

Nuno Garoupa*
Carlos Gómez Ligüerre**

EFICIENCIA ECONÓMICA Y SISTEMAS LEGALES

Hace décadas que la literatura económica sobre sistemas legales asume que los ordenamientos jurídicos del Common law promueven resultados más eficientes que los que son propios de las jurisdicciones pertenecientes a la tradición jurídica del Civil law. El fundamento de tal afirmación estaría en una predisposición estructural del Common law para hallar la solución legal que mejor se aviene a las necesidades del mercado. El presente trabajo discute el acierto de esa afirmación. Lo hace desde una perspectiva metodológica.

Economic efficiency and legal systems

The Economics literature about legal systems has assumed for decades that the Common law legal system fosters results that are more efficient than the equivalent results produced by the Civil law legal system. The rationale that backs up this assertion is that Common law has a structural predisposition to find the legal solution that suits better to the markets' needs. This paper challenges the rightness of that assertion. It does so using a methodological perspective.

Palabras clave: derecho comparado, legal origins, análisis económico de los sistemas legales.

Keywords: comparative law, legal origins, economic analysis in legal systems.

JEL: K40, K10, K15.

1. Introducción: planteamiento del problema, crítica metodológica y plan de trabajo

La metodología habitual en los estudios de derecho comparado distingue dos grandes familias o tradiciones legales (Zweigert y Kötz, 1996). Se asume como criterio básico de distinción el proceso de creación de la norma jurídica y la posición que el juez ocupa respecto de ella. Conforme a ese criterio básico se

distingue entre el *Common law* y el *Civil law*. En el primero, la norma tiene un origen judicial y su reconocimiento como fuente de derechos y de obligaciones viene dado por la eficacia que los sistemas legales pertenecientes a esa tradición legal reconocen al precedente judicial, a la regla ya elaborada por un juez o tribunal y que los posteriores vienen obligados a respetar en casos análogos que resuelvan con posterioridad. En el segundo, la norma jurídica es la expresión de la voluntad popular manifestada en una regla general y abstracta, promulgada por un legislador centralizado cuyos mandatos deben ser aplicados por los jueces. El criterio básico de distinción atiende, por tanto, a la posición del juez en el sistema jurídico: en los ordenamientos jurídicos pertenecientes al *Common*

* Professor of Law & Associate Dean for Research. Antonin Scalia Law School. George Mason University, Arlington (EE UU).

** Profesor titular de universidad, Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. UPF Barcelona School of Management.

Versión de mayo de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7072>

law, el juez tiene capacidad de elaboración de criterios legales potencialmente generales, mientras que en los sistemas del *Civil law*, el juez es un mero aplicador —intérprete a lo sumo— de los mandatos emanados de una autoridad ajena a la función judicial (Gordley y von Mehren, 2006).

La distinción entre *Common law* y *Civil law* es una convención metodológica. Todos los comparatistas son conscientes de que se trata de una simplificación que obvia diferencias relevantes entre ordenamientos, incluso entre aquellos agrupados en una misma tradición, pero que permite comparar y analizar realidades jurídicas dispares de una forma sencilla. La dicotomía entre ambas tradiciones, más allá del criterio básico referido, apenas da razón de la configuración de los ordenamientos jurídicos concretos, pero hace posible abstraerse de esas diferencias y efectuar afirmaciones generales sobre los diferentes modos de resolver los conflictos que todo ordenamiento jurídico está llamado a resolver (Glenn, 2001).

Sin embargo, la distinción entre el *Common law* y el *Civil law* ha trascendido las fronteras de los estudios del derecho comparado. Hace décadas que ha sido adoptada por los análisis económicos de los sistemas legales en los que es habitual que las referencias a la distinción se planteen en términos de contraposición entre culturas o tradiciones legales. Así, y de una forma matizadamente diferente a la propuesta del derecho comparado que es solo metodológica, se analizan las dos grandes tradiciones legales en las que se ubican todos los ordenamientos jurídicos del mundo en términos de eficiencia.

El proceso tiene un origen claro en la afirmación que Richard Posner incluyó en la primera edición de su influyente trabajo sobre análisis económico del derecho (Posner, 1972) conforme a la cual el *Common law* promueve resultados más eficientes que el *Civil law*. Según el autor, existe una lógica implícita favorable a la eficiencia económica en el proceso de determinación de la norma que es propio del *Common law*. La cercanía con el precedente y su configuración

con motivo de casos concretos supondría una mayor aptitud del *Common law* para encontrar soluciones coherentes con las exigencias del mercado. Dicho de otro modo, la evolución del *Common law* lo ha convertido en un sistema más cercano a los intereses de las partes potenciales en cualquier proceso judicial y, por consiguiente, más sensible a las exigencias del mercado. El argumento tiene sus orígenes históricos en la obra de Oliver Wendell Holmes (Holmes, 1882) y posteriormente en los trabajos de Rubin (1977), Priest (1977) y Goodman (1978). Aunque el autor no menciona argumentos de eficiencia económica, destaca que el proceso de creación del *Common law*, al ser más cercano a los intereses de la comunidad de justiciables, lo hace más propenso a encontrar soluciones adecuadas para los intereses colectivos y le dota de mayor flexibilidad que un sistema de resolución de conflictos basado en criterios decididos por una autoridad general. La idea que subyace a ese razonamiento es que el sistema de creación de la regla jurídica en los sistemas del *Common law* permite la adopción de nuevas soluciones y la derogación de las menos satisfactorias de una forma más flexible que la propia de los sistemas del *Civil law*, dependientes de la decisión de un legislador centralizado. La evolución del *Common law* sería, de este modo, más propensa a la purificación del ordenamiento y a la expulsión de reglas ineficientes.

Esa afirmación se desarrolla ampliamente en los trabajos que La Porta, López de Silanes y Shleifer publican en la primera década de este siglo (resumidos en La Porta, López de Silanes y Shleifer, 2008) y que han dado lugar a la literatura sobre *Legal Origins*, centrada en el análisis de los efectos que tiene para el desarrollo económico la pertenencia de una economía nacional a alguna de las dos grandes tradiciones legales. Conforme a los estudios indicados y con apoyo en el análisis estadístico que les acompaña, los países pertenecientes al *Common law* son, de media, más ricos —disponen de un PIB mayor y de una renta per cápita más elevada— que los países cuyo ordenamiento

jurídico pertenece a la tradición del *Civil law*. La afirmación atiende a la media de las variables indicadas y su correlación con las dos tradiciones legales señaladas.

Las contribuciones señaladas obvian el debate sobre la principal cuestión de la que tratan, pues no definen conforme a qué criterios comparan la mayor o menor eficiencia de las soluciones legales ni los parámetros conforme a los cuales esa eficiencia debe ser evaluada. Se asume que el seguimiento del precedente judicial permite optimizar la eficiencia de las decisiones judiciales, sin tener en cuenta, por un lado, que la misma cercanía del juez a la comunidad que recibe sus decisiones (que es uno de los rasgos destacados del *Common law*) le sitúa en una posición más frágil en términos de captura del decisor y, por otro lado, que los casos que resuelven los tribunales pueden no ser representativos de los conflictos que ha de resolver un sistema legal: ni todos los asuntos se pleitean, ni los que se pleitean agotan los recursos disponibles (Miceli, 2009). También se obvia que la confianza exclusiva en la existencia de controversias individuales excluye la corrección de acuerdos privados máximamente beneficiosos para sus partes pero muy perjudiciales para terceros. La legislación, tal y como se entiende en los ordenamientos del *Civil law*, parece un instrumento más eficiente para la reducción de las externalidades negativas. Afirmar con carácter general que un sistema de decisión *ex post* es superior a otro de adjudicación *ex ante* desconoce la necesaria interacción entre ambos (Shavell, 1984).

Sin entrar en esas cuestiones, ni en la más general sobre el concepto de «justicia» como objetivo último de cualquier sistema legal de adjudicación de derecho y obligaciones, el presente trabajo quiere contribuir al debate sobre la eventual existencia de una correlación entre la pertenencia de un ordenamiento jurídico a una u otra tradición legal y criticar la conclusión contenida en esos estudios, conforme a la cual los ordenamientos del *Common law* promueven la eficiencia en mayor medida que los ordenamientos jurídicos del *Civil law*. La crítica se plantea en términos

estrictamente metodológicos. No se trata de debatir la supuesta superioridad del *Common law* demostrando sus debilidades o las fortalezas del *Civil law*. El objetivo, en la línea de alguno de los trabajos previos de los autores de este artículo (Garoupa y Gómez, 2011; 2012a; 2012b), es evidenciar que la metodología empleada para concluir una supuesta superioridad de los ordenamientos jurídicos del *Common law* en la obtención de resultados eficientes, no es correcta o, mejor dicho, que la misma metodología serviría para concluir lo contrario de lo que afirma la literatura sobre orígenes legales.

En concreto, en este trabajo se destacarán tres aspectos que permiten dudar de la consistencia de la afirmación conforme a la cual el *Common law* promueve resultados más eficientes que el *Civil law*. En primer lugar, se destaca que la afirmación suele ir acompañada del análisis de ciertas instituciones legales que se escogen como ejemplo paradigmático de la mayor eficiencia de la solución ofrecida por los sistemas legales del *Common law*. Sin perjuicio de la mayor o menor cercanía con los postulados de la eficiencia económica de esas concretas soluciones legales, lo cierto es que en la tradición jurídica del *Common law* existen otros muchos ejemplos cuya eficiencia es discutible. Una selección diferente de ejemplos daría lugar a una conclusión distinta y esto, a juicio de los autores de este trabajo, evidencia la debilidad de la afirmación que se discute.

En segundo lugar, la mayor eficiencia del *Common law* sería una afirmación sesgada por la misma reducción metodológica que supone encajar todos los ordenamientos legales del mundo en los rígidos parámetros de una clasificación doble. Los ordenamientos del *Common law* evidencian una diversidad tan acusada como los que se incluyen en la tradición del *Civil law* y no parece sensato afirmar que todos los que pertenecen a una tradición son más eficientes que el resto, formado por todos los ordenamientos que pertenecen a la tradición del *Civil law*. Existe, de hecho, una progresiva uniformización de ambas tradiciones legales

en muchos sectores legales. En especial, en aquellos más expuestos a los efectos de la globalización de los mercados y los más sensibles en los procesos de uniformización u homogeneización de sistemas legales.

En tercer lugar, el trabajo sugiere tener en cuenta el matiz que aportan las identificadas como *Mixed jurisdictions*, sistemas legales nacionales en los que conviven principios y formas propios de ambas tradiciones legales y en los que coexisten instituciones procedentes tanto del *Common law* como del *Civil law*. Se trata, en general, de jurisdicciones poco relevantes en términos económicos, pero muy importantes en términos metodológicos pues obligan a matizar la rotundidad de la distinción entre ambas tradiciones legales y, en consecuencia, las afirmaciones que toman esa distinción como punto de referencia.

2. El sesgo en la elección de los ejemplos

La mayor eficiencia del *Common law* suele justificarse con determinadas instituciones legales propias de esa tradición jurídica que manifestarían estructuralmente un sistema de decisión proclive a soluciones eficientes. Los ejemplos son diversos y su análisis detallado excede del objeto de este trabajo (Mattei, 1997). Lo único que interesa destacar aquí es la crítica a una metodología basada en soluciones concretas que soslaya el análisis de cada institución en el marco general del ordenamiento en que se aplica. Con carácter general, hay que asumir que las sociedades, y los individuos que las forman, no permitirán el mantenimiento de soluciones ineficientes si existen alternativas mejores. La evolución de todo ordenamiento debe entenderse, así, desde la perspectiva de su progresivo perfeccionamiento, por lo que es arriesgado afirmar que una determinada tradición legal ha consolidado soluciones ineficientes y se ha conformado con ellas.

La crítica que se plantea, en general en este trabajo y en especial en este apartado, es metodológica. La selección de determinadas instituciones legales

no puede adoptarse como prueba de la eficiencia de todo el sistema legal, pues en todos existen instituciones legales cuya eficiencia puede ser debatida (o que cede frente a otros valores económicos o sociales). En todo caso, el análisis de una institución legal exige un estudio dinámico y no meramente estático.

Así sucede, por ejemplo, con los remedios frente al incumplimiento contractual. Uno de los rasgos estructurales que diferencia la tradición del *Common law* y del *Civil law* es que el primero parte de un principio general de indemnización de los daños causados por el incumplimiento, *damages*, mientras que el segundo permite al acreedor la exigencia del cumplimiento específico, *specific performance*. La posibilidad de resolver todo contrato mediante la indemnización de los daños causados suele presentarse como una ventaja de los sistemas contractuales del *Common law*, pues permite incumplimientos eficientes del contrato: el deudor puede estar más interesado en incumplir el contrato actual y concluir otro con el que obtenga un mayor rendimiento si este supera la cuantía de la indemnización que debe pagar. La posibilidad legal de exigir el cumplimiento específico del contrato por la parte que padece el incumplimiento impediría incumplimientos eficientes, pues el bien o servicio no podría prestarse a un tercero interesado en pagar más que el acreedor contractual.

La literatura económica (Cooter y Ulen, 2012) ha destacado que la ventaja de un sistema de remedios basado en los *damages* frente a otro que permite la pretensión de *specific performance* es solo aparente. En ausencia de costes de transacción, o en un escenario de equivalencia de su cuantía entre diferentes escenarios, la elección legal es irrelevante, pues nada impide que el acreedor contractual que optó por el cumplimiento específico en un régimen legal del *Civil law* venda o provea el servicio al tercero más interesado que él en el objeto del contrato. La diversidad de soluciones no afecta a la eficiencia del mercado, sencillamente promueve que sea otro el que haga el (buen) negocio.

Existen, además, rasgos característicos de los sistemas legales del *Common law* que son compartidos por algunas jurisdicciones del *Civil law*, por lo que no deberían servir como un criterio de distinción —ni que soporte afirmaciones de una eventual superioridad— entre tradiciones legales. Así sucede con una cuestión central al derecho de la responsabilidad que tiene importantes consecuencias prácticas. Se trata de la posibilidad de acumular en un mismo procedimiento, por los mismos hechos y contra el mismo demandado, una pretensión de responsabilidad contractual con otra por daños extracontractuales. Tradicionalmente, el *Common law* ha distinguido ambas pretensiones. De hecho, la diferencia no es únicamente procesal, pues incide en el ámbito de la pretensión del demandante que puede estar habilitado para pedir el interés positivo, *expectation damages*, o solo el interés negativo, *reliance damages*. Numerosas decisiones en muchas jurisdicciones del *Common law* han relajado esa distinción y es habitual, en la actualidad, que la acumulación sea posible en muchas jurisdicciones pertenecientes a esa tradición legal.

El debate se plantea en términos análogos entre jurisdicciones del *Civil law*. Así, mientras la tradición francesa promueve la distinción del régimen legal y procesal de ambas pretensiones, *non cumul*, los derechos alemán e italiano, por ejemplo, permiten la acumulación. La cuestión tiene importantes implicaciones en la regulación del derecho de daños y afecta a cualquier análisis sobre la eficiencia de las soluciones legales sobre la materia. Resulta, sin embargo, que ese debate trasciende a la distinción entre *Common law* y *Civil law*, pues se reproduce en los mismos términos entre las jurisdicciones pertenecientes a cada una de esas tradiciones legales. No puede, eso es lo que interesa destacar aquí, tomarse como un criterio de distinción en el análisis de los efectos asociados a la dicotomía referida.

Otro ejemplo, marginal desde el punto de vista económico, pero revelador de que el análisis de las tradiciones legales puede dar lugar a resultados diferentes si

se cambian los ejemplos de referencia, es la ausencia de un deber general de socorro, *duty to rescue*, en la mayoría de jurisdicciones del *Common law*. De hecho, suele presentarse la ausencia de un deber general de ayuda como un rasgo característico del *Common law* que lo distingue de las jurisdicciones del *Civil law*, que incorporan mayoritariamente una *Good Samaritan rule* conforme a la cual existe un deber general de ayuda a la víctima de un daño, aunque el obligado a ayudar no haya participado en la causación del perjuicio, cuya inobservancia puede dar lugar a responsabilidad. La diferencia suele justificarse en cuestiones culturales, pero es obvio que la existencia de un deber general de socorro promueve resultados más eficientes que su ausencia. Siempre será más eficiente evitar el daño, sobre todo si es personal, que confiar en la pretensión de responsabilidad de la víctima contra el causante del perjuicio.

Es oportuno insistir en que estos y otros muchos ejemplos imaginables no se plantean como la evidencia de lo contrario a lo que se quiere discutir en este trabajo. No se trata de demostrar que el *Civil law* es más eficiente que el *Common law*. De lo que se trata es de poner de manifiesto que el análisis de instituciones legales concretas no es un método para analizar la mayor o menor eficiencia de las soluciones legales propias de ambas tradiciones jurídicas.

3. La evolución de los sistemas legales

Como ya se ha dicho, el criterio básico de distinción entre el *Common law* y el *Civil law* se busca en la posición que el juez ocupa frente a la norma que contiene el criterio de decisión del caso concreto. En el *Common law* la regla jurídica debe encontrarse o subsumirse del precedente judicial, que el juez debe observar salvo que justifique la existencia de motivos que aconsejen apartarse de él. En el *Civil law*, el juez viene obligado a aplicar la regla general abstracta que resulte de aplicación y subsumir el supuesto de hecho del caso que debe resolver en el supuesto de hecho contemplado por la norma aplicable.

Se trata, conviene insistir de nuevo, en una reducción de la que no deberían extraerse más conclusiones que las estrictamente metodológicas, pues tal es el único objetivo de la simplificación que supone reducir la diversidad de todos los ordenamientos jurídicos del mundo a una simple clasificación dual. Al fin y al cabo, como el propio juez Posner reconoce (Posner, 2008), se trata de dos modos diferentes de obtener un mismo resultado, que no es otro que el de anudar la decisión judicial a parámetros predecibles y evitar que la libertad del juzgador sea un pretexto para la arbitrariedad. El *Common law* limita la libertad del juez mediante la sujeción al precedente y el *Civil law* hace lo propio con la sujeción del juez a la ley.

En todo caso, el criterio de distinción entre ambas tradiciones obvia matices muy relevantes. Tanto que impiden asociar con carácter general la inclinación de una u otra tradición hacia los postulados de la eficiencia económica. Por un lado, amplios sectores de los ordenamientos jurídicos del *Civil law* se han desarrollado gracias a la labor de interpretación e integración de la norma jurídica llevada a cabo por jueces y tribunales. La rigidez del derecho positivo y la lentitud de los legisladores en adaptarlo a los cambios sociales han forzado a jueces y tribunales de jurisdicciones del *Civil law* a ampliar los tipos legales, integrar los mediante la técnica de la analogía y a interpretar la norma en el sentido más adecuado a la realidad social a la que debía aplicarse. De hecho, y asumiendo las restricciones que la existencia de una norma legal puede imponer al proceso de su aplicación, lo cierto es que todos los sistemas del *Civil law* reconocen a sus jueces la función de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico en términos muy similares a como el *Common law* les encomienda la función de creación de la norma jurídica.

En todos los ordenamientos del *Civil law* existen áreas de aplicación del derecho donde los principios y reglas son de creación judicial, bien porque los jueces se han anticipado al legislador o bien porque este, cuando ha decidido legislar sobre la materia, ha tenido

en cuenta su desarrollo judicial previo (Wangenheim, 1993). Un buen ejemplo de este proceso de creación judicial del derecho, a pesar de un contexto de sujeción general a la norma legal abstracta, es el derecho de daños. Todos los códigos civiles europeos dedicaron a la responsabilidad civil extracontractual una atención que se ha revelado inferior a la gravedad y complejidad de los problemas que los jueces europeos pertenecientes a la tradición del *Civil law* han tenido que resolver en las últimas décadas. El desarrollo del derecho de daños en muchas —sino en todas— las jurisdicciones del *Civil law* ha seguido un recorrido similar al proceso de creación de las normas que es propio de la cultura del *Common law*. El derecho de daños es, en definitiva, un derecho que en una medida relevante ha sido de creación judicial y el proceso es común a todas las tradiciones. En algunos casos, como consecuencia de su proceso interno de solución, en otros, a resultas de la función de integración del ordenamiento que se encomienda a los tribunales. La realidad es que todas las jurisdicciones comparten categorías (por ejemplo, las propias de la *remoteness*, *proximate causation*, *objective Zurechnungslehre* o *imputación objetiva* o el reconocimiento de la *strict liability*, *Gefährdungsrisiko* o *responsabilidad objetiva*) que aplican de manera análoga para la solución de problemas equivalentes. En todo caso, el ejemplo, sin perjuicio de las diferencias materiales que puedan existir entre jurisdicciones, evidencia que la distinción radical entre *Common law* y *Civil law* no da razón ni de todos los sectores del ordenamiento, ni siquiera dentro de las fronteras del derecho privado, ni de la convergencia que se produce entre ambas tradiciones cuando los respectivos sistemas legales acentúan el protagonismo judicial.

Por un lado, y en la dinámica de presentación de contraejemplos que esta investigación propone, la afirmación conforme a la cual el *Common law* disfrutaría de una lógica interna más favorable a la adopción de soluciones eficientes que cualquier otro modo de organizar un ordenamiento jurídico, supone que

el *Common law* es un cuerpo unificado y unitario de doctrinas. No es así. Las diferencias entre los ordenamientos jurídicos del *Common law* son tan acentuadas como las que existen entre los sistemas legales del *Civil law*. Tantas y de tanta relevancia que apenas puede emplearse la categoría para otros fines que los metodológicos, sin que sea posible anudar afirmaciones que toman como referencia el contenido material de los ordenamientos que se clasifican en cada tradición.

De hecho, la diversidad existente en los ordenamientos de la órbita del *Common law* muestra que muchos de ellos han adoptado instituciones legales históricamente vinculadas a los sistemas codificados del *Civil law*. Los sistemas registrales del derecho de propiedad y de otros derechos sobre bienes inmuebles, muy extendidos en muchas jurisdicciones del *Common law* (por ejemplo, en Australia y Nueva Zelanda), comparten función, requisitos y objetivos con los sistemas de registro de la propiedad habituales en las jurisdicciones del *Civil law*. Son, conviene destacarlo, mecanismos que promueven la solución de conflictos sobre la titularidad de derechos inmobiliarios al margen del sistema judicial (Arruñada y Garoupa, 2005).

Por otro lado, en todos los ordenamientos del *Common law* es evidente la tendencia por una mayor presencia del derecho positivo, al estilo de las jurisdicciones del *Civil law* (Garoupa y Ogus, 2006). El proceso de creación de la norma en el *Common law* tiene el grave inconveniente del menor grado de seguridad jurídica que supone la confianza en el seguimiento del precedente, en especial, cuando ese precedente no es único ni unívoco. Por otra parte, supone que los cambios legales se producen con motivo de casos que proponen la adopción de nuevas doctrinas legales o la confirmación de las ya existentes. Estos extremos justifican que los legisladores, también en las jurisdicciones del *Common law*, recurran de manera frecuente a la norma legal, general y abstracta que incluye mandatos para los justiciables y que vincula a los jueces y tribunales que deben aplicarla. Ya no se puede decir

que el *Common law* sea un derecho de —exclusiva— creación judicial, aspecto sobre el que pivota la afirmación de su tendencia favorable a soluciones eficientes (Clark, 2006).

En efecto, las diferencias entre ordenamientos del *Common law* son relevantes. En cualquier ámbito del derecho, existen diferencias en la aplicación de las doctrinas tradicionales del *Common law* que han adoptado las jurisdicciones de los Estados Unidos de América y del Reino Unido, por ejemplo. Tantas que parece aventurado afirmar que todas ellas, como consecuencia de un mismo proceso genético de elaboración, promueven la eficiencia en mayor medida que cualesquiera otras imaginables procedentes de jurisdicciones del *Civil law*. Parece oportuno destacar la labor uniformizadora del derecho que lleva a cabo el *American Law Institute* mediante la elaboración de *Restatements of the law*, textos que carecen de una sanción pública pero que promueven una homogeneización en la aplicación de las doctrinas del *Common law* en las jurisdicciones de los Estados Unidos de América de una forma que, claramente, evoca la influencia que el derecho codificado puede tener en los tribunales de las jurisdicciones del *Civil law*.

Por último, en muchos ámbitos del derecho privado, la distinción entre *Common law* y *Civil law* ha desaparecido y ha cedido a normas comunes que de forma unificada regulan amplios aspectos de la vida económica (Garoupa, Gómez y Mélon, 2016). Los ejemplos son numerosos, el más destacado desde el punto de vista legal es, acaso, el de la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena en 1980 (CISG, por sus siglas en inglés). El texto propone una regulación unitaria de la compraventa internacional que ha sido adoptada por la mayoría de jurisdicciones del mundo (con la llamativa excepción del Reino Unido) y que se ha convertido en un texto común a ambas tradiciones jurídicas y de extraordinaria importancia teórica y práctica, cuya regulación supera la distinción tradicional entre familias o grupos legales.

4. Las jurisdicciones mixtas y la hipótesis de la eficiencia del *Common law*

La consideración del *Common law* como un sistema organizado de reglas que promueve soluciones más eficientes que las propias del *Civil law*, obvia la existencia de jurisdicciones, denominadas mixtas, en las que conviven instituciones y doctrinas jurídicas propias de ambas tradiciones legales. Los ejemplos son numerosos en el panorama del derecho comparado (Örücü, 2010). Aunque en su mayoría se corresponden con jurisdicciones de escasa relevancia desde el punto de vista económico, su existencia es reveladora de una posición intermedia entre el antagonismo que sugiere la distinción general entre *Civil law* y *Common law*.

La existencia de jurisdicciones mixtas, *Mixed jurisdictions*, sugiere, en primer lugar, que la distinción entre *Common law* y *Civil law* y sus efectos debería corresponderse con el análisis de instituciones jurídicas concretas, pues la misma propensión a la eficiencia existirá en las instituciones procedentes del *Common law* existentes en esas jurisdicciones mixtas. Dicho de otro modo, pueden existir múltiples equilibrios eficientes, en el sentido en que la teoría de juegos emplea la expresión, en la resolución de cada conflicto jurídico y la concreción de uno u otro obedece a variables que trascienden de la dicotomía entre *Common law* y *Civil law*. Esta consideración refuerza la intuición básica de este trabajo, conforme a la cual existen soluciones legales, más y menos eficientes, cuyo origen no puede entenderse estructuralmente vinculado a la pertenencia de una jurisdicción a una de las dos grandes tradiciones en que se simplifica el análisis del derecho comparado.

Además de la consideración actual, que es metodológica, la existencia de jurisdicciones mixtas sugiere una reflexión desde el punto de vista económico. El carácter mixto de esas jurisdicciones tiene diversas explicaciones históricas. En ocasiones, se debe a los acuerdos o circunstancias en que se produce la anexión de territorios, como es el caso de Escocia.

En otras, es el resultado de diferentes sustratos coloniales, como es el caso de Sudáfrica. En todo caso, el resultado es que en un mismo ordenamiento jurídico conviven instituciones propias de la tradición del *Common law* con otras propias de la tradición del *Civil law*, en un grado que difiere entre jurisdicciones. Lo anterior implica que ha existido cierto nivel de elección en el grado de adaptación a ambas tradiciones. Un nivel de elección que puede asumirse inexistente en ordenamientos en los que son completamente ajenos los elementos procedentes de la tradición legal a la que no pertenecen.

La convivencia de instituciones sugiere, entonces, una reflexión desde la perspectiva de la eficiencia de las diferentes soluciones legales. Si el *Common law* promoviera siempre, y en todo caso, un conjunto de soluciones más eficientes que el *Civil law*, no deberían existir jurisdicciones mixtas, pues estas, una vez conocida la existencia de soluciones superiores, hubieran abandonado progresivamente la influencia del *Civil law* para adoptar por completo las propuestas del *Common law*. Hay que suponer que los individuos y entidades sujetas a ese tipo de jurisdicciones son racionales y que pudiendo optar entre ambos sistemas, lo habrían hecho de manera consistente por el que facilita la obtención de resultados más eficientes. El proceso debería haber finalizado con la inclusión de las jurisdicciones mixtas en la tradición del *Common law*. No ha sido así y la subsistencia de las *Mixed jurisdictions* evidencia que la mayor eficiencia del *Common law* no es asumida como tal, al menos por quienes podrían optar por ese sistema en el marco de jurisdicciones en las que conviven instituciones procedentes de ambas tradiciones legales.

La misma conclusión es posible en contextos en los que la convivencia de ambas tradiciones se produce en el marco de un sistema federal. Algunos Estados de los Estados Unidos de América (por ejemplo, Luisiana) o el Quebec canadiense mantienen principios legales propios de la tradición del *Civil law*, que aplican en el contexto institucional de países mayoritariamente

influenciados por el *Common law* (Du Plessis, 2006). Más allá de eventuales debates identitarios, la cercanía de ambas tradiciones, una vez asumida la superioridad del *Common law* hubiera llevado a una progresiva adaptación de sus postulados en detrimento de las instituciones propias de la tradición del *Civil law*, algo que no ha sucedido.

Un ejemplo concreto de lo dicho en párrafos precedentes puede encontrarse en la regulación que las jurisdicciones mixtas han hecho del *Trust*, una institución de gestión y administración de patrimonios típicamente vinculada a los ordenamientos del *Common law* que existe y actúa en la mayoría de jurisdicciones mixtas. En todas ellas, sin embargo, el *Common law trust* en todas sus manifestaciones (*express, resulting* y *constructive*) tanto *mortis causa* como *inter vivos* convive con otras fórmulas de organización patrimonial basadas en la idea de personalidad jurídica propia que es característica de la tradición del *Civil law*, que asocia la existencia de derechos y obligaciones al reconocimiento de su titular como sujeto de derecho. La fórmula mayoritariamente usada por las jurisdicciones mixtas en relación con el *Trust* se ha basado en el reconocimiento o en su adaptación a las formas típicas del *Civil law*. Sin perjuicio del acierto de esas soluciones, lo cierto y que interesa destacar en este trabajo, es que la cercanía con la solución procedente de la tradición del *Common law* no ha desplazado a otras fórmulas típicas de la tradición del *Civil law*, lo que permite concluir que, al menos en lo que respecta a este ejemplo concreto, no puede afirmarse que la solución del *Common law* promueva resultados más eficientes que el *Civil law*. Si así fuera, una solución habría desplazado a la otra.

5. Conclusiones

La eventual superioridad del *Common law* en términos de eficiencia no puede plantearse en los términos en que la ha planteado la literatura mayoritaria en la materia. De manera muy destacada, la literatura sobre orígenes legales y sus consecuencias económicas.

La primera conclusión del artículo es que la distinción entre las tradiciones legales del *Common law* y del *Civil law* solo puede entenderse como una dicotomía con efectos metodológicos, de la que no pueden extraerse otras conclusiones que las estrictamente metodológicas. El análisis sobre la eficiencia económica de una concreta solución legal debe hacerse analizando el funcionamiento de la institución en concreto, con independencia de su adscripción a una u otra familia legal. En todos los ordenamientos conviven soluciones más y menos eficientes y, en este último caso, puede haber justificaciones que van más allá de la eficiencia económica que expliquen la pervivencia de una solución determinada.

En todo caso, como segunda conclusión, la diversidad de regímenes legales incluidos en cada una de las tradiciones de referencia es tan acentuada que carece de sentido acudir a las categorías del *Common law* y del *Civil law* como criterio de contraposición entre instituciones jurídicas.

Por último, la convivencia de ambas tradiciones en muchas jurisdicciones, bien sea por la combinación de ambas, bien sea por la cercanía de las dos tradiciones en el marco de un mismo sistema legal, demuestra que las sociedades no han percibido un grupo de soluciones como superior al otro, pues de otro modo, habrían evolucionado hacia la adopción exclusiva de una de ellas.

En consecuencia, el análisis sobre la eficiencia debe llevarse a cabo mediante el estudio de los intereses en juego en cada una de las situaciones que el derecho está llamado a resolver, sin atender a la pertenencia de cada jurisdicción a las categorías que emplea el derecho comparado para simplificar el estudio de los derechos nacionales existentes en el mundo.

Referencias bibliográficas

- Arruñada, B., & Garoupa, N. (2005). The Choice of Titling System in Land. *The Journal of Law and Economics*, 48(2), 709-727.

- Clark, D. S. (2006). Development of Comparative Law in the United States. In M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.
- Cooter, R., & Ulen, T. (2012). *Law and Economics*, 6th edition. Boston, United States of America: Pearson Education International.
- Du Plessis, J. (2006). Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems. In M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.
- Garoupa, N., & Ogus, A. (2006). A Strategic Interpretation of Legal Transplants. *The Journal of Legal Studies*, 35(2), 339-363.
- Garoupa, N., & Gómez, C. (2011). The Syndrome of the Efficiency of the Common Law. *Boston University International Law Journal*, 29, 287-335.
- Garoupa, N., & Gómez, C. (2012a). The Evolution of the Common Law and Efficiency. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 40(2), 307-340.
- Garoupa, N., & Gómez, C. (2012b). The Efficiency of the Common Law: The Puzzle of Mixed Legal Families. *Wisconsin International Law Journal*, 29(4), 101-123.
- Garoupa, N., Gómez, C., & Mélon, L. (2016). *Legal Origins and the Efficiency Dilemma*, 24. Avingdon, United Kingdom: Routledge Taylor & Francis.
- Glenn, H. P. (2001). Are Legal Traditions Incommensurable? *American Journal of Comparative Law*, 49, 133-145.
- Goodman, J. C. (1978). An Economic Theory of the Evolution of the Common Law. *The Journal of Legal Studies*, 7, 393-406.
- Gordley, J., & von Mehren, A. T. (2006). *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
- Holmes, O. W. (1882). *The Common Law*. Reprint, London, United Kingdom: Macmillan.
- La Porta, R., López de Silanes, F., & Shleifer, A. (2008). The Economic Consequences of Legal Origins. *Journal of Economic Literature*, 46(2), 285-332.
- Mattei, U. (1997). *Comparative Law and Economics*. Michigan, United States of America: The University of Michigan Press.
- Miceli, T. J. (2009). Legal Change: Selective Litigation, Judicial Bias, and Precedent. *The Journal of Legal Studies*, 38(1), 157-168.
- Örücü, E. (2010). *Mixed Legal Systems at New Frontiers*. London, United Kingdom: Wildy, Simmons & Hill Publishing.
- Posner, R. A. (1972). *Economic Analysis of Law*. 1st edition. New York, United States of America: Little, Brown and Company.
- Posner, R. A. (2008). *How Judges Think*. Boston, United States of America: Harvard University Press.
- Priest, G. L. (1977). The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules. *The Journal of Legal Studies*, 6(1), 65-82.
- Rubin, P. H. (1977). Why is the Common Law Efficient? *The Journal of Legal Studies*, 6(1), 51-63.
- Shavell, S. (1984). Liability for Harm Versus Regulation of Safety. *The Journal of Legal Studies*, 13(2), 357-374.
- Wangenheim, G. V. (1993). The Evolution of Judge Made Law. *International Review of Law and Economics*, 13(4), 381-411.
- Zweigert, K., & Kötz, H. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Auflage, Tübingen, Deutschland: Mohr Siebeck.