

LA ARMONIZACIÓN DE REGLAS Y ESTÁNDARES LEGALES: UN ANÁLISIS ECONÓMICO (*)

Juan José GANUZA (**)

Universidad Pompeu Fabra y Barcelona GSE

Fernando GÓMEZ (***)

Universidad Pompeu Fabra

Resumen

La armonización de las reglas legales y los estándares es uno de los instrumentos que los gobiernos usan para eliminar barreras en las transacciones transnacionales. El fundamento teórico de los procesos de armonización llevados a cabo en escenarios con diversidad normativa y de estándares preexistentes es algo difuso. En este trabajo, tratamos de llenar este vacío y presentar un modelo sencillo de estándares armonizados óptimos que promuevan el comercio transfronterizo señalando los factores que determinan la relación óptima de los estándares armonizados con los estándares nacionales existentes. No solo basta la definición de nivel óptimo para los estándares, pues debe tenerse en cuenta el modelo de armonización escogido. Para ello, analizaremos cómo influyen tres regímenes en el proceso de armonización: la armonización plena, la mínima –con varios submodelos– y la coexistencia de estándares nacionales y los armonizados. Mostramos cómo un sistema de coexistencia, bajo ciertas condiciones y supuestos, puede ser más eficiente para determinar los estándares de comportamiento exigidos a las empresas que participan.

Palabras clave: estándares de seguridad, armonización de normas legales, comercio e integración económica.

Abstract

Harmonization of legal rules and standards is one of the policy choices that Governments commonly use to remove barriers to economic transactions across borders. The theoretical foundations of harmonization processes that take place in a scenario of pre-existing diverse rules and standards is somewhat shaky. In this paper we cover this gap and present a simple economic model of optimal standard-setting to promote trade across national and legal borders, and point at the factors that determine the relationship of optimal harmonized standards with respect to existing ones. We show that, under certain conditions, the optimal harmonized standards for a market that extends over legal borders may be higher than the existing national standards. Moreover, the level of standards is not the only relevant choice, the mode of harmonization is also a crucial issue. We analyze how the outcomes of harmonization are affected by the chosen regime, in particular we examine the ones used in EU Law: Full harmonization, minimum harmonization –with various sub-modes– and co-existence of harmonized and national standards, and show how they may be ranked on efficiency terms.

Key words: harmonization of legal rules, economic integration and trade, consumer protection, european law.

JEL classification: H24, K13, K23, L51.

I. INTRODUCCIÓN

EN la era de la globalización, el comercio y el intercambio transnacional se perciben –correctamente– como poderosos instrumentos para el crecimiento económico y el desarrollo de las sociedades. Esto es particularmente relevante en el contexto europeo, tanto en el plano interno como externo. En cuanto al primero, una de las razones fundamentales de la existencia de la Unión Europea (UE) es precisamente el establecimiento e implementación de un mercado único para todos los Estados miembros. El artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece: «1. La Unión adoptará las medidas que propendan por el establecimiento o aseguramiento de un mercado interno de acuerdo con la regulación relevante prevista en los tratados. 2. El mercado interno comprenderá un área sin fronteras internas en el cual el libre movimiento de bienes, personas, servicios y capital sea asegurado de acuerdo con lo previsto en los Tratados». En cuanto

a las relaciones externas de la UE, hay que mencionar el intenso debate en torno al Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (más conocido por sus siglas en inglés, TTIP), cuyo núcleo central reside en la armonización transatlántica de reglas y estándares que gobiernan la producción y comercio de bienes y servicios.

En la economía global, bienes, servicios, capital, e incluso personas, circulan hoy más allá de las fronteras nacionales. En Europa y en cualquier otro lugar, las interacciones económicas no escapan a la regulación. Las transacciones transfronterizas, que incluyen la provisión de bienes y servicios y la inversión de capital, están gobernadas por normas jurídicas y regulaciones contenidas en los ordenamientos jurídicos nacionales. Por tanto, la disparidad normativa y la diversidad de normas y estándares, al menos intuitivamente, resultan determinantes en los costes de transacción de las operaciones transnacionales.

No disponemos de estudios concluyentes sobre la incidencia de la diversidad legal sobre el comercio internacional. En un estudio de alcance europeo sobre la materia (Vogenauer y Weatherill, 2006) se presenta información relevante, aunque no concluyente, sobre la magnitud de los costes asociados a la fragmentación jurídica en este tipo de operaciones. Algunos otros resultados apuntan a la relación entre la diversidad normativa y los costes de transacción: Clermont y Eisenberg (1996) muestran cómo los demandantes extranjeros en los Estados Unidos han de presentar casos más sólidos para ganar en los tribunales, lo cual, en la práctica, disuade a las empresas extranjeras para acceder al mercado local. Y más relacionado con el contexto europeo, Den Butter y Mosch (2003) concluyeron, en un estudio empírico –con datos de 25 países de la OCDE–, que la semejanza entre los sistemas legales puede contribuir al incremento de entre un 50 y un 80 por 100 del comercio internacional. Turrini y Van Ypersele (2006) estimaron que la proximidad normativa podía incrementar el comercio entre los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en un 65 por 100, teniendo en cuenta costes de transporte, cultura e idioma común y factores similares.

En suma, aunque no tenemos evidencia incontestable, parece que hay motivos para pensar que los costes de transacción asociados con la fragmentación legal no resultan despreciables.

La fragmentación y la disparidad de los sistemas legales pueden aliviarse, en cierta medida, mediante normas (llamadas de Derecho internacional privado o de conflictos de leyes) que determinan la ley aplicable a la transacción, o al menos determinan qué reglas de cada sistema legal la gobernarán (1). Sin embargo, incluso el mejor diseño de cláusulas de ley aplicable es incapaz de despejar todos los obstáculos y costes de transacción asociados con la fragmentación legal que obstaculiza el comercio internacional (2). Por supuesto, la diversidad legal y la disponibilidad de múltiples opciones –mediante reglas adecuadas sobre la ley aplicable– puede ser beneficioso para las partes en la medida que cada transacción puede gobernarse por el conjunto de reglas que sea más adecuado lo cual, bajo ciertas condiciones, mejora la competencia regulatoria que redundará en el incremento del bienestar (3).

Pese a ello, es claro que la elección por las partes de la ley aplicable y la sana competencia entre distintos sistemas legales no siempre existe, ni tampoco produce los resultados deseados en todos los casos.

Sin duda, existen costes significativos –naturales o derivados de la acción humana– relacionados con la elección que, en ocasiones o, incluso, con frecuencia, son lo suficientemente altos como para impedir la competencia entre sistemas normativos.

Una razón por la que la elección de la ley por las partes y la competencia de ordenamientos no sea una solución en la que se pueda confiar razonablemente radica en que muchas veces, en la producción y distribución de bienes y servicios, es preciso conocer las reglas que regularán las características de los bienes o servicios o las características de la operación económica, con anterioridad a la posible elección de la ley. Este escenario es especialmente probable respecto a bienes y servicios producidos para el consumo masivo, cuyos estándares de calidad no pueden razonablemente ajustarse a los divergentes requerimientos de los órdenes legales que puedan aplicarse una vez que el vendedor se encuentre con un concreto comprador. Cuando los potenciales compradores están ubicados en diferentes países, el productor no puede anticipar en qué país acabará un cierto ejemplar del producto. En ocasiones es posible posponer, con el coste que ello supone, a una fase posterior de la producción aquellas decisiones afectadas por la legislación de cada país, por ejemplo, empaquetado –contenido, lenguaje, información que debe contener–. Sin embargo, en otros aspectos la postergación resulta tecnológicamente inviable o económicamente prohibitiva.

Otro importante motivo por el que la diversidad normativa no será fácil de superar viene dado por la falta de información de los compradores, generalmente consumidores, quienes desconocen los estándares exigidos en sistemas legales extranjeros. Los incentivos para aprender y estar bien informado sobre ellos son generalmente inexistentes, especialmente en las transacciones ocasionales (*one-shot transactions*). Con frecuencia, la reputación de los productores extranjeros de bienes y servicios se ve comprometida por las dudas que pueden llegar a tener los consumidores a causa de la diversidad de estándares y reglas entre su país de residencia y los de los vendedores.

Además, en el derecho de consumo, erróneamente o no, las normas legales vigentes en Europa y en otros lugares restringen significativamente la posibilidad de libre elección de la ley aplicable a un contrato entre una empresa y un consumidor, al establecer la ley del domicilio del consumidor como la (casi) única alternativa (4). En línea similar, el artículo 12 de la Directiva Europea sobre responsabilidad

por productos defectuosos (5) prohíbe cláusulas contractuales que excluyan o limiten la responsabilidad, incluyendo también las cláusulas de ley aplicable, lo que conduce a evitar la aplicación de sistemas legales que no aseguran el nivel de protección del consumidor que establece la Directiva para todos los estados miembros de la UE.

Teniendo en cuenta lo anterior, parece que la fragmentación legal puede imponer costes adicionales a las empresas que pretenden operar más allá de sus fronteras nacionales. Cabe pensar entonces, a fin de reducir estos costes, que se adopten medidas encaminadas a la armonización de los diversos estándares legales y regulatorios en los distintos sistemas legales nacionales. El objetivo de la armonización sería la eliminación o reducción de los costes de transacción asociados a la heterogeneidad regulatoria que afecta las transacciones transfronterizas. La importancia de esta clase de políticas se puede ilustrar por la atribución a la UE de competencias para adoptar medidas regulatorias o administrativas, vinculantes para los Estados miembros, que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 114 del Tratado de funcionamiento de la UE).

Los efectos negativos de los costes derivados de la fragmentación normativa son probablemente mayores en los mercados de consumo. Por un lado, bienes y servicios producidos y distribuidos en mercados de consumo masivo son típicamente menos ajustados e individualizados –incluso frente a los estándares legales y regulatorios aplicables– a las particularidades del comprador, en comparación, con aquellos mercados donde típicamente solo interactúan empresas. En segundo lugar, las empresas son jugadores repetidos que tienen mayores intereses comprometidos en las transacciones transnacionales y, por tanto, tienen mayores oportunidades para aprender cómo sobreponerse a los costes propios de la diversidad legal y también tienen mayores incentivos para invertir en la búsqueda de soluciones. Los consumidores, por su parte, son, generalmente, jugadores ocasionales con grandes costes de aprendizaje y menores incentivos para invertir en la reducción de los efectos derivados de la fragmentación legal.

No sorprende, pues, que las políticas de armonización legal acudan a la idea de la remoción de las barreras que obstaculizan el buen funcionamiento del mercado interior de bienes y servicios, justificando así la introducción de reglas comunes armonizadas en el derecho de protección del consumidor.

No parece muy controvertido pensar que la armonización de reglas y estándares para los consumidores de bienes y servicios contribuye –lo intenta al menos– al funcionamiento de un mercado unificado e integrado (como el mercado interior europeo). Ello permite a las empresas reducir los costes de participar en distintos mercados nacionales: si una empresa planea lanzar un producto en varios Estados, los costes de cumplimiento de los requisitos legales son obviamente mucho mayores cuando se debe cumplir con varios y dispares requisitos legales que cuando basta con satisfacer las reglas de un único país (Grundmann, 2005; Riesenhuber, 2005).

Debe reconocerse, sin embargo, que la diversidad legal y regulatoria no se disipará completamente como consecuencia de la armonización de las reglas y estándares en el derecho de protección al consumidor. La razón descansa, de entrada, en el hecho de que las normas legales no son un producto unidimensional, sino complejo. Incluso si, sobre el papel, el estándar se define igual para todos los sistemas legales nacionales de forma unificada, el resultado puede variar a partir de los desarrollos jurisprudenciales o de otras autoridades públicas competentes, del procedimiento legal, de la cultura legal y, en general, del entorno en que se aplica la norma unificada; entorno que seguirá siendo nacional a pesar de la armonización de la regla. La necesidad de adaptarse a las condiciones locales del mercado también supondrá costes a las empresas en el desarrollo de sus actividades transnacionales.

De igual forma, la percepción de los consumidores sobre la incertidumbre legal o de otro tipo, así como los problemas de operar más allá de las fronteras nacionales, puede imponer barreras al comercio (véase Collins, 2003). El obstáculo primordial para contratar fuera de las fronteras nacionales sería, desde esta perspectiva, la demanda de los consumidores, que puede verse negativamente afectada por la incertidumbre sobre el contenido de los estándares regulatorios que se aplicarán a los bienes y servicios que consuma.

Parte de la literatura europea (6), consciente de la incidencia de la fragmentación normativa en el mercado interior, ha promovido la idea de permitir a las empresas vender y distribuir bienes de consumo masivo dentro un marco normativo europeo de reglas que derogue las normas nacionales del Estado donde se realiza la transacción. Las empresas podrían, así, calcular anticipadamente los costes totales de ofrecer sus productos y servicios en el conjunto del mercado interior con base en

los estándares europeos y sin tener en cuenta los estándares nacionales. Los consumidores tendrían –al menos en teoría– conocimiento de esos estándares europeos, y su confianza en un nivel adecuado de protección de los consumidores los induciría a entrar en transacciones gobernadas por reglas y estándares europeos y no por la regulación de su propio país, con la cual, presumiblemente, están más familiarizados.

Esta idea de unas reglas europeas únicas para incentivar la demanda y la oferta transfronterizas no es solo una posibilidad teórica o académica, como lo prueba el CESL, el conjunto de reglas comunes para el Derecho Europeo de la Compraventa presentados por la Comisión Europea en 2011 a los gobiernos de los Estados miembros (7), aunque luego la propuesta no ha encontrado acogida y ha sido abandonada.

En el plano teórico, a fin de diseñar y ejecutar con criterio un intento de armonización de estándares nacionales para el comercio transnacional que contribuya realmente al bienestar social en las sociedades afectadas, un aspecto crucial consiste en determinar cuál habría de ser el estándar armonizado correcto. Específicamente, y pensando en el contexto europeo, si los estándares europeos armonizados habrían de limitarse simplemente a reflejar el mínimo nivel de protección contenido en las normas europeas vigentes, o si estos debieran corresponder al promedio, o al máximo de los niveles de protección al consumidor observados en los diferentes sistemas legales nacionales (Hesselink, 2007).

No es esta la única cuestión teórica relevante en el diseño de estándares legales armonizados. Una segunda dimensión importante en un ejercicio de armonización normativa se refiere a la relación entre los estándares óptimos armonizados y los estándares nacionales preexistentes. Los procesos de armonización podrían tratar de reemplazar por completo los estándares nacionales que lo preceden, pero también podrían perseguir, más modestamente, la determinación de un nivel mínimo que los estándares nacionales deberían cumplir. El estándar armonizado también puede ser concebido como una «adición» al conjunto de estándares disponibles que permita una entrada más fácil de las empresas en los mercados extranjeros.

En Europa, por citar de nuevo el caso más relevante internacionalmente, vemos ejemplos de los tres sistemas (reemplazar lo existente, sentar un mínimo, añadir un estándar nuevo común). Por

ejemplo, la Directiva de derechos del consumidor de 2011 adopta el primer sistema (armonización plena), en contraste con la solución tradicional de las directivas de consumo que era la armonización mínima (prever un nivel mínimo en favor del consumidor que cada estado podía aumentar en su territorio). El CESL, por su lado, fue un intento de «nuevo» estándar común, añadido a los nacionales.

Este trabajo intenta establecer las bases de una indagación económica sobre estas cuestiones: cuál es el nivel óptimo de armonización y cómo debe organizarse la coexistencia de los estándares nacionales y los armonizados. Este análisis, como se ha mencionado, no solo tiene relevancia para la política europea de consumo y de construcción del mercado único europeo, sino que alcanza a otros ámbitos en los que se traten de aproximar estándares divergentes a fin de facilitar el comercio internacional (como el TTIP).

En concreto, se presenta un modelo de estándares óptimos en los mercados de consumo cuando conviven múltiples sistemas legales nacionales y un mercado único que puede ser alcanzado mediante la armonización. Existe abundante literatura económica que estudia el diseño de estándares óptimos para proteger a los consumidores de los riesgos que surgen en las transacciones de bienes y servicios masivos: Leland, 1979; Chan y Marino, 1994; Crampes y Hollander, 1995; Daughety y Reinganum, 1995; Constantatos y Perrakis, 1998; Marette, Bureau y Gozlan, 2000; Garella y Petrakis, 2004; Garella, 2006; Marette, 2007. Sin embargo, ninguna de las contribuciones anteriores ha estudiado la relación entre estándares armonizados para promover el comercio transnacional o un mercado único y los estándares nacionales preexistentes.

Este trabajo toma como punto de partida que los estándares óptimos armonizados para la promoción del comercio transnacional dependen, esencialmente, de las tecnologías de las empresas que producirán los bienes y servicios y las preferencias de las poblaciones en los países donde se construye el mercado único. En especial si los parámetros tecnológicos y los parámetros de preferencias de protección al consumidor son independientes o están correlacionados, y el tipo de correlación, si es que existe, determina si el estándar óptimo será intermedio entre los estándares nacionales precedentes, se equiparará al más exigente de ellos o incluso, contraintuitivamente, lo superará. Nuestro segundo conjunto de resultados se centra en los modos de armonización: la armonización plena

es muy eficaz para obtener ganancias de aumento del tamaño del mercado, pero puede sacrificar el nivel de satisfacción en el plano local al diferir de los estándares nacionales que pueden responder en mejor medida a esas preferencias locales. La armonización mínima requiere ser complementada con otras medidas –por ejemplo, con el principio de país de origen pleno o limitado– que le garantice a la empresa que entra en un mercado extranjero alcanzar un grado mínimo de armonización. La coexistencia de los estándares nacionales y los armonizados, cuando el estándar armonizado garantiza la entrada a las empresas extranjeras que ingresan en un mercado que cumplen, como mínimo, con el estándar armonizado, es con frecuencia mejor, aunque no en todas las situaciones puede garantizar la implementación del *first best*. Como veremos la rigidez en la tecnología, las economías de escala u otras razones previenen el uso efectivo de más de un estándar e incide en la conveniencia o no de modos alternativos de armonización.

El trabajo se organiza del modo siguiente: la sección segunda presenta el modelo de estándares armonizados óptimos para promover el comercio transnacional. La tercera, describe y analiza los diferentes modelos de armonización. En la cuarta se estudian las implicaciones del análisis para procesos actuales de armonización, y en la quinta se presentan, brevemente, las conclusiones.

II. UN MODELO SIMPLE DE ESTÁNDARES PARA MERCADOS DE CONSUMO

Diseñamos un modelo simple en el que se comparan dos países y se estudian las implicaciones de una unión económica sobre los estándares óptimos de seguridad para consumidores bienes. Los países serán llamados A y B. Existe una empresa en cada país produciendo un producto que puede ser peligroso. La probabilidad de accidente causado por este producto se describe como $p_i = 1 - s_i$. Donde s_i representa el nivel cuidado de la empresa i . El coste marginal del bien depende del nivel de inversión en calidad de la empresa, $\beta_i \frac{s_i^2}{2}$, siendo β_i un parámetro exógeno de eficiencia productiva de la empresa.

El regulador en cada país establece un estándar legal mínimo que debe satisfacer la empresa, $S_i \geq \underline{S}_i$. Una empresa del país j debe incurrir en determinado coste q para satisfacer el estándar del país i, j , siendo q el número de unidades producidas y K^j el

coste administrativo requerido para la certificación del estándar:

$$\beta_j \frac{\bar{s}_i^2}{2} q + k_i^j$$

Los consumidores son homogéneos y la ganancia esperada por la compra del producto de la empresa del país i es $V - p_i \theta_i - P$. Los consumidores no observan p_i , sino \underline{S}_i . Teniendo en cuenta la información disponible, los consumidores anticipan correctamente que la calidad del contrato coincidirá con el estándar mínimo $S_i = \underline{S}_i$.

Consideramos que todos los consumidores dentro de un país son homogéneos, siendo θ_i la preferencia por la calidad que tienen los consumidores en el país i . Comenzamos considerando el escenario más simple de autarquía, $K^i = 0$ y $K^i = \infty$.

1. Autarquía

La empresa nacional o local tiene un poder de monopolio y puede extraer rentas de todos los consumidores definiendo un precio igual a $V - \theta_i (1 - \underline{S}_i)$. A partir de esto, el excedente total del mercado es, siendo $q = \alpha_i$ la demanda total (población total) del país i :

$$\alpha_i [V - \theta_i (1 - \bar{s}) - \beta_i \frac{\bar{s}^2}{2}]$$

El siguiente resultado caracteriza el *first best*. El estándar social óptimo que maximice el excedente total del país i en autarquía.

$$\bar{s}_i^* \in \arg \max \{ \alpha_i [V - \theta_i (1 - \bar{s}) - \beta_i \frac{\bar{s}^2}{2}] \}$$

El estándar óptimo para el país i en autarquía es

$$\bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i}$$

Nótese que este estándar óptimo no depende de la población total, sino solo de los parámetros de preferencia por la calidad (utilidad de los consumidores) y eficiencia productiva de la empresa local.

2. Formación de un mercado único entre A y B

Considérese ahora que los países A y B forman una unión económica y establecen un estándar

común S_U que permite a las empresas vender en ambos países con el mismo coste administrativo $K^i = K^j = 0$. Teniendo en cuenta la ventaja en costes de producción, solo la empresa más eficiente producirá en equilibrio (considérese, sin pérdida de generalidad, que la empresa eficiente es la i). Definimos como estándar legal óptimo de la unión económica aquel que maximiza la suma del excedente total de ambos países. En particular, este estándar es la solución al siguiente problema

$$\bar{s}_U^* \in \arg \max \{ \alpha_i [V - \theta_i (1 - \bar{s}) - P] + \alpha_j [V - \theta_j (1 - \bar{s}) - P] + (\alpha_i + \alpha_j) (P - \beta_i \frac{\bar{s}_U^2}{2}) \}$$

La empresa eficiente definirá un precio que iguale el coste marginal (a partir del estándar) de la otra empresa. Sin embargo, el excedente total no depende de los precios del mercado, asumiendo que ambos mercados están cubiertos. El óptimo estándar armonizado en este caso será

$$\bar{s}_U^* = \frac{\alpha_i \theta_i + \alpha_j \theta_j}{(\alpha_i + \alpha_j) \beta_i}$$

Nótese que el estándar óptimo de la unión está determinado por la tecnología productiva de la empresa más eficiente y el promedio de los parámetros de preferencia de los dos países.

3. Comparación de los estándares separados de A y B y el de la unión económica entre ambos

Una cuestión que parece, de forma evidente, como relevante para caracterizar el nivel óptimo del estándar legal unificado o armonizado entre los dos países es su comparación con los estándares óptimos preexistentes.

La relación entre el estándar armonizado \bar{s}_U^* y los estándares óptimos preexistentes depende, a su vez, de la relación entre tecnología y las preferencias entre los dos países. Esta relación da lugar a cuatro casos distintos:

1. Si ambos países tienen la misma tecnología pero distintas preferencias por la calidad generada por el estándar legal, el nivel óptimo del estándar armonizado será intermedio entre los dos nacionales. Si $\beta_i = \beta_j = \beta$ y $\theta_i < \theta_j$, entonces,

$$\bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i} < \bar{s}_U^* = \frac{\alpha_i \theta_i + \alpha_j \theta_j}{(\alpha_i + \alpha_j) \beta} < \bar{s}_j^* = \frac{\theta_j}{\beta_j}$$

2. Si los consumidores en ambos países tienen las mismas preferencias, pero las empresas tienen distinta eficiencia productiva, el estándar armonizado más deseable coincidirá con el más estricto de los estándares nacionales. Si $\theta_i = \theta_j = \theta$ y $\beta_i > \beta_j$, entonces,

$$\bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i} < \bar{s}_U^* = \frac{\theta}{\beta_j} = \bar{s}_j^* = \frac{\theta_j}{\beta_j}$$

3. Si θ y β están negativamente correlacionados entre los dos países (esto es, el país con preferencia más intensa por la calidad tiene la empresa más eficiente productivamente), el estándar armonizado óptimo será intermedio entre los dos estándares nacionales preexistentes. Tómese $\theta_i < \theta_j$, luego $\beta_i > \beta_j$, entonces,

$$\bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i} < \bar{s}_U^* = \frac{\alpha_i \theta_i + \alpha_j \theta_j}{(\alpha_i + \alpha_j) \beta_j} < \bar{s}_j^* = \frac{\theta_j}{\beta_j}$$

4. Por último, si θ y β están positivamente correlacionados (el país con menor preferencia por la calidad tiene la empresa más eficiente), o si preferencias de los consumidores y eficiencia productiva de la empresa son independientes, el estándar armonizado óptimo será, en todo caso, más estricto rígido que el estándar nacional más bajo, y puede incluso igualar o superar el estándar nacional más alto que existía entre los dos países.

Tómese $\bar{s}_j^* = \frac{\theta_j}{\beta_j} < \bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i}$. Entonces, puede

ocurrir lo siguiente:

$$\bar{s}_j^* = \frac{\theta_j}{\beta_j} < \bar{s}_i^* = \frac{\theta_i}{\beta_i} < \bar{s}_U^* = \frac{\alpha_i \theta_i + \alpha_j \theta_j}{(\alpha_i + \alpha_j) \beta_j}$$

La intuición de estos resultados puede explicarse como sigue: en el primer caso, el estándar armonizado es intermedio porque en el mercado único no hay ganancias de eficiencia, luego los estándares armonizados deben ser determinados por la combinación convexa de las preferencias de ambos países. En el segundo caso, los países tienen las mismas preferencias pero diferente tecnología, por lo que el estándar armonizado debe ser equivalente al estándar previo más exigente, porque solo la empresa eficiente producirá en equilibrio (la única diferencia con ese mercado nacional que tenía la empresa más

eficiente es que ahora es más grande, pero las preferencias son idénticas, pues ya lo eran antes). En el tercer caso, las preferencias y las tecnologías están negativamente correlacionadas, de modo que el país con preferencias más elevadas tiene la empresa más eficiente. Entonces, el estándar armonizado será intermedio, como en el primer caso. El caso más sorprendente es el cuarto. Aquí, el estándar armonizado puede llegar a ser más alto que los estándares nacionales preexistentes. Este puede ser el caso, si se cumplen dos condiciones: a) preferencias y tecnología no están negativamente correlacionadas; y b) la población en el país con la empresa más eficiente es lo suficientemente pequeña en relación con la del país que tiene la menos eficiente.

III. ARMONIZACIÓN PLENA, ARMONIZACIÓN MÍNIMA Y COEXISTENCIA DE ESTÁNDARES

En la sección anterior hemos estudiado cómo se pueden construir los estándares armonizados óptimos a partir de un conjunto de estándares preexistentes, siendo el objetivo incrementar el comercio entre los países involucrados, esto es, reducir los costes de las actividades comerciales transfronterizas para incrementar el excedente contractual resultante de la interacción de empresas y consumidores. Pese a ello, el contenido de los estándares y los factores que influyen en su determinación no pueden considerarse como las únicas dimensiones relevantes a tener en cuenta en la política que orienta los procesos de armonización. Un aspecto crucial en el diseño de los estándares armonizados es la decisión de reemplazar, o mantener, los estándares nacionales preexistentes.

En el derecho de la Unión Europea, y quizá especialmente en el campo del derecho europeo de consumo, esta dimensión del problema es comúnmente descrita como la oposición entre la armonización plena y la armonización mínima

En lo que se conoce como armonización mínima —la aproximación tradicional en el Derecho de la Unión Europea a la armonización legal en materia de mercados de consumo (8)— una Directiva armonizadora define un suelo respecto de aquellas variables, parámetros o comportamientos relevantes, dejando en manos de los Estados miembros la decisión de mantener su regulación en dichos mínimos o crear estándares más exigentes para la protección de los consumidores. Es decir, el estándar armonizado reemplaza solo a los nacionales inferiores, pero mantiene intactos los estándares nacionales más elevados.

En cambio, bajo la armonización plena o máxima, el estándar armonizado definido en la Directiva europea desplaza por completo y elimina los estándares nacionales, precedentes o futuros, con independencia de que estos sean más altos o más bajos que el estándar armonizado. Por ejemplo, la Directiva de derechos del consumidor del 2011 ha adoptado una solución de armonización plena en casi todos sus extremos (9). Las propuestas de Directivas sobre venta *online* y sobre suministro de contenidos digitales de 2015 también optan, en lo sustancial, por la armonización plena

Conviene advertir que estas dos no son las únicas opciones imaginables y empleadas en los procesos de armonización legal. La armonización mínima no es del todo equivalente con la coexistencia pura de estándares armonizados y nacionales. Bajo armonización mínima, los estándares menos estrictos que el armonizado son automáticamente eliminados y reemplazados —a menos que el país en cuestión decida adoptar un estándar nacional mayor que el armonizado, una posibilidad que resultaría problemática desde las obligaciones de lealtad del país con el Derecho europeo, y que nosotros excluimos en aras de conseguir mayor simplicidad en nuestro modelo—.

Por su parte, los países con estándares superiores podrán mantenerlos e ignorar el estándar armonizado. En este segundo supuesto, las empresas que quieren operar y participar en ese mercado deberán cumplir con el estándar superior nacional. Por tanto, bajo un esquema de armonización mínima, salvo alguna posibilidad de entrar con estándares distintos de los exigidos por las autoridades nacionales, no habría comercio transnacional si efectivamente el coste de operar con un estándar extranjero es igual de prohibitivo que en el escenario de autarquía descrito en la sección anterior.

La armonización mínima puede (y de hecho lo hace en la UE) venir acompañada por medidas que permitan cierta apertura de los mercados a las empresas que operan con estándares distintos a los nacionales (iguales o más altos, por hipótesis, que los de la Directiva). Así, sería posible asegurar que las empresas que usan un estándar —aunque no sea local— tan alto al menos como el estándar nacional podrían operar en ese mercado nacional. Esto permitiría a una empresa extranjera del país i operar en el país j usando su estándar nacional S_i superior al armonizado, y, por tanto, al nacional S_j . Sin embargo, a la recíproca, una empresa del país j no podría hacerlo en el mercado i usando el estándar de su país, S_j , por ser inferior al del país de acogida,

donde están los consumidores, país que impone $S_i > S_j$. Así pues, este esquema de apertura asimétrica permitiría el comercio transnacional bajo estándares que están por encima del estándar nacional exigido en el país receptor, pero no a la inversa.

La apertura de mercados bajo armonización mínima puede ser más intensa si la armonización mínima se complementa con principios de reconocimiento mutuo de estándares nacionales o «país de origen» (*country of origin*), que permite a las empresas de otros países –usando como mínimo un estándar al menos igual al estándar armonizado, pues nos hallamos bajo un régimen de armonización mínima– participar en el mercado nacional de un país que cuenta con estándares superiores sin cumplir los estándares del país receptor, sino tan solo el estándar mínimo armonizado, que es el de su propio mercado de origen. Un resultado similar se produce cuando las empresas de un país con un estándar superior, usando la libertad de circulación de capitales pueden, a coste cero o reducido, trasladarse al país con estándar menor y producir de acuerdo con el estándar armonizado y reingresar en su anterior mercado nacional como empresa extranjera beneficiándose de los principios de reconocimiento mutuo o país de origen.

Incluso con esta intensa apertura de mercados que supone el principio del país de origen, la armonización mínima no es idéntica a la coexistencia pura de estándares. En este esquema, la adopción de un estándar armonizado no reemplazaría los existentes, con independencia de que estos sean superiores o inferiores al armonizado. De nuevo, son posibles, teóricamente, dos versiones de esta coexistencia, dependiendo de si la elección del estándar recae en los gobiernos o en las empresas. En el primer caso, esencialmente tendríamos un estándar opcional –para los países– en forma parecida a lo propuesto por un sector de la doctrina sobre un instrumento europeo para el derecho de contratos (Grundmann, 2003; Grundmann y Kerber, 2005). Para tener cierto efecto, este estándar opcional armonizado debiera permitirle a las empresas de un país adoptar el nivel armonizado para acceder, cumpliendo este estándar, a los mercados de otros países que no lo han adoptado. La opción podría concederse a las empresas, quienes decidirán entre operar bajo el estándar nacional o bajo el estándar armonizado –o bajo ambos si es tecnológicamente posible–. De nuevo, si el estándar armonizado ha de tener algún efecto en el comercio transnacional debería permitirse el ingreso en cualquiera de los mercados nacionales de las empresas que lo usen. Este modelo corresponde, esencialmente, a la pro-

puesta del *blue button* descrita en la primera sección de este artículo.

La anterior caracterización muestra que existen múltiples regímenes posibles de armonización, y más complejos de lo que comúnmente se asume en la literatura que estudia estos fenómenos. Usando el marco de referencia de nuestro modelo básico descrito en la segunda sección, expandimos nuestro análisis a la taxonomía de los sistemas de armonización.

1. Armonización plena

En la segunda sección, implícitamente, se suponía que el estándar armonizado reemplazaba a los estándares nacionales preexistentes, por lo que en realidad coincide exactamente con el régimen de armonización plena. Los resultados de la sección II.3, por tanto, reflejan los resultados bajo un sistema de armonización plena.

2. Armonización mínima

Cuando hay armonización tan solo mínima, los estándares inferiores a los armonizados serán eliminados, pero, en cambio, los estándares más exigentes se mantendrán en el país que los tuviera. Suponemos que los países no podrían fácilmente redefinir estratégicamente sus estándares legales a la vista de un proceso de armonización mínima. Por tanto, en los países con estándares menos exigentes estos serían reemplazados por el estándar armonizado. Aquellos países con estándares más altos podrían optar por mantenerlos o disminuirlos, pero no incrementarlos, teniendo en cuenta que un incremento sería difícilmente compatible con una participación leal en el proceso de armonización. Por ejemplo, en el contexto de la UE, parece plausible asumir que los países habrían de enfrentarse a un coste político y acaso también jurídico muy alto si deciden, estratégicamente, incrementar sus estándares preexistentes buscando bloquear la entrada de potenciales empresas o mantener el mercado nacional para las empresas locales.

Incluso con este supuesto simplificador, es evidente que los procesos de construcción de estándares armonizados se vuelven más complejos con la armonización mínima puesto que el diseño de un estándar armonizado deseable debe tener en cuenta cómo los países con estándares más altos que el óptimo armonizado responderán y cómo las empresas reaccionarán frente a los nuevos estándares en términos de entrada en mercados extranjeros.

Inicialmente, suponemos que las empresas pueden usar dos estándares simultáneamente sin verse compelidos por consideraciones de coste, por ejemplo, en su mercado de origen cumplirían el estándar nacional y en los mercados extranjeros adoptarían el nuevo estándar armonizado. Más adelante estudiaremos, sin embargo, las implicaciones de relajar este supuesto al forzar a las empresas, por razones de economías de escala, entre otras, a usar un único estándar en sus procesos de producción.

2.1. Armonización mínima con mercados completamente separados

Cuando la armonización mínima se realiza en un contexto donde solo es posible el comercio bajo el estándar del país importador –el país donde el comprador o el consumidor está localizado–, los mercados continuarán separados porque el único efecto del estándar armonizado será eliminar el estándar nacional más bajo, pero no permitiría el ingreso de la empresa más eficiente en el mercado extranjero, con independencia de los niveles de los estándares, dado que $K^i=0$ y $K^i=\infty$ y $K^{MH}=\infty$, con independencia de los niveles de S_{i-}^* , S_{i+}^* y S_{U}^{*MH-S} . Dado que los mercados permanecerán completamente separados y que los países con estándares más altos los mantendrán, el estándar óptimo armonizado será el propio de una situación de autarquía, y el proceso armonizador no presenta ventaja alguna.

Bajo la armonización mínima sin posibilidad de ingreso de empresas que usan estándares extranjeros o el estándar armonizado, el resultado será el mismo que el de la autarquía y el estándar óptimo armonizado será el menos exigente de los estándares nacionales preexistentes.

2.2. Armonización mínima con entrada parcial (de empresas con estándares más altos que el país donde están los consumidores)

Cuando la armonización mínima se combina con el posible ingreso de productos o servicios que se ajustan a estándares –preexistentes, o al nuevo estándar armonizado–, siempre y cuando sean más altos que el estándar nacional, existe alguna oportunidad de ingreso para la empresa más eficiente en el mercado extranjero.

El estándar óptimo va a depender, como en la armonización plena, de la relación entre preferencias de las poblaciones de consumidores y la efi-

ciencia de las empresas, dando lugar a los mismos cuatro casos.

1. Si $\beta_i = \beta_j = \beta$ y $\theta_i < \theta_j$, el estándar óptimo es el más bajo de los estándares nacionales preexistentes (más bajo, por tanto, que en armonización plena, pues allí el estándar óptimo es intermedio).

2. Si $\theta_i = \theta_j = \theta$ y $\beta_i > \beta_j$, el estándar óptimo será el más alto de los estándares nacionales ya en vigor (como en la armonización plena).

3. Si β y θ están negativamente correlacionados, el estándar óptimo bajo una armonización mínima será intermedio, aunque diferente y menor al estándar óptimo bajo armonización plena.

4. Si β y θ están positivamente correlacionados, o son independientes, habrá dos estándares óptimos posibles bajo la armonización mínima con entrada parcial; uno bajo, que llevará a un equilibrio de autarquía; otro alto, que generará la posible entrada en el mercado extranjero, pero no cabe uno intermedio, como ocurre en la armonización plena.

Es posible comparar la eficiencia de los resultados obtenidos bajo distintos regímenes de armonización en función de los valores de los parámetros relevantes. En el primer caso no hay ganancia en eficiencia por la entrada de una empresa extranjera porque ambas empresas son igualmente eficientes. El mercado con el estándar mayor será cubierto por la empresa local, operando bajo el estándar preexistente y el otro mercado lo será por cualquier empresa bajo el óptimo estándar armonizado –mínimo– que coincide con el estándar precedente en ese país. Aquí la armonización mínima conducirá, esencialmente, al mismo resultado obtenido bajo autarquía, que supone en este escenario mayor bienestar que la armonización plena, teniendo en cuenta que la armonización plena distorsiona la correspondencia entre preferencias y estándares, sin ganancias resultantes por el ingreso de empresas más eficientes.

En el segundo caso, el estándar óptimo armonizado coincide con el estándar nacional más exigente. El país del estándar más alto continuará siendo cubierto por su empresa local –la más eficiente– mientras que el otro país tendrá un estándar más alto y será cubierto por la empresa extranjera también. Esto permite ganancias plenas de eficiencia en el comercio transnacional que equivalen a las obtenidas en un régimen de armonización plena.

En el tercer caso, los consumidores del país con el estándar nacional más alto seguirán siendo cubiertos por la empresa local, que es la más eficiente, y el otro mercado verá su estándar incrementado, en comparación con el nivel preexistente; en este segundo mercado ingresará la empresa extranjera, la más eficiente, la del país con el estándar preexistente más elevado, pero operando bajo el estándar armonizado (intermedio, pero más bajo que con armonización plena). Aquí, la ganancia de ampliar el mercado también se alcanzará con menores sacrificios, en términos de satisfacción de las preferencias en el país con más altas preferencias por la seguridad y la calidad del producto, respecto al sistema de armonización plena. En este caso, por tanto, la armonización mínima domina la armonización plena.

El cuarto caso es más complicado porque hay dos tipos de equilibrio muy diferentes. Si las ganancias derivadas del comercio transnacional son suficientemente altas –fundamentalmente en razón de que el país con preferencias altas cuenta con empresas menos eficientes y mayor población–, es muy deseable abrir los mercados. Bajo una armonización mínima con entrada solo parcial esto solo es posible con un estándar armonizado igual o mayor que el estándar precedente más estricto, con lo cual la empresa más eficiente operará en ambos mercados con el estándar armonizado. Por otro lado, si las ganancias no son significativas, los mercados se mantendrán separados y, en consecuencia, el estándar armonizado coincidirá con el más bajo de los nacionales. A partir de la comparación de los regímenes, no es posible acreditar una preferencia general por uno u otro modelo; pero si la armonización plena genera mayor bienestar que la autarquía, también debería generar mayor bienestar que la armonización mínima teniendo en cuenta que la armonización plena únicamente puede generar comercio transnacional en equilibrio imponiendo un estándar armonizado muy alto, no uno intermedio.

2.3. Armonización mínima con el principio de país de origen

Bajo este régimen el estándar armonizado elimina los estándares inferiores preexistentes, pero las empresas podrían entrar en el mercado extranjero cumpliendo con su propio estándar nacional –los cuales, por definición de la armonización mínima, serán iguales o superiores al estándar armonizado– incluso si este es menor que el estándar exigido en el mercado receptor. Por tanto, el estándar armonizado sirve de suelo o límite inferior a los estándares nacionales, permitiendo el ingreso libre

de las empresas en los mercados extranjeros con independencia del estándar nacional del país de origen (pero con la salvaguarda de que todos son al menos iguales al armonizado).

De nuevo aquí nos encontramos con los cuatro escenarios ya contemplados en relación con la armonización plena y con la armonización mínima con acceso o entrada limitados. Los tres primeros casos resultan en estándares óptimos iguales que en el caso de armonización mínima con entrada parcial, y no es necesario reproducirlos aquí. En el cuarto caso, cuando β y q están positivamente correlacionados, o son independientes, el resultado es, sin embargo, distinto. El principio del país de origen, frente a la entrada solo parcial (de las empresas con estándares nacionales más altos que el del país receptor) determina ahora que el estándar óptimo en el régimen de armonización mínima pueda ser tan bajo como el más bajo de los estándares preexistentes, igual o superior al estándar más exigente, pero también que pueda ser intermedio entre ambos, dependiendo del tamaño relativo de los dos países.

Aquí se amplía el conjunto de estándares óptimos posibles. El estándar intermedio le permitirá a la empresa más eficiente entrar en el mercado con el estándar nacional más alto, posibilidad que estaba restringida en el escenario de entrada parcial. Esto expande el rango de estándares óptimos, así como la posibilidad de alcanzar las ganancias del comercio con menores distorsiones de las preferencias de satisfacción del país con el estándar preexistente más bajo.

En el anterior análisis habíamos supuesto que no existía fricción alguna en cuanto a la adopción del estándar por parte de la empresa y su entrada en el mercado extranjero: las empresas no incurrían en costes adicionales por el uso simultáneo de dos estándares distintos. Evidentemente, esto no siempre es así, ni mucho menos. Al contrario, es incluso probable que el uso simultáneo de varios estándares suponga costes –por ejemplo, por incompatibilidad de tecnologías o por economías de escala–, de modo que la empresa solo pueda, razonablemente, ajustarse a un único (y no a varios) estándar legal en su proceso de producción.

Si la empresa se ve constreñida a producir con un único estándar legal, los resultados anteriores se ven seriamente afectados. El uso de un único estándar en todo el proceso supone una gran diferencia. Con esta limitación, el tamaño del país con mayor eficiencia se convierte en una cuestión relevante, y

la armonización mínima puede no ser bastante para inducir la entrada de las empresas más eficientes. En consecuencia, las ganancias de eficiencia por el incremento del comercio transnacional no podrán concretarse en muchos de los escenarios 2, 3 y 4) descritos antes, y la armonización plena resulta más adecuada.

3. Coexistencia de estándares

Cuando los nuevos estándares armonizados coexisten con los precedentes, el diseño del estándar óptimo es, en principio, más complicado, teniendo en cuenta que los estándares armonizados no eliminan aquellos estándares nacionales que están por debajo del nivel armonizado. En el escenario de la coexistencia de estándares, una vez adoptado el estándar armonizado, las empresas podrán atender su mercado local usando su propio estándar nacional –siendo este mayor o menor– o el estandarizado, y podrán entrar en un mercado extranjero utilizando el estándar armonizado.

Supongamos de nuevo que la elección de las empresas, en cuanto al número de estándares legales a los que pueden ajustar sus bienes y servicios o sus contratos, no está constreñida por consideraciones tecnológicas y que, por tanto, podrían eventualmente atender dos mercados distintos utilizando estándares diferenciados: su estándar nacional y el nuevo estándar armonizado.

Bajo el régimen de plena coexistencia de estándares, de nuevo nos encontramos, como era de esperar, con que la definición del óptimo va a depender de las relaciones entre las tecnologías de las empresas y las preferencias de los consumidores en los países involucrados, dando lugar a los cuatro casos que hemos analizado más arriba para la armonización plena y la parcial.

1. Si $\beta_i = \beta_j = \beta$ y $\theta_i < \theta_j$, el estándar óptimo coincide con el más bajo de los preexistentes, con lo que se implementa la autarquía en un escenario donde no hay ganancia de eficiencia por el comercio transnacional: ambos mercados se mantienen separados y son atendidos materialmente bajo los estándares preexistentes.

2. Si $\theta_i = \theta_j = \theta$ y $\beta_i > \beta_j$, el estándar óptimo coincide con el más alto de los preexistentes, de modo que las ganancias del comercio mercado son aprovechadas plenamente debido a que la empresa más eficiente atiende los dos mercados bajo el

mismo estándar en términos materiales, el cual es el óptimo en ambos países dada la identidad en las preferencias.

3. Si $\theta_i < \theta_j$ y $\beta_i > \beta_j$, esto es, hay correlación negativa entre intensidad de preferencias y eficiencia de la empresa según los países, la empresa más eficiente atiende los dos mercados: uno, su mercado local anterior, bajo el estándar más alto preexistente, que es el óptimo para ese país (10); y el otro bajo el estándar armonizado, más alto que el preexistente allí (por el menor coste de satisfacerlo para una empresa más eficiente), y que es el estándar óptimo en ese segundo mercado quedando superfluo el estándar nacional preexistente en el mismo.

4. Si β y θ están positivamente correlacionados, o son independientes ($\theta_i > \theta_j$ y $\beta_i > \beta_j$), el estándar armonizado óptimo es más alto que el mayor de los preexistentes, y la empresa más eficiente atiende los dos mercados: aquel que tenía el estándar más bajo continuará siendo atendido por su empresa local bajo el estándar preexistente que es el óptimo para esa sociedad; el país con preferencias más intensas de calidad será atendido por la empresa extranjera, bajo un estándar, el armonizado, óptimo para ese país y que es más alto que su estándar nacional anterior, pues la entrada de la empresa más eficiente permite sostener un estándar más alto para satisfacer a consumidores con preferencias intensas de calidad.

Intuitivamente, esto tiene sentido cuando la tecnología no condiciona a la empresa más eficiente en el uso de una tecnología específica. Un régimen de estándar óptimo armonizado no reemplaza los estándares existentes, solo permite que el ingreso en los mercados extranjeros sea posible usando el estándar armonizado, lo que implementa el *first best*. Cuando mantener el estándar preexistente le permite a la empresa más eficiente tener una mejor correspondencia con las preferencias de esa sociedad, el régimen de coexistencia permite esa solución, lo cual no sucede en el caso de armonización mínima –que elimina los estándares que se encuentran por debajo del nivel armonizado– ni con la armonización plena, que reemplaza todos los estándares previos. Al mismo tiempo, la coexistencia, si trae la posibilidad de entrar en los mercados extranjeros cumpliendo el estándar armonizado, permitirá a su vez aprovechar plenamente los beneficios del comercio transnacional. En consecuencia, la coexistencia de estándares nunca (11) es inferior en sus resultados a la armonización mínima en cualquiera de las varias versiones que puede presentar

(rígida separación de mercados nacionales, entrada al mercado solo bajo estándares superiores a los exigidos en el país receptor, o el principio pleno del país de origen) y que hemos analizado.

Sin embargo, cuando las empresas han de utilizar una única tecnología para cumplir con un estándar –nacional o armonizado– la definición del estándar óptimo se vuelve mucho más compleja en un escenario de coexistencia pura de estándares y el *first best* no se puede alcanzar con este sistema de armonización.

La armonización plena, sin embargo, podría ser más deseable (no necesariamente en todos los escenarios; por ejemplo, no lo será en aquel en que es deseable implementar la autarquía) en presencia de una única tecnología disponible (no cabe sujetarse a más de un estándar) para servir todos los mercados nacionales, cuando las ganancias del comercio transnacional son tan grandes que permiten compensar los sacrificios asociados a la baja correspondencia con las preferencias de algunas de las sociedades participantes en el proceso de armonización.

IV. IMPLICACIONES PARA LA ARMONIZACIÓN LEGAL

Una de las tareas centrales del Derecho es la de definir el conjunto de estándares de comportamiento en diversos contextos y garantizar su cumplimiento. Determinar el contenido del estándar no resulta sencillo. Si a ello se le incluye la diversidad legal y regulatoria la perspectiva no mejora, sino todo lo contrario.

Pese a la complejidad que supone la definición de estándares armonizados en un contexto de estándares nacionales preexistentes, se trata de un esfuerzo indispensable para construir un gran mercado sin fronteras nacionales. Cuando los estándares son necesarios para asegurar el comportamiento óptimo por parte de los participantes en el mercado –típicamente empresas– y cuando las barreras tecnológicas, legales, culturales o de otro tipo dificultan el comercio transnacional, el diseño de estándares comunes armonizados puede resultar necesario para aprovechar las ganancias de eficiencia que se obtiene en mercados más grandes y de las transacciones transnacionales.

A partir de nuestro modelo de estándares armonizados pueden extraerse algunas lecciones que podrían orientar los procesos que se están

llevando a cabo, en la UE y en otros contextos, para alcanzar cierto grado de armonización en el Derecho que regula las transacciones económicas.

En primer lugar, de forma obvia para algunos, no tan obvia para otros, señalar que el contenido o nivel de los estándares importa, y determinarlo no es cuestión trivial. Es indispensable mirar en la dirección correcta y considerar las variables adecuadas. Nuestros resultados sugieren, intuitivamente, que los legisladores y los reguladores, cuando determinan el contenido de los estándares comunes para un mercado transnacional, deben sopesar los costes que le supone a la empresa más eficiente satisfacer el estándar en un sector relevante y las preferencias de protección a los consumidores en cada uno de los Estados miembros. Por supuesto, obtener, procesar y usar la información fáctica para realizar este análisis no resulta sencillo, pero resulta imprescindible para aproximarse a realizar correctamente la tarea.

En segundo lugar, la función que subyace al estándar y los propósitos que pretende satisfacer son relevantes en el diseño del proceso de armonización. Supongamos que el estándar representa –como parece, al menos para nosotros, más factible en materia de mercados de consumo– un estándar mínimo de calidad o de seguridad diseñado para evitar que los consumidores puedan verse atraídos por bajos niveles de calidad que sean socialmente indeseables. La indeseabilidad puede tener origen en distintas fuentes: en la falta de información del potencial comprador –sobre las reales consecuencias y los riesgos asociados a la transacción– que conduce a una subestimación del daño resultante o, a una externalidad –por ejemplo, de otros miembros de la sociedad o del sistema público de salud– surgida de la calidad escogida por algunos consumidores. Los estándares mínimos establecen un suelo en el nivel de calidad deseado en las transacciones; por debajo de este, las empresas no podrán producir ni vender. Por supuesto, las empresas que incluyen estándares más altos de calidad podrán hacerlo explícito en el mercado –siempre y cuando se trate de estándares verificables– por medio de la reputación, la publicidad, las garantías ofrecidas y similares salvaguardas de calidad.

Pese a ello, el proceso de definición de los estándares no se trata de la única dimensión relevante. La forma en que el estándar armonizado se relaciona con el estándar nacional preexistente tiene suma importancia teórica y también en términos de *policy*. La armonización plena, con eliminación

de los estándares legales nacionales preexistentes supone, desde luego, un instrumento muy poderoso para superar la etapa inicial en donde el nivel de comercio transnacional es exiguo en razón de las barreras existentes descritas en nuestro modelo básico. Un estándar plenamente armonizado será preferible cuando un mercado más grande puede alcanzarse a través de economías de escala y ello resulta ser tecnológicamente más eficiente, o cuando las ganancias por el incremento del comercio transnacional son muy significativas.

Pero como se ha mostrado en la tercera sección, la armonización plena implica algunos sacrificios en términos de la debida correspondencia entre el nivel de estándar con las preferencias en las sociedades afectadas. Cuando los consumidores tienen distintas preferencias que influyen en su disposición a pagar por evitar riesgos, la existencia de múltiples estándares podría incrementar el bienestar en tanto que permitiría una mejor correspondencia entre las preferencias de los consumidores y los esfuerzos de las empresas por reducir la probabilidad de accidentes –incluso si con ello no se alcanzan todas las ganancias potenciales de un mercado único–. Por su parte, las formas más suaves de armonización, por ejemplo, la armonización mínima, deben complementarse con medidas que aseguren la entrada de las empresas más eficientes en los mercados extranjeros. Estas últimas requieren que los estándares nacionales no sean completamente rígidos y que los mercados no continúen totalmente separados. Las formas plenas o atenuadas del principio del país de origen permiten estos efectos y pueden alcanzar un resultado eficiente.

Por su parte, la alternativa de permitir la coexistencia de los estándares nacionales y los armonizados –pese a que esta se trate de una solución más suave que la armonización mínima– presenta indudables atractivos. En consecuencia, con frecuencia merecerá la pena que los estándares armonizados se introduzcan como estándares adicionales que permitan a las empresas más eficientes aprovechar las ganancias del comercio transfronterizo penetrando otros mercados, pero sin afectar a los estándares nacionales. Siendo así, los estándares armonizados serían capaces de superar las barreras existentes que impiden un comercio transnacional activo, respetando, al mismo tiempo, la diversidad presente en términos de preferencias y las condiciones económicas básicas de las sociedades en que los estándares serán aplicados.

Por un lado, es difícil negar que las sociedades y sus economías son diferentes tanto en términos

de las preferencias de los ciudadanos sobre muchas cuestiones como en los niveles de riqueza y su grado de distribución entre los distintos grupos sociales. Cuando la armonización de los estándares se aborda desde una perspectiva general –por ejemplo, las reglas y estándares de protección al consumidor o el derecho de contratos– es difícil establecer de forma inequívoca que el contenido de reglas uniformes escogidas será el óptimo para todos los mercados nacionales o para las preferencias heterogéneas de cada una de las sociedades.

Debe reconocerse, por otro lado, que incluso bajo un nuevo conjunto de estándares legales, las empresas no estarían sujetas de verdad a un único conjunto de requisitos y reglas de conducta. En la práctica, muchos de los estándares serán lo suficientemente generales y abstractos que permitirán amplios márgenes de apreciación e interpretación en concordancia con las circunstancias específicas del mercado nacional, o del mercado relevante del producto afectado, obteniéndose resultados con diferencias sustanciales. La aplicación de las reglas se deja en manos de las administraciones y tribunales de los distintos Estados, que reflejan, en buena medida, el amplio rango de culturas legales, tradiciones, modelos de organización y estrategias para la aplicación de la ley, que influyen de manera significativa en las soluciones implementadas en los diferentes países.

Ha de advertirse, sin embargo, que las ventajas del modelo de coexistencia de estándares (y también de armonización mínima con el principio de país de origen) se dan en un escenario de flexibilidad tecnológica donde las empresas pueden operar, razonablemente a bajo coste, bajo distintos estándares sin verse compelidas, por consideraciones de coste, a operar bajo un único conjunto de reglas y estándares. Cuando solo cabe producir bienes y servicios, y ofrecerlos a los consumidores, bajo un único estándar legal, nos vemos abocados de nuevo al dilema fundamental de escoger entre las ganancias del mercado común y la debida correspondencia entre los estándares y las preferencias de los consumidores, un dilema que no permite una respuesta general, pero que claramente apunta en la mayor parte de los escenarios a la ventaja de la armonización plena como la herramienta más poderosa para asegurar las ganancias del comercio transfronterizo.

Finalmente, debe enfatizarse que nuestro modelo de armonización de estándares es un modelo simple que no tiene en cuenta muchas complejidades del mundo real (heterogeneidad de los consu-

midores dentro de cada país, la reacción estratégica de los gobiernos nacionales durante los procesos de armonización, la complejidad de las estructuras del mercado, entre otras) que, sin duda, resultan relevantes en los procesos de armonización, en sus decisiones y en sus valoraciones. Sin embargo, creemos que nuestros resultados ofrecen algunas bases teóricas que contribuirán a entender en la realidad de la armonización legal las reglas jurídicas que afectan al comercio transnacional.

5. CONCLUSIONES

La armonización –en distintos grados– de los estándares legales y regulatorios entre los distintos países es piedra angular para la construcción de un verdadero mercado interior europeo. Los problemas que rodean estos procesos no han sido analizados económicamente de forma sistemática.

En este trabajo creemos haber contribuido al entendimiento de la armonización de reglas y estándares legales a través del desarrollo de un modelo muy estilizado de comercio entre dos países en el supuesto en que los consumidores no pueden observar la calidad de los bienes, pero se encuentran protegidos por estándares legales mínimos. Hemos supuesto que los reguladores domésticos en autarquía pueden establecer estándares concordantes con las preferencias de los consumidores y la tecnología disponible para las empresas. Introduciendo un estándar armonizado que promueva el comercio puede incrementarse el bienestar, reemplazando las empresas y tecnologías ineficientes. Hemos identificado cómo el estándar armonizado depende de los parámetros de preferencias y tecnología y hemos establecido la relación entre el estándar armonizado y los estándares nacionales preexistentes. También hemos ejemplificado diferentes modos de armonización, y cómo ellos afectan la elección del estándar armonizado óptimo, la eficiencia de sus resultados y los factores que pueden afectar su desempeño.

El modelo requiere mayor expansión y refinamiento, sin duda. Hay varios aspectos que nos gustaría explorar en futuros trabajos: heterogeneidad de los consumidores, desinformación de los adquirentes en cuanto al coste social de la adquisición, comportamiento estratégico de los gobiernos nacionales en el seno de procesos de armonización.

Estas extensiones podrían dotar de mayor realismo a la teoría de armonización legal. Creemos, sin embargo, que los factores, opciones y resultados

identificados en este ensayo contribuyen a la reconstrucción teórica de los procesos de armonización legal.

NOTAS

(*) Queremos agradecer a los participantes en el *Comparative Law and Economics Forum* en Madrid, el encuentro SIDE/ISLE en Bolonia, la Conferencia Anual de ALACDE en Barcelona y los seminarios en la universidades de Bolzano y Tilburg por sus valiosos comentarios y sugerencias.

(**) Departamento de Economía. Correo electrónico Juanjo.ganuzaza@upf.edu. Juan José Ganuzza especialmente agradece el apoyo financiero del Ministerio de Educación y Ciencia con el proyecto ECO2014-59225-P.

(***) Departamento de Derecho. Correo electrónico Fernando.gomez@upf.edu. Fernando Gómez agradece el apoyo financiero del Ministerio de Ciencia y Tecnología, proyectos SEJ 2006-10041 y DER 2010-15024.

(1) Por ejemplo, Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), de 17 junio 2008, OJ L 177/6, 4.7.2008.

(2) Véase HESSELINK (2007), que argumenta cómo las reglas sobre ley aplicable no pueden por sí solas controlar las consecuencias negativas de la diversidad legal y regulatoria en el comercio transnacional.

(3) Véase GÓMEZ (2008) acerca de las condiciones para la competencia regulatoria en materia contractual.

(4) Ver art. 6.1 y 6.2 del Reglamento Roma I que se basa en un principio de protección que proscribía las cláusulas de ley aplicable en detrimento de la ley del domicilio habitual del consumidor.

(5) Directiva del Consejo 85/374/CEE del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

(6) Ver SCHULTE-NÖLKE (2007), que acuñó la idea del *Blue Button* (término que se refiere al color de la bandera europea) en el contexto del comercio electrónico, que se prevé como el más relevante para reducir los costes de transacción en el comercio transfronterizo, para expresar la idea de compras y ventas *online* usando las normas europeas en lugar de las nacionales. En similar sentido, BEALE (2007).

(7) Debe manifestarse que uno de nosotros fue miembro del grupo de expertos que elaboró la propuesta.

(8) Pero no siempre ha sido el caso, como lo muestra la Directiva 85/374/CEE (Directiva de productos defectuosos) interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Sentencias de 10.5.2001, *Henning Vedfeldt c. Aarhus Amtskommune*; Sentencia de 25.4.2002 *Comisión c. Francia*, y *Comisión c. Grecia*.

(9) La doctrina legal europea se ha mostrado crítica en general con la solución de la armonización plena: WILHELMSSON (2008), TWIGG-FLESNER y METCALFE (2009), LOOS (2010).

(10) Conviene hacer notar que este resultado depende de nuestro supuesto (ver sección II) consistente en que la empresa nacional o local tiene un poder de monopolio y puede extraer todas las rentas de los consumidores en la transacción. Con otras estructuras de mercado no se puede descartar que si el vendedor no puede extraer todo el excedente de la transacción (y por tanto de las elevadas preferencias de calidad de los consumidores en su mercado local) prefiera operar su mercado nacional con el estándar (más bajo) armonizado, el mismo con el que sirve al mercado extranjero.

(11) Recuérdese, sin embargo, para el escenario iii) (correlación negativa de los parámetros de preferencia y de eficiencia) lo señalado en la nota anterior.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTIGOT, M., y GÓMEZ, F. (2008), «Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad», en SALVADOR y GÓMEZ (eds.): *Tratado de responsabilidad de producto*, Cívitas, Madrid.
- BEALE, H. (2007), «The Future of the Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, 257-276.
- DEN BUTTER, F., y MOSCH, R. (2003), «Trade, Trust, and Transaction Costs», *Tinbergen Institute Working Paper*, n.º 2003-082/3.
- CLERMONT, K., y EISENBERG, T. (1996), «Xenophilia in American Courts», *Harvard Law Review*, 109: 1120-1143.
- COLLINS, H. (2003), «EC Regulation of Unfair Commercial Practices», en COLLINS, H. (ed): *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, Kluwer Law International, The Hague.
- CHAN, Y.-S., y MARINO, A. M. (1994), «Regulation of Product Safety Characteristics under Imperfect Observability», *Journal of Regulatory Economics*, 6: 177-195.
- CONSTANTATOS, C., y PERRAKIS, S. (1998), «Minimum Quality Standards, Entry and the Timing of the Quality Decision», *Journal of Regulatory Economics*, 13: 47-58.
- CRAMPES, C., y HOLLANDER, A. (1995), «Duopoly and Quality Standards», *European Economic Review* 39: 71-82.
- DAUGHETY, A., y REINGANUM, J. (1995), «Product Safety: Liability and Signaling», *American Economic Review*, 85: 1187-1206.
- GARELLA, P. (2006), «Innocuous' Minimum Quality Standards», *Economics Letters*, 92: 368-374.
- GARELLA, P., y PETRAKIS, E. (2004), «Minimum Quality Standards and Consumers' Information?», *Working Paper*, University of Bologna Department of Economics.
- GÓMEZ, F. (2008), «The Harmonization of Contract Law through European Rules: A Law and Economics Perspective», *4 European Review of Contract Law*: 89-119.
- GRUNDMANN, S. (2003), «The Optional European Code on the Basis of the Acquis Communautaire- Starting Points and Trends», *European Law*, 10: 698-711.
- GRUNDMANN, S. (2005), «European Contract Law of What Colour?», *European Review of Contract Law*, 1: 184-210.
- GRUNDMANN, S. y KERBER, W. (2005), «An Optional European Contract Law Code: Advantages and Disadvantages», *European Journal of Law and Economics*, 21: 215-236.
- Hesselink, M. (2007), «SME's and European Contract Law», Centre for the Study of European Contract Law, University of Amsterdam, *Working paper* n.º 2007/03.
- LELAND, H. (1979), «Quacks, Lemons, and Licensing: A Theory of Minimum Quality Standards», *Journal of Political Economy*, 87: 1328-1346.
- Loos, M. (2010), *Full Harmonization as a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders: The Example of the Consumer Rights Directive*, Mimeo, University of Amsterdam.
- MARETTE, S. (2007), «The Minimum Safety Standard, Consumers' Information, and Competition», Center for Agricultural and Rural Development, Iowa State University, Working Paper 07-wp 441.
- MARETTE, S.; BUREAU, J.C., y GOZLAN, E. (2000), «Product Safety Provision and Consumers' Information», *Australian Economic Papers*, 39: 426-441.
- RIESENHUBER, K. (2005), «System and Principles of EC Contract Law», *European Review of Contract Law*: 297-322.
- SCHULTE-NÖLKE, H. (2007), «EC Law on the Formation of Contract-from the Common Frame of Reference to the Blue Button», *European Review of Contract Law*: 333-349.
- TURRINI, A., y T. VAN YPERSELE (2006), «Legal Costs as Barriers to Trade», *Center for Economic Policy Research Discussion Paper Series*, Paper n.º 5751.
- TWIGG-FLESNER, C., y METCALFE, D. (2009), «The Proposed Consumer Rights Directive- Less Haste, More Thought?», *European Review of Contract Law*, 3: 368-391.
- VOGENAUER, S., y WEATHERILL, S. (2006), *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart Publishing (2006).
- WILHELMSSON, T. (2008), «Full Harmonisation of European Consumer Contract Law?», 2008: 225-229.