, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ», *R.E.D.I.*, 1989, pp. 113 y ss.

lugar. Y esto por dos razones: (a) Porque es él quien ha asumido el riesgo de internacionalidad al localizar el cumplimiento de su obligación material en un determinado Estado. (b) Porque ello incentiva el cumplimiento de las obligaciones. Veamos con más detenimiento ambos argumentos.

(a) Por un lado, quien se obliga a cumplir algo en un determinado Estado localiza *su* prestación en ese Estado; es él quien tiene el mayor control sobre su prestación y el cumplimiento de ésta (pues por definición se ha obligado voluntariamente a ello), por consiguiente, debe ser él quien soporte el riesgo de internacionalidad jurisdiccional asociado a la localización geográfica de esa prestación. Dicho de otro modo, el riesgo del «viaje al extranjero» se le debe imputar a quien materialmente se obliga a cumplir algo en el extranjero. La regla de competencia judicial sería el reflejo procesal de la localización geográfica de una obligación material. Esto explica, además, que sea la *lex contractus* la que determine el lugar de cumplimiento (STJCE as. 12/76).

(b) Por otro lado, la eliminación de ese foro desincentivaría, en el margen, el cumplimiento de las prestaciones. Si el actor tuviese que ir al domicilio del demandado (foro general) para reclamar el cumplimiento de una prestación localizada en «su Estado» (el del actor), ello incrementaría el coste procesal asociado a reclamar el cumplimiento de las obligaciones; con lo cual, en los casos marginales (*supra*), el actor no iría. Consciente de ello, el obligado tendría incentivos para no cumplir.

Igualmente, desde esta perspectiva se explica muy bien el **Art. 5.3 del Reglamento de Bruselas I** y su limitación a los daños directos. El caso que puede servir de hipótesis es el resuelto por la *Cour de Cassation* francesa de 21 de octubre de 1981: un nacional belga domiciliado en Bélgica arrolla con una embarcación de motor a un nacional francés en aguas de una playa española donde ambos se encuentran como turistas; la víctima es trasladada después del accidente a Niza, donde, tras una estancia hospitalaria breve, fallece. La viuda reclama ante los tribunales de esa ciudad francesa una indemnización al causante del accidente. Conforme al Art. 5.3 del Reglamento de Bruselas I (y jurisprudencia del TJCE) los tribunales franceses no serían competentes en este caso (sí los españoles o los belgas). Pues bien, la limitación del Art. 5.3 al lugar del «primer impacto» sobre la víctima directa no se explica porque el foro sea de «carácter excepcional», ni porque el lugar donde se producen los daños posteriores (por repercusión o derivados) no presenten una proximidad fáctica; de hecho, la presentan. Esa limitación se explica porque al causante del daño sólo le es imputable la localización del daño que causa directamente *en la medida en que* sólo esa localización está dentro de su círculo de control de riesgos. En este ejemplo, la localización en España es la única previsible y, por consiguiente, la única que puede internalizar. La localización de los daños posteriores, derivados o por repercusión, están dentro del círculo de control de riesgos de la víctima y ésta es quien los debe asumir¹⁴⁶.

¹⁴⁶ *Vid.*, aunque en relación a los problemas de ley aplicable, O'Hara/Ribstein, «From Politics...», *cit.*, p. 1217: («Both the tortfeasor and the plaintiff generally both know and can exercise some control over the place of injury...»).

En términos de *cheapest risk avoider* se comprende muy bien la habitual exigencia del TJCE, en el sentido de que los foros especiales «...deben interpretarse de aquella forma que un operador normalmente bien informado pueda razonablemente prever ante qué tribunales, distintos de los de su domicilio, puede ser demandado», (STJCE as. 26/91).

d. *Los llamados «foros de protección»*

Los llamados «foros de protección» que prevé el Reglamento de Bruselas I también se comprenden muy bien conforme a los criterios del control o iniciativa de la internacionalidad.

El foro de los **consumidores** (Arts. 15-16 del Reglamento) se basa en la idea de protección del «consumidor pasivo». Típicamente, el consumidor pasivo es un operador «no sofisticado» que esta contratando en «su mercado». Es la otra parte, el profesional, quien «viaja» al extranjero, y en este sentido, es ella quien debe asumir el riesgo de internacionalidad jurisdiccional. Por el contrario, cuando es el consumidor quien genera el riesgo de internacionalidad (supuesto de «consumidor activo») es él quien debe asumir este riesgo. Esta es la lógica que subyace a los Arts. 15-16 y se compadece muy bien con los criterios económicos de imputación de riesgo. Por un lado, quien genera el riesgo de internacionalidad puede «controlarlo» a un menor coste (criterio del control, *supra*); por otro lado, el operador sofisticado es un operador con más información y que opera en diversos mercados, por lo tanto puede valorar mejor los riesgos de internacionalidad y autoasegurarse a un precio más bajo (criterio del impacto, *supra*).

Esta forma de ver las cosas permite, además, mostrar la necesidad de corregir teleológicamente la letra de estos preceptos. Es razonable imputar el «riesgo de internacionalidad» al consumidor cuando se trata de consumidores activos en la medida en que ellos introducen el elemento de internacionalidad en la relación. Pero sólo el riesgo asociado a la internacionalidad, no el riesgo material. O dicho de otro modo, *el consumidor activo no deja de ser consumidor*. Por eso, el consumidor activo debería equipararse a los consumidores del mercado del profesional y no al operador «sofisticado» o profesional, que es lo que hace el Reglamento de Bruselas (y el Conv. de Roma 1980). Un consumidor que no es «pasivo» tal y como lo define el Reglamento quedaría sujeto al régimen general (el régimen pensado para contratos entre profesionales) de tal modo que, por ejemplo, la autonomía de la voluntad jugaría de forma ilimitada. Esto genera contradicciones valorativas graves y, por consiguiente, necesita ser corregido.

El foro del **trabajador** implica la posibilidad de demandar al empresario en el lugar donde el trabajador desempeñe habitualmente su servicio (Art. 19 del Reglamento). Esto encaja perfectamente con la imputación del riesgo de internacionalidad conforme al criterio del control. El contrato de trabajo se caracteriza porque el trabajador presta sus servicios *por cuenta y dirección del empresario*; esto implica que el empresario, entre otros aspectos, decide el lugar de trabajo. El empresario «controla» el lugar donde se va a desempeñar el trabajo; es eficiente, por lo tanto, que asuma los riesgos asociados a este «control». La

repercusión en nuestro ámbito de esta idea es obvia. Si el empresario decide internacionalmente el lugar de trabajo, debe imputársele el riesgo de internacionalidad asociado a ese control, *i.e.*, la posibilidad de ser demandado en ese lugar.

Por otro lado, y al igual que sucedía en el caso de los consumidores, el operador sofisticado en este caso (el empresario) es un operador con más información y que típicamente contrata a muchos trabajadores y opera en diversos mercados, por lo tanto puede valorar mejor los riesgos de internacionalidad y asegurarse a un precio más bajo (*supra*).

e. *Foros derivados o por conexidad*

Los criterios desarrollados hasta ahora permiten racionalizar también los llamados «foros por conexidad» previstos en el Reglamento de Bruselas I (Arts. 6.1 y 6.2) y orientar su reducción teleológica. El riesgo de internacional que particulariza estos foros es el riesgo de incompatibilidad de decisiones. El actor puede encontrarse con que el conocimiento de distintas causas conexas por Estados distintos le coloque en una situación embarazosa: la obtención de decisiones incompatibles entre sí y, por consiguiente, con un ámbito de reconocibilidad y ejecutabilidad territorialmente limitado (en principio, la primera no va a valer en el Estado de la segunda). No obstante, este riesgo debe soportarlo él (el actor) cuando no le sea imputable al co-demandado o al tercero-demandado. Esto es, cuando sea el actor y no el co-demandado o el tercero-demandado quien ha generado la internacionalidad del supuesto. La idea se puede percibir con varios ejemplos a partir del Art. 6.2

Ejemplo 1. Imaginemos una empresa exportadora española que vende determinados productos a una empresa francesa, A, quien a su vez los revende a otra firma francesa B. Por un defecto en el producto, la firma B sufre importantes pérdidas económicas con lo cual decide demandar a A en Francia. La firma A considera que los daños traen causa en un defecto de fabricación, y que, en esa medida, va a disponer de una acción de regreso contra la empresa española. Pues bien, el Art. 6.2 permite que A «llame en garantía» a la firma española ante los tribunales franceses (= tribunal que está conociendo de la demanda principal) aun cuando las mercancías no se hubiesen entregado en Francia. En este caso, el foro francés está dentro de la esfera de control y previsibilidad de la firma española. Sin embargo, si la firma francesa A, en lugar de revender los productos en Francia, los revendiese en Noruega, y fuese demanda ante los tribunales noruegos, no sería razonable que la empresa española tuviese que acudir allí. La colocación de los productos en Noruega escapa a su esfera de control y previsibilidad. La localización en Noruega es imputable a A y, por lo tanto, es ella quien debe asumir los riesgos de internacionalidad asociados (en este caso, el riesgo de decisiones inconciliables).

Ejemplo 2. Un francés viaja con su vehículo a Italia y allí se ve involucrado en un accidente donde participa otro vehículo italiano y es dañado un peatón italiano. El peatón demanda al francés en su domicilio y éste «llama» al conductor del vehículo italiano alegando que él es el verdadero responsable. En este caso, el conductor italiano, pese a ser materialmente culpable, no genera ningún riesgo de

internacionalidad y por lo tanto no le puede ser imputable. El riesgo de internacionalidad que se plantea en estas situaciones (esto es, que se alcancen decisiones inconciliables) ha de asumirlo quien generó la internacionalidad de la situación (el conductor francés).

f. *El carácter alternativo de los foros*

El modelo puede ofrecer también una explicación económica del carácter alternativo —general (Art. 2)/especial (Art. 5-6)— de los foros. Básicamente, la alternatividad se explica como un problema de costes de información¹⁴⁷. La idea se puede resumir así:

- (a) El conflicto de intereses que subyace a todo litigio puede obedecer a distintas causas: en unos casos, por ejemplo, el problema es que el deudor no está dispuesto a pagar, aún siendo fácilmente verificable la existencia de la obligación; mientras que en otros casos, por ejemplo, el deudor sí está dispuesto a pagar pero el problema es que piensa sinceramente que no debe nada. En el primer caso, el interés del actor se centra en la posibilidad de ejecutar coactivamente la eventual sentencia de condena: si la existencia de la deuda es fácilmente verificable, el problema se plantea en la *fase ejecutiva* más que en la *fase declarativa*. En el segundo caso, el interés del actor se centra en la posibilidad de obtener una sentencia declarativa; pues, p.ej., para mantener su buena reputación comercial, la mera declaración es suficiente para que el deudor pague voluntariamente. En este caso, lo importante son los aspectos *declarativos* más que los *ejecutivos*.
- (b) El principio de eficiencia requiere que se atribuya competencia judicial internacional a los tribunales que pueden ofrecer la tutela judicial que precisa el actor al menor coste posible. En nuestro ejemplo, si el problema principal es la ejecución, la competencia debe atribuirse a aquellos tribunales que minimicen los costes asociados a la ejecución coactiva de las decisiones judiciales; en cambio, si el problema es la declaración de la existencia de la deuda (asociado normalmente a la declaración de la existencia de un daño o de su importe), la competencia debe atribuirse a los tribunales que minimicen los costes derivados de esa declaración.
- (c) El foro general (Art. 2) ofrecería satisfacción al primer tipo de casos. Los foros especiales (Art. 5), al segundo. Cuando los problemas son los *aspectos ejecutivos* (o ciertos elementos de la instrucción, como la notificación), el foro general es un foro eficiente ya que minimiza los costes asociados a esa fase. Cuando el problema se centra en los aspectos *declarativos* (u otros aspectos de la instrucción procesal, como la práctica de ciertas pruebas) el foro especial por razón de la materia es eficiente, ya que minimiza esos costes. Su carácter alternativo para el actor se explica

¹⁴⁷ La idea está apuntada en Virgós/Garcimartín, «El Convenio...», *cit.*, p. 96; *vid.*, la idea original, aunque en relación al fraccionamiento temporal de los procesos, Landes, «Sequential versus Unitary Trials: An Economic Approach», *J. Legal Stud.*, 1993, pp. 99 y ss.

a partir del hecho de que para el legislador, *ex ante*, es imposible predecir si cada caso concreto se subsume en un tipo o en otro; el único que dispone de esa información es el actor y por eso es él quien puede elegir.

4.2. DERECHO CONFLICTUAL

El *riesgo conflictual* está asociado fundamentalmente a los costes de información del Derecho extranjero y de adaptación a sus contenidos materiales. O dicho de otro modo, desde una perspectiva individual, el coste que se deriva de quedar sujeto a un Derecho extranjero se vincula a tener que informarse del contenido de ese Derecho y a tener que adaptarse a lo que exigen sus reglas.

En un contrato de compraventa internacional, por ejemplo, la aplicación del Derecho del vendedor implica que el «riesgo conflictual» ha de soportarlo la contraparte: *i.e.*, el comprador. En particular, el coste asociado a ello para el comprador es que ha de informarse del contenido del Derecho extranjero (lo que normalmente implica mayores costes que informarse de su propio Derecho) y que ha de adaptar su comportamiento a esa reglas (*i.a.*, en cuanto a riesgos materiales, garantías, plazos de cumplimiento, etc.). Como se ha dicho, un empresario español que contrata con una empresa inglesa prefiere sujetar el contrato al Derecho español, no porque desconfíe del contenido del Derecho inglés o piense que le va a perjudicar, sino porque tendría que informarse del contenido del Derecho inglés y, en su caso, adaptarse a las exigencias materiales de ese Derecho. Siempre le va a resultar más barata la aplicación del Derecho español (ya conocido). En estos ejemplos, imputar el «riesgo conflictual» implica decidir qué parte en la relación va a soportar esos costes¹⁴⁸.

Partiendo de esta idea, en los apartados siguientes voy a analizar ciertas normas de conflicto vigentes en nuestro Derecho a partir del modelo arriba formulado. Como en el supuesto anterior, voy a escoger un determinado texto normativo, en este caso, el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, para ejemplificar las consideraciones. Mi intuición es que el modelo es válido también para los demás sectores del ordenamiento, pero una aplicación completa escaparía al sentido de este trabajo.

a. El Art. 4 del CR 1980 y la regla de la iniciativa contractual

En las relaciones contractuales típicas, el criterio del control o del origen de la internacionalidad no es muy útil. Salvo en los casos de error excusable, la internacionalidad de una transacción contractual no existiría sin la voluntad de los dos contratantes, pues a nadie se le obliga a contratar con empresas extranjeras. En una palabra, en este tipo de transacciones el riesgo de internacionalidad lo generan ambas partes. La lógica económica en estas reglas, por consiguiente, debe buscarse en otros criterios (básicamente, a partir del criterio del impacto).

¹⁴⁸ Garcimartín, «El régimen...», *cit.*, pp. 28-29; aplicando estas ideas en el mercado de capitales, Fox, «Securities Disclosure in a Globalizing Market: Who Should Regulate Whom», *Mich.L.Rev.*, 1997, pp. 2498 y ss., pp. 2512-2515.

Es cierto, sin embargo, que se ha defendido con criterios de eficiencia la imputación del riesgo conflictual a la parte que hace la oferta contractual ya que ella genera el riesgo de internacionalidad: aquella parte que se dirige a la otra, se dirige a «su mercado» (*i.e.*, al mercado de esta última) por lo que debe asumir los riesgos vinculados a esa decisión y, entre ellos, el conflictual¹⁴⁹.

Cuando una empresa inglesa se dirige a una empresa española para adquirir ciertos productos textiles fabricados por esta última (SAP de Barcelona, de 7 de junio de 1999), es aquélla quien genera, con su iniciativa, la internacionalidad del litigio, es ella quien «viaja a España» y, por consiguiente, quien debe asumir el riesgo conflictual asociado, esto es, la sujeción al Derecho español.

Pero esta tesis no es satisfactoria y de hecho no se ha recogido en el Derecho positivo. La regla de la iniciativa contractual no tiene mucho sentido como elemento primero y general para la determinación de la *lex contractus*. Básicamente por dos razones: (a) La primera ya ha sido apuntada. A diferencia de otro tipo de situaciones en las que una parte no puede evitar verse envuelta en una relación de naturaleza transfronteriza, quien recibe la oferta de contratar procedente de una empresa extranjera puede prevenir ese riesgo sencillamente rechazando la oferta. En los contratos internacionales típicos ambas partes suelen estar en el comercio internacional antes de celebrar el contrato; y por lo tanto ambas generan el riesgo de internacionalidad y ambas pueden prevenirlo: quien hace la oferta, no haciéndola, y quien la recibe, no aceptándola. (b) Además, esa solución plantearía graves problemas de aplicación ya que en las transacciones internacionales, al menos las que son resultado de negociaciones (ofertas y contraofertas), es prácticamente imposible determinar de quien partió la oferta definitiva. El criterio de operatividad de la regla (*i.e.*, de los costes terciarios o de aplicación) aconseja rechazar esa solución.

b. *Excepción: La protección del operador local: el Art. 8.2 CR 1980*

Como excepción, hay determinados supuestos en los que sí puede ser relevante determinar de quién partió la oferta ya que hay una clara localización del contrato en un mercado local. Son típicamente supuestos en los que el contrato no se negocia y *quien recibe la oferta es un operador local que está operando en su mercado*. Al margen de los contratos de consumo (*supra*), en tales supuestos puede tener sentido una corrección de la regla, ya que el operador local (no sofisticado) puede ser incapaz de valorar adecuadamente su decisión (esto es, de calcular los riesgos asociados a la internacionalidad).

Una concreción de estos supuestos está en el Art. 8.2 CR 1980. La idea que subyace a este precepto es que la iniciativa *es relevante* para determinar *si hubo consentimiento o no*, ya que a estos efectos quien recibe la oferta no puede pre-

¹⁴⁹ Gunst, *Die charakteristische...*, cit., pp. 165-186; en otro ámbito, Zimmer, *Internationales...*, cit., pp. 55-74; recientemente, sobre esta idea, Martiny, «Die Anknüpfung an den Markt», *FS Drobnig*, 1999, pp. 389 y ss., pp. 395-396.

venir el riesgo de internacionalidad. Quien recibe una oferta de una empresa extranjera puede prevenir el riesgo de internacionalidad rechazándola; pero el propio riesgo de internacionalidad asociado a este comportamiento, esto es, el que ese comportamiento implique aceptación en virtud de un Derecho extranjero, mientras que implica «no aceptación» conforme al Derecho propio, es imposible de prevenir. El que el silencio tenga un significado contractual distinto para el Derecho extranjero (allí es un «sí») y para el propio (aquí es un «no») es imposible de prevenir por quien calla. Por eso el riesgo de que un comportamiento sea erróneamente considerado como aceptación debe imputarse al oferente. Ese riesgo lo ha generado claramente quien introdujo el elemento de internacionalidad y es más fácil de prevenir y distribuir para el oferente; el oferente se dirige a varios y sabe *ex ante* a dónde se dirige, mientras que el ofrecido recibe de varios y es más costoso para él identificar el origen. Esto explica bastante bien el **Art. 8.2 CR 1980** («...para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país donde tenga su residencia habitual si...») y, sobre todo, ofrece una clave hermenéutica clara para su concreción. El canon de «razonabilidad» que introduce ese precepto («... si de las circunstancias resulta que no sería razonable...») puede concretarse a partir de las ideas que hemos ido esbozando hasta ahora.

Esto nos permite comprender también por qué no tienen razón quienes critican la regla contenida en el Art. 8.2 CR 1980¹⁵⁰. Es verdad que «...he who derives profit from participation in international business also should bear its risks»¹⁵¹ (esto es una de los principales puntos de nuestro modelo analítico), pero de ahí no se deduce ningún criterio de imputación sobre quién soporta los riesgos de «estar dentro o fuera del contrato». En los supuestos del operador local a quién se dirige un operador extranjero, el riesgo asociado a «estar dentro o fuera del contrato» ha de soportarlo el segundo.

El mismo razonamiento se puede aplicar a una situación semejante, aunque referida a los problemas de capacidad: la mal llamada «excepción de interés nacional» del Art. 11 CR 1980. Esta regla no protege ningún «interés nacional» sino que, sencillamente, imputa el riesgo de internacionalidad (en estos casos, que la incapacidad que prevé la ley nacional no sea tal conforme a la *lex loci celebrationis*) a quién «viaja al extranjero»; esto es, a quien introduce el elemento de internacionalidad en la relación.

c. La regla de la prestación característica (Art. 4.2 CR 1980)

En defecto de elección de las partes, el Derecho positivo actual no sigue la regla de la iniciativa contractual, sino la de la prestación característica (Art. 4 CR).

¹⁵⁰ Por todos, Von Hoffmann, «Assesment of the EEC Convention from a German Point of View», en North, (ed.), *Contract Conflicts*, 1982, pp. 221 y ss., pp. 227-229. El sentido de este contra-crítica no es otro que demostrar la utilidad hermenéutica del modelo de aproximación al Dpr que aquí se está utilizando.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 228.

La lógica económica de esta solución puede comprenderse fácilmente a la luz de lo que hemos dicho hasta ahora¹⁵².

La regla de la prestación característica implica, en términos generales, que el riesgo de internacionalidad se le imputa al comprador: el comprador de bienes o servicios es la parte que queda sometida al Derecho extranjero; mientras que el vendedor de esos bienes o el prestador de esos servicios queda sometido a su propio Derecho. La justificación económica de esta regla es, básicamente, reducir los costes de información globales o conjuntos. El argumento se puede explicar en dos proposiciones: (a) Primera: el prestador característico va a demandar más información jurídica que su contraparte. (b) Segunda: si se aplica el Derecho de la parte que tiene mayor demanda se reducen los costes globales y se facilita el funcionamiento del sistema de precios. A continuación voy a explicar ambas proposiciones.

(a) El vendedor, o en general, el prestador característico, requiere más información jurídica que su contraparte por dos motivos. (i) *Por un lado*, porque su prestación es más compleja y por lo tanto está más regulada. El pago de una suma de dinero es una prestación económicamente sencilla y que no precisa de mucha regulación; mientras que la entrega de mercancías o la prestación de servicios son prestaciones complejas, cuya regulación es muy detallada. Basta comprobar esto mirando al CC: 38 artículos están dedicados a las obligaciones del vendedor (1461-1499) y 6 a las del comprador (1501-1505). Normalmente, además, la regulación jurídico-pública suele afectar más a la primera prestación que a la segunda, y la sujeción de los aspectos jurídico-privados y jurídico-públicos al mismo ordenamiento reduce los costes de adaptación y coordinación normativa. (ii) *Por otro lado*, porque su prestación es más específica y por lo tanto más arriesgada. El dinero puede utilizarse para adquirir cualquier cosa, es el bien de cambio por excelencia, mientras que la prestación del vendedor o del prestador de servicios es mucho más específica ya que no puede reaprovecharla con la misma facilidad. El prestador característico asume un mayor riesgo, ya que esta más sujeto al oportunismo de la otra parte (está más «en las manos» del comprador); por eso su demanda de protección jurídica va a ser mayor.

(b) En segundo lugar, aplicar el Derecho del prestador característico implica reducir los costes globales de información jurídica precisamente porque su demanda de información jurídica va a ser mayor y también lo es su conocimiento sobre las necesidades jurídicas de la transacción.

Quizás se entienda mejor con un sencillo ejemplo numérico. Asumamos que el coste de informarse del Derecho extranjero (y de adaptarse a él) es el doble de hacer lo propio con el Derecho nacional. Supongamos, también, que la demanda de información jurídica para el vendedor es 30 si se aplica su Derecho nacional, mientras que la demanda de información jurídica del comprador es 10. Como hemos dicho, típicamente el vendedor tiene una mayor demanda de información jurídica que el comprador. Pues bien, si se aplicase el Derecho del comprador, los costes totales serían 70 ($30 \times 2 = 60$ para el vendedor, y 10 para el comprador)

¹⁵² La lógica económica de la autonomía conflictual ya le he apuntado, *supra*.

mientras que si se aplicase el Derecho del vendedor los costes totales sería 50 (30 para el vendedor, y $10 \times 2 = 20$ para el comprador). Obviamente, desde el punto de vista eficientista, es preferible la segunda opción a la primera. Y esto es así tanto para el vendedor, como para el comprador, ya que éste verá reducido el precio del producto.

Además, la aplicación del Derecho del vendedor facilita el funcionamiento del sistema de precios en un mercado complejo. Si se aplicase el Derecho del comprador, el prestador característico no podría determinar el precio de su producto hasta que no se conociese a su comprador, ya que el componente jurídico sería distinto en función de cada comprador, y esta incertidumbre se va a repercutir necesariamente en el precio. Esta opción resulta disfuncional cuando el mercado alcanza un volumen elevado. En este caso, los oferentes de bienes y servicios ofrecen diferentes productos a diferentes precios y los adquirentes (compradores) eligen. Los productos se estandarizan, lo cual facilita la contratación agregada. Es más, si el mercado funciona correctamente, los compradores no tendrían que informarse de la calidad del producto ya que estaría reflejada en el precio. Pues bien, esto vale igualmente para los «atributos jurídicos» del producto. Los productos se ponen en el mercado internacional con un determinado régimen contractual: el del oferente. La aplicación del Derecho del prestador característico, en definitiva, responde a la llamada lógica económica del *prêt à porter*: en una economía compleja, el oferente es quién determina los atributos de sus productos, incluidos los atributos jurídicos¹⁵³.

O dicho de otro modo. Lo que implica la aplicación del Derecho del prestador característico es que, en principio, la «calidad jurídica» del producto la determina el fabricante; igual que los otros elementos del producto (la calidad del papel que va a emplear en sus libros o de los microprocesadores que va a emplear en sus ordenadores). Esto facilita la contratación. De lo contrario, una parte del producto vendría determinada individualmente por cada comprador (la componente jurídica) con lo que hasta que no se conociese a éste no se podría fijar el precio.

d. La regla del Art. 4 CR 1980 como presunción en sentido fuerte

El Art. 4 CR establece la regla de la prestación característica como mera presunción. Desde una perspectiva económica, la naturaleza «flexible» de esta regla se concibe como un *trade off* entre costes de error y coste de aplicación. En lugar de como una regla rígida, puede tener sentido fijar la regla de la prestación característica como presunción ya que, pese a aumentar los costes de aplicación de las normas (las normas flexibles son más costosas judicialmente de aplicar que las normas rígidas), reduce los costes de error (supuestos en los que esa regla puede resultar ineficiente). Las consideraciones hechas hasta ahora nos ofrecen criterios claros para corregir esa presunción. Por ejemplo, cuando el comprador o la propia operación sean muy idiosincráticos (esto es, cuando

¹⁵³ Vid. Whincop, «Painting...», *cit.*, p. 52.

el producto se hace «a medida», ya que en estos supuestos es el comprador quien determina la calidad de lo que quiere y, en principio, puede tener sentido que determine también la «calidad jurídica») o cuando el comprador, sin ser un consumidor, es un operador local o no experto en el mercado internacional y el prestador sí lo es; en estos supuestos, la oferta y la demanda se cruzan en un mercado local y los riesgos debe soportarlos quien «viaja a ese mercado» (en este caso el comprador no puede «controlar» adecuadamente el riesgo de internacionalidad).

A partir de aquí, doctrinalmente se discute si el Art. 4 CR debe comprenderse como una presunción en sentido fuerte o como una presunción débil¹⁵⁴. Si se concibe del primer modo, el juez debe seguir la solución del Art. 4 salvo que la parte que se opone pruebe claramente que los vínculos más estrechos se dan con otro Estado; si se concibe del segundo modo, el juez debe comprobar siempre cuáles son los vínculos más estrechos de la transacción y sólo puede utilizar la presunción como última ratio (para evitar el *non liquet*). La primera comprensión aumenta los costes de error, mientras que la segunda aumenta los costes de aplicación. La ventaja de la presunción en sentido débil es que permite corregir un pequeño volumen de casos que se habrían resuelto injustamente considerándola como una presunción fuerte. A cambio, incrementa los costes procesales y reduce la seguridad para las partes. Económicamente sólo se puede justificar una u otra tras un estudio empírico, esto es, investigando qué costes son superiores, los costes de error o los costes de aplicación. No obstante, se pueden avanzar tres argumentos para defender una presunción en sentido fuerte: (a) En caso de duda, se debe escoger aquella opción que reduzca los costes de implementación; o dicho de otro modo, si no se puede demostrar empíricamente que una opción es superior a la otra, la preferencia por la presunción en sentido fuerte al menos ahorra costes procesales (que sí son evidentes sin necesidad de estudio empírico alguno); (b) Si se entiende, como parece plausible, que el ejemplo típico en el comercio internacional es el contrato entre operadores sofisticados y no idiosincráticos los costes de error derivados de aplicar la presunción en sentido fuerte serán mínimos; y (c) Si se recuerda que las partes siempre tienen a su disposición la posibilidad de escoger la ley aplicable (Art. 3 CR), los costes de error serán aún menores ya que el comprador siempre puede corregir la injusticia de la regla escogiendo *ex ante* su ordenamiento (y el vendedor querría si es eficiente ya que se reducirán los costes conjuntos de la operación, *supra*). En este caso, el carácter fuerte de la presunción funciona como una regla que incentiva la transmisión de información (esto es, que impone al operador idiosincrático, quien se aparta del caso típico, el deber de hablar): si admitimos que identificar la ley apropiada es menos costoso para las partes que para el juez, sobre todo si son casos muy particulares, las reglas deben construirse de tal modo que esos casos particulares se «autodiscriminen»¹⁵⁵.

¹⁵⁴ La polémica puede verse resumida en Virgós Soriano, «Art.10.5 Cc», en Albadalejo/Díaz Alabart, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, 2 ed., 1995, pp. 661-662.

¹⁵⁵ *Vid.*, Whincop/Keyes, «Putting...», cit., p. 513; Ayres/Gertner, «Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules», *Yale L.J.*, 1989, pp. 101 y ss.

V. CONCLUSIONES FINALES

El objeto de este trabajo ha sido ofrecer un modelo de aproximación general al DIPr distinto de las formas habituales de contemplar y explicar ese sector del ordenamiento. Ofrecer «una vista más de la catedral». Ese modelo nos ha permitido subsumir el análisis del Dipr en un «orden teórico más general» y nos ha ofrecido criterios explicativos y normativos bastante plausibles.

En el modelo de aproximación aquí desarrollado, la preocupación fundamental ha sido identificar la función —o una de las funciones— económicas del DIPr. Lo que peculiariza el objeto del DIPr es que se ocupa de aquellas transacciones privadas que se realizan «a la sombra» de un mundo jurídicamente fraccionado. Pues bien, en términos muy genéricos, la función económica del DIPr debe ser maximizar los beneficios asociados al fraccionamiento jurídico y minimizar sus costes.

1. Beneficios del fraccionamiento jurídico y función del DIPr

La división del mundo en distintos Estados cada uno con su propio Derecho puede generar ciertos beneficios. Estos beneficios se derivan básicamente de la diversidad normativa y de la existencia de un «mercado de productos normativos». Si hay varios sistemas jurídicos, los operadores pueden escoger aquél sistema que mejor se ajusta a las necesidades normativas de su transacción y ello incentiva, además, una competencia entre los sistemas jurídicos por ofrecer el «mejor» Derecho.

En este contexto, la función del DIPr es garantizar el buen funcionamiento de ese mercado de productos normativos: el DIPr debe diseñarse de tal forma que permita el juego del mercado e impida el comportamiento oportunista de los Estados. El Dipr funciona así como un «Derecho de la competencia entre ordenamientos jurídicos».

La regla principal para asegurar ese buen funcionamiento del mercado de productos normativos debe ser la autonomía privada, esto es, la libre elección del producto normativo por los operadores. Lo que implica: (a) que se debe permitir la autonomía conflictual (la posibilidad de que partes racionales y en condiciones simétricas elijan la ley aplicable); (b) que se debe permitir la autonomía de la voluntad en el ámbito jurisdiccional (la posibilidad de esas mismas partes de elegir los tribunales competentes); (c) que se debe asegurar el reconocimiento recíproco de decisiones judiciales. Además, estas reglas deben ser uniformes para todos los Estados involucrados en ese «mercado».

2. Los costes asociados al fraccionamiento jurídico y la función del DIPr

Pero el fraccionamiento jurídico genera también costes transaccionales: la discontinuidad geográfica de los derechos subjetivos. Lo cual coloca a los operadores en el mercado internacional en una situación que recuerda el «estado de

la naturaleza de segundo orden». La función del Dipr sería reducir esos costes transaccionales asociados al fraccionamiento jurídico.

Desde la perspectiva de los operadores, esos costes se perciben generalmente como «riesgos de internacionalidad»: el riesgo de tener que acudir a un foro extranjero para hacer valer mis derechos subjetivos o el riesgo de quedar sujeto a un ordenamiento material extranjero, por ejemplo. La forma de minimizar estos riesgos (o el coste que suponen) es imputándolos al llamado *cheapest cost bearer*, esto es, a aquella parte que pueda soportarlos a un menor precio. Las reglas de DIPr se pueden contemplar como un mecanismo normativo para alcanzar este resultado: esto es, que los riesgos de internacionalidad los soporte el «*international cheapest risk bearer*».

Los criterios normativos que deben informar esta imputación de riesgos son tres: (a) El criterio del control: el riesgo de internacionalidad se debe imputar a aquella parte que con su conducta introduce el elemento de internacionalidad en la relación o quien tenga ese elemento dentro de su «esfera de control»; (b) El criterio del impacto: el riesgo de internacionalidad se debe imputar a aquella parte que padezca un menor coste si se materializa; (c) El criterio de operatividad de la regla: se debe escoger aquel sistema de imputación de riesgos cuya aplicación sea menos costosa.

La eficacia explicativa y heurística de este modelo de aproximación al Dipr se puede apreciar muy bien en distintos sectores del Derecho positivo. En el último capítulo nos hemos dedicado a demostrar esa eficacia en relación a determinadas reglas del Reglamento de Bruselas I y del CR 1980.