



**LOS SISTEMAS DE DERECHO
DE TRADICIÓN CIVILISTA
EN PREDICAMENTO**

**LA RESPUESTA FRANCESA A LOS INFORMES *DOING
BUSINESS* DE EL BANCO MUNDIAL**

LOS SISTEMAS DE DERECHO DE TRADICIÓN CIVILISTA EN PREDICAMENTO

**LA RESPUESTA FRANCESA A LOS INFORMES *DOING*
BUSINESS DE EL BANCO MUNDIAL**

**LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT
DE LOS AMIGOS DE LA CULTURA JURÍDICA FRANCESA**

Los autores de la presente respuesta son: François BARRIÈRE, Maestro de Conferencias en la Universidad Panthéon-Assas Paris II; Philippe DIDIER, Profesor en la Universidad René Descartes Paris V; Philippe DUPICHOT, Profesor en la Universidad de Maine y Abogado del Tribunal de París; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Profesora en la Universidad Panthéon- Assas Paris II y Secretaria General de la Sociedad de Legislación Comparada; Michel GERMAIN, Profesor en la Universidad Panthéon- Assas Paris II; Michel GRIMALDI, Presidente de la Asociación Henri Capitant de los Amigos de la Cultura Jurídica francesa y Profesor en la Universidad Panthéon-Assas Paris II; Jacques POURCIEL, Notario en Venerque; Bernard REYNIS, Vicepresidente del Consejo Superior del Notariado; Jacques TERRAY, Abogado honorario del Tribunal de París y antiguo Director del Departamento Banca/Finanza Gide Loyrette Nouel.

LOS SISTEMAS DE DERECHO DE TRADICIÓN CIVILISTA EN PREDICAMENTO

**La respuesta francesa a los Informes *Doing Business*
De El Banco Mundial**

**ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT
DE LOS AMIGOS DE LA CULTURA JURÍDICA FRANCESA**

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE
28, rue Saint-Guillaume, 75007 Paris, France
tel : 33 (0) 1 44 39 86 23
fax : 33 (0) 1 44 39 86 28
e-mail : slc@legiscompare.com
www.legiscompare.com

REMERCIEMENTS

L'Association Henri Capitant de la Culture Juridique Française est particulièrement heureuse de la publication de ce livre. Cette publication n'a été possible que grâce au Président de son Groupe Mexicain, Monsieur Jorge Sánchez Cordero, qui a pris le soin, non seulement de l'édition, mais aussi de la traduction des rapports français. Par sa participation active aux travaux de l'Association sur la scène internationale, sous la conduite de Monsieur Sánchez Cordero, le Groupe mexicain a gagné l'estime de la communauté scientifique internationale. Qu'il trouve ici l'expression de la reconnaissance de l'Association Henri Capitant.

L'Université Nationale Autonome du Mexique se distingue par son attachement au pluralisme des idées, sans lequel il ne saurait exister une véritable recherche universitaire. Fidèle à sa tradition, elle a engagé les moyens sans lesquels cet ouvrage n'aurait pu voir le jour. Qu'elle soit assurée de la gratitude de l'Association Henri Capitant.

L'Instituto de Investigaciones Jurídicas est devenu un point de rencontre des différents courants de la pensée juridique de notre époque. Il est, en Amérique Latine, un lieu d'excellence académique. L'Association Henri Capitant se réjouit la publication, en partenariat avec lui, de cet ouvrage. Qu'il veuille bien croire à toute la considération que l'Association Henri Capitant porte à son engagement au service de la science juridique.

Monsieur Diego Valadés, qui en est le directeur, a su conduire cette remarquable institution, en veillant à son indépendance et à son ouverture. Qu'il reçoive ici l'hommage amical qui lui est dû.

Michel Grimaldi
Président de l'Association
Henri Capitant des Amis de la
Culture Juridique Française

RECONOCIMIENTOS

Para la Asociación Henri Capitant de los Amigos de la Cultura Jurídica Francesa resulta particularmente grato la publicación de este libro. Esta publicación sólo ha sido posible gracias al esfuerzo tenaz del Presidente del Grupo Mexicano Jorge Sánchez Cordero, quien estuvo a cargo tanto de su edición, cómo de la traducción de las ponencias francesas. Por su activa participación en los trabajos de nuestra Asociación en el escenario internacional, el Grupo Mexicano bajo la dirección talentosa de Jorge Sánchez Cordero, se ha ganado la estimación de la comunidad científica internacional. Que quede constancia del agradecimiento de la Asociación Henri Capitant.

La Universidad Nacional Autónoma de México se ha distinguido por el fomento del pluralismo de las ideas, sin el cuál no sería posible una verdadera investigación universitaria. Fiel a su tradición, ha facilitado el entorno gracias al cuál esta publicación pudo ver la luz del día. La Asociación Henri Capitant le expresa toda su gratitud.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas se ha convertido en un punto de encuentro de las diversas corrientes del pensamiento jurídico de nuestra época. En América Latina, se ha significado por representar un lugar de excelencia académica. La Asociación Henri Capitant, se congratula de editar conjuntamente con esta Institución esta obra. La Asociación Henri Capitant deja testimonio de toda su consideración por su compromiso con la ciencia jurídica.

El Doctor Diego Valadés, su Director ha sabido conducir a este notable Instituto de Investigaciones Jurídicas y asegurarle su independencia y su apertura. La Asociación Henri Capitant le rinde el homenaje amistoso que merece.

Michel Grimaldi
Presidente de l'Association
Henri Capitant des Amis de la
Culture Juridique Française

Índice

PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN MEXICANA.....	I
IDEAS PRELIMINARES.....	1
I. INTRODUCCIÓN CRÍTICA A LA METODOLOGÍA DE LOS INFORME DE “ <i>DOING BUSINESS</i> ”.....	7
§ 1. los principios del análisis econométrico	13
A.- El establecimiento de una correlación.....	13
B.- La interpretación de la correlación.....	15
§ 2.- LA CRÍTICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA METODOLOGÍA EN LOS INFORMES	17
A.- Las propuestas sujetas a verificación	17
1.- La primera propuesta: la superioridad del mercado sobre la intervención del Estado.	17
2.-La segunda propuesta: La inferioridad de las legislaciones procedentes del sistema de derecho francés con relación a las emanadas del sistema de derecho del <i>common law</i>	21
B.- La verificación de las propuestas	22
1. La debilidad de las hipótesis.....	22
2. La debilidad de las correlaciones.....	26
II. LOS CAPÍTULO DE LOS INFORMES	33
§ 1.- Con relación al capítulo <i>starting a business</i> : relativo a la creación de empresas	34
§ 2.- Respecto al capítulo <i>hiring and firing workers</i> : derecho del trabajo	42
§ 3.- Con relación al capítulo <i>registering property</i> : respecto al registro público de la propiedad.....	54
§ 4. Con relación al capítulo <i>getting credit</i> : respecto a la obtención de créditos	60
§. 5.- Con relación al capítulo <i>protecting investors</i> : respecto a la protección de los inversionistas	68
§. 6.- Con relación al capítulo <i>enforcing contracts</i> : respecto a la ejecución de los contratos	80
§. 7.- Con relación al capítulo <i>closing a business</i> respecto al derecho de insolvencias.....	82
III. LAS VENTAJAS DE LA TRADICIÓN CIVILISTA FRANCESA	89
§. 1.- Las ventajas estructurales.....	91

A – La accesibilidad.....	91
1. El acceso material: el conocimiento de la regla de derecho.....	95
2. El acceso intelectual: la inteligibilidad de la regla de derecho.....	97
B – La seguridad.....	100
C – La flexibilidad.....	104
1. La vitalidad de las fuentes.....	105
2. La generalidad de la regla de derecho.....	107
3. El carácter supletorio de la regla de derecho.....	108
§. 2.- Las ventajas substanciales (el ejemplo del derecho de los contratos).....	112
A – La apertura.....	114
B – El equilibrio.....	117
C – La economía.....	122
IV.-EL VALOR PROPIO DEL DERECHO	131
§. 1.- La regla de derecho	133
§. 2.- Las profesiones del derecho.....	140
CONCLUSIÓN GENERAL	145
ADENDUM	
Ponencias de los grupos Nacionales de America Latina la Asociación Henri Capitant.....	149
La Respuesta del Grupo Brasileño de la Asociación Henri Capitant. <i>Doing Business</i> y la posición de América Latina por Arnoldo Wald	151
La Respuesta del Grupo Colombiano de la Asociación Henri Capitant con respecto a los informes <i>Doing Business</i> del Banco Mundial.....	159
La Respuesta del Grupo Chileno de la Asociación Henri Capitant Derecho Chileno y Derecho Civil por Ramón Domínguez, Profesor de Derecho Civil Universidad de Concepción	167
La respuesta del grupo Guatemalteco de la Asociación Henri Capitant <i>Doing Business</i> por Dr. Eduardo Mayora Alvarado.....	173
La respuesta del grupo Mexicano de la Asociación Henri Capitant los informes <i>Doing Business</i> del Banco Mundial. reflexiones Mexicanas por Jorge Sánchez Cordero.	183
Grupo Panameño de la Asociación Henri Capitant por Gilberto Boutin I	229
PUBLICACIONES DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT.....	233

Presentación de la edición mexicana

**LOS SISTEMAS DE DERECHO
DE TRADICIÓN CIVILISTA
EN PREDICAMENTO**

**LA RESPUESTA FRANCESA A LOS INFORMES *DOING
BUSINESS* DE EL BANCO MUNDIAL**

**LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT
DE LOS AMIGOS DE LA CULTURA JURÍDICA FRANCESA**

por

Jorge Sánchez Cordero.¹

"...La creación de la ley no proviene
de la lógica, sino la experiencia..."

Oliver Wendell Holmes Jr.²
en *The Common Law*

1.- Para el Grupo Mexicano de la Asociación Henri Capitant es una gran distinción publicar este libro de alto contenido académico por muy diferentes razones. La primera de ellas por tratarse de una obra que contiene importantes reflexiones en torno al sistema de derecho romano germánico, que es a la que nuestro país pertenece. En segundo término resalta el hecho que el Grupo Mexicano participa de la convicción que solamente a través de la discusión científica puede crearse nuevos paradigmas jurídicos de los que la sociedad mexicana puede beneficiarse. Finalmente el Grupo Mexicano no podía permanecer al margen de uno de los debates más importantes que actualmente ocupan la atención de los científicos sociales. Con ello busca reafirmar su vocación de continuar

¹ Presidente del Grupo Mexicano de la Asociación Henri Capitant.

² Traducción libre del autor

siendo un foro que propicia el debate de los problemas jurídicos de nuestro tiempo. Por ello asumió la responsabilidad de traducir y editar la respuesta francesa a la publicación *Doing Business* del Banco Mundial.³

2.- La publicación *Doing Business* del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, conocido como Banco Mundial ha causado legítimamente una gran perturbación en los círculos jurídicos de América Latina. Por ello la respuesta francesa constituye un referente de alto significado para nuestro foro. Se publican junto con la respuesta francesa, varios pronunciamientos de los grupos latinoamericanos de la Asociación Henri Capitant.

3.- Es igualmente importante destacar que los estudios que subyacen en la publicación *Doing Business* del Banco Mundial son extremadamente seductores y han aportado elementos muy valiosos a la metodología del derecho comparado. Podría incluso sostenerse que es una de las grandes aportaciones hechas en los tiempos modernos. Las ideas del Prof. Vagts son en este contexto especialmente sugerentes:

“...The LLSV study is a ground-breaking endeavor. Orthodox comparative lawyers would have shrunk back from such an ambitious endeavor and if they had attempted, it would have wound up with a tome of 2000 pages and 6000 footnotes filled with caveats and qualifications that would have rendered it unreadable...⁴”.

Lo que resulta contundente es que a partir de la nueva metodología empleada en la exposición de los sistemas de derecho, la metodología del derecho comparado tendrá en lo sucesivo una nueva orientación. Debe igualmente destacarse la influencia sin precedentes que

³ La traducción de las ponencias francesas y la edición de esta obra fueron realizadas por el Dr. Jorge Sánchez Cordero.

⁴ D. VAGTS, « Comparative company law - The new wave » en Jean-Nicolas Festschrift Druey, 2002, p. 596 y 604: “El estudio del grupo LLSV constituye una empresa revolucionaria. Los comparatistas tradicionales hubiesen titubeado ante un proyecto tan ambicioso y de haberlo llevado a cabo, lo hubiesen condensado en un volumen de más de 2000 páginas y 6000 notas al pie de páginas, todas ellas llenas de reservas y matices por precisar que hubieran vuelto el conjunto del trabajo incomprensible” **TRADUCCION LIBRE DEL AUTOR.**

esta publicación ha tenido en la modificación de los sistemas de derecho, de los Estados nacionales. Para ser más preciso, el sistema de derecho mexicano, ha sufrido importantes metamorfosis a partir de estas publicaciones y en el foro mexicano se debaten con intensidad los planteamientos que provienen de esa publicación. Ello no hace más que evidenciar en que forma los procesos y las nuevas corrientes inherentes al fenómeno de la globalización han permeado en los sistemas de derecho; queda igualmente claro que nadie puede sustraerse a ellos. No obstante lo anterior, cómo bien puede constatar en la misma respuesta francesa, existen otras perspectivas que no pueden, ni deben soslayarse.

4.- Nada más oportuno en esta breve presentación que recordar a un gran jurista norteamericano Oliver Wendell Holmes Jr. quien estaba llamado a ser Presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos y uno de los pensadores en materia jurídica más influyentes en su época. El Justice Holmes impartió una serie de conferencias en Boston, Massachusetts, en uno de los más prestigiados institutos de derecho de su época, el Lowell Institute. Estas disertaciones fueron posteriormente publicadas en la forma de un libro bajo el título "The Common Law" que al paso del tiempo se convirtió en uno de las obras clásicas en la literatura del sistema de derecho del *common law*. Si ha de darse crédito a la crónica que acompañó la disertación de estas conferencias, y tal cómo ha sucedido con otras tantas obras de relevancia científica, el foro americano percibió desde el inicio que la presentación de una obra científica de gran relevancia iba a ser discutida y no se equivocó.

Mucho tiempo después de la presentación de este libro, el foro norteamericano al volver a leer esta obra clásica, que resulta ser una lectura obligada para todo jurista perteneciente al sistema de derecho del *common law*, llega a la misma conclusión. Pocas veces en la historia reciente se había presentado una obra científica en materia de derecho de esta envergadura, con el rigor con el que lo hizo el Justice Holmes.

La referencia no solamente tiene un valor anecdótico; la vigencia de los postulados de Holmes tiene una gran actualidad. La metodología del sistema de derecho del *common law* desarrollada por Holmes no ha sido superada a la fecha. El veredicto del tiempo ha sido favorable a la obra de Holmes.

5.-La obra de Holmes, es incuestionablemente la primera gran obra en la literatura jurídica norteamericana que analiza las directrices de

orden público que deben reflejar⁵ los principios generales que gobiernan todo orden normativo, con especial referencia al derecho norteamericano. Holmes fue un visionario; anticipó en su obra el balance precario que se observa entre los intereses de la política pública del Estado, con la necesidad de contrarrestar los excesos de los Poderes Ejecutivo y Judicial.

Holmes en sus disertaciones llegó a la conclusión que el sistema de derecho del *common law* es una compleja combinación difusa de historia, hipótesis, precedentes actuales, análisis, interpretaciones, crítica y filosofía, todas ellas entreveradas que posibilitan la creación de reglas de derecho en el sistema norteamericano.⁶ En su exposición inicial el Justice Holmes⁷ sostuvo que para tener una visión más clara del sistema de derecho del *common law* se requerían de *otros* medios adicionalmente a los empleados por la *lógica*. Si bien la consistencia de un sistema legal requiere de un resultado particular, ello no significa todo en la consecución de los objetivos de todo sistema legal.

"Las necesidades más sentidas de la época, la moral prevaleciente así como las teorías políticas prevalecientes, las instituciones que implementan las políticas públicas, consciente o inconscientemente, y aún los prejuicios de los jueces que comparten sus conciudadanos" -- sostenía el sabio Justice norteamericano⁸— "cobran una mayor relevancia que el simple silogismo que determinan las leyes a las que los gobernados deberán someterse."

6.- Holmes afirmaba que la ley personifica la historia del desarrollo de una nación a través del tiempo y no se puede tratar con ella cómo si sólo contuviera *axiomas y corolarios de un libro de matemáticas*. Para comprender lo que es una sociedad se tiene que comprender lo que éste ha sido, y en lo que éste pretende convertirse. La sustancia de la ley en un periodo de tiempo determinado, corresponde, tan lejos cómo pueda percibirse, en lo que se entienda cómo lo más conveniente: pero su forma y su mecanismo "...y el alcance hasta donde puede llegarse, depende en

⁵ Holmes Jr Oliver Wendell . *The Common Law*. con una introducción de Thomas A. Schweich. Barnes and Noble Books. New York. 2004. ISBN 0-7607-5498-5 pag. XXIII

⁶ Ibid pag. XVII

⁷ Ibid pag. 1

⁸ Ibidem

mayor grado del pasado de cada sociedad..." Con una gran frecuencia en la aplicación de la ley, se sacrifica el silogismo jurídico por el sentido común; la evolución jurídica ha demostrado que ante los cambios de la realidad a la ley se le interpreta de diferente manera que cuándo fue promulgada. El progreso humano puede avanzar gracias a que "la verdad se sugiere a través de los errores"⁹ y a que las implementaciones en desuso pueden ajustarse. "La historia reciente", concluía Holmes,¹⁰ "demuestra la gran dificultad de transponer reglas de derecho, ante la imposibilidad de transponer junto con ellas, las situaciones fácticas."

7.- Estos postulados han motivado grandes e importantes reflexiones en la literatura jurídica norteamericana, incluso en la actualidad. La intemporalidad de su pensamiento continua motivando serias reflexiones. Estas reflexiones propias de los juristas del sistema de derecho del *common law* proporcionan una clara perspectiva cuándo se da lectura a estos Informes de *Doing Business* publicados recientemente por el Banco Mundial. Participo de la convicción que los autores de los Informes de *Doing Business*, que han suscitado una gran perturbación en los países de sistema de derecho del *civil law*, no deberían de haber soslayado este punto de referencia, por la claridad que aporta a los análisis, y que son tan importantes en su propia literatura jurídica.

8- Sería oportuno tener presente en donde radica el debate de estos dos sistemas jurídicos el del *comom law* y el romano germánico, ambos tributarios de la cultura occidental. Mucho se ha escrito en torno a las diferencias irreconciliables entre los sistemas de derecho del *common law* y del romano germánico. Sin embargo muchos de ellos han adolecido de un contagio dogmático que ha enturbiado lamentablemente los análisis. Así se ha postulado que las notas distintivas de esta diferencia radican fundamentalmente en la autoridad de la ley que prevalece sobre las resoluciones judiciales. El volumen de legislación y el grado de autoridad de la ley, empero, es un criterio insuficiente para explicar estas diferencias.

El Prof. Merryman,¹¹ de la Universidad de Stanford refiere que el estado de California tiene por si solo un número superior de códigos que

⁹Ibid pag. 26

¹⁰ Ibid pag. 297

¹¹ MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition. An Introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. Second Edition. Stanford University Press. Stanford California. 1969. pag.26

algunos de los Estados nacionales que han adoptado el sistema romano germánico. Recíprocamente algunos Estados nacionales que tradicionalmente han adoptado el sistema romano germánico, incorporaron hasta épocas recientes en su sistema de derecho, la codificación. Después de la Segunda Guerra Mundial, Hungría promulgó su primer Código cuándo devino un estado socialista y Grecia promulgó igualmente su primer Código.¹² Sin embargo sería un despropósito sostener que el estado de California pertenece al sistema romano germánico y que Hungría y Grecia tuvieran incluso alguna inclinación hacia el sistema del *common law*.

9.- Participo de la idea que la diferencia fundamental radica en la ideología subyacente de lo que significa un Código y de las funciones que le son atribuidas en un sistema legal. Para ello puede recurrirse al epítome de la codificación cómo lo es el Código Civil francés. La ideología de la codificación refleja claramente la ideología de la Revolución francesa. Para tener en claro cómo se formó el Código Civil francés debe puntualizarse que en Francia, en el periodo previo a la promulgación del Código, se aplicaban diversos sistemas de derecho; específicamente las regiones costumbristas del norte de Francia, que eran hostiles al proyecto codificador. Los redactores del Código Civil francés comprendieron esta problemática, especialmente el gran jurista francés Jean Etienne Portalis, quienes intentaron introducir cierta unidad en la diversidad de los sistemas de derecho prevalecientes; en el Código puede justamente percibirse cierta continuidad en la cultura de legalidad vigente hasta antes de la promulgación del Código Civil.

Ello atemperó algunas de las consecuencias de la Revolución francesa. No obstante ello prevaleció en gran medida el sentimiento que a través de la ley puede ser abolida la historia. Es famosa en este contexto la frase célebre que reza: "no conozco el derecho civil, sólo el Código Civil."¹³ A ello habría que agregar, el rígido postulado de la división de poderes, que le atribuía al legislativo, en forma exclusiva la creación de la regla de derecho y al judicial su aplicación; la función del Código Civil en el sistema de derecho era y es pues clara. En el paroxismo del sentimiento codificador se llegó a estimar que mediante una legislación sistemática la función judicial debería reducirse a la aplicación de la disposición del Código cuya significado los jueces deberían tener por evidente.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

10.- La opinion dominante apunta que la característica fundamental entre los dos sistemas de derecho es la doctrina del *stare decisis* postulada en el sistema de derecho del *common law*, que consiste en el poder y la obligación de los tribunales de fundamentar sus resoluciones en resoluciones precedentes, lo que confronta al postulado del sistema de derecho romano germánico de la división de poderes. Para el sistema de derecho del *common law*, si bien no pasa por desapercibida la importancia de la función legislativa, el *common law* significa el derecho creado y moldeado por los jueces y a la legislación se le atribuye una función suplementaria.¹⁴

11.- Lo anterior no hace más que resaltar lo que es evidente. Las tradiciones jurídicas de ambos sistemas responden a orígenes diferentes y resultan fundamentales en la comprensión de los sistemas de derecho que abrevan de ellas.¹⁵ La Revolución francesa al postular el dogma de la separación de poderes, fue enfática en acotar la función judicial, que en su sociedad arrastraba resabios feudales. En una frase que se ha vuelto célebre, la caída de la aristocracia, significó igualmente la caída de la aristocracia de la toga. En Reino Unido no se intentó restaurar la ley aplicable en un momento específico de su historia. La evolución de su sociedad no lo requirió así. Reino Unido enfrentó otra clase de problemas. Para nuestro propósito, el sistema del *common law* careció y carece de una teoría sistemática de fuentes de derecho; paralelamente a la legislación se encontraban las decisiones judiciales.

Ambos sistemas de derecho es necesario enfatizarlo son tributarios de la cultura occidental. Su interacción no proviene de tiempos recientes; se remonta desde hace buen tiempo. Basta contrastar la Declaración americana de Independencia y la Declaración francesa sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; y la intensa comunión de ideas entre Thomas Jefferson y Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marqués de Condorcet, político y filósofo francés quien expresó: "No es suficiente que los derechos del hombre queden escritos en los libros de filosofía y esculpidos en el corazón de hombres virtuosos; los débiles y los ignorantes deben ser capaces de leerlos como se hace en una gran nación. Los Estados Unidos nos han dado el ejemplo"¹⁶. Si bien circunscrito al

¹⁴ Ibid. pag.25

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ CARRINGTON, Paul. *Spreading America's Word : Stories of its Lawyer- Missionaries*. Twelve Tables Press 462 Brome Street, suite 4 W New York, NY 10013. pag. 13. USA 2005

derecho público este pronunciamiento, existen ejemplos tangibles en tiempos recientes de esta interacción; y síntomas inequívocos que la globalización ha logrado permear aún en casos señaladamente aislados.

La exposición anterior resulta demasiado esquemática; los expertos no encontrarán nada novedoso en ella. Su pretensión es sin embargo diferente: proveer al lector de algunas nociones primarias antes de que emprenda la aventura de adentrarse en este libro.

12.- El siglo *XXI* será el siglo de la internacionalización y de la globalización en todos los ámbitos y no solamente en el económico y el jurídico.¹⁷ Para los juristas será el del dominio de la metodología del derecho comparado. Ella deberá de adaptarse a estas nuevas circunstancias, y paradójicamente devenir más "internacional". La metodología del derecho comparado debe ser enriquecida en el ámbito universal, por la convergencia de las ideas de juristas provenientes de todas las latitudes.

13.- El objetivo de la metodología del derecho comparado, es identificar y definir la individualidad de cada sistema legal, puntualizar sus características que han conducido a paradigmas diferentes y las razones por las cuales condujeron a estas diferencias. El proyecto de la metodología comparatista no es negar o suprimir el disenso inherente a la experiencia jurídica; es superarlo mediante la hospitalidad de la comparación en donde pueden cohabitar sistemas de derecho tanto propios como extraños, sin tener que ocultar sus diferencias.¹⁸

14.- Es en esa forma cómo la ciencia social del derecho debe arraigar su carácter científico, tal y cómo lo postulara Rudolf Von Ihering en su célebre obra "*Geist des römischen Rechts*", en el que denunciaba que la ciencia social del derecho había degenerado en jurisprudencias de Estados, acotadas por las fronteras nacionales. Esto significaba una grave reducción de su carácter científico. Habrá que eliminar el lastre nacionalista, para acendrar la vocación universal de la ciencia social del

¹⁷ BLANC-JOUVAN, Xavier. Prologue. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris. 2000. pag. 15

¹⁸ LEGRAND, Pierre. Sur l'analyse différentielle des juriscultures. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris. 2000. pag. 335

derecho y con ello su carácter científico.¹⁹ Pero para ello es necesario erradicar los prejuicios nacionalistas y las particularidades aldeanas.

El editor participa de la convicción que la publicación de este libro contribuirá en las reflexiones en torno a la eficiencia de nuestros sistemas de derecho.²⁰

15.- El editor desea dejar constancia de su agradecimiento a la Madame Marie France Delienne, a Carmen Gómez Martínez y a David Martínez García, gracias a quienes este trabajo pudo hacerse realidad.

¹⁹ VON IHERING, Rudolf. "*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*". I, Séptima Edición, 1924, pag. 152, citado por KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 18

²⁰ El lector podrá fácilmente consultar la publicación *Doing Business* del Banco Mundial accedendo a su portal: www.bancomundial.org y hacer la búsqueda por Doing Business.

LA RESPUESTA FRANCESA A LOS INFORMES *DOING BUSINESS* DEL BANCO MUNDIAL

por

**LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT
AMIGOS DE LA CULTURA JURÍDICA FRANCESA²¹**

Ideas Preliminares

1. Informes críticos respecto a los sistemas de derecho de tradición civilista.

Los Informes publicados bajo el *imprimatur* del Banco Mundial e intitulados respectivamente *Doing business: Understanding regulation*, en

²¹ Los autores de la presente respuesta son, en orden alfabético: François BARRIÈRE, Maestro de Conferencias en la Universidad Panthéon-Assas Paris II; Philippe DIDIER, Profesor en la Universidad René Descartes Paris V; Philippe DUPICHOT, Profesor en la Universidad de Maine y Abogado del Tribunal de París; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Profesora en la Universidad Panthéon-Assas Paris II y Secretaria General de la Sociedad de Legislación Comparada; Michel GERMAIN, Profesor en la Universidad Panthéon-Assas Paris II; Michel GRIMALDI, Presidente de la Asociación Henri Capitant de los Amigos de la Cultura Jurídica francesa y Profesor en la Universidad Panthéon-Assas Paris II; Jacques POURCIEL, Notario en Venerque; Bernard REYNIS, Vicepresidente del Consejo Superior del Notariado; Jacques TERRAY, Abogado honorario del Tribunal de París, antiguamente Director del Departamento Banca/Finanza Gide Loyrette Nouel.

Los estudiantes del Magisterio de juristas en materia de negocios de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II contribuyeron a la realización de esta obra con su valiosa ayuda. Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, 12 place du Panthéon, 75005 Paris. Correo electrónico y página Internet : capitant@club.internet.fr; www.henricapitant.org

2004; y *Doing business: Removing obstacles to growth*, en 2005²², sin duda obligan a una respuesta por parte de la Asociación Henri Capitant, Amigos de la Cultura Jurídica Francesa, cuyo propósito es justamente garantizar la defensa y la ilustración de la cultura jurídica romanista²³.

A la cultura jurídica romanista, y en especial a la tradición jurídica francesa, se les sitúa en estos Informes ostensiblemente en predicamento, para no decir que se les pretende someter a proceso.

Es de puntualizarse, desde ahora que esta ofensiva desplegada en los Informes, excede con mucho al sistema de derecho francés; en efecto, dado la gravedad de los argumentos vertidos en ellos, se impone recurrir a algunas evidencias primarias entre las cuales se puede mencionar que contrariamente a la idea que suele imperar, la composición del sistema de derecho de más de 150 Estados nacionales, representativos de cerca del 60% de la población mundial, están regidos por un sistema de derecho escrito, puro o mixto. Más aún, el sistema de derecho del *civil law*, constituye, en su acepción más ortodoxa, el sistema de derecho que rige cerca del 24% de la población mundial, en tanto que sólo el 6.5% de la población mundial lo hace bajo el sistema de derecho del *common law*²⁴, en su acepción más rigurosa.

²² El Informe 2006 titulado “*Creating Jobs*”, recién publicado en su versión definitiva, no pudo ser objeto de una reflexión precisa; esta respuesta se limita a subrayar que este Informe renueva el vigor anticivilista de la versión 2004, por lo que legitima aún más la presente respuesta.

²³ El siguiente fragmento del discurso pronunciado por el Primer Presidente Guy Canivet, durante la sesión solemne con motivo del inicio del año judicial 2005 ilustra la perturbación que suscitó la publicación de dicho Informe: “Ciertas escuelas estadounidenses de análisis económico de los factores de desarrollo han recordado abruptamente al sistema de derecho francés el imperativo de la eficiencia en el orden mundial. Postulan la función determinante en el crecimiento económico de la calidad de las leyes y reglamentos que regulan la vida de los negocios y con ello se proponen demostrar que las reglamentaciones más farragosas producen los peores resultados debido a que se encuentran regularmente asociadas a la ineficiencia de las instituciones públicas, a largos y penosos procesos y al retraso en el pronunciamiento de sentencias, costos elevados de trámites administrativos, ineficiencia de los procedimientos judiciales, desempleo y corrupción, menor productividad y agotamiento de las inversiones. De acuerdo a los criterios que de esta corriente de pensamiento puede deducirse, la evaluación y catalogación de los sistemas inspirados en el modelo del sistema de derecho francés son altamente desfavorables”. Ver G. CANIVET, “Le juge entre progrès scientifique et mondialisation”, RTD civ. 2005, 33, spéc. p. 41 y ss, en donde el autor evidencia la función del juez en la protección de los valores fundadores de las sociedades.

²⁴ Porcentajes provenientes de un estudio realizado por la Universidad de Ottawa y retomados en *Études du Conseil d’État, l’influence internationale du droit français*, 2001, p. 21 y 22.

2. El sentido de la respuesta.

Con el solo anhelo de formular una denuncia, esta respuesta bien pudo haberse limitado a retomar una a una de las antífrasis perentorias, que rebosan estos Informes. Sin embargo, se optó por un análisis más ambicioso.

De haberse circunscrito a contradecir y refutar la enunciación de aserciones equivocadas contenidas en los Informes, esta respuesta se hubiese visto atrapada en la lógica de los Informes que privilegian el análisis económico sobre la reflexión jurídica. En efecto, una mirada precipitada, hecha por los economistas y por quienes no son juristas, autores de estos Informes del Banco Mundial en comento, sobre el sistema de derecho, tergiversó el análisis por el empleo de una metodología específica propia y sobre la cual se harán más adelante algunas reflexiones. Esta metodología consiste fundamentalmente en el empleo de los factores del desarrollo económico como elementos de análisis.

Esta respuesta, tampoco contendrá críticas *ad hominem* en contra de los autores de los Informes; antes al contrario sugiere que sea el lector en pleno uso de su libertad, quien pueda realizar su propia investigación y se forje su propia opinión, respecto a quienes pretenden dictar a los hombres de todas las naciones el camino hacia un mejor sistema de derecho.

3. Los grandes rasgos de los Informes.

Los análisis de estos Informes sobre el sistema de derecho, consideran que un sistema jurídico se reduce a una fórmula simplista: o todo está bien o todo está mal e ignoran por lo tanto la virtud de la temperancia; tal pareciera que existiera un “eje del mal derecho” cuyo vértice sería el derecho civil. Poco versados en la filosofía del derecho, los autores se desenvuelven en una esfera utilitarista que la colocan evidentemente “por encima” de una investigación que se ha realizado al pasar de los siglos sobre la equidad o aún del bien común... Hacen ***Tabula rasa*** de un pasado vano, para expresarlo de alguna manera.

Se fundan en un sistema de razonamiento más simple – demasiado simple por ser de orden cuantitativo – que el de los juristas. Los autores de los Informes enuncian en primer término algunos *postulados*, que constituyen en apariencia los fundamentos, pero que son eminentemente controvertibles: un sistema único es conveniente para todos (***one size fits all***); la ley escrita perjudica la evolución económica; los países de menor desarrollo económico son los que más legislan; mientras más se reforma,

mejor marcha la economía (pero simultáneamente, mientras menos se legisla, mejor marcha la economía, lo que resulta paradójico ya que no hay nada más complejo que reformar sin legislar...); un sistema de origen jurisprudencial se adapta mejor a las evoluciones sociales que un sistema de derecho escrito, entre otras consideraciones.

Estos polémicos *postulados* aunados a otras peticiones de principio, enunciadas en su mayoría desde el primer capítulo, fundamentan el estudio de los siete temas siguientes (capítulos 2 a 8): constitución de una empresa, empleo y despido de los asalariados, propiedad inmobiliaria y registro público de la propiedad, obtención de créditos, protección de inversionistas, ejecución forzada de los contratos y finalmente, disolución y liquidación de empresa ya establecidas²⁵. El último capítulo del Informe 2004, dedicado a la práctica de la regulación (*The practice of Regulation*) retoma las ideas expresadas al inicio del Informe: partiendo de la diversidad que ofrece la regulación en el ámbito mundial, pretende demostrar que son los países de menor desarrollo económico los que más regulan, y lo que regulan lo hacen, por lo demás, de manera incoherente. Estos Informes denuncian reiteradamente el impacto negativo del legado de la cultura jurídica francesa en sus antiguas colonias, pero soslayan el imperativo afortunado anglosajón: *heritage is not destiny*. Los Informes elogian constantemente los méritos de la tradición del sistema de derecho del *common law*, la de su judicatura y la de sus jurados. Ese último capítulo propone finalmente algunos principios de *Good Regulation*: simplificar y desregular los mercados para hacerlos competitivos, fortalecer la protección de los derechos de propiedad, emplear tecnologías modernas, reducir la implicación de los jueces en los negocios, y sobre todo reformar en forma continua.

4. La encrucijada del “mejor sistema de derecho”.

Los autores de los Informes pretenden sin ambages resolver la encrucijada del “mejor sistema de derecho”, y dar así por concluida la búsqueda milenaria del *homo juridicus*. En apariencia, su ambición pareciera ser, elaborar una guía segura, un pequeño manual del buen derecho, para todos los legisladores del planeta. Ahora bien, al publicitar estos trabajos, el Banco Mundial fomentó, quiéralo o no, la confusión en cuanto a saber si se trata de la posición oficial de esta institución

²⁵ Los capítulos relativos a «*registering property*» (registro público de propiedad) y «*protecting investors*» (protección de los inversionistas) se agregaron a la versión 2005, que por los demás retoma ampliamente los otros capítulos mediante datos “actualizados”.

multilateral cuyo objetivo, es necesario recordarlo, consiste en combatir la pobreza en el mundo (*fighting poverty*)...

Para el jurista de tradición civilista resulta un deber imperativo formular la respuesta a estos Informes.

Es evidente, que un enfoque útil, se diría incluso indispensable, sobre la eficiencia de la regla de derecho puede provenir, entre otras aproximaciones tradicionales, del despliegue de un análisis económico aplicado al sistema de derecho, tributario de la renombrada escuela *law and economics* que surgió en Chicago cómo una secuela de los trabajos pioneros de Ronald Coase y Richard Posner. Los trabajos de diversas corrientes del análisis económico del sistema de derecho –no existe uno sino múltiples análisis económicos – sin duda constituyen lecturas complementarias de las disciplinas jurídicas cuyas enseñanzas podrían ser de gran utilidad tanto para el legislador como para la judicatura. Al respecto cabe destacar el reciente esfuerzo para desarrollar un análisis económico francés del derecho en las universidades, las cuales están obligadas a recuperar su retraso en este ámbito y suscitar las sinergias necesarias entre juristas y economistas: es de congratularse en especial por los progresos alcanzados en el programa de investigación “*Atracción económica del derecho*”²⁶ cuyas primeras conclusiones deberán publicarse en breve.

Pero si el análisis económico del sistema de derecho puede y debe ser una fuente constante de inspiración y reflexión para el jurista – al igual que la sociología, la filosofía o la demografía – no puede sin embargo aspirar a considerarse el *factotum* hegemónico y erigirse, conforme a la leyenda bíblica en un becerro de oro. No se debe ceder por lo tanto al canto de las sirenas del “todo económico” y del “aval científico” del que nos proveen los cálculos econométricos; sería dejarse impresionar en demasía por una acumulación de cifras y diagramas...

Pero por otra parte, surge la interrogante: ¿cómo no medir el desafío, la inconciencia – y por ende la falta grave, y hasta inexcusable, como dicen los juristas – que significaría depositar las llaves del poder en las manos de una ciencia que, hasta la fecha, ha demostrado más habilidad en explicar el pasado que en pronosticar el futuro? Los economistas suelen explicar mejor (aun cuando sea de diversas maneras) las crisis, que preverlas o resolverlas; recientemente un reputado semanario económico dedicó un número especial al tema “¿Por qué los economistas (casi)

²⁶ Programa de investigación coordinado por Bertrand du Marais, Relator del Consejo de Estado.

siempre se equivocan?”²⁷. Es sin lugar a duda una aberración que en la elaboración de las reglas de derecho que le son propias a las urbes, los políticos se remitan a cálculos desencarnados, deducciones abstractas o predicciones de modelos de economistas. En efecto, la creación de reglas de derecho no puede, sin perder su efectividad, hacer abstracción de la naturaleza humana y de los comportamientos sociales, puesto que su vocación es precisamente regirlos. Esto explica la presencia indiscutible de “fuerzas de resistencia”²⁸ a los análisis económicos del derecho, a “algunos puntos de discordia” entre el análisis económico y el análisis del derecho²⁹ y sería preciso interrogarse si finalmente no se encuentran ampliamente justificadas estas discordias.

5. Plan de exposición.

La respuesta elaborada por la Asociación Henri Capitant, Amigos de la Cultura Jurídica Francesa se desarrollará en cuatro vértices.

Primeramente, se presentará una extensa introducción crítica a la metodología empleada por los autores de los Informes, con la intención de hacer accesible al jurista que esté relativamente poco familiarizado con ella, la apreciación de su tenor y de su valor (I).

Posteriormente, se retomará, punto por punto, los datos y conclusiones presentados en los principales capítulos (II) para evaluar su pertinencia.

Una vez efectuada esta evaluación, se intentará evidenciar las ventajas intrínsecas de la tradición civilista francesa, entre otros desde un punto de vista económico (III).

Finalmente, y a manera de conclusión, se intentará demostrar que el sistema de derecho posee un valor propio y una especificidad real con relación a la economía, y acreditar que el propósito de someter, de principio y sin matices, el ámbito jurídico al económico, debe de ser rechazado (IV).

²⁷ Enjeux/Les Échos, dossier spécial, Enero de 2006, « Pourquoi les économistes se trompent (presque) toujours ».

²⁸ H. MUIR-WATT, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil » en Bruno DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, pp. 37-45.

²⁹ Ver Petites affiches n° 99, 19 mai 2005. « Analyse économique du droit : quelques points d'accroche », bajo la dirección científica de Guy CANIVET, Bruno DEFFAINS y Marie-Anne FRISON-ROCHE.

I.- INTRODUCCIÓN CRÍTICA A LA METODOLOGÍA DE LOS INFORMES

6. El objetivo del programa *Doing Business*.

El programa *Doing Business* es un estudio anual de los ámbitos jurídicos en los que las empresas ejercen sus actividades en el mundo. A la fecha, han sido publicados tres Informes: ***Doing Business 2004: Understanding Regulation***; ***Doing Business 2005: Removing Obstacles to Growth*** y, recientemente, ***Doing Business 2006: Creating jobs***³⁰.

El programa *Doing Business* fue creado por el departamento ***Private Sector Development*** de la ***International Finance Corporation*** (IFC), una de las cinco instituciones que, en su conjunto, conforman lo que suele llamarse el Banco Mundial³¹.

Dentro del grupo Banco Mundial, la misión específica de la ***International Finance Corporation*** es contribuir al desarrollo económico mediante la promoción del sector privado. Cumple con su mandato por una parte facilitando de manera directa financiamientos a proyectos, en condiciones similares que los operadores privados; por otra parte, proporciona un dictamen pericial a las empresas y gobiernos de países en vía de desarrollo.

En el marco de este segundo objetivo, la ***IFC*** ha desarrollado distintos programas destinados a estudiar el ámbito al que se confrontan las empresas privadas, en especial en los países emergentes o en vía de desarrollo. En esa forma, desarrolló *verbi gratia* el programa ***Investment Climate Surveys*** que aspira a evaluar, país por país, el conjunto de parámetros que influyen en el desarrollo de las empresas (infraestructura, finanzas...). El programa ***Doing Business*** se inserta en la categoría de esta iniciativa. Su especificidad radica en el hecho que está dedicada exclusivamente al impacto del entorno jurídico sobre el desarrollo de las empresas privadas.

El objetivo del programa ***Doing Business*** es múltiple. En primera instancia, se dedica a recabar informaciones con el fin de proveer una

³⁰ Se ha precisado que esta respuesta sólo se refiere a los dos primeros Informes.

³¹ Para simplificar, se utilizará el término “Banco Mundial” para referirse indistintamente a cualquiera de las cinco instituciones que integran el grupo “Banco Mundial”.

descripción sumaria del entorno jurídico de cada país. Para tal efecto, elabora un cuestionario idéntico para todos y los resultados obtenidos posibilitan la comparación de los diversos sistemas nacionales.

En segunda instancia, el programa tiene un propósito mucho más ambicioso. Más allá de la simple recopilación de información, conforme a la noción de *benchmarking*³² describe los parámetros de las diversas legislaciones³³; para posteriormente evaluar esas legislaciones; someterlas en suma a juicios de valor. El efecto final es clasificarlas para identificar entre ellas a las “mejores legislaciones”. Esta clasificación pretende orientar la acción de los inversionistas (que deben impulsar sus inversiones hacia los países que han desarrollado la mejor legislación) y de los poderes públicos (que deben mejorar su sistema de derecho para aproximarlos a la legislación que goza de los mejores parámetros)³⁴.

7. La filiación intelectual entre *Doing Business* y el grupo *LLSV*.

Este proyecto está conducido por un equipo de redactores que pertenecen al Banco Mundial y se basan en los trabajos previos realizados por un grupo de universitarios norteamericanos. El Profesor Andrei Shleifer del *Department of Economics* de la *Graduate School of Art and Science* de la Universidad de Harvard y el Profesor Robert Vishny de la *Graduate Business School* de la Universidad de Chicago son los que animan al grupo *LLSV*. (A efecto de simplificar y por razones de espacio, en lo sucesivo se designará a ese grupo de trabajo por las siglas *LLSV*, que es la forma usualmente adoptada en la literatura especializada, proveniente de la abreviación de los apellidos de sus miembros más prominentes)³⁵.

Los Informes muestran que el grupo *LLSV* es el autor de los *Background studies* en los que se fundamenta los Informes³⁶; asimismo precisan que el Profesor Shleifer intervino en calidad de consejero científico para, según los términos del Informe, “proveer el rigor

³² Del inglés « Benchmark » : una referencia a partir de la cual se evalúan situaciones o instituciones semejantes.

³³ *Doing Business* 2004, Prólogo p. ix.

³⁴ *Doing Business* 2004, Prólogo p. x.

³⁵ Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANE, Andrei SHLEIFER, Robert VISHNY. En ocasiones intervienen otros colaboradores: Simeon DJANKOV, Edward L. GLAESER....

³⁶ *Doing Business* 2004, Acknowledgment p. vii: *Doing Business* 2005, Acknowledgments p. 133.

académico y permitir enlazar la teoría con la práctica”³⁷. Finalmente, la metodología empleada para desarrollar cada uno de los capítulos de los Informes retoma estrictamente las publicaciones anteriores del grupo *LLSV*, tal como se indica en la parte relativa a “referencias” de los Informes³⁸.

La filiación del programa *Doing Business* con los trabajos de estos renombrados universitarios no es anodina. En efecto, el equipo de economistas animado por el Profesor Shleifer se encuentra en el origen de una escuela de pensamiento que surgió hace unos diez años, conocida como el movimiento *Law and Finance*, nombre proveniente del primer grupo de trabajo³⁹. A los trabajos precursores del grupo *LLSV* les sucedieron otros trabajos⁴⁰; más sin embargo, extrañamente los Informes *Doing Business* los ignoran para atenerse a los trabajos del equipo del Profesor Shleifer. En su presentación más reciente, esa escuela de pensamiento reivindica la creación de una nueva disciplina intitulada la

³⁷ *Doing Business* 2004, Prólogo p. x.

³⁸ El capítulo *Starting a business* se fundamenta en los autores Simeon DJANKOV, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES y Andrei SHLEIFER, “The Regulation of Entry”, *Quarterly Journal of Economics*, 117, 1-37, Feb. 2002;

Hiring and firing workers se fundamenta en los autores Juan BOTERO, Simeon DJANKOV, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES y Andrei SHLEIFER, *The Regulation of Labor*, Working Paper 9756, National Bureau of Economic Research, June 2003;

Enforcing a contract se fundamenta en los trabajos escritos por Simeon DJANKOV, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES y Andrei SHLEIFER, “Courts”, *Quarterly Journal of Economics*, 118, 453-517, May 2003;

Getting credit se fundamenta en los trabajos escritos por Simeon DJANKOV, Caralee Mc. LIESH y Andrei SHLEIFER, *Remedies in Credit Markets*, Department of Economics, Harvard University, July 2003; y Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES, Andrei SHLEIFER y Robert VISHNY, “Law and Finance”, *Journal of Political Economy*, 106, 1113-55, 1998;

Closing a business se fundamenta en los trabajos escritos por Simeon DJANKOV, Olivier HART, Tatiana NENOVA y Andrei SHLEIFER, *Efficiency in Bankruptcy*, Working Paper, Department of Economics, Harvard University, July 2003.

El capítulo *Protecting investors*, publicado en el Informe 2005, se fundamenta en el artículo *Corporate theft*, inédito.

El capítulo *Registering property*, publicado en el Informe 2005, se fundamenta en el artículo *Property*, inédito.

³⁹ Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANE, Andrei SHLEIFER y Robert VISHNY, « Law and Finance » *Journal of Political Economy*, 106, 1113-55, 1998.

⁴⁰ Para una muestra, véanse los ejemplos citados por M. SIEMS, *Numerical Comparative Law: Do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity?*, Working paper, European University Institute, Florencia, 2004.

*New Comparative Economics*⁴¹. A la fecha, el grupo *LLSV* ha publicado varias decenas de artículos que comprenden muy diversas problemáticas.

8. El prisma deformador *LLSV*.

El programa *Doing Business* no fue creado *ex nihilo*; sus raíces intelectuales provienen de un ámbito bien identificado. No constituye un trabajo de síntesis que pudiera reflejar la diversidad de las opiniones concernientes al impacto del entorno jurídico sobre el desarrollo económico. Proviene de una escuela que adopta su metodología, sus resultados y por ende sus conclusiones. Ese vínculo congénito entre el programa *Doing Business* y el pensamiento del grupo *LLSV* explica la actitud general adoptada en los Informes, la cual se resume a un postulado y a una metodología.

El postulado formulado por el grupo *LLSV* a cuya directriz obedece el programa *Doing Business*, consiste en sostener que el marco jurídico de una economía, que es fundamentalmente su legislación, gobierna su desarrollo (lo que se conoce como hipótesis *Law matters*)⁴². En esta forma una legislación adecuada aceleraría el desarrollo económico, en tanto que una legislación inadecuada podría obstaculizarlo, e incluso impedirlo. En consecuencia, cualquier tentativa de ayuda al desarrollo resultaría vana de no estar precedida de una reforma del marco legislativo⁴³.

La propuesta que consiste en considerar al marco legal de una economía que gobierna el desarrollo, constituye un postulado en el más amplio sentido del término.

Se trata de un postulado que para los redactores de los Informes es un postulado que trasciende cualquier debate. El trabajo del grupo *LLSV* no consiste en determinar en que medida la legislación, más que cualquier otro factor, puede favorecer o entorpecer el desarrollo

⁴¹ Los principios de esa disciplina fueron expuestos en un *Working paper* del Harvard Institute for Economic Research, no 2002. Para un análisis en sentido contrario consúltese a: B. DALLAGO, "Comparative Economic Systems and the New Comparative Economics", *The European Journal of Comparative Economics*, Vol. 1, 2004, pp. 59-86.

⁴² Consúltese también a: T. BECK, A. DEMIRGÜÇ-KUNT y R. LEVINE, "Legal institutions and financial development" en Mary SHIRLEY y Claude MÉNARD (eds), *Handbook of new institutional economics* (2004).

⁴³ Consúltese sin embargo a: B. CHEFFINS, *Does law matter?: the separation of ownership and control in the United Kingdom*, ESRC Center for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No 172; S. COOLS, *The Real Difference in Corporate Law between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers*, Harvard John M. Olin discussion paper series 09/2004.

económico. La propuesta del grupo *LLSV* es más elemental; el único planteamiento a ser resuelto es: habida cuenta que una legislación origina o impide el desarrollo económico, ¿cuales son las características de las legislaciones que imperan en las economías más desarrolladas? Así la idea que postula que el sistema de derecho gobierna el desarrollo económico resulta fundamental en el enfoque del grupo *LLSV* puesto que es la que da sentido a todo su postulado: en virtud que el marco legal propicia el desarrollo de una economía, resulta imprescindible identificar los marcos legales establecidos en las economías más eficientes y por consiguiente más desarrolladas. Para los partidarios de este enfoque, es mediante la réplica de los marcos jurídicos que han permitido el éxito económico de los países más desarrollados, que los países menos desarrollados podrían aspirar al inicio de su “despegue” económico.

El auge de una economía se ve sin discusión beneficiado por un sistema jurídico, favorable o desfavorable a los intereses de los inversionistas, que les permita fundamentar sus previsiones; esta es la razón que alimenta la preocupación de numerosos países emergentes por dotarse de un sistema de derecho *ad hoc*.

No por ello el postulado adoptado por el grupo *LLSV* está exento de interrogaciones.

Si bien es cierto que resulta válido afirmar que el sistema de derecho influye en el desarrollo económico; resulta muy cuestionable aseverar que la transformación del sistema de derecho de un Estado es una condición previa y necesaria a su desarrollo económico; sin incurrir en una perspectiva marxista, es válido interrogarse si el desarrollo económico no provoca a su vez transformaciones jurídicas. *Verbi gratia*: ¿puede sostener válidamente que la eliminación de la autorización *ad hoc* para la constitución de una sociedad anónima, conforme a la ley francesa del 24 de julio de 1867 fue la que propició el desarrollo de su industria? ¿No de igual forma puede sostenerse que la necesidad de conjuntar cada vez más capitales fue la que condujo al legislador de la época a liberalizar la creación de sociedades anónimas? ¿No fue la creación en 1934 de la *Securities and Exchanges Commission* (conocida por su acrónimo "SEC") la que motivó el extraordinario desarrollo del mercado financiero norteamericano o más bien fueron los excesos de un mercado ya plenamente desarrollado, los que suscitaron la necesidad de crear una autoridad para controlar los mercados?

Por otra parte, el postulado del grupo *LLSV* tiende a concentrar la atención en un solo parámetro del desarrollo económico y a soslayar la discusión concerniente sobre la importancia relativa de este factor con relación a otros factores. Si *a priori* se puede válidamente sostener que el

sistema de derecho influye en el desarrollo económico, resulta empero discutible postular que el sistema de derecho constituye el factor más importante de dicho desarrollo.

Formulado el planteamiento del postulado conforme al cual el sistema de derecho gobierna el desarrollo económico, el grupo *LLSV* y los redactores de los Informes *Doing Business* se concentran en identificar las características de una legislación ideal, que conforme a su concepción, sea la que permita el despegue económico. La consecución de este objetivo pretende ser alcanzado, comparando las legislaciones con el fin de evaluar sus efectos en el desarrollo económico.

Con tal propósito, el movimiento animado por el Profesor A. Shleifer y proseguido por el programa *Doing Business* recurre a un método igualmente característico. Abandona los mecanismos tradicionales del sistema de derecho por considerarlos poco operacionales y se fundamenta exclusivamente en el empleo de la econometría. Para la cabal comprensión y debida apreciación de las opiniones del grupo *LLSV* y los Informes *Doing Business* se requiere considerar en el análisis en todo momento, tanto el postulado de esa escuela como su prejuicio metodológico.

Para un jurista formado en la tradición del *ars aequi et boni*, el prisma elegido por el grupo *LLSV* y difundido en el programa *Doing Business* resulta para decir lo menos perturbador. Pareciera constituir un obstáculo invencible. Sin embargo, por menos que se incursione en esa lógica, se puede vislumbrar que es posible dominarla. Más aún, se puede llegar a constatar las insuficiencias de los análisis, a pesar del alud de números y fórmulas que intentan paliar sus limitaciones extremas. Paralelamente resulta inevitable destacar errores crasos y juicios de valor con fundamentos inciertos. Por lo tanto, la credibilidad y la pertinencia del programa *Doing Business* tal y como actualmente se conduce se encuentran ellas a su vez en predicamento.

El propósito de nuestra exposición será destacar los principios del análisis econométrico, los cuales, salvo aquellos relativos al derecho de la competencia, resultan desconocidos para numerosos juristas (§ 1), para posteriormente presentar con una visión crítica la implementación práctica de la metodología empleada (§ 2).

§ 1. LOS PRINCIPIOS DEL ANÁLISIS ECONOMETRICO

9. Nociones elementales de econometría.

Por definición, las ciencias sociales encuentran una gran limitante: la imposibilidad de experimentar *in vivo*. Resulta en efecto inconcebible aislar un grupo humano con el propósito de indagar si su conducta corrobora o desmiente una teoría. La verificación de teorías en las ciencias sociales se hace necesariamente de otra manera.

En economía, se ha ido desarrollando un ámbito de conocimiento que intenta proporcionar instrumentos adecuados para superar esa grave limitante: la econometría. La econometría desarrolla medios que pudieran hacer posible someter a una prueba científica una teoría relativa al comportamiento de los individuos sin la necesidad de recurrir a una experimentación *in vivo*.

Para estos efectos se fundamenta en la aplicación de técnicas matemáticas y estadísticas con el fin de establecer e interpretar la interdependencia de varios fenómenos económicos, lo que en lenguaje erudito se llama una *correlación*.

A continuación se expondrá de manera sucesiva el establecimiento de una correlación (A) y la interpretación de dicha correlación (B).

A.- El establecimiento de una correlación

10. La noción de la correlación.

El punto de origen consiste en establecer que el vínculo entre dos fenómenos, es decir entre dos series de acontecimientos puntuales, puede expresarse bajo la forma de una función matemática.

El recurso a la función matemática no es en este caso más que un medio de comunicación: constituye una manera de transmitir un mensaje al interlocutor. El mensaje transmitido es el siguiente: “existe un vínculo entre dos series de acontecimientos”. Este mensaje bien pudo haberse transmitido mediante una frase, como acaba de hacerse, pero bien pudo la comunicación hacerse mediante un dibujo o un gesto. Por lo tanto el uso de la función matemática no modifica en lo absoluto el contenido del mensaje; no es más que un lenguaje particular.

Si aceptamos esta manera particular de expresarse, podemos sostener que toda legislación que gobierna las relaciones entre dos

fenómenos, es decir dos series de acontecimientos, puede ser expresada bajo forma de una función⁴⁴.

Basándose en esa convención de comunicación, la econometría pretende proporcionar medios para demostrar una teoría sobre la interacción entre dos fenómenos sin necesidad de tener que experimentar *in vivo*.

En primera instancia consiste en plantear *a priori* una hipótesis capaz de explicar el vínculo existente entre dos fenómenos.

En un segundo término, se trata de *indagar*, por la vía de la experimentación, si la observación de los hechos confirma o invalida la hipótesis planteada. Con este objetivo se identifican dos series de observaciones: una es representativa del primer fenómeno, la otra del segundo fenómeno. De ser la realidad compatible con la hipótesis, el vínculo entre el primero y el segundo fenómeno, es decir el vínculo entre la primera y la segunda serie de observaciones, se puede expresar bajo forma de una función matemática. Si existe de hecho una función que asocia de manera constante cada elemento de la primera serie con un elemento de la segunda serie, entonces existe en efecto un vínculo entre los dos fenómenos. En el idioma econométrico, se sostendría que existe una correlación entre el primero y el segundo fenómeno. De manera recíproca, si no se identifica ninguna función que a cada elemento de la primera serie asocia uno de la segunda, significa que los dos fenómenos no están correlacionados.

La piedra angular de la comprobación de la hipótesis radica por consiguiente en la búsqueda de una función que a cada elemento de la primera serie asocia un elemento de la segunda. De lo anterior resulta entonces la pertinencia de recurrir al lenguaje matemático. En efecto han sido las matemáticas puras las que han llegado a elaborar métodos para determinar, a partir de dos series de cifras, los parámetros de la función más cercana de la que a cada elemento de la primera serie puede ser

⁴⁴ *Verbi gratia*, la propuesta « Todo individuo convicto de robo sufrirá una condena » establece un vínculo; en la especie un vínculo de causalidad, entre una primera serie de acontecimientos – unos individuos están convictos de robo – y un segundo acontecimiento – esos individuos sufren una condena –.

En el lenguaje constituido por las matemáticas, la primera serie de acontecimientos – unos individuos están convictos de robo – se llama por convención la serie de los “x” mientras que la segunda – esos individuos reciben una condena – se llama la serie “f(x)”. La regla “una persona convicta de robo sufre una condena” se llama por convención “f”. “f” es una función, debido a que todo acontecimiento de la serie x se asocia a un acontecimiento de la serie f(x). Por lo tanto, resulta en el fondo indiferente escribir « Todo individuo convicto de robo sufrirá una condena » o “existe una función f que a todo ladrón x asocia una condena f(x).

asociado a uno de la segunda. Esta operación es lo que las matemáticas puras llaman una *regresión*. En una regresión, los resultados son conocidos y la función es la que constituye la incógnita.

Una vez formuladas algunas hipótesis, el cálculo de probabilidades permite determinar para dos series de cifras, los parámetros de la función más cercana a la que asocia esos pares de cifras. De modo que para dos series de cifras, siempre es posible encontrar una función que asocie esas dos series de cifras. Pero la pertinencia del resultado depende del margen de error tolerado entre los valores establecidos en la hipótesis y los que se obtienen mediante la aplicación de valores estimados. Mientras más importante sea el margen de error tolerado, menos pertinencia tendrá el resultado: el establecimiento de una regresión siempre supone la determinación de su grado de pertinencia.

Basándose en el mecanismo de la regresión, la econometría pretende averiguar la existencia de una correlación. Se dice en efecto que si dos fenómenos están correlacionados, es porque su relación puede expresarse bajo la forma de una función. Por lo tanto, para indagar si dos fenómenos están correlacionados, basta con operar una regresión a partir de las dos series de observaciones empíricas. Si podemos reconstituir una función que a todo elemento de la primera serie asocia uno de la segunda, y si esta reconstitución se logra con un grado de pertinencia suficiente, queda establecido que los dos fenómenos están correlacionados; finalmente se pudo comprobar que los dos fenómenos estudiados están vinculados.

B.- La interpretación de la correlación

11. La correlación y la causalidad.

El análisis de datos permite establecer la existencia o ausencia de correlación entre un fenómeno X y un fenómeno Y. Conviene sin embargo precisar que la noción de correlación difiere por completo de la noción de causalidad. La correlación implica sacar a relucir la existencia de un vínculo entre dos fenómenos mientras que la causalidad explica que uno provoca el otro. La correlación es una observación inducida de un número finito de casos particulares. Jamás se sustrae a un ejemplo en sentido contrario, o sea de un caso particular con el que no se verifica. No es más que una estimación. Por su parte la causalidad es una ley y se verifica fatalmente con independencia de cualquier ejemplo.

La distinción entre correlación y causalidad explica la prudencia con la que conviene emplear la “prueba econométrica”. El hecho de

observar una correlación entre un fenómeno X y un fenómeno Y no permite determinar si es X el que causa Y o si a la inversa es X el que causa X, o aún si X y Y son causados por Z, tercer fenómeno que el estudio pudo no haber considerado. Existe en cada una de esas tres relaciones una correlación entre X y Y, sin embargo el problema de la causalidad se plantea en términos radicalmente diferentes a los de la correlación⁴⁵.

Se deduce usualmente que la compilación y análisis de datos no tienen un valor explicativo indiscutible pero que proporcionan, en el mejor de los casos, un medio que permite averiguar si la realidad es compatible con una hipótesis previamente emitida, aún cuando nunca resulta bastante afirmar que dicha proposición o hipótesis es científicamente válida.⁴⁶

Ahora bien, es un método muy particular de análisis el que emplea el grupo *LLSV* para “*benchmarker*” las legislaciones y con ello revelar la supuesta inferioridad estructural de la tradición francesa con relación a la tradición del sistema de derecho del *common law*. Para decir lo menos, la forma en que el grupo *LLSV* puso en práctica el método resulta por demás polémico.

⁴⁵ *Verbi gratia* podría asomarme a mi balcón cada mañana a la misma hora, contemplar la claridad del cielo y contar el número de pájaros que están volando. Podría muy probablemente establecer una fuerte correlación entre el grado de claridad del cielo y la cantidad de pájaros volando. ¿Qué podría deducirse de ello? *¿Que cuanto más claro el cielo, más pájaros vuelan?* ¿O *que cuanto más vuelan los pájaros, más claro esta el cielo?* ¿O más sencillamente que el mismo número de pájaros vuela independientemente de que el tiempo sea bueno o malo pero que cuando está nublado el cielo, no puedo verlos? *La correlación que puedo observar no me permite determinar la causalidad entre las observaciones que hice.*

⁴⁶ Así el método aplicado en econometría consiste primero en plantear una hipótesis sobre la causalidad entre un fenómeno X y un fenómeno Y: en otros términos se trata de proponer una explicación teórica para luego, en un segundo tiempo, averiguar mediante una regresión si los datos obtenidos son compatibles con la hipótesis planteada o si sólo son compatibles tolerando un margen de error excesivo, la hipótesis puede en tal caso ser rechazada y considerada como falsa. Sin embargo, si a la inversa los datos son compatibles con la hipótesis, no por eso queda demostrado que la hipótesis es verdadera. Sólo se evidenció que es verosímil. En efecto, la comprobación de la hipótesis por definición sólo se relaciona con *n* casos particulares. *Y no por eso queda establecido que la propuesta siempre es verdadera.*

§ 2.- LA CRÍTICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA METODOLOGÍA EN LOS INFORMES

12. La polémica implementación.

El empleo de la econometría guía la acción del grupo *LLSV*. El grupo de trabajo plantea *a priori* un esquema integrado por propuestas sujetas a verificación (A) y procede luego a su “verificación” mediante el establecimiento de correlaciones “significativas” (B). Pero en cada una sus etapas, el análisis resulta criticable.

A.- Las propuestas sujetas a verificación

13. Los trabajos del grupo *LLSV* buscan verificar dos grandes propuestas: una propuesta que podríamos considerar como fundamental (1) y una propuesta secundaria en los trabajos pero cuyo alcance es para los juristas franceses igualmente importante (2).

1.- La primera propuesta: la superioridad del mercado sobre la intervención del Estado.

14. El esquema de lectura.

El grupo estudia la evaluación de los mecanismos institucionales que sirven de marco a la economía. El grupo *LLSV* parte del postulado liberal que una economía capitalista únicamente puede desarrollarse si los derechos de propiedad (en el sentido que los economistas dan a la expresión) están debidamente protegidos. Para llevar a cabo su propuesta, el grupo se da a la tarea de establecer en una primera instancia un esquema de lectura.

Conforme a este esquema, los mecanismos que han sido elegidos por una legislación reflejan un equilibrio entre dos agravantes de igual importancia: por una parte, está el riesgo de expropiación en la satisfacción de un interés privado (el robo, el perjuicio indebido, el costo de la agencia en las sociedades, es decir la explotación por parte de los dirigentes de la asimetría de informaciones que existe entre ellos y los socios...), y por la otra parte, el riesgo de expropiación por los poderes públicos (bajo forma de impuestos, gratificaciones...). Los acuerdos institucionales observables y que pueden variar de una legislación a otra corresponden a diferentes elecciones de equilibrio entre los dos agravantes fundamentales.

Según el grupo *LLSV*, esas elecciones se pueden analizar a la luz de una graduación compuesta de cuatro grandes acuerdos institucionales fundamentales:

(i) El mercado. En ese caso, el efecto de disciplina inherente al mercado basta para proteger los derechos de propiedad. En este modelo, son los mismos operadores quienes corrigen los atentados contra los derechos de propiedad y quienes convienen su reparación. *Verbi gratia* la víctima de daños proveniente de una contaminación puede llegar a suscribir un convenio con el responsable de la comisión del daño por contaminación en términos del cual accede a una indemnización, consistente en el pago de los daños y perjuicios sufridos.

(ii) La justicia. Los derechos de propiedad están protegidos por la intervención de un tercero imparcial facultado para hacerlos respetar. *Verbi gratia* la víctima del daño por una contaminación recurre a la jurisdicción para que le imponga una indemnización al que causó la contaminación.

(iii) La regulación. Los derechos de propiedad están protegidos por la intervención del Estado (que en este contexto debe entenderse cómo la Administración pública) mediante reglamentaciones, controles y permisos. *Verbi gratia*, existe una reglamentación que sirve de marco de legalidad para regular las actividades susceptibles de provocar contaminaciones. En un mayor grado de intervencionismo, quien ejerce una actividad susceptible de ser contaminante debe previamente obtener un permiso administrativo, el cual no se otorgará sino después de un sinnúmero de indagaciones que puedan asegurar que los daños por contaminación no causarán.

(iv) La propiedad pública. Si la propiedad privada ya no es capaz de producir riquezas dentro de las condiciones normales del mercado, la propiedad pública se impone.

La elección entre esos cuatro acuerdos fundamentales depende las características de cada sociedad. Según el grupo *LLSV*, en términos ideales el mercado debería ser adoptado puesto que es quien mejor protege la libertad de los operadores contra una dictadura del Estado. Pudiera parecer sin embargo que el mercado no es capaz de proteger lo suficientemente en contra de la dictadura privada. Dicho de otra manera, el mercado no está en condiciones de corregir espontáneamente los atentados contra los derechos de propiedad. En tal caso, conviene cambiar a un régimen de control judicial. Pero si a su vez la jurisdicción pudiera en ciertas ocasiones resultar impotente, convendría entonces transitar a un régimen regulatorio y así sucesivamente.

15. El esquema de lectura.

El tema recurrente del grupo *LLSV* es que los acuerdos institucionales de las economías contemporáneas dan una excesiva importancia a la regulación, y esto se hace en detrimento de mecanismos que resulten menos atentatorios para la libertad como *verbi gratia* la intervención de la jurisdicción o mejor aún la del mercado. Desde esta perspectiva, el grupo *LLSV* se inscribe en la corriente de pensamiento de la renovación del pensamiento liberal. Su acción se fundamenta en una condena decidida del intervencionismo del Estado en la economía.

La propuesta eminentemente liberal que intenta verificar el grupo *LLSV* mediante la econometría es que la intervención del Estado es mucho menos eficiente que la de la jurisdicción o del mercado. Se podría sostener incluso que existe una forma de inferioridad estructural de este tipo de marco jurídico. Conforme a los postulados de este grupo, la recurrencia excesiva a la regulación frenaría el desarrollo económico. El *leitmotiv* de estos trabajos consiste en que convendría reducir la importancia de la regulación, que se expresa en la reducción del ámbito de intervención del poder del Estado.

En este debate, el grupo *LLSV* se posiciona como una alternativa ecléctica entre dos grandes y antiguas escuelas de pensamiento económico que explican el funcionamiento del Estado.

La primera teoría, ya superada, presenta las intervenciones del Estado como el medio para corregir las insuficiencias del mercado. Así, la observación de las insuficiencias generadas por un funcionamiento del mercado carente de un marco de legalidad, induciría la intervención del Estado: las intervenciones del Estado, neutralizarían las insuficiencias del mercado. El economista inglés Arthur Pigou es el paladín de esa teoría conocida como economía pública o *welfare economics*; el economista Pigou, fue el primer economista en sistematizarla durante el periodo que se sitúa entre las dos guerras mundiales⁴⁷ del siglo XX.

La segunda teoría que ha sido descartada, le atribuye al intervencionismo del Estado un medio al que recurren sistemáticamente los grupos de intereses que se afanan en protegerse de la competencia. La idea que prevalece consiste en afirmar que es un mito sostener que el Estado interviene en la protección del interés general. La acción del Estado sería en realidad la simple resultante del juego de diferentes *lobbies* (cabildeos). En la especie, la regulación en materia económica sería el medio adecuado para los operadores ya instalados en el mercado

⁴⁷ A. PIGOU, *The economics of welfare*, 4a ed., Londres, 1932.

de protegerse en contra del arribo de nuevos competidores; serviría para crear “rentas de situaciones”. Esta corriente de pensamiento surgió en los años sesentas bajo la pluma de economistas como G. Stigler⁴⁸ o de juristas como Richard Posner⁴⁹, y es tributaria del movimiento conocido como de “elección pública” (*Public choices*).

El grupo *LLSV* rechaza ambas teorías para proponer una tercera vía. Para el grupo *LLSV*, las intervenciones del Estado no estarían dictadas por los intereses de las empresas actuantes en el mercado sino por el interés de los depositarios de la autoridad estatal. Son éstos, quienes por definición controlan el aparato del Estado, y quienes utilizan sus prerrogativas para crearse “rentas de situación”. Varias estrategias podrían así observarse. Una primera sería el clientelismo. En esta forma, al imponer obligaciones legislativas a los debutantes en el mercado, los detentadores de la autoridad pública beneficiarían con ello a su clientela natural en un “intercambio” de favores, *verbi gratia* votos en su favor, publicidad inducida, entre otros, los cuales les permitirían por consiguiente mantenerse en su función. Otra estrategia observable consistiría en la corrupción: multiplicar los obstáculos legales para la actividad de las empresas de manera a inducir a sus operadores a pagar una gratificación para exentar trámites. En esta corriente de pensamiento, la exigencia de un permiso administrativo es el medio más simple y el más eficiente para obtener una gratificación. El grupo *LLSV* llega a sostener con una buena dosis de cinismo que aquí radicaría la real justificación de los permisos administrativos.

El hilo conductor de los trabajos del grupo *LLSV* consiste en demostrar que las intervenciones del Estado en materia económica son en la actualidad, a la vez, excesivas y nefastas. Es justamente este argumento el que se desarrolla en forma abundante en los diferentes estudios que sirven de base a los Informes *Doing Business*. Así, todas estas publicaciones intentan demostrar que una regulación estatal no surte los beneficios que se pudieran esperar⁵⁰ y establece recíprocamente una fuerte correlación entre la presencia de una intervención del Estado y substanciales “rentas de situación” como *verbi gratia* un alto grado de corrupción. En esta forma se podría percibir el fundamento del análisis propuesto.

⁴⁸ G. STIGLER, « The theory of economic regulation », Bell Journal of Economic and Management Science, no 2 (1), 1971, p. 3 y ss.

⁴⁹ R. POSNER, « Theories of economic regulation », Bell Journal of Economic, no 5, 1974, p. 335 y ss.

⁵⁰ Ante la ausencia de correlación se podría establecer que el análisis “pigouviano” debe ser rechazado en virtud que no podía verificarse en la práctica.

La discusión relativa a la ineficiencia estructural de las intervenciones del Estado constituye la reflexión esencial pregonada por el grupo *LLSV*. Pero al margen de esta reflexión, desarrolló un segundo análisis orientado a la comparación del sistema de derecho del *common law* y de las demás familias jurídicas. Este análisis conduce a la afirmación de la superioridad indiscutible del sistema de derecho del *common law*, en particular con respecto al sistema de derecho francés, que no ha reparado en considerarlo cómo un verdadero obstáculo al desarrollo económico.

2.-La segunda propuesta: La inferioridad de las legislaciones procedentes del sistema de derecho francés con relación a las emanadas del sistema de derecho del *common law*

16. El sistema de derecho francés y el estatismo.

En síntesis, la propuesta emitida en la materia por el grupo *LLSV* consiste en considerar que la tradición jurídica de origen francés se caracteriza por una intervención mayor del Estado que la que se puede observar en la tradición del sistema de derecho del *common law*. De acuerdo al análisis del grupo *LLSV* respecto a la eficiencia de las intervenciones del Estado, la tradición jurídica francesa resultaría estructuralmente menos eficiente que la tradición del sistema de derecho del *common law* que se caracteriza por la relevancia de la función del juez. El lugar preponderante que ocupa en la regulación la tradición jurídica francesa representa un obstáculo para su evolución jurídica.

Esta supuesta inferioridad del sistema de derecho francés resultaría en la actualidad tanto más perjudicial cuanto que éste se encuentra ampliamente difundido. La propuesta desarrollada por el equipo *LLSV* consiste en destacar que durante su periodo de dominación, dominación en parte intelectual y en parte militar, las dos grandes naciones europeas Inglaterra y Francia exportaron su sistema jurídico. En otros términos, impusieron a las naciones dominadas un pacto institucional concebido para responder a su propio entorno económico y político. Al hacerlo transpusieron un pacto institucional que podía no tener ninguna relación con los diferentes entornos que regían en las naciones dominadas. El resultado consistió en que las naciones dominadas, durante la descolonización, heredaron sistemas jurídicos inadaptados a sus entornos que disminuyeron las posibilidades de su desarrollo económico. Esta desventaja se acentuó aún más en el caso de los Estados nacionales sometidos a la influencia francesa, en la que,

debido a la preponderancia del Estado, el sistema jurídico francés resultaría estructuralmente inferior.

Al respecto el grupo *LLSV* funda su postulado en una argumentación econométrica para verificar la veracidad de sus propuestas. Los datos recopilados revelarían una estrecha correlación entre la pertenencia a una tradición jurídica y el desarrollo económico (que es el caso de la tradición del sistema de derecho del *common law*) o por el contrario la ausencia de tal desarrollo (cómo es el caso de la tradición jurídica francesa).

B.- La verificación de las propuestas

1. La debilidad de las hipótesis

17. La validez parcial de la propuesta.

En el método econométrico, las cualidades de la propuesta emitida son fundamentales. En efecto, la experiencia demuestra que pueden constatarse fuertes correlaciones entre fenómenos que, sin embargo, carecen indudablemente de relaciones entre ellos. Así, *verbi gratia* un autor con una buena dosis de humor pudo demostrar que existía una correlación entre la pertenencia a la tradición jurídica francesa y un buen resultado en el torneo mundial de fútbol. ¡Existiría recíprocamente una correlación entre una fuerte proporción de jugadores profesionales y malos resultados en este mismo torneo⁵¹!

La existencia de regresiones solamente es pertinente si se basa en una hipótesis que presenta un mínimo de verosimilitud. De ninguna manera la existencia de una fuerte correlación puede suplir las carencias de la hipótesis. En la especie, en el caso del grupo del *LLSV*, lo menos que se pueda decir es que la proposición emitida – de la cual se busca la validación – no está exenta de crítica, ni de imparcialidad. Es particularmente el caso en lo concerniente a la supuesta inferioridad del sistema de derecho francés.

⁵¹ M. WEST, *Legal determinants of world cup success*, John M. Olin Center for Law & Economics (University of Michigan), Paper #02-009.

18. ¿La clave del enigma está la historia?

En su artículo *Legal origins*⁵², los miembros del grupo *LLSV* desarrollaron su propuesta explicando la inferioridad del sistema de derecho francés. Para este grupo, los países que siguen el modelo del sistema de derecho francés, a diferencia de los países del sistema de derecho del *common law*, se caracterizan por una reglamentación más extensiva, una protección de los derechos de propiedad menos garantizada, una mayor corrupción, instituciones públicas menos eficientes y una menor libertad política.

Tal inferioridad del sistema de derecho francés derivaría de sus caracteres intrínsecos⁵³. Para el grupo *LLSV*, el sistema de derecho francés se caracteriza por apoyarse en jueces profesionales, poseer una legislación codificada y un derecho procesal escrito, en contraste con el sistema de derecho del *common law* que gravita en torno a jueces no profesionales (el jurado), a principios generales y a un derecho procesal oral.

En *Legal origins*, el grupo *LLSV* sostiene que esa oposición entre los sistemas de derecho francés y de *common law* remonta al siglo XII y se habría mantenido desde entonces. Su explicación es muy compleja pero puede sintetizarse en varias afirmaciones:

1) Francia tuvo una historia más violenta que Inglaterra por lo que los señores feudales resultaron más poderosos que sus homólogos ingleses.

2) Los tribunales franceses estaban expuestos a una mayor presión por parte de los señores locales que los tribunales ingleses por parte de sus propios señores. En lo particular, en el contexto francés, la institución del jurado no prosperó por lo que las jurisdicciones reales, que fueron las únicas en las que prevalecieron las condiciones para evadir las presiones de los señores locales, aventajaron a las jurisdicciones locales (es decir a los jurados). Conforme a su esquema de lectura, esto significa que para garantizar el mismo nivel de paz civil, Francia tuvo que haber recurrido a un pacto constitucional que hubiese propiciado un mayor grado de autoritarismo estatal. En el transcurso de los siglos subsecuentes, el sistema de derecho francés se habría distinguido por el deseo permanente del monarca de reforzar su poder en su exclusivo beneficio.

⁵² E. GLAESER and A. SHLEIFER, "Legal Origins", *Quarterly Journal of Economics*, Nov. 2002.

⁵³ Consúltense asimismo *infra* III sobre las ventajas del derecho civil.

19. Notas distintivas del sistema de derecho francés conforme al grupo *LLSV*.

A juicio del grupo *LLSV*, tres características del sistema de derecho francés revelarían ese estado de cosas:

1) El derecho francés privilegia al juez profesional ya que siendo un juez del Estado francés está subordinado al monarca y resuelve en el sentido que maximiza la “renta de situación” del monarca, en detrimento de la calidad del juicio; el juez profesional está menos calificado para resolver una controversia que un jurado integrado por comunes ciudadanos. En contraste, en el sistema del *common law*, el sistema judicial que combina jueces independientes y jurados que le han sido sustraídos al poder del soberano, tiene cómo efecto un sistema de derecho más acorde a los intereses de la sociedad.

2) En el sistema de derecho francés, la legislación está codificada; la codificación permite minimizar la función del juez, quien se limita a aplicar las soluciones elegidas por el soberano, o sea el Monarca. Esas soluciones obedecen evidentemente a la maximización de su “renta de situación”. Una legislación codificada constituye para el soberano un medio de control de los jueces en beneficio propio. A la inversa, en el sistema de derecho del *common law*, los precedentes únicamente plantean principios generales y los jueces están facultados para aplicarlos con un gran margen de libertad.

3) En el sistema de derecho francés, el procedimiento es escrito porque el recurso a lo escrito representa para el Rey un medio de vigilar a los jueces y constatar que sus intervenciones están conformes a sus propios intereses. La voluntad de vigilar a los jueces explicaría también la amplia gama de los recursos para las apelaciones.

La diferencia entre los sistemas de derecho francés y de *common law* se habría originado desde el siglo XII y se ha preservado hasta la fecha.

20. Una apreciación crítica.

Esta lectura del sistema de derecho francés y su historia provoca una gran perplejidad y releva en la especie un serio desconocimiento de la materia-

1) *Verbi gratia*, en lo relativo a la independencia del juez del Estado francés, se ignora que el Consejo de Estado francés y la Corte de

Casación han dado numerosos ejemplos de su independencia real. Para sólo citar un precedente conocido cómo *Canal* pronunciado por el Consejo de Estado, que anuló una ordenanza que durante los acontecimientos en Argelia había instituido una jurisdicción de excepción, cuyas sentencias no admitían recurso alguno⁵⁴; o la resolución *Minit foto*, que llegó incluso calificarse de “golpe de estado jurisprudencial”, conforme a la cual la Corte de Casación facultaba a los jueces de fondo para anular *motu proprio* las cláusulas abusivas⁵⁵; o aún las resoluciones fundamentadas en la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, pronunciadas por la Corte de Casación, que consideró como efecto retroactivo la aplicación de la ley a las instancias pendientes de ser resueltas⁵⁶.

De igual manera, en lo concerniente a la función del jurado, se soslaya que la institución del jurado es familiar al sistema de derecho francés en el ámbito del derecho penal, en el que los jurados disponen de una facultad aún mayor que un jurado del sistema de derecho del *common law*, ya que su competencia comprende tanto la determinación de la culpabilidad del acusado como la de la sentencia.

De igual manera se soslaya que en los Estados Unidos de América es el Ejecutivo Federal quien designa a los jueces federales; conforme al esquema de lectura del grupo *LLSV*, se podría llegar a la conclusión que los jueces federales norteamericanos estarían por lo mismo fuertemente inducidos a satisfacer las expectativas del Ejecutivo Federal si desearan progresar en su carrera.

2) En lo relativo a la segunda nota distintiva, considerar que la codificación se caracteriza por el carácter preciso de las reglas, en

⁵⁴ CE, 19 Oct. 1962, *Canal*, Robin et Godot, Rec. Lebon, p. 552. Mediante la sentencia *Canal*, el Consejo de Estado francés anuló una ordenanza del Presidente de la República que se había fundamentado en una ley refrendada que instituía una corte militar de justicia. El Consejo de Estado francés determinó que el procedimiento previsto ante esa corte y la ausencia de todo recurso en contra de sus resoluciones atentaba en contra de los principios generales del derecho penal. Esta resolución terminó por generar una fuerte tensión entre el General de Gaulle, en la época Presidente de la República y el Consejo de Estado.

⁵⁵ Cass. 1ère civ., 14 de marzo de 1991, en H. CAPITANT, F. TERRÉ e Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2000, no 158: Gazette du palais, no 58.

⁵⁶ Cass. Ass. Plén. 23 de enero de 2004, *Bull. n° 2*; BICC n° 554, p. 11. La Asamblea plenaria, se extiende aún más de los alcances de la resolución *Zielinski* de la Corte europea, al estimar que no era necesario que el Estado fuera o no parte de litigio para que la aplicación de una nueva ley a las instancias en tránsito se subordinara a dos condiciones de aplicación (la indicación por el legislador de su aplicación a los litigios en tránsito y su invocación de motivos imperiosos de interés general).

contraste con el sistema de derecho del *common law* que plantea principios generales refleja, para expresarlo de alguna manera, cierta precipitación y evidencia una ignorancia, real o aparente, de todo lo que el sistema de derecho francés le debe a la jurisprudencia: para ilustrarlo baste con mencionarse la interpretación jurisprudencial de los artículos 1382 y siguientes, del artículo 1134 o del artículo 3° del Código Civil francés, así como el trabajo de interpretación efectuado por la Corte de Casación (sobre la cual se volverá más adelante: *infra*, III).

La aseveración que sostiene que es la codificación la que caracteriza al sistema de derecho francés desde el siglo XII es plenamente aceptable si se admitiera un margen de error de siete siglos: ¿será necesario recordar que el primero de los Códigos data del año 1804 y que anteriormente a su promulgación cuando mucho se trataba de una redacción de las costumbres elegidas por Carlos VII en 1453?

Finalmente (aunque se podría abundar más en este recuento), plantear como un elemento de superioridad el mecanismo del jurado con el argumento expreso de que es la mejor manera de expresar la voluntad popular, es sostener el postulado que el sistema de derecho debe ser exclusivamente lo que desea la mayoría. Ahora bien ¿qué tan cierto es que el mejor sistema de derecho es aquel que exige la multitud? ¿El sistema de derecho no debería reflejar verdades superiores como la dignidad de la persona o la búsqueda del bien? ¿No existe una virtud pedagógica de la ley? ¿Quién puede desconocer las dos máximas que afirman: ¿*Quid leges sine moribus*? ¿*Quid mores sine legibus*? En Francia, *verbi gratia* la reforma de 1972 relativa a la igualdad de las filiaciones legítima y natural o la abrogación en 1981 de la pena de muerte, muy posiblemente no correspondían en ese momento al deseo de la mayoría; sin embargo se trataba de reformas que hoy en día ninguna mayoría osaría cuestionar.

De tal suerte que en muchos aspectos la propuesta que fundamenta el análisis del grupo *LLSV* resulta inexacta en una perspectiva fáctica y ampliamente discutible en una perspectiva filosófica. Por consiguiente y por más correlaciones que se establezcan, la propuesta permanece eminentemente frágil, pero más aún cuando las mismas correlaciones propuestas tampoco logran convencer plenamente.

2. La debilidad de las correlaciones

21. Correlación, causalidad y verosimilitud.

En el método econométrico, la correlación es un medio que permite verificar o infirmar una propuesta planteada pero es además

necesario que las correlaciones parezcan pertinentes. Resultaría demasiado tedioso retomar en este trabajo cada una de las correlaciones establecidas por el grupo *LLSV*, sin embargo, sin entrar en el detalle de su argumentación, podemos tomar un ejemplo de una correlación que supuestamente apoya las propuestas emitidas.

En *Regulation of entry*, el grupo *LLSV* estudia el efecto de las obligaciones de los socios fundadores de sociedades mercantiles de acuerdo a sus tres teorías relativas a las intervenciones del Estado (corregir las insuficiencias del mercado, proteger las sociedades mercantiles que ya actúan en el mercado u obtener gratificaciones).

Para desarrollar la primera teoría (las intervenciones del Estado se efectúan para paliar las insuficiencias del mercado) que estudia la correlación entre el fárrago de los trámites requeridos y seis indicadores de resultados de las intervenciones del Estado, el grupo *LLSV* adopta los indicadores siguientes:

- 1) El número de certificación ISO 9000 por cada mil habitantes.
- 2) El peso de contaminante orgánico emitido en el agua por día y asalariado en 1996.
- 3) El promedio de envenenamientos accidentales por cada millón de habitantes entre 1981 y 1994.
- 4) El promedio de infecciones intestinales por cada millón de habitantes entre 1981 y 1994.
- 5) La importancia de la economía informal expresada en porcentajes del Producto Interno Bruto.
- 6) La importancia del empleo informal expresada en porcentaje de la mano de obra declarada.

Al operar una regresión el grupo *LLSV* establece que no hay correlación entre el fárrago de trámites, su duración o costos y los indicadores de resultados, para llegar a la conclusión que la teoría es falsa. Lo verdaderamente digno de admiración es que los indicadores elegidos no guardan prácticamente ninguna relación con el contenido de los requisitos impuestos a los socios fundadores de sociedades mercantiles. En el fondo este trabajo carece de los elementos para medir la eficiencia de la legislación; dicho en otra forma su aptitud para alcanzar sus objetivos al operar simples paralelos entre una medida cuantitativa de la reglamentación y unos acontecimientos sociales sin conexión alguna. En cualquier evento, en la especie, la presencia o ausencia de correlación no es significativa.

De manera recíproca, para sostener su propia hipótesis, el grupo *LLSV* establece una correlación entre el volumen de trámites necesarios para la constitución de una sociedad mercantil y el grado de corrupción del poder público. Afirma que cuánto más requisitos se impongan, más se acrecienta el talante de la corrupción. Pero una vez más su conclusión no logra convencer del todo. En efecto, se mide el grado de corrupción con base en resultados de sondeos de opinión provenientes de diversas organizaciones. Ahora bien, dichas encuestas no fueron específicamente diseñadas ni realizadas para evaluar el impacto de los requisitos establecidos para la constitución de sociedades mercantiles. El hecho que sea posible eventualmente identificar una correlación entre el volumen de trámites y el talante de la corrupción no concluye que sea el volumen de trámites el causante de la corrupción ni que sea la corrupción la que genere el volumen de trámites. Por otra parte, y sobre todo, aun suponiendo que los trámites necesarios a la obtención de un permiso sean los causantes de determinados actos de corrupción, quedaría por determinar si no se trata de inconvenientes secundarios, daños “colaterales” que, por más lamentables que sean, resultarían desdeñables en relación a los beneficios sociales que aportan el cumplimiento de esos requisitos. En último extremo, sostener que un trámite de autorización representa una oportunidad de corrupción equivale a enunciar una trivialidad que carece de interés. La interrogante esencial es otra: establecer si el daño acaece y de ser así, determinar si alcanza un grado tal como para condenar el trámite. ¿Hubiese sido preciso dejar de hacer donaciones para salvar a Venecia de las inundaciones bajo el argumento que ciertos fondos habrían sido distraídos para otros fines?

22. *Doing Business* y *LLSV*.

En suma la literatura del grupo *LLSV* provoca una gran perplejidad en el lector, ya que es a la vez y paradójicamente tan dogmática, cómo poco rigurosa. Presumiblemente se argumentará, que los Informes no incorporan en su integridad todas las propuestas del grupo *LLSV*. Es cierto que formalmente no se contienen en ellos las fórmulas, por una parte apologéticas del sistema de derecho del *common law* y por la otra despectivas del sistema de derecho francés que suelen encontrarse con frecuencia en los escritos de ese grupo; pero aun así la lectura del Informe 2004 no admite hesitaciones respecto a las preferencias de los autores. En cuanto al Informe 2005, si bien sus esfuerzos diplomáticos y de cortesía son bienvenidos, permanecen en él incólumes, sus

fundamentos intelectuales. Por su origen, por su metodología y por sus conclusiones, los Informes *Doing Business* permanecen insertos en un pensamiento claramente identificado, desarrollado en el capítulo I e intitulado “*Measuring with impact*”. Este estado de cosas nos conduce necesariamente a puntualizar dos observaciones.

23. *Doing Business* y la renovación del derecho comparado.

En primer término, más allá de sus debilidades, los Informes *Doing Business* plantean la interrogante de la renovación de la metodología del derecho comparado con el propósito de transformarlo en una herramienta eficiente⁵⁷. En especial, el empleo de las técnicas de la econometría puede auxiliar a los juristas a desarrollar análisis más operacionales. Un autor escribía al rendir homenaje al alcance del proyecto científico del grupo *LLSV*: “*The LLSV study is a ground-breaking endeavor. Orthodox comparative lawyers would have shrunk back from such an ambitious endeavor and if they had attempted, it would have wound up with a tome of 2000 pages and 6000 footnotes filled with caveats and qualifications that would have rendered it unreadable*”⁵⁸. En la especie la recurrencia al empleo de la econometría ha resultado poco productiva. Sería excesivo, sin embargo, asociar a la misma condena las conclusiones del grupo *LLSV* y la metodología empleada. En sí, la metodología econométrica es neutral; se utilizó *verbi gratia* para defender la tesis que la cultura de un país tiene un impacto mayor sobre su evolución, que su pertenencia a una familia jurídica, lo que contradice dicho sea de paso, el mismo postulado del grupo *LLSV*⁵⁹.

⁵⁷ M. SIEMS, *What Does Not Work in Comparing Securities Laws : A Critique on La PORTA et al.'s Methodology*, Working paper, European University Institute, Florencia, 2004; M. SIEMS, *Numerical Comparative Law: Do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity?* Working paper European University Institute, Florencia, 2004.

⁵⁸ D. VAGTS, « Comparative company law - The new wave » en Jean-Nicolas Festschrift Druey, 2002, p. 596 at 604: “El estudio del grupo *LLSV* constituye una empresa revolucionaria. Los comparatistas tradicionales hubiesen titubeado ante un proyecto tan ambicioso y de haberlo llevado a cabo, lo hubiesen condensado en un volumen de más de 2000 páginas y 6000 notas al pie de páginas, todas ellas llenas de reservas y matices por precisar que hubieran vuelto el conjunto del trabajo incomprensible” **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR.**

⁵⁹ A. LIGHT, C. GOLDSCHMIDT and S. SCHWARTZ. “Culture, law and corporate governance” por publicarse en *International Review of Law and Economics*”.

Lo que menoscaba poder de convencimiento a las conclusiones del grupo *LLSV* y por ende a los Informes *Doing Business*, no radica tanto en el empleo de la metodología cuantitativa, sino en su aplicación sumaria, gobernada por la voluntad expresa de obtener, más que demostrar, un resultado anticipado consistente en determinar la escasa eficiencia económica del sistema de derecho civil. Para decirlo con claridad la metodología empleada no es más que el montaje de una vasta *auberge espagnole*⁶⁰ en la que a través de una engañosa apariencia científica, el grupo *LLSV* llega a un resultado previamente determinado. Sin embargo conviene tener muy en claro las cualidades intrínsecas de las herramientas de trabajo con el empleo que de ellas se hacen. Estas mismas herramientas de trabajo podrían ilustrar de manera instructiva los diferentes sistemas jurídicos si se ponen a disposición de análisis menos indigentes y con un empleo más riguroso. Un primer acercamiento se podría dar al combinar estas herramientas con otros instrumentos comparatistas en los que la metodología de la historia guarda un lugar de privilegio⁶¹.

24.- *Doing Business* y la confusión de los géneros.

En segundo término, los Informes *Doing Business* plantean la interrogante de la confusión de géneros literarios. Esos informes, tal y cómo fueron concebidos, operaron como una caja de resonancia al servicio de una escuela de pensamiento; peor aún, al servicio de una capilla dentro de esa misma escuela. Es de congratularse por supuesto que una institución como el Banco Mundial, contribuya al debate de las ideas.

⁶⁰ **NOTA DEL EDITOR** Expresión francesa intraducible al español que significa literalmente « posada española » y se refiere a un lugar en donde se encontraron más cosas que las que originalmente se habían llevado. Es célebre la frase de Maurois en relación a la "posada española" que dice: "... Il en est de la lecture comme des auberges espagnoles: o n'y trouve que ce qu'on y apporte..." En el libro reciente de Claude Duneton, *La Puce à l'Oreille*, se define l'auberge espagnole, cómo un sitio en el que cada quien hace lo que quiere, cómo lo quiere, en donde nada se encuentra, aún cuándo haya sido llevado por uno mismo. Cazzote en su obra *Le Diable boiteux*, en 1772 escribió: "...Muchas cosas malas se dicen de los hospedajes españoles, y con mucha razón..." En DUNETON, Claude. *La Puce à l'oreille*. Denoël. Paris. 2005. pag- 528

⁶¹ A. MUSACCHIO, *Law, Politics, and Finance in Brazil: Historical Lessons for Corporate Governance Reform in Latin America*, 2004, inédito; A. MUSACCHIO, *Law, Politics, and Finance: Creditor Rights, Contract Enforcement, and the Rise and Decline of Bond Markets in Brazil, 1850-2002*, 2003 inédito; N. LAMOREAUX and J.-L. ROSENTHAL, "Legal Regime and Contractual Flexibility: A Comparison of Business's Organizational Choice in France and the United States during the Era of Industrialization", *American law and Economics Review*, Spring 2005 vol. 7, p. 28.

Pero es de lamentarse, sin embargo, que el patrocinio del Banco Mundial únicamente favorezca a una sola capilla, renombrada además por sus frecuentes posiciones radicales. Más grave aún, al privilegiar a un grupo universitario, como fue el caso del grupo *LLSV*, el Banco Mundial ignoró la frontera que necesariamente debe existir entre la investigación académica y el arbitraje institucional. De la primera, se espera imaginación e innovación y se le reconoce por lo tanto un espacio de libertad y subjetividad. Del segundo, se espera que ayude a los responsables a tomar decisiones más ilustradas gracias a un análisis riguroso y a una presentación objetiva, lo que en este caso implica prudencia y pluralismo.

25. ***Doing Business:** el Código Da Vinci del derecho comparado?*.

Esta introducción concluirá con la metodología del grupo *LLSV* asumiendo el riesgo de una comparación: el año 2004 estuvo marcado por el éxito rotundo de una novela fundamentada en aproximaciones precipitadas e hipótesis azarosas que pretendía revelar el secreto de dos mil años de historia; pues bien, al adentrarse en los Informes ***Doing Business*** resulta inevitable interrogarse si ese tipo de acontecimientos sólo acaecen en la literatura recreativa...

II. LOS CAPÍTULO DE LOS INFORMES

26. Análisis crítico de los principales capítulos.

Una vez expuesto la metodología del grupo *LLSV* así como sus límites, es pertinente a continuación detallar cada uno de los capítulos que conforman los Informes 2004 y 2005; es importante desde luego dejar en claro que la publicación del Informe 2006, por tratarse de una publicación demasiado reciente, no pudo ser integrada al ámbito del presente análisis.

Se impone al respecto formular algunas observaciones preliminares:

➤ En lo referente a la orientación general de los diferentes Informes: el Informe 2005 resulta ser en muchos aspectos substancialmente diferente y mucho menos crítico hacia la tradición jurídica francesa⁶² que la versión 2004; sin embargo, el Informe 2006 reanuda con nuevo ímpetu la virulencia anticivilista que caracteriza el Informe 2004: no repara *verbi gratia* en una virtual descalificación al colocar a Francia en el lugar 44 en términos del entorno jurídico empresarial, o sea detrás de Jamaica, Bostwana o las Islas Tonga... según una clasificación de muy poca seriedad pero que en esta ocasión no pasó desapercibida por la prensa económica⁶³.

➤ Respecto al método elegido: presentaremos de la manera más objetiva posible los elementos contenidos en cada capítulo a fin de verificar su pertinencia para luego y según el caso, confirmarlos definitivamente, infirmarlos o relativizarlos después de devolverlos a su contexto.

⁶² Es de congratularse que las reacciones de la comunidad jurídica francesa, sobrecogida por las antifrasis contenidas en el Informe 2004, hayan sido fructíferas y hayan obligado a los autores del Informe a exponer sus análisis con un mayor rigor.

⁶³ *Verbi gratia* el artículo de R. HIAULT en *Les Échos* del 13 de septiembre de 2005, subtítulo "Polémica sobre el Informe *Doing Business* del Banco Mundial »: "¿Qué crédito se puede dar a un informe que sitúa a Francia en el lugar 44, detrás de Jamaica, Bostwana, las Islas Tonga o aún Namibia en lo concerniente a la facilidad que encuentran las empresas para realizar negocios?" así como la respuesta (mencionada en el mismo artículo) de Bertrand du MARAIS, coordinador del programa de investigación sobre el componente económico del derecho, que asimila esa nueva publicación, sin mayor ambages, a un "fraude intelectual de una increíble audacia".

§ 1.- CON RELACIÓN AL CAPÍTULO *STARTING A BUSINESS*:
RELATIVO A LA CREACIÓN DE EMPRESAS

27. Capítulo 2º: Una SARL en la ciudad más poblada...

El Informe *Doing Business* dedica el capítulo 2º a la constitución de una sociedad.

En una forma por demás simplista, los datos de este Informe razonan sobre la creación de una empresa bajo la forma, que denomina cómo la “más popular”, de una sociedad comercial que es la sociedad de responsabilidad limitada: en Francia debe de referirse precisamente a una sociedad de responsabilidad limitada (El acrónimo de la sociedad de responsabilidad limitada es "SARL")⁶⁴. Prevé otros supuestos que en el sistema de derecho francés no deberían tener mayor impacto sobre la forma social elegida: *verbi gratia*, presupone que la sociedad opera “en la ciudad más poblada”.

28. Datos truncos y... posteriormente rectificados.

El Informe 2004 del Banco Mundial pretendía en su primera versión que para crear una SARL en Francia eran necesarios:

- 10 trámites
- 53 días
- un gasto de 3% del ingreso per cápita (*income per capita*)
- un capital mínimo de 32.1% del ingreso per cápita (*income per capita*)

Conforme al Informe del Banco Mundial, en la medida en que se reduzcan esos cuatro indicadores, en la medida en la que resulta más sencillo la constitución de una empresa; es sin duda alguna la expresión de la filosofía liberal subyacente.

El Reporte 2005 oportunamente “corrigió” algunos de esos datos truncos como resultado de observaciones y críticas formuladas por los juristas franceses. Así el número de trámites pasó de 10 a 7, el número de días necesarios para la creación de una empresa de 53 a 49 y luego a 8. El costo pasó de 3% a 1.1% del ingreso per cápita (*income per capita*). El

⁶⁴ Es de lamentarse que los autores del Informe no hayan mostrado interés de mencionar país por país, los tipos de sociedades que conforme a su criterio, responden a los postulados dictados por el mismo Informe. Ello hubiera contribuido a la transparencia y acrecentar la utilidad práctica del Informe. Desde la publicación de este Informe, esa información está disponible en el portal de Internet del Banco Mundial.

porcentaje del capital mínimo pasó de 32.1% a 0% del ingreso per cápita (*income per capita*).

Esas extrañas variaciones de un año para otro, cuando el sistema de derecho francés no ha experimentado cambios mayores, permite albergar serias dudas sobre la fiabilidad de los datos enunciados.

29. Requisitos para la constitución de una SARL.

Resulta pertinente recordar que en el sistema de derecho francés, los requisitos para la constitución de una SARL obedecen esquemáticamente a los enunciados siguientes:

Primero.- Los estatutos adoptan la forma escrita, ser suscritos por los socios fundadores (artículo L. 223-6 C. com.) y se dispone que la escritura puede ser pública o privada (la mención de la obligación tener que recurrir a un notario era por lo tanto errónea en el Informe 2004)⁶⁵.

Después de la firma de los estatutos, se debe proceder a los siguientes requisitos de publicidad⁶⁶:

- inserción en un periódico de avisos legales;
- entrega de los estatutos a la escribanía del Tribunal de Comercio;
- registro de la SARL al Registro de Comercio y Sociedades;

La SARL adquiere entonces la personalidad moral y prosigue su registro automático en el BODACC (Boletín oficial de avisos civiles y mercantiles), registro que no retrasa en forma alguna la adquisición de la personalidad moral.

30. Requisitos innecesariamente desproporcionados en el Informe.

El Informe 2005 del Banco Mundial fundamentó sin embargo sus cifras en los requisitos claramente exagerados que se examinarán a continuación⁶⁷.

⁶⁵ Entre otras cosas se anexa a los estatutos de la sociedad, el estado de las actas realizadas por cuenta de la sociedad en formación, con la indicación, para cada uno ellas, de la obligación que genera para la sociedad. La firma de los estatutos conlleva para la sociedad el cumplimiento de las obligaciones después del registro (artículo 26 al. 2 del decreto del 23 de marzo de 1967).

⁶⁶ Consúltase, P. MERLE, *Sociétés commerciales*, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 182 y 183; A. COURET et al., *Mémento sociétés commerciales*, Paris, Éd. F. Lefebvre, 2005, n° 5142.

1º/ En primer término, la verificación de la denominación en el INPI (El "**INPI**" es el acrónimo del Instituto nacional de la propiedad industrial) requiere cuándo más de un día. En los mismos comentarios del portal de Internet del Banco Mundial, se precisa que ese trámite es recomendable (*advisable*); si bien es cierto que se ha instaurado una suerte de costumbre en la verificación de la denominación, esta verificación no constituye un requisito imperativo (como por otra parte lo precisa un comentario en el propio portal de Internet del Banco Mundial) para la constitución de una SARL. Por lo tanto, se ignora cuál es el fundamento para catalogar esta "exigencia" como un trámite imperativo. Máxime que adicionalmente y en cualquier evento ese trámite se realiza directamente en línea y que no requiere más que de un "día";

2º/ La radicación de los fondos para la entrega de los certificado provisionales. La radicación de los fondos constituye efectivamente una exigencia de los artículos L. 223-7 apartado 4 del Código de Comercio y 22, apartado 1 del decreto del 23 de marzo de 1967. Esta radicación de fondos es previa al otorgamiento y firma de los estatutos. En este supuesto también el Informe hace mención del plazo de un día para este trámite cuando es posible sin dilación alguna realizar este trámite simultáneamente junto con los otros.

3º/ La inserción de un aviso en el diario de anuncios legales. He aquí en efecto una exigencia imperativa; sin embargo es innecesario esperar hasta la publicación efectiva del diario en cuestión, cuándo basta con presentar la copia sellada de recibida de la solicitud de inserción en el diario.

4º/ El registro de los estatutos por la administración fiscal. Esta mención es sorprendente. El Centro de Requisitos de las Empresas (conocido por su acrónimo "**CFE**") queda satisfecho con "dos originales de los estatutos rubricados, fechados y firmados por los socios"; el cumplimiento de este registro fiscal no incide en la validez de la sociedad, ni, para ser más preciso, en la adquisición de la personalidad moral. El incremento de un "día" para la conclusión de este trámite carece por lo tanto de sentido.

⁶⁷ Se puede constatar consultando la metodología expuesta en el portal de Internet del Banco Mundial.

5º/ El depósito de un “legajo único” en el CFE, que después de un control formal de las declaraciones, se encarga de hacer llegar a cada administración destinataria la declaración de la sociedad y así sucesivamente hasta después de haber sido requerido por el CFE cuándo el Registro de Comercio y Sociedades otorga un certificado bajo la forma K-Bis que acredita el registro de la sociedad. Se estima un plazo de cuatro “días” para cumplir con ese requisito: el plazo necesario al registro propiamente dicho, requiere de un “día” completo, aunado a los otros tres “días” necesarios en los trámites del CFE; la mención en la versión 2005 del Informe *Doing Business* del plazo de cuatro “días” queda en este aspecto plenamente acreditado.

6º/ El establecimiento de los registros y cuentas de accionistas. Ese requisito no es necesario para las SARL; sólo para las sociedades anónimas, que no están sujetas en el Informe a ninguna evaluación.

7º/ En séptimo y último lugar, la información de las oficinas de correos. El cumplimiento de este requisito se ha expeditado a partir de la ley del primero de agosto de 2003 que ordena que el escribano forense del Tribunal de Comercio, apenas reciba el expediente de registro, haga entrega de un recibo que permite llevar a cabo los trámites necesarios: por consiguiente y una vez más, ese requisito no constituye un plazo suplementario.

31. Apreciación crítica

La mención de estas cifras requiere por lo tanto de una gran cautela y de algunos comentarios complementarios.

1º/ El Informe 2005 pone en evidencia los beneficios de la ley del 1º de agosto de 2003 sobre la iniciativa económica que habría hecho la creación de sociedades más expedita, al reducir el capital social de la SARL a un euro cuando anteriormente eran necesarios 50,000 francos y posteriormente 7,500 euros. De la lectura del Informe, se podría tener la impresión que los autores del Informe hubieran querido ir al origen de esa reforma...lo que por supuesto es totalmente falso⁶⁸.

2º/ Para proseguir con el planteamiento del capital social, dado que el capital mínimo se ha vuelto simbólico (1 euro), la pertinencia de la

⁶⁸ Ni la exposición de motivos, ni el diario de debates parlamentarios aluden a ello..

cifra que menciona el Banco Mundial, se ha vuelto irrelevante. Un capital de un euro representa una parte ínfima del “*income per capita*”. De manera más general, se puede lamentar la afirmación categórica que el capital social debería ser de un monto reducido, sin considerar el riesgo que significa que el órgano de administración, la dirigencia social o que el socio mayoritario otorgue avales para que la sociedad obtenga créditos, o bien la necesidad de radicar fondos propios para evitar un estado de suspensión de pagos en el corto plazo. En la misma forma se soslaya el riesgo suplementario de demandas por responsabilidades que se llegaren a incoarse en contra de la administración de una sociedad descapitalizada. Debe quedar muy en claro la diferencia entre facilitar la constitución de una sociedad reduciendo costos y que una sociedad constituida en esta forma esté en aptitud de responder a las expectativas de los socios fundadores y acreedores.

3º/ El Informe del Banco Mundial soslaya igualmente las posibilidades que tienen, en el derecho francés, las sociedades en formación (es decir las que carecen aún de personalidad jurídica) de llevar a cabo todo tipo de actuaciones, con un procedimiento de revalidación de las actas realizadas en el transcurso del periodo de su constitución⁶⁹ (que permite a la sociedad actuar y que sus actas sean retroactivamente consideradas como propias cuando adquiera la personalidad jurídica). La posibilidad de actuar durante el periodo de formación relativiza el alcance de plazos eventuales. Entre el momento en que la sociedad inicia su formación y el momento en que adquiere su personalidad jurídica, la sociedad no se encuentra paralizada. El plazo entre el inicio de la formación de la sociedad y su registro no puede ni debe ser considerado como un sinónimo de parálisis en su capacidad de actuación.

4º/ Adicionalmente el Informe adquiriría un mayor plus valor, si ponderara la posibilidad de recurrir a Internet para efectuar los trámites que permiten obtener el registro de la sociedad. El mismo Informe 2005 evoca la existencia de un registro en línea en Francia; por lo que no se entiende la omisión del Banco Mundial de ignorar esa posibilidad como un criterio de inscripción. El Informe podría por lo tanto y sin duda alguna, haberse beneficiado de haber considerado la facultad de efectuar solicitudes de inscripción o entrega de actas o documentos al Registro de Comercio y Sociedades por vía electrónica (art. 1º, I del decreto no 84-

⁶⁹⁶⁹ Art. L. 210-6 C. com. *Adde* RIPERT y ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. 2, 18^{ème} éd., Paris, LGGDJ, 2002, por M. GERMAIN, spéc. No 1057 et s.

406 del 30 de Mayo de 1984 reformado). Este medio electrónico permite ahorrar tiempo y reducir costos en el procedimiento de constitución de sociedades.

5º/ El Informe omite otros avances del derecho francés como son los relacionados en el entorno de la constitución de sociedades, tales como la posibilidad para el empresario de domiciliar su actividad social y ejercerla en su domicilio particular, o aún la prohibición para el empleador de oponer una cláusula de exclusividad a un asalariado encaminado a la constitución de una empresa⁷⁰.

De manera más general, cabe preguntarse si el incremento del número de constitución de sociedades obedece a las ventajas financieras tales como la reducción a tasa de interés cero para los socios fundadores en dificultades o bien ciertas medidas previstas en la ley del 1º de agosto de 2003. Asimismo cabe interrogarse si los nuevos financiamientos para la “revitalización” económica, previstos en la ley del 26 de julio de 2005 relativos a la confianza y modernización de la economía, no pudiesen también estar insertos en este movimiento. Una vez más, el Informe soslaya estos nuevos elementos.

6º/ Este capítulo hubiese ganado en credibilidad de haber contado con un ámbito de análisis más amplio y cifras mejor fundadas (cabe interrogarse ¿en qué forma obtuvo el Informe el número relativo al incremento de sociedades?) así como haber considerado determinados elementos adyacentes (riesgo de crédito para el empresario, ayudas para la constitución de empresas, posibilidades de actuar durante el periodo constitutivo de la sociedad, entre otras).

No deja de extrañar que el Informe del Banco Mundial no mencione que la fuente del sistema de derecho francés relativo a las constituciones de SARL (así como de otros tipos de sociedades) sea el derecho comunitario. En efecto, la primera directiva del Consejo del 9 de marzo 1968 (directiva europea número 68/151/CEE) impone diversas obligaciones en este ámbito, entre otras en su artículo 10º, un control preventivo, administrativo o judicial durante la constitución (salvo cuando se recurre a la forma autentica de los estatutos y actas constitutivas). Ese control preventivo, impuesto por el derecho comunitario europeo, significa un plazo suplementario para la constitución de una SARL en

⁷⁰ Consúltense la ley sobre la iniciativa económica del 1º de agosto de 2003 y la ley sobre las pequeñas y medianas empresas de agosto de 2005.

Francia. La lógica de las constituciones de sociedades dentro de los Estados miembros de la Unión Europea (con 15 países en el pasado reciente y actualmente con 25 países miembros) es necesaria y fatalmente similar ya que sus derechos internos tiene que ser consistentes con las directivas europeas. Las legislaciones internas entre esos 25 países no deberían por lo tanto presentar diferencias significativas y la anotación registral debería consiguientemente ser análoga; sin que para ello sea necesaria la existencia o no de un Código cuya procedencia resulta irrelevante, la existencia o no de un sistema de derecho de “tradición francesa” (para retomar el vocablo empleado en el Informe) o cualquier otro Código que pudiera llegar a tener la más mínima consecuencia.

7º/ El Informe del Banco Mundial sitúa a Australia como uno de los países ejemplares en cuanto a la rapidez en la constitución de sociedades. Más sin embargo, hubiese sido mucho más interesante que el Informe insistiera que en Australia, no se ejerce control alguno en el procedimiento registral. Pareciera algo singular que se aprecie por una parte la duración de un plazo, sin interrogarse simultáneamente sobre su justificación (verificación sobre el fondo, verificación formal o ausencia de verificación). Es pertinente concluir que resulta más valioso tomarse el tiempo necesario en indagaciones preventivas, que derrocharlo posteriormente, junto con la energía social, en regularizaciones o en puntos litigiosos.

8º/ Es también de lamentar que el Informe no haga referencia a las causas de nulidad de una sociedad. En efecto resulta de una gran trivialidad “constituir” una sociedad en un “día”; hacerla que adquiera de inmediato personalidad jurídica, sin considerar riesgos posteriores de cuestionamiento; en efecto la nulidad del contrato social representa un riesgo, y por consecuencia un gasto, para los terceros acreedores, los accionistas o socios y los administradores. Sobre este aspecto es forzoso constatar que el control *a priori* efectuado en Francia, junto con las causales severamente limitadas de nulidad de sociedades, hacen que Francia como país⁷¹ ofrezca una seguridad jurídica indubitable (a los fundadores de la sociedad, a los terceros acreedores, entre otros). Este aspecto lamentablemente ha sido soslayado en el Informe. Esa seguridad jurídica permite ahorrar costos (provisiones para riesgos, gastos en caso de controversias entre otros) que el Informe – con su ánimo exclusivo de análisis económico – jamás debió pasar por alto.

⁷¹ Cf. RIPERT y ROBLOT, tratado precitado, por M. GERMAIN, spéc. n° 1072.

32. ¡“Top ten reformers” casi sin reformar!

Así, este capítulo 2º relativo a la constitución de sociedades contiene una cantidad abrumadora de inexactitudes, ya sea los relativos al número de requisitos, a la duración o a los costos necesarios para la constitución de una sociedad (una de las cuales, posiblemente la más significativa, por ser a la vez errónea y malintencionada, atañe a la función notarial; al notariado lo tilda para decir lo menos de una “carga inútil”).

En un esfuerzo por puntualizar los errores anteriores, el Informe 2005 coloca a Francia en la mejor posición entre los Estados nacionales que han emprendido reformas en materia de constitución de sociedades (“*top ten reformers*”), debido a la ley **Dutreil** del 1º de agosto de 2003 que habría *per se*, favorecido la constitución de 14,000 nuevas empresas, o sea un aumento de 18% con relación al año 2002⁷².

Empero es necesario poner en tela de juicio que solamente por virtud de una ley – que permite, es cierto, constituir una sociedad con un capital reducido a un euro —haya auspiciado en el espacio de un año, e incluso hasta menos, tantas vocaciones de empresarios.

Los beneficios que el Informe le atribuye a las virtudes de una sola ley, obedece más bien a un complejo proceso iniciado años atrás con miras a facilitar los trámites para la constitución de una sociedad. En consecuencia, el mérito relevante atribuido a Francia es el resultado de una corrección tardía y discreta de datos truncos obtenidos por el Informe.

33. Conclusión del capítulo 2º

Concluiremos ese capítulo con dos reflexiones.

Se acaba de publicar recientemente una nueva edición de la “Guía de los trámites legales en el Registro de Comercio de 36 países en el ámbito universal” (existe una traducción íntegra al idioma inglés) a iniciativa de la escribanía del Tribunal de Comercio de París⁷³. Esta guía relata entre otros los principios del registro, las obligaciones

⁷² Compárese las estadísticas del INSEE: aumento de 8,75% del número de creación de empresas entre el año 2002 y 2003 y de 7,2% de septiembre 2003 a septiembre 2004. Se puede atribuir el número mencionado en el Informe 2005 a la incidencia “positiva” de una corrección tardía de los datos truncos mencionados y comentados en el Informe 2004.

⁷³ *Le guide des formalités légales aux registres du commerce de 36 pays à travers le monde*, disponible en la página de internet ; www.greffe-tc.paris.fr.

correspondientes, los costos, los estatutos. Ahora bien, esta publicación realza que en Francia existe un plazo de registro de un “día” completo, es decir el plazo más corto de Europa, y eso sin perjuicio del estricto control de los expedientes que constituye una garantía para la seguridad jurídica. La publicación observa por otra parte que de los 36 países estudiados, Francia es el que ofrece la tarifa de registro más baja: 59 euros (contra, *verbi gratia*, 350 euros en Australia...).

Por consiguiente la constitución de una sociedad no representa un fin en sí mismo: una sociedad se constituye para desarrollar toda una existencia. Resulta singular, por decir lo menos, evaluar las condiciones legales de la constitución de una sociedad, sin interrogarse simultáneamente sobre si su naturaleza permite un funcionamiento satisfactorio de la propia sociedad. La duración y costo de la constitución de una sociedad, al igual que la duración y costo de la creación de nuevas situaciones jurídicas, debe apreciarse de acuerdo a la seguridad jurídica que confieren. Los países donde la obtención de la licencia de conducir es más rápida y menos onerosa no son necesariamente los países que garantizan la mejor seguridad vial. Se volverá a este punto más adelante; se puede legítimamente hacer prevalecer una política razonada de prevención sobre una política de sanción.

§ 2.- RESPECTO AL CAPÍTULO *HIRING AND FIRING WORKERS*: DERECHO DEL TRABAJO

34. Presentación del capítulo 3º

El capítulo 3º del Informe 2005 pretende revelar a la humanidad la fórmula del éxito en materia de derecho social. Elogia los méritos de la flexibilidad y denuncia las consecuencias nefastas de una legislación demasiado estricta o intervencionista en lo que atañe al empleo.

Sugiere, entre otras cosas, recurrir con más frecuencia a los contratos temporales, introducir reenumeraciones particulares para los asalariados principiantes, reforzar la flexibilidad en el tiempo de trabajo, modificar las autorizaciones administrativas de despido.

Cita como un ejemplo de éxito a la economía norteamericana cuya tasa de desempleo, debe admitirse, es particularmente baja.

Los sucesivos Informes llegan a calcular el porcentaje de aumento de la tasa de empleo en España, en el supuesto que ese país reprodujera *verbatim* en su derecho nacional, la legislación de los Estados Unidos de América: iría del 2,3% en el Informe 2004, al 6,2% en el Informe 2005.

Hemos de convenir que la eficiencia del derecho del trabajo es un asunto sumamente complejo; en efecto es muy difícil para un jurista o un economista que se dedique a la reflexión social que se substraiga de sus opiniones políticas. El ámbito laboral es sin duda eminentemente político y pasional aun cuando un sistema, como el sistema de derecho francés, se haya construido históricamente en franca oposición a las soluciones liberales e individualistas que caracterizan al derecho civil, y que su filosofía se distancie tan radicalmente de la filosofía de los autores de los Informes.

El Informe *Doing Business* 2005 del Banco Mundial, de esta manera en este ámbito, está organizado en tres partes: la contratación (1), el desarrollo de la relación de trabajo (2) y la rescisión del contrato de trabajo (3), y tiene un objetivo claramente identificado: inducir en la legislación francesa una mayor flexibilidad⁷⁴.

1. Sobre la contratación laboral.

35. En lo relativo a la contratación, las ideas fundamentales del Informe gravitan en torno a un gran tema: *introducing part-time and fixed-term employment contracts* : introducir contratos laborales de tiempo parcial y contratos laborales temporales. En el 2005, el Informe desarrolló otra premisa al respecto: el salario mínimo estaría demasiado elevado por lo que representaría un obstáculo (suplementario) a la contratación laboral de jóvenes, entre otros. El Informe enuncia luego una clara respuesta a este planteamiento: *increase the length and scope of term contracts*, que significa aumentar la duración y el ámbito de aplicación de los contratos laborales temporales.

Como ha sido ya una práctica recurrente, en el Informe en 2005 apareció una nueva precisión, no prevista en el Informe 2004, no obstante que ésta sea fundamental: "...if they are not accompanied by reforms of regular contracts, terms contracts could contribute to the development of a dual labor market". Los contratos laborales temporales, ponderados por sus cualidades para enfrentar gran parte del desempleo, entre otros, de jóvenes y mujeres, quedan un tanto relegados. Los redactores del Informe 2005 se preocuparon más por matizar sus afirmaciones precisando que si al desarrollo de esos contratos no se les acompaña de una reforma de los contratos laborales indefinidos, podría conducir a un régimen dual laboral

⁷⁴ Las reflexiones que se exponen a continuación son el resultado de un trabajo realizado por unos estudiantes del Magisterio de juristas de negocios de Paris II y fueron publicados en la *Revue de droit des affaires* de 2005 de la Universidad Paris II.

que denomina de “dos velocidades”. Así en el Informe 2005, a los contratos laborales de tiempo parcial y a los contratos laborales temporales se les presenta como los instrumentos adecuados para ayudar a la economía, pero que deben estar limitados en cuanto a su uso.

Conviene presentar brevemente los contratos laborales que el Informe promueve para luego compararlos de manera general con las disposiciones de la legislación francesa existente, a efecto de demostrar que el sistema de derecho francés no es la clase de orden jurídico rígido estigmatizado que pretende el Informe; antes al contrario es un sistema de derecho de grandes riquezas por las posibilidades que ofrece y los fundamentos que lo originaron.

36. Contratos laborales temporales.

El Informe 2005 precisa que no debería haberse limitación los contratos laborales temporales en cuanto se refiere a su ámbito de aplicación y a su duración. Por otra parte los Informes estigmatizan al sistema de derecho francés por sus ejemplos negativos contractuales, ya que limita el uso de esa categoría de contrato a casos específicos: “many countries impose excessive limitations...write term contract only for specifics tasks”.

En la actualidad Francia circunscribe el uso del contrato laboral temporal a tres supuestos:

- Sustitución de un asalariado en caso de ausencia de otro, suspensión del contrato de trabajo, salida definitiva en espera de supresión de puesto o nueva contratación indefinida;
- Incremento temporal de la actividad de la empresa;
- Empleo de temporada o contrato laboral de uso convencional

El contrato laboral se puede convenir por una duración máxima de dieciocho meses y sólo se puede prorrogar por una sola vez (estamos lejos del “año” fustigado por el Informe). Adicionalmente, aun cuando esos recursos al contrato laboral temporal sean limitativos, se inscriben perfectamente dentro de los objetivos de los redactores del Informe, puesto que permiten la adaptación de la masa asalariada a la producción de la empresa.

37. Contratos laborales de Empleo de tiempo parcial.

En este supuesto también el Informe preconiza su desarrollo y condena el modelo francés que excluye a sus beneficiarios de los

beneficios conferidos por los contratos de tiempo completo (“exempt part-time employment from carrying the mandatory benefits of full-time workers”).

Al respecto, sin embargo, debe precisarse que existen dos categorías distintas que se han desarrollado en Francia: Los empleos de tiempo parcial sobre bases semanales (es decir de menos de 35 horas) y los empleos de tiempo parcial sobre bases anuales. Esos contratos tuvieron un éxito relativo. En cuanto a su régimen, cabe precisar que contrariamente a lo que enuncia el Informe, el legislador francés ha intentado garantizar una equivalencia de derechos. El contrato laboral debe entre otras cosas convenir la repartición exacta de los horarios, el respeto del tiempo de descanso, la regulación de la interrupción diaria del trabajo (con una duración máxima de una hora y solo una vez durante la jornada de trabajo). Esos asalariados, cómo titulares de un contrato laboral de tiempo completo, se benefician de las mismas convenciones colectivas: su remuneración, su salario y sus primas laborales son proporcionales.

Recordemos por otra parte que desde el año 1993 existe la posibilidad de organizar agrupaciones de empleadores, permitiendo así que varias empresas se repartan a los asalariados conforme a sus necesidades. Es un principio que introduce cierta flexibilidad en su sistema.

De manera más general, conviene subrayar que el sistema de derecho francés ha llegado a desarrollar considerablemente el contrato de trabajo temporal o aún el contrato de “capacitación en alternancia”. La remuneración corresponde en ese caso a un porcentaje del salario mínimo de tal manera que el salario no pueda considerarse como un obstáculo para la contratación (el empleador está por otra parte obligado a la capacitación del empleado; en este orden se debe ser claro: el empleador francés recurre a esta capacitación para obtener el beneficio de la exención de cuotas sociales).

38. Una Filosofía francesa singular.

En la actualidad, los contratos laborales temporales así como los contratos de empleo a tiempo parcial son con frecuencia sinónimos de situación precaria y dificultades de inserción. El primero se ha convertido en el tránsito casi obligado para los jóvenes en busca de empleo, una fórmula de “súper periodo” de prueba. El segundo representaba en el año 1992 al 6% de la población económicamente activa; al día de hoy concierne al 17% de la población económicamente activa. La concepción francesa se resiste a considerarlas como un éxito, contrariamente cómo

parece sugerirlo el Informe; para la concepción francesa esas cifras deben percibirse como una clara ilustración del desarrollo de la precariedad. Cuanto más se incrementa la recurrencia a esos contratos, más parece instaurarse un régimen dual laboral (de dos “velocidades”). Conforme a una encuesta practicada por el INSEE en 1999, 40% de los asalariados de tiempo parcial se consideraban en realidad como “solicitantes de empleo de tiempo completo”. Dado que en Francia muchos beneficios sociales están sujetos a la antigüedad en la empresa, los contratos laborales temporales no gozan necesariamente de buena fama. Así numerosos autores, siguiendo el pensamiento del Profesor Antoine Mazeaud, sostienen que el objetivo de Francia no es “legalizar el carácter precario del empleo en nombre de la flexibilidad, sino circunscribirlo a situaciones que lo ameriten”. Esos contratos permiten efectivamente la existencia o permanencia de una integración en la vida profesional pero persiste el peligro de quedar atrapado en la precariedad.

39. El ímpetu de las reformas.

El Informe 2005 ya precisaba que era indeseable limitar cualquier reforma a los contratos laborales temporales o a los contratos laborales de tiempo parcial sin considerar una reforma paralela sobre los contratos laborales de derecho común. Después de haber observado el desarrollo del empleo precario, el legislador francés propone actualmente reformas más importantes a fin de impedir la instauración de un régimen dual laboral, de dos contratos de trabajo.

En un Informe llamado *Camdessus*⁷⁵, presentado el 19 de octubre de 2004 al Ministro de Economía, el comité francés proponía directivas de reformas todas ellas muy ambiciosas. Este comité integrado, entre otros por el antiguo director-gerente del Fondo Monetario Internacional Michel Camdessus, por los líderes sindicales, por el empresariado y por economistas, partía de las mismas observaciones que el Informe del

⁷⁵ Compárese el grupo de trabajo presidido por Michel CAMDESSUS, antiguo director-gerente del Fondo Monetario Internacional, presentado el 19 de octubre de 2004 al Ministro de Economía y Finanzas y publicado en *Le sursaut vers une nouvelle croissance pour la France*, La documentation française, 2005: Estos trabajos parten de constataciones similares a las del Banco Mundial; ese informe propone soluciones diferentes (entre otras, una que consiste en suplir los contratos laborales temporales por un contrato laboral único de duración indefinida, “compensada” por una tasación de los despidos. Propone igualmente ponerle término al incremento del SMIC (salario mínimo interprofesional de crecimiento) y compensarlo con una revalorización progresiva de la prima para el empleo. Consúltense también, B. REYNÉS, “Variaciones sobre el contrato único de trabajo”, D., 2005, Chron. p. 2348 y ss.

Banco Mundial, que subrayaba el bajísimo índice de empleo entre los jóvenes y las personas de edad adulta. Paralelamente a esta constatación, este Comité destacaba el fracaso de medidas parcelarias como el desarrollo de los contratos laborales temporales o la de los contratos laborales de tiempo parcial. Las dos propuestas de mayor envergadura eran: la autorización sin restricción alguna del cúmulo de un empleo y del cobro del retiro – lo que corresponde a las expectativas del Banco Mundial en lo referente al empleo de personas mayores – y la sustitución de los contratos laborales temporales e indefinidos por un contrato de trabajo único de tiempo indefinido. El objetivo es por lo tanto superar la dualidad económica que instaura la coexistencia de dos contratos de trabajo. Finalmente el comité francés subrayó el costo creciente derivado de la alza del SMIC (que es el acrónimo del salario mínimo interprofesional de crecimiento) y exhortaba la interrupción de esa alza. Pero, a diferencia del Informe *Doing Business*, sugería compensar dicha medida con una revalorización progresiva de la prima al empleo, al considerar que la baja de los costos salariales no debería conllevar a su vez una baja del poder adquisitivo de las personas concernidas. Este Informe, que recibió la aceptación tanto del sector patronal como la de los sindicatos, ilustraba la convergencia de ideales a menudo contradictorios y evidenciaba la necesidad de reformas en la materia.

40. El proceso de contractualización. ¿CNE y pronto CPE⁷⁶?

El análisis de los Informes según el cual el sistema de derecho francés sería demasiado rígido es injustificable hoy en día debido a las recientes reformas ampliamente mediatizadas (sin siquiera mencionar la posible flexibilidad de las famosas “35 horas”).

En primer término destaca la ley no. 2004-391 del 4 de mayo de 2004 relativa a la capacitación profesional a lo largo de la vida laboral y al “diálogo social”; esta ley expresa un profundo compromiso gubernamental a favor de un “proceso de contractualización del derecho del trabajo”⁷⁷, que refleja las sugerencias formuladas por la Comisión presidida por Michel de Virville⁷⁸. La exposición de motivos del proyecto de ley relativo al “diálogo social” subraya que en lo sucesivo el gobierno

⁷⁶ **NOTA DEL EDITOR:** “CNE” es el acrónimo de “contrato de nueva contratación” y “CPE”, lo es del “contrato de primera contratación”.

⁷⁷ V. B. TEYSSIÉ, « La loi et le contrat » en *Vive la loi !*, actas del coloquio del Senado del 25 de mayo de 2004, ed. Panthéon-Assas Paris II et du Sénat.

⁷⁸ **NOTA DEL EDITOR :** Michel de Virville es Secretario General y Director Recursos Humanos del grupo Renault. .

francés “se compromete solemnemente a remitir a la negociación nacional interprofesional, toda reforma de naturaleza legislativa en derecho del trabajo”.

En segundo término debe recordarse la controversia suscitada por la reforma que creó, en aplicación de la ordenanza número 2005-893 del 2 de agosto de 2005, un “contrato de nueva contratación” o CNE que aspiraba a dar más flexibilidad al mercado del trabajo. Ese contrato responde a las cinco características siguientes:

- La empresa no debe emplear más de 20 asalariados;
- El contrato de trabajo tiene que ser por escrito;
- El contrato de trabajo tiene que ser de tiempo indefinido;
- El contrato de trabajo tiene que precisar claramente que se trata de un contrato “de nueva contratación”, en aplicación de la ordenanza número 2005-893 del 2 de agosto de 2005;
- Pero sobre todo el contrato de trabajo debe tomar en cuenta las modalidades particulares de rescisión previstas en la ordenanza del 2 de agosto de 2005, cuya característica principal es la posibilidad de rescindir el contrato laboral en cualquier momento y sin motivo durante un plazo de dos años⁷⁹.

Finalmente, lo que la prensa se encargó ampliamente de difundir, el Primer Ministro Dominique de Villepin intentó por su parte crear un “contrato de primera contratación” o CPE: aquí también el sistema derecho francés parecía estar en trance de ganar, lo que para unos era en flexibilidad, para otros lo era en precariedad.⁸⁰

2. Respecto al desarrollo de la relación laboral

41. Para llevar a cabo su actividad, la empresa debe integrar las diversas obligaciones del derecho social en el desarrollo de la relación laboral. El Informe 2004 insiste sobre dos puntos fundamentales relativos a las “conditions of employment”: la política de los salarios mínimos y la rigidez de los horarios. El Informe del Banco Mundial pone como ejemplo los países de *common law*, tanto a los Estados Unidos como al Reino Unido, donde la protección del asalariado es la más reducida.

⁷⁹ Consúlase a propósito del CNE : <http://www.travail.gouv.fr/dossier/CNE>.

⁸⁰ **NOTA DEL EDITOR.** Esta reforma fracasó en gran medida por las inquietudes sociales que su implementación provocaron en Francia y que fueron del pleno conocimiento de la opinión pública.

Las políticas nacionales en cuanto al salario mínimo son evidentemente muy variadas. Algunos países de corte liberal, como Finlandia, Suecia o Suiza no reconocen en su legislación el salario mínimo. Por otra parte, en los países que si reconocen el sistema de salario mínimo, la diferencia existente entre el salario mínimo y el salario promedio transita del 5% (*verbi gratia* en Rusia) al 80% (*verbi gratia* en Venezuela). El Informe sugiere por lo tanto favorecer el empleo de mujeres embarazadas y de jóvenes mediante contratos de aprendizaje o periodos de práctica.

42. Protección equilibrada de las mujeres embarazadas.

Una vez más la lógica parece no favorecer a los Informes. A efecto de favorecer el empleo y su estabilidad para los jóvenes y las mujeres después del descanso prenatal y postnatal, el Informe sugiere la utilidad de legislar para permitir la protección de estos asalariados más expuestos al desempleo. En lo relativo a las mujeres, luego del descanso (incapacidad) prenatal y postnatal previsto en la legislación laboral francesa, la interrogante natural que surge es la siguiente: ¿no sería preferible garantizar su reingreso en la empresa que les empleaba con anterioridad a su incapacidad, antes que privilegiar su contratación en condiciones aún más precarias que las precedentes?

Es en esta forma y con el fin loable de proteger la contratación y conservación del empleo de la mujer embarazada, cómo el derecho francés determinó ciertas disposiciones de derecho común reveladas por las convenciones colectivas. Hay que decirlo en forma muy clara: el objetivo del derecho es la consecución de muchos otros fines, que la mera búsqueda de rentabilidad: la conciliación de la vida profesional y la vida familiar, el tiempo dedicado a la educación de los menores, en beneficio de las generaciones futuras... Esas disposiciones están previstas en la sección V “Protección de la maternidad y educación de los hijos” del título II del capítulo I del Código del Trabajo, en los artículos L. 122-25 y siguientes. La primera de esas disposiciones impone la no discriminación al empleo de las mujeres embarazadas por parte del empleador que “no debe tomar en consideración el embarazo de una mujer para rehusarse a contratarla, rescindir su contrato de trabajo durante un periodo de prueba o, bajo reserva de las disposiciones del artículo L. 122-25-1, decidir un cambio de empleo. Le está por consiguiente prohibido indagar o encargar que indaguen informaciones relativas al embarazo de la interesada”. El director de empresa puede proponer permuta o cambio de actividad dentro de la empresa; esos cambios empero deben estar siempre “subordinados a

la voluntad de la interesada” (L. 122-25-1 del Código del Trabajo). Además al periodo de descanso (incapacidad) prenatal y postnatal no se le considera como una causal de la rescisión del contrato de trabajo; tampoco su reingreso está sujeto a la buena voluntad del empleador, sino que se le considera como una suspensión del contrato de trabajo (L. 122-25-1 Código del Trabajo). Por ende el empleador “no puede rescindir el contrato de trabajo de una asalariada que se encuentra en estado de embarazo clínicamente comprobado”, ni durante el periodo de licencia que resulte del descanso prenatal o postnatal.

43. La contratación de jóvenes.

En cuanto al empleo de los jóvenes, la solución tan ponderada en el Informe 2005 que consistente en el desarrollo de periodos de práctica y de contratos de aprendizaje, suscita igualmente algunas reservas. En primer término porque el derecho social francés permite recurrir ya a estos contratos. Es sin embargo preciso tener presente que contrariamente a lo que preconiza el Informe, esos contratos se inscriben en un proceso de aprendizaje y no en un proceso de contratación definitiva al término de ese periodo de experiencia profesional. El periodo de práctica permite la aplicación de conocimientos adquiridos con anterioridad y el contrato de aprendizaje permite la continuación de una actividad paralela a las clases teóricas. No constituyen de ninguna manera contratos de trabajo perennes sino soluciones transitorias que forman parte de un proceso razonado de capacitación del estudiante.

44. La organización de las vacaciones retribuidas.

En lo concerniente a las vacaciones anuales, el Informe juzga la competitividad del derecho social de acuerdo a dos criterios: ¿deben ser las vacaciones remuneradas obligatoriamente? ¿Cuál es el número de días de vacaciones retribuidas al año en el sector de la industria? Esos criterios, corroborados por otros, permiten establecer diferentes indicadores de 0 a 100 que caracterizan la flexibilidad de las legislaciones del país concernido. Por supuesto, los países que tienen la puntuación más baja son los reputados como más flexible y por consiguiente más “competitivos”; esto no deja de sorprender si recordamos que el artículo 24 de la Declaración universal de los derechos humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas, dispone que “toda persona tiene derecho (...) a una

limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones retribuidas periódicas”.

Es más, el Informe oculta en esos criterios el beneficio de las vacaciones retribuidas y asimila a una mejor productividad únicamente aquellas reglas que determinan la menor cantidad posible de vacaciones retribuidas. Ahora bien ¿un mínimo de vacaciones anuales garantizadas por el legislador favorece una mejor productividad del asalariado? Es bien sabido que Francia otorga un periodo de cinco semanas de vacaciones retribuidas al año y que además las convenciones colectivas pueden aumentar o mejorar las condiciones del tiempo de descanso.

45. Ajuste del tiempo de trabajo.

El Informe es más preciso respecto al ajuste del tiempo de trabajo ya que toma en consideración cinco criterios:

1. Los descansos obligatorios en la jornada,
2. El número máximo legal de horas de trabajo,
3. La renumeración de horas extras,
4. Las restricciones concernientes al trabajo nocturno,
5. Las restricciones concernientes al descanso semanal.

El Informe parte de una constatación simple: “*many industries have seasonal highs and lows*”. El ciclo de actividad de una empresa es de hecho rara vez lineal. Es por lo tanto preciso permitir cierta flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo. La legislación francesa permite un sistema de ciclos a efectos de evitar un recurso sistemático en el pago de horas extras. Sin embargo esa posibilidad sólo existe para determinadas empresas, en el marco de decretos o acuerdos colectivos. Son de lamentarse esas exigencias, pero debe por otra parte admitirse que permiten sin embargo evitar un ritmo de trabajo aleatorio e inestable. Así, además de las condiciones formales de recurso a los ciclos, este recurso es sólo aceptable si las series de semanas se repiten de manera idéntica. *Verbi gratia*: semana 1: 35 horas; semana 2: 37 horas; semana 3: 32 horas; semana 4: 36 horas; semana 5: 35 horas; semana 6: 37 horas; semana 7: 32 horas; semana 8: 36 horas. En ese supuesto específico, se podrá utilizar el ciclo y el promedio de tiempo de trabajo totalizar 35 horas semanales: la empresa no necesitará por lo tanto recurrir al pago de horas extras.

El Informe alude a las horas extras e incita a recurrir a ellas, acotadas a la adaptación de las variaciones de actividad, sobre todo si su cuota máxima anual se negocia directamente entre el empleador y el

asalariado. El informe denuncia por supuesto un recargo excesivo. Sin embargo conviene observar una conducta prudente y considerar el desequilibrio contractual que opone las partes en presencia. El recurso a horas extras no está prohibido pero es oneroso para las empresas que no desean contratar más personal. En efecto, tratándose de grandes estructuras ¿el recurso constante a las horas extras no resulta sintomático de una necesidad de contratar más empleados? El argumento de trabajo precario o informal de los jóvenes o mujeres deja de ser relevante, cuándo se introduce una protección legal, tanto durante la gestión de las fuerzas de trabajo, cómo durante el proceso de la rescisión del contrato de trabajo.

3. Respecto a la rescisión del contrato de trabajo

46. El Informe *Doing Business* denuncia la designación de jueces *ad hoc* en materia de despido: considera que la presencia de representantes de asalariados y empleadores en el proceso prolonga los procedimientos y obstaculiza la conciliación. La crítica alcanza al Tribunal de conciliación laboral francés, que es la jurisdicción competente para conocer de conflictos individuales y de los conflictos concernientes a relaciones entre el asalariado y su empleador.

La designación de esos jueces, empero, tiene un propósito eminentemente práctico; es de destacarse que aproximadamente cerca del 80% de las decisiones del Tribunal de conciliación laboral francés son ratificadas en apelación. En octubre de 2001, el Ministro de Justicia había evaluado a 10.2 meses la duración promedio de los procesos laborales en tanto que el Informe *Doing Business* 2004 consideró por su parte que la media duraba tres años⁸¹. Independientemente de lo anterior el 25% de los casos laborales se terminan en cuatro meses.

Por otro lado, la principal función del Tribunal de conciliación laboral francés es justamente la conciliación. La conciliación constituye una fase previa al procedimiento que es obligatoria en la instancia de la jurisdicción laboral. Técnicamente se puede asimilar a la mediación en la que el juez designa a una tercera persona a fin de permitir una conciliación. El recurso extremo al Tribunal de conciliación laboral permite una resolución rápida cuando la demanda no puede seriamente ser controvertida (*verbi gratia* solicitud de indemnización en caso de despido irregular) o cuando se trata de finiquitar una controversia manifiesta. En tal caso, se resuelve días después de interpuesta la demanda. En caso de

⁸¹ Fuente consultada : « Le Conseil de Prud'Hommes », Bufete Boumendil & Consultants.

impugnación ulterior, la interposición de recursos ante las diferentes jurisdicciones es perfectamente admisible.

Además del Tribunal de conciliación laboral francés, la Inspección del Trabajo es también objeto de las críticas del Informe *Doing Business* que considera que representa un obstáculo al despido. Esa afirmación evidencia un desconocimiento de la verdadera función de esta institución. En efecto, los inspectores del trabajo únicamente intervienen en caso de despido de asalariados protegidos, en tanto que su número disminuye desde hace varios años en Francia.

Finalmente, la crítica principal al derecho del trabajo francés atañe al procedimiento considerado demasiado formalista para el despido motivado por razones reales y serias.

47. Conclusiones del capítulo 3º.

Los Informes del Banco Mundial han contribuido de manera eficiente a promover una reflexión profunda sobre el “sacrosanto” Código del trabajo francés, herramienta emblemática de liberación para unos, pero de sujeción para otros. Los diferentes informes *Camdessus* y *de Virville*, la creación del CNE o del CPE ⁸² (hoy derogado) dan testimonio de una voluntad de reforma. En cuanto a la voluntad expresada en el Informe de su intención de generar empleos (“*Creating jobs*”), es por supuesto un buen propósito siempre muy bien recibido y constituye una propuesta eminentemente compartida por cualquier sociedad. Persisten, sin embargo divergencias fundamentales en la filosofía entre los países en cuanto al verdadero tenor y realidad de los “empleos” cuya creación se plantea: para unos, partidarios de las propuestas liberales de los Informes, más vale un periodo de práctica disfrazado de contrato de trabajo que el desempleo abierto; para otros, “más valdría no tener trabajo; a un trabajo precario”. Si la verdad se encuentra con frecuencia en el justo medio que desconfía del *hybris*, de ninguna manera incumbe el pronunciamiento relativo a un planteamiento que excede por mucho el objetivo de la presente respuesta.

Sin embargo son de formularse algunas observaciones a manera de conclusión:

➤ En primer término, en esta materia la filosofía de los autores de los Informes, inclina claramente la balanza en favor de la parte económicamente más poderosa en el vínculo laboral que es sin discusión “el empleador”, quien constituye el epicentro de las ganancias presentes o

⁸² **NOTA DEL EDITOR.** Por las razones expuestas anteriormente Francia vivió momentos de gran intranquilidad social que obligaron a derogarlos.

esperadas. En tanto que a la masa más o menos homogénea e intercambiable de los asalariados, los conceptúa como una variable de ajustes que debe ser flexible. Por consiguiente, la voluntad explícita de los sistemas de derecho, entre otros el francés, de procurar cierta protección *verbi gratia* a la mujer en estado de gravidez, que se encuentran insertas en otro orden de valores diverso al económico, se sitúa en un plano secundario para el grupo *LLSV*: ¿no resulta esto patético?

➤ De igual manera, algunos países con una bien ganada reputación de liberales en Europa continental *verbi gratia* los Países Bajos, conocen de una reglamentación protectora contra los despidos laborales: es de suponerse que la premisa que gobierna este contrato de trabajo no es precisamente la de un *bargain*, premisa que gobierna cualquier otro contrato; con frecuencia el contrato laboral constituye para una de las partes (lo que es extensivo para su propia familia) el único medio de su subsistencia. Por lo tanto, la afirmación desproporcionada que indica que: “*When you can fire, you can hire*”⁸³, expresión atribuida al Vicepresidente del Banco Mundial, el señor Danino⁸⁴, pudiera para decirlo de alguna manera, parecer algo estrecha...

➤ Finalmente, no es concluyente sostener que para el sistema de derecho francés resulta indiferente la competitividad de sus empresas en razón de la alta protección que prevé en favor de los asalariados franceses. A este respecto *verbi gratia* los Informes *Doing Business* 2004 y 2005 no se refirieron al tópico del despido laboral por razones económicas, cuando las causas que lo han motivado, podrían justamente constituir indicadores determinantes de la prosperidad de un país: dificultades económicas, cambios tecnológicos, reorganización en beneficio de la empresa o aún interrupción de la actividad.

§ 3.- CON RELACIÓN AL CAPÍTULO *REGISTERING PROPERTY*: RESPECTO AL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD

48. Presentación del capítulo 4º.

El capítulo del Informe *Doing Business* dedicado al “registro de la propiedad”, que se refiere a su régimen y organización, merece tan sólo ocho cuartillas.

⁸³ « Cuando se puede despedir, se puede contratar ».

⁸⁴ Intervención en el Coloquio « Paris Place de droit », 15 de noviembre de 2005, Maison du Barreau.

Clasifica a los países en función de tres criterios que caracterizan el registro público de la propiedad en lo que concierne a las transferencias de propiedad:

- el número de procedimientos que equivale al número de requisitos;
- el número de días necesarios para dar satisfacción a ellos;
- y finalmente el costo de su cumplimiento.

Los autores del Informe subrayan que en su mayoría, las transferencias de propiedad no son objeto de un registro en los países en vía de desarrollo debido esencialmente al costo y duración del procedimiento, el cual es susceptible de captar hasta el 35% del valor de la propiedad y de una gran lentitud que llega durar hasta 956 días (con la intervención de una multitud de intermediarios en el curso del procedimiento). Es de observarse que en los países donde se identifican la menor cantidad de requisitos y los plazos más breves, el número de transmisiones no registradas es menor. Conforme al Informe, la consolidación del registro público de la propiedad y del catastro representaría la mejor vía administrativa para reducir plazos y costos, bajo el presupuesto que exista un catastro lo suficientemente confiable para poder eximir controles en los límites separativos de las propiedades con motivo de su transmisión.

49. Términos de comparación variables.

En el historial que provee el Informe sobre aproximadamente 145 países, Francia figura entre los 10 países con menor clasificación, en virtud de la cantidad de requisitos de cumplimiento obligatorio para la inscripción de un título de propiedad, que totalizan diez requisitos, según el Informe.

En cuanto a los plazos necesarios, el Informe no reparó en que Francia figurara entre los diez últimos países; conforme al Informe, se requieren de 193 días para inscribir un título de propiedad, cuando para el país que el Informe sitúa en el décimo peor lugar, se necesitan 212 días...

En el análisis relativo a Francia, se mencionan diez requisitos; más sin embargo, extrañamente respecto a los otros dos países mencionados en el Informe (Italia y Reino Unido) sólo se describe el procedimiento a partir de la octava etapa. Esas diferencias en términos del análisis comparatista, suscitan una legítima inquietud por esa discordancia aparente, a la que se le se puede intentar darle una explicación. Puede provenir de la ambigüedad del cuestionario que en la especie, el enunciado precisa "...cuándo el contrato ha sido firmado, y el precio

saldado, la transmisión del título de propiedad interviene acto continuo...” en tanto que poco más adelante, se solicita del experto interrogado, que describa el conjunto de requisitos exigidos para la transferencia del título de propiedad, sus costos y sus plazos. Esto explicaría probablemente porque ciertos países hayan retomado el conjunto de procedimientos pre-contractuales, cuando otros lo han soslayado⁸⁵.

50. Apreciación crítica de los datos.

El capítulo está plagado de inexactitudes:

1º El Informe sostiene que la conclusión del contrato preparatorio tomaría diez días y la intervención de un notario se presenta como una necesidad. Ambas afirmaciones son inexactas; la elaboración de un contrato preparatorio no es obligatoria, cómo tampoco lo es la intervención del notario; este hecho queda acreditado con el número significativo de convenios de compra venta mediante escrito privado que se formalizan ya sea directamente entre las partes contratantes o bien con la intermediación de un agente inmobiliario o finalmente de un notario. El plazo de diez días absolutamente no corresponde a la realidad.

2º La obtención del certificado de origen de propiedad por treinta años tomaría entre 10 a 15 días. Este dato es falso ya que en función del efecto del mismo Registro Público de la Propiedad, el título de propiedad del vendedor conlleva el certificado de origen por treinta años.

3º La obtención de un certificado catastral modelo 1 y de un plano exigiría 7 días. Es de puntualizarse que el notario francés puede obtener esta información vía Internet pero que debe disponer de una copia oficial, que deberá solicitar por escrito. Esta última información también es inexacta: el notario imprime por si mismo el certificado catastral; de tal suerte que este supuesto plazo no existe.

4º La obtención por parte del notario de documentos de urbanismo tomaría 30 días; este plazo podría reducirse a 2 o 3 días con la intervención de un bufete especializado en urbanismo. Esa aseveración es

⁸⁵ Esto evidencia las siguientes dificultades : por una parte, las dificultades derivadas de la comprensión de un cuestionario establecido en un solo idioma, que es el inglés; por otra parte, las dificultades derivadas de la traducción en algunos índices, de procedimientos que difieren completamente de un país a otro e implican la participación de actores igualmente muy diferentes.

igualmente inexacta; los plazos son de misma duración, con total independencia de quien sea el solicitante, pero sobre todo muy variables dependiendo de los ayuntamientos involucrados.

5º/ La obtención por parte del notario de certificados de medición (realizada por un geómetra), de ausencia de termitas, amianto y plomo, tomaría de 30 a 60 días. Al respecto debe puntualizarse lo siguiente: este requisito responde a una preocupación loable de salud pública (amianto, saturnismo, entre otros); estos diferentes diagnósticos relativos a la propiedad están en curso de ser consolidados en un documento único, con el propósito explícito de darle mayor celeridad y sencillez a su obtención; en cuanto al plazo mencionado de 30 a 60 días para la obtención de esos diagnósticos inmobiliarios es totalmente inexacto; bastan diez días holgados, aun tratándose incluso de inmuebles con estructuras complejas. Igualmente de puntualizarse es que la obtención de estos certificados constituye en la práctica una exigencia para la conclusión del contrato preparatorio; ello evidencia que su obtención se realiza con mayor frecuencia previamente a cualquier compra venta...

6º/ El ejercicio del derecho preferente de compra urbano (DPU) tomaría 60 días. La existencia de este derecho preferente, empero, no concierne a todas las compra ventas inmobiliarias; en tanto la respuesta de la colectividad local toma por lo regular de 30 a 45 días como plazo máximo.

7º/ La redacción de la escritura pública notarial tomaría de 1 a 2 días. Si bien este plazo breve es exacto —lo que acredita por cierto la eficacia del notario —el Informe precisa erróneamente, sin embargo, que cada parte debe estar asistida de un notario, ignorando en esta forma el evento bastante usual en la práctica de la intervención de un notario único. Hubiese resultado particularmente útil que el Informe hubiere subrayado, en la perspectiva económica que le es propia, que aun cuando cada parte recurra a la asistencia legal de su notario, el costo de la escritura pública notarial no se incrementaría, ya que ambos notarios compartirían los emolumentos que determine el arancel.

8º/ El otorgamiento y firma de la escritura pública notarial (en la especie ante el notario propuesto por el adquirente, bajo el supuesto que cada parte hubiere recurrido a la asistencia legal de su propio notario) y el pago de gastos e impuestos requerirían de un solo día. Es de hacerse notar que el Informe confunde lamentablemente el concepto de “gastos de notario” con el concepto de remuneración del notario; los derechos e

impuestos que representan esencialmente, más del 90% del total de las cantidades percibidas por el notario, se retienen por cuenta y orden del Estado. Así, del 7% del precio de compra venta que el adquirente sufragó al notario, éste último retiene para sí menos del 1% en pago por su asistencia profesional a las partes contratantes, la elaboración de la escritura pública y la asunción del riesgo por eventuales errores. De igual manera, hubiese sido de una gran utilidad haber mencionado que el notario conserva el original de la escritura pública (la minuta), y que para acreditar su derecho de propiedad, el adquirente deberá recibir un testimonio notarial debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad; la obligación de conservar la escritura pública es un componente esencial de la seguridad jurídica y constituye a partir de su otorgamiento y firma, parte de la memoria económica, sociológica y de la estructura familiar del país.

9º/ La inscripción de la escritura pública en la oficina de "Conservación de las hipotecas"⁸⁶ con vistas a su inscripción, garantiza su oponibilidad frente a terceros; ese trámite tomaría, a partir de su presentación, de 2 a 6 meses y de 9 meses en la Ciudad de París. Una vez más, se evidencian aseveraciones equivocadas contenidas en el Informe: los plazos en la ciudad de París no difieren de los de la provincia francesa y toman efectivamente de 2 a 6 meses. Pero debe quedar en claro que el notario dispone legalmente de un término perentorio de dos meses para remitir el expediente a la oficina de "Conservación de las hipotecas" y que a partir del mismo día en que el expediente ingresa a esa oficina, se preserva la prelación de la oponibilidad frente a terceros por la inscripción solicitada. En esa perspectiva es irrelevante que la oficina de "Conservación de las hipotecas" tome algunas semanas para remitir al notario el expediente debidamente formalizado.

Finalmente, mediante el empleo de tecnologías informáticas modernas, los notarios y registradores franceses –no hubo que esperar a las amonestaciones de los Informes –trabajan conjuntamente a partir de este año para una total "desmaterialización" de los intercambios de sus expedientes, con el propósito explícito de abreviar considerablemente los plazos, tanto para los certificados de gravámenes (2 días en lugar de 10) así como para los trámites de publicitación de las escrituras públicas.

Igual mención merece que la calidad del catálogo del Registro Público inmobiliario francés, que es a la vez personal y real, satisface con

⁸⁶ **NOTA DEL EDITOR.** En el sistema jurídico mexicano es el Registro Público de la Propiedad que conforme al Pacto Federal, depende de cada Entidad Federativa y del Gobierno del Distrito Federal.

exceso, es lo que menos se puede decir, los estándares de los registros que operan los oficiales de los Condados en los Estados Unidos de América del Norte...

En conclusión, el plazo real entre el contrato preparatorio elaborado por las partes sobre la compra venta y la inscripción de la escritura pública que la vuelve oponible frente a terceros, toma en Francia aproximadamente 90 días; esto significa que el plazo es inferior en más de mitad al plazo referido en el Informe 2005. Es probable que la inexactitud de los resultados provengan del desconocimiento que la mayoría de los plazos enunciados no son acumulativos sino que transcurren de manera simultánea. Lo que igualmente es de lamentarse, es que en la materia no se haya consultado al Consejo Superior del Notariado francés, depositario de las estadísticas de la profesión notarial...

51. Conclusión del capítulo 4º

Lo que sobresale del análisis crítico de esta parte es que si bien el capítulo *Registering property* pudo haber aportado informaciones de suma utilidad, está desafortunadamente plagado de datos inexactos o incompletos. Aunado a la anterior al ponderar únicamente la rapidez y el costo en la conclusión de una compra venta inmobiliaria, soslaya que el valor de las reglas jurídicas que gobiernan la conclusión de una convención, en la especie la escritura pública que contiene el contrato de compra venta, debe evaluarse de igual manera conforme a las controversias potenciales de litigio susceptibles de surgir una vez firmada y otorgada la escritura pública que contenga el contrato de compraventa respectiva. El Informe soslaya en forma por demás notoria la función preventiva atribuida en el sistema de derecho francés al notariado, a quien no repara en calificarlo como una “carga inútil” (*unnecessary burden*, en el Informe 2004, Capítulo *Starting a business*).

Sin embargo, la tradición jurídica francesa tiende a garantizar la seguridad de los ciudadanos en las transacciones inmobiliarias: en el ámbito de la seguridad jurídica, provee entre otros elementos de "certificados de origen de propiedad" (la escritura pública) prácticamente incontrovertibles, al garantizar la conservación de la escritura pública y asegurar su debida inscripción en el Registro Público de la Propiedad; en el ámbito de su seguridad material, provee que en las transacciones de medición pueda determinarse con certeza la superficie del inmueble así como en el ámbito de su seguridad física al condicionar el otorgamiento y firma de la escritura pública a la satisfacción de una serie de dictámenes periciales y diagnósticos inmobiliarios cuya vocación es garantizar la

salubridad pública del inmueble objeto de la compra venta. Debe quedar muy en claro, que esta seguridad de aspectos múltiples se traduce posteriormente en ahorros substanciales⁸⁷ que sólo pueden ignorar quienes carecen de esta perspectiva. Es preferirle adoptar un sistema de legalidad que prevea controles *a priori*, a un sistema de legalidad que precisamente por ser expedito (lo que le valdría una “buena calificación” en el Informe 2005), se exponga *a posteriori* al contrato de compra venta a controversias, lo que requiere de un seguro cuyo costo bien podría superar al de la escritura pública notarial.

En la India – país cuyo sistema de derecho y registro público de propiedad de tipo *Torrens* proviene del legado del colonialismo británico – en el pasado reciente un norteamericano adquirió una importante propiedad en un barrio distinguido de la ciudad de Nueva Delhi por una cantidad de 641,000 Euros, para descubrir tardíamente que el inmueble en cuestión era propiedad del Primer Ministro de la India y que jamás había sido puesto a la venta. Esta reciente desventura debería de provocar serias reflexiones a quienes militan en favor de la adopción de un modelo único⁸⁸...

§ 4. CON RELACIÓN AL CAPÍTULO *GETTING CREDIT*: RESPECTO A LA OBTENCIÓN DE CRÉDITOS

52. Presentación del capítulo 5°.

El capítulo 5°, relativo a la obtención de créditos, constituye todo un alegato en favor de la "desregulación". Estigmatiza a los “*French civil law countries*” y los coloca entre los que ofrecen la menor protección a los acreedores. Por el contrario, pondera los supuestos méritos de los sistemas de derecho del *common law*, vinculados a su característica fundamental que es la jurisprudencial: una justicia flexible, adaptable, fundamentada en principios generales como el *fiduciary duty*; por contraste la ley, característica principal de los “*French civil law countries*”, paraliza las acciones, impide la intervención de la jurisdicción y estimula la inventiva en las personas para tergiversar la letra y el espíritu del texto legal e incluso transgredir los derechos de los inversionistas.

⁸⁷ V. *infra* III. § 2C.

⁸⁸ *Revue Études Foncières*, 2005.

Ambas críticas exigen una respuesta de fondo⁸⁹. El capítulo critica el sistema de derecho francés de garantías⁹⁰ y clasifica a Francia entre el 8% de países que no proporcionan ninguna de las garantías necesarias en protección de los acreedores; adicionalmente, el Informe 2005 introduce una jerarquía que establece entre el índice de los derechos de los acreedores y deudores y la riqueza de un país; en esta jerarquía sitúa a Francia en los límites inferiores, con una calificación de 3 (contra 6.3 de calificación obtenida por los países de mayor riqueza). Es en esa forma cómo la consecuencia esperable era establecer un vínculo directo entre la pobreza y el sistema de derecho de tradición civilista, consecuencia que los autores del Informe estuvieron prestos a derivar⁹¹.

Los autores del estudio parten por lo tanto de la premisa que la prosperidad de un país está directamente vinculada con la facilitación relativa proporcionada a las personas, comerciantes o particulares, en la obtención de créditos bancarios. Los criterios acordados para apreciar esta facilitación están vinculados a la confianza que le asiste a la banca respecto al reembolso del numerario acreditado.

El método elegido no reconoce ninguna distinción sobre la cantidad de solicitantes de créditos, ni en torno al objeto del financiamiento. En un país como Francia en el que los diferentes tipos de financiamiento forman categorías independientes, unas respecto de otras, esta imprecisión condena fatalmente a estas observaciones a ser meramente un bosquejo. Estas observaciones si bien son perfectamente válidas respecto a algunas actividades, son totalmente inexactas respecto a otras.

El énfasis del análisis circunscrito a la seguridad en la recuperación de sus créditos de las instituciones bancarias se hace en detrimento de la objetividad de las constataciones de este análisis, y descuida totalmente la suerte de deudores en problemas y acreedores

⁸⁹ Este capítulo formula también la apología de los registros informativos privados, que opone a los registros públicos. Francia obtuvo la calificación de "0" en la materia de registros privados; el estudio considera que al igual que en la mayoría de los países en vía de desarrollo, no existen en el sistema registral; el sistema informativo francés está esencialmente constituido por los ficheros del Banco de Francia. Es preciso, sin embargo, mencionar las informaciones detentadas por la escribanía del Tribunal de Comercio que se encuentran disponibles en Internet. En cuanto a la calificación obtenida por Francia para los registros públicos, pasa de 12 a 17 de 2004 a 2005, sin mediar explicación alguna.

⁹⁰ **NOTA DEL EDITOR.**-El sistema de garantías en Francia fue recientemente modificado en su integridad.

⁹¹ Se puede reprochar a los autores del Informe no haber considerado la función trascendente que desempeñan en Francia las garantías personales, en especial las que se contienen a través del contrato de garantía.

distintos a los prestamistas. Las zozobras sociales que se generan en torno a la salvaguardia de la vida privada o de la dignidad de los deudores sobre endeudados, amenazados de precariedad y exclusión social, transcurren en forma imperceptible.

Bajo el beneficio de estas observaciones liminares, se intentará ahora y sucesivamente desarrollar los tres siguientes puntos:

- la información disponible relativa a la solvencia de los solicitantes de un préstamo,
- el costo y la eficacia de las posibles garantías del prestamista,
- los medios jurídicos a disposición del prestamista impagado.

1. Respecto a la información relativa a la solvencia de los prestatarios potenciales

53. Tratándose de la información relativa a los prestatarios, los autores del Informe, en su perspectiva economista, subrayan de manera oportuna la función fundamental desempeñada por las agencias de crédito para incitar a los bancos y sociedades privadas a otorgar préstamos y refiere la existencia de estas agencias de crédito privadas en la mayoría de los países de la OCDE. Francia constituye en esta perspectiva una excepción notoria y el sistema de monitoreo puesto a disposición de los establecimientos de crédito por el Banco de Francia cumple sólo parcialmente con la función atribuida a estas agencias de crédito. En Francia, el sistema de monitoreo es muy completo en lo concerniente a las empresas cuando su tamaño o el volumen de sus préstamos supera determinado umbral; este sistema, empero, no incluye a los particulares, ni a las empresas cuyo nivel de endeudamiento es inferior al umbral establecido.

La omisión del sistema francés perjudica de hecho la libre competencia ya que penaliza en sobremanera a los debutantes en el mercado del crédito, los extranjeros entre otros. Desempeña una función protectriz de situaciones previas y explica en parte el bajo nivel de endeudamiento de los franceses y el elevado costo del crédito al consumo.

Por contra y gracias al catálogo del Banco de Francia (el banco de datos FIBEN), la banca francesa dispone de una excelente herramienta de información sobre la red regional de empresas medianas. Asimismo, los créditos a la vivienda obligan a la constitución de expedientes muy detallados y los incidentes relacionados con falta de pago son más bien escasos en relación a países homólogos.

A pesar que algunos establecimientos financieros y asociaciones de consumidores invocan con alguna frecuencia los imperativos de protección de la vida privada (bajo la custodia de la CNIL⁹²) para combatir la introducción en Francia de agencias de crédito privadas, conforme al modelo norteamericano, alemán o, más recientemente, belga, resulta oportuno conceder que éste no es un obstáculo dirimente, bastaría con solicitar en cada caso el asentimiento de la persona concernida. En cualquier evento no es una muestra, y el ejemplo belga así lo demuestra, de una deficiencia del sistema jurídico francés; es más bien atribuible a una pesadez sociológica que a una firme voluntad política que se podría eliminar sin la necesidad de recurrir a una reforma legal.

2. Respecto al costo y eficiencia de las garantías

54. En cuanto al análisis del Informe acerca del costo y eficiencia del sistema de derecho francés de garantías, el Informe no considera las distinciones formuladas por los prestamistas entre los diferentes procedimientos de garantía, que se emplean conforme al objeto del financiamiento otorgado.

El financiamiento para la vivienda ofrece a los establecimientos prestamistas suficientes garantías y no da lugar a un número anormal de incidentes de falta de pago. La combinación de una garantía real sobre el bien (privilegio del prestamista de fondos o hipoteca) y un seguro de vida contraído por el prestamista a nombre del deudor responde adecuadamente a las preocupaciones de las dos partes.

Asimismo, los préstamos de tesorería concedidos a las medianas empresas con movilización de sus cuentas por cobrar (“ley *Daily*”) cumplen con su objetivo y se considera que cubren convenientemente el riesgo del prestamista. Se puede igualmente mencionar el arrendamiento financiero mobiliario que permite que las empresas detenten equipamientos costosos sin haberlos originalmente adquiridos, y que los arrendadores tengan una garantía sólida para su recuperación en caso de cualquier incidente. Las anteriores consideraciones concernientes a particulares y a empresas son igualmente válidas, ya sea en el supuesto de la cobranza amistosa, como en el supuesto de la vía coactiva, en caso de que así fuese necesario: los tribunales franceses aseguran, por su parte, la eficiencia de esas garantías.

⁹²**NOTA DEL EDITOR.** Este acrónimo corresponde a la Comisión nacional de la informática y de las libertades.

Los créditos que ofrecen menos seguridad a la banca son los llamados créditos “en blanco”, o sea los créditos en descubierto, y los créditos al consumo. Los motivos de esa relativa falta de seguridad se encuentran estrechamente vinculados con una actitud protectora con frecuencia adoptada por los tribunales hacia los deudores insolventes, y a la relativa ausencia de datos confiables sobre la solvencia de los pequeños prestatarios. Eso explica la escasa propensión de la banca a conceder tales créditos, y por consiguiente el bajo nivel de endeudamiento de los franceses en comparación con sus homólogos, miembros de la OCDE. A este respecto es de mencionarse que el anteproyecto de reforma del derecho de las garantías⁹³ aspira a desarrollar el crédito hipotecario al consumo disminuyendo su costo: una misma hipoteca – llamada hipoteca “recargable” – podría garantizar sucesivos préstamos que se podrían contraer ante acreedores diferentes.

55. Reforma del derecho de garantías.

En efecto, una reforma muy profunda de las garantías está en curso en Francia⁹⁴: un anteproyecto y un informe fueron oficialmente entregados al Ministro de la Justicia a fines del mes de marzo de 2005⁹⁵; a este evento le sucedió una ley que faculta el gobierno para reformar el derecho de garantía mediante una ordenanza (artículo 24 de la ley del 26 de julio de 2005 para la confianza y modernización de la economía). Esta reforma tiene como propósito conjuntar en un nuevo libro, que sería el libro IV del Código Civil francés⁹⁶ las leyes particulares hasta ahora diseminadas en diferentes Códigos y en ocasiones francamente incompatibles o excluyentes unas de otras.

⁹³ **NOTA DEL EDITOR.** VÉASE infra nota 77

⁹⁴ **NOTA DEL EDITOR.** La Comisión estuvo presidida por Michel Grimaldi Profesor de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II y Presidente de la Asociación Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Laurent Aynès, Profesor de la Universidad Panthéon-Sorbonne, Paris I, Annie Bac de la Fédération bancaire française, Pierre Crocq, Profesor de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II, Dominique Dos-Reis, Conseiller en la Corte de Apelación de Paris, Éliane Frémeaux, Notario de Paris, Alain Gourio del Banco BNP-Paribas, Alain Provansal abogado de la Barra de Marsella, Philippe Simler Profesor de la Universidad Robert Schuman de Estrasburgo y Hervé Synvet Profesor de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II. La Secretaría estuvo a cargo de Philippe Dupichou, maestro de conferencias de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II y abogado de la Barra de Paris.

⁹⁵ Ese informe se publicó en la *Revue des Contrats*, 2005, p. 782 y s; también se puede consultar en el portal de Internet de la Asociación Capitant, "www.henricapitant.org."

⁹⁶ **NOTA DEL EDITOR.** Véase al respecto el Journal Officiel del 24 de marzo del 2006.

El objetivo de la reforma es consolidar el crédito volviendo las reglas en la materia más comprensibles y accesibles, dentro de la más pura tradición civilista. Entre otras cosas se facilitaría el otorgamiento de garantías sobre los activos de explotación, se simplificaría su modo de constitución y realización, sin que ello sea en detrimento de una protección equilibrada del proveedor de la garantía.

Mencionaremos en lo particular la adopción en el sistema de derecho francés de garantías personales originales como la carta de intención y la garantía autónoma, que es una garantía sin desposesión con vocación general, que no estaría circunscrita a determinados ámbitos, en tanto se ha propuesto desarrollar una hipoteca “recargable” favorable al desarrollo del crédito (*supra*, n° 54).

2. Respecto a la cobranza de los créditos impagados

56. Tratándose de la última parte de ese capítulo, dedicada a la cobranza de los créditos, se debe precisar cómo una observación preliminar que los Informes sólo se interesan por la protección de los derechos de los prestamistas e ignora los intereses de los demás acreedores tales como los proveedores, empleados (y su fondo de retiro...) o aún el fisco, consistente con el postulado inicial según el cual la prosperidad de un país descansa principalmente sobre el otorgamiento de créditos.

En tales condiciones, el sistema jurídico que se beneficia de la mejor calificación es el sistema de derecho inglés, en el que la banca evita, mediante la *floating charge*, concursar con los demás acreedores.

Los cuatro rasgos que define el Informe para caracterizar un procedimiento de insolvencia favorable al desarrollo del crédito (consentimiento de los acreedores con relación a la declaración de insolvencia; ejecución posible de las garantías después de la declaración de insolvencia; privilegio en el pago de los acreedores con garantía; gestión mediante un administrador o por el mismo deudor) revelan a un régimen jurídico orientado a la exclusiva satisfacción de los acreedores garantizados, que se reducen casi exclusivamente a la banca.

Debe concederse que el derecho positivo francés, tal y como lo han interpretado sus tribunales, ha tendido efectivamente, entre otros enfoques, sobre todo a partir de la segunda crisis petrolera de 1980, a privilegiar la supervivencia de las empresas más que asegurar el reembolso de los créditos a la banca. Han sido numerosos juristas franceses quienes se han opuesto a tales actitudes, esgrimiendo el argumento que los sacrificios exigidos por una utopía que pregonaba la

recuperación económica a cualquier precio, en términos de la ley del 25 de enero de 1985, conducía con frecuencia a imposiciones a los acreedores, sin que con ello hubiera resultado efectivamente la recuperación de la empresa...

Pero de la misma manera, debe dejarse asentado que esta orientación ha sido paulatinamente abandonada, sobre todo en lo que concierne a sus excesos. Las reformas contenidas en la ley del 10 de junio de 1994 y en la ley de salvaguardia del 26 de julio de 2005, así como la reforma en curso del derecho de garantías dan buena cuenta de esta rectificación.

57. Eficiencia de las garantías innominadas.

Por otra parte, existen en Francia, para la banca, muchos otros medios legales no enunciados entre las garantías formales, que evitan tener que concursar con los demás acreedores, que sólo un análisis superficial pudo haberlas ignorado: son las garantías-especie y demás modos de transmisiones fiduciarias de propiedad, como la transferencia de créditos mediante una minuta (llamada *Dailly*) o la delegación de rentas incluso en el supuesto de procedimiento de insolvencia⁹⁷ cuya validez fue recientemente resuelta por la Sala mercantil de la Corte de Casación. La validez de la delegación de rentas está vinculada a la existencia del derecho de retención que protege al detentador de las pretensiones de los demás acreedores. Lo mismo sucede con los diferentes procedimientos de compensación convencional *in futurum* o consolidación de cuentas, que permiten que la banca, en caso de controversia, pueda efectuar una compensación automática entre los ingresos de la empresa y sus deudas con la banca. Está perfectamente claro que en el ámbito del derecho de las garantías reales en lo particular, la práctica bancaria ha auspiciado una libertad contractual sin precedentes⁹⁸. El anteproyecto de reforma de garantías⁹⁹ evidencia esa tendencia: contiene reglas respecto a las cuales las partes pueden voluntariamente sustraerse (*verbi gratia* la obligación para el acreedor con garantía de bienes fungibles de conservar esos bienes

⁹⁷ Cass. Com., 30 mars 2005, n° 02-10.422, inédit, *Banque et droit*, juill/août 2005, p. 64, obs. N. RONTCHEVSKY (delegación de arrendatario a título de garantía); Cass. Com., 22 nov. 2005, n° 03-15.669, publicación próxima en *Bulletin*, D., 2005, AJ. P. 3081, obs. X. DELPECH (cesión "*Dailly*" de garantías de ejecución sucesiva).

⁹⁸ Véase al respecto y entre otros Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, prefacio de M. GRIMALDI, ed. Panthéon-Assas, Paris II, 2005.

⁹⁹ **NOTA DEL EDITOR.** Véase supra nota 77

en especie) y propone modelos que las partes pueden adoptar por así convenirlo (*verbi gratia*, la hipoteca “recargable”).

De tal suerte que las observaciones del Informe con respecto al rango de los acreedores y el tratamiento de los acreedores garantizados acotan su alcance debido a la recurrencia generalizada, en la práctica, de diversas técnicas innominadas de garantía.

58. Conclusión del capítulo 5°.

Para concluir, el capítulo “*Getting credit*” del Informe tiene el mérito indiscutible de proveer un esquema de análisis comparativo que identifica algunas insuficiencias e ineficiencias de la actividad bancaria en Francia.

Pero el ángulo de observación elegido impide verificar, sin matices, el juicio negativo vertido sobre el sistema jurídico francés. En cuanto a las medidas cuantitativas que pudieron ser efectuadas, la experiencia ha demostrado hasta que punto su precisión es inversamente proporcional a la amplitud del ámbito de observación definido, y tributario de la calidad científica de los “apeadores”...

Pero en especial debe dejarse muy en claro que la fuerza de atracción de las técnicas civilistas de garantías de créditos no disminuye en su efectividad frente a los sistemas de derecho del *common law*; en esta perspectiva es de una gran utilidad mencionar la resolución de la Cámara de los Lores del 30 de junio de 2005, en el precedente *Spectrum*. A este respecto cabe interrogarse si esta resolución no recalificó de manera general en simples *floating charges* todas las *fixed charges* establecidas desde hacía más de 25 años sobre las cuentas de créditos-clientes (o *book debts*), de las que el deudor conservaba, su gestión¹⁰⁰, como generalmente se acostumbra? Fue en verdad una dolorosa sorpresa para los acreedores ingleses ya que, contrariamente a la convicción prevaleciente, el rango de una *floating charge* en caso de insolvencia era modesto y así *verbi gratia* los créditos salariales, son ahora preferentes en cuánto a su pago.

¹⁰⁰ House of Lords, *National Westminster Bank plc (Respondents) v. Spectrum Plus Limited and others (Appellants)*, [2005] UKHL 41.

§. 5.- CON RELACIÓN AL CAPÍTULO PROTECTING INVESTORS:
RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LOS INVERSIONISTAS

59. Presentación del capítulo 6°

El Informe 2005 del Banco Mundial incluyó un nuevo capítulo, intitulado *Protecting Investors* (protección de los inversionistas).¹⁰¹

El Informe *Doing Business* desarrolla la protección de los inversionistas en tres dimensiones: la información al público (*disclosure of ownership and financial information*), las protecciones jurídicas de los “pequeños” inversionistas (*small investors*) y la eficiencia de los tribunales o reguladores (*enforcement capabilities in the courts of securities regulators*). Empero, el Informe 2005 sólo se preocupa por el primer aspecto: la información del público. El informe analiza las disposiciones legales relativas a una sociedad cotizada en el mercado regulado más importante del país concernido, o, cuando el país no cuente con un mercado regulado, las disposiciones aplicables a una sociedad que no cotiza en el mercado de valores, pero de tamaño “importante” y con numerosos asalariados y accionistas. Otros postulados figuran igualmente en el Informe. Francia dispone de mercados reglamentados – mediante Euronext Paris S.A., que es la composición francesa de la bolsa “paneuropea” que comprende a las Bolsas de Valores de Bruselas, Amsterdam y Lisboa – y es en ese marco de legalidad en el que el Informe queda inserto. Los principios de la metodología que se emplea para comparar a los diversos regímenes aplicables no dejan de sorprender: sociedades que cotizan en el mercado de valores en algunos países, se comparan con sociedades que no cotizan en otros países; de haberse comparado los regímenes de legalidad de sociedades que no cotizan en el mercado de valores en todos los países, la comparación hubiera tenido sentido. Entre mezclar ambos regímenes suscita perplejidad y desconcierto en el lector.

El Informe califica los diferentes países de acuerdo a un *disclosure index* (índice de información del público). Francia obtuvo una calificación satisfactoria de 6 (en una escala de 7), en comparación con un

¹⁰¹ **NOTA DEL EDITOR.** La ley del Mercado de Valores mexicana publicada en el Diario Oficial de la Federación el día treinta de diciembre del 2005 adopta un nuevo régimen para las sociedades anónimas que coloquen acciones en el mercado bursátiles y extra bursátil a que se refiere esa ley; así como el régimen especial que deberán observar en relación con las personas morales que las citadas sociedades controlen o en las que tengan una influencia significativa o con aquellas que las controlen. En esa forma México adopta las recomendaciones formuladas por el Banco Mundial.

promedio de 5.6 para los países de la OCDE, y de 3.6 para la “región Europa y Asia Central”. Chile, la República Checa, Hong Kong, Irlanda, Japón, la República de Corea, Lituania, Nigeria, las Filipinas, Eslovaquia, África del Sur, Suecia, Taiwán, Túnez y Zimbabwe obtienen al igual que Francia, 6 de calificación. Canadá, Israel, España, el Reino Unido y los Estados Unidos de América, empero, obtuvieron 7 de calificación.

60. Criterios de calificación.

La calificación resultó de la respuesta a siete preguntas básicas; por cada respuesta positiva, se otorgó un punto en la calificación:

- *Is family ownership disclosed?* (¿Se encuentra el público informado de la tenencia accionaria del círculo familiar de los dirigentes de la sociedad emisora?)
- *Is indirect ownership disclosed?* (¿Se encuentra el público informado de la tenencia indirecta de acciones?)
- *Is beneficial ownership disclosed?* (¿Se encuentra el público informado de la tenencia accionaria de terceras personas que actúan por cuenta del legítimo tenedor de acciones?)
- *Is Information on voting agreements between shareholders disclosed?* (¿Se encuentra el público informado de los acuerdos de votación entre accionistas?)
- *Are internal audits required before releasing financial statements?* (¿Se requieren de auditorías internas, formuladas previamente a la difusión de los estados financieros?)
- *Is an external audit required?* (¿Se requiere de una auditoría externa a la sociedad?)
- *Is ownership and financial information publicly available to investors?* (¿Tiene el público acceso a la información financiera y a las declaraciones de franqueamiento de puntos de equilibrio financiero?)

61. Crítica de la supuesta ausencia de auditorías internas previas¹⁰²

Francia dio una respuesta positiva a ambas preguntas, salvo a la relativa a la necesidad de una auditoría interna previa a la difusión de los estados financieros. Con respecto a este último punto, sorprende en primer término el carácter absoluto de la respuesta. Si bien es cierto que el Estado francés no impone formalmente tal obligación, se toman sin embargo numerosas precauciones en materia de aprobación de las cuentas de una sociedad mediante un llamamiento público al ahorro (lque es el caso de todas las sociedades cotizadas en el mercado de valores en Francia):

- Así, las cuentas se elaboran por el órgano de dirección, en presencia de los Comités de auditoría.¹⁰³

¹⁰² **NOTA DEL EDITOR.** En la nueva ley del Mercado de Valores mexicana, existe una nueva técnica en la vigilancia de las sociedades anónimas regidas por esa ley. Entre los puntos más novedosos se encuentran los Comités de auditoría y prácticas societarias que dependen directamente del Consejo de Administración y que substituyen a la figura del Comisario, que aún perdura en la ley General de Sociedades Mercantiles. El editor remite al lector al texto de la nueva ley del Mercado de Valores.

¹⁰³ **NOTA DEL EDITOR.** Se emplea la traducción de la noción francesa de "Commissaires aux Comptes" por la de los Comités de auditoría previstos en la nueva ley mexicana del Mercado de Valores mexicana. En efecto conforme a lo previsto por la nueva ley mexicana del Mercado de valores, la vigilancia de la gestión, conducción y ejecución de los negocios de las sociedades anónimas bursátiles, y de las personas morales que las controlen, estará a cargo de un Consejo de Administración a través del o de los Comités que constituya para que lleven a cabo las actividades en materia de prácticas societarias y de auditoría, así como por conducto de las personas morales que realicen la auditoría externa. El Consejo de Administración estará integrado por 21 consejeros dentro de los cuales el 25% serán Consejeros independientes. Estos Consejeros independientes, formarán parte obligatoriamente de los Comités de prácticas societarias y de auditoría. En los términos del título XII de la propia ley los auditores externos que suscriban los dictámenes de los estados financieros en representación de las personas morales que proporcionen los servicios de auditoría externa, deberán contar con honorabilidad: reunir los requisitos personales y profesionales que establezca la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) mediante disposiciones de carácter general; ser socios de una persona moral que preste servicios profesionales de auditoría de estados financieros y que cumplan con los requisitos de control de calidad que al efecto prevea la propia Comisión (CNBV), en las citadas disposiciones generales. No deberán de ubicarse en ninguno de los supuestos de falta de independencia que al efecto prevea la Comisión (CNBV), mediante disposiciones de carácter general que igualmente dicte, en las que se consideren entre otros aspectos, vínculos financieros o de dependencia económica, prestación de servicios adicionales y plazos máximos durante los cuales los auditores externos pueden prestar los servicios de auditoría externa a las personas morales que soliciten la inscripción de valores en el Registro respectivo, a las emisoras, a casas de bolsas, a bolsas de valores, instituciones para el depósito de valores y contrapartes centrales de valores. Los dictámenes de auditoría externa y los dictámenes de licenciados en derecho o expertos externos independientes que se entreguen a las emisoras para los efectos de solicitudes de

- Deben comunicarse o ser puestos a la disposición de los accionistas previamente a su aprobación.

- El órgano de administración debe establecer y someter a los accionistas, antes de la presentación de las cuentas, un informe sobre la situación de la sociedad y su actividad durante el ejercicio transcurrido, debiendo dicho informe exponer de manera “clara y precisa”, conforme a lo previsto por el artículo 148 del decreto del 23 de marzo de 1967, determinados elementos¹⁰⁴, entre otros las modificaciones efectuadas en el modo de presentación de las cuentas anuales o el relativo a los métodos de evaluación aplicados a años precedentes¹⁰⁵, y en un documento adjunto, una descripción de los resultados de la sociedad durante cada uno de los cinco últimos ejercicios¹⁰⁶.

- Se debe adjuntar al informe del órgano de administración a la asamblea general anual de los accionistas (y puesto a disposición de los accionistas previamente a la celebración de la asamblea y presentado durante esa asamblea) un reporte que emane del presidente del Consejo de Administración (o del órgano de Vigilancia), que dé cuenta de las condiciones de preparación y organización de los trabajos del Consejo de Administración (incluyendo los trabajos de estados de cuenta) y de los procedimientos de control interno establecidos por la sociedad¹⁰⁷.

- En cuanto al contenido más preciso de dicho informe sobre el “control interno”, todo un *corpus* de reglas, ha sido integrado por

inscripción de valores, autorización de ofertas públicas y cumplimiento de las obligaciones de entrega y difusión de información que a dichas emisoras les imponga la ley, constituirán información divulgada al público directamente por dichas personas, con independencia de que la propia emisora sea quien realice la referida entrega y difusión al público.

¹⁰⁴ Cf. art. L. 232-1 C. com. y art. 148 del decreto del 23 de marzo de 1967, que incluyen:

- la situación de la sociedad y su actividad durante el ejercicio transcurrido;
- los resultados de dicha actividad;
- los progresos alcanzados o las dificultades encontradas;
- las actividades de la sociedad en materia de investigación y desarrollo;
- la evolución previsible de la situación y las perspectivas futuras;
- los acontecimientos importantes entre la fecha de clausura del ejercicio y la fecha en que se establece el informe;
- el órgano elegido en las sociedades anónimas para ejercer la dirección general de la sociedad;

Otras menciones que deben figurar en el reporte anual a los accionistas se encuentran detalladas en el Código de Comercio, el decreto del 23 de marzo de 1967 o el reglamento general de la Autoridad de los mercados financieros y sus instrucciones.

¹⁰⁵ Art. L. 232-6 C. com.

¹⁰⁶ Art. 148 del decreto del 23 de marzo de 1967.

¹⁰⁷ Art. L. 225-37 apartado 6 y art. L. 225-68 apartado 7C. com. Esa obligación aplica para toda sociedad, que recurra o no a un llamamiento público al ahorro y sin importar su tamaño.

diversas organizaciones. Así, en lo relativo a las condiciones de preparación y organización de los trabajos del Consejo de Administración, los requerimientos de la Autoridad de los mercados financieros¹⁰⁸ en materia de documento de referencia constituyen una guía útil¹⁰⁹; la descripción de los procedimientos de control interno puede fundamentarse en las recomendaciones de diversas organizaciones patronales¹¹⁰ representativas de las sociedades por acciones¹¹¹, de los comisarios¹¹², de los Comités de prácticas societarias y de auditoría y de la Autoridad de los mercados financieros¹¹³. Este informe tiene que presentar de manera general los medios de control (personas implicadas, códigos de conducta, entre otros), los mismos procedimientos de control (*reporting*, seguido de los acuerdos que no se contengan en el balance, entre otros) y la apreciación del Presidente del Consejo de Administración sobre la adecuación y eficiencia de los procedimientos¹¹⁴.

- Las sociedades que recurren al llamamiento público al ahorro deben también mencionar en este informe, las diligencias que permitieron realizarlo (tales como las discusiones con los Comités de prácticas societarias y de auditoría, los comisarios o el comité interventor) así como, llegado el caso, la existencia de notificaciones por los Comités de prácticas societarias y de auditoría o el comisario de deficiencias mayores en el control interno. Dentro de los grupos de sociedades, deben igualmente figurar los procedimientos de elaboración y consolidación de las cuentas.

- Los Comités de prácticas societarias y de auditoría y los comisarios deben, además de certificar las cuentas (con expresión de sus reservas, o sin ellas o incluso expresar su franca negación de la

¹⁰⁸ **NOTA DEL EDITOR.** En México la autoridad en materia bursátil es la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

¹⁰⁹ Cf. Boletín COB (Comisión de las Operaciones Bursátiles que regula los mercados financieros franceses) enero de 2002, p. 60 y s.; recomendaciones COB, Boletín COB enero de 2003, p. 17 y s.

¹¹⁰ Con respecto al MEDEF (Movimientos de la Empresas de Francia) y el Afep (Asociación Francesa de las Empresas Privadas), véase el Comunicado del 17 de diciembre de 2003, disponible en "www.medef.fr."

¹¹¹ Cf. ANSA (Asociación Nacional de las Sociedades por Acciones), Comité juridique, Comunicado n° 3267 del 5 de noviembre de 2003.

¹¹² CNCC (Compañía Nacional de los Interventores de Cuentas), Aviso técnico, BCF 2/04, p. 35 y s.

¹¹³ Cf. Boletín AMF (Autoridad de los Mercados Franceses), marzo de 2004, p. 39 y s.; "AMF, gouvernement d'entreprise, contrôle interne et évolutions réglementaires récentes", febrero de 2005, disponible en "www.amf-France.org."

¹¹⁴ Para las sociedades que recurren a un llamamiento público al ahorro. Cf. *Rép. Pélissard*, Ass. Nat. 15 de junio de 2004, p. 4716, n° 37190.

certificación), preparar un informe que será puesto a la disposición de los accionistas y presentado a la asamblea anual de los accionistas. En vías de la exactitud, hemos de mencionar que los Comités de prácticas societarias y de auditoria o los comisarios deben de preparar tres informes. Un informe general que describa el cumplimiento de su mandato¹¹⁵, en el que tienen que dar cuenta de sus observaciones relativas a las cuentas del ejercicio y, eventualmente, de las razones que motivan su determinación de negar la certificación de las cuentas (o el recurso a reservas). Ese informe deberá exponer igualmente sus observaciones sobre la veracidad de las informaciones suministradas en el informe de gestión y de los documentos dirigidos a los accionistas sobre la situación financiera de la sociedad, así como la concordancia de esas informaciones con las cuentas anuales¹¹⁶ (en el supuesto de grupos de sociedades, las informaciones deben darse en forma consolidada). Deben describir de la misma manera las modificaciones realizadas en la presentación de las cuentas anuales o la metodología de evaluación¹¹⁷, los gastos generales no deducibles de los beneficios sometidos al impuesto sobre las sociedades, en caso de no haber sido mencionados en el informe del órgano de dirección, las irregularidades e inexactitudes detectadas por los Comités de prácticas societarias y de auditoria o comisarios en el ejercicio de su mandato¹¹⁸ (en tal caso se deberá transmitir el informe a la Autoridad de los mercados financieros¹¹⁹), entre otros. El segundo informe se refiere a los acuerdos concluidos directa o indirectamente entre la sociedad y uno o varios de sus dirigentes, los miembros del Consejo de Administración o los Comités de prácticas societarias y de auditoria o de vigilancia, o del accionista que disponga de más del 10% de los derechos de voto¹²⁰. El tercer informe de los Comités de prácticas societarias y de auditoria o de los comisarios deberá mencionar las observaciones sobre el informe elaborado por el Presidente del Consejo de Administración, de los Comités de prácticas societarias y de auditoria, o de los comisarios sobre los procedimientos de control internos relativos a la elaboración y tratamiento de la información de contabilidad y financiera¹²¹.

- Las cuentas deben ser aprobadas por los accionistas dentro de un plazo estrictamente definido.

¹¹⁵ Art. L. 225-100 apartado 2C. com.

¹¹⁶ Art. 193 del decreto del 23 de marzo de 1967.

¹¹⁷ Art. L. 232-6C. com.

¹¹⁸ Art. L. 225-240 apartado 1C.com.

¹¹⁹ Art. L. 621-22, IV C. mon. et fin.

¹²⁰ Art. L. 225-40 apartado 3C. y art. 92 del decreto del 23 de marzo de 1967.

¹²¹ Art. L. 225-235 apartado 5C. com.

Finalmente, el derecho positivo francés impone el nombramiento de dos comisarios, no de uno solo, y exige además su “rotación”. Esto, aunado a la prohibición de acumular las funciones de miembros de los Comités de prácticas societarias y de auditoría, de comisarios y del Consejo de Administración, garantiza la independencia de los miembros de los Comités de prácticas societarias y de auditoría y de los comisarios.

El Informe *Doing Business* tampoco considera la existencia de diversas recomendaciones que se formulan en materia de gobierno de empresa, las cuales son ampliamente respetadas en la práctica¹²², y establecen la posibilidad de recurrir a los Comités de prácticas societarias y de auditoría, a los comisarios o a los comités de cuentas que son el equivalente francés de los *audit committees* angloamericanos¹²³.

62. Deplorable ausencia de criterios complementarios.

Si este capítulo del Informe *Doing Business* concede en la especie una calificación muy respetable para Francia (6 de 7), conviene sin embargo interrogarse si el Informe no hubiese ganado en credibilidad, adoptando criterios adicionales.

Es de extrañarse que el Informe *Doing Business* no haya considerado los criterios que permiten garantizar la independencia de los interventores de cuentas (dualidad de interventores de cuentas, rotación de los interventores, prohibición de acumular en principio las funciones de interventor y miembro del Consejo de Administración, entre otros.).

Resulta igualmente incomprensible la omisión del referencial de contabilidad entre la lista de criterios (la protección de los inversionistas se ve fortalecida por el empleo de uno de los referenciales de contabilidad internacionalmente reconocidos tales como los IFRS/IAS). Asimismo, la existencia o inexistencia de un control interno debería tomarse en

¹²² Según el informe 2004 de la AMF sobre el gobierno de empresa y el control interno, todas las sociedades del CAC 40 tienen un comité de auditoría y/o de cuentas (p. 12).

¹²³ Cf. « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées », MEDEF, AFEP, AGREF, informe del grupo de trabajo presidido por D. BOUTON, del 23 de septiembre de 2002, p. 11 y s., en especial p. 13 sobre el tema de la revisión de cuentas: “... Los comités de Comités de prácticas societarias y de auditoría, debe estar en condiciones de ejercer plenamente su cometido; a tales efectos: - los plazos para la revisión de cuentas deben ser suficientes (mínimo dos días antes de la revisión del consejo) – la revisión de las cuentas por el Comités de prácticas societarias y de auditoría, debe acompañarse de una nota de los interventores de cuentas subrayando los puntos esenciales no sólo de los resultados sino también de las opciones de contabilidad elegidas, así como una nota del director financiero describiendo la exposición de riesgos y los compromisos fuera de balance significativos de la empresa”. **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR**

consideración. Debería subrayarse también el contenido de los prospectos o documentos de referencia (grado de detalle, tipos de rúbricas para detallar, responsabilidad de los firmantes, entre otros) así como la función del regulador en las verificaciones.

De manera más general, la existencia o inexistencia de la obligación de informar al mercado de acontecimientos significativos que pueden incidir sobre la cotización (o una información periódica paralela) debería figurar entre los elementos de calificación. Obviamente, en una perspectiva más comprensiva en el análisis de la protección de los inversionistas que la acotada utilizada en este capítulo, el espectro de análisis debiera incluir otros rubros, como *verbi gratia* las prohibiciones de delitos de debutantes en el mercado accionario, las manipulaciones de las cotizaciones y otras prácticas abusivas de mercado. Los criterios que determinan la protección de los inversionistas en sociedades admitidas en las negociaciones en un mercado regulado, son innecesarias. La ponderación del entorno de los negocios, el llamado “*business climate*” debería al igual figurar entre los criterios de calificación.

Esto conduce a dos observaciones. En primer término, las calificaciones en el ámbito territorial de los países miembros de la Unión Europea deberían ser similares en función del proceso creciente de armonización legislativa (aun así fuera por las recientes directivas europeas denominadas “prospectos” – sin omitir el reglamento europeo no 809/2004 que previene la armonización legislativa y que llegó al extremo de adoptar modelos idénticos de presentación y contenido de los prospectos – “transparencia”, “IFRS¹²⁴” o “prácticas abusivas de mercado”, que a la fecha han sido en gran medida transpuestos a los países miembros de la Unión Europea). En segundo término, pareciera que existe una confusión, en la que aparentemente incurre el Informe *Doing Business*, que es la relativa a la clara protección de los inversionistas en las sociedades que cotizan en bolsa, con las sociedades que no cotizan en el mercado accionario (para los países que no disponen de mercados reglamentados) y que desde ninguna perspectiva está realmente justificada. Es lamentable que las inversiones hechas en sociedades que cotizan en bolsa (que recurren al llamamiento público al ahorro) lleguen a recibir el mismo tratamiento jurídico que las inversiones realizadas en sociedades que no cotizan en Bolsa y que por lo tanto no recurren a un llamamiento público al ahorro. En efecto la naturaleza de la inversión es substancialmente diferente, así cómo también lo es la

¹²⁴ « International Financial Accounting Standard » o sea norma internacional relativa a la información financiera.

existencia o inexistencia de ofertas. Las reglas inherentes a los mercados regulados se justifican por las obligaciones propias de la naturaleza de estos mercados. Negarse a admitirlo y desarrollar un tratamiento jurídico similar para sociedades que cotizan en Bolsa con aquellas sociedades que no cotizan, tal cuál lo hace el Informe *Doing Business*, disminuye parte de la pertinencia hecha a la clasificación propuesta.

63. Apreciaciones favorables del FMI y de la OCDE.

En una perspectiva general se puede constatar que el Fondo Monetario Internacional (FMI) publicó en noviembre de 2004 un informe de más de 100 cuartillas intitulado "France: Financial System Stability Assessment, including Reports on the Observance of Standards and Codes on the following topics: Monetary and Financial Policy Transparency, Banking Supervision, Securities Regulation, Insurance Regulation, Payment Systems, Securities Settlement, and Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism"¹²⁵.

Las principales conclusiones de este informe del FMI – que merecen aquí ser reproducidas en sus grandes rasgos en razón de la divergencia tan contrastante de sus conclusiones con las del Banco Mundial, que reconocen de manera indubitable la eficiencia económica del entorno francés de inversiones – son las siguientes:

“El sector financiero es sólido y está bien controlado. Con fundamento en los presentes análisis, no se ha identificado ninguna debilidad generadora de riesgos.

Las concentraciones bancarias han llegado al extremo de que las transacciones de aproximaciones nacionales podrían en el largo plazo derivar en problemas de estabilidad.

El sistema de control del sector financiero está segmentado y especializado.

Se requiere de poderosos mecanismos de coordinación.

La integración progresiva entre todos los sectores financieros y las integraciones trasfronterizas representan nuevos desafíos que seguramente tendrán implicaciones sobre la estabilidad y la competencia. La eficiencia y aptitud para responder a las señales políticas podrían incrementarse racionalizando y modernizando las reglamentaciones del sector financiero (como los esquemas del ahorro administrado).

¹²⁵ Disponible en www.imf.org.

Se ha alcanzado un alto nivel en la observancia de las reglas internacionales de políticas financieras. Las autoridades francesas trabajan actualmente sobre los últimos planteamientos pendientes, como *verbi gratia* la reglamentación del reaseguro, el sistema de reglamento-entrega, el combate contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo fuera del sistema bancario¹²⁶.

Cómo síntesis (executive summary) de este informe del FMI, se destacan entre otros, los siguientes aspectos:

“La solidez del sistema financiero se apoya en fuertes indicadores financieros y una observancia constante de la reglamentación y control aprobadas por el Comité de Basilea (**BASEL**), la Asociación Internacional de los directores de seguros (**IAS**), la Organización Internacional de las Comisiones de Valores Inmobiliarias (**IOSCO**), el Grupo de Acción Financiera Internacional (**FATF**) y el Comité de los sistemas de pago y entrega (liquidación-entrega) (**CPSS**). El grado de observancia del código de transparencia es significativo en todo ámbito relevante¹²⁷;

- “Los mercados de valores inmobiliarios son muy extensos y se encuentran muy avanzados. Los mercados de valores inmobiliarios y los mercados de derivados han sido reestructurados. El mercado de empréstitos del Estado es importante y el mercado de obligaciones de las sociedades muestra un rápido crecimiento a partir de la introducción del euro¹²⁸;

¹²⁶ « The main findings of the FSAP are:

- The financial sector is strong and well supervised. On present analysis, no weaknesses that could cause systemic risks were identified.
- Concentration in banking may have reached a point where further domestic consolidation could raise competition and long-term stability issues.
- The supervisory system of the financial sector is segmented and specialized and requires strong coordination mechanisms.
- Progressive integration across financial sectors and international borders will present challenges with implications for stability and competition. Efficiency and responsiveness to policy signals could be enhanced by rationalizing and modernizing financial sector policies (such as administered saving schemes).
- A high degree of observance on international standards for financial policies has been achieved. The authorities are working to fill remaining gaps, for example, in the regulation of reinsurance, the clearing and settlement system, and AML/CFT provisions outside the banking system”.

¹²⁷ « The strength of the system is supported by the financial soundness indicators and the strong conformity to the supervisory and regulatory standards approved by the Base Committee, IAIS, IOSCO, FATF, and CPSS. The degree of observance of the transparency code is high in all relevant areas”.

¹²⁸ « Securities markets are large and sophisticated. Exchange-traded equities and derivatives markets have been restructured. The government debt market is large and the corporate debt market has been growing rapidly since the introduction of the euro”.

- “La infraestructura del sistema de liquidación-entrega de los pagos y transferencias de valores mobiliarios es generalmente sólida y moderna. Se pueden contemplar sin embargo unos ajustes en la liquidación-entrega de los pagos y valores mobiliarios de particulares¹²⁹”;

- “El marco general institucional desde el ángulo de legalidad de la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo está muy avanzado. Francia mantiene un muy alto nivel en la observancia de las 40+8 recomendaciones del Grupo de acción financiera internacional (**FATF**) e incluso su reglamentación excede a lo previsto en numerosas reglas en muy diversos ámbitos tales como la cobertura sectorial, las exigencias relativas a las declaraciones de informaciones de contabilidad o financieras para las importaciones y exportaciones de instrumentos financieros. No se puede negar que se necesitan ajustes más amplios en otros ámbitos, fundamentalmente en la ejecución de las resoluciones especiales del Comité de las Naciones Unidas relativas al financiamiento del terrorismo, un problema que comparte con los otros Estados miembros de la Unión Europea. La calidad global de las declaraciones de transacciones sospechosas (**STR**), la reglamentación relativa a la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, su aplicación y control en sectores que no sean los establecimientos de crédito y algunas sociedades de inversiones; la elaboración de criterios en los ámbitos en los que las instituciones financieras deben ejercer una mayor diligencia¹³⁰”.

Adicionalmente esta apreciación favorable del **FMI** puede fácilmente corroborarse en las últimas estadísticas de la **OCDE** (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) sobre las inversiones directas extranjeras en Francia (**IDE**), tal y cómo puede

¹²⁹ « The infrastructure for clearing and settlement of payments and securities is generally sound and modern. However, there is some room for improvement in the clearing and settlement of retail payments and securities, where the multilateral netting systems lack fully adequate safeguards to ensure timely settlement in case of default”.

¹³⁰ « The overall legal and institutional framework for AML/CFT is comprehensive, France maintains a high level of compliance with the FATF 48+8 Recommendations, and has gone beyond the standard in a number of areas, such as sectoral coverage and reporting requirements for the import and export of monetary instruments. However, further improvements could be achieved in some areas, mainly: the implementation of UN Security Council Special Resolution on terrorism financing (an issue common to other EU countries); the overall quality of suspicious transactions institutions and certain investment firms; and criteria for when financial institutions should exercise increased diligence”.

constatarse en el informe “Tendencia y evolución reciente de la inversión”¹³¹.

Es de precisarse que en Europa, las entradas de **IDE** disminuyeron en su conjunto en un 23%, porcentaje que desde luego varía de país en país; Francia, empero, continuaba siendo en el año 2003 uno de los destinos privilegiados de los inversionistas. En efecto, las empresas extranjeras invirtieron en Francia 47 mil millones de dólares Uscy; cierto es una cifra inferior a la registrada en el año 2002, más sin embargo tres veces mayor que en la República Federal de Alemania o Reino Unido. Esta cifra significativa debe compararse con el reflujo masivo de las IDE en los Estados Unidos de América: en este último país, la IDE disminuyó en cerca de 40 mil millones de dólares Uscy en el año 2003, contra 72 mil millones en el año 2002 y 167 mil millones en el año 2001. Francia continúa siendo un polo de atracción de muchas IDE “clásicas” (las inversiones que no se inscriben en la “nueva economía”); ello obedece a que la inversión en el sector inmobiliario de empresas continúa con un gran dinamismo, particularmente a partir de que los derechos de registro sobre las transacciones inmobiliarias disminuyeron a 5.09%.

64. Conclusión del capítulo 6°

Aun cuando Francia haya obtenido una calificación de 6, siendo 7, la más alta, y que *per se* esta calificación sea aceptable, es altamente controvertible cómo en el Informe, Francia no mereció la obtención de la calificación máxima, si entre otros factores, no se consideran otros estudios realizados por instituciones igualmente prestigiosas que el Banco Mundial. Una vez más debe cuestionarse, bajo esos parámetros, la confiabilidad y la seriedad de los criterios elegidos para la elaboración del Informe *Doing Business* 2006, que no repara en situar a Francia, país miembro del G7, en un modesto lugar 44 en términos del entorno de los negocios...

¹³¹ Consúltense la página internet www.oecd.org.

§. 6.- CON RELACIÓN AL CAPÍTULO *ENFORCING CONTRACTS*:
RESPECTO A LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

65. Presentación del capítulo 7°.

El capítulo 7° “*Enforcing contracts*” desarrolla un análisis comparativo de la eficiencia de los diferentes sistemas de administración de justicia por lo que concierne a la ejecución forzada de los contratos (En este capítulo 133 países fueron objeto de análisis conforme a una misma hipotética situación comercial).

El tema se consideró particularmente importante debido a la correlación establecida entre el número de transacciones comerciales y la eficiencia de las resoluciones judiciales. En su desarrollo se omitió que el derecho positivo francés de los contratos, plantea como principio de base el de la ejecución forzada en especie del contrato. En Francia, el derecho positivo contractual permite emplear diferentes instrumentos, tales como el acta auténtica (notarial), que garantiza la ejecución del contrato o bien facilita la aplicación de la sanción relativa a su inexecución, sin la necesidad de tener que incoar una acción judicial. Eso significa, entre otros, una economía de tiempo y de costos sustanciales para el acreedor. En esa forma las cláusulas penales, las cláusulas resolutorias expresas, la suspensión por inexecución y la resolución unilateral del contrato por incumplimiento grave, producen efectos altamente benéficos dentro de la perspectiva de la fuerza ejecutoria de los contratos.

Si bien la tradición francesa de someter los litigios comerciales a una jurisdicción especializada se aprecia favorablemente, al principio de representación obligatoria por parte de un abogado “característico de los sistemas jurídicos de tradición civil francesa” se le juzga como lento e ineficiente. Esta última apreciación resulta inesperada para el jurista francés; para el sistema de derecho francés, conforme a la jurisprudencia de su Consejo constitucional, el principio del respeto de los derechos de la defensa es desde 1977, uno de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Es precisamente el celo por garantizar una mejor defensa del justiciable el que explica en buena medida el principio reciente restablecimiento de la representación obligatoria ante la Sala social de la Corte de Casación (decreto n° 2004-836 del 20 de agosto de 2004).

Acto continuo, el Informe confronta a los países ricos (principalmente los del sistema de derecho del “*common law*”) cuyo procedimiento civil describe pocas etapas, comparativamente con otros sistemas de derecho (con frecuencia de tradición civilista) que desarrollan

verdaderos laberintos en el procedimiento civil. La complejidad en el procedimiento resulta lenta y costosa; el Informe llega a sugerir que ello favorece la corrupción... pero la tradición jurídica de un país no es una “fatalidad” (*heritage is not destiny*); así *verbi gratia* a Túnez, país de tradición jurídica francesa y país en vías de desarrollo, se le pondera, sin embargo como un modelo de eficiencia¹³².

El Informe pretende finalmente destacar el elevado costo jurídico en Francia (más de 23 millones de dólares, 21 etapas en el procedimiento y un promedio de duración de 210 días contra 17 etapas por... 365 días en los Estados Unidos)¹³³.

66. Insuficiencias del capítulo 7º.

Estos diferentes alegatos conllevan importantes reservas. El Informe no hace referencia acerca del costo global de la administración de justicia en los Estados Unidos de América, ni del número de abogados, ni del monto de sus honorarios, los cuales son muy inferiores en Francia, que incluso en Gran Bretaña¹³⁴. Más grave aún, esas cifras truncan evidencian una pretensión desmedida por parte de los autores del informe de instrumentalizar el derecho con fines de prosperidad económica, aún cuándo sea en detrimento de los fundamentos de un juicio equitativo¹³⁵. Finalmente omiten los avances substantivos registrados por el derecho

¹³² Véase sobre ese modelo, N. FERCHIOU, “La Tunisie est-elle un exemple à suivre en matière de droits des contrats”, en *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 55 y s.

¹³³ Compárese el Informe 2005 que funda en otros parámetros de evaluación de costos y duración del procedimiento, la posibilidad de recurrir a procedimientos extrajudiciales, entre otros administrativos, reclasificó a Francia en la clasificación general, al fijar en 75 días la duración promedio del procedimiento en lugar de 210 días... lo que genera un sentimiento de gran escepticismo en cuanto a la calidad científica de la exactitud del método econométrico aplicado para evaluar la eficiencia de los sistemas jurídicos o judiciales.

¹³⁴ Véase al respecto las cifras proporcionadas por Maître Robert PANHARD “*Common Law et droit latin: deux systèmes concurrents au service des personnes et des entreprises*», *Les Cahiers Techniques*, p. 10 ; Ver sobre todo *infra* III, § 2 C.

¹³⁵ Véase el impacto que tuvo el *Human Rights Act* (transposición en idioma inglés de la Convención europea de los derechos humanos) sobre la reforma del procedimiento civil implementada por la Comisión británica presidida por L.J. Wolf, que tenía entre otros objetivos de reducir los plazos y costos. Esa Comisión renunció al sistema puramente acusatorio en beneficio de una función más importante del juez en la conducción del proceso (con una clara tendencia hacia un modelo más inquisitorio inspirado de los países de tradición civilista), en esta forma se realiza un mayor aproximación hacia el modelo continental.

positivo francés contemporáneo que aspiran a que los procedimientos de ejecución sean más expeditos; y en donde se medita sobre una reforma de las vías de ejecución en materia mobiliaria, que estimulen las "ventas amistosas"; o más aún en la validación del pacto comisorio que propone el anteproyecto de reforma de las garantías y que concierne tanto a las garantías mobiliarias como inmobiliarias. Más adelante se desarrollará el tema de la atracción económica del derecho francés de los contratos¹³⁶.

§. 7.- CON RELACIÓN AL CAPÍTULO *CLOSING A BUSINESS* RESPECTO AL DERECHO DE INSOLVENCIAS

67. Presentación del capítulo 8°.

El octavo y último capítulo atañe a la liquidación de las empresas (*closing a business*). El análisis de los sistemas jurídicos en materia de procedimientos de insolvencia se fundamenta en varios criterios (prioridad reservada a los acreedores que cuentan con garantías, poderes de los jueces, duración del procedimiento, costos). El Informe 2005 abandonó algunos de sus criterios (que se estimaron poco comprensibles). Este capítulo, uno de los más críticos para el sistema de derecho francés, sitúa al derecho positivo francés sobre insolvencias mercantiles en la penumbra. Resulta indispensable subrayar que en la materia, el derecho positivo francés se encuentra en plena evolución, en el marco de la reforma de procedimientos colectivos a que se refiere la ley n° 2005-845 del 26 de julio de 2005 que entró en vigor el 1° de enero de 2006.

68. La insolvencia de un hotel con 201 asalariados...

El Informe desarrolla su análisis a partir de una hipótesis con una gran dosis de sabiduría; la hipótesis refiere a una empresa, organizada como sociedad en que la responsabilidad de los socios es limitada, cuyo objeto social es la gestión y administración del hotel que posee en propiedad, que emplea 201 asalariados y 50 proveedores, y que ha contraído un préstamo bancario, garantizado con el inmueble en el que se explota el hotel...

La versión 2005 (relativa al año 2004) del Informe eligió tres indicadores:

- la duración (expresada en años) para que el procedimiento se llevara a cabo;

¹³⁶ V. *infra* III, § 2.

- el costo del procedimiento (expresado en un porcentaje del patrimonio objeto del procedimiento colectivo);
- la tasa de recuperación de los créditos (expresada en céntimos recuperados por dólar y por acreedor).

Los indicadores elegidos difieren sensiblemente de los del Informe 2004, el cual se enfocaba a la prioridad acordada a los acreedores garantizados y a las facultades de los jueces en el procedimiento. El criterio de la tasa de recuperación de los acreedores resultaba intrascendente. Resulta por lo tanto vana, cualquier comparación que pretenda hacerse entre el Informe 2004 y el Informe 2005

69. Datos concernientes a Francia.

En lo referente a Francia, el Informe 2005 enuncia que:

- 1.9 años serían necesarios para que el procedimiento colectivo se llevase a cabo (o sea 6 meses menos que la cifra asentada en la versión 2004);
- El 8% del valor de la empresa sería absorbido por los costos del procedimiento colectivo¹³⁷;
- Los acreedores recuperarían en promedio 46.6 céntimos por dólar de la deuda (lo que debe corresponder a 46.6% de su crédito).

Resulta importante comparar esas cifras con los promedios para los países de la OCDE:

- 1.7 años para que el procedimiento se llevase a cabo;
- El 6.8% de la riqueza de la empresa serían absorbidos por los costos del procedimiento;
- Los acreedores recuperarían en promedio el 7.1% de sus créditos;

Los promedios para los países de “Europa y Asia Central” son los siguientes¹³⁸:

- 3.8 años para concluir un procedimiento colectivo;
- El 13% de la riqueza de la empresa serían absorbidos por los costos del procedimiento;
- Los acreedores recuperarían el 28.6% de sus créditos.

¹³⁷ O sea alrededor de 10% menos que la cifra de la versión 2004. Esta variación substancial es difícil de comprender, pero tampoco es explícita en el Informe.

¹³⁸ Es sumamente complejo entender la lógica que intenta asociar a los países de esas dos regiones del mundo ya que no existe aparentemente ningún “derecho común” de los procedimientos de insolvencia entre esos dos grupos; cómo tampoco existen dentro de la misma Unión Europea...

-
Una vez ponderados estos datos, el *snapshot of business environment - France* (estimación del entorno empresarial - Francia) disponible en el portal de Internet del Banco Mundial, sugiere para la sección *Closing a business* un vínculo con unos *detailed data on France* (datos detallados para Francia); esto resulta inconsistente ya que conduce a una página que contiene las mismas informaciones que la página anterior, sin mayor precisión. Es de esperarse que en un futuro próximo los lleguen a insertar.

En lo relativo a la tasa de recuperación de los créditos, el cálculo del Informe *Doing Business* se determina de la siguiente manera:

- si la empresa no continúa con sus actividades durante el procedimiento, la tasa no se calcula sobre un dólar sino sólo 70 centavos;
- se resta luego el costo del procedimiento;
- finalmente se actualiza el valor disponible para tomar en cuenta la duración del procedimiento¹³⁹.

La calificación para Francia (46.6%) es relativamente modesta, más aún si se pondera el término promedio del procedimiento (*verbi gratia* más expedito que en los Estados Unidos) y el costo del procedimiento (inferior a 10%).

Aparentemente, este resultado se obtiene al determinar el cálculo sobre una base de 70 centavos, que es el supuesto en el que la empresa cesa sus actividades, lo que amerita unas cuantas observaciones. En primer término, el hecho que en la mayoría de los procedimientos franceses las empresas no prosigan con sus actividades, conduce a infravalorar de manera considerable los resultados franceses en lo que respecta a las liquidaciones judiciales, ya que la tasa se calculará necesariamente sobre una base de 70 centavos. En segundo término, la elección de una base de “70” centavos difícilmente encuentra justificación. El planteamiento siguiente se hace imperativo: ¿por qué no determinar la base en 100 centavos, ya que en última instancia lo verdaderamente trascendente es el reembolso del acreedor? En tercer término, la tasa de recuperación soslaya las posibilidades que les asisten a los acreedores para ejercer sus derechos de propiedad (tales como la propiedad sujeta a reserva de dominio o propiedad fiduciaria) y hacer efectivos los privilegios o prioridades que le asistan conforme a derecho¹⁴⁰. Se percibe que la tasa de 46% de recuperación de los créditos

¹³⁹ La depreciación se evalúa de acuerdo a las tasas de intereses que proveen los bancos centrales y el FMI.

¹⁴⁰ Ver *supra* n° 54 y s.

es un promedio ponderado obtenido equivocadamente entre el resultado (que es supuestamente positivo) de acreedores que son titulares de garantías y el resultado (por supuesto muy inferior) de los acreedores quirografarios; este promedio carece, empero, de sentido.

70. Finalidades múltiples de los procedimientos de insolvencia.

Es de observarse que el Informe *Doing Business* se encuentra ubicado esencialmente en la perspectiva de la preservación de los intereses de la banca frente al procedimiento de insolvencia; cómo simétricamente en el ámbito social, sólo se ponderaron los intereses de los patrones. Está sin discusión que la liquidación del pasivo constituye la prioridad esencial e histórica de todo procedimiento de insolvencia; las posibilidades acordadas a todo acreedor de verse restituido en un procedimiento de insolvencia, constituyen un elemento fundamental en la prevención del efecto “dominó” de las insolvencias en serie. No obstante ello, existen fundamentos complementarios que pueden coadyuvar a modelar un procedimiento colectivo y que responde a estos planteamientos: cómo garantizar un pago preferencial de acreedores de alta especificidad tales como los asalariados o bien asegurar la salvaguardia de las empresas (y por ende del empleo).

Como un primer elemento de análisis, el derecho francés de los procedimientos de insolvencia debe entenderse desde una perspectiva histórica, hecho que se soslaya por el Informe. Con anterioridad a 1985, y en el ámbito de la ley del 13 de julio de 1967, la mayoría de los procedimientos de insolvencia (aproximadamente el 90%) concluía con la liquidación de los bienes. La ley del 25 de enero de 1985 introdujo una reforma muy profunda del derecho de los procedimientos de insolvencia. En términos del párrafo 1º artículo 1º de la ley, el procedimiento previsto de rehabilitación judicial “aspiraba a permitir la salvaguardia de la empresa, la prosecución de la actividad y del empleo y la depuración del pasivo”. En consecuencia, a partir de 1985, la depuración del pasivo dejó de ser la prioridad absoluta; era evidente que este nuevo enfoque de la legislación, se hizo a expensas de los derechos de los acreedores, titulares de garantías reales, entre otros. Sin embargo y contrariamente a la aseveración contenida en el Informe 2004, la defensa del empleo nunca fue la “*top priority*” (la primera de las prioridades); constituyó simplemente un objetivo, entre otros muchos.

Los Informe vuelven a soslayar por completo los cambios que se han sucedido en el transcurso de las dos últimas décadas. La ley del 10 de junio de 1994 ya había restaurado el privilegio de los acreedores titulares

de garantías reales tradicionales; a esa restitución se le llegó incluso a calificar cómo “la primavera de las garantías reales”¹⁴¹. En esa forma cómo, *verbi gratia* el artículo L. 621-32 del Código de Comercio restituyó oportunamente la prioridad de los acreedores titulares de garantías reales sobre los acreedores quirografarios posteriores al inicio de apertura en caso de liquidación judicial; en cuanto al artículo L. 621-96 apartado 3º del Código de Comercio, éste ya preveía eficazmente que “la carga de las garantías inmobiliarias y mobiliarias especiales que garantizan el reembolso de un crédito otorgado a la empresa para permitirle el financiamiento de un bien sobre el que recaen esas garantías, se transmite al cesionario [de la empresa sujeta a un procedimiento de insolvencia]”; y el artículo L. 621-122 vino a facilitar la reivindicación de bienes gravados sujetos a compra venta con la modalidad de reserva de dominio.

71. Las recientes evoluciones favorables a los acreedores y a las soluciones convencionales.

Las recientes evoluciones del derecho positivo francés, como la ordenanza del 24 de febrero de 2005 emanada de la directiva “colateral” (directiva nº 2002/47/CE, 6 de junio de 2002, JOCE 27 de junio de 2002, p. 43), ha contribuido de manera decidida a mejorar considerablemente la protección de los acreedores, y en forma singular la de los bancos, en caso de apertura de un procedimiento de insolvencia en contra de quien haya constituido una garantía con instrumentos financieros¹⁴².

En términos generales puede sostenerse válidamente que, las recientes reformas privilegian los arreglos amistosos que tienen por vocación la prevención de la cesación de los pagos. En esta misma perspectiva y más allá del ámbito de la ley del 1º de marzo de 1984, la ley sobre la salvaguardia de las empresas del 26 de julio de 2005, que entró en vigor el 1º de enero de 2006, introduce en lo sucesivo un nuevo procedimiento, llamado procedimiento de “conciliación”¹⁴³, que perfecciona el antiguo arreglo amistoso

¹⁴¹ M. CABRILLAC y Ph. PÉTEL, “Le printemps des sûretés réelles », D., 1994, chron. p. 243 y s.

¹⁴² J.J. DAIGRE, « Créances bancaires et créances ordinaires dans la faillite du client : vers deux poids, deux mesures ? », *RDBF*, julio-agosto de 2005, p. 3.

¹⁴³ Véase la presentación general, S. PIEDELIEVRE, “La loi de sauvegarde des entreprises”, *JCO*, éd. N. 2005, 1397; P.M. LE CORRE, “Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005, cahier spécial, 22 sept. 2005 ; Ph. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP*, éd. E, 2005, nº 1509 ; D. LEGEAIS, *RD bancaire et financier*, sept/oct. 2005, nº 162 ; F.-X. LUCAS, « Aperçu de la réforme du

En la exposición de motivos de esta ley de salvaguardia, se apunta que el derecho de los procedimientos de insolvencia regulado por las leyes del 1º de marzo de 1984 y del 25 de enero de 1985 exigía una modernización, ya que “se encontraba gobernado por principios de una economía dirigida, caracterizada por las nacionalizaciones y el intervencionismo del Estado en la vida de las empresas [y que] se traducía por una considerable disminución de los derechos de los acreedores, en beneficio de la consecución a cualquier precio del rescate de la mayor parte de las empresas con dificultades, y una atención insuficiente a los objetivos y desarrollo de la liquidación judicial”¹⁴⁴. Una de las notas distintivas de esta ley del 26 de julio de 2005 atañe al nuevo procedimiento de salvaguardia que permite una intervención antes de cualquier cesación de los pagos, con el objeto de prevenir con la debida anticipación las dificultades financieras. Quizá el espíritu no difiere substancialmente del *Chapter Eleven* de la ley norteamericana. Esta ley prevé la instalación de Comités de acreedores que son perfectamente comparables con los Comités de acreedores que existen en el derecho norteamericano, pero igualmente con la masa de los acreedores tal y como existía en la tradición francesa antes de la ley del 25 de enero de 1985.

Suscita numerosas reflexiones, que los Informes 2004 y 2005 se fundamenten exclusivamente en casos prácticos para obtener datos comparables. El Informe 2004, por su parte, iniciaba su análisis en una perspectiva histórica del derecho de los procedimientos de insolvencia en diferentes países. Se entiende con mucha dificultad la utilidad de una descripción del derecho de los procedimientos colectivos en la época medieval, para proceder inmediatamente después a un análisis económico positivista. Acto continuo, cuando se ha tomado la determinación de elegir una aproximación histórica de esa naturaleza, no era para quedarse en el nivel de superficialidad que caracteriza al Informe 2004. Finalmente, y por encima de cualquier consideración, la descripción es sucinta y en la mayoría de los casos equivocada. A este efecto pueden citarse dos ejemplos:

1º/ El Informe sostiene: “In French medieval cities, bankrupts were required to wear a green cap at all times, and anyone could throw stones at them” (“en la ciudades medievales francesas, los individuos en

droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises », *Bull. Joly*, 2005, p. 1181 y s.

¹⁴⁴ Para una discusión seria acerca de ese tema, véase *verbi gratia* C. SAINT-ALARY HOUIN, “Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises: continuité, rupture ou retour en arrière?”, *Droit et patrimoine*, enero de 2005, p. 24 y s.

insolvencia debían portar constantemente un tocado verde y cualquiera podía lapidarlos”). La mencionada lapidación pública jamás existió en Francia, menos en la época medieval...¹⁴⁵.

2º/ La lectura puede continuar de la versión 2004, en materia de procedimiento de insolvencia, cuándo el Informe señala que: “French and socialist legal traditions favor taxes and labor” (“los sistemas de tradición jurídica francesa y socialista privilegian al fisco y al empleo”). Debe tomarse distancia de esta concepción del derecho positivo francés. No es tan solo el empleo que la tradición francesa privilegia; privilegia simultáneamente al empleo y a la empresa. Queda bien claro que el empleo sólo puede perdurar a través de la empresa. Es por ello que la ley del 25 de enero de 1985, que se le considera cómo una ley que privilegia el empleo, se esforzó sobre todo en facilitar la venta de empresas o partes de empresas dentro de un marco de mercado de segunda mano, con el propósito de asegurar, en la medida de lo posible el empleo dentro de esas empresas. Desde esta óptica, la legislación francesa reconoce la misma orientación del derecho positivo de los diferentes países europeos, preocupados por la protección del empleo, como queda acreditado en unos recientes estudios de la Cámara de Comercio e Industria de París que contradicen algunos de los prejuicios expuestos¹⁴⁶.

¹⁴⁵ El derecho medieval francés de insolvencia estuvo fuertemente influenciado por el derecho italiano, hasta la reforma realizada en el siglo XVI. Véase J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986, p. 305 y s.

¹⁴⁶ « Les procédures d’insolvabilité en Italie, en Belgique, en Allemagne » en *La lettre de l’observatoire consulaire des entreprises en difficulté*, juin 2004 ; « Les procédures d’insolvabilité en Grande-Bretagne, aux États-Unis » en *La lettre de l’observatoire des entreprises en difficulté*, mars 2005.

III. LAS VENTAJAS DE LA TRADICIÓN CIVILISTA FRANCESA

72. Reflexión sobre las cualidades intrínsecas de la tradición civilista.

Una vez hecha una revisión del análisis crítico de los diferentes capítulos de los Informes *Doing Business*, resulta imprescindible extender a continuación el debate “paso a paso” tal y cómo se ha procurado.

Si se analizan los Informes en perspectiva, es válido denunciar inicialmente la visión dicotómica llevada al exceso de los Informes que disocian radicalmente los sistemas de derechos de *common law* de los sistemas de derecho de “tradición francesa civilista” (en el continente europeo usualmente se les conoce cómo el sistema de derecho perteneciente a la familia romano germánica), así como las aseveraciones terminantes relativas a la eficiencia económica de cada una de esas tradiciones jurídicas que sobresalen de esta visión grotesca.

En efecto, la presentación esquemática en demasía del Informe no considera los fenómenos de mestizaje¹⁴⁷ e hibridación¹⁴⁸ que posibilitan la coexistencia de dos tradiciones dentro de un mismo sistema jurídico. Para expresarlo en un tono suave, ha quedado plenamente demostrado en repetidas ocasiones que una institución originaria de uno de los dos sistemas jurídicos puede ser recibida mediante algunas adaptaciones en el otro sistema de derecho: el título de crédito llamado “cheque”, el contrato de arrendamiento financiero o la institución fiduciaria proveniente del *trust* anglosajón militan entre otros muchos ejemplos de instituciones o mecanismos originarios del sistema de derecho del *common law* traspuestos a países pertenecientes a la familia romano germánica; por su parte el sistema de derecho del *common law* no ha hecho menos. En esa forma Inglaterra adoptó en noviembre del año 2004 un *Housing Act* que dispone que a partir del año 2007, cada vendedor quedará obligado a solicitar a un *Home Inspector* debidamente acreditado, un detallado *home information pack* sobre las características jurídicas, el entorno y seguridad del inmueble¹⁴⁹. Este “paquete de informaciones” reconoce su origen en la

¹⁴⁷ Sobre ese punto, véase B. MALLET-BRICOUT, en « Libres propos sur l’efficacité des systèmes de droit civil », RIDC, 4-2004, pp. 865-888.

¹⁴⁸ Véase el estudio precitado del Consejo de Estado.

¹⁴⁹ Véase sobre ese *Home information pack* el expediente disponible en www.odpm.gov.uk.

experiencia francesa que obliga a establecer diagnósticos (superficie, amianto, plomo, entre otros) cada vez más numerosos; en especial, algunas de las entidades federativas de los Estados Unidos de América llegaron a introducir la institución de *notaries*, replicando en alguna manera la institución notarial que es propia de los sistemas de derecho romano germánicos.¹⁵⁰ El Estado de Israel por su parte está próximo a adoptar un Código civil, lo que significa una ruptura con su antigua tradición de *common law*. Este proceso de interacción jurídica, evidenciado en épocas anteriores por los comparatistas, en la actualidad se ve particularmente acentuado por la constante internacionalización o europeización del derecho¹⁵¹. La premisa de autosuficiencia de un sistema de legalidad nacional es cada vez menos defendible y el recurso a la metodología comparatista en la elaboración tanto de la ley como de la jurisprudencia se torna cada vez más ineludible.

Sin embargo, en virtud que el derecho nacional constituye un desafío estratégico, vinculado a la potencialidad de una nación, es perfectamente legítimo, cuando sufre acosos injustificados, articular desde la óptica científica, su defensa.

A tal efecto, es oportuno proseguir en la ruta de la reflexión que conciernen las cualidades intrínsecas de la tradición civilista. Esta reflexión, es necesario admitirlo, es aún incipiente y si no se había profundizado en ella hasta la fecha, es sin duda porque parecía obvio que las ventajas substantivas de la tradición civilista, parecían ponerlas al abrigo de cualquier impugnación. Sería injusto no darle el crédito a los Informes *Doing Business* por haber inducido estas importantes reflexiones sobre los méritos de nuestra tradición civilista. Así dan fe de ello el coloquio del 30 de noviembre de 2004 cuyo tema central era: “El modelo jurídico francés: ¿un obstáculo al desarrollo económico?”¹⁵², así como la obra colectiva intitolado: “Medir la eficiencia económica del derecho”¹⁵³, ambos eventos no podrían haber sido más elocuentes.

¹⁵⁰ B. REYNIS, « *Des notaires sous la common law : les « civil notaries » des USA* », JPC. Ed. N., 2003, pp. 504-510.

¹⁵¹ Sobre las convergencias entre el sistema de derecho inglés y el sistema de derecho francés, y para una visión renovada de las oposiciones comúnmente invocadas, Véase B. MARKESINIS, “Constructions de systèmes et résolution de problèmes concrets. Occasions manquées et naissantes pour une convergence méthodologique entre le droit français et le droit anglais », *RTD civ.*, 2005, p. 47.

¹⁵² V. Actas del Coloquio del 30 de noviembre de 2004 de la Fundación para la innovación política, F. ROUVILLOIS (dir.), *Le modèle juridique français: un obstacle au développement économique?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005.

¹⁵³ G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE y M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, coll. « Droit et économie », LGDJ, 2005.

73. Plan de exposición.

Siguiendo la conseja popular que previene que lo que se da por supuesto, es mejor expresarlo, acto continuo se presentará lo que puede estimarse cómo las ventajas a la vez estructurales (§ 1) y substantivas (§ 2) de la tradición civilista francesa, con la pretensión que el jurista de la gran familia del derecho romano germánico pueda encontrar en las siguientes páginas las claves de la tradición civilista que anima “la pasión por el derecho”¹⁵⁴.

§.1.- LAS VENTAJAS ESTRUCTURALES

74. ¿Accesibilidad, seguridad y flexibilidad: el nuevo apotegma civilista?

Es conveniente recordar la fecha del 30 de octubre de 1811, en la que Jérémy Bentham escribió una carta abierta a James Madison, en la época Presidente de los Estados Unidos de América, para sugerirle la adopción de un Código Civil que respondía a la mejor tradición francesa¹⁵⁵. ¡Las cualidades del sistema de derecho civil habían sin duda persuadido a ese gran utilitarista que era Bentham!

La accesibilidad del derecho (A), su seguridad (B) y flexibilidad (C) constituyen las tres ventajas estructurales relevantes de los sistemas codificados. Ahora bien, los Informes omiten curiosamente los dos primeros y niegan el tercero: en repetidas ocasiones denuncian la rigidez que le imputan a los sistemas de derecho escrito, cuya técnica legislativa sería, conforme a su percepción, motivo de estancamiento en vista de que la ley tiene la propensión de caducar rápidamente.

A.- La accesibilidad

75. Vigor y modernidad de la codificación.

La tradición civilista francesa está en gran medida estructuralmente fundamentada en la codificación. Codificar un derecho significa racionalizarlo, ordenarlo, jerarquizarlo, hacerlo accesible para

¹⁵⁴ Esta idea se tomó del título del libro del decano CARBONNIER : *Droit et passion du droit sous la V^e république*, Paris, PUF, 1996.

¹⁵⁵ BENTHAM es por otra parte autor de un *Tratado de legislación civil y penal*, publicado en 1802.

todos: estas son cualidades indispensables para cualquier sistema jurídico¹⁵⁶.

La mejor prueba de esta aseveración resultó de la asistencia técnico jurídica angloamericana que contribuyó a la redacción de parte de la legislación mercantil de los países de Europa Central y Oriental y que adoptó la metodología de la codificación, al igual que lo hizo por razones naturales, cuando fue requerida al respecto, la consejería jurídica proveniente de países de tradición civilista. No había otro modelo que proponer. En estos países de Europa Central y Oriental que se vieron obligados en periodos cortos de tiempo, de unos cuantos años o décadas, a adaptar sus instituciones a la economía de mercado, el único instrumento operacional resultó ser el de la codificación. Forzados también por las circunstancias a darle la vuelta a la página, la judicatura de esos países se vio obligada a fundamentar sus resoluciones en la regla de derecho escrita, y no en precedentes judiciales¹⁵⁷. Requerían por lo tanto de manera ingente de puntos de referencia precisos, objetivos y accesibles.

Esto resulta igualmente válido aún más para los Estados nacionales, como son la mayoría de los países del Lejano Oriente, que carecen de una verdadera tradición jurídica (ni legislativa y menos aún judicial). Estos Estados nacionales son portadores de una civilización cuyo ideal no se expresa en un orden preestablecido por una regla de derecho (ya sea por una ley o por un proceso) que está sancionada por la coacción estatal, sino que se fundamenta en una armonía que proviene de comportamientos sociales cuyo respeto se encuentra garantizado por la censura social en la que incurre quien quebranta un consenso¹⁵⁸. Algunos

¹⁵⁶ Consúltense a Xavier de ROUX (Vicepresidente de la Comisión de las leyes de la Asamblea Nacional, *senior partner* del bufete Gide Loyrette Nouel). "... El código civil sigue siendo una herramienta privilegiada" (*La Tribune*, 18 de marzo de 2004): "...El código civil crea en primera instancia la seguridad jurídica, sabe adaptarse a las evoluciones de la sociedad. De fácil lectura, claro en sus enunciados, es por su naturaleza misma de esencia democrática. El método que emplea no sólo comprobó su eficiencia sino que debería seguir siendo un modelo para el legislador. Es desde ahora accesible en Internet en inglés y español. Debe seguir siendo para el jurista y por mucho tiempo la herramienta privilegiada". **TRADUCCIÓN LIBRE DEL EDITOR.**

¹⁵⁷ A la inversa el sistema de derecho del *common law* inglés se funda en la continuidad; es un fruto de la experiencia que nunca hizo tabla rasa del pasado.

¹⁵⁸ Véase los *Giris* (deberes) en Japón. De forma más generalmente, véase: R. DAVID y c. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002; *L'influence du code civil dans le monde*, Trabajos de la Semana Internacional de Derecho, Asociación Henri Capitant para la Cultura Jurídica Francesa y Sociedad de legislación comparada, Paris, Pédone, 1950, 1954; *La circulation du modèle juridique français*, Trabajos de la Asociación Henri Capitant, tomo XLIV, Journées franco-italiennes

Estados nacionales como la República Popular de China y la República Popular del Vietnam se propusieron adoptar un Código Civil. Más aún, desde épocas anteriores, al inicio de la era Meiji, tomando como vértice el orden jurídico, Japón pretendió entrar a la modernidad¹⁵⁹, a través de la adopción de un Código civil,

Finalmente, la tentación para ciertos juristas, de un Código civil europeo puede entenderse como una aspiración a un sistema de derecho europeo clarificado y ordenado, tanto en la forma como en el fondo¹⁶⁰, o bien como una reacción a un sistema de derecho que adolece, a semejanza de la inflación de reglamentación y de jurisprudencias europeas, que reportan un grave déficit democrático¹⁶¹ ya que carecen de todo control legislativo verdadero.

76. Inconstitucionalidad de la ley francesa excesivamente compleja.

El acceso al derecho es de orden material (1) pero también intelectual (2); tan es cierta esta aseveración que los imperativos de accesibilidad e inteligibilidad de la ley conllevan un valor constitucional¹⁶² ya que precisamente tienen en común, hacer de la

de 1993, Paris, LITEC, 1994; M. GRIMALDI, "L'exportation du Code civil", en *Le Code civil*, Revista *Pouvoirs*, n° 107, 2003, p. 80 y s.

¹⁵⁹ R. DAVID y C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.* n° 460.

¹⁶⁰ Sin perjuicio de lo que podría constituir un Código de esta naturaleza, un Código que remplazara los códigos nacionales o fuera un complemento de ellos (que en la actualidad pareciera ser la única solución); un código plenario o un código acotado al patrimonio, incluso a las obligaciones y aún a los contratos especiales; un código limitado a las relaciones transfronterizas; un código obligatorio u opcional y, en este caso, con opciones de aplicabilidad o de exclusión de su aplicación, de tal suerte que se aplicaría a petición expresa o por ausencia de la voluntad de las partes.

Con respecto al hipotético Código europeo, Véase entre otros: G. CORNU, "Un Code civil n'est pas un instrument communautaire", *D.*, 2002, 351; B. FAUVARQUE-COSSON, "Vers un Code civil européen?", *RTD civ.*, 2002, 463; Y. LEQUETTE, "Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar", *D.*, 2002, 2202; Ph. MALINVAUD, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.*, 2002, 2542; Cl. WITZ, « Plaidoyer pour un Code européen des obligations », *D.*, 2000, 79; « L'influence des codifications nouvelles sur le Code civil de demain » en *Livre du bicentenaire*, préc., p. 697 y s.

¹⁶¹ V. *infra*, n° 80.

¹⁶² Decisión no 99-421 DC del 16 de diciembre de 1999, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99421dc.htm>. A propósito de la ley que autoriza nueve códigos publicados mediante ordenanzas, el Consejo constitucional proclamó "el objetivo del valor constitucional de accesibilidad e inteligibilidad de la ley" en virtud de que la igualdad ante la ley enunciada en el artículo 6° de la Declaración de los derechos humanos

tradición civilista una tradición democrática. El 29 de diciembre de 2005, el Consejo constitucional llegó a prolongar la jurisprudencia relativa a este planteamiento, al adjudicarse el derecho de censurar la complejidad excesiva de las leyes que le fueren deferidas¹⁶³: ¿se reconoce aquí de

y del ciudadano y “la garantía de los derechos” requerida en su artículo 16, podrían carecer de efectividad si los ciudadanos no disponen de un conocimiento suficiente de las reglas de derecho que les son aplicables; este conocimiento es además necesario para el ejercicio de los derechos y libertades garantizados tanto por el artículo 4º de la Declaración, en virtud del cual ese ejercicio no tiene más límites que los que determina la ley, como por su artículo 5º que previene que “nada de lo que la ley no prohíbe puede impedirse y no se puede obligar a nadie a hacer lo que no ordena”.

Sobre esa decisión, que traduce la concepción política según la cual la accesibilidad e inteligibilidad de la ley no sólo garantizan el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino también la efectividad de la ciudadanía de cada uno. Véase, entre otros, M.-A. FRISON-ROCHE y W. BARANÈS, “Le principe constitutionnel et l’intelligibilité de la loi”, *D.*, 2000, 361.

Interpretada a la luz de la decisión del Consejo constitucional y de sus trabajos preparatorios, esa ley plantearía por lo tanto dos obligaciones de principio: la accesibilidad material por una parte y la inteligibilidad por otra. La ley del 12 de abril de 2000 relativa al acceso a las reglas de derecho lleva al extremo las obligaciones del Estado, entre otras cosas prever que “las autoridades administrativas tienen la obligación de organizar un acceso sencillo a las reglas de derecho que emiten. La puesta a disposición y difusión de los textos jurídicos constituyen parte del servicio público y compete a las autoridades administrativas velar por su buen cumplimiento”. En tanto la exigencia de accesibilidad puede considerarse como un principio constitucional, el de la inteligibilidad de la ley constituye solamente un “objetivo de valor constitucional”, lo que podría explicarse por el hecho que “una inteligibilidad perfecta significaría la muerte de la interpretación, cuando la tarea de interpretación es una función del juez civil (art. 4º del Código Civil) o incluso penal (bajo una reserva, art. 111-4 NCP), un deber que podría al igual erigirse en principio constitucional” (Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 27ª ed., coll. “Thémis”, PUF, 2002, p. 241).

¹⁶³ Decisión no 2005-530 DC del 29 de diciembre de 2005, « Loi de finances pour 2006 » (Ley de finanzas para 2006) (www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/20035dc.htm): el Consejo de Estado censuró el artículo 78, relativo al límite superior global de las ventajas fiscales, en razón de su excesiva complejidad, que no estaba justificado suficientemente por algún motivo de interés general. “77. A este efecto consideró que la igualdad ante la ley enunciada en el artículo 6º de la Declaración de 1789 y “la garantía de los derechos” requerida por su artículo 16, carecerían de efectividad si los ciudadanos no dispusieran de un suficiente conocimiento de las reglas de derecho que le fueren aplicables; o bien si esas reglas de derecho presentasen una excesiva complejidad con respecto a la aptitud de sus destinatarios que les permitiese evaluar útilmente su alcance; que en la especie, el derecho al recurso podría verse alterado; que tal complejidad restringiría el ejercicio de los derechos y libertades garantizados tanto por el artículo 4º de la Declaración – en términos de la cual dicho ejercicio no tiene más límites que los que determina la ley – que por su artículo 5º que previene que “nada de lo que no prohíbe la ley puede ser impedido y no se puede obligar a nadie a hacer lo que no ordena”; 78. Igualmente consideró que en materia fiscal, cuándo la ley, alcanza un nivel de complejidad que se vuelve ininteligible para el ciudadano,

manera por demás manifiesta que la ley debe constitucionalmente estar redactada en términos claros y sencillos!

1. El acceso material: el conocimiento de la regla de derecho

77. El libro de bolsillo de las leyes aproxima al ser humano a su sistema de derecho.

Está fuera de discusión que la regla de derecho contenida en un texto o en un código es de más fácil acceso, que la regla de derecho que precisa ser extraída de extensas decisiones jurisprudenciales, con frecuencia poco explícitas en cuanto al ámbito y alcance de la regla de principio que plantean (la regla no escrita es a veces objeto de estratos sucesivos de interpretaciones jurisprudenciales que la vuelven poco legible hasta que interviene una modificación legislativa). No es una exageración sostener que el sistema de derecho del *common law* es poco accesible a un profano. Aun cuando las decisiones de las jurisdicciones se entienden con relativa facilidad, es una simplicidad engañosa: para extraer la regla de derecho (*ratio decidendi*), se requiere ser un verdadero experto; precisamente uno de los mayores obstáculos que el sistema de derecho del *common law* tiene que superar en la actualidad, es el exceso de información que amenaza todo el equilibrio de su sistema, que resulta aún más grave que la abundancia de leyes y sentencias en los países de tradición civilista. Así, en el prefacio del libro intitulado elocuentemente "*English Private Law*," su autor Peter Birks, Profesor en Oxford, observaba que "el mayor problema que tiene que superar el sistema de derecho del *common law* en el umbral de este nuevo siglo es el exceso de información" ("*information overloaded*"). La enorme cantidad de las decisiones jurisprudenciales ya accesibles por Internet "somete los métodos tradicionales del sistema de derecho del *common law* a un "enorme estrés" y "la doctrina del mismo precedente empieza a disgregarse cuando los precedentes se vuelven tan documentados y frecuentes"¹⁶⁴. A ello habría que agregar que aun en el ámbito territorial

ignora el artículo 14° de la Declaración de 1789 que ordena que: "Todos los ciudadanos tienen el derecho de constatar por ellos mismos o sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentir a ella libremente, de estar al tanto de su utilización, y determinar su cuota, base tributaria, recaudación y duración".

¹⁶⁴ OUP Oxford, 2000, vol. 1, xxix. V. también, en el mismo sentido, E. McKENDRICK, "The Common Law at work: the Saga of Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd", *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2003, vol. 3, n° 2, p. 145. El autor observa que tantos los libros como las decisiones están ahora atestados de referencias

del sistema de derecho del *common law*, las leyes proliferan, lo que contribuye a la mutación del paisaje de antaño: conforme a un informe elaborado por una comisión inglesa, “El gobierno es responsable de una enorme cantidad de legislación – más de 2000 páginas de nuevas leyes en el año de 1991, que carecieron del esfuerzo, para hacerlas más entendibles”¹⁶⁵.

Estas son entre otras las razones que explican cómo el modelo del sistema de derecho del *common law* sea poco exportable.

Los mismos juristas de los países del sistema de derecho del *common law* lo han entendido a cabalidad y utilizan la técnica de la codificación con fines de clarificación del sistema de derecho. En los Estados Unidos de América como en el Reino Unido, la proliferación de las leyes es considerable: existen recopilaciones oficiales o privadas a veces denominadas códigos (o aún *Revised Laws* o *Consolidated Laws*) o *restaments of the law* cuyo propósito es facilitar el acceso a una jurisprudencia a la vez demasiado sofisticada y sutil para el justiciable. Se debe sin embargo ser cauto, la terminología empleada no debe inducir a un error: esos “códigos”, que se construyen con frecuencia a partir de un esquema con el que el jurista civilista se encuentra poco familiarizado, no tienen como propósito la reestructuración de una materia determinada. Son obras de consolidación o de relatoría que de ninguna manera constituyen un punto de partida para la elaboración y desarrollo de un nuevo derecho¹⁶⁶; tienen una ambición menor que las codificaciones

innecesarias a las decisiones y a los “*academic writing*”. Más grave aún: “el detalle prevalece y el principio se desvanece (...) La vida se convierte en una jungla de instancias particulares, sin que se pueda discernir el objetivo o el principio que la atraviesa” (p. 145 y 146). Podemos además mencionar al respecto las palabras pronunciadas por Lord Justice BROOKE durante una conferencia en Melbourne en abril de 2003 (http://www.dca.gov.au/judicial/speeches/ljb_1_504o3.htm), que insiste en la función esencial del Estado en la publicación de las decisiones; el eminente juez consideró que: “...El derecho sería un caos de ser nuestras decisiones pronunciadas en la ignorancia de lo que otra jurisdicción opinó sobre el mismo punto”, al mismo tiempo que reconoce que el acceso por Internet a las decisiones de justicia nutre la “*information overload*”. Advierte contra la práctica de los abogados que usan y abusan de la citación de los fallos que no aportan nada nuevo al derecho, lo que incrementa el volumen de los expedientes que los jueces tienen que leer, y – agregaremos en honor de los autores de los Informes del Banco Mundial quienes han manifestado una gran preocupación por los entornos económicos – el costo del tratamiento de los litigios...” **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR**

¹⁶⁵ Informe formulado en 1994 por la *Plain language commission*, citado en *L'influence internationale du droit français*, Informe del Consejo de Estado, La documentation française, 2001, p. 26.

¹⁶⁶ R. DAVID y C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 343.

llamadas de derecho constante o bien administrativas propias de los países del sistema romano germánico; las codificaciones de derecho constante, que se han multiplicado en los últimos años, no se circunscriben a compilar textos legales, sino a ordenarlos. Esta ordenación desentraña las insuficiencias y las contradicciones en el derecho positivo existente; y simultáneamente evidencia su fortaleza. Esta ordenación puede en esa forma preparar una codificación normativa; pero también pudo recientemente con justa razón denunciar el “esnobismo intelectual que lleva a denunciar a toda costa la codificación” de derecho constante: el código es un instrumento irremplazable que “acerca al hombre a su derecho”¹⁶⁷ ...

2. El acceso intelectual: la inteligibilidad de la regla de derecho

78. El lenguaje popular de los grandes Códigos.

Las cualidades formales de los códigos franceses han sido siempre unánimemente elogiadas. El Código civil francés es claro e inteligible para la mayoría de la sociedad y corresponde a los anhelos de sus redactores. La redacción de numerosos artículos corresponde al común francés, y no en un idioma privativo de expertos; da cuenta de la voluntad de sus redactores de hacer que la regla de derecho sea inmediatamente accesible a quienes va dirigida¹⁶⁸. Es justamente esta característica la que le permitió convertirse en el Código de los Franceses, en tanto que el Código Civil alemán (BGB), que entró en vigor en 1900, estaba destinado únicamente a juristas, tal y cómo queda acreditado en su estructura, su tecnicidad y el lenguaje empleado. El Código civil alemán emplea un

¹⁶⁷ Cerca de 70% de las leyes francesas se encuentran codificadas de modo racional en códigos consultables en acceso libre y gratuito en www.legifrance.gouv.fr (conforme a las estadísticas de la Dirección de los Diarios Oficiales, en el primer semestre de 2002, el derecho francés estaba codificado en un 64% si sólo se tomasen en cuenta las reglas legislativas, cifra que se puede hoy en día estimar razonable en alrededor de un 70% habida cuenta de la entrada en vigor de códigos recientes como el Código del patrimonio, el Código monetario y financiero, entre otros.).

¹⁶⁸ Artículo 146: «No hay matrimonio si no hay consentimiento»; artículo 544: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre y cuando no se haga un uso de ellas prohibido por las leyes o reglamentos”; artículo 1134: “Las convenciones legalmente formadas hacen las veces de ley para los que las hicieron”; artículo 1382: “Toda acción del hombre que causa un daño a otro obliga el culpable del daño a repararlo”. Algunos textos famosos llegaron incluso a inscribirse en un imaginario colectivo como por ejemplo la del artículo 815: “No se puede forzar a nadie a permanecer en la indivisión”.

lenguaje sofisticado; el Código civil francés por el contrario se expresa en un lenguaje “popular”¹⁶⁹. La sencillez en la expresión fue también en Québec una de las grandes preocupaciones de los redactores del Código civil de 1994; prueba de ello es la voluntad manifiesta de redactar la regla de derecho “en forma accesible al ciudadano sagaz” y exenta, en la medida de lo posible, de “toda jerigonza profesional”¹⁷⁰.

En tanto que la inflación legislativa contemporánea ha “ensombrecido” segmentos enteros del derecho, algunos textos del Código civil francés o del nuevo Código civil de Québec¹⁷¹, constituyen verdaderos modelos de arte legislativo.

¿Qué país dispone en la actualidad de un *corpus* coherente de reglas legibles, renovadas y que en su ámbito comprendan el conjunto de los procedimientos en la totalidad de las jurisdicciones del orden judicial, como el nuevo Código de Procedimiento Civil que tanto debe a los trabajos de los juristas franceses Motulsky y al decano Cornu?

79. ¿Genialidad de la lengua francesa?.

Es válido preguntarse si las cualidades enunciadas no provienen de los méritos propios de la lengua francesa: ¿debe atribuirse que la claridad del derecho francés proviene precisamente del lenguaje en el que se concibe y formula?

Un estudio de legística – técnica legislativa aún poco conocida – destacó al respecto que, tratándose de la transposición de un mismo proyecto de convención europea, la ley alemana resultó dos veces más corta que la ley inglesa en tanto que, la ley francesa resultó cinco veces más corta que la ley inglesa¹⁷². ¿Debe atribuirse a la genialidad francófona de la redacción de las leyes y de manera más general, al manejo del lenguaje del derecho¹⁷³?

Por cierto, numerosas personalidades de diferentes países firmaron hace recientemente un “Manifiesto” en favor de la lengua

¹⁶⁹ E. HUBER (autor del Código civil suizo), citado por A. MARTÍN, “Le Code civil dans le canton de Genève”, en *Livre du centenaire*, precitado, p. 895.

¹⁷⁰ P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.* p. 28.

¹⁷¹ *Verbi gratia*: los artículos 1375 y 2805 sobre la buena fe, 1405 sobre la lesión o 708 sobre la capacidad testamentaria del menor.

¹⁷² A. VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, Springer Verlag, 1988, p. 109, n° 10, citando la experiencia de un tal Dale.

¹⁷³ Véase. *verbi gratia* G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3° éd., Paris, Monchrestien, 2005 ; *adde*, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 7° éd., 2005.

francesa como idioma jurídico de Europa, en el que observan “que el idioma francés, como antaño el latín, es el que ofrece, debido a su vocabulario, sintaxis y gramática, más garantías de claridad y precisión, y reduce al mínimo los riesgos de divergencias de interpretación”¹⁷⁴. Este manifiesto encuentra un notable apoyo científico en la obra del Profesor Claude Hagège intitulada *Combat pour le français* (Combate por el francés)¹⁷⁵.

80. Derecho democrático.

El derecho francés, atendiendo a su doble accesibilidad, material e intelectual, es un derecho eminentemente democrático. Esto nunca ha quedado suficientemente subrayado: un derecho sólo puede ser democrático cuándo queda satisfecha una doble condición: Que sea la representación nacional quien lo elabore y que sea accesible a todos los ciudadanos, incluyendo a los profanos¹⁷⁶.

Esas mismas cualidades que, más allá del mismo derecho francés, se encuentran en grados diversos en los derechos que participan de la misma cultura jurídica latina, explican que, según las estadísticas elaboradas por la Universidad de Ottawa¹⁷⁷, más de 150 Estados nacionales, que representan cerca del 60% de la población mundial total, hayan adoptado un sistema de derecho escrito o, por lo menos, un sistema jurídico mixto. Estas estadísticas – que deben manejarse con precaución,

¹⁷⁴ Maurice DRUON, de la Academia Francesa; antiguo ministro y diputado europeo; *Otto de Habsburgo*, antiguo diputado europeo de la Unión Paneuropea; Mario OSARES, antiguo Presidente de la República de Portugal y diputado europeo; Bronislaw GEREMEK, antiguo ministro de relaciones exteriores de Polonia; Siméon de SAXE COBOURG, Primer ministro de Bulgaria; Dora BAKOYANNI, alcalde de Atenas; Adrian NASTASE, Primer ministro de Rumania; Susana AGNELLI, antiguo ministro de Relaciones Exteriores de Italia; Federico MAYOR, antiguo ministro de Educación de España y diputado europeo, antiguo director general de la UNESCO; Ismail KADARE, escritor albanés; Kiro GLIGOROV, primer Presidente de la República de Macedonia; Antoinette SPAAK, ministro de Estado de Bélgica, antiguo diputado europeo; y en calidad de Secretario general de la Organización Internacional Francófona, Abdou DIOUF, antiguo Presidente de Senegal. Se puede consultar ese manifiesto en el portal de www.village-justice.com.

¹⁷⁵ Cl. Hagège, *Combat pour le français*, Paris, éd. O. Jacob, 2006.

¹⁷⁶ No es producto de la casualidad que este tipo de sistema de derecho sea un producto republicano – aun cuando haya sido pensado detenidamente bajo el antiguo régimen, entre otras cosas aprovechando la codificación real de las costumbres – en tanto el sistema de derecho del *common law* lleva aún desde esa óptica, el *imprimatur* del sello monárquico en que se desarrolló, y que es en principio menos sensible a esos objetivos democráticos.

¹⁷⁷ *Supra*, nº 1.

al igual que la delicada clasificación de sistemas jurídicos en familias jurídicas – dan buena cuenta de la proyección universal de la tradición civilista y de su metodología. En nuestra época, en la que el derecho tiende a hacerse más complejo debido a la proliferación de sus fuentes (internas, europeas, internacionales) y a la inestabilidad de su contenido, los caminos del conocimiento se amplían hasta convertirse en grandes vías de información, y el derecho escrito y ordenado ofrece la ventaja de ponerse más fácilmente en línea, constituirse en una fuente de consulta más cómoda, cuyo tiempo real es el de un instante,

B. La seguridad

81. Un derecho seguro.

Recientemente la Sección del informe y estudios del Consejo de Estado presentó las cualidades “independientes del mismo contenido del derecho” francés que debían imperativamente preservarse: “derecho simple, claro, inteligible, cuya comprensión no esté reservada únicamente a especialistas, derecho basado en principios, coherente y por ende previsible, observando una apropiada abstracción con el ánimo de facilitar su adaptación a las evoluciones”¹⁷⁸.

El derecho francés garantiza en efecto la certeza jurídica que se ilustrará acto continuo mediante el análisis de sus fuentes y de espíritu.

82. El contenido de reglas de derecho se conoce anticipadamente.

En lo referente a las fuentes, un autor inglés, John Bell, sostuvo que los *French legal cultures*, y por consiguiente el derecho positivo francés, se caracterizan por una dualidad la ley y el código, por una parte; la teoría y los conceptos, por la otra parte¹⁷⁹. En efecto, si bien la jurisprudencia ha adquirido paulatinamente el rango de fuente auxiliar del derecho, persiste una tradición heredada del pensamiento de Montesquieu,

¹⁷⁸ Estudio del Consejo de Estado, *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, 2001, p. 103 ; Véase. también los Trabajos de la Asociación Henri Capitant, *La circulation du modèle juridique français*, Journées franco-italienne, t. XLIV, 1993,. Comp. D. FASQUELLE, « Le regroupement du droit français dans le Monde », *Revue juridique de l'Océan indien*, n° spéc., 2005, p. 217 y s.

¹⁷⁹ John BELL, *French legal cultures*, 2001, citado por H. MOUTOUH, « Le droit et l'influence internationale de la France » en *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 81.

que convirtió a la judicatura en “la expresión de la ley”: el juez, que interviene en la medida en que es necesaria en la interpretación y en la evolución de las reglas de derecho¹⁸⁰, continúa careciendo de la potestad de emitir decisiones reglamentarias (artículo 5º del Código civil). La promulgación de reglas generales de derecho presupone la extracción y definición, a través de la doctrina, de las nociones o conceptos en torno a los cuales se ordena el derecho escrito o mediante los cuales se explica.

Ahora bien el sistema de derecho escrito en el cual la regla de derecho se conoce previamente y se formula para toda una sociedad significa, con relación a un sistema de derecho jurisprudencial en donde la regla de derecho se genera posteriormente para la resolución de un litigio en lo particular, una ventaja en lo que concierne a la certeza para los ciudadanos y para los agentes económicos: la regla de derecho es en principio conocida *ab initio* para ser revelada *a posteriori* por el juez; esa ventaja conlleva otras más: la igualdad frente a la ley, que proviene de la generalidad de la ley; un costo menor¹⁸¹, que conduce a una menor interposición de recursos en los tribunales¹⁸².

83. Prevención reforzada de los litigios.

Conforme a su espíritu, el derecho positivo francés, y desde una óptica más general los sistemas de derecho romano germánicos, considera que la prevención de los litigios importa tanto como su resolución¹⁸³: el sistema de derecho debe por igual promover un orden de paz y organizar un orden para la batalla; al proceso se le percibe más como un síntoma de un fracaso del sistema de derecho, que como el de un triunfo. En los sistemas de derecho romano germánico, la organización y la preconstitución de una buena probanza es una tarea que le asiste tanto al Estado como a un buen sistema de administración de justicia¹⁸⁴; al

¹⁸⁰ Véase *infra* § 1 C, la jurisprudencia provee desde ese punto de vista la flexibilidad necesaria.

¹⁸¹ Véase *infra* § 2 C, sobre las cualidades económicas del derecho civil.

¹⁸² En este sentido, Véase R. PANHARD, “Common law et droit latin, deux systèmes concurrents au service des entreprises », *Les Cahiers Techniques*, en lo especial p. 8.

¹⁸³ Toda una vena literaria ilustra, en Francia, un sentimiento de desconfianza hacia el proceso, entre otros, en el siglo XVII, con Racine, en *Les plaideurs* (Los litigantes) o La Fontaine en *Le chat, la belette et le petit lapin* (El gato, la comadreja y el conejito) o *L'huître et les plaideurs* (La ostra y los litigantes).

¹⁸⁴ DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t. 29, n° 230 y 231 : « Las actas extrajudiciales levantadas por los escribanos son en efecto las actas cuyo objetivo es constituer en materia civil, en el orden de los intereses privados, la prueba de los derechos y obligaciones de los ciudadanos. Dentro de ese orden, los escribanos públicos encargados

notario le asiste la responsabilidad del servicio público de la autenticidad, cuyo propósito es la prevención de la controversia¹⁸⁵; en forma simultánea a la judicatura le asiste la prestación del servicio público de la administración de justicia cuyo mandato legal es la solución de controversias. El consejero real pronunció una frase que ha hecho fortuna sobre la necesaria complementariedad entre el notariado y la magistratura, expuesto en la exposición de motivos de la organización del Notariado, el 25 Ventoso del año XI: "... Paralelamente a los agentes oficiales que concilian y juzgan las controversias, la tranquilidad exige la presencia de otros agentes que, en calidad de consejeros desinteresados de las partes, receptores y redactores imparciales de sus voluntades, les den a conocer toda la extensión de las obligaciones que contraen, redacten esas obligaciones con claridad y precisión y les da el carácter auténtico y la fuerza de la autoridad de cosa juzgada, perpetúen su registro y lo conserven fielmente en depósito, impidiendo así que surjan controversias entre los hombres de buena fe, y eliminando de los hombres rapaces, que alberguen expectativas de éxito, la animosidad de presentar una demanda injusta. Esos consejos desinteresados, esos redactores imparciales... son los notarios"¹⁸⁶.

Al asumir sus convenciones en presencia de un notario, depositario de la fe pública del Estado, cuyo mandato es la comprobación y autenticación de las convenciones entre particulares, las partes contratantes acceden a una doble seguridad: el acta notarial tiene una *fuerza probatoria* excepcional; a cada parte contratante se le protege de la eventual mala fe de la contraparte, para el caso de que ésta llegara a impugnar la existencia, el contenido o la fecha de la convención; a su fuerza ejecutoria, le agrega su fuerza probatoria¹⁸⁷. El acreedor puede, sin necesidad de recurrir a la jurisdicción, recurrir a la ejecución forzada del contrato en contra del deudor moroso¹⁸⁸.

de recibir y levantar las actas auténticas son principalmente: los notarios, los alcaldes, los escribanos forenses de los tribunales, los ujieres".

¹⁸⁵ Véase R. STÜRNER, "L'acte notarié dans le commerce juridique européen », *Rev. Dr. Comp.*, 1996, p. 315 : el autor subraya la importancia del notariado "para el destino de la jurisdicción preventiva en Europa".

¹⁸⁶ Exposición de motivos de la ley relativa a la organización del notariado, en *Destin d'une loi: "Loi du 25 Ventôse An XI"*, p. 17, éd. Conseil Supérieur du Notariat, Institut International d'Histoire du Notariat, 2003.

¹⁸⁷ El derecho que se contiene en el acta notarial se tiene por cierto lo que hace posible transitar, sin mayores dilaciones, a la ejecución forzada.

¹⁸⁸ Sin embargo si se consultan los diferentes sistemas de derecho nacionales, se observa que no todas las actas notariales tienen fuerza ejecutoria.

¿Es difícil imaginar cómo ante semejantes ventajas, los Informes *Doing Business* puedan concluir terminantemente que la intervención del notario es una carga inútil?

En suma, el derecho europeo – que nadie podrá pretender que responda en forma exclusiva a una inspiración francesa – reserva al acta notarial los mismos efectos que los de una sentencia con autoridad de cosa juzgada respecto a la ejecución forzada contractual. El reglamento del 22 de diciembre del 2000 concerniente a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de las sentencias en materia civil y mercantil¹⁸⁹, y el reglamento del 21 de abril de 2004 que crea un título ejecutivo europeo para los créditos inconcusos¹⁹⁰, le atribuyen la misma fuerza ejecutoria en el ámbito internacional. La Corte europea de Estrasburgo consideró, en el célebre precedente *Estima Jorge* del 21 de abril de 1998¹⁹¹, que el acta notarial debe, al igual que una resolución judicial, ser ejecutada dentro de un plazo razonable, so pena de transgredir el derecho que le asiste a las partes de un proceso equitativo, tal y cómo lo expresa el artículo 6º de la Convención europea de salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Donde existe, simultáneamente con el notariado, una judicatura preventiva del proceso, que asegure el derecho a un *juicio* equitativo, esto implica el derecho a la ejecución de la sentencia judicial en un plazo razonable¹⁹², lo que debe entenderse cómo el derecho a una prevención equitativa, que a su vez introduce el derecho a una ejecución diligente del acta notarial¹⁹³.

¿Es posible sostener que la seguridad jurídica pone en predicamento la eficiencia económica? Sería tanto como desconocer la competencia de las decisiones bruselenses cuyo impacto económico

¹⁸⁹ Reglamento n° 44/2001, resultante de una transformación de la Convención del 27 de septiembre de 1968 llamada Bruselas I.

¹⁹⁰ Reglamento n° 805/2004.

¹⁹¹ C.E.D.H. 21 de abril de 1998, *Estima Jorge c/ Portugal: Recueil des arrêts et décisions*, 1998-II/495 ; *D.*, 1978, somm. Comm., obs. FRICERO ; *RTD civ.*, obs. MARGUENAUD. Y, desde entonces, V. C.E.D.H. 28 de octubre de 1998, *Peres de Rada Cavanilles c/ Espagne: Recueil des arrêts et décisions*, 1998-VIII/3242 ; *JCP*. 1999.I.105, n° 21, obs. SUDRE.

¹⁹² C.E.D.H. 19 de marzo de 1997, *Hornsby c/ Grèce: Recueil des arrêts et décisions*, 1997-II/495 ; *D.*, 1978.74, note FRICERO ; *JCP*, 1997-II.22949, note DUGRIP y SUDRE ; *RTD civ.*, 1997.1009, obs.MARGUENAUD.

¹⁹³ ¿Cuáles fueron los elementos que condujeron a la modificación, en julio de 2005, de los *Civil Procedure Rules* en Inglaterra, que reconocen en la actualidad “cierta” fuerza probatoria al acta notarial: “un acta notarial... puede ser admitida como elemento de prueba de derecho, sin que se requiera evidencia suplementaria, cuándo ésta ha sido debidamente autenticada conforme a los requerimientos previstos por la ley y hasta que se compruebe lo contrario”? **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR**

siempre ha sido celosamente sopesado por sus promotores... Sencillamente, se puede percibir que la seguridad jurídica y la racionalidad económica pueden ir a la par.

C - La flexibilidad

84. Distinción del marco normativo y del contenido de la regla de derecho.

Conforme al criterio de los autores de los Informes, los sistemas de derecho de fuente escrita no presentan la misma flexibilidad que los sistemas de derecho de fuente jurisprudencial. Este criterio perentorio y erróneo, participa de un lugar común lamentable, al sostener que los sistemas de derecho del *common law* serían flexibles y los sistemas de derecho codificados rígidos. Si *prima facie*, la naturaleza jurisprudencial del sistema de derecho del *common law* pareciera ser un factor de flexibilidad, la realidad es frecuentemente otra: en derecho inglés particularmente, la regla de derecho proveniente del precedente (aun matizada y atemperada por la técnica de las distinciones) vincula a los jueces de igual manera e incluso en un mayor grado en el que las disposiciones de los países de sistema de derecho escrito, vinculan a sus jueces.

Debe prevenirse cuidadosamente el error común que consiste en inferir un contenido normativo flexible de la existencia de un *marco* normativo flexible (*verbi gratia* pretoriano en países de *common law*), y a la inversa, inferir de la existencia de un *marco* normativo rígido (*verbi gratia* codificado en *civil law*) un contenido necesariamente rígido. ¡Bastaría al respecto un artículo único de un Código que postulara una libertad contractual ilimitada para que el error de razonamiento emergiera de manera flagrante¹⁹⁴! De manera más general, un sistema de derecho codificado puede evolucionar, en forma razonablemente correcta, en función de tres factores principales vinculados a la vitalidad de sus fuentes (1) así como a la generalidad de sus reglas de derecho (2) y su carácter supletorio (3).

¹⁹⁴ Para emplear una imagen, sabemos que hasta el individuo más indigente, en su calidad de persona, es titular de un patrimonio en el sentido de la teoría del patrimonio de AUBRY y RAU: la existencia de un *continente* (el patrimonio de la persona) no prejuzga en nada de la composición y extensión de su *contenido* (activo o pasivo).

1. La vitalidad de las fuentes

85. La subrogación literal en el Código civil.

Si el postulado de una codificación uniforme y estable, depositada en una arca “sagrada”, a saber el Código civil, pudo constituir parte del “mito codificador”, el inmenso fresco de las metamorfosis del Código civil demuestra por el contrario hasta que extremo el derecho civil codificado supo evolucionar: el *corpus* sobrevivió, “modificado mas no destruido”¹⁹⁵. Es de todos conocido que el derecho de las personas, el derecho de la familia e incluso el derecho de los regímenes matrimoniales y, en buena parte, el de las sucesiones, fueron enteramente reestructurados; así, en lo particular, las nueve leyes gemelas que reconocen la autoría eminente del decano Carbonnier, garantizaron una “revolución tranquila” del derecho de la familia y de las personas entre los años 1964 y 1977. La reestructuración iniciada en el derecho civil económico, que obedece, entre otros motivos, respetar los compromisos contraídos en el seno de la Unión europea¹⁹⁶, prosigue; la transformación del derecho de garantías está en curso¹⁹⁷; la reforma del derecho de las obligaciones (en materia de contratos y de responsabilidad civil) está aún pendiente. En suma, el Código civil – que dicho sea de paso, supo proveer un marco de legalidad a las procreaciones médicamente asistidas, así cómo a las pruebas biológicas, y reglamentar el acta electrónica – se mueve...

Han sido numerosas leyes las que han sido promulgadas al margen del Código civil¹⁹⁸; algunas pueden ser identificadas ahora en nuevos Códigos, como el Código de comercio, el Código del consumidor o el Código monetario y financiero. Para sólo acotarlo al régimen de legalidad contemporáneo de los contratos, además del derecho común existen, el régimen de legalidad “prêt-à-porter” del Código civil, que se encuentra enriquecido por la jurisprudencia, los regímenes de legalidad de derechos especiales, “a la medida”, concebidos en la perspectiva de sus estatutos y necesidades específicas de los agentes económicos (consumidor, profesional, proveedor, asalariado, entre otros).

¹⁹⁵ J.-L. HALPERIN, « Le regard de l'historien » en *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz/Litec, 2004, p. 43, spéc. P. 53.

¹⁹⁶ Véase la introducción en el Código civil de un régimen de responsabilidad debido a los productos defectuosos: artículos 1386-1 a 1386-18 del Código civil.

¹⁹⁷ **NOTA DEL EDITOR.** Véase *supra* nota 77

¹⁹⁸ Sobre este aspecto, Véase los estudios recientes sobre “Le droit civil hors le Code civil” (El derecho civil al margen del Código civil), publicados en 2005 por *Les Petites Affiches*.

En esta perspectiva puede percibirse que el derecho civil francés, derecho escrito, derecho codificado, carece de la rigidez que se le pretende atribuir. Para deponer con veracidad se debe más bien deplorar la vigencia perentoria de las nuevas leyes, constantemente reformuladas, y preocuparse por la desmultiplicación contemporánea de los lugares de producción del derecho. El Código civil, recurrentemente modernizado desde 1804, mas no desnaturalizado, podría precisamente, dentro de ese torbellino de reglas de derecho, servir cómo punto de referencia, de punto fijo, de “modelo” más que bicentenario: Código central, propicio para la “subrogación literal”, en cuyo entorno gravitan sus satélites.

86. Función motora de la jurisprudencia.

La jurisprudencia domina esta escena... Desde el crepúsculo del siglo XIX, y más aún a fines del siglo XX, la jurisprudencia francesa ha sabido, con pragmatismo e imaginación: en primer término, “descubrir” nuevas reglas de derecho en textos a los que le atribuyó un sentido ajeno a las intenciones de sus redactores (*verbi gratia*: la interpretación del artículo 1384, apartado 1º, en materia de responsabilidad civil ¹⁹⁹); posteriormente, identificar en otros textos legales alcances hasta la fecha ignorados (*verbi gratia*: la interpretación del artículo 1134, apartado 3º, del Código Civil, que en su letra no obliga a la buena fe sino hasta la fase de la ejecución del contrato; es en este artículo en el que la jurisprudencia fundamenta en la actualidad la exigencia de buena fe a todo lo largo del proceso contractual, entre otros en el momento de la formación del contrato; o aún la interpretación del artículo 1135 que se limita a enunciar que las convenciones obligan a todas las consecuencias que “la equidad” da a la obligación “de acuerdo a su naturaleza”, pero que en la actualidad la jurisprudencia lo ha tomado cómo referencia para atribuirle al contrato numerosas obligaciones que los contratantes no habían previsto expresamente²⁰⁰); finalmente, la jurisprudencia ha neutralizado el texto de artículos que enuncian soluciones arcaicas (*verbi gratia*, el artículo 1121 que supedita la validez de la estipulación en favor de tercero a condiciones que conforme a su texto impedirían el desarrollo del seguro de vida, o bien el artículo 1129 que previene que el objeto de la obligación debe ser determinado u objetivamente determinable, y que mediante la interpretación la Corte de Casación ofrece un nuevo soporte de legalidad que admite la determinación unilateral del precio en las convenciones de

¹⁹⁹ *Infra*, n° 87.

²⁰⁰ *Infra*, n° 96.

suministro de bienes o servicios; o aún el artículo 1142 cuya letra fue ignorada por la jurisprudencia para darle cauce a la ejecución forzada en especie de las obligaciones de hacer y no hacer).

Así, debido a la audacia de la judicatura al interpretar la ley, se adapta la regla de derecho e incluso en ciertas ocasiones se eluden su aplicación en su versión original. En esta forma el derecho francés evoluciona, pese al inmovilismo de los textos legales, pero sin la rigidez de la regla del precedente. La obra clásica de Henri Capitant, actualizada constantemente por los señores Terré y Lequette, “*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*²⁰¹” (Las grandes resoluciones de la jurisprudencia civil), constituye un homenaje a la jurisprudencia por la evolución que ha propiciado en el derecho positivo francés. El sistema de derecho francés es altamente tributario de la sagacidad jurisprudencial que ha podido transitar por todos aquellos caminos en los que ha podido aventurarse.

2. La generalidad de la regla de derecho.

87. Flexibilidad de la regla general e impersonal.

Expresadas en términos sencillos²⁰², las reglas de derecho del Código civil francés se enuncian igualmente en términos generales y no particulares. Es justamente debido a la generalidad de su formulación, desprovista del detalle, que estas reglas de derecho deben la agilidad y flexibilidad que hicieron posible su adaptación, por la jurisprudencia, a nuevas realidades. Así, en el primer apartado del artículo 1384 del Código Civil francés la Corte de Casación diseñó a finales del siglo XIX, un nuevo principio general de responsabilidad civil objetiva para posteriormente, a finales del siglo XX, proponer otro principio general de responsabilidad proveniente de la actividad de un tercero. De igual forma el artículo 1134 del Código Civil, por la analogía que provee entre el contrato y la ley en su primer párrafo, dio pauta a que la Corte de Casación pudiera sustentar una de las más rigurosas soluciones, que se hayan podido deducir del principio de la autonomía de la voluntad. En lo sucesivo, en consideración de lo que previene el apartado 3º sobre la exigencia de la buena fe en la ejecución del contrato, la Corte de Casación en su jurisprudencia pudo identificar el fundamento de soluciones innovadoras que preconiza una concepción más humanista de las

²⁰¹ H. CAPITANT, F. TERRÉ y Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1 y 2, 11ª ed., Paris, Dalloz, 2000.

²⁰² *Supra*, nº 74 y s.

relaciones contractuales. El artículo 1135, que por mucho tiempo permaneció en la penumbra, se constituyó en el soporte de legalidad de la Corte de Casación para densificar, en base a la equidad y a los usos²⁰³, el contenido de los contratos.

La envergadura de estos preceptos han permitido conciliar la estabilidad del derecho escrito y la evolución del derecho positivo; con ello se asegura el cambio en la continuidad. Algunos preceptos, cuyo número resuena como una cifra sagrada, se le han pontificado como los “centinelas del derecho civil francés”; son verdaderas “máximas” y participan “del derecho consuetudinario”²⁰⁴. Se llegó al extremo de sostener que el Título III del Libro III, intitulado “Des contrats ou des obligations conventionnelles en general” (De los contratos o obligaciones convencionales en general) está “nutrido de la intemporalidad e incluso de la eternidad”²⁰⁵. De ahí sin embargo no se puede concluir que los juristas franceses hayan caído en un fetichismo o un temor reverencial susceptible de paralizarlos frente a un Código Civil que se consideraría como inmutable. Se debe ser claro, el Título III no es inmutable. Precisamente, una Comisión presidida por Pierre Catala, bajo los auspicios de Asociación Henri Capitant, acaba de proponer un nuevo texto, elaborado con prudencia, que respeta la tradición jurídica francesa, pero que no excluye la innovación; a este proyecto lo anima un propósito de apertura hacia los demás sistemas jurídicos, fundamentalmente europeos. Este anteproyecto le fue entregado en forma personal al Ministro de la Justicia el 22 de septiembre de 2005²⁰⁶.

3. El carácter supletorio de la regla de derecho

88. Vigor y valor de la regla supletoria.

El derecho positivo francés distingue entre reglas de derecho imperativas, que se imponen a los particulares, y reglas supletorias o interpretativas de voluntad, cuya función es suplir el silencio o la omisión de las partes, pero cuya aplicación puede sin embargo ser evitada por el consentimiento de las mismas partes contratantes. El derecho de los contratos especiales, en particular, ofrece a los cocontratantes modelos

²⁰³ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Thèse, Paris XII, 2003.

²⁰⁴ Ph. REMY, « Regards sur le Code », *Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz/Litec, 2004, p. 99, spéc. p. 105.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Se puede consultar en el portal de Internet de la Asociación Henri Capitant: www.henricapitant.org.

muy elaborados en los que algunas disposiciones simplemente supletorias de la voluntad de las partes alternan con reglas de derecho imperativas que se inscriben en la noción del orden público de protección²⁰⁷.

Los méritos de estas disposiciones supletorias son numerosos.

En primer término, enuncian la mejor²⁰⁸ regla de derecho desde la óptica del legislador, que es el árbitro del interés general. Eliminar su aplicación es un atributo de la libertad contractual, aunque signifique apartarse del arquetipo de la normalidad.

En segundo término, cuando las circunstancias así lo exigen, la jurisdicción puede sustituir las que fueron convenidas por las partes contratantes (*verbi gratia* cuando una de las cláusulas del contrato se declara nula).

En tercer término, eximen a las partes, durante la redacción de su contrato, de recurrir a los detalles: les dispensa de la difícil tarea de prever toda clase de contingencias. *Verbi gratia* en un contrato de compraventa carece de relevancia que las partes contratantes hayan convenido sobre la fecha de la transferencia de la propiedad y los riesgos de la pérdida del objeto del contrato: la ley suple el silencio o la franca omisión de las partes contratantes. En la actualidad y contrariamente a la tradición civilista, cierta práctica ha venido ponderando los méritos de los contratos abundantes en los detalles; pero ¿pero ello no sería muy por el contrario el origen del incremento, con frecuencia vertiginoso, de los famosos “*transaction costs*”²⁰⁹? Eso permite dudar de su oportunidad, lo que merecerá algunos comentarios que se expondrán más adelante²¹⁰.

Finalmente y en cuarto término, en virtud de que las partes gozan de una plena libertad para impedir su aplicación, y que puedan evaluar la

²⁰⁷ Numerosas leyes crearon un verdadero estatuto que aspira a proteger a una de las partes, *verbi gratia*, el arrendatario en el contrato de arrendamiento para uso habitacional o el granjero en el arrendamiento rural.

²⁰⁸ Como lo observó G. CORNU (*Droit civil, Introduction, Les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, 2003, n° 336), es a través de esas disposiciones supletorias que « el legislador toma en consideración, no sólo la voluntad probable de los interesados, sino también todo un conjunto de consideraciones sociales, económicas e históricas que no se originan en el pensamiento ficto de los interesados. Fundándose en esos datos, elabora un modelo ideal, es decir el modelo de solución que le parece más adaptado – considerando todos los factores – al medio social al que va destinado” **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR.** Adde, C. PERÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 421, préface G. VINEY, Paris, LGDJ, 2004.

²⁰⁹ Comp. B. MALLET-BRICOUT, art. precitado, p. 874.

²¹⁰ Véase *infra*, n° 100 y 101.

conveniencia de su aplicación, se da curso a las tan anheladas evoluciones propiciadas por la práctica. Con ello se evita que el derecho positivo imponga reglas de derecho irrealistas, abstractas, anacrónicas; este sistema alienta a los particulares o a las empresas a dotarse, en sus convenciones, de las reglas de derecho propias que mejor convengan a su situación económica y social. El derecho positivo francés ha abierto el espacio por donde puede transitar libremente la imaginación contractual de las empresas, de las asociaciones profesionales, de los bufetes de abogados, de los despachos de notarios. Estos son los protagonistas que van a elaborar las reglas de derecho que, al correr del tiempo, les parezca más adaptado²¹¹ a sus necesidades. La práctica contractual de hoy, con frecuencia anuncia la ley contractual de mañana, lo que evidencia que en un sistema de derecho civil, la práctica encuentra un lugar natural entre las fuentes de derecho estatal.

A eso habría que añadir que la importancia de la envergadura de las reglas supletorias es tan significativo que su ámbito se extiende permanentemente: otrora limitadas en su mayoría al ámbito del derecho de los contratos y el derecho mercantil, alcanzan en la actualidad otras disciplinas del derecho civil, como el derecho de las garantías reales e incluso el derecho de la familia. ¡En la actualidad, la contractualización va viento en popa²¹²!

89. Conclusión.

Concluiremos con las ventajas estructurales de la tradición civilista francesa.

Primero, recurriendo a Portalis, uno de los redactores del Código Civil francés y cuyo célebre discurso describe magistralmente el espíritu de equilibrio y apertura del derecho francés: “Unas buenas leyes civiles constituyen el bien más grande que los hombres puedan dar y recibir; son la fuente de las buenas costumbres, el *palladium* de la prosperidad, y la

²¹¹ Consúltense entre otros, las cartas de intención, las garantías autónomas, el desastre bancario, la *corporate governance*. Sobre la importancia de esos actores, calificados de “*máquinas de producir derecho*”, en el ámbito financiero, Véase el informe precitado del Consejo de Estado.

²¹² Véase entre otros J. PAILLUSSEAU, “La contractualisation de la société anonyme fermée”, *Gaz. Pal.*, 9-10 oct. 1998, p. 16 y s. ; F.-J. PANSIER, « De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier », *Gaz. Pal.* 1999, 1, doctr., p. 287 y s. ; O. TIQUANT, *La contractualisation des procédures collectives*, thèse Paris I, 1999 ; A.S. RAU y C. PEDAMON, « La contractualisation de l’arbitrage : le modèle américain », *Rev. arb.*, 2001, p. 451 y s.

garantía de toda paz pública y particular: si bien no fundan el gobierno, lo sostienen; moderan el poder y contribuyen a su respeto, como si fuera la misma justicia (...) Por más perfecto que parezca un código, recién terminada su redacción, surgen una multiplicidad de interrogantes, la mayoría inesperadas, en el espíritu de la jurisdicción. Una vez redactadas, las leyes permanecen tal y como fueron escritas; los hombres, por el contrario, nunca descansan; siempre actúan; este movimiento, jamás se detiene; sus efectos se modifican en forma diversa por las circunstancias, en cada instante se produce alguna nueva combinación, algún hecho nuevo, algún resultado nuevo. Una multitud de cosas se remite necesariamente al dominio de la costumbre, a la discusión de los hombres cultos, al arbitraje de los jueces. La función de la ley es determinar, en sus grandes rasgos, las máximas generales del derecho; proveer de consecuentes principios altamente fecundos, y no detallar las interrogantes que pueden surgir en cada materia. Es al magistrado y al jurisconsulto, imbuido del espíritu general de las leyes, que les compete dirigir su aplicación. En todas las naciones civilizadas, siempre se puede observar la constitución, al margen del santuario de la ley y bajo la vigilancia del legislador, de un depósito de máximas, decisiones y doctrinas, que se depura cotidianamente con base en la práctica y en el impacto de los debates judiciales, que se enriquece continuamente con todos los conocimientos adquiridos, y que se ha considerado siempre como el verdadero suplemento de la legislación”²¹³.

Por lo tanto, finalmente se constata, que lejos de ser un impedimento de la evolución, los códigos y leyes permiten por el contrario realizar cambios jurídicos súbitos y con ello operar así verdaderas revoluciones que difícilmente se podrían llevar a cabo por la vía jurisprudencial que necesita fatalmente de tiempo y que requiere con frecuencia de un enorme consumo de energía social. Es particularmente complejo reformar sin recurrir a la técnica, fundamentalmente civilista, de la regla general e impersonal, incluso del mismo código: la aceleración de la historia tan grata a Maurice Halévy²¹⁴ se adapta difícilmente a la lenta

²¹³ Compárese con el discurso del Primer Presidente Guy CANIVET durante la audiencia solemne del inicio del año judicial 2005; cuándo es la ley la que fija la regla general, ésta se aplica e interpreta por el juez que asume así una “función supletoria, integradora y adaptadora”. En esta “complementariedad entre la ley y la jurisprudencia” radican “la originalidad y el genio del sistema jurídico francés que se preocupa por la permanencia, la estabilidad y la seguridad pero es al mismo tiempo evolutivo, apto para adaptarse a situaciones nuevas y administrar la complejidad” **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR.**

²¹⁴ M. HALÉVY, *Essai sur l'accélération de l'histoire*, 1948.

estratificación de decisiones, necesaria a la constitución del *case law*. De hecho, los mismos países con un sistema de derecho de *common law* se ven a menudo obligados para reformar, a recurrir a las vías de reglas generales e impersonales²¹⁵. La expansión de la *common law* que puede percibirse en la práctica de los negocios, no puede ser atribuible, sin embargo a causas intrínsecas de este sistema de derecho, cuya consecuencia natural sería la preeminencia del sistema de derecho del *common law*, sino a causas extrínsecas fácilmente identificables: potencia económica angloamericana, predominio del lenguaje inglés a nivel universal, el desarrollo exponencial de los bufetes de abogados anglo-estadounidense, el peso específico de esos bufetes en la economía y política de su país²¹⁶, y, quizá, una mayor rentabilidad de este sistema de derecho para esos mismos abogados²¹⁷.

§ 2. LAS VENTAJAS SUSTANCIALES (EL EJEMPLO DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS)

90. Ejemplaridad del derecho de los contratos.

El propósito de esta exposición no es enumerar en este espacio materia por materia (derecho mercantil, derecho de las sociedades, derecho bursátil, derecho social, entre otros) las fortalezas y las instituciones eficientes del derecho francés, subrayando en ocasiones las capacidades extraordinarias del régimen general de las obligaciones, en otras, el desarrollo del arbitraje internacional moderno en Francia, y en otras ocasiones los progresos alcanzados por las reformas recientes como la del 24 de junio de 2004 que condujo a la liberalización del régimen de los valores inmobiliarios.

Por su amplitud, un estudio de esa naturaleza rebasaría con exceso los términos de la presente respuesta. Un estudio de esta magnitud es de largo plazo, pero que ya se encuentra esbozado recientemente por un autor

²¹⁵ *Acts of parliament* británicos, *statutes*, leyes uniformes federales en los Estados Unidos, diversos *restatements of the law*, entre otros. A la inversa, el sistema de derecho francés se ha vuelto más pretoriano que en el pasado, lo que demuestra que los sistemas de derecho del *civil law* y del *common law*, más que excluirse irremediabilmente, ejercen una influencia recíproca.

²¹⁶ La profesión jurídica francesa, demasiado dispersa, aún padece numerosas desventajas estructurales.

²¹⁷ Compárese. *infra*, n° 100.

en una crónica edificante²¹⁸, así como por la exposición crítica en este espacio de los diferentes capítulos de los Informes. Este estudio constituye precisamente uno de los objetivos del programa de investigación en curso: “Atracción económica del derecho”.

Debe concentrarse por lo tanto fundamentalmente los esfuerzos en el derecho de los contratos especiales. En primer término, porque esa disciplina es la base de todas las operaciones económicas; y en segundo término, porque la atracción del derecho francés de los contratos se encuentra fuertemente cuestionada en los Informes²¹⁹.

El derecho francés de los contratos encuentra sus fundamentos en principios claros y precisos, fácilmente adaptables, enunciados en el Código civil y por lo tanto fácilmente accesibles. Es un derecho positivo sencillo por no ser formalista, es consensual, y también “realista” ya que refleja los valores esenciales de la sociedad francesa. Encuentra en el postulado de la autonomía de la voluntad, su fundamento, lo que consecuentemente conduce a la jurisdicción francesa a aquilatar la voluntad de las partes, favoreciendo de esa manera la seguridad jurídica. El derecho de los contratos ha sabido perfectamente adaptarse a las necesidades de la práctica, apoyándose en sus cualidades estructurales.

No sólo su espíritu de apertura merece un reconocimiento (A) sino que también su espíritu de equilibrio (B). De manera general, si nos alejamos un poco del ámbito del derecho de los contratos, se pueden evidenciar algunas cualidades económicas intrínsecas del derecho civil (C).

²¹⁸ B. MALLET-BRICOUT, « Libres propos sur l’efficacité des systèmes de droit civil », RIDC, 4-2004, p. 865 y s.

²¹⁹ Véase también la posición de un autor francés, X. LAGARDE, “Brèves réflexions sur l’attractivité du droit français des contrats », *D.*, 2005, 2745. Según ese autor, cuya crítica se circunscribe a los contratos civiles únicamente, el sistema de derecho francés habría equivocado las prioridades al admitir la flexibilidad donde el respeto de la palabra dada hubiese tenido que imperar, al rechazarla cuando hubiese tenido que admitirla, *verbi gratia* en materia de imprevisión. Sin contar que, siempre a juicio de ese autor, el derecho francés de los contratos sería poco atractivo porque “se arraiga más en la moral y la política que en la economía! Además de ser históricamente discutible (Véase *verbi gratia* G. CANIVET, “Introduction” en “L’analyse économique du droit des contrats: outil de comparaison, facteur d’harmonisation », *Gaz. Pal.* 9 y 10 de marzo de 2005, que afirma por su parte que los redactores del Código civil tomaron en cuenta los imperativos económicos de principios del siglo XIX); esa afirmación ya no refleja ni la letra, ni el espíritu del derecho francés contractual contemporáneo, que extrae muchas de sus reglas económicas de las realidades económicas. Lo que se intentará evidenciar a continuación.

A.- La apertura

91. Apertura a las otras fuentes de derecho.

Lejos de estar petrificado por la codificación, el derecho de los contratos está abierto a todas las fuentes de derecho. La ley modificó algunos textos ya inadaptados del Código Civil (así, las leyes del 9 de julio de 1975 y del 11 de octubre de 1985 que al modificar los artículos 1152 y 1231 del Código civil, facultaron a los jueces para revisar el monto de las cláusulas penales cuando sea manifiestamente excesivo o francamente irrisorio). En ocasiones, la jurisprudencia ha llegado a construir partes substantivas del derecho de los contratos (*verbi gratia*, el régimen del periodo pre contractual), o bien propuesto nuevos diseños de reglas y de conceptos dentro o fuera del articulado del Código civil y cuyo alcance es actualmente considerable (*verbi gratia*, la obligación pre contractual de información, la obligación de seguridad, el régimen de la responsabilidad del vendedor-fabricante, de la cesión convencional y de la resolución del contrato), o aún generalizado una regla de derecho ya plenamente arraigada de manera puntual (como la *exceptio non adimpleti contractus*). La práctica creó o acogió también, instrumentos o mecanismos que se volvieron usuales (los contratos preparatorios, las cláusulas resolutorias expresas, las cláusulas de responsabilidad, las cartas de intención, la garantía autónoma), y la doctrina forjó o sistematizó teorías y nociones (la regla de derecho sobre la oponibilidad del contrato, la obligación esencial, los grupos de contratos) algunas de las cuales cruzaron las fronteras nacionales (cómo es la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado).

92. Apertura a los sistemas de derecho extranjeros.

Ese espíritu de apertura se extiende a la influencia extranjera. *Verbi gratia* en materia de determinación del precio, el modelo del derecho alemán, así como los Principios UNIDROIT²²⁰, aún no publicados en aquella época, influenciaron probablemente al pleno de la Corte de Casación al admitir, en el contrato marco, la determinación unilateral del precio²²¹. Lo mismo sucede en lo relativo a la admisión de la

²²⁰ **NOTA DEL EDITOR.** El UNIDROIT es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado que tiene su sede en Roma. Italia. México es parte del UNIDROIT y el editor actualmente forma parte de su Consejo de Dirección.

²²¹ Cass. Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995: *D.* 1995, 13, note L. AYNÈS; *RTD civ.*, 1996, 153, obs. J. MESTRE.

llamada violencia económica²²² cuyo trazo se pueden identificar en los sistemas de derechos alemán y suizo, así como en los Principios del derecho europeo del contrato,²²³ en sus disposiciones respectivas relativas a la lesión calificada y a la resolución unilateral²²⁴. Se podría asimismo identificar la influencia anglo-estadounidense, precisamente en el concepto de *reliance* en algunas decisiones recientes de la Corte de Casación que dan cuenta del desarrollo de la exigencia de coherencia y que evidencian la exigencia de buena fe contractual²²⁵.

A este respecto, el pluralismo del derecho francés – códigos, leyes, jurisprudencia, práctica, doctrina, derechos extranjeros, derecho europeo e internacional, entre otros, – su empatía por el pensamiento extranjero, favorecen su apertura sobre el exterior y consiguientemente su modernidad y vitalidad. Cuando la práctica es internacional, permite la recepción de actos jurídicos que podrán ser susceptibles de obtener una reglamentación legislativa: el contrato de arrendamiento y, de manera más modesta, la garantía autónoma, son claros ejemplos en este sentido.

Ese espíritu de apertura se verifica igualmente al margen del derecho de los contratos. Así, los principios de *corporate governance* se han adaptado en Francia desde hace unos diez años y, sin la necesidad de promulgación de leyes, se aplican en sociedades que cotizan en el mercado de valores, impulsadas por la Autoridad de los mercados financieros (AMF); este es un claro ejemplo de la flexibilidad de un sistema de derecho que pertenece al *civil law*, y que está dispuesto a acoger las experiencias extranjeras, al margen del *corpus* de leyes. Asimismo, el sistema de derecho francés, en esta ocasión en su componente legislativo, claramente inspirado en la ley Sarbanes-Oxley, creó, *verbi gratia*, al promulgar la ley sobre la garantía financiera (LSF) del 1º de agosto de 2003, una Alta Comisaría para las cuentas que garantiza la independencia de la profesión. Esto es prueba indubitable que el sistema de derecho francés no hesita, con realismo, en inspirarse de experiencias extranjeras, aun anglo americanas, y demuestra igualmente

²²² Cass. Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002 : *D.*, 2002, 1860, note J.-P. GRIDEL ; *RTD civ.*, 2002, 502, obs. J. MESTRE.

²²³ **NOTA DEL EDITOR.** Los principios de los contratos europeos fueron elaborados bajo la dirección del Profesor danés Olé Lando y han sido publicados en su versión inglesa y francesa. El texto en español en sus partes I y II fue publicado por los Colegios Notariales de España a cargo de Pilar Barres Benllloch, José María Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. ISBN: 84-95176-31-9, en Madrid, España.2003

²²⁴ Cass. Civ. 3^{ème} oct. 1998, *D.*, 1998, 197, note Ch. JAMIN; *Defrénois*, 1999, 374, obs. D. MAZEAUD.

²²⁵ Ver, entre otros, Cass. Com., 8 mars 2005: *Lamy civil*, juill./août 2005, 5, note D. HOUTCIEFF; *RDC*, 2005. 1015, obs. D. MAZEAUD.

que bajo los vientos de la globalización, la oposición entre países de sistema de derecho del *common law* y de sistemas de derecho civil ya no es tan pronunciada como pudo haberlo sido en tiempos pasados.

93. Apertura a las mutaciones política, económica y social.

Finalmente, el sistema de derecho francés de los contratos está abierto a las perspectivas política, económica y social²²⁶ : lejos de ensimismarse, quienes tienen su devenir entre las manos (el legislador, el juez o la doctrina) están por el contrario perceptivos a las inquietudes de la Urbe. Si los redactores del Código civil decidieron excluir la lesión de las causas de anulación y revisión del contrato, es porque tenían la experiencia inmediata de “la confusión en las transacciones provocada por las numerosas demandas de rescisión que ocasionó la crisis financiera de la Revolución”²²⁷. En cuanto al legislador contemporáneo, muy rara vez adopta reformas sin un estudio previo de su impacto económico: así, la comisión que redactó el anteproyecto de reforma de las garantías incluía, además de profesores y magistrados, banqueros, notarios y abogados.²²⁸ El mismo juez está perceptivo lógicamente de la trascendencia económica de sus decisiones; la Corte de Casación consultó a los notarios, a las compañías de seguros, al Ministro de la Economía y al Ministro de Justicia antes de reunirse en sesión plenaria para resolver sobre la naturaleza de algunos contratos de seguros de vida, que finalmente no son más que simples operaciones de inversión²²⁹; este procedimiento amerita un señalamiento: algunas de las decisiones de la Corte de Casación pueden explicarse por una aproximación económica (como la que confirmó la sentencia en apelación que anulaba un contrato de arrendamiento de casetes de video, bajo el argumento que “si la ejecución del contrato de acuerdo a la economía deseada por las partes era imposible..., se acreditaba en esa forma la ausencia de toda contraprestación real a la obligación de pagar la renta por el

²²⁶ B. FAGES y J. MESTRE, « L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations » : *RTD com*, 1998, 81.

²²⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, dalloz, 2005, spéc. N° 309.

²²⁸ **NOTA DEL EDITOR.** Véase nota supra 77

²²⁹ Sesión plenaria del 23 de noviembre de 2004, citado en *infra*, nota 227. Sobre ese recurso, aún inhabitual, a los recursos exteriores, Véase R. ENCINAS de MUNAGORRI, “L'ouverture de la Cour de Cassation aux *amici curiae*”, *RTD civ.*, 2005, 88.

arrendamiento de los casetes”²³⁰). Finalmente, la doctrina no descuida de ninguna manera, en su reflexión, la aproximación económica: es justamente por razones principalmente económicas que algunos autores descartan la teoría de la imprevisión, por temor a que la revisión llame a la revisión, y que con ello la economía se desestabilice²³¹ (aun cuando esa opinión sea debatible, como puede ser constatado en numerosos países cuyos sistemas de derecho adoptan la revisión judicial por causa de imprevisión y en los que no se ha registrado por tal motivo ningún siniestro económico); o bien que otros autores reserven el mecanismo de la deuda de valor a un ámbito estrictamente delimitado, por temor a que la propagación del “valorismo” vaya a desembocar sobre un estado desmonetizado²³².

B.- El equilibrio

94. Libertad, lealtad, seguridad y equidad.

La filosofía de nuestro actual sistema jurídico parece por otra parte estar ampliamente animada por un espíritu de equilibrio.

En el fondo, el Código civil expresa, en materia de contratos, un ideal que se fundamenta en la libertad contractual, con los únicos limitantes del orden público y las buenas costumbres, así como el respeto de la palabra dada: *Pacta sunt servanda*. Las partes acuerdan libremente pero una vez que han convenido, se encuentran vinculadas: gozaban de la libertad de vincularse o no en términos diferentes; empero una vez vinculadas, deben ejecutar fielmente sus convenciones; el costo del cumplimiento resulta irrelevante. Su responsabilidad es el precio de su libertad; el desequilibrio contractual es el tributo de su libertad. El contrato no puede ser reducido a un simple intercambio económico, a un *bargain* (un negocio), del que siempre será posible liberarse... pagando²³³.

²³⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996 : Bull. I, n° 286 ; *RTD civ*, 1996.901, obs. J. MESTRE, (contrato de renta de 200 cassettes entre una empresa de alquiler y unos particulares con el objeto de crear un videoclub en un pueblo en el que se descubrió rápidamente que no existía suficiente clientela).

²³¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT y E. SAVAUX. *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 2004, n° 410 : « La verdadera razón para mantener la intangibilidad del contrato es que toda revisión habría inevitablemente afectado la economía ».

²³² J. FLOUR, « Pot-pourri autour d'un arrêt (Civ. 1^{ère}, 15 janvier 1973) », *Defrénois*, 1975, art. 30854.

²³³ C. JAUFFRET-SPINOSI, « Rapport de synthèse » en *Le contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées brésiliennes de 2005, t. LVV, Paris, Société de

Así, el modelo elegido no sólo es depositario de una moral, sino que es también y más precisamente, vector de una moral liberal e individualista. Ahora bien, al paso de los siglos, el derecho francés de los contratos ha evolucionado de manera significativa, integrando nuevos valores e imperativos: la libertad contractual y la fuerza obligatoria tiene ahora que adaptarse a las exigencias de equidad y lealtad. Cuatro ejemplos permiten ilustrar la búsqueda constante entre un equilibrio en la economía interna del contrato, entre la libertad y la lealtad, la seguridad y la equidad.

95. Fase pre contractual.

El primer ejemplo atañe a la fase pre contractual, omitida en su reglamentación por el Código civil, pero respecto a la cuál la jurisprudencia supo desentrañar soluciones idóneas, previamente a que la ley relativa a los contratos de consumo, lo reglamentara. En el derecho común, el régimen de esta fase pre contractual quedó supeditado al principio del postulado de la libertad contractual, observable en la conclusión de las negociaciones. Sin embargo, para los efectos de la seguridad jurídica, la jurisprudencia impone a las partes contratantes que se conduzcan, en esta fase, de buena fe; y diseñó un régimen de responsabilidad extra contractual para el caso de una ruptura abusiva de las negociaciones. En el derecho especial del consumidor, a la libertad contractual se le asiste por procedimientos cuya aspiración es darle al consumidor medios efectivos de información y reflexión. Se restaura de esa manera una verdadera libertad contractual, ya que el consumidor recobra el poder de "afirmar" o "negar" libremente y con pleno conocimiento de causa: menciones informativas; obligación para el profesional de mantener la oferta durante un tiempo determinado; plazo de reflexión y derecho de desistir, impuesto o concedido al consumidor.

96. Activación del contrato.

El segundo ejemplo atañe a la expansión sin precedentes de ciertas obligaciones – como las obligaciones de seguridad, de información y de asistencia jurídica – que los jueces, procediendo a una “activación” real del contrato, no dudaron en diseñarlas “*con el sólo propósito que correspondían a la justicia contractual*”²³⁴. Tal densificación del

législation comparée à paraître, 2006. Se puede consultar ese informe en el portal de Internet de la Asociación Henri Capitant: www.henricapitant.org.

²³⁴ A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Montchrestien, 2004, n° 280.

contenido del contrato en referencia a las consecuencias que imponen la equidad, el uso o la ley, permite en la etapa de la determinación de las obligaciones generadas por el contrato, conciliar el principio de la libertad contractual y las exigencias morales y sociales, como la indemnización de las víctimas de prejuicios contractuales o la protección de la parte que se encuentre en una situación de dependencia durante el transcurso de la negociación del contrato.

97. Revisión por imprevisión.

El tercer ejemplo deriva del célebre planteamiento de la revisión por imprevisión, tradicionalmente rechazada en el sistema de derecho francés desde el publicitado fallo *Canal de Craponne*²³⁵, que desarrollaba el argumento que, si las partes no hubieren previsto la adaptación de su convención a nuevas circunstancias, no le era atribuible a la jurisdicción substituir la ausencia de previsión de las partes. El precedente *Canal de Craponne*, que llevó al paroxismo el adagio *Pacta sunt servanda*, reconoce en el derecho positivo francés contemporáneo toda una serie de atemperaciones que modifican de manera significativa la trascendencia del rechazo del principio de la revisión judicial por imprevisión, a tal extremo que en la actualidad, el alcance de este rechazo es meramente simbólico. De esta manera la ley ha dispuesto la posibilidad de la revisión judicial, en los supuestos en los que su exclusión llevaría a la ruina a una de las partes (en esa forma la ley ha incluido elementos tales como el plazo de gracia, las medidas de reducción de la deuda de los deudores endeudados en exceso, la cesión de los derechos de autor de una obra literaria o artística, las rentas vitalicias, el alquiler de arrendamientos comerciales, rurales o habitacionales, entre otros) o al término del contrato (cargas insertas a liberalidades, pero vueltas anacrónicas con el transcurso del tiempo). La misma jurisprudencia revisa, so pretexto de interpretar la voluntad de las partes, el contenido contractual al paso del tiempo. En esa forma, parapetada en la intención de los contratantes, cuándo el índice fijado por los contratantes es ilícito, el juez, dándole el beneficio al contrato, revisa la cláusula, y lo substituye por un índice lícito. En ciertas ocasiones, en nombre del imperativo de la buena fe, el juez ordena a las partes que renegocien el contrato, cuyas prestaciones se han desequilibrado a consecuencia de un cambio de circunstancias,

²³⁵ Cass. Civ., 6 mars 1876 : S.1876, 1.193.

apercibidos de hacerles efectiva su responsabilidad civil.²³⁶ Finalmente, y sobre todo, la práctica ha elaborado cláusulas de renegociación, precisas y eficientes, en el supuesto de alteración de las circunstancias iniciales, que posibilitan una adecuación del contrato a las evoluciones de su entorno económico y social. La ausencia de revisión por imprevisión es por lo demás una incitación eficaz a suscribir estas cláusulas, como queda acreditado por la ausencia de controversias en la materia²³⁷. Aún en países que admiten la imprevisión, la intervención judicial es aparentemente marginal²³⁸.

98. Resolución del contrato.

El cuarto ejemplo se vincula con la resolución del contrato por inejecución de las obligaciones por una de las partes. El Código Civil sólo prevé la resolución judicial (artículo 1184 del Código civil) ya que en el espíritu de sus redactores, la intervención del juez no sólo permite preservar la fuerza obligatoria del contrato, sino adicionalmente proteger al deudor de buena fe, el cual, en caso de dificultades transitorias puede obtener en su caso, el beneficio de un plazo de gracia por parte del tribunal. A partir de ese momento, sin embargo, florecieron las cláusulas resolutorias que estipulan una resolución de pleno derecho, lo que evidencia la vitalidad y la libertad contractual. A la jurisprudencia le asistió la sabiduría de balancearlas introduciendo nuevos elementos, entre otros paralizando sus efectos cuando el acreedor que las ejecute se conduzca con mala fe. Finalmente, en un talante de eficiencia económica, la Corte de Casación facultó al acreedor a resolver unilateralmente el contrato en el supuesto en el que el deudor incurriese en culpa grave.²³⁹ La Corte de Casación tuvo que recurrir nuevamente a ejercer un control sobre ese poder unilateral, acotándolo al supuesto del abuso del derecho: en la medida en la que el acreedor no ejerza su poder de manera razonable, se dará curso a su responsabilidad civil²⁴⁰.

²³⁶ En este sentido, Cass. Com., 3 nov. 1992; 1992; *RTD civ.*, 1992, 124, obs. J. MESTRE; 24 nov. 1998: *Defrénois*, 1999, 371, obs. D. MAZEAUD.

²³⁷ La regla supletoria desempeña entonces una “función repulsiva”. Ver C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, thèse, Paris I, 2004, n° 588, p. 571.

²³⁸ Véase Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le contrat, Journées brésiennes 2005*, Paris, Société de la législation comparée, à paraître.

²³⁹ Véase *supra*, n° 92.

²⁴⁰ Sobre el conjunto de esa evolución jurisprudencial, Véase A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 393; F. TERRÉ, Ph. SIMLER y Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 660.

Importa y mucho también subrayar, desde la óptica del equilibrio del derecho francés de los contratos, la plenitud del significado de la emergencia y desarrollo posterior del derecho del consumidor. Está fuera de toda discusión que el derecho del consumidor refrena y reorienta, tanto en la forma como en el fondo, la libertad contractual; en el propósito de la legislación francesa está el darle al consentimiento del consumidor, que contrate con un profesional todas las garantías, y evitar así que el desequilibrio económico preexistente entre las partes vaya a perpetuarse en el contrato: a ello obedece el formalismo impuesto para la conclusión del contrato (la necesidad de un documento escrito, menciones obligatorias, entre otras), los plazos obligatorios de reflexión y el derecho de arrepentimiento; pero sobre todo la fiscalización de las cláusulas abusivas. Toda esa legislación queda ilustrada magistralmente en la frase de Henri Lacordaire que ha hecho fortuna: “Entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, es la libertad la que oprime y la ley la que libera”. Es por consiguiente el mismo anhelo de equilibrio contractual el que conduce a limitar la autonomía de la voluntad para proteger al económicamente débil y a no obstaculizarla entre los poderosos.

99. Capacidad de imaginación.

Para terminar con las cualidades de apertura y equilibrio del derecho francés de los contratos, es de mencionarse una tercera cualidad de ese derecho: su aptitud a imaginar soluciones nuevas y crear nuevos instrumentos. En esta forma la creación de la obligación esencial permitió inducir la libertad contractual entre las disposiciones de las sanciones por inejecución contractual. La teoría de las obligaciones con tres vértices personales permitió “con la ayuda de múltiples instituciones (delegación, cesión de crédito, estipulación en favor de tercero...), imaginar escenografías jurídicas eficientes, que respondieran a objetivos precisos”²⁴¹. En esta vertiente se puede mencionar el modelo de concesión de servicio público, especificidad del derecho administrativo francés, que ha conocido una proyección sin precedente y que actualmente se emplea como un modelo para las colaboraciones pública-privada (PTT) entre otros y para los contratos llamados “*Build Operate and Transfer*” (BOT)²⁴².

²⁴¹ B. MALLET-BRICOUT, art. precitado, p. 875. Ese artículo contiene un inmenso fresco que se extiende al derecho bursátil, la creación de empresa y el derecho de los bienes (temas tratados en el Informe 2005).

²⁴² Véase el estudio precitado del Consejo de Estado, p. 62.

C.- La economía

100. Ahorro de tiempo y de dinero e incremento en la independencia,

El sistema de derecho francés presenta para los agentes económicos ventajas reales, muy poco conocidas, en términos de costo y rapidez, tanto en el plano "micro jurídico" como en el plano "macro jurídico". En el plano "micro jurídico", que concierne a los comportamientos individuales, la remisión, expresa o aún simplemente implícita, a textos o conceptos legalmente definidos, significa un ahorro sustantivo a los contratantes en la redacción de contratos interminables en los que deben – ya sea las partes contratantes o bien su asistencia jurídica – prever hasta el mínimo detalle, so pena de crear una zona "de no derecho" reservada a la discrecionalidad de la jurisdicción. La interrogante es esperable: ¿Quien no ha leído esos farragosos contratos de inspiración anglosajona que inician inevitablemente por un burrillo de los términos jurídicos usuales: léxico, que sería innecesario insertar de haber podido las partes contratantes referirse a códigos y definiciones vigentes? La potestad, durante la confección de un convenio, de remitirse a la disposición de un código, ya sea para someterse a ella, o bien para evitar su aplicación, procura a las partes, además de una seguridad jurídica óptima (ya que se alude a la regla de derecho en su conjunto, así como al *corpus* jurisprudencial y doctrinal de su interpretación), un ahorro de tiempo y de recursos. A la concisión tradicional de la ley francesa²⁴³, corresponde la sobriedad de los contratos de derecho francés.

Este es un punto crucial que deberían ponderar a quienes les asiste la tentación recurrente de designar ya sea la ley del Estado de Nueva York, o bien la del *common law* inglés, cómo legislación aplicable y que obedece con frecuencia a la vana pretensión de "lucir moderno e internacional". Es una constatación que quien cede a esa tentación no necesariamente se convierte, en el mercado jurídico, en un consumidor sagaz; antes al contrario se encuentra a merced de una asistencia jurídica cuyos honorarios se facturan, considerando un índice por hora, a menudo prohibitivo y cuyas sugerencias rebasarán su capacidad de entendimiento y por lo tanto de discernimiento, ajeno cómo lo es a las sutilezas del sistema del *common law*...

²⁴³ Véase *supra* § 1. A. 2º.

101. Prevención de la controversia.

Las ventajas económicas del sistema de derecho francés se vuelven a identificar en el plano “macro jurídico”, que es el nivel superior del mismo sistema jurídico.

Los autores del Informe permanecen silenciosos en lo que concierne un aspecto que es fundamental: ¿Cuáles son los parámetros para comparar costos de un juicio en Francia y en los Estados Unidos?

La sinceridad es la que debe imperar; es necesario admitir al respecto que faltan encuestas con cifras confiables. No obstante ello, conforme a un estudio digno de fe y que confirma un sentimiento difuso ya existente, el costo social de la administración de justicia y de los juicios, con relación al Producto Interno Bruto (PNB) es infinitamente más elevado en los Estados Unidos que en Francia: se gastan en los Estados Unidos alrededor de 65 mil millones de dólares uscy cada año para la administración de la justicia (gastos de los particulares, empresas y poderes públicos por concepto de abogados, tribunales y expertos...), o sea alrededor del 2.6% del PNB norteamericano, contra sólo 0.6% en Francia: cuatro veces menor. Es particularmente interesante observar que la hipótesis de una relación entre costo menor y tradición civilista parece formalmente acreditada, si se considera a otros países de tradición civilista: los gastos de Suiza (representan 0.8% del PNB) y más aún de España (representan 0.4% del PNB).

A eso añadiremos que hay en promedio 1 abogado para cada 300 habitantes en los Estados Unidos, contra 1 para cada 1,700 habitantes en Francia; un adulto de cada diez se ve involucrado en un proceso cada año en los Estados Unidos, contra uno de cada trescientos en Francia²⁴⁴. Los Estados Unidos concentran tal número de abogados en su foro, que el antiguo Vicepresidente de los Estados Unidos, Dan Quayle, se llegó a preguntar si los Estados Unidos realmente necesitarían para sí solos el 70% de los *lawyers* a nivel universal, expresando con ello el síntoma severo de una sociedad en exceso litigiosa.

Es de lamentarse que sobre este aspecto el grupo *LLSV* no haya procurado una encuesta “científica” y que no haya descartado las cifras y estadísticas por las que han mostrado tanta proclividad. Cabe desde luego la interrogante ¿No será el temor a una “mala calificación” para los sistemas de derecho del *common law* que los previno de emprenderla?

²⁴⁴ Véase entre otros los números citados en R. PANHARD, *Common law et droit latin, deux systèmes concurrents au service des entreprises*. Les cahiers techniques.

No es necesario ser temerario, para asumir el riesgo de plantear la hipótesis que un sistema de derecho de principios, como el derecho francés, propicia mucho menos controversias que un sistema de derecho pretoriano, como el del *common law*: un sistema jurídico en que el justiciable obtiene la regla de derecho por medio de la jurisdicción, en lugar de su código, contiene estructuralmente una invitación a la controversia.

Ahora bien, de ser acertada esta hipótesis, el sistema de derecho de *civil law* resultaría menos costoso, tanto para los individuos como la sociedad: la conclusión del Informe 2004 del Banco Mundial según la cual el sistema de derecho del *common law* sería económicamente más eficiente quedaría, desde ese punto de vista, desacreditada.

Es de añadirse que, si el planteamiento del costo de la administración de justicia no se evoca en lo absoluto en los Informes, el del costo del contrato no se comenta más que parcialmente.

Como quedó constatado, la economía que puede resultar, a corto o mediano plazo, de un gasto inmediato se desatiende por completo. Así, el recurso al notario durante la conclusión de un contrato de compra venta inmobiliaria, que permite garantizar el derecho de propiedad del vendedor, asegurar la publicidad del derecho del adquirente y preconstituir la prueba del contrato, previene eficientemente la supervención de un juicio. Es por lo tanto un criterio muy estrecho, limitarse a contabilizar los plazos y costos de la intervención del notario, sin valorar paralelamente el precio de la seguridad jurídica (véase el *Capítulo Registering property*): equivale a fustigar el costo de la prevención fingiendo ignorar el costo de la enfermedad... Los Informes debieron, en su apreciación de la utilidad del notariado en Francia, hacer constar que el contencioso relacionado con los 4.5 millones de actas y escrituras notariales autorizadas cada año, escasamente totaliza 0.01 por mil, lo que representa un porcentaje significativamente bajo²⁴⁵.

²⁴⁵ B. REYNIS, « Faut-il éliminer les notaires ? » en *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 46, el autor menciona por otra parte que un informe de la *Reverse Mortgage Institution* de los Estados Unidos de América subrayaba recientemente que « la existencia del notario en Francia provee una primera garantía que no existe en los Estados Unidos ni en el Reino Unido, entre otros desde el punto de vista de la seguridad jurídica del contrato y el respeto de los procedimientos ».

102. Razón de ser económica de la OHADA²⁴⁶.

La reflexión sobre las ventajas económicas del derecho civil estaría incompleta si no se refutara la tesis, conforme a la cual, el sistema de derecho del *civil law* padece, más allá de las fronteras francesas, una grave ineficiencia económica. Al respecto, la experiencia OHADA lo desmiente categóricamente.

El *leitmotiv* del Tratado de la Organización para la armonización en África del derecho empresarial, firmado en Port Louis en 1993, era subordinar el orden jurídico al económico; se pretendió crear un clima favorable que propiciara la confianza de los inversionistas. Este sistema de derecho obedece a una firme voluntad política de instaurar “a marchas forzadas” un sistema uniforme de derecho empresarial civil francófono, que se distingue por sus cualidades de sencillez, de modernidad, de seguridad y de adaptabilidad. Desde su preámbulo se expone la voluntad de los Estados-parte de promulgar “un Derecho empresarial armonizado, simple, moderno y adaptable, a fin de facilitar la actividad de las empresas” y subraya la conciencia de los Estados-parte “de que es esencial que ese derecho sea aplicado con diligencia, en condiciones propias para garantizar la seguridad jurídica de las actividades económicas, a fin de favorecer su auge y alentar la inversión”. El artículo 1º dispone que el Tratado “tiene como objeto la armonización del derecho empresarial en los Estados-Partes mediante la elaboración y adopción de reglas comunes sencillas, modernas y adaptadas a la situación de sus economías, a través del establecimiento de procedimientos judiciales apropiados...”

El OHADA, que es un ejemplo sin precedente de la adopción de un sistema de derecho de *civil law* con un propósito esencialmente económico; representa por lo tanto el ideal de laboratorio para el estudio de la eficiencia de ese sistema jurídico.

El programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) apoya firmemente la OHADA. Así, en una de sus publicaciones, puede leerse lo siguiente: “El PNUD, que ha ofrecido su apoyo financiero y técnico al proceso de elaboración de la legislación que se implementa en la OHADA, prosigue sus trabajos de capacitación de personal jurídico, en cooperación con Francia y la Unión Europea”. El Administrador asociado del PNUD, Zéphirin Diabré, ha sostenido que el apoyo del PNUD a la OHADA se inscribe dentro de un esfuerzo global que aspira a corregir los

²⁴⁶ **NOTA DEL EDITOR.** La OHADA es el acrónimo de la Organización para la unificación del derecho comercial en África.

problemas de gobernabilidad en el marco del NEPAD (Nueva colaboración para el desarrollo de África). “Para invertir en África, nuestros socios del sector privado necesitan la seguridad de sistemas jurídicos equitativos, de marcos legales que protejan las inversiones y de reglamentaciones claras para la creación de una empresa y el desarrollo de sus actividades”. Añade: “Es precisamente lo que hacemos con la OHADA cuyo éxito se encuentra reconocido por todo el mundo. Esas leyes tienen como objetivo crear una base jurídica a escala del Continente, a efectos de promover la integración económica y atraer inversiones. Hoy en día, África sólo atrae el 1% de las inversiones extranjeras directas y varios países que se unieron a la OHADA militan entre los más pobres del Continente”. “Da seguridad al entorno africano empresarial”, constata la Señora Ishola. “En la actualidad ya no se puede crear una sociedad mercantil que sólo sea un membrete. Se conocen los individuos asociados. Se conoce el monto del capital social mínimo y existe la obligación de liberarlo. Para los empresarios y comerciantes africanos, los cambios fueron progresivos pero notables lo que es un gran motivo de complacencia”. De hecho, si en tiempos recientes se han podido realizarse algunas inversiones significativamente importantes, fue gracias a la seguridad jurídica que las partes encontraron en el derecho uniforme²⁴⁷.

En los Estados Unidos de América, el *Department of Commerce*²⁴⁸, y el propio Banco Mundial, han reconocido públicamente el impacto benéfico del sistema de derecho de la OHADA y le han atribuido incluso la creación en el territorio de la OHADA la creación de un clima

²⁴⁷ Es el caso entre otros de un oleoducto financiado por Exxon Mobil en 40%, Pétronas, 35% y Chevron, 25%, que constituye una de las mayores inversiones realizadas en la región desde la última década (2 mil millones de dólares de inversiones extranjeras directas): un oleoducto de cerca de 1070 kilómetros que parte de Doba en el Chad, transita por Toubourou en el gran Camerún del Norte, para desembocar mar adentro en Kribi, en el Sur.

²⁴⁸ *Verbi gratia* ver la información proporcionada por el U.S. Department of Commerce (STAT-USA/Internet) (<http://www.stat-usa.gov>) sobre Guinea Ecuatorial y Chad: “OHADA members have enacted laws governing securities, establishment of commercial companies, general commercial law, recovery procedures, arbitration procedures and bankruptcy procedures. The OHADA laws are generally consistent with French commercial law, with some differences. Though some weaknesses remain, OHADA laws have certainly improved the clarity and consistency of commercial law in francophone Africa (...) However, the recently implemented Organisation pour l’Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique treaty offers some hope for more objectivity in the judiciary”; **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR.** En Internet (www.aol.countrywatch.com) se pueden encontrar *verbi gratia*. referencias relativamente numerosas relativas a las ventajas de la OHADA en cuanto a su aptitud para crear un clima más favorable en la inversión en África.

favorable para los negocios. Da la apariencia que algunos servicios del Banco Mundial ignoran lo que realizan otros servicios. Las interrogantes son obvias: ¿cómo se puede criticar la eficiencia económica del sistema de derecho del *civil law* y simultáneamente “apoyar” la experiencia OHADA ? ¿Cómo se pretende llevar a cabo el combate contra la pobreza a nivel universal dándole exclusivamente crédito a un estudio que sólo puede perjudicar una experiencia cuyos beneficios esperados para el continente Africano, a corto o largo plazo, han recibido el beneplácito en el ámbito internacional? El mutismo de los autores de los Informes con respecto a ese tema es elocuente: mencionar el contra ejemplo que significa la OHADA, hubiese tenido el doble inconveniente de contradecir los alegatos de sus autores y exhibir las diferencias de objetivos a largo plazo entre los diversos servicios del Banco Mundial... No es un exceso sostener, que la lectura del *Summary* del Informe 2006 acredita la tesis de un verdadero “fraude intelectual”²⁴⁹, por parte de sus autores que han llegado a recomendar a los países africanos que imiten el derecho de... Rwanda (*top twelve reformers* 2004); y se incurre adicionalmente en la grave omisión de soslayar la experiencia de la OHADA que reúne a 200 millones de africanos.

103. Conclusión.

En el ánimo de concluir con las ventajas, resta subrayar que el sistema de derecho francés debe su riqueza, su flexibilidad y su modernidad²⁵⁰ a la influencia permanente y recíproca de la ley, de la jurisprudencia, de la doctrina y de la práctica. El sistema de derecho francés está continuamente adaptándose a las profundas mutaciones que se pueden observar en la actualidad, pero lo hace siempre en consistencia con los principios sobre los que se edificó y que fundamentan su coherencia.

Resulta una obviedad insistir que padece de algunas debilidades e insuficiencias²⁵¹ perfectamente identificables, ninguna de ellas

²⁴⁹ Para usar la expresión de B. Du Marais comentada en el artículo precitado de R. HIAULT en los *Échos* del 13 de septiembre de 2005, subtítulo “Polémique sur le Rapport Doing business de la Banque Mondiale”.

²⁵⁰ A la inversa de otros sistemas jurídicos en los que domina la idea que ley y jurisprudencia serían tan insolubles como el agua y el aceite.

²⁵¹ Sobre esas debilidades véase el artículo precitado de X. De ROUX que observa en el ámbito de los préstamos de dinero, el efecto negativo para los acreedores internacionales de los artículos que limitan imperativamente la capitalización de los intereses o de los que habilitan al juez a conceder plazos de gracia; o aún, en el derecho de las garantías (el

insuperable, pero sobre todo, que amerite la condena del sistema de *civil law* que encarna. Muy por el contrario; se han ideado grandes proyectos, algunos de los cuáles están por llegar a feliz término y cuya aspiración es modernizar el derecho, influido inevitablemente, no podía ser de otra forma, por experiencias extranjeras.

En realidad, si el sistema de derecho francés se encontrase en pleno retroceso, este fenómeno se explicaría por razones totalmente ajenas a su valor, tales como la dispersión de la profesión jurídica²⁵², la disminución de la potencialidad de la economía francesa y el menor uso del idioma francés: estos factores, cómo tantos otros, que dificultan la preservación de su influencia internacional, por más importantes que pudieran ser sus ventajas estructurales y sustanciales.

No obstante ello, la construcción de la Unión Europea le abre nuevas perspectivas. En el momento en que se inicia la confección de un derecho europeo de los contratos, con la participación de todos los artesanos del derecho (universitarios, magistrados, procuradores y políticos), la presencia de juristas franceses es más que nunca necesaria, entre los juristas de diferentes horizontes europeos. Los juristas franceses se han lanzado a esta aventura: la participación activa de la Asociación Henri Capitant, junto con la Sociedad de Legislación Comparada y el Consejo Superior del Notariado, en la elaboración de un marco común de referencia en materia de derecho europeo de los contratos²⁵³, dan buena

derecho de garantías fue sustancialmente reformado en Francia según se ha dado cuenta en este trabajo), la necesidad de acoger los procedimientos de pignoración sin desposesión, así como mejorar las relaciones entre derecho de garantías y el derecho de las empresas en rehabilitación.

²⁵² La ley del 11 de diciembre de 2001, llamada ley MURCEF, dispuso de medidas de urgencia de reformas de carácter económico y financiero; permitió la constitución de grupos de sociedades liberales fundada en vínculos en capitales (sociedad de responsabilidad limitada [SARL], sociedad anónima [SA], sociedad por acciones simplificada [SAS]) y creó una nueva estructura, la sociedad de participación financiera de las profesiones liberales [SPFL]. Fue preciso esperar hasta agosto de 2004 para la publicación de los decretos de aplicación relativos a las SFPL de abogados, procuradores judiciales, peritos valuadores judiciales, ujieres y notarios (cf. F. MAURY, “La consécration pratique des sociétés holding dans le domaine juridique et judiciaire (*décrets n° 2004-852 à 856 du 23 août 2004 relatifs aux SPFPL d’avocats; avoués; commissaires-priseurs judiciaires; huissiers et notaires*)”; D., 2005.645. Véase también, siempre para luchar contra la dispersión de las empresas liberales, la creación, por la ley del 15 de mayo de 2001 relativa a las nuevas regulaciones económicas, llamada ley *NRE*, de la sociedad de ejercicio liberal por acciones simplificada.

²⁵³ Compárese con G. CANIVET, el discurso precitado: “...Francia está situada en Europa y Europa es un estupendo crisol de creación de un sistema de derecho nuevo para el Viejo Continente en su conjunto, una potente máquina para integrar los sistemas de derecho de cada uno de los Estados miembros. ¿El modelo del futuro no sería el que brote del

cuenta de ello. La Asociación Henri Capitant, Amigos de la Cultura Jurídica Francesa se lanzó – por si aún fuera necesaria la precisión – a la defensa de los valores de los derechos de tradición civilista, que se ven fortalecida por su cultura común y enriquecida por su diversidad...

encuentro del sistema de derecho del *common law* inglesa y de los sistemas de derecho del continente? Pero más que una aproximación técnica, más que un nuevo sistema de derecho, es una nueva cultura jurídica la que se está gestando en Europa. Será más que la suma de nuestras tradiciones respectivas ya que la corriente política europea genera nuevos valores, valores de libertad, solidaridad, progreso social, al tiempo que impone el concepto original de un nuevo estado de derecho”. **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR**

IV. EL VALOR PROPIO DEL DERECHO

104. Precio y valor.

Oscar Wilde, en un famoso epigrama, reprochaba a los economistas, conocer el precio de las cosas, pero ignorar su valor²⁵⁴... El jurista en la actualidad puede percibir en esas palabras una advertencia premonitrice y una invitación apremiante para apegarse al valor de las cosas, más que a su precio.

Lo que los Informes parecen plantear a los diferentes sistemas de legalidad existentes va en un sentido totalmente opuesto: proponen reducir los valores fundamentales de los diferentes sistemas jurídicos a un único denominador común: la búsqueda del precio menor o del costo menor. En esta escuela de pensamiento, lo “jurídicamente correcto” se desentiende de “lo justo” que le estorba; se preocupa exclusivamente por lo útil, por lo provechoso; el sistema de derecho tiene que obedecer a la máxima de ser “jurídicamente económico”. El sistema de derecho está sujeto a una premisa que es esquemática y es clara: Mostrar el Derecho para sostener – al término de un proceso aderezado con un aparente rigor científico²⁵⁵ – no lo que es valioso, sino cuanto cuesta; en base a sus costos, se le calificará para poder clasificarlo: a partir de este punto se podrán deducir las consecuencias para el futuro... ¿Debería el sistema de derecho, a semejanza de las corporaciones de aviación y los arrendamientos *low costs*, ser *low cost*: la tendencia es hacia un *low cost law*²⁵⁶?

Es en esta forma, como se les auguró el éxito a los afortunados detentadores del sistema del *common law*, en tanto que a los desdichados sujetos del sistema de derecho del *civil law* se les redujo a la mediocridad, la corrupción y al subdesarrollo – con la notable excepción de Francia... Mejor o peor aún, los gobiernos y parlamentos de los Estados soberanos, deben ser cuidadosos en lo sucesivo: los autores del Informe – que se jactan de “haber entendido la regulación” (*understanding regulation*) – ya han trazado una vía segura; pero si por ventura incurriesen en la tentación de apartarse de ella, deben estar concientes que al solicitar cualquier ayuda de alguna poderosa organización internacional, esta solicitud sería

²⁵⁴ O. WILDE, «Cynic knows the price of everything and the value of nothing; a sentimentalist knows the value of everything and the price of nothing».

²⁵⁵ Véase *supra*, Introduction critique à la méthodologie des Rapports.

²⁵⁶ De ninguna manera esto debe ser interpretado que el sistema de derecho francés albergase el temor de una comparación de esa índole: Véase *supra* n° 100 y s.

en vano, ya que obsequiarla de conformidad estaría subordinada al “progreso” de su sistema de derecho.

Privilegiar la Economía, como único fin del derecho, provocaría lamentablemente el fin del Derecho: conforme a una expresión ya en sí significativa, el derecho se convertiría en un simple y uniforme “entorno reglamentario”, de conformidad con la máxima “one size must fit all”. Ahora bien, el sistema de derecho está arraigado profundamente a la naturaleza humana para explicarlo bajo la única forma de ecuaciones abstractas y elaborarlo mediante una “modelización” económica deshumanizada, vector de un pensamiento único.

105. ¡Por un análisis jurídico de la economía!

Es ciertamente innegable que la búsqueda de un sistema de derecho eficiente que asegure una mayor prosperidad – propósito por lo demás muy loable, que el Banco Mundial tiene previsto desde sus estatutos – justifica un riguroso análisis de las implicaciones económicas y financieras de las reglas de derecho o de los procesos²⁵⁷. Se sabe con gran beneplácito que desde la cúspide de la jerarquía judicial exista una gran preocupación por el análisis económico de la jurisprudencia²⁵⁸ y es de esperarse que ese análisis pueda dar claridad tanto al costo de la profundidad de los cambios²⁵⁹ cómo a la indigente motivación de muchas resoluciones, que anima a tantos procesos. Más aún la segunda de esas insuficiencias, a diferencia de la primera, puede superarse sin la necesidad de poner en predicamento los fundamentos de nuestro sistema de derecho civil²⁶⁰.

Pero de ahí a aceptar sin cortapisas, el modelo que proponen los Informes, es un paso que es importante abstenerse de dar.

Ante la perturbación proveniente de los postulados ultraliberales de esos Informes y de la parcialidad del método empleado (*supra* I), se ha

²⁵⁷ Véase en ese sentido, en Francia, las declaraciones del Primer Presidente de la Corte de Casación, Guy CANIVET, que sostiene que para mejorar las sentencias por parte de los jueces, deben éstos ponderar las consecuencias económicas, financieras y sociales de sus decisiones, en *Les Échos*, marzo de 2004.

²⁵⁸ G. CANIVET, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *Pet. Aff.*, 19 mai 2005, p. 23 y s.

²⁵⁹ *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, citado *infra*, nota 242.

²⁶⁰ Podremos *verbi gratia* inspirarnos, para la redacción de las sentencias, del modelo proporcionado por las sentencias del tribunal federal suizo. Ya que, además de la calidad intrínseca de esas decisiones, Suiza es un país que inspira confianza a los amantes de la racionalidad jurídica... Recordemos igualmente que en muchos aspectos, las sentencias del siglo XIX estaban con frecuencia fundadas y motivadas con mucho más esmero.

intentado externar la preocupación por la frecuente inexactitud de las cifras proporcionadas (*supra* II) y mostrar la gran sorpresa por el serio desconocimiento de las ventajas de la tradición jurídica francesa (*supra* III). Después de ello resulta interesante debatir en torno a una interrogante mayor: ¿Tiene el sistema de derecho un valor propio? ¿Los juristas se ven obligados a abandonar la búsqueda de un mejor sistema de derecho a los economistas (incluso a una corriente minoritaria pero... prolija)? ¿No deberían los economistas someterse al esquema de lectura del mundo de los juristas? El análisis económico del derecho o “*law and economics*” sólo funciona en sentido único. ¿No debería en beneficio de todos considerarla cómo una vía “bilateral”?

La tentación del análisis hegemónico del derecho por la economía debe ser impedido mediante la ilustración de la regla de derecho (§ 1) y posteriormente de las profesiones del derecho (§ 2).

§ 1. LA REGLA DE DERECHO

106. El derecho cómo ciencia social.

Los juristas abandonarían su lealtad a su función si dejaran la determinación de un mejor sistema de derecho a la perspectiva económica: lo “justo”, que ha sido la constante orientación del derecho, no debe confundirse con el “todo económico”. Como bien lo escribiera un autor norteamericano, “los que llegan a identificar el derecho con la economía – o el bueno y verdadero derecho con la buena y verdadera economía – asumen el riesgo de perder el contacto con la mayor parte de lo que constituye el derecho que se conoce en la actualidad”²⁶¹.

En primer término debe destacarse que existen otras riquezas que no necesariamente se expresan en numerario: datos que no sean económicos – sociales, morales, demográficos, entre otros – que deben considerarse en la elaboración de la regla de derecho. El derecho es fundamentalmente una ciencia social y razonarlo en términos exclusivamente económicos equivaldría a desproveerlo de sus raíces. Los datos económicos son diversos, a veces contradictorios, con frecuencia misteriosos; sería por lo tanto una insensatez elaborar la regla de derecho basándose en cálculos tan inciertos y en previsiones tan aleatorias.

²⁶¹ F. A. MICHELMAN, « Norms and Normativity in the Economic Theory of Law », *Minnesota Law Review*, vol. 69, 1078, p. 1015-1048, citado en Th. KIRAT, *Économie du droit*, coll. « Repères », Paris, La découverte, 1999, p. 74.

Permítase mencionar varios ejemplos a manera de ilustración, algunos ya evocados anteriormente.

1. La obligación, en las ventas inmobiliarias, de exhibir determinados certificados (amianto, plomo, entre otros.)

La interrogante es clara: ¿Es una medida económica eficiente? La respuesta puede ser negativa ya que se incurre en un costo y en un tiempo dado. Pero si se acepta una perspectiva de mayor alcance que el exclusivo centro de “esta” venta, debe igualmente considerarse, siempre desde la óptica económica, el costo del tratamiento de las enfermedades causadas por el amianto, el plomo, entre otros. Adicionalmente, y al margen de toda consideración económica, ¿cuanto representa el frenesí de propiciar ventas “expeditas” frente a una imperiosa preocupación de salud pública? A la salud se le considera un valor precioso en toda sociedad...

2. La reserva hereditaria

La reserva hereditaria (quinta legítima) ha venido siendo objeto, desde hace algún tiempo, de una denuncia por su nocividad económica: protege en exceso a los descendientes y las seguridades sucesorias que les proporciona, debilita su ímpetu emprendedor; pero adicionalmente, la presencia de varios descendientes, es causa de una fragmentación, sino es que de la ruina, de las unidades de producción; sería inclusive, grave fatalidad, un factor de disminución de la natalidad (bajo la divisa : "una sola empresa, por lo tanto un solo hijo"). Es un lugar común oponer los beneficios de la libertad testamentaria que, del otro lado del Canal de la Mancha, habría estimulado el espíritu de aventura de los descendientes menores de la familia, a los que los primogénitos les privaban de las sucesiones paternas, y se evitaba con ello la fragmentación de la tierra. La reserva hereditaria (quinta legítima) empero, expresa valores cuyo desdén económico está por ser demostrado, tales como la solidaridad familiar, la protección de las libertades de los más jóvenes contra los abusos del poder financiero de los mayores²⁶². Pero aún falta dar respuesta a otras interrogantes cómo ¿Construyó Francia un imperio colonial menos extenso que el de Inglaterra? ¿Ha sido su demografía más baja? ¿Y finalmente, no se denuncia, en los mismos Estados Unidos, la inseguridad

²⁶² M. GRIMALDI, *Succession*, Paris, Litec, 2001, n° 284 y s.

jurídica que altera cada vez más la libertad testamentaria como consecuencia de las atemperaciones judiciales²⁶³?

3. La calificación de los contratos modernos de seguro de vida

La controversia que generó esa calificación ha sido ya señalada así como las ejecutorias de la Corte de Casación que la resolvieron²⁶⁴. Algunos autores han elogiado estas ejecutorias, ya que intentan identificar en ellas un síntoma de la apertura de la jurisdicción a la realidad económica. La Corte de Casación resolvió al respecto que “el contrato de seguro, cuyos efectos dependen de la duración de la vida humana, conlleva un elemento aleatorio en los términos de lo dispuesto por los artículos 1964 del Código civil y L 310-1, 1º y R. 321-1, 20 del Código de los seguros, y constituye por lo tanto un contrato de seguro de vida”, y en consecuencia este contrato no implica ningún riesgo económico para ninguna de las partes. La Corte de Casación con ello habría afortunadamente hecho prevalecer la seguridad de miles de ahorradores por sobre la estricta ortodoxia jurídica. Este supuesto de hecho, ilustra el grave peligro que se genera cuando el juez hace caso omiso de los principios jurídicos, con el único ánimo de satisfacer, lo que en su percepción, es un interés económico superior. En primer término, so pretexto de proteger a miles de ahorradores, el juez desestabiliza gravemente las reglas sucesorias y sacrifica por lo tanto a otros tantos miles de herederos. En segundo término torna incoherente al derecho civil

²⁶³ M. GORÉ, « *Estate planning* : quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain » en *Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 383 y s.

²⁶⁴ En su forma clásica – que sigue siendo muy usual, empezando por el seguro temporal que suscribe el buen padre de familia para poner a sus hijos menores a salvo de las necesidades en que su deceso les dejaría, o el prestamista, para evitar que a su muerte la carga del reembolso de préstamo vaya a transferirse a sus herederos – el seguro de vida se basa en una regla de juego muy clara: el asegurado paga una prima que cubre el riesgo de su muerte en tanto dure el contrato; si muere durante ese periodo, la compañía de seguros paga el capital asegurado, que será superior al monto de la prima pagada; si sobrevive el asegurado, se habrá empobrecido de los pagos de las primas. Cada una de las partes corre un riesgo de ganancias y de pérdidas, por lo que se dice coloquialmente que esos contratos son “contratos de ahorro”.

Sobre la controversia que suscitó la calificación de los “contratos de ahorro”, véase las notas (con numerosas referencias) de la sesión plenaria, 23 de nov. de 2004, 4 fallos, Bull. civ., n° 4: J. GHESTIN, “La Cour de cassation s’est prononcée contre la requalification des contrats d’assurance-vie en contrat de capitalisation”, JCP, éd. G., 2005, I., 111; LEDUC y PIERRE, “Assurance-placement”: une qualification déplacée (con respecto a unas decisiones de la Cámara Mixta del 23 de noviembre de 2004), *Resp. Civ. Assur.*, 2005, Chron. 3; M. GRIMALDI, *RTD civ.*, 2005, 434.

de las sucesiones y de regímenes matrimoniales y se aparte abruptamente de la definición del contrato aleatorio, ante el temor de la pérdida de un régimen fiscal que *per se*, es en cualquier evento contingente²⁶⁵. En suma, no se podría haber imaginado un mejor ejemplo para ilustrar la incongruencia de un derecho civil cuándo se le supedita a variables “económicas-fiscales-financieras”, respecto de las cuáles no se podría asegurar que estuviesen bien dominadas.

4. La fuerza obligatoria de las promesas unilaterales de venta

El análisis económico del derecho podría justificar esta jurisprudencia, tan polémica, que sostiene que cuando el que promete se retracta indebidamente, con anterioridad a la fecha en la que el beneficiario hubiera aceptado la oferta, incurre exclusivamente en el pago de daños y perjuicios²⁶⁶. Se podría argumentar en términos económicos, que ante una parte insatisfecha cómo es el beneficiario de la promesa, se contabilizan dos partes totalmente satisfechas: el vendedor que asumió la promesa de venta y el tercer adquirente; se parte del supuesto que la venta se realizó a un mejor precio que el convenido en la promesa, lo que motivó un mayor honorario, impuestos más elevados, entre otros. En cuanto al beneficiario de la promesa que no obtuvo satisfacción alguna, se termina por indemnizarlo y con ello se genera un círculo virtuoso... Pero debe aquí percibirse no solamente una grave alteración al valor moral que

²⁶⁵ Sobre este aspecto, es de mencionarse el laudo pronunciado el 26 de mayo de 1999 por la Corte de Arbitraje de Bélgica, la cual, insensible a las amenazas de un indeterminado sismo económico financiero, censuró, por considerarla contraria a las exigencias constitucionales de no discriminación y coherencia legislativa, una disposición de la ley del 25 de junio de 1992 sobre el contrato de seguro terrestre que, en la perspectiva del régimen matrimonial, calificaba de bien propio el beneficio del contrato percibido por el suscriptor durante el régimen, cuando las primas hubieran sido pagadas por la comunidad, salvo la recompensa debida a esta última únicamente en el caso de primas manifiestamente exageradas: “... Al inscribir la medida cuestionada en la ley sobre el contrato de seguro terrestre, cuando el artículo 1400.7 del Código civil no ha sido expresamente abrogado e indica la economía general de los regímenes matrimoniales dedicándoles un título completo con el que tal solución es *poco coherente*, el legislador posibilitó que [el] cónyuge [del suscriptor] no tuviera conocimiento del carácter unilateral de la ventaja producida por tal contrato... Según el régimen legal, si el esfuerzo de previsión de los esposos de bienes mancomunados se hubiese más bien manifestado por la compra de títulos u otros bienes de ahorro, estos hubiesen sido considerados como bienes mancomunados... Las disposiciones en cuestión son *discriminatorias*” (laudo n° 54/99). **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR** He aquí una decisión totalmente inspirada por el espíritu de los sistemas de derecho del *civil law*.

²⁶⁶ Cass. 3^{ème} civ., 15 déc. 1993, *Bull. civ.*, III, n° 174.

representa el respeto a la palabra dada²⁶⁷ sino de la misma forma, al interés práctico del contrato de promesa unilateral de compra venta, que consiste en conferir al único beneficiario un poder unilateral y exclusivo en la formación de la venta prometida, y ello sin si quiera evocar la idea subyacente que todo está sujeto a compra (se puede retractarse de la palabra dada, siempre y cuándo se pague una indemnización...). Otras interrogantes quedan irresueltas tales cómo: ¿Aún cuando no se trate de un *bargain*, quien puede dar seguridades que la venta prometida (a un empresario que quiera fijar el domicilio social de su empresa en el edificio) no resultaba económicamente más alentadora que la venta propalada (*verbi gratia* con un extranjero cuya intención es fijar aquí su segunda vivienda)? O bien, ¿Finalmente, cómo no observar que el sistema de derecho del *common law*, que festina su eficiencia económica, admite, excepcionalmente, una ejecución forzada en especie en el supuesto de ventas de inmuebles, cuando el vendedor se rehúsa al otorgamiento y firma del acta respectiva, cuándo el propio *common law* dispone que el adquirente ha accedido a la *equitable property*²⁶⁸?

107. El Orden civil y el orden de los mercaderes.

La misma metodología consistente en valorar una ley o la jurisprudencia en términos de costos financieros favorece, de manera difusa, al desarrollo de un espíritu mercante cuyo imperialismo, está por demás decirlo, sería de tal naturaleza que pervertiría al derecho civil. El derecho civil tiene por vocación propia la consideración tanto de las relaciones humanas como de los intercambios económicos, y garantizar por igual la paz social y la prosperidad económica.

Desde esta óptica, algunos lineamientos del derecho europeo son particularmente edificantes. Así es posible visualizar como la lógica de la competencia, ha alterado principios tan ciertos y sólidos, al menos en el sistema de derecho francés, como es el de la reparación integral del

²⁶⁷ Compárese con Ph. MALAURIE, “Regards sur le formalisme en droit privé », *Defrénois*, 2005, art. 38129 *in fine* : « En el *pacta sunt servanda*, se encuentra por consiguiente la esencia del derecho y de las relaciones sociales: la esencia, el respeto de sí mismo, el respeto de la ley, el respeto hacia los demás, el respeto de la sociedad, el respeto de la dignidad humana”. **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR.**

²⁶⁸ F. BELLIVIER y R. SEFTON-GEEN, “Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme » en *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 91.

perjuicio²⁶⁹. El principio de la libertad de prestación de servicios condujo a un juez inglés a otorgar a una mujer la autorización de exportar a Bélgica, con fines de inseminación artificial, el esperma tomado de su esposo horas antes de su muerte; aún cuando, debido a la ausencia de consentimiento explícito del varón, esa inseminación está prohibida en Inglaterra (en consecuencia la libertad de recurrir a los servicios ofertados en otro Estado miembro de la Unión Europea ha puesto en predicamento el derecho de oponerse a una paternidad *post mortem*)²⁷⁰; ese mismo principio condujo a la Corte de Luxemburgo a condenar la ley belga que imponía a la compañía aseguradora la obligación de informar al asegurado las pérdidas financieras²⁷¹ que conlleva generalmente la rescisión anticipada del seguro. La Corte de Luxemburgo fundó y motivó su resolución de condenar a la ley belga en la libertad de acceso a compañías aseguradoras ajenas al mercado belga. Finalmente bien se puede interrogar sobre la resolución del 21 de noviembre de 2001, en términos de la cual la Corte de justicia de las comunidades europeas juzgó que la prostitución constituía una actividad económica lícita, inserta en el derecho comunitario justiciable de las grandes libertades comunitarias²⁷²?

Es fácilmente perceptible que lo anterior no proviene directamente del análisis económico del derecho; participa sin embargo de la misma concepción que es necesario denunciar. El orden civil no se puede ser reducido a un orden de mercaderes²⁷³. Los beneficios económicos tienen

²⁶⁹ CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00, *D.*, 2002.2462, nota Ch. LARROUMET: condena de Francia que, en la ley de transposición de la directiva sobre la responsabilidad respecto a productos defectuosos, había descartado la franquicia de 500 euros por los daños causados a los bienes.

²⁷⁰ *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood*, [1997] 2 All E.R. 687 (C.A.), citado por C. U. Schmid, *Le projet d'un code civil européen et la Constitution européenne* en *Codes et codifications*, (2005) 46 C. de D., Université Laval (Québec), p. 115 y s., n° 3.

²⁷¹ C.J.C.E., 5 mars 2002, *Axa Royale Belge SA c. Ochoa et Stratégie Finance SPRL*, Aff. C-386/00 : JO C. 109, 4 mai 2002, p. 13. Sobre esta sentencia, véase C.U. Schmid, *op. cit.*: “La Corte [...] prefiere necesariamente que el consumidor absorba pérdidas considerables, a disminuir las oportunidades de las compañías extranjeras a acceder al mercado belga. Es evidente que en ese caso, la justicia contractual se ve nuevamente sacrificada en beneficio de la integración de los mercados” Véase en el mismo sentido la sentencia precitada, que condena a Francia a propósito de transposición de la directiva sobre la responsabilidad debido a productos defectuosos merece observaciones similares.

²⁷² C.J.C.E. 20 nov. 2001, aff. *Janny e. a.*, C-268/99.

²⁷³ Y. LEQUETTE, *Rapport de synthèse*, precitado. ; *D'une célébration à l'autre*, art. precitado. Véase también p. Sargos, “L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le “Rapport sur les revirements de jurisprudence””, *Droit social*, 2005, 123. A. SUPIOT, « Le droit du travail bradé sur le « marché des normes » », *Droit social*, 2005, p. 1087 y s.

indudablemente su importancia. Esta importancia empero no es menor a la de la seguridad, la responsabilidad, el respeto de la palabra dada, la lealtad, la dignidad y la pertenencia al régimen de *res extra commercium* del cuerpo humano. Al orden jurídico se le atribuye tanto "el ser" como "el tener". Según una expresión del Decano Cornu que ha hecho fortuna, un Código civil es *res publica* y no *lex mercatoria*²⁷⁴. Las vicisitudes que experimentan en la actualidad la construcción europea, las dudas e inquietudes que engendra en el espíritu de los pueblos la fidelidad a los valores fundamentales del "Viejo" Continente, así lo atestiguan.

108. *One size does not fit all.*

La reflexión final, estrictamente en términos de mercado, termina por considerar a los sistemas jurídicos, como simples productos o mecanismos instrumentales; a la diversidad se le estigmatiza como la causante de múltiples obstáculos: el cambio de sistema de derecho al transponer los límites nacionales es motivo de una irritación tan fastidiosa como la diferencia entre el ancho de las vías férreas o la diversidad de las conexiones eléctricas... *One size fits all*...

Ahora, si bien es cierto que unas armonizaciones son deseables y que están demostradas por múltiples ilustraciones, provenientes de la globalización económica y de la ideologización de los derechos humanos. Empero, la regla sistemática de estandarización, significa la imposición de la ley del más fuerte, y merece ser combatido:

- desde la óptica *económica*, se debe responder a la siguiente interrogante: ¿no se ha sostenido en repetidas ocasiones que la competencia entre los sistemas de derecho favorece la competitividad económica y desarrolla el espíritu de reforma, tan preciados en los Informes?

- desde la óptica de la metodología, surge la siguiente interrogante: ¿no es preferible la diversidad, atemperada por numerosas convergencias, que una unificación apresurada, sobre todo cuando ésta no se entiende como la busca de un sistema transaccional sino como la integración a un modelo reputado superior?

- desde la óptica cultural, finalmente: como lo sostienen los mismos norteamericanos: "*Variety is the spice of life*". El sistema de derecho es una cultura; es insostenible el postulado de una única cultura

²⁷⁴ Discurso pronunciado en la Universidad Paris II Panthéon-Assas, con motivo de la publicación del libro precitado, 1804-2004 *Le Code civil*...

universal, de un único sistema de derecho universal. De ahí no puede concluirse que no puedan existir ciertos principios jurídicos de valor universal: los que proclaman *verbi gratia* la declaración universal de los derechos humanos; o aún los principios cuya trasgresión está sancionada por el Tribunal penal internacional (cuya competencia está reconocida por la gran mayoría de los Estados nacionales, mas no por los Estados Unidos de América). Esto significa que la concepción que se tiene del contrato, de la propiedad o del derecho de sucesiones se encuentra profundamente arraigado en la historia de un país, y que al ignorarlo, el pensamiento “unipolar” o “unilateral” que pretende someter todas las realidades sociales a un modelo único de sistema de derecho, que no puede ser atribuido más que a la vanidad, pero que simultáneamente inspira fastidio.

§ 2. LAS PROFESIONES DEL DERECHO

109. Especificidad de la prestación jurídica.

En los Estados nacionales en donde, como en Francia, existe un servicio público de la administración de justicia, al igual que existe un servicio público de salud, la prestación jurídica, cómo tampoco la prestación médica, pueden equipararse a la prestación de los servicios que proporciona un comerciante: ni la profesión médica, ni la jurídica podrían ser reguladas por una única ley del mercado.

Eso explica, entre otros, la exigencia del acceso al derecho para todos, con las consecuencias que de este principio pueden derivarse: en primer término, la prohibición para esas profesiones reglamentadas de realizar habitualmente actos de comercio: el mandato de oficio del abogado y la obligación de la prestación del servicio público al notario; la ayuda jurisdiccional, que aspira a hacer efectivo el derecho que le asiste a cada uno por parte de la jurisdicción; el arancel notarial, que posibilita que las operaciones más rentables (cómo son *verbi gratia* los contratos de compra ventas de bienes inmuebles) financien las que lo son en menor grado, cuando no son francamente deficitarias (la liquidación de sociedades conyugales y de las sucesiones); el acceso gratuito en línea del portal www.legifrance.gouv.fr, del *corpus* legislativo y jurisprudencial. Eso explica así mismo algunas de las severas reglas previstas en los códigos de conducta que regulan en Francia la profesión de abogado, como la emblemática prohibición del pacto *de quota litis* o la prohibición del derecho de retención de un abogado del expediente de su cliente hasta el pago de sus honorarios, que es una clara excepción al principio general

que regula el derecho de retención por parte del acreedor de los documentos pertenecientes al deudor.

No es de extrañarse que los estatutos del notariado francés resulten totalmente incomprensibles para los ideólogos adeptos al liberalismo absoluto²⁷⁵. El notariado latino es una profesión del derecho; el nombramiento del Notario proviene del Estado, cuya misión (*verbi gratia* asegurar el servicio público de la prueba cierta) está definida por el Estado, y cuyas estructuras gremiales (en Francia, se pueden identificar el Consejo superior del Notariado, los consejos regionales y las cámaras provinciales) son impuestas por el Estado. El notario lo es de la República o del Rey, aun cuando sean remunerados por los particulares que recurren a sus servicios profesionales. A partir de estas consideraciones apreciar al notariado en términos de mercado es un contrasentido; censurarlo alegando que es beneficiario del monopolio de la fe pública, equivale a cuestionar al Estado la organización y la asistencia de un servicio público de la preconstitución de la prueba que en suma es la delegación de uno de las potestades del Estado; concebir al arancel notarial como un convenio de prestación de servicios profesionales, equivaldría a considerarlo como un acuerdo entre competidores, cuando es una decisión de Estado²⁷⁶.

En cuanto al abogado ¿resulta necesario recordar el tenor humano y no mercante de su juramento: “Juro, como abogado, ejercer mis funciones con dignidad, conciencia, independencia, probidad y humanidad”?

Sería más que una candidez, sostener que el abogado y el notario, como profesionales del derecho, no se preocupen por sus ingresos. Está sin discusión que estas profesiones se han visto seriamente afectadas por el creciente predominio del derecho en las sociedades contemporáneas y el notable encarecimiento de los servicios profesionales en la materia²⁷⁷. Más sin embargo, no por ello los juristas franceses han adoptado el postulado que consiste en considerar que el valor del sistema de derecho, depende de la capacidad de éste de hacer prosperar la economía.

²⁷⁵ Sobre esta incomprensión, véase a Y. LEQUETTE, *Rapport de synthèse*, precitado.

²⁷⁶ Véase sobre el tema de la elección de la República Popular China y la República Popular del Vietnam a favor de la institución notarial. A. ROTH, *Rapport de synthèse*, XV^{èmes} Rencontres Notariat Université, *Le notariat : perspectives françaises et européennes*, 2005, à paraître, éd. *Les Petites Affiches*.

²⁷⁷ Sobre la profunda evolución de la profesión de abogado, véase J.-D. VERDÍN, *Mots et pas perdus*, Paris, Plon, 2005.

110. Riesgo en la confusión de profesiones distintas.

La ideología mercante conduce inevitablemente a deformar la concepción tradicional de las profesiones del derecho. En relación a la abogacía, los juristas dejarán de ser considerados como auxiliares privilegiados del funcionamiento de la administración de justicia; la concepción económica que regiría sería considerarlos como profesionales en franca competencia por la clientela y por segmentos de mercados; autorizados a emplear entre ellos toda clase de ardides en el transcurso de los procesos... En cuanto al notariado, deberá considerar el estatuto de servicio público como una sujeción; abandonar el servicio de la autenticidad y las obligaciones inherentes, por la prestación de asistencia jurídica remunerada libremente, e incurrir incluso en los terrenos movedizos y lucrativos de la "desfiscalización"; se terminará por considerar como una extravagancia que un mismo notario pueda asistir jurídicamente por igual a dos partes en un mismo contrato... La delicadeza, la imparcialidad, la confraternidad, militan entre otros tantos valores fundamentales que provienen de ámbitos distintos al de la competencia económica.

Al paso del tiempo surgirá la interrogante natural de intentar diferenciar la actividad de un abogado y la de un notario; o bien lo que pudiera diferenciar a un abogado de un jurista titular de una maestría en derecho o incluso de un ujier. Todos por igual conformarían la oferta de servicios jurídicos, subsumidos en una profesión única, que constituiría la libre empresa jurídica... *One size fits all...*

Al igual que la regla de derecho, las profesiones de prestación de servicios jurídicos se encaminarán hacia la unicidad e irremediabilmente a su empobrecimiento.

111. ¡Bienvenida la diversidad jurídica!

En este aspecto es necesario expresarse con claridad. No se intenta una defensa de una cultura en lo particular *per se*, ni de aferrarse con obstinación a una tradición por un temor a toda evolución. El planteamiento es más sencillo; cabe interrogarse si existen razones suficientes para transitar de un sistema de derecho a otro.

¿Hay certeza que los Estados Unidos de América, respecto a las profesiones del derecho, representan una imagen que debe servir de modelo? ¿Se encuentran los ciudadanos norteamericanos mejor asesorados en su país? ¿Está el ciudadano mejor defendido en el proceso? ¿Se administra mejor la justicia? ¿Se tiene un mejor acceso al sistema de

derecho? Por otra parte ¿es válido sostener que resulta una verdadera casualidad que a partir de la caída del muro de Berlín en 1989, catorce Estados nacionales de la antigua Europa comunista restablecieron el notariado latino²⁷⁸? ¿No resulta altamente significativo que un país como la Republica Popular de China, al abrirse a las relaciones comerciales exteriores, haya optado por crear una profesión notarial inspirada directamente del notariado latino²⁷⁹ y que muchos otros países hayan expresado su anhelo de crear esa profesión²⁸⁰? Resulta incuestionable que todos esos países han optado por la seguridad jurídica, condición indispensable al desarrollo de las inversiones nacionales o extranjeras. El notariado moderno encarna precisamente esa necesidad de seguridad jurídica al servicio del desarrollo económico²⁸¹.

A los juristas de todos los países, incluyendo a Francia, les queda muy en claro que no existe un sistema de derecho ideal; que cada uno acusa imperfecciones e insuficiencias, pero que dentro de sus orígenes históricos y culturales, han encontrado la manera de superarlos. Existe una resistencia natural por las transposiciones jurídicas provenientes de otros sistemas de derecho que, por más seductores que parezcan, están imbuidas de un alto contenido ideológico.

Resultaría por demás extraño, que la diversidad de las culturas jurídicas no pudiera igualmente beneficiarse de la protección creciente atribuida de manera general a la diversidad cultural. ¿Resulta necesario recordar que la Conferencia General de la UNESCO, el 20 de octubre de 2005, aprobó una Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, que se inserta en la misma tendencia que puede ser reconocida en la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural (2001); que la diversidad cultural debe considerarse como un “patrimonio común de la humanidad” y que su

²⁷⁸ Polonia, Hungría, Rumania, Bulgaria, Turquía, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, Armenia, Ucrania, Georgia, Croacia. Véase también en Asia, el caso de Vietnam (*Droit et patrimoine*, févr. 2006)

²⁷⁹ Ley no 39 del 28 de agosto de 2005, entrada en vigor el primero de marzo de 2006.

²⁸⁰ La Unión Internacional del Notariado Latino recibió entre otras solicitudes de ingreso de Tailandia, Corea, Kazajstán, Azerbaiján, Bielorrusia, Serbia-Montenegro. Además, algunos estados de los Estados Unidos de América (los Estados de Texas, de Alabama y de Luisiana), del Canadá (la Provincia de Colombia Británica) y de Australia (Estado de Victoria) se interesan en la profesión y participan como observadores en algunas reuniones internacionales del notariado.

²⁸¹ Véase el discurso del Señor ZHANG FUSEN, Ministro de la Justicia de China. Coloquio sobre “La propriété au service du développement économique”, Shanghai, 15 y 16 de noviembre de 2004, Éd. Centre sino-français de formation et d’échanges notariaux et juridiques à Shanghai, 2005, p. 8.

“defensa resulta un imperativo ético, inherente al respeto de la dignidad humana”²⁸²?

²⁸² Véase el portal unesco.org.

CONCLUSIÓN GENERAL

112. La única riqueza es la del hombre.

Los informes del Banco Mundial tuvieron un efecto muy intenso pero saludable en el gremio de los juristas de tradición latina, en especial de los juristas franceses.

La virulencia del tono, los excesos de las conclusiones (Francia, país que pertenece al llamado G7, fue colocada en el lugar 44 por la calidad técnica de su entorno regulador de los negocios; Rwanda, que se enfrenta a una guerra civil desde tiempos ancestrales, fue vanagloriada como un modelo digno de replicarse en el Continente Africano, sin que ninguna mención se haya hecho a la experiencia civilista de la OHADA), la vanidad resultante de la metodología empleada (la asignación de calificaciones aprobatorias o reprobatorias a los Estados nacionales por un autoproclamado maestro soberano desde su cubículo) y la ausencia de perspectivas (la búsqueda de la administración de justicia entendida como una búsqueda de *best practices*, entre otras muchas) justifican naturalmente una inevitable relativización de su alcance.

Obviamente, un enfoque con graves carencias de sinceridad y seriedad intelectual en su demostración²⁸³, conducirán a algunos juristas a ignorar, si no es que francamente a rechazar las conclusiones. Se sostendrá justificadamente que si bien los objetivos proclamados son indudablemente nobles – *Understanding regulation, Removing obstacles to growth, Creating jobs* – éstos se perciben como el intento de imponer la preeminencia de un sistema de derecho, vigente en el ámbito territorial de la potencia económica dominante en la actualidad. Este recelo se hace extensivo al Banco Mundial, radicado en la Ciudad de Washington D.C. y ampliamente financiado por los Estados Unidos de América. El Banco Mundial ha proveído a los postulados del grupo *LLSV* de una tribuna inesperada, cuándo simultáneamente se empeña en negar, mediante una advertencia que goza de poca credibilidad y por lo tanto resulta poco convincente, que se abstiene de aprobar institucionalmente las opiniones vertidas, no obstante que éstas reiteradamente son retransmitidas año tras año²⁸⁴ ...

²⁸³ B. du MARAIS, art. precitado.

²⁸⁴ Véase la advertencia sistemática siguiente: “The findings, interpretations, and conclusions expressed here are those of the authors and do not necessarily reflect the views of the Board of Executive Directors of the World Bank”.

Ello no obsta, para que esos Informes atesten al derecho la calidad de “vector mayor de influencia internacional para un Estado nacional”²⁸⁵. Era de esperarse que la potencia económica dominante quisiera dejar sentir su influencia, impulsando por cualquier medio posible su modelo jurídico, en la especie el sistema de derecho del *common law*, aun cuándo fuera a expensas de otros modelos, entre los cuales señaladamente se encuentre el sistema de derecho del *civil law*. Para Francia, que celebró el bicentenario de su Código civil el año pasado y que ha sabido impulsar a tantos y tan diversos países, no puede pasar por desapercibido el interés que puede tener un país en difundir su sistema de derecho, sus técnicas y sus valores²⁸⁶. Ahora le pertenece, así como a los otros países que comparten la misma cultura jurídica, defender los valores inherentes a su cultura y oponerse a los efectos provocados por la estrategia de dominación cultural en la que se inscriben, bajo un rigor científico aparente de estudios pletóricos de cifras, los Informes *Doing Business*.

Con este propósito, conviene inicialmente, desde la misma perspectiva del análisis económico²⁸⁷, demostrar el valor de nuestro sistema jurídico: hay que afirmar en este espacio, simple y llanamente, que el derecho civil presenta incuestionablemente cualidades intrínsecas eminentemente “económicas” (*verbi gratia* ahorros de tiempo y de dinero pero también de seguridad, de prevención de controversias, entre otros).

Importa desde luego, pero sobre todo, defender otra visión del sistema de derecho, que llegue a privilegiar su dimensión cultural²⁸⁸ y

²⁸⁵ H. MOUTOUH, « Le droit et l'influence internationale de la France » en *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique?*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2005, p. 79 y s.

²⁸⁶ M. GRIMALDI, *L'exportation du Code civil*, precitado.

²⁸⁷ Punto de vista que muchos ya no dudan en adoptar en Francia: Véase entre otras las diversas contribuciones en “L'analyse économique du droit des contrats: outil de comparaison, facteur d'harmonisation”, *Gaz. Pal.* 2005, n° 68-69; *adde* M.-A. FRISON-ROCHE, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2005. El análisis económico aun inspira directamente algunas propuestas de reformas en ámbitos en los que no necesariamente se esperaría, como lo demuestra el reciente *Rapport sur les revirements de jurisprudence* elaborado por una Comisión presidida por Nicolás MOLFESSIS, publicado el 30 de noviembre de 2004, que estigmatiza los “efectos fundamentalmente antieconómicos” de los cambios de jurisprudencia.

²⁸⁸ Véase P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le “Rapport sur les revirements de jurisprudence”) », *Droit social*, 2005, n° 2, p. 124 ; *adde* V. HEUZÉ, « À propos du Rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP*, 2005, I, 130.

Sobre el ocaso anunciado del análisis económico del derecho en los Estados Unidos de América y para una crítica del ascenso de la hegemonía del derecho norteamericano, en

elogiar la diversidad²⁸⁹. Si se da por sentado que el sistema de derecho es atractivo y apto para proporcionar un marco propicio para los intercambios, es preciso rechazar la reducción de considerar al derecho, cómo un simple “entorno reglamentario favorable”²⁹⁰, en una perspectiva de estandarización jurídica universal – en beneficio, obviamente, de la ley del más fuerte o del más rico sobre el débil, que necesariamente sería desde esa óptica “el mejor sistema de derecho”. Se debe formular una convocatoria para combatir ese enfoque, que paradójicamente participa de una orientación marxista, en razón de la fuente del derecho, al conceptuarse como una “superestructura” cuya finalidad sería asegurar la permanencia de determinado sistema de intercambio económico.

El sistema de derecho francés continúa siendo un derecho humanista. Aspira, sin discusión a estimular los intercambios comerciales, desarrollar las inversiones y facilitar la creación de empresas, pero tiene por vocación la protección de los individuos. No cultiva la eficiencia económica *per se*, a cualquier precio y a corto plazo²⁹¹ sino que ambiciona fundar un modelo de sociedad duradero. El sistema de derecho francés ha sido pionero en una enorme y diversa cantidad de ámbitos, tales como la teoría del abuso del derecho, el principio de una responsabilidad sin culpa en la época del maquinismo (responsabilidad objetiva), el de la responsabilidad extensiva del vendedor-fabricante en la era del derecho del consumidor o, en pleno siglo de la bioética, la gratuidad de las “donaciones” de órganos, sangre o productos genéticos. Un código civil constituye, para el jurista francés, “el instrumento que funda las

parte bajo la influencia del pensamiento de esa doctrina, véase U. MATTEI, “Analyse économique du droit et hégémonie de la pensée juridique américaine: un essai sur l’ascension et la chute du prestige culturel”, *Gaz. Pal.*, 2005, n° 68-69, p. 37.

²⁸⁹ Ver B. du MARAIS, « One size fits all », *Tribune, AJDA*, 28 de junio de 2004.

²⁹⁰ Cierta « resistencia » dirigida, no contra el análisis económico del derecho que puede ser una ciencia auxiliar indudablemente útil, sino contra una tentación hegemónica de ésta (manifiesta en la esfera de influencia *LLSV* y en los Informes *Doing Business*) parece desde ese punto de vista justificada: comp. Sobre ese tema H. MUIR-WATT, “Les forces de résistance à l’analyse économique du droit dans le droit civil » en Bruno DEFFAINS (dir.), *L’analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, pp. 37-45 ; *Pet. Aff.*, n° 99, 19 mai 2005, « Analyse économique du droit : quelques points d’accroche », bajo la dirección de Guy CANIVET, Bruno DEFFAINS y Marie-Anne FRISON-ROCHE.

²⁹¹ Balance matizado sobre la influencia del derecho comercial francés en el mundo, ver D. VOINOT, “La législation commerciale: instrument de rayonnement du droit français dans le monde », *Pet. Aff.*, 9 mars 2005, n° 48, p. 3.

prioridades de toda sociedad”²⁹². El imperativo económico único carece de la capacidad de desarrollar²⁹³ estas prioridades.

Preservemos siempre en el espíritu el pensamiento de Jean Bodin:
La única riqueza es la del ser humano.

²⁹² G. CANIVET, discurso precitado ; *adde*, del mismo autor, “Le juge entre progrès scientifique et mondialisation”, *RTD civ.*, 2005, 33, spéc. p. 41 y s.

²⁹³ P. SARGOS, art. Precitado.

ADENDUM

PONENCIAS DE LOS GRUPOS NACIONALES DE AMERICA
LATINA DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT

GRUPO BRASILEÑO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT.
ARNOLDO WALD

GRUPO COLOMBIANO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT.

GRUPO CHILENO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT.
RAMÓN DOMÍNGUEZ

GRUPO GUATEMALTECO DE LA ASOCIACIÓN HENRI
CAPITANT. EDUARDO MAYORA ALVARADO

GRUPO MEXICANO DE LA ASOCIACION HENRI
CAPITANT. JORGE SÁNCHEZ CORDERO.

GRUPO PANAMEÑO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT.
GILBERTO BOUTIN I

La Respuesta del Grupo Brasileño de la Asociación Henri Capitant

Doing Business y la posición de América Latina
por Arnoldo Wald¹

I. Introducción

1. La crítica encarnizada formulada por los Informes *Doing Business* (2004 y 2005) a los países de derecho escrito, la cultura jurídica francesa y las legislaciones de la familia romano germánica, no podía dejar al Brasil indiferente, ni a los demás países de América Latina pertenecientes a este sistema de derecho, que forman parte importante entre los países en vía de desarrollo vinculados a esa tradición.

2. Es indudable que tanto por su espíritu como sus técnicas, los sistemas de derecho de la América Latina mantienen lazos muy estrechos con la cultura jurídica francesa, que modeló sus instituciones; puede válidamente sostenerse que estos sistemas de derecho se consideren como totalmente integrados a esta familia o como derechos mixtos². Igualmente importante, es necesario puntualizar que los países de América Latina han experimentado la influencia de otros sistemas de derecho europeos, de los que abrevaron para codificar su legislación. Si, como bien lo observó René David, los ciudadanos de América Latina son a la vez latinos y americanos³, su formación jurídica, en especial la concerniente al derecho privado, está sin embargo vinculada íntimamente a la latinidad, sin perjuicio de que algunos aspectos de su sistema de derecho los aproximan más al sistema de derecho actualmente en vigor en los Estados Unidos de América.

¹ Presidente del Grupo Brasileño de la Asociación Henri Capitant. Traducción libre del Dr. Jorge A. Sánchez Cordero.

² CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, « L'évolution des droits mixtes » en *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité, Liber Amicorum Cyrille David*, Paris, LGDJ, 2005, p. 335 ; y ARNOLDO WALD, « Doit-on repenser les familles juridiques ? » en *De tous horizons. Mélanges Xavier-Jouvan*, Paris, Société de Législation Comparée, 2002, p. 192.

³ RENÉ DAVID, *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé*, Paris, LGDJ, 1950, p. 259.

3. Habida cuenta del espacio limitado del que se dispone, se examinarán sucesivamente, de manera sucinta, los Informes *Doing Business* (2004 y 2005) para luego destacar las ventajas del sistema de derecho escrito, redefinir el papel del análisis económico, para concluir abogando por la preservación de las técnicas y valores esenciales de la cultura francesa, que finalmente son las de la civilización occidental.

II. Un informe inexacto e injusto

4. En líneas anteriores se han examinado en forma pormenorizada las inexactitudes y se ha evidenciado la mala fe con la que han conducido los redactores de los Informes *Doing Business*; se destacó igualmente el desprecio que se observó sobre la importancia y los beneficios de la codificación, fundándose en estadísticas poco confiables y más grave aún que éstas no guardan relación evidente unas con otras.

5. La aspiración evidente de esos Informes es orientar el sistema de derecho de los países en vía de desarrollo, formulando un modelo único y eliminando las peculiaridades de cada región así como las diversas fases históricas experimentadas por los diferentes países, que explica las tradiciones y necesidades particulares de cada región. Es una omisión grave en un Informe que debería abstenerse de imponer una visión jurídica unilateral al resto del mundo.

6. Es necesario puntualizar que la uniformidad de las soluciones, tanto en el ámbito jurídico como económico, que bien pudo ser aceptable en los siglos XIX y XX, resulta irrelevante en el siglo XXI. En la actualidad, la elección de una escuela de economistas no debería considerarse como un imperativo. En este sentido, el consenso de Washington de hace unos quince años que confería una supremacía a los factores económicos ha sido totalmente superado; incluso aquéllos que lo postularon han evolucionando hacia un post consenso e intentan complementar su programa económico con medidas de orden social y el fortalecimiento de las instituciones, lo que infiere una evolución del sistema de derecho escrito⁴. Es más, aun en los Estados Unidos, las

⁴ PEDRO-PABLO KUCZYNSKI y JOHN WILLIAMSON, *After the Washington Consensus : restarting growth and reform in Latin America*, traducido al portugués en 2004 bajo el título *Depois do Consenso de Washington*, Sao Paulo, Saraiva, 2004, passim : en especial el capítulo 11 redactado por John Williamson. Ya en tiempos anteriores había

grandes crisis como la de 1929, se resolvieron con textos legislativos como el *New Deal*. Más recientemente, es también con la intervención del Estado aunada a un texto de ley, y no mediante decisiones judiciales, que los Estados Unidos reaccionaron ante el escándalo de los fraudes de las grandes sociedades norteamericanas⁵. Parece por lo tanto totalmente injusto, atribuir al sistema de derecho escrito la pobreza de los países en vía de desarrollo o el fracaso de su lucha contra la miseria.

III. Convergencia y armonización de los derechos. Rechazo de la hegemonía de un sistema único de derecho.

7. Cómo una consecuencia del proceso de globalización, la aceleración de los avances tecnológicos y el crecimiento del comercio internacional, los diversos sistemas jurídicos se aproximan cada día más los unos a los otros.

8. En el Brasil, el Congreso Nacional aprobó en el 2002 un nuevo Código Civil inspirado tanto en el *Codice Civile* italiano como en el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) germánico y aún en la doctrina y jurisprudencia francesas⁶. Conforme al modelo del Código Civil Napoleón y al pensamiento de Portalis, el legislador brasileño preservó todas aquéllas reglas de derecho que no era necesario modificar, separándose únicamente en algunas sutilezas con sus tradiciones e intentando preservar la misma terminología jurídica. Este novísimo Código Civil pretende ser moderno, operacional pero también, y sobre todo, ético⁷. Ante la imposibilidad de prever todos los supuestos, puso de relieve principios generales, cláusulas “abiertas” y se orientó más por encontrar soluciones adecuadas a los problemas domésticos, y no cómo en épocas anteriores, adoptar todas las soluciones provenientes de las legislaciones de los países desarrollados⁸.

habido una reacción contra lo que JAMES A. GARDNER llamó el *Legal Imperialism*, The University of Wisconsin Press, 1980.

⁵ ANNE-MARIE FRISON-ROCHE señala « La remise en cause du marché financier américain », *Les leçons d'Enron*, Paris, Éd. Autrement Frontières, 2003, p. 17.

⁶ MIGUEL REALE, *Historia do Novo Código Civil*, Sao Paulo, Saraiva, 2005, pp. 35 y ss. Ver también ARNOLDO WALD, “L’influence du Code civil en Amérique latine” en *Le Code Civil – Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004 ; y « Les nouveaux codes de l’Amérique latine » en *L’avenir de la codification*, Paris, Publication du Sénat et de l’Association Andrés Bello, 2004, p. 125.

⁷ MIGUEL REALE, *op. cit.* p. 37.

⁸ RENÉ DAVID, Curso de Doctorado publicado en el libro *Le Droit brésilien*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 159.

9. Por otra parte, la legislación brasileña relativa tanto a las sociedades anónimas como a la competencia, tomó al derecho norteamericano como modelo. Esa complementariedad, presente sobre todo en los países en vía de desarrollo, cuya época colonial se remonta a tiempos remotos, es indudablemente de una gran fecundidad⁹.

10. El sistema de derecho escrito brasileño aspira a ser claro, flexible y accesible para todos, pero sobre todo que esté al alcance de toda la sociedad brasileña. La inflación legislativa que padeció el Brasil en algún momento de su historia, explica en gran medida el actual esfuerzo de reorganización de la legislación vigente. Por otra parte, en consideración a la enorme dificultad que representa la uniformización de la jurisprudencia en un país continental que integra regiones geográficas con niveles muy diferentes de civilización, la Suprema Corte de Justicia del Brasil ha sido autorizada, a través de una reciente reforma constitucional¹⁰, a consolidar su jurisprudencia en determinadas materias, a efecto de obligar los tribunales inferiores a seguir su orientación.

11. A eso hay que añadir que el Brasil, al igual que Francia, reconoce hoy en día que la seguridad jurídica tiene un valor constitucional y que la construcción jurisprudencial debe garantizar la eficiencia del derecho.

12. En materia del derecho de los contratos, la buena fe, la equidad, el interés social y el equilibrio complementan y limitan la libertad contractual, y consecuentemente le dan un nuevo sentido al principio *pacta sunt servanda*. El Código Civil admitió incluso la teoría de la imprevisión, que había sido aceptada anteriormente por el derecho administrativo brasileño para preservar la conservación de la ecuación financiera de la estructura contractual; esta nueva concepción encontró su inspiración en la doctrina francesa y en la jurisprudencia francesa del Consejo de Estado¹¹.

⁹ CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, artículo citado y Rapports de Synthèse des Journées Brésiliennes de l'Association Henri Capitant de 2005.

¹⁰ Enmienda constitucional n° 45 que entró en vigor el primero de enero de 2005.

¹¹ CAIO TÁCITO, *Temas de Direito Público*, Río de Janeiro, Renovar, 1997, vol. I, p. 199; ARNOLDO WALD, "O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro" en *Estudo em Homenagem ao Professor Caio Tácito*, Río, Renovar, 1997, pp. 75 y ss; y *Le Droit Brésilien*, precitado, p. 397.

IV. El análisis económico, herramienta del derecho

13. Fue hasta tiempos recientes que los juristas brasileños admitieron la importancia del análisis económico, al igual que, los economistas terminaron por aceptar que el legislador utiliza exclusivamente instrumentos jurídicos. La inflación galopante que ha padecido el Brasil y el ajuste al que se recurrió representó durante mucho tiempo y de manera simultánea el ámbito de discusión y un laboratorio en el que pudo entreverse una estrecha colaboración entre juristas y economistas. Bajo el régimen militar (1963-1985), los economistas quisieron yugular la inflación mediante planes monetarios, carentes de soporte jurídico, que terminaron por fomentar una multiplicación de procedimientos judiciales y un congestionamiento de controversias en los tribunales, generando un verdadero caos. Después del restablecimiento del estado de derecho, los juristas brasileños, al igual que los magistrados y abogados franceses, se percataron de la importancia del análisis económico para hacer eficientes las resoluciones judiciales. El Estado y el ámbito jurídico admitieron el postulado de disminuir el costo de las transacciones mediante una protección adecuada de los derechos de propiedad y de los acreedores, pero exclusivamente en la medida en que la podían conciliarse con la ética.

14. Así, algunas medidas recientes redujeron los requisitos, facilitaron la circulación de los bienes y servicios, reorganizaron el derecho de insolvencia y agilizaron los procesos judiciales y administrativos. El ahorro de tiempo se ha vuelto un imperativo para el Poder Judicial, sin que ello se haya hecho en desdoro de la calidad de la distribución de la justicia.

15. La profesión jurídica se modernizó también pero el Consejo Federal del Colegio de Abogados fue vigilante que no hubiera incurrido en una comercialización de la actividad de los abogados quienes, por su desempeño, están obligados a asegurar el buen funcionamiento del servicio público de la administración de justicia. Debe impedirse que los abogados se conviertan en simple “mercaderes de derecho”¹².

¹² YVES DEZALAY alude al «descubrimiento del pretor por los mercaderes» en *Marchands de droit*, Paris, Fayard, 1992, p. 206.

V. El derecho como valor de la civilización occidental

16. Si la eficiencia es importante, la función principal del derecho es la impartición de Justicia y garantizar la seguridad jurídica, recurriendo a los principios procedentes de la filosofía griega, del sistema de derecho romano y de la Declaración de los derechos humanos. La tradición humanista, que se encuentra en el centro de la civilización occidental, no sólo se preocupa por el crecimiento de la economía, sino también por el desarrollo que debe ser global, endógeno e integrado¹³, para todo ser humano y para cada ser humano. En tanto el crecimiento se mide mediante estadísticas, el desarrollo debe ser cualitativo y presuponer, como bien lo señalaba Raymond Aron, "...una administración y legislación racionalizadas y la difusión de una enseñanza inspirada de Occidente"¹⁴. Es preciso admitir que en la jerarquía de los valores, la Justicia prevalece sobre la eficiencia.

17. La dignidad humana, la lealtad, la equidad, la independencia del poder judicial, la libertad, la igualdad y la solidaridad son valores sociales que el sistema de derecho brasileño y los demás sistemas de derecho de América Latina deben garantizar a través de los textos constitucionales de los países de formación romano germánica, así como de los tratados internacionales. El derecho no puede por lo tanto transformarse en una mercancía, en una *commodity*, y obedecer exclusivamente a las leyes económicas. El estado de derecho y la sociedad no pueden transformarse en "sociedad de mercancías".

18. Reiterando la opinión emitida en la conclusión del estudio de la Asociación Henri Capitant, hemos de coincidir que el sistema de derecho debe seguir siendo un derecho humanista a fin de asegurar la existencia y el desarrollo de una sociedad duradera. En este sentido, los economistas acabaron por admitir que, como lo afirmaba Maurice Allais:

"Una economía de mercado sólo puede funcionar correctamente dentro de un marco institucional, político y ético que asegure la estabilidad de la regulación"¹⁵.

¹³ FRANÇOIS PERROUX, *Pour une philosophie du nouveau développement*, Paris, Aubier, 1981, p. 237.

¹⁴ RAYMOND ARON, *Trois essais sur l'âge industriel*, Paris, Plon, 1966, p. 54.

¹⁵ MAURICE ALLAIS ap. MICHEL ALBERT, JEAN BOISSONNAT y MICHEL CAMDESSUS, *Notre foi dans ce siècle*, Paris, Arléa, 2002, p. 120. (traducción libre).

19. Es lo que los redactores de los Informes *Doing Business* parecen haber olvidado y que la Asociación Henri Capitant deseaba recordarles.

La Respuesta del Grupo Colombiano de la Asociación Henri Capitant

CON RESPECTO A LOS INFORMES
DOING BUSINESS DEL BANCO MUNDIAL¹

Por ser tan completo, bien argumentado, profundo y elevado en sus consideraciones, no resulta sencillo añadir alguna argumentación al opúsculo que la Asociación Henri Capitant de los Amigos de la Cultura Jurídica Francesa redactó en respuesta a los Informes del Banco Mundial de 2004 y 2005 (*Doing Business in 2004: Understanding regulation* y *Doing Business in 2005: Removing obstacles to growth*) y en lo referente a la mejor manera de desarrollar la economía de un país a partir de la adopción de un sistema jurídico adecuado. Sin embargo, el Grupo Colombiano de la Asociación Henri Capitant quisiera expresar en unas cuantas líneas no sólo su completa identificación con las razones de orden económico, jurídico y filosófico que plantean esta respuesta para llegar, en perfecta lógica, a la conclusión que no existe una superioridad intrínseca del sistema de derecho del *common law* sobre el sistema de derecho romano germánico, sino también en la medida de lo posible, contribuir al debate con unas observaciones cuyo interés radica en el hecho de que provienen de un país subdesarrollado y perteneciente a la familia de derecho romano germánico.

En primer término, se puede afirmar categóricamente que la alegación según la cual el ámbito jurídico, es decir la legislación y el procedimiento, condicionan el desarrollo económico de un país no es más que una petición de principio. En todo caso, los Informes *Doing Business* no ofrecen prueba alguna de este postulado. Se inscriben sin embargo, en la política de la globalización, que se traduce en el reino prometido del Mercado, el cual debe conducir para retomar las palabras del historiador francés Guy Bois, “al establecimiento de un conjunto capitalista mundial, en el que los Estados ya no son capaces de orientar eficientemente las economías nacionales, y que se dota de su propia regulación interna en

¹ Traducción libre de Jorge Sánchez Cordero.

beneficio de su “centro” al que se confiere el poder de decidir donde conviene invertir, producir o a la inversa cerrar empresas”². Esto debe muy naturalmente conducir a la modernización, a rechazar todo lo que podría obstaculizar o atrasar el advenimiento de un mundo nuevo³. La interrogante es clara: ¿Es nocivo el intervencionismo del Estado para el libre funcionamiento de las fuerzas económicas, de la oferta y la demanda? ¡Que se suprima! Las legislaciones que se inspiran del modelo romano germánico y más particularmente del sistema de derecho civil francés, son ellas mismas, aun en apariencia, demasiado complejas y están preocupadas por la protección del derecho de los débiles, incluso aún por garantizar tanto como sea posible los ideales de igualdad y equidad, y ello obstaculiza el mundo de los negocios, tal y como tienden a afirmarlo los Informes. ¡No hay que dudarlo ni un momento! Hay que hacer tabla rasa, evolucionar hacia un sistema de derecho de *common law*, menos complejo, más ágil y que proporcione más seguridad a los empresarios e inversionistas. Debe tomarse así el camino correcto, el del desarrollo económico y de la eliminación de la pobreza. En suma, transitar al mundo de ensueño cuya realidad, al cabo de veinte años de globalización, se asemeja más a una pesadilla.

No a la intervención del Estado; sí al cambio de sistema de derecho, he aquí *grosso modo* las grandes conclusiones que pueden derivarse de los Informes del Banco Mundial. Sin embargo ninguna de las dos se impone con la fuerza de la evidencia sino antes al contrario.

Debe iniciarse por el intervencionismo del Estado. El debate consiste en determinar si el Estado debe intervenir en la economía. Como bien se sabe, se trata de corregir, sobre todo en los países en vía de desarrollo, las deficiencias del mercado. Es una actividad a la que el Estado no puede abdicar sin incurrir en el riesgo de perder toda su legitimidad e incluso su razón de ser. Desde los años 30 del siglo XX, inspirándose en las medidas aplicadas por los gobiernos beligerantes durante la primera guerra mundial, y de la política del *New Deal* que permitió a los Estados Unidos superar la depresión de 1929, prácticamente todos los países sudamericanos reformaron su Constitución para incorporar tanto los derechos económicos individuales fundamentales (propiedad privada, libre competencia, libertad de empresa, entre otros)

² François-Xavier de GUIBERT, *Une nouvelle servitude-essai sur la mondialisation*, Paris, 2003, p. 29.

³ Cf. BOIS, G, *op. cit.* p. 53.

como el deber del Estado de intervenir (por supuesto a través de la vía reglamentaria) en la producción, uso, distribución y consumo de bienes, así como en los servicios. Los objetivos: racionalizar la economía, asegurar a todos los ciudadanos una mejor calidad de vida así como una repartición equitativa de las oportunidades y beneficios. Por consiguiente existe una plena libertad económica, pero dentro de los límites del bien común. Así *verbi gratia* es sobre los esos fundamentos que se desarrolló un derecho del trabajo que aspira a proteger los derechos de los trabajadores imponiendo una reglamentación farragosa y llena de obstáculos en la óptica empresarial; pero es un derecho empresarial que se preocupa por los deudores desafortunados; que no privilegia los créditos de los Bancos sobre los de los trabajadores; finalmente es un derecho empresarial que, en materia de insolvencias tiene dentro de sus propósitos, en la medida de lo posible, rescatar la empresa, fuente de empleos, en países donde el índice de desempleo alcanza niveles en ocasiones explosivos. En lo concerniente al derecho financiero, las intervenciones del Estado son múltiples (taza de interés, habeas data, entre otros.). En casi todos los países de la familia del *civil law*, existe un sistema de registro público y un servicio público de notariado. Los obstáculos que pueden surgir para los hombres de negocios, en términos de rapidez y eficiencia económica son, al igual que en Francia, ampliamente compensados por la seguridad obtenida.

En todo caso, desde el punto de vista del interés general, el intervencionismo de Estado parece imposible. Por supuesto, las intervenciones del Estado, pueden en ocasiones parecer excesivas o bien no justificarse sobre algunos puntos concretos. Obviamente, en esos supuestos, los Informes *Doing Business* pueden resultar útiles para identificar los trámites y requisitos que no son indispensables, incluso podrían servir de fuente de inspiración para efectuar los correctivos necesarios.

El postulado, conforme al cual el sistema romano germánico, y más particularmente las legislaciones procedentes del modelo francés, son inferiores al sistema de la *common law*, está estrechamente vinculado a la conveniencia de suprimir o disminuir las intervenciones legislativas. Una vez satisfecho el requisito de la eliminación de toda forma de intervención estatal, la plena expansión del mercado exige transitar de un derecho escrito a un derecho de origen jurisprudencial ya que, se afirma, éste “se presta mejor a las evoluciones sociales”. Se postula que un sistema de derecho único resulta conveniente para todos (“*One size fits all*”);

conforme a la corriente de pensamiento de los redactores de los Informes del Banco Mundial, el sistema de derecho del *common law*, por su flexibilidad, su sencillez, su apego al mundo real, accesibilidad y finalmente por la seguridad que provee a los litigantes, está llamado a prevalecer. El sistema de derecho del *civil law*, y por consiguiente el sistema de derecho francés, debe irremediablemente desaparecer. Nada más inexacto sin embargo, ya que en el sistema de derecho del *civil law* se identifican todas las ventajas del sistema de derecho del *common law* e incluso mejor caracterizadas. Esto equivale a decir que un sistema de derecho no es *per se* superior a otro; que el sistema de derecho, como expresión cultural de una sociedad, hereda una concepción particular e histórica del mundo; que expresa la aspiración a la justicia de cada uno, con frecuencia entendida, en algunas ocasiones como la búsqueda del resultado más útil del punto de vista social, pero otras como *ars boni et aequi*; y que refleja la forma particular de pensar de cada pueblo. En ese sentido, el mundo anglosajón es tributario del método inductivo y de una percepción, fundamental de las cosas, en tanto que Europa Continental, encabezada por Francia, más idealista y cuyas raíces se encuentran en el pensamiento griego, la Escolástica medieval y las escuelas de derecho, Bolonia en primer término, es tributaria del método deductivo y de la lógica de Aristóteles y de Santo Tomás de Aquino. Estas diferencias de enfoque no inciden en lo absoluto, con las premisas económicas. El éxito y dinamismo del capitalismo encuentran sus causas en otras partes. Lo comprueba la historia desde el siglo XV hasta la actualidad⁴. Hoy en día Alemania, Italia y Francia integran el G7. España tampoco está en una mala posición. ¿Por qué entonces – y planteamos la pregunta desde nuestra perspectiva de juristas de América Latina – renunciar a una tradición que conviene tan bien a nuestra forma de ser y de la que estamos tan orgullosos? Esto nos conduce a formular unas observaciones sobre las principales ventajas del sistema de derecho del *civil law*, tal y cómo las percibimos desde este rincón del mundo.

El sistema de derecho escrito o codificado es más accesible a los agentes de la vida jurídica y económica que el sistema de derecho proveniente del *case law*. A efectos de permitir una lectura accesible e inteligible de los textos a los no iniciados, los redactores del Código Civil Napoleón, luego el Señor Andrés Bello para la redacción del Código Civil chileno de 1855, de Colombia en 1873 así como otros países de América Latina, desearon que el texto de la ley fuera sencillo y claro. Y lo

⁴ Ver BRAUDEL, Fernand, *La dynamique du capitalisme*, Flammarion, Paris, 2001.

lograron. Los Códigos Civiles que abrevaron del Código Civil francés son modelos de sintaxis y sencillez en el lenguaje. Esas mismas cualidades, se encuentran en los Códigos Civiles modernos, *verbi gratia* el Código de Comercio colombiano, ampliamente inspirado en el Código Civil italiano de 1942 que pertenece igualmente a la familia del sistema de derecho romano germánico. Esas cualidades de claridad e inteligibilidad de manera natural, redundan en otra ventaja fundamental, la de la seguridad, ya que los agentes económicos pueden conocer de antemano las consecuencias de sus actos. No es el caso para un sistema de derecho de carácter jurisprudencial. La lectura de las resoluciones así como la identificación del precedente aplicable al caso concreto exigen un conocimiento profundo del sistema de derecho, una *full immersion* en un océano de informaciones. Además y por las mismas circunstancias, el sistema de derecho del *common law* evoluciona lentamente. La dinámica de los negocios, las mutaciones aceleradas del mundo contemporáneo, exigen una respuesta adecuada. Tal es quizás la razón por la que, en la actualidad, las leyes (derecho escrito) se multiplican en Inglaterra y Estados Unidos. Esa proliferación legislativa, desafortunadamente no se traduce siempre en textos sencillos y claros: artículos demasiado extensos, en ocasiones mal redactados, con frecuencia contradictorios. Se detecta esa manera improvisada de legislar, cuya paternidad no necesariamente reivindican los juristas, en la legislación ocasional que se multiplica hoy en día en América Latina, sobre todo en la relativa al derecho monetario, al derecho de la competencia, a la reglamentación del crédito y al derecho de insolvencias. La necesidad de seguridad aconseja volver a las virtudes de la codificación, conforme al modelo francés: sencillez, claridad y predicibilidad.

A la inversa de lo que se afirma comúnmente, los sistemas de derecho codificados no son rígidos. Su flexibilidad, es decir su aptitud para adaptarse a las necesidades cambiantes de la sociedad y del ámbito de los negocios, no exige que una nueva ley derogue la antigua, cuando ésta se encuentra superada por los hechos. Como se subraya en el Informe francés, “...un derecho codificado puede evolucionar, y muy bien, gracias a tres factores principales que dependen de la vitalidad de sus fuentes así como de la generalidad de sus reglas y su carácter supletorio”. Obviamente, las modificaciones mayores no pueden realizarse únicamente mediante leyes que subrogan los textos del Código Civil (filiación, divorcio, regímenes matrimoniales, derecho sucesorio). Los países de Sudamérica lo hicieron a lo largo de todo el siglo XX. Ese ajuste empezó

en Colombia en 1936 y puede sostenerse que al igual de lo que sucedió en Francia, el *corpus* de leyes sobrevivió, “modificado mas no destruido”⁵.

Sin embargo, la vitalidad de las fuentes no incumbe solamente al legislador. Le pertenece también a la jurisprudencia que demostró en repetidas ocasiones su capacidad para responder a las necesidades del mundo moderno y en particular del *Homo aeconomicus*. Para mencionar algunos ejemplos, en Colombia, la responsabilidad extra contractual ha sido enteramente rehecha por la Suprema Corte de Justicia, a partir de los antiguos textos del Código Civil Bello (artículos 2341 a 2360 del Código Civil colombiano); el principio general de la buena fe informa de los periodos de conclusión y ejecución del contrato y exige de las partes que actúen lealmente so pena de tener que pagar indemnizaciones por concepto de daños y perjuicios; la revisión judicial del contrato por modificación de las circunstancias económicas existentes en el momento de la conclusión del contrato es admitida por la jurisprudencia desde 1936, mucho antes que el legislador (artículo 868 del Código de Comercio) le diera carta de ciudadanía; se protegen los derechos de la personalidad proveniente en gran medida gracias a la creatividad de los jueces que, desde 1922, supieron encontrar en la generalidad de los artículos del Código Civil, los fundamentos necesarios para condenar a los victimarios al pago de daños morales y por cambios en la relación (cultural, social y familiar, con independencia de toda incidencia pecuniaria) de la víctima; y finalmente, la jurisprudencia no dudó en establecer la activación del contrato, imponiendo a ciertos deudores una obligación de garantía.

Existe también el principio general del carácter supletorio de las reglas de derecho privado. Lo que significa un amplio margen de acción para la libertad contractual que no conoce desde ahora de más límites que los que dispone el orden público político, determinado por lo judicial, y el orden público económico, que necesariamente determina el legislativo, una vez más por razones de seguridad, ya que al juez, que no puede decidir por la vía general, se le faculta a “apreciar las ventajas e inconvenientes económicos de tal contrato o cláusula – sus incidencias – razonando en términos generales y no con base a casos especiales”⁶. El ejercicio de la libertad contractual – y eso acredita que no se trata de sistemas de derecho cerrados sino abiertos a la influencia extranjera

⁵ HALPERIN, J.-L., “Le regard de l'historien”, en *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 43 y siguientes, citado por el Informe francés titulado *À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*.

⁶ FLOUR, J., AUBERT, J.-L., SAVAUX, E, *Les obligations 1. L'acte juridique*, Armand Colin, Paris, 2004, p. 216.

cuando ésta resulta benéfica – permitió introducir nuevos tipos de contratos: fiducia, *leasing*, *franchising*, *factoring*, tarjeta de crédito, entre otros. Puede por consiguiente sostenerse que existe una permeabilidad social saludable.

En conclusión puede sostenerse que el sistema de derecho del *common law* y el sistema de derecho del *civil law* constituyen dos sistemas de derecho tan válido y eficiente, uno como el otro. Cada sistema de derecho tiene sus propias ventajas y deficiencias; ambos permiten el desarrollo de la economía, y ambos emplean medios diferentes, *verbi gratia* la *consideration* y la noción de causa, los *remedies for a breach of contracts* y las sanciones por inejecución del contrato, pero que llegan más o menos a las mismas soluciones de fondo⁷.

¿Por qué renunciar entonces a una tradición tan bien arraigada? ¿Y por qué dejar la justicia distributiva entre las manos del juez, que carece de la capacidad de percibir las consecuencias generales que tendrá su resolución?

⁷ Véase el artículo de D. TALLON sobre *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, RTD civ. (2), Paris, 2004, p. 216.

La Respuesta del Grupo Chileno de la Asociación Henri Capitant

DERECHO CHILENO Y DERECHO CIVIL

por

Ramón Domínguez¹
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

1. HISTORIA.- Por sus orígenes, el sistema de derecho chileno pertenece a la familia del derecho civil o sistema de derecho romanista. No solamente porque el *corpus* principal de su derecho privado, el Código Civil de 1855, fue redactado conforme al modelo del Código Civil Napoleón, sino también porque a partir de 1536 y durante tres siglos, Chile formó parte del imperio español del cual heredó todas sus tradiciones sociales.

El postulado que este sistema de derecho constituye un obstáculo al desarrollo no es del todo reciente; a mediados del siglo XX, cuando el gobierno del Presidente americano John F. Kennedy se esforzaba en contrarrestar los avances de la ideología comunista en América Latina, los Estados Unidos de América adoptaron una serie de medidas económicas y sociales a efectos de consolidar regímenes democráticos en América Latina. Fue una de las razones que motivó la aplicación del programa de la “Alianza para el Progreso” que encauzó la ayuda económica de los Estados Unidos hacia Chile para que pudiera acometer reformas económicas y sociales que, conforme a los ideólogos del proyecto, llevarían a la sociedad chilena a fortalecer sus vínculos con un sistema democrático occidental. Se emprendió, entre otros, un movimiento de reformas jurídicas, el “*law and development movement*”, que se tradujo por un programa de ayuda a las reformas jurídicas: el “Chile Law Program”, apoyado por la Ford Foundation y dirigido por los profesores norteamericanos John Howard y Milton Katz. El jefe directo del programa

¹ Presidente del Grupo Chileno de la Asociación Henri Capitant. Traducción libre de Jorge Sánchez Cordero.

para Chile fue John Henri Merryman, Profesor de la Universidad de Stanford, en California.

De acuerdo a ese programa, el sistema de derecho es esencial para el desarrollo económico; por lo tanto se hace necesario criticar las instituciones existentes y adaptarlas a los movimientos económicos y cambios sociales. Ahora bien, un derecho codificado no tiene los medios necesarios para una adaptación rápida y para la creación de las nuevas instituciones o instrumentos técnicos que el desarrollo económico exige. La reforma debe empezar por una reforma de la enseñanza del mismo derecho, ya que en un país como Chile con un sistema de derecho de tradición civilista, la enseñanza tradicional no prepara los juristas para la crítica social, ni propicia la formación de un espíritu creativo. Se hacía por lo tanto necesario que Chile modificara sus métodos de enseñanza del derecho para adoptar los métodos de las facultades de derecho de los Estados Unidos, pero sobre todo el “case method”. Este programa se aplicó durante diez años, sin resultados notables²². En palabras del Profesor Merryman, “El Chile Law Program se edificó sobre los mismos fundamentos ideológicos que la “Alliance for Progress”... Fue un programa destinado a apoyar las facultades de derecho chilenas en sus esfuerzos para transformar (modernizar) la educación y la investigación jurídica y crear un cuerpo de profesionales del derecho así como una tradición de enseñanza que permitieran establecer la infraestructura jurídica anhelada por los chilenos y que se consideraba necesaria para que la nación pudiera alcanzar sus ambiciones económicas y sociales”.

El programa se llevó a cabo sin gran utilidad y no arrojó resultados tangibles. La manera de concebir el derecho, de enseñarlo y de aplicarlo difería sustancialmente entre los juristas del sistema de derecho del *common law* norteamericano y los juristas del sistema de derecho vigente en Chile.

Este fracaso del *Chile Law Program* demuestra que las formas del sistema de derecho difícilmente pueden desligarse de las tradiciones de cada pueblo y constituyen una parte esencial de su cultura.

²² Sobre el «Chile Law Program», ver John Henri MERRYMAN, «Law and development memoirs I: The Chile Law Program», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLVIII, n° 3, 2000, p. 481 y ss. Un Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas fue creado en Chile y financiado por la Ford Foundation para realizar ese programa. Las múltiples publicaciones de ese Instituto dan razón de las ideas básicas de ese programa.

2. EL SISTEMA DE DERECHO CHILENO Y SU VÍNCULO CON EL SISTEMA DE DERECHO CIVIL.- La idea que los países de América Latina son aún incipientes, desde una perspectiva histórica, es un prejuicio que dista mucho de ser exacto. Chile es un país relativamente joven si acotamos el principio de su historia a la Independencia que se consumó a principio del siglo XIX; su historia, empero se inicia en el siglo XVI, bajo el Imperio español. La gran mayoría de las instituciones jurídicas republicanas se originaron en las instituciones establecidas por el Imperio español. Es el caso del derecho privado; los españoles introdujeron su sistema de derecho en Chile (al igual que en los demás países de América Latina), sobre todo el derecho castellano, y durante más de tres siglos nuestro derecho privado se fundó en la codificación del rey Alfonso X El Sabio, conocida como Las Siete Partidas (siglo XIII). Aun después de la entrada en vigor del Código Civil de 1855 y en los albores del siglo XX, en sus sentencias los tribunales todavía recurrían a los principios y normas de las Siete Partidas que no eran más que una adaptación de la codificación de Justiniano.

Al igual que en los otros países de América Latina, después de la Independencia, el régimen republicano quiso dictar sus propias leyes de derecho privado y, a semejanza de Francia, esas leyes tenían que redactarse en un Código Civil, como el Código Civil Napoleón. Si el Código Civil Napoleón representa una de las fuentes más importantes del Código Civil Chileno de 1855, su autor, el egregio jurista Andrés Bello, recurrió a otras fuentes no menos importantes: las obras de grandes juristas franceses anteriores al Código Civil Napoleón (el autor Pothier sobre todo) y los comentaristas del Código Civil Napoleón. A Andrés Bello le hubiese agradado adoptar en Chile las formas y contenido del derecho inglés dada su permanencia en Inglaterra durante un periodo de tiempo considerable y su admiración que profesaba por sus instituciones. Tuvo esa tentación; su sabiduría e inteligencia le hicieron comprender rápidamente que el sistema de derecho no es una simple imposición de la razón y que para ser útil como instrumento de civilización y paz, así como de seguridad, tiene que vincularse con la historia y tradiciones de cada pueblo. Fundamentó por lo tanto el Código Civil en las tradiciones jurídicas chilenas que, cómo quedó expuesto, provenían del sistema de derecho castellano, arraigado fuertemente al sistema de derecho romano. Andrés Bello empleó también instituciones del Código Civil Napoleón que podían adaptarse de manera expedita a la concepción del sistema de derecho que imperaba en Chile.

El apego al sistema de derecho civil no deriva por consiguiente de una simple preferencia de los gobernantes chilenos. Cambiar este sistema

de derecho significaría cambiar nuestra cultura y abandonar nuestras tradiciones y por ende dejar de ser nosotros mismos.

Es inexacto que la existencia de un Código Civil y de reglas abstractas fijadas en leyes escritas obstaculice el progreso económico y social de una sociedad. Si esa idea se encuentra generalizada entre algunos juristas del sistema de derecho del *common law*, no menos representa también un tema de discusión entre los juristas comparatistas norteamericanos. No es la existencia de códigos, ni los modelos de las reglas abstractas, ni aún ninguno de los caracteres que distinguen el sistema de derecho civil, los que constituyen obstáculos al desarrollo. Todo ello depende de la forma en que se apliquen esas reglas, de los poderes otorgados a los jueces, de los sistemas de interpretación, de la formación de los juristas.

Chile provee ejemplos muy ilustrativos al respecto. Durante los últimos veinte años, el país conoció un estupendo desarrollo económico, lo que permite pensar que en los próximos diez años, podrá abandonar su calificativo de “país en vía de desarrollo” para alcanzar un desarrollo sin adjetivos. Esta transformación económica se realizó usando plenamente las formas jurídicas tradicionales, con reformas legales meditadas, redactadas y aplicadas en plena conformidad con la tradición de derecho civil. Los tipos de contratos necesarios a la economía libre fueron adoptados según los mismos procedimientos técnicos y legislativos que ordena nuestra tradición jurídica; de la misma manera, se reformaron los derechos de las sociedades, el derecho bancario y las operaciones de crédito. El derecho privado chileno ha sido capaz de concebir instituciones originales como, *verbi gratia*, nuevos sistemas de garantías que se adaptan perfectamente a las exigencias de la libre economía. Más allá del derecho civil, se renovó por completo el derecho penal que operó una verdadera revolución en su procedimiento, por sólo mencionar unos ejemplos. Ese mismo sistema de derecho fue capaz de asumir plenamente las consecuencias de la apertura de los mercados y los efectos de los tratados de libre mercado con los Estados Unidos de América, la Comunidad Europea (en la actualidad Unión Europea), Corea, China, y próximamente con el Japón y la India.

En el supuesto que fuese atribuible al sistema de derecho civil las barreras al desarrollo económico, la economía chilena que es objeto cada día de elogios de instituciones económicas internacionales, como el propio Banco Mundial entre otros, y que se le muestra constantemente como un ejemplo frente a los demás países de América Latina, a tal grado que en ocasiones ha llegado a producir efectos nocivos entre los países vecinos, no hubiese podido ser un éxito. Carecería de sustento argumentar, que

esos progresos se realizaron no obstante el sistema de derecho de tradición civilista, ya que todas las reformas jurídicas urgentes se hicieron en pleno respeto de la tradición jurídica. El sistema de derecho chileno se pudo beneficiar de algunas instituciones provenientes de otros sistemas de derecho, pero lo hizo adaptándolas a las formas e inteligencia que caracterizan el resto del orden jurídico chileno.

Los jueces chilenos carecen seguramente de la creatividad de sus homólogos franceses que hicieron posible, entre otros muchos ejemplos, la evolución de la responsabilidad civil sin necesidad de modificar el texto del Código Civil Napoleón. Empero, ello no proviene de las particularidades del modelo del sistema de derecho de tradición civilista, sino de la enseñanza en las facultades de derecho y la formación de los jueces. Aun así, el análisis de la jurisprudencia demuestra que los jueces franceses han sabido emplear las instituciones existentes para provocar transformaciones internas, cuando la sociedad así lo requiere. Es así, *verbi gratia*, que se observó un movimiento de constitucionalización del derecho privado en los últimos años y que los jueces fueron capaces de adoptar, sin necesidad de reformas legislativas, el principio de la aplicación directa de la Constitución por el juez civil.

Después de la exposición anterior surge una interrogante: ¿Por qué se tendría que abandonar nuestra tradición jurídica so pretexto que representa un supuesto obstáculo al desarrollo? En Chile, el desarrollo se está llevando a cabo mediante la adopción de un sistema económico de libertad y apertura de los mercados. Después de la experiencia de un sistema de control de la economía por el Estado, la adopción pudo implementarse sin provocar problemas mayores, y conservando las formas jurídicas de la tradición jurídica chilena que claramente delimita, la función de la jurisdicción, de la función legislativa. Para el sistema de derecho chileno resulta inaceptable la introducción de un “gobierno de los jueces”, por ser contrario a su tradición jurídica.

Esto no impide desde luego conocer – mas no reproducir– instituciones jurídicas propias del sistema de derecho del *common law*, en la medida en que propongan mecanismos adaptables al resto de nuestro sistema de derecho. Aquí radican precisamente las bondades del derecho comparado, al igual que el sistema de derecho chileno registra igualmente instituciones antiguas que han respondido hasta la actualidad sin mayores dificultades a las necesidades sociales. Así, *verbi gratia*, mucho antes que el sistema de derecho del *common law* norteamericano concibiera la “*contributory negligence*” en la llamada ley de los “daños”, el Código Civil chileno en su artículo 2330 ya que obligaba al juez a que considerase la culpa de la víctima.

Como bien lo expresara un gran comparatista norteamericano: “La tradición legal es parte de la cultura, una parte muy antigua, profundamente anclada en su centro. Las relaciones entre las ideas jurídicas fundamentales y las actitudes políticas, económicas y sociales son muy estrechas y complejas. El derecho le da sentido al resto de la cultura de la que es indisociable” (J. Merrymann, *The Civil Law Tradition*, p. 52). A partir de estos postulados resulta inconcebible que un país arraigado en un sistema de derecho de tradición civilista, por su historia y entorno, pudiera adoptar otro sistema, ajeno a su espíritu. Para ello tendría que olvidar su cultura y perder por consiguiente su identidad. El sistema de derecho de tradición civilista contiene fuerzas creativas suficientes para coadyuvar al desarrollo económico, países como Francia, España o Italia lo atestiguan, y Chile puede seguir el mismo camino.

LA RESPUESTA DEL GRUPO GUATEMALTECO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT

DOING BUSINESS

POR

Dr. Eduardo Mayora Alvarado¹

Me complace presentarle a continuación algunos comentarios al documento preparado por la Asociación Henri Capitant denominado “A propósito de los informes *Doing Business* del Banco Mundial”, que en adelante llamaré, simplemente, “*La Respuesta*”. He preparado estos comentarios como Presidente del Grupo de Guatemala pero no puedo afirmar que todos sus integrantes los suscriban, puesto que no he tenido aún oportunidad de recabar el parecer de todos ellos sobre el contenido de este documento. Espero que el mismo contribuya al esclarecimiento, desde la perspectiva de la realidad de mi país, de cuestiones fundamentales como las que se consideran en *La Respuesta*.

1.- Del objetivo principal de los informes “*Doing Business*”.

El objetivo principal de los informes *Doing Business in 2004 Understanding Regulation* y *Doing Business en 2005, Removing Obstacles to Growth* (en adelante “los informes *Doing Business*”) nos parece importante. Se trata de *investigar el ámbito y naturaleza* (“manera”, dice allí) *de las regulaciones que amplían la actividad económica y de aquellos que la constriñen.* (*Doing Business in 2004*, viii). Por consiguiente, es un proyecto que pretende, de manera sistemática, identificar los elementos o características que, de reunirse por el ordenamiento jurídico de cualquier Estado en particular, promoverían la prosperidad y el desarrollo económico de su población. En vista de que el Derecho debe ser visto tanto en su dimensión estática como también dinámica, los informes *Doing Business* se fijan en el contenido de las

¹ Presidente del Grupo Guatemalteco de la Asociación Henri Capitant

normas y, además, en los procedimientos e instituciones existentes para hacerlas cumplir. En cuanto a este aspecto aprecio un avance importante pues, como hemos experimentado con frecuencia en Guatemala, suele creerse que el derecho sustantivo acusa deficiencias o lagunas que, a su vez permiten o propician circunstancias juzgadas indeseables o inconducentes al desarrollo de la sociedad. Sin embargo –sobre todo en los países en vías de desarrollo, muchas veces el problema radica en la debilidad o falta de capacidad de los órganos públicos o de las entidades estatales competentes para aplicar, de manera consistente, las normas jurídicas pertinentes. Sobre este tema vuelvo más adelante.

Es verdad, sin embargo que, no obstante la validez del objetivo apuntado y la importancia que supone dedicar esfuerzos serios para realizarlo, el equipo que ha participado en la elaboración y presentación de los informes *Doing Business* podría haberse enriquecido con la participación de profesionales venidos, no solamente de las diversas disciplinas jurídicas, sino también de las diferentes tradiciones jurídicas pues, como acertadamente se señala en *La Respuesta*, la composición sectorial (predominantemente de economistas y de la égida de la *common law*) necesariamente incide en la falta de comprensión, a veces, o en la errada caracterización, en ocasiones, de los factores específicos que, en cualquier jurisdicción de las cubiertas por dichos informes, conllevan las consecuencias allí descritas.

2.- De la metodología de los informes “*Doing Business*”.

La circunstancia que acabo de apuntar en la sección anterior se relaciona, en parte también, con el problema de la metodología empleada en los informes *Doing Business*. No tanto en el sentido de que las herramientas de la econometría deban descartarse para el tipo de análisis que tienen por objeto dichos informes, sino por otras dos razones, a saber: (1) que para formular hipótesis pertinentes sobre el contenido y operatividad de las diversas instituciones del ordenamiento jurídico de cualquier Estado, por un lado, y la dinámica de su actividad de negocios, por el otro, es importante contar con el concurso de expertos capaces de identificar las series de fenómenos cuya correlación se juzgue importante establecer, y (2) que los conocimientos especializados sobre la tradición jurídica que tengan los responsables de definir las hipótesis y los fenómenos a correlacionar, pueden llevarles a una selección más certera o adecuada de los mismos.

Adicionalmente conviene comentar que, como acertadamente se indica en *La Respuesta*, la econometría no se considera herramienta

válida, o igualmente válida, por todas las escuelas de pensamiento económico. Efectivamente, algunos de los autores representativos de la escuela llamada “Austriaca” estiman que el análisis económico cierto debe proceder lógicamente a partir de premisas válidas *a priori*, de modo que los fenómenos que puedan constatarse en la realidad, deben poder explicarse “causal” y no sólo “correlativamente”.

Nada de esto implica que los datos y su correlación, como se presentan en los informes *Doing Business*, carezcan de valor ilustrativo o analítico ni mucho menos; simplemente, adolecen de ciertas limitaciones que le son inherentes.

3.- De la importancia del Derecho en el desarrollo de los pueblos.

La Respuesta acierta al sostener que el dinamismo de la actividad económica de un país, su prosperidad o desarrollo económico, no dependen solamente de su ordenamiento jurídico. Al lado del Derecho de cualquier sociedad deben reconocerse, como factores fundamentales de su desarrollo actual o potencial, los recursos humanos y materiales con que cuenta y su cultura (más allá de la estrictamente jurídica). Así por ejemplo, la enorme diversidad de lenguas y grupos étnicos que pueblan Guatemala supone, en ciertos contextos, como el del interés que dicha diversidad suscita en el visitante del extranjero, una ventaja; en otros, como el de la organización de la educación primaria o de los procedimientos administrativos y judiciales, una desventaja (en términos de los costes que apareja).

Esquemáticamente, algunos de los factores de desarrollo más significativos se pueden mostrar en un cuadro como siguiente:

El Capital Humano y sus niveles de:	El Capital Institucional y Político expresado como la adopción de valores fundamentales:
1. Nutrición y salud	1. El ideal del imperio del Derecho
2. Educación básica	2. La representación y la participación ciudadana en el gobierno
3. Capacitación técnica y profesional	3. El respeto a la dignidad de la persona
4. Capacidad creativa	4. La tolerancia de ideologías diversas

El Capital Cultural:	El Capital Físico y Financiero, en términos de la existencia o la funcionalidad de:
1. Las costumbres y tradiciones sociales	1. Los recursos naturales
2. Las bases religiosas, morales o éticas de la población	2. Las infraestructuras públicas
3. La unidad o la diversidad étnica o racial	3. Los mercados de capitales y financieros

El régimen jurídico y las instituciones que erige, por consiguiente, son un factor importantísimo para el desarrollo de cualquier sociedad, pero deben considerarse en el marco de otros factores como los señalados arriba que, como se señala en *La Respuesta*, se echan de menos en los informes *Doing Business* del Banco Mundial.

4.-De los elementos esenciales y los accidentales que conforman una tradición jurídica.

En mi opinión, concordando con lo que se expresa en *La Respuesta*, uno de los elementos en los que en los informes *Doing Business* se yerra de manera significativa es el concerniente a la caracterización y clasificación de la “familia jurídica” a la que pertenecen las “regulaciones” consideradas contraproducentes al desarrollo económico de los pueblos.

Esto es sumamente lamentable pues, innecesariamente –como lo demuestra buena parte del contenido de *La Respuesta*.- se culpa de los efectos de dichas regulaciones a la tradición jurídica francesa cuando, realmente, muchas de ellas no tienen nada que ver con la aludida tradición.

Así, por ejemplo, se indica en dichos informes que en Guatemala deben seguirse 19 procedimientos, que toman 1,460 días, para hacer valer un contrato a un coste del 40% de la cantidad reclamada, para cubrir honorarios de abogados y costas judiciales (*Doing Business in 2004*, 42). Si bien es cierto que el diagnóstico dado puede representar la realidad imperante, con todo y las terribles consecuencias que de esa situación se derivan para la sociedad guatemalteca, también lo es que las causas de esa realidad poco o nada tienen que ver con la tradición jurídica francesa como tal. Las raíces de este grave problema son múltiples y complejas; las

más significativas residen, empero, en que el Estado guatemalteco no ha dedicado, desde hace décadas, suficientes recursos para la justicia, y por otro lado, en que desde el inicio de la vigencia la Constitución Política de 1985, la garantía constitucional y legal del amparo ha generado un volumen de asuntos litigiosos imposible de manejar por los tribunales.

De hecho, la Corte Suprema de Justicia está promoviendo la reforma de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, para limitar el acceso prácticamente ilimitado a una garantía que, por su excesiva amplitud, se ha desdibujado totalmente. El Amparo, como Instituto jurídico, no es de origen francés sino español y, además, su diseño defectuoso en el ordenamiento guatemalteco tampoco sería atribuible a su origen –pues en España funciona adecuadamente– sino a la mentalidad excesivamente “garantista” con la que se le concibió en la Constitución ya señalada (cuyo artículo 265 indica que “no hay ámbito que no sea susceptible de amparo”) de los trámites y procedimientos necesarios para inscribir una sociedad mercantil y se empresa se trata, también es un error conceptual identificar la existencia de más o menos procedimientos o requisitos administrativos con la tradición jurídica francesa. A lo sumo, podría afirmarse que dicha tradición privilegia (en este y en otros aspectos) el examen preventivo, *ex ante*, de ciertos requisitos legales fundamentales, en lugar de dejar librado a las partes actual o potencialmente afectadas el ejercicio de acciones legales, *ex post*, para denunciar los incumplimientos con dichos requisitos. Los propios informes *Doing Business* señalan que cada una de éstas técnicas (el examen *ex ante* o la revisión *ex post*) puede ser indicada, dependiendo de circunstancias tales como la capacidad de los órganos públicos para hacer valer las regulaciones legales o reglamentarias existentes (*Doing Business* in 2004, 90 y Sigs.).

Muchos de los formalismos, de las exigencias de actos notariales, de las inscripciones registrales o de la obtención de permisos o licencias administrativas que establecen las leyes de Guatemala u otros países de la región, realmente son consecuencia de enfoques ideológicos, en términos del papel que debe jugar el Estado en cuando desarrollo del país. Estos enfoques se nutrieron, entre otras fuentes, de la mentalidad y filosofía económica que predominó al seno de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) durante buena parte de los sesentas y los setentas y no de la tradición jurídica francesa.

Además, durante ese período y aún después, algunos grupos de interés privado apoyaron o promovieron medidas proteccionistas para contar con mercados cautivos y se sirvieron exitosamente de la legislación y las reglamentaciones para lograr que aumentaran para sus competidos

los costes de entrada a los diversos mercados, o para que les fuera más difícil –cuando no imposible- conseguir una licencia. De nuevo, nada de esto tuvo que ver, en sí, con la tradición jurídica francesa, mucho menos, con la del Derecho civil.

Tampoco podría afirmarse, sin caer en una seria distorsión de la realidad, que la tradición jurídica de la *common law* es o ha sido garantía suficiente para evitar el exceso de regulaciones intervencionistas. En efecto, en la propia cuna de este sistema jurídico, Inglaterra, se había llegado a extremos inconvenientes para el desarrollo de las actividades de negocios hasta antes del inicio del gobierno de la primera ministra Margaret Thatcher. Una buena parte de su legado se dio en llamar “desregulación”. Comentarios parecidos podrían hacerse de la era conocida como del “New Deal” en los Estados Unidos de América y en cuanto a las políticas que, décadas después, llevó a efecto el presidente Ronald Reagan en contra de las regulaciones intervencionistas.

En el caso de Guatemala, buena parte de las regulaciones, sea legislativas o reglamentarias, se ha producido en contra de las tradiciones jurídicas francesas, en los sentidos siguientes:

→ Primero, abandonando casi por completo la técnica de modificar los códigos existentes –o de crear otros- de manera que, por lo menos, se mantenga un cierto nivel de coherencia sistemática (como ha ocurrido, entre otras, con la legislación para la protección al consumidor y el Derecho administrativo); y

→ Segundo, abandonando la técnica de formular reglas o normas precisas que vinculen consecuencias específicas a supuestos claramente definidos, a cambio de declaraciones de principios, de intenciones, o de fórmulas ambiguas que prescinden del uso de la terminología apropiada (como ha ocurrido con reformas a legislación laboral, a la legislación para la protección del medio ambiente y la relativa al régimen del registro del estado civil de las personas y su identificación).

→ En definitiva, en los informes *Doing Business* se puede apreciar que sus autores confunden con frecuencia la tradición jurídica francesa con lo que no son más que regulaciones impulsadas como consecuencia de corrientes ideológicas favorables al intervencionismo económico, o por efecto del lobby de poderosos grupos de interés privado que han ido en busca de proteccionismo económico, de rentas o de otros privilegios, utilizando la legislación y las reglamentaciones como instrumento. Esto es lamentable porque, al incurrir en esa confusión, los autores de dichos informes descalifican una tradición jurídica como la francesa que, al igual que la del *common law*, ha transitado por etapas

históricas durante las cuales han predominado visiones más liberales, a veces, más intervencionistas, otras.

5.-De cómo se conjugan diversos factores de desarrollo, con el derecho en función del desarrollo de los pueblos.

Como indiqué con anterioridad, los informes *Doing Business* plantean un proyecto cuya realización es muy importante: identificar el marco jurídico normativo que, con mayores probabilidades, sea capaz de sustentar el desarrollo de los pueblos. Sin embargo, como acertadamente se señala en la *Respuesta*, dicho marco jurídico forma parte del marco, más amplio, de la cultura de una sociedad. Por consiguiente, las reformas de la leyes y reglamentos que rigen en cualquier Estado determinado, deben poder insertarse tanto en el marco jurídico en general de ese Estado, como también en el más amplio de la cultura de la sociedad de que trate. Recientemente se ha propuesto para Guatemala, un anteproyecto de Ley de Garantías Mobiliarias que, en buena parte, procura reproducir instituciones propias de la *common law* en esta materia. Como es natural, dicho anteproyecto tiene promotores y detractores. Sin embargo, pocos –si alguno- se han preguntado si, realmente, es posible “extirpar” del Derecho Civil de Guatemala lo concerniente a los derechos reales de garantía sobre bienes muebles y, en su lugar, “trasplantar” una normativa proveniente de la tradición jurídica angloamericana. Esta circunstancia misma revela hasta qué punto se ignora por personas que se consideran “expertas”, que uno de los elementos que define de manera esencial la familia jurídica romano-germánica es la noción de “orden jurídico”. Ese orden no puede mantenerse ni funcionar si, como se pretende hacer aquí –y no por primera vez- las reformas legislativas se conciben en una especie de “vacío”, sin tomar en consideración el “orden” existente que, en nuestra tradición jurídica –o lo que queda de ella- abarca la doctrina científica y la jurisprudencia. En el caso concreto del proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias, estaría creándose un conjunto de normas jurídicas aisladas, carentes de relación con el resto de las normas e instituciones del Derecho civil de Guatemala, encima, sin la menor probabilidad de éxito porque, como se señalo con anterioridad, en el derecho guatemalteco “no hay ámbito que no sea susceptible de amparo” y, por lo tanto, los procedimientos previstos en el citado anteproyecto para la realización extrajudicial de la prenda estarían sujetos, incesantemente, a este tipo de acciones. Lo que el sistema jurídico de Guatemala necesita –como se evidencia de los propios informes *Doing Business*- es de la reforma de sus instituciones de justicia y del régimen de garantías constitucionales,

fundamentalmente, del amparo. De conseguirse dicho objetivo se lograría la ejecución más eficiente de los contratos con garantía prendaria y, también de todos los otros:

6.- Conclusiones.

Los informes *Doing Business* del Banco Mundial constituyen un aporte importante en aras de mejorar la comprensión de las relaciones tan íntimas existentes entre el ordenamiento jurídico de un país, por un lado, y su desempeño económico, por el otro. Sin embargo y, dicho con toda candidez, crean innecesariamente una problemática teórica y, potencialmente, también una práctica, al formular generalizaciones que, primero, prescinden de algunas de las notas esenciales de la tradición jurídica romano-germánica y, segundo, correlacionan esta tradición con fenómenos que, las más de las veces, reflejan el predominio temporal de ideologías políticas o de escuelas de pensamiento económico que, debido a múltiples circunstancias inevitablemente impregnan el ordenamiento jurídico de cualquier sociedad políticamente organizada. Tanto si pertenece a la tradición de la *common law* como si forma parte de la tradición jurídica francesa hechas en dichos informes en lo que concierne a lo que allí se llama con cierta ligereza *legal origin*, pueden o no reflejar prejuicios favor del sistema de la *common law* y en contra de la tradición jurídica francesa. Comoquiera que sea, carecen de sustento científico y adolecen de excesiva simpleza.

Estimo que la *Respuesta* era necesaria y que puede contribuir a tender puentes de mutua colaboración entre los equipos que, como el de los autores de los informes *Doing Business*, pueden aportar técnicas complementaria útiles (como la de la econometría) y que, como el de los juristas de la tradición jurídica-germánica, pueden aportar los métodos propios de su disciplina y un rico bagaje histórico cultural.

Desde la perspectiva de un país en vías de desarrollo, es importante añadir por mi parte que con frecuencia advierto cierta falta de comprensión de parte de los expertos de instituciones internacionales multilaterales, sobre la importancia relativa de dos aspectos fundamentales para que se logre la eficacia del Derecho: el contenido de sus disposiciones sustantivas, por una parte, y la adecuada operación de las instituciones encargadas de hacerlas valer, por la otra. Paradójicamente, sus estudios e investigaciones de nuestra realidad se concentran, con mayor énfasis, en el parecer y criterios de las mismas administraciones e instituciones cuya inoperancia o falta de capacidad es la fuente de la problemática estudiada. No es de extrañarse que, también

con frecuencia, reciban esta explicación. –No es responsabilidad nuestra, es que la Ley no sirve...

Ciudad de Guatemala, 20 de febrero de 2006
Dr. Eduardo Mayora Alvarado

LA RESPUESTA DEL GRUPO MEXICANO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT

LOS INFORMES *DOING BUSINESS* DEL BANCO MUNDIAL.

REFLEXIONES MEXICANAS

POR
Jorge Sánchez Cordero.¹

SUMARIO

1.- Las Zozobras. 2.- Los Retos.- 3.- Las tribulaciones de la uniformidad jurídica.- 4.- Las vicisitudes internacionales. A.- Su planteamiento.- B.- Las experiencias internacionales. C.- Las Convenciones *hard law*. Sus limitaciones. D.- Las reglas de derecho *soft law*. a.- Los alcances. b.- Su naturaleza.- 4.- El acceso a la Justicia. A.- Su planteamiento.- B.- Su debate.- C.- Su referencia al sistema legal. D.- El contexto mexicano.- 5.- El valor del sistema legal.- 6.- La perspectiva del derecho comparado. a.- Su noción. b.- Su utilidad. c.- Los diferentes sistemas de legalidad. d.- Sistema de derecho y tradición jurídica. 7.- La naturaleza del derecho civil. 8.- Los alcances de la codificación en México. A.- Los sucesos en Occidente. B - La recepción de la cultura jurídica en México. 9.- Epílogo.

“...Este aspecto de litigio con el transcurso del tiempo se ha vuelto tan complicado que ningún ser humano en la tierra sabe lo que significa y mucho menos las partes que están involucradas..”²

Charles Dickens, en *Bleak House*.

A Gina Sánchez Cordero, hermana querida
y extraordinaria amiga.

¹ Presidente del Grupo Mexicano de la Asociación Henri Capitant Traductor y editor de este libro.

² DICKENS, Charles. *Bleak House*. New American Library. Penguin Putnam, Inc. New York, New York. Traducción libre del autor.

1.- Las zozobras.-

Las publicaciones recientes de *Doing Business* del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, conocido como Banco Mundial, ha causado profunda preocupación en los medios latinoamericanos, y México no ha sido la excepción. Esta profunda preocupación es muy entendible; la publicación proviene de una institución financiera internacional de gran prestigio y de mucha presencia en el ámbito internacional. Es una institución con una composición plural, en donde prácticamente todos los países del orbe están representados. La publicación *Doing Business* tiene como propósito, entre otros, describir los diferentes sistemas de derecho en el ámbito universal para que las empresas e inversionistas puedan tener claridad de diversos entornos jurídicos y procurarles de la información suficiente para que conozcan en cuáles sistemas de legalidad, las empresas e inversionistas tienen acceso a un mayor grado de certeza. Las empresas e inversionistas podrán, por lo tanto evaluar con mayor precisión la exposición de su riesgo.

Por estas consideraciones, la publicación *Doing Business* merece una lectura detenida. Si la reacción en el ámbito jurídico ha sido de preocupación, es fácilmente imaginable el sentimiento que pueden haber suscitado esas publicaciones en el ámbito de las inversiones que tradicionalmente reacciona de manera por demás sensible.

Para México, altamente dependiente de la inversión extranjera, la publicación *Doing Business* es sumamente inquietante que debe inducir a reflexiones muy serias y serenas, inclusive del propio Banco Mundial, por el impacto que estas publicaciones pudiera provocar en el público al cual están dirigidas, que es esencialmente la comunidad internacional de negocios.

México ha hecho en los últimos años, esfuerzos considerables en el rediseño de su legislación para dar el marco de legalidad que requiere su sociedad y que asegure a todos los agentes de mercado que actúen en nuestro entorno, la necesaria transparencia, predictibilidad e igualdad de las partes, sin consideración de su nacionalidad o residencia. Igualmente, México ha emprendido también una reforma judicial muy profunda y la procuración y administración de justicia han alcanzado en algunos sectores, estándares internacionales. Estas reformas requieren evidentemente de un tiempo de maduración acorde con el ritmo social; no

obstante por la magnitud e intensidad de los esfuerzos, obligan a un reconocimiento internacional.

Para México no ha pasado por desapercibido que la comunidad internacional, personas físicas y morales por igual, experimenta una movilidad sin precedentes. Correlativamente a este fenómeno, a todo sistema legal en el ámbito de la administración de justicia, le asiste el imperativo de crear las condiciones de certeza necesarias, que puedan generar la confianza requerida a la comunidad internacional, para que las personas tanto físicas como morales, puedan identificar las reglas de derecho equivalentes funcionales de su sistema, entre otras *verbi gratia* en las reglas de procedimiento civil que les puedan asegurar un "acceso a la justicia", que constituye uno de los grandes temas de nuestra época.

En suma, en México las reformas legislativas en numerosos y diferentes ámbitos son hechos innegables y tangibles. Cualquier profano puede percatarse de estas evidencias.

2.- Los retos.-

Uno de los grandes desafíos que enfrenta el sistema legal mexicano es sin lugar a dudas el problema de la armonización de su sistema legal a efecto de facilitar las relaciones económicas. En menos de una década México ha firmado una amplia gama de tratados o acuerdos comerciales con un sinnúmero de países incluyendo las economías más importantes del mundo como lo son los Estados Unidos de América del Norte y el Canadá, la Unión Europea y el Japón. En este contexto, México es prácticamente un caso único a nivel universal que ha requerido en el sistema legal mexicano de respuestas legales rápidas y cambios muy profundos en nuestra comunidad.

Ello ha obligado al foro mexicano a importantes reflexiones propiciadas en gran medida por la alta exposición de su sociedad a los fenómenos de la globalización, como por otra parte acaece con cualquier otra sociedad en la actualidad. Si bien resulta un lugar común sostener que el fenómeno de la globalización se atribuye a los recientes cambios tecnológicos y económicos; no lo es tanto sostener que estos cambios

tecnológicos continuarán previsiblemente sucediéndose³ y por lo tanto el fenómeno de la globalización acendrándose. Al foro mexicano, empero le ha quedado claro que debe ponderar la inflexión que este fenómeno ha provocado en su sistema de legalidad, que se encuentra inserto en varias regiones comerciales, muy en especial en la región de libre comercio formada en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en donde el intercambio comercial y la permeabilidad social ha sido particularmente intensa.⁴

La inmersión de México en zonas de libre comercio, le ha posibilitado igualmente tener una mejor percepción de las consecuencias de la globalización, inclusive cómo contemporizar con la creciente fricción social que ella conlleva, con las controversias de estricta legalidad que se suscitan, y con los procedimientos litigiosos, que ella genera. El foro mexicano ha comprendido que los altos costos y el grado de turbulencias sociales pueden ser mitigadas, *verbi gratia* si las diferencias procesales entre sistemas de legalidad que actúan en gran competencia pudieran ser disminuidas.

Esta es la situación comercial mexicana a fines del Siglo XX y principios del XXI; y estos son sus retos.

3.- Las tribulaciones de la uniformidad jurídica.-

El Grupo Mexicano de la Asociación Henri Capitant, no podía dejar de expresar algunas consideraciones, que estima, pudieran ser útiles y contribuir a dar mayor claridad a los análisis vertidos en la publicación *Doing Business*. Debe desde el inicio sostenerse que es necesario que la publicación *Doing Business* considere, junto con los elementos de análisis que emplean, de suyo muy importantes, elementos de estricta legalidad que no pueden, ni deben ser soslayados. Cualquier análisis que no los pondere, incurre en el grave riesgo de obtener resultados parciales o francamente equivocados. De ahí la pertinencia de hacer algunas reflexiones, desde la perspectiva de un abogado mexicano, en relación a las insuficiencias de la metodología empleada por la publicación *Doing*

³ BASEDOW, Jürgen. "General Report. Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration." En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. VIII 2003-1/2 pag. 36

⁴ Ibidem

Business. La modificación de sistemas legales merece siempre reflexiones serenas, pero no por ello menos profundas.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, el sistema de legalidad del derecho privado, específicamente el derecho comercial no tiene un valor *per se*; sirve a los valores económicos y culturales de una sociedad, y si la sociedad requiere de nueva legislación, la anterior debe ser abrogada⁵.

En la actualidad, la recepción de mecanismos de legalidad, en el ámbito comercial, no son atribuidos a elementos de nacionalidad, sino a elementos de conveniencia y de necesidad.⁶

Más aún, se ha sostenido que la unificación internacional del derecho de los contratos es una necesidad para facilitar el comercio internacional y para estimular la competencia en un libre mercado y con ello propiciar una prosperidad económica. Esta aseveración, empero, ha sido contradicha por la economía más importante perteneciente a un mercado nacional, cómo lo son los propios Estados Unidos. Resulta una obviedad mencionar que el sistema legal de los Estados Unidos registra cincuenta jurisdicciones diferentes en el ámbito del derecho privado; no lo es tanto por lo que respecta a la Unión Europea. En efecto, en Europa resulta extremadamente difícil demostrar que un derecho uniforme de las obligaciones y de los contratos propiciaría un mayor comercio entre los Estados nacionales miembros de la Unión Europea. Si bien se ha impulsado un derecho europeo uniforme de las obligaciones y de los contratos en la Unión Europea, ello se ha hecho bajo argumentos políticos y culturales, más que por razones estrictamente económicas.⁷

La asunción que la unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos es necesaria por razones estrictamente económicas le confiere en términos generales un peso específico desmesurado al contexto de la legalidad comercial y a la importancia de la uniformidad

⁵ HARTKAMP, Arthur S. " *Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope*". En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. VIII 2003-1/2 pag. 84

⁶ BORBA CASELLA, Paulo, " *Economic integration and Legal Harmonization, with special reference to Brazil*", En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. III 2003-1/2 1998, pag. 293

⁷ HARTKAMP, Arthur S. Op. Cit. pag. 82

legislativa en lo particular.⁸ Las transacciones económicas transnacionales se concretizan sin que emerjan planteamientos de legalidad irresolubles. En efecto, en caso de que surjan conflictos entre las partes, éstos se resuelven en el marco contractual que ellas mismas han diseñado, a través de negociaciones o mediante la recurrencia a condiciones generales que le sean aplicables. Si el conflicto es inevitable se agotan generalmente las instancias del arbitraje internacional y las partes involucradas acuden, a los principios generales del derecho internacional privado y a las reglas del arbitraje internacional, a la ley aplicable de su preferencia, que incluyen reglas y principios internacionales que constituyen lo que se ha denominado *lex mercatoria*.⁹

4.- Las vicisitudes internacionales.

A.- Su planteamiento.-

Para una institución con vocación internacional, reflexionar sobre los trabajos que realizan paralelamente sobre el mismo ámbito prestigiadas instituciones homólogas, debe formar parte de su metodología natural de trabajo. La formación del marco de legalidad en el ámbito internacional en sus múltiples expresiones, resultado de un gran esfuerzo y un acopio invaluable de experiencia por parte de la comunidad internacional, forma parte de una cultura jurídica, que nadie que desarrolle trabajos que transiten en este ámbito, puede ignorar. Así lo exige el rigor científico, y así lo reclama la ciencia.

Resulta pues imprescindible en un opúsculo de esta naturaleza mencionar, aún cuándo sea en forma breve, las tribulaciones que se han registrado en el ámbito internacional en la redacción de convenciones internacionales por lo que respecta a la uniformidad del derecho de las obligaciones y de los contratos. Éstas deberían resultar imprescindibles cómo elementos de análisis en los Informes el Banco Mundial, especialmente por la claridad y la puntualidad con la que han sido descritos los entornos sobre los que ahora el propio Banco Mundial pretende transcurrir.

⁸ HARTKAMP, Arthur S.Op. Cit. pag. 82

⁹ Ibidem

B.- La experiencias internacionales.

Una de las conclusiones a la que se ha podido llegar, es que las convenciones de derecho privado, pudieran resultar innecesarias desde la perspectiva estrictamente económica, y es quizá debido a ello, que son sumamente difíciles de concluirse. Así *verbi gratia*, la Convención de Viena sobre la Compra-venta internacional de mercaderías de 1980 que no obstante que es una Convención meramente supletoria de la voluntad de las partes (no vinculante) y que ha sido ratificada por prácticamente todos los países, tardó cerca de medio siglo en su formación y conclusión.

Esto explica adicionalmente porque los organismos internacionales, cómo son el UNCITRAL o el UNIDROIT,¹⁰ hayan concentrado mejor sus trabajos en temas selectos cómo son las convenciones sobre garantías, que son de una gran importancia en la funcionalidad de los procesos de financiamiento inherentes al comercio internacional.¹¹

Una de las enseñanzas en las negociaciones internacionales relativas a la unificación o armonización es la atención que debe darse a los aspectos que están íntimamente relacionados con la cultura jurídica y que por su naturaleza deben ser redactados con un gran detalle para asegurar su coherencia.¹²

Otra de las experiencias que pueden obtenerse de las negociaciones de las convenciones internacionales de derecho privado o de internacional privado, es que para que éstas puedan ser exitosas, deben innovar y aportar soluciones prácticas a las necesidades tanto de individuos cómo de agentes económicos involucrados en el comercio internacional.¹³

¹⁰ El UNIDROIT es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado que tiene su sede en Roma. Italia. México es parte del UNIDROIT y el editor actualmente forma parte de su Consejo de Dirección.

¹¹ Ibidem

¹² KRONKE, Herbert. "International Uniform Commercial Law Conventions: Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice", En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. V 2000-1pag. 17

¹³ Ibid. pag. 20

En este orden de ideas hace más de un siglo el jurista Mancini¹⁴ sostenía que un sistema legal universal, aún cuándo limitado a ciertos ámbitos, para ser efectivo debería circunscribirse a principios y reglas generales, independientemente de las circunstancias nacionales específicas. Pareciera que esta argumentación podría ser válida actualmente para los Informes *Doing Business*: la uniformidad requiere de identidades culturales y valores compartidos.¹⁵

C.- Las Convenciones *hard law*. Sus limitaciones.

Si bien los argumentos anteriores son válidos, no lo son menos las experiencias recientes. En el ámbito universal,¹⁶ es necesario admitirlo, las convenciones internacionales *hard law*, cuya ortodoxia proviene de épocas anteriores, no han sido lo suficientemente eficientes en la armonización del derecho privado e internacional privado. Las causas son muy variadas y su análisis escapa totalmente a los límites de este opúsculo.

Resulta conveniente destacarlas en este espacio, aún así sea de manera muy breve, para abundar en más argumentos, con los que la publicación *Doing Business* pudiera beneficiarse. La preparación de una convención multilateral requiere de un consumo de tiempo significativo que es, generalmente, altamente oneroso, si se atiende a los resultados que se obtienen. En las negociaciones comerciales son las fórmulas de compromiso,¹⁷ las que prevalecen y reflejan en las convenciones internacionales la expresión del mínimo común denominador¹⁸ de intereses nacionales, al que están dispuestos a conceder¹⁹ los negociadores internacionales.

A esta fórmula de compromiso se le ha calificado con razón cómo de alcance "minimalista". La expresión "minimalista" conlleva las

¹⁴ Citado por BORBA CASELLA, Paulo, Op. Cit. pag. 291

¹⁵ Citado por BORBA CASELLA Paulo, Op. Cit. pag. 291

¹⁶ CALUS, Adrsej, "Modernisation and Harmonization of contract law: focus on selected issues". En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. III 2003-1/2 1998, pag. 158

¹⁷ GOLDRING, John, "Globalisation, National Sovereignty and the Harmonization of Laws". En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. III 2003-1/2 1998, pag. 448

¹⁸ BONELL, Michael Joachim, "Modernisation and Harmonization of Contract Law: Objectives, Methods and Scope" En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. III 2003-1/2 1998, pag. 94

¹⁹ GOLDRING, John, Op. Cit. pag. 448

siguientes notas distintivas: a) El levantamiento de un listado de términos equivalentes en los Estados nacionales en los que se pretende uniformar la legislación; b) La clasificación de códigos y disposiciones estatutarias que corresponden a esos términos; c) La identificación del común denominador de las reglas clasificadas y finalmente; d) La formulación de nuevas reglas consistentes en esos comunes denominadores.²⁰

El enfoque "minimalista" que priva en las convenciones *hard law* se resume en la redacción de reglas de derecho "oficiales" o "positivas" (vinculantes); en este enfoque cualquier otro tipo de reglas de derecho se consideran inciertas para ser uniformizadas; este enfoque igualmente soslaya la disparidad proveniente de interpretaciones contradictorias de las mismas leyes o de la de sus comunes denominadores por tribunales, árbitros o partes contratantes y con ello la de un derecho transnacional, *verbi gratia* el derecho creado por las partes contratantes; e ignora finalmente el derecho que en forma cotidiana se forma en la práctica contractual o jurisdiccional.

Estas características de las convenciones internacionales *hard law*, limitan seriamente su potencial de innovar; su ratificación también provoca un problema singular: pocas son las convenciones que entran en vigor ya que para ello requieren de un número determinado de ratificaciones.²¹ Finalmente, cuándo se considera que la convención multilateral deba ser modificada, es necesario repetir el proceso; su flexibilidad para su actualización es por lo tanto muy reducida. A esto hay que agregar que la comunidad internacional ha mostrado muy poca habilidad para actualizar los instrumentos internacionales aún cuándo se hayan experimentado cambios de sustancia.²²

El enfoque "minimalista" contrasta con aquel que tiene cómo propósito la consecución de la mejor regla comercial. Los actores en el comercio internacional anhelan la máxima uniformidad posible. Este enfoque sostiene que la uniformidad no debe agotarse en la uniformidad

²⁰ KOZOLCHYK, Boris. "The UNIDROIT Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas", En la obra colectiva: *Los Principios de UNIDROIT: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?*, Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela. 6 al 9 de noviembre de 1996, Actas. pag.98

²¹ FARNSWORTH, E. Allan. "Modernization and Harmonization of contract law: an American Perspective" En *Uniform Law Review*. UNIDROIT. NS – Vol. III 2003-1/2 1998, pag. 106

²² KRONKE, Herbert. Op. Cit. pag. 18

que proviene del Estado, sino de sustentarse en las prácticas, usos y costumbres comerciales.²³

D.- Las reglas de derecho *soft law*.

La literatura jurídica, en el pasado reciente, ha sido muy abundante en la discusión de las reglas *soft law*, respecto a las cuáles es necesario precisar sus alcances (a.- Los alcances) y su naturaleza (b.- Su naturaleza)

a.- Los alcances.

Las limitaciones inherentes a la Convenciones *hard law*, de las que se ha dado cuenta, han obligado a la comunidad internacional a explorar otras formas en la creación del orden internacional comercial. Se ha intentado proponer a sistemas jurídicos o regiones comerciales, que no tienen vocación institucional, la forma de "ley modelo" que debe ser discutida, antes de adoptarse, por los órganos legislativos de cada Estado nacional, o bien la formulación de instrumentos internacionales ya sea de derecho mercantil o conflictual, en los que se intenta sistematizar prácticas comerciales como son los "Términos de Comercio Internacional" ("*INCOTERMS*"),²⁴ elaborados por la Cámara Internacional de Comercio de París, modelo de cláusulas contractuales tipo, relatorías ("*Restaments*") o guías legislativas o contractuales.

A este respecto, es de mencionarse la ley modelo y el reglamento de arbitraje, documentos que se elaboraron en el seno de UNCITRAL²⁵ y cuyos resultados han sido sensiblemente exitosos.²⁶

Por su parte, la justipreciación de las guías legislativas, radica justamente, en el balance de su contenido legal y económico. En efecto, las guías legislativas en su punto de origen consideran las diversidades legales para poder ofrecer soluciones alternativas para las partes en

²³ KOZOLCHYK, Boris. Op. Cit. pag.94

²⁴ La Cámara Internacional de Comercio se ha encargado desde 1936 de su elaboración y actualización de acuerdo con los cambios que va experimentando el comercio internacional. Actualmente están en vigor los *INCOTERMS* 2000 en la publicación 560 de la Cámara de Comercio Internacional.

²⁵ Véase el portal Internet www.uncitral.org

²⁶ México incorporó la ley modelo de arbitraje en su Código de Comercio. Véase el Diario Oficial de la Federación de fecha 22 de julio de 1993.

contratos específicos. En esta forma se intenta superar las consecuencias adversas provenientes de las diferencias en las reglas de derecho.²⁷

La guía legislativa proporciona fundamentos importantes para las valoraciones económicas de elementos contractuales en transacciones específicas. En este contexto, los elementos jurídicos que se introducen en la guía legislativa, no se agotan en la perspectiva de eliminar las consecuencias resultantes de las diferencias provenientes de legislaciones domésticas, sino que son constitutivas de un método para singularizar cláusulas contractuales de relevancia jurídica.²⁸ Baste mencionar aquí la guía de franquicias internacionales elaboradas por el UNIDROIT. La composición de su grupo de trabajo²⁹ y la aprobación final por su Consejo de Dirección de composición plural,³⁰ le asegura un alto grado de internacionalidad y de equilibrio.

²⁷ CALUS, Andrzej, Op. Cit. pag. 161

²⁸ Ibidem

²⁹ El grupo de trabajo compuesto por: Mr. Alan Rose, President, Australian Law Reform Comisión, Canberra Member of the Unidroit Governing Council, Chairman of the Study Group, Rapporteur on Chapter 17; Mr. Andrzej Calus. Professor of Law, Director, Institute of International Law, Faculty of Foreign Trade of the the Warsaw School of Economics, Warsaw; Mr. Aldo Frignani, Professor of Law, University of Turin; Frignani e Pivano, Turin, Rapporteur on Chapter 11; Mr. Franklin C. Jesse Jr. Gray Plant Mooty & Bennet, Minneapolis; Vice-Chairman oof the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 9 and Chapter 13, Mr. István Kiss. Secretary-General and Chief Executive Officer, Hungarian Franchise Association, Budapest; Mr. Alexander Ss. Konigsberg, Q. C., Lapointe Rosenstein, Montreal; Former Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 3 and Chapter 10; Mr. Martin Mendelson. Eversheds, London; Formes Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 4, Chapter 6, Chapter 15 and Chapter 16; Mr. B. Sen. Senior Advocate at the Supreme Court of India, New Delhi; Member of the Unidroit Governing Council ; Mr. Albert Schulz Sigle Loose Schmidt-Diemitz, Stuttgart, Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 5, Chapter 7 and Chapter 14; Mr. John Vernon. Strasburger & Price L. L. P., Dallas; Rapporteur on Chapter 2; Mr. Philip Ff. Zeidman, Rudnick Wolfe, Epstein & Zeidman, Washington; General Counsel of the International Franchise Association, Washington; Former Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association, Rapporteur on Chapter 8, Chapter 12 and Chapter 19; Ms. Lena Peters, Research Officer; UNIDROIT Secretariat; Secretary of the Study Group: Rapporteur on Introduction, Chapter 1, Chapter 18, Chapter 20 and Annexes 1-3 General Editor.

³⁰ Consejo de Dirección compuesto por: Omer I. Akipek/Turkey; Antonio Boggiano/Argentino; Isabel de Magalhães Collado/Portugal; Charles R. M.

Los argumentos hechos valer en favor de la elección de guía legislativa, dan buena cuenta del debate en torno al régimen del *soft law*. En efecto, al decidirse por la elaboración de una guía contractual fueron varios los elementos de convicción que se analizaron: la guía ilustraría problemas que pudieran surgir con temas ya regulados en una u otra forma por las legislaciones, pero que fuesen de importancia capital en el contexto de las franquicias (*verbi gratia* situaciones relacionadas con la propiedad intelectual). Igualmente podría ilustrar las ventajas y las desventajas de las diferentes opciones que se ofrecen a los operadores del mercado y los prevendría de las dificultades que pudieran surgir en la confección de un contrato de franquicias; la exposición de esta guía se hubiera visto frustrada si UNIDROIT hubiese optado por la forma tradicional de una convención *hard law*.

Esta guía se pudo proponer inmediatamente después de concluida al mercado; en tanto que la convención internacional hubiera requerido de un número determinado de ratificaciones para entrar en vigor seguida de la preparación de legislaciones nacionales que la hubiesen implementado. Es así cómo se determinó que si el propósito de la elaboración de un instrumento internacional era que fuera adoptada a la brevedad por la comunidad franquisataria o bien que le pudiese proporcionar un marco de legalidad de referencia, en donde desarrollan sus prácticas contractuales, la forma de guía contractual sería la forma más apropiada.

b.- Su naturaleza.-

Todas éstas son formas de textos legales no vinculantes que se han llamado "normas narrativas" y que se integran al régimen de *soft law*³¹ cuya importancia pasa por desapercibida por los Informes del Banco Mundial. Los textos legales sujetos a este régimen si bien están

Dlamini/South Africa; E. Allan Farnsworth/Estados Unidos de América; Royston M. Goode/United Kingdom; Yasuo Hamasaki/Japón; Arthur S. Hartkamp/Netherlands; Tsvetana Kamenov A/Bulgaria; Roland Lowe/Austria; Lyou Byung-hwa/Republic of Korea; Ferenc Madl/Hungary; Vicente Marotta Rancel/Brasil; Jorg Pirrung/Germany; Jean-Pierres Plantart/Francia; Jacques Putzeys/Bélgica; Alan D. Rose/Australia; Jorge Sánchez Cordero Dávila/México; Biswanath B. Sen/India; Leif Sevón/Finlandia; Anne-Marie Trahan/Canadá; Ioannis Voulgaris/Grecia; Pierre Widmer/Switzerland; Zhang Yuejia O/People's Republic of China.

³¹ JAYME, Eric, Rechtsbegriffe und Kunstgeschichte: Ein neues Recht zum Schutz von Kulurgut, Internationales Kulturgüterschutz.

desprovistos de un carácter jurídico obligatorio, comienzan a ejercer un enorme ascendiente sobre la conducta de los agentes del mercado y a provocar cambios significativos en las prácticas comerciales, por lo que no se puede soslayar su importancia.

Esta construcción de normas narrativas o de *soft law* ha sido muy recurrida en el pasado reciente. Es el proceso de eliminación de barreras para el comercio internacional que ha inducido a los Estados nacionales a modificar su derecho doméstico de las obligaciones y de contratos y adoptar o aplicar estas leyes modelo, relatorías (*Restatements*) o guías legislativas o cláusulas contractuales elaboradas por organizaciones internacionales prestigiosas como son UNIDROIT, UNCITRAL o la Conferencia de Derecho Internacional Privado de LA HAYA.

Estos instrumentos satisfacen, además, otras finalidades: asisten a las partes en transacciones internacionales y ofrecen diversas soluciones a los derechos nacionales, tanto en la formación como en la aplicación de los contratos. En estos casos, la importancia de esta armonización "indirecta" radica en la adopción de soluciones uniformes, especialmente por lo que respecta a normas facultativas o supletorias que difieren sensiblemente de un sistema legal a otro.³²

Igualmente y en forma muy señalada como normas narrativas sujetas al régimen del *soft law*, pueden citarse los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT ("Los Principios de UNIDROIT") tanto en su primera versión de 1994³³, como en la versión

³² CALUS, Adrzej, Op. Cit. pag. 161

³³ La primera versión de los "Principios" de UNIDROIT fueron aprobados por su Consejo de Dirección en el año de 1994. El primer grupo de trabajo estuvo compuesto por los siguientes juristas: Michael Joachim, Bonell. Professor Law, University of Rome I, "La Sapienza"; Chairman of the working Group; Rapporteur on Chapter I (incluido el Preamble), Chapter 2 and Chapter 4. Patrick Brazil. Attorney, Camberra; former Secretary, Attorney General's Department, former member of de Unidroit Governing Council. Paul-André, Crepeau. Director, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec; Professor of Law, McGill University, Montreal. Samuel K. Date-Bah. Professor of Law, University of Accra; Special Adviser (Legal) Commonwealth Secretariat, London. Adolfo Di Majo, Professor of Law, University of Rome I "La Sapienza" Ulrich, Drobing. Director, Max-Planck-Institute für und Internationales Privatrecht, Hamburg; Rapporteur on Chapter 7, Section 2 and Co-Rapporteur on Chapter 3. E. Allan Farnsworth. Professor of Law, Columbia University in the City of New York School of Law; Member of the Unidroit Governing Council; Chairman of the Editorial Committee. Marcel Fontaine. Professor of Law, Centre de droit des Obligations, Université Catholique de Louvain, Louvain la Neuve; Rapporteur on Chapter 5 and on Chapter 6, Section I (excluding

últimamente aprobada en el año 2004³⁴ o bien los Principios de los Contratos Europeos³⁵, que conforman parte de la llamada *lex mercatoria*.

Articles 6.I.14. to 6.I.17). Michael P. Furmston.- Professor of Law University of Bristol; Rapporteur on Chapter 7, Section I (excluding articles 7.14 and 7.16). Alejandro Garro, Lecturer at the Columbia University in the City of New York School of Law; former Attorney, Buenos Aires. Arthur S. Hartkamp. Advocate-General at the Supreme Court of The Netherlands, The Hague, Professor of Law, Utrecht University; member of the UNIDROIT Governing Council. Hissakazu Hirose. Professor of Law, University of Tokyo. Komaba Huang Danhan. Professor of Law, University of International Business and Economics; former Deputy Director of the Department of Treaties and Law at the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade of the People's Republic of China.. Beijing. Alexander S. Komorov. President of the Court of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry; Head of Law Department, All-Russian Academy of Foreign Trade, Moscow. Ole Lando. Professor of Law 2 Institute of European Market Law, Copenhagen School of Economics and Business Administration; Rapporteur on Chapter 7, Section 3, Co-Rapporteur on Chapter 3. Dietrich Maskow. Attorney, Berlin; Former Director, Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung der DDR; Rapporteur on Articles 6.I.14 to 6.I.17 and on Chapter 6, Section 2. Denis Tallon. Professor of Law; Former Director, Institut de droit comparé de Paris; Université de droit, d'économie et des sciences sociales. (Paris a); Rapporteur on Article 7.I.6 and on Chapter 7, Section 4. Secretary to the Working Group was Lena Peters of the Unidroit Secretariat.

³⁴ Los "Principios" fueron enriquecidos sensiblemente y aprobados por el Consejo de Dirección del UNIDROIT en el año de 2004. El segundo grupo de trabajo estuvo constituido por: Luiz Olavo Baptista, Professor of Law, University of Sao Paulo, Michael Joachim Bonell. Professor of Law, University of Rome, "La Sapienza" Consultant, UNIDROIT; Rapporteur on Chapter 2 Section 2 and paragraphs 4 and 6 of the Preamble; Chairman of the Working Group. Paul André Crepeau. Professor of Law (emeritus). Quebec Research Center of Private and Comparative Law, McGill University, Montreal. Samuel K. Date-Bah. Justice, Supreme Court of Ghana. Adolfo Di Majo. Professor of Law, University Rome III. Aktham El Kholy. Attorney at Law (Supreme court), Cairo. E. Allan Farnsworth-McCormack Professor of Law, Columbia University in the City of New York School of Law; Chairman of the Editorial Committee; Rapporteur on the Model Clause. Paul Finn: judge Federal Court of Australia; Rapporteur on Article 8.I. Marcel Fontaine. Professor of Law (emeritus), Centre de Droit des Obligations, Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve; Rapporteur on Chapter 9. Michael P. Furmston. Professor of Law (emeritus), University of Bristol; Rapporteur on Chapter 5, Sección 2. Arthur S. Hartkamp. Procureur -Général at the Supreme Court of The Netherlands; Professor of Law, University of Amsterdam; Member of the UNIDROIT Governing Council; Rapporteur on Article 5.I.). Huang Danha, Attorney, Professor of Law, Vice-President of the Chinese International Private Law Society, Beijing. Camille Jauffret-Spino. Professor of Law, University of Paris II; Rapporteur on Chapter 8. Alexander S. Komarov. Head of Private Law Chair. Russian Academy of Foreign Trade; President of International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation. Ole Lando. Professor (emeritus), Copenhagen School of Economic and Business Administration; Chairman of the Commission on European Contract Law (1980-2001). Peter Schlechtriem. Professor of Law (emeritus), University of Freiburg; Rapporteur on Chapter 10. Takashi Uchida.

Sin entrar al análisis de la naturaleza en lo particular de cada disposición de "los Principios" de UNIDROIT o de los "Principios" de los contratos europeos, que escapa totalmente a los límites de este opúsculo, en términos generales se puede sostener que estos cuerpos normativos, ofrece un sistema "neutral" de reglas de derecho. Bajo esta consideración se puede recurrir a los "Principios" de UNIDROIT o a los "Principios" europeos, cuando se trate de suplir deficiencias u omisiones en convenciones de derecho privado; significan igualmente una alternativa a las leyes nacionales que están diseñadas para resolver situaciones locales y que difícilmente al confeccionarse se repara en transacciones comerciales internacionales.³⁶

Puede sostenerse, en la especie, que el carácter general de los "Principios" de UNIDROIT, no proviene de su contenido, sino de su aceptabilidad por diferentes Estados nacionales³⁷, y podrán ser considerados como principios generales de derecho, en la medida en la que existan evidencias de su recepción por la comunidad internacional.

El debate sobre su naturaleza jurídica queda sintetizado en palabras del profesor Basedow,³⁸ en la siguiente forma:

Professor of Law, University of Tokyo. Observers: Francois Dessemontet. Professor of Law, University of Lousanne; Observer for the Swiss Arbitration Association. Horacio Grigera Naón. Secretary General of the ICC International Court of Arbitration. (1998-2000). Gerald Herrmann. Secretary of the United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral) Observer for Uncitral (1998-2000). Giorgio Schiavon. Vice President of the Milan Chamber of National and International Arbitration. Jernej Sekolec. Secretary of the United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral); Observer for UNCITRAL (2001-2003). Anne Marie Whitsell. Secretary General of the ICC International Court of Arbitration; Observer for the ICC International Court of Arbitration (2002-2003). Secretaries to the Working Group were Paula Howarth and Lena Peters of the Unidroit Secretariat.

³⁵ Los principios de los contratos europeos fueron elaborados bajo la dirección del Profesor danés Olé Lando y han sido publicados en su versión inglesa y francesa. El texto en español en sus partes I y II fue publicado por los Colegios Notariales de España a cargo de Pilar Barres Benlloch, José María Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. ISBN: 84-95176-31-9, en Madrid, España. 2003

³⁶ BASEDOW, Jürgen. Op. Cit. pag. 137

³⁷ Ibid pag. 138

³⁸ Ibid pag. 132

"...Their normative quality can only be assessed by a new theoretical reflection. It has to cross the traditional borderline between law and fact, between precepts and habits, and it must overcome the positivist concept the lawmaking is the exclusive prerogative of the State, to the effect that normative texts can only produce a binding effect if they have been approved in the proper constitutional manner..."

Desde una óptica diferente se ha sostenido, cómo uno de los planteamientos básicos en este proceso de armonización, que la adopción de la forma es parte del dilema que se plantea entre la certeza jurídica por una parte y la flexibilidad y la adaptabilidad por la otra. La forma de convención, que en términos generales debe ser entendida cómo una codificación legal, satisface la primera proposición, en tanto las diferentes formas de régimen de *soft law*, satisfacen las exigencias de la segunda proposición.³⁹

Con el planteamiento anterior se ha considerado en debatir la conveniencia de elaborar reglas de derecho conflictuales o reglas de derecho substantivas en el proceso de armonización. A este respecto, se ha reflexionado que en la medida en la que la elaboración de reglas conflictuales resulten menos satisfactorias, se fortalece la necesidad de convenciones de derecho uniforme.⁴⁰

La anterior reseña de experiencias primarias en al ámbito internacional y sus incidencias en los sistemas de derecho nacionales deben constituir elementos de gran valía para publicaciones cómo las de *Doing Business*; ponderarlas enriquecería éstas publicaciones con otras perspectivas y metodologías frecuentemente empleadas en el ámbito internacional, por organismos internacionales igualmente prestigiosos cómo el Banco Mundial, y respecto a las cuales los Estados nacionales miembros de la comunidad internacional están debidamente familiarizados.

³⁹ KRONKE, Herbert. Op. Cit. pag. 19

⁴⁰ Ibidem

4.- El acceso a la Justicia.

A.- Su planteamiento.-

Una de las carencias más sentidas en el análisis de *Doing Business*, es soslayar las preocupaciones mayores que se han planteado en el ámbito jurídico, una de las cuales consiste en analizar la severa dificultad en la transposición de mecanismos legales propios de un sistema legal a otro sistema legal.⁴¹ Ello ha suscitado en la literatura jurídica, varias interrogantes básicas de orden general.

Es difícil precisar hasta que punto es posible transponer los mecanismos de legalidad vigentes de un sistema jurídico a otro empleando una especie de “tecnología jurídica”.⁴² Se ha afirmado al respecto que mientras una institución se encuentre más integrada a un medio específico, político y jurídico de un país, mas difícil es introducirlo en otro país.

Una parte significativa de mecanismos de legalidad están íntimamente ligados a las estructuras políticas de un país y en consecuencia a la manera de repartir el poder entre los Poderes del Estado, que en los países occidentales, a partir de las ideas de Montesquieu (*"El espíritu de las Leyes"*) y de Rousseau, (*"El contrato social"*),⁴³ a quienes se debe los fundamentos de la racionalidad de los gobiernos democráticos, se identifica entre: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. De ahí que resulte extremadamente difícil sostener que las reglas que en ciertos países pueden ser estimadas como exitosa, puedan arraigarse y ofrecer los mismos resultados en otros países, aún cuando existan en ellos necesidades similares de protección de intereses generales.

Todos hemos de convenir, en que la imposibilidad de hacer efectivo los derechos en una sociedad, conlleva la frustración de la eficiencia cuando precisamente la eficiencia debe ser considerada como un motivo determinante en las conductas que deben observarse en la

⁴¹ KÖTZ, Hein. *La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de Droit Comparé, in Accès à la justice et État-Providence*, sous la direction de Mauro Cappelletti, préface de René David, Editorial Económica, Paris, 1984, pag. 105.

⁴² Ibid. pag. 107.

⁴³ MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition. An Introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. Second Edition. Stanford University Press. Stanford California. 1969. pag.15

industria y en el comercio. La frustración de hacer efectivos los derechos, compromete seriamente el poder de disuasión de la ley. La ineficacia del sistema de derecho provoca por lo tanto ineficiencia en el mercado.

Se puede convenir igualmente, que no es posible permanecer indiferentes ante la exigencia social de un cambio de cultura jurídica, que es cada vez más creciente, pero que tropieza con grandes reticencias provenientes de muchos sectores. Así es válido mencionar que una de las grandes interrogantes, entre otras muchas, de nuestros países consiste en plantear si el sistema de administración de justicia, al que se la ha estigmatizado de lento, de excesivamente formalista, complicado, costoso y con frecuencia incomprensible para el ciudadano común, es adecuado para enfrentar los conflictos de interés que se avecinan en nuestra sociedad en este siglo XXI. Este tema es parte de los análisis de los Informes de *Doing Business* y constituyen uno de los grandes temas de la actualidad.

B.- Su debate.-

El debate de la administración de justicia participa del planteamiento general que es el llamado "acceso a la justicia". La expresión "acceso a la justicia" es una metáfora,⁴⁴ empleada desde hace algún tiempo.⁴⁵ Esta noción no se agota exclusivamente en el análisis de la forma en que son resueltos los conflictos en los tribunales, es mucho más vasta; comprende toda la actividad que los tribunales despliegan en toda sociedad. En suma, el "acceso a la justicia" se refiere a los "medios gracias a los cuales los derechos se hacen efectivos".

A pesar de los escépticos que quisieran acotar la noción del "acceso al justicia" a problemas estrictamente de desarrollo técnico, y, por lo tanto marginales, la aspiración legítima de toda sociedad de un mayor "acceso a la justicia" está íntimamente relacionada con problemas sociales fundamentales, cómo son los que conciernen a la igualdad y el poder en

⁴⁴ GALANTER, Marc. "La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux". En "Accès à la justice et État-Providence", bajo la dirección de Mauro Cappelletti, con prefacio de René David. París. Económica. 1984. p.248

⁴⁵ FRIEDMAN, Lawrence M. "Réclamations, contestations, et litiges et l'État-Providence de nos jours." *Accès à la Justice et État-Providence* bajo la dirección de Mauro Cappelletti, con prefacio de René David. París. Económica. 1984. p.248 ,

una sociedad.⁴⁶ La simple idea de que todos los ciudadanos deben tener posibilidades plenas e iguales de participar en el gobierno de la *res publica*⁴⁷, está en la base teórica misma de la democracia y de la práctica republicana. Desde la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, se ha postulado la igualdad de todos los seres humanos. Todos los seres humanos tienen derechos irrenunciables a la propiedad, a la libertad y a la vida misma. La función de todo gobierno consiste en reconocer y asegurar estos derechos y asegurarle la igualdad de todos los seres humanos.⁴⁸

El "acceso a la justicia" implica el desarrollo continuo de una consciencia a través de una discusión permanente que versa sobre la forma de facilitar el "acceso a la justicia", y la medida y la calidad con las que se pueden impartir la justicia.⁴⁹ La noción "acceso a la justicia", es crucial no solamente para los abogados practicantes y especialistas, sino para toda sociedad en su conjunto. No obstante ello, existen intereses sociales contradictorios y excluyentes. De una parte se desea facilitar el acceso a los tribunales a personas o grupos marginados que no han podido hasta la fecha encontrar ninguna satisfacción de estas instituciones en la solución de sus controversias.

El "acceso a la justicia"⁵⁰ no tiene un valor cualitativo abstracto⁵¹; debe ser expedito y proporcionado a las posibilidades económicas de las partes. Un acceso efectivo a la justicia depende de un sistema efectivo de litigio. En todo sistema de administración de justicia civilizado se requiere que el Estado lo haga accesible de tal forma, que cualquier ciudadano pueda obtener satisfacción en el planteamiento pacífico de sus disputas. Los tribunales deben ser el medio idóneo al que todo ciudadano pueda recurrir en el pleno ejercicio de su derecho constitucional de exigir justicia.

⁴⁶ TRUBEK, Louise G. y TRUBEK, David M., "*La justice des tribunaux au service d'une société de justice une manière nouvelle de considérer la défense des intérêt d'ordre général aux États-Unis*". *Accès à la Justice et État-Providence* bajo la dirección de Mauro Cappeletti, con prefacio de René David. París. Económica. 1984. p.248

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ MERRYMAN, John Henry. Op.Cit. pag.15

⁴⁹ GALANTER, Marc. Op. Cit. pag..248

⁵⁰ GALANTER, Marc.Op. Cit pag. 152.

⁵¹ FRIEDMAN, Lawrence M Op. Cit, pag. 248.

La jurisdicción y el procedimiento deben ser adaptados a la especificidad del litigio que deben juzgar. El sistema jurídico debe ofrecer resultados tangibles; ello presupone que debe haber una actitud permanente en este sentido de los responsables de la administración de justicia. La pregunta básica consiste en plantearse si, conforme a las nuevas condiciones que ha creado la sociedad actual, se permite a todo ciudadano acceder a los tribunales para poder asegurar el respeto de sus derechos y obtener satisfacción en sus pretensiones. Esto equivale a darle un contenido real al postulado republicano de igualdad formal de todos frente a la ley⁵², que se proclama en prácticamente todas las Constituciones Políticas de los Estados modernos.

La exigencia social que puede ser identificada en nuestros países, consiste en que ciudadanos y comunidades puedan aspirar a algo más que al simple reconocimiento formal de sus derechos; los abogados calificamos a estos derechos eufemísticamente como “letra muerta”.

No obstante estos reclamos sociales, todos ellos muy legítimos, debe permanecer muy claro en nuestro ánimo, que las reformas legales frecuentemente se realizan por la convergencia de intereses de grupos que actúan en la sociedad y una vez que la reforma legal ha sido obtenida, es difícil que sobreviva esta cohesión coyuntural y que el impulso inicial persista en la verificación de la aplicación efectiva de la ley.

El activismo de los ciudadanos es episódico y con frecuencia se limita a problemas aparentes. No obstante ello, existen en toda sociedad intereses sociales contradictorios y excluyentes. De una parte se desea facilitar el acceso a los tribunales a personas o grupos marginados que no han podido obtener ninguna satisfacción, hasta ahora, de estas instituciones en la solución de sus controversias. De otra parte, sin embargo, se estima que la justicia de “masas” -en la que se garantiza la eficacia de sus derechos- deriva en una disminución de la calidad de la justicia. La cantidad y la calidad de justicia conllevan dos concepciones diferentes de ella: la facilitación del acceso a la justicia participa de un enfoque social de la justicia, en tanto que la preocupación de una buena justicia gravita en torno a una justicia individual.

⁵² DAVID, René. *Préface*, in *Accès à la justice et État-Providence*, sous la direction de Mauro Cappelletti, Editorial Económica, Paris, 1984, pag. 3.

C.- Su referencia al sistema legal.

En todas las sociedades por igual, unas sujetas al *Civil Law*, otras al sistema del *Common Law*, se puede observar estas inquietudes jurídicas. Para facilitar el análisis recurriremos a un sistema de derecho, distinto al nuestro como lo es el sistema del *common law*, en Reino Unido, que conforme a su historia es uno de los sistemas de administración de justicia más avanzados en el ámbito universal.

Difícilmente se podría haber encontrado una mejor descripción del estado que guardaba el sistema de administración de justicia en Reino Unido en el siglo XIX, que en la obra de Charles Dickens. Dickens en su libro *Bleack House* pudo llegar a dramatizar con magisterio las angustias sociales presentes en su época que también las compartían los juristas.

Basta con recordar uno de sus párrafos, cuya elocuencia no puede ocultarse:

"...El caso Jarndyce versus Jarndyce se desenvolvía con monotonía. Este espectro de litigio con el transcurso del tiempo se ha vuelto tan complicado que ningún ser humano en la tierra, sabe lo que significa y mucho menos las partes que están involucradas; asimismo se ha podido percibir que ningún abogado del Chancery puede hablar sobre el asunto por cinco minutos sin estar en total desacuerdo con las premisas del litigio. Innumerables niños han nacido durante el curso del litigio; innumerables jóvenes se han casado; innumerables ancianos han muerto. Incontables personas se han visto involucradas sin sentido en el caso Jarndyce versus Jarndyce sin saber cómo o por qué; familias enteras han heredado odios legendarios con este litigio. El pequeño actor o demandado, a quien se le había prometido un nuevo caballo de juguete cuando el caso Jarndyce versus Jarndyce concluyera, ya ha crecido, tiene un verdadero caballo, y ha cabalgado ya a otro mundo...Niñas puestas inicialmente bajo la tutela del tribunal se han convertido en abuelas;

y una larga procesión de Chancellors han ido y venido...ya nos sobreviven ni siquiera tres Jarndyces sobre la tierra ya que el viejo Tom Jarndyce en su desesperación se voló los sesos en una cafetería de Chancery Lane; pero el caso Jarndyce versus Jarndyce aún se arrastra penosamente en el tribunal, con desesperanzas perennes..."⁵³

Si bien resulta evidente que los plazos, la complejidad y los costos han cambiado desde la época de Dickens, es válido preguntarse que tan eficiente es actualmente el sistema legal de Reino Unido en materia de administración de justicia. Esta reflexión no pretende estar aislada a un caso específico, ni tampoco circunscribirla a México; su pretensión es más modesta. Demostrar que reflexiones de igual naturaleza se hacen igualmente en otras latitudes, incluso de países que se estiman avanzados y con sistemas jurídicos diferentes.

En uno de los estudios más serios hechos en esta nuestra época, el *National Consumer Council* de Reino Unido en 1995 mostró como tres de cada cuatro británicos expresaron su insatisfacción con el sistema de administración de justicia británico. De 1019 encuestados, 77% opinaron que era un sistema muy lento, 74% que era muy complicado y 73% que no estaba actualizado.⁵⁴

Debe insistirse que la complejidad del sistema de administración de justicia en toda sociedad, constituye una carga onerosa importante para el común de los ciudadanos y el de sus familias y que con frecuencia induce a la parte económicamente más débil a aceptar injusticias o transacciones desventajosas; o bien, incluso el costo del litigio inhibe con frecuencia a los ciudadanos a ejercitar sus derechos, ya que existe una gran desproporción con el objeto de la reclamación. En este sentido puede mencionarse el "*Woolf Civil Justice Review Interim Report*" de 1995⁵⁵, uno de los mejores diagnósticos que se han formulado en la época reciente sobre un sistema de administración de justicia. En una de sus

⁵³ DICKENS, Charles. *Bleak House*. New American Library. Penguin Putnam, Inc. New York, New York. Traducción libre del autor.

⁵⁴ SLAPPER, Gary et KELLY David. *Principles of the English Legal System*, troisième édition, Cavendish Publishing Limited, Londres, 1997, pag. 161.

⁵⁵ Le *Woolf Civil Justice Review Interim Report* puede consultarse en el portal de internet www.lcd.uk/civil/final/overview.htm y www.lcd.gov.uk/civil/finalfr.htm.

partes más críticas este informe señala, con agudeza, como un sistema de derecho---el británico---en el que los honorarios de los abogados son mayores a la indemnización de daños y perjuicios que recibe una víctima por accidente, sencillamente es indefendible. El informe *Woolf* dio origen a una de las reformas más importantes emprendidas en un sistema de administración de justicia en tiempos recientes.

D.- El contexto mexicano.-

En nuestros países, hemos de ser claros, la desigualdad real frente a la ley tiene uno de sus orígenes fundamentalmente en la pobreza y en la ignorancia de la existencia de los derechos y de como hacerlos valer ante los tribunales. Las reformas que se han intentado no han sido sencillas, por los diversos intereses actuantes, pero también por las diversas categorías jurídicas que deben ser aceptadas por el conjunto de la sociedad. En esa forma, *verbi gratia* se ha llegado incluso a sostener que la legitimidad procesal consistente en permitir únicamente el acceso al tribunal a quien le asiste un derecho, obedece en el fondo a la necesidad de preservar la competencia entre los otros poderes del Estado impidiendo una sobreactuación del poder judicial.⁵⁶

Igualmente, debe insistirse que en un país como México, con una organización social débil y en vías de formación, existe una enorme dificultad de hacer eficaces los derechos. Los grupos no organizados en la sociedad carecen de una representación adecuada; difícilmente puede imaginarse, mediante los mecanismos de representación existentes, una igualdad real de todos los intereses sociales en presencia. México ha hecho esfuerzos serios para tratar de igualar las posibilidades que le asisten a los grupos formalmente organizados con las de los grupos no organizados.

La creación de organismos burocráticos para la solución de estos problemas no necesariamente ha constituido en nuestro país, la mejor de las soluciones. En efecto, esta solución participa del enorme riesgo que estos organismos administrativos están expuestos a analizar las soluciones de los conflictos de interés sólo desde la perspectiva burocrática y de que carezcan de la agresividad y la flexibilidad necesaria para enfrentar el ingenio de todos aquellos que pretenden sustraerse al cumplimiento de la

⁵⁶ KÖTZ Hein, Op.Cit.pag. 107.

ley y que terminen, como lo expresara brillantemente Galbraith⁵⁷, convirtiéndose en “instrumentos de la misma industria a la que supuestamente debían reglamentar o bien atrapados por la senilidad prematura”.

Adicionalmente a lo anterior se genera una gran dependencia social que deriva en una inhibición de organizar a la población, cuando la actividad de las organizaciones sociales es justamente uno de los métodos más efectivos para asegurar la protección de los intereses de grupos que carecen de representación social. Lo que es un hecho es que se obtienen resultados muy diversos cuando se trata de evaluar las actividades de los organismos públicos que tienen como mandato el proteger los intereses generales de la sociedad.

5.- El valor del sistema legal.-

Privilegiar un sistema de legalidad sobre otro, es un despropósito científico. Los fundamentos de la ciencia son excluyentes de todo juicio de valor. Los sistemas de legalidad son una formación cultural como otras muchas. Fue precisamente la emergencia de los Códigos a fines del Siglo XVIII y durante todo el siglo XIX que favoreció el "nacionalismo jurídico" que redujo a los juristas a estudiar exclusivamente su sistema legal. Fue precisamente este "nacionalismo jurídico" que hipertrofió el "orgullo nacional" en los diferentes sistemas de legalidad; es en esta forma que los juristas alemanes, al igual que los franceses, llegaron a imaginar que su sistema legal había llegado prácticamente "a la perfección".⁵⁸ Anselm von Feurbach,⁵⁹ un distinguido jurista alemán de inicios del siglo XIX, fustigando el criterio estrecho de los juristas alemanes, lamentaba cómo a diferencia de otras disciplinas científicas, los juristas carecíamos de una metodología de derecho comparado.⁶⁰ Estas ideas fueron

⁵⁷ GALBRAITH, J. *The Great Crash*, citado por KÖTZ, Hein Op.Cit. pag. 118, nota 69.

⁵⁸ KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 17

⁵⁹ FEUERBACH, Anselm. "Blick auf die teusche Rechtswissenschaft", *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, 1833. pag. 152, citado por KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 18

⁶⁰ KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 17

retomadas por Rudolf von Ihering,⁶¹ que en su célebre libro "*Geist des römischen Rechts*" denunciara que la ciencia social del derecho había degenerado en una jurisprudencia de estados, limitada por las fronteras nacionales, lo que reflejaba una gran pobreza científica. La ciencia del derecho, sostenía Von Ihering, debía aspirar a una actividad científica.

Las ideas del Profesor John Henry Meryman, son en este respecto igualmente útiles:

"... Hence it bears repeating that the civil law tradition is older, more widely distributed, and more influential than the common law tradition. In these senses, at least, it is more important. I should be added that many people believe the civil law to be culturally superior to the common law, which seems to them to be relatively crude and unorganized. The question of superiority is really beside the point. Sophisticated comparative lawyers within both traditions long ago abandoned discussions of relatively superiority or inferiority. But it is to the point that many people think that their legal system is superior to ours. That attitude itself has become part of the civil law tradition..."⁶²

Aunado a lo anterior, debe tenerse presente, que los sistemas jurídicos, sobretudo en Occidente, empiezan a ser tributarios unos de otros, de tal suerte que se genera una suerte de sincretismo jurídico. La interacción en los sistemas de legalidad en el Occidente es innegable. Para sólo mencionar un claro ejemplo, el sistema jurídico norteamericano, que no obstante ser un sistema particular dentro del mismo sistema del *common law*, ha tenido aportaciones innegables en la evolución jurídica universal, entre los que destacan, para sólo mencionar algunos, en forma prominente la noción de responsabilidad estricta ("*strict liability*"), la noción de la acción colectiva ("*class action*") y las relatorias

⁶¹ VON IHERING, Rudolf. "*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*". I, Séptima Edición, 1924, pag. 152, citado por KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris. 2000. pag. 18

⁶² MERRYMAN, John Henry Op.Cit. pag.3

("Restaments") elaborados por el *American Law Institute*,⁶³ que son las nociones que más han influido de manera singular en el sistema de codificación.

Los estudios recientes del derecho comparado, han sostenido con razón, que las diferencias entre los diversos sistemas jurídicos occidentales se han exagerado y que comparten fundamentos comunes. Las diferencias entre los sistemas de derecho del *common law* y del sistema romano germánico no son irreconciliables, cómo se ha sostenido en forma dogmática. Si bien se identifican claras diferencias, es posible acceder a soluciones de compromiso. A este respecto basta con mencionar en el ámbito comercial, *verbi gratia* los "Principios del Procedimiento Civil Transnacional"⁶⁴, redactados éstos últimos conjuntamente entre el *American Law Institute* y el UNIDROIT. Los Principios del Procedimiento Civil Transnacional constituyen, a no dudarlo, una de las obras científicas en el ámbito del derecho, más importantes realizadas en tiempos recientes.

Es precisamente en esta última obra, circunscrita al ámbito comercial, en donde se demostró cómo en una disciplina, en la que tradicionalmente se sostenía el impedimento estructural absoluto de redactar reglas y principios de procedimiento civil transnacional la conciliación era posible. A esta disciplina dogmáticamente se le arraigaba íntimamente a las raíces de cada sociedad; los trabajos que derivaron en la confección de los "Principios del Procedimiento Civil Transnacional" demostraron empero, la existencia de un amplio espectro de convergencias entre los sistemas de derecho del *common law* y el romano germánico.

A ello contribuyeron las nuevas ideas que se introdujeron. En el pasado reciente, se llegó a sostener que a pesar de la relación funcional del derecho procesal con la ley sustantiva, el derecho procesal gobernaba el sistema del poder judicial y que por consecuencia las reglas de procedimiento deberían de ser consideradas cómo de orden público. La Administración de Justicia era una expresión propia de la autoridad pública y a sus instituciones les era atribuida una función de Estado. Es

⁶³ Los trabajos del American Law Institute pueden ser consultados en el portal de internet www.ali.org

⁶⁴ Principles of Transnational Civil Procedure. AMERICAN LAW INSTITUTE/UNIDROIT, Cambridge University Press.2006

por esta razón que los principios básicos del procedimiento civil habían tenido una significación constitucional, muy propia de los sistemas de derecho de los países de América Latina, y que por lo tanto, nada o muy poco podría ser hecho en la uniformidad de reglas de procedimiento civil. La conclusión para el propósito de este opúsculo resulta obvia. Las diferencias entre los sistemas de derecho del *common law* y del romano germánico estaban fatalmente a ser irreconciliables. El procedimiento civil sería en consecuencia una prerrogativa de la soberanía nacional, ya que el Poder Judicial es uno de los poderes en los sistemas de derecho occidentales, y en tanto tal una expresión de la soberanía nacional.

Las nuevas ideas, provenientes del desarrollo de la ciencia jurídica, demostraron empero que existen diferencias fundamentales en las reglas de procedimiento. La organización judicial y las reglas de procedimiento satisfacen funciones diferentes: las reglas de procedimiento tienen por vocación natural, las relaciones entre las partes y entre las partes y el tribunal. Por su parte las reglas relativas a la organización judicial pertenecen a la soberanía de cada Estado nacional. Es lo que se conoce cómo el movimiento de "contractualización" del derecho privado.

En este aspecto la precisión es imprescindible: sería más que una ingenuidad sostener la armonización de las reglas del procedimiento civil, en los sistemas de derecho del *common law* y del romano germánico, y en los subsistemas jurídicos, en donde privan una variedad infinita de reglas de procedimiento. Nada más contrario a la verdad. La noción de "aproximación" de sistemas de derecho sería más exacta, si por "aproximación" se entiende una reforma ardua que pudiera hacer los sistemas de legalidad más compatibles. En la especie, la noción de "aproximación" desplaza el debate de los fundamentos del procedimiento civil a una perspectiva más pragmática, que se concentre más en la resolución final de la controversia. Es lo que el profesor Storme ha calificado como "il principio del finalismo".⁶⁵

Adicionalmente a lo anterior, resulta prudente, empero puntualizar que la uniformidad reduce en forma considerable la competencia entre diferentes sistemas de legalidad y disposiciones legales, cuándo es precisamente la competencia entre sistemas legales lo que ha sido y es

⁶⁵ STORME, Marcel. "Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to Universal Harmonisation". Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. VI 2001-4 pag. 448

determinante para evitar fosilizaciones jurídicas, generadoras de ineficiencias nocivas que pudieran perpetuarse en un sistema legal.⁶⁶

Todas estas consideraciones, imprescindibles en la comprensión de los diferentes sistemas de legalidad y de importancia capital en la discusión científica del derecho, fueron empero soslayados, sin mediar explicación alguna por el Informe *Doing Business* del Banco Mundial.

6.- La perspectiva del derecho comparado.

a.- Su noción.

No resulta ocioso, para los efectos de los Informes *Doing Business*, mencionar en este espacio, nociones primarias de la metodología del derecho comparado. Antes al contrario; resulta indispensable ponerlos nuevamente en perspectiva. Ello contribuye eficazmente a agregar elementos de análisis en lo que corresponde a la concepción monista econometrista que gobierna los Informes *Doing Business*.

La publicación *Doing Business* ha venido soslayando el avance de la técnica del derecho comparado. Los estudios preliminares de derecho comparado se han vuelto indispensables respecto de problemas específicos; estos estudios deben describir cuidadosamente, en áreas específicas, las convergencias, las similitudes y las diferencias entre diversos sistemas jurídicos; y a partir de las diferencias determinar la viabilidad de la reforma y la mejor forma de su orientación.

El "derecho comparado" traduce una actividad intelectual, que tiene al "derecho" cómo objeto y la comparación cómo su proceso.⁶⁷

La delimitación de su ámbito de estudio es una de las primeras tareas analíticas que no admiten dilación. Existe una clara diferencia entre el derecho internacional privado y el "derecho comparado". El derecho internacional privado, o las reglas "conflictuales", forma parte del derecho nacional; en tanto el "derecho comparado" es una metodología de análisis

⁶⁶ KRONKE, Herbert. Op. Cit. pag. 19

⁶⁷ ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. Clarendon Press. Oxford. Tercera Edición. 1998. pag. 2

legal.⁶⁸ La metodología del derecho comparado difiere igualmente en la substancia con el derecho internacional público, ya que éste último es un derecho vigente entre los Estados nacionales; esencialmente un derecho supranacional que responde a un sistema con vocación universal.

Por otra parte, las relaciones entre la metodología del "derecho comparado" y la historia del derecho, empero son sumamente complejas. En una primera aproximación puede sostenerse que en tanto la metodología del "derecho comparado" se enfoca al análisis de sistemas de legalidad que coexisten en el espacio, la historia del derecho analiza los sistemas de legalidad que se suceden en el tiempo. No obstante ello, está claro que el jurista que se dedica a la historia del derecho no puede evitar el empleo de la metodología del "derecho comparado", al igual que el jurista no puede sustraerse al análisis histórico, si desea comprender el sentido de las reglas de derecho y los problemas que intentan resolver.⁶⁹

La tarea comparativa no debe agotarse en el argumento que asigna el discurso de las reglas e instituciones a los juristas; el debate debe hacerse extensivo a las ideas y a los comportamientos que están en estrecha relación con el derecho de los diversos países. El derecho comparado y la sociología jurídica convergen de tal manera que en otra forma no se podría obtener resultados significativos. El desarrollo social y económico y la homogeneidad de la sociedad deben ser elementos de análisis a considerarse en estas decisiones.

En efecto, posiblemente los ámbitos más complejos a ser diferenciados sean los de la metodología del "derecho comparado" y los de la sociología del derecho, ya que ambos comparten una gran cantidad de métodos. La sociología del derecho desarrolla las relaciones causales entre el derecho y la sociedad; su tarea consiste en identificar arquetipos de conductas respecto a los cuales pueda inferirse cuándo y en que forma la ley incide en el comportamiento humano y recíprocamente cuándo la ley se ve alterada por los cambios sociales, ya sean de naturaleza política, económica o de cualquier otra índole⁷⁰.

⁶⁸ BERMANN, George A. *The discipline of Comparative Law in the United States*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 306

⁶⁹ ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. Op. Cit. pag. 8

⁷⁰Ibid. pag. 10

La sociología del derecho ha proporcionado elementos invaluable a los juristas. Los juristas comparatistas han comprendido que únicamente reglas de derecho que satisfagan la misma función pueden ser comparadas. Para ello saben que deben de eliminarse sus preconcepciones doctrinales y jurídicas de sus análisis y liberarse de su contexto cultural para estar en aptitud de identificar con puntualidad nociones jurídicas desarrolladas en otros sistemas de derecho, para resolver problemas o conflictos de interés específicos.

En suma, la metodología del derecho comparado ha postulado como premisa básica la de la funcionalidad⁷¹; únicamente son comparables mecanismos de legalidad aquellos que satisfacen la misma función.

Los diversos sistemas legales encaran esencialmente problemas similares, pero son resueltos de diferentes maneras en muchas ocasiones con resultados bastante equiparables. La metodología funcional excluye la referencia conceptual de cada sistema legal; en efecto en lugar de partir del análisis de una norma o institución particular, se debe determinar el problema social a ser resuelto e identificar las normas o instituciones desarrolladas para resolverlos. Debe procurarse evitar la exposición dogmática conceptual de cada sistema legal que tiende a enturbiar, sino es que francamente a impedir la claridad en el análisis comparatista.

En esta perspectiva, la metodología comparatista, comparte con otras disciplinas sociales, inquietudes similares, cuyos planteamientos básicos consisten en elucidar cuales son las funciones de las instituciones legales en las diferentes sociedades y las soluciones en los diversos sistemas de legalidad, al comprobar su eficacia en la respuesta a necesidades sociales; con ello, por lo tanto deshecha las estructuras doctrinales.⁷²

De lo anterior resulta una clara conclusión, que los Informes de *Doing Business* han soslayado. La interacción de diferentes disciplinas

⁷¹ El impulsor del enfoque functionalist fue el alemán Ernst RABEL. En KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 19

⁷² KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 19

cómo el derecho, la historia, la etnología y la sociología resulta imprescindibles para la comprensión de la regla de derecho. Cualquier análisis, que se precie de tener vocación científica, que no incorpore todo aquello que pueda incidir en la regla de derecho, cómo lo es el clima, la geografía, conduciría fatalmente a resultados equivocados. No menos importante resulta la ponderación de eventos que marcan el curso de la historia de un Estado nacional, cómo lo es la guerra, las revoluciones, el colonialismo, la subyugación, la religión, la ambición y la creatividad de diferentes agentes sociales⁷³,

Existe una pluralidad de factores que moldean la regla de derecho y por lo tanto no puede atribuirse exclusivamente a sistemas como el feudalismo, liberalismo o socialismo, a quienes les es dable producir y moldear diferentes clases de sistemas de derecho. Las instituciones jurídicas, una vez adoptadas producen consecuencias predecibles, pero otras que no lo son. Los Informes *Doing Business* harían bien en considerar que en el ámbito social, económico y jurídico existe una gran interacción de diversos factores de muy diversa índole y que la tesis monista econometrista, por más seductora que pudiera ser, contiene graves limitaciones. El sistema de legalidad de cualquier Estado nacional se encuentra en perpetuo movimiento; es finalmente un calidoscopio que es necesario contemplar constantemente en toda su dimension.⁷⁴

b.- Su utilidad.

La utilidad de la metodología del "derecho comparado" es múltiple; entre otros y para los efectos de este opúsculo, debe detacarse que es un codyuvante natural del análisis econometrista, ya que facilita el esclarecimiento de las precondiciones sociales en las que se desarrollan las reglas de derecho.⁷⁵

⁷³ RABEL, Ernst. "Aufgaabe und Notwendigkeit der Rechtsvegleichung". 1925. 3 reimpreso en LESER, H.G. E. Rabel. *Gesamelte Aufsätze*, Vol. III. 1967. Citado por KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 20

⁷⁴ RABEL, Ernst. "Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvegleichung". 1925. 3 reimpreso en LESER, H.G. E. Rabel. *Gesamelte Aufsätze*, Vol. III. 1967. Citado por KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 20

⁷⁵ ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. Op. Cit. pag. 4

Existe una clara utilidad que consiste en la incidencia que pueda tener en cualquier reforma legal, la forma en la que se aplica el derecho en otras jurisdicciones; pero no solamente ello, su utilidad social se extiende al ejercicio de la abogacía. La metodología del derecho comparado posibilita a juristas, litigantes, académicos, jueces entre otros, provenientes de diferentes jurisdicciones en la comprensión, aplicación e interpretación⁷⁶ de la "ley aplicable".

La metodología del "derecho comparado" conlleva varias ambiciones legítimas:

A.- La ambición intelectual que intenta conocer mejor la regla de derecho, su relación con la sociedad y elucidar mejor las nociones de derecho⁷⁷. Para ello, la presentación del derecho nacional en el contexto de las diferentes ideas que se identifican en otros sistemas de legalidad, de sus principios y de sus instituciones resulta imprescindible;

B.- La ambición programática que posibilita la unificación, armonización o aproximación de las legislaciones nacionales en diversos ámbitos que puedan facilitar las transacciones y relaciones transnacionales, al destilar principios generales del derecho que puedan gobernar a estas transacciones y relaciones transnacionales en forma más adecuada⁷⁸. Baste con mencionar que en el ámbito universal se han fundado una enorme cantidad de institutos o centros de derecho comparado que proveen de información actualizada a los legisladores nacionales⁷⁹ así como academias y organizaciones internacionales que fomentan los estudios comparatistas, cómo lo son en el ámbito internacional la Academia Internacional de Derecho Comparado o la Asociación internacional de Ciencias Jurídicas; o en el ámbito local la "*Société de Législation Comparée*" o la "*Gesellschaft für*

⁷⁶ KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. Op. Cit pag. 26

⁷⁷ BERMANN, George A. Op. Cit. pag. 306

⁷⁸ Ibidem

⁷⁹ Para sólo mencionar dos Institutos de Derecho comparado de excelencia, fundados en el año de 1924 y 1926 respectivamente: el Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (en la ciudad de Heidelberg) y el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. En KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 26 Véase también la Parker School of Foreign and Comparative Studies.

Rechtsvergleichung"⁸⁰ fundadas respectivamente en 1869 en Francia y en 1894 en la República Federal de Alemania.

Pero posiblemente, y es justamente lo que Los Informes *Doing Business* del Banco Mundial descuidan, la metodología del derecho comparado enseña la relatividad y contingencia del derecho nacional al exponer las debilidades de sus premisas y sus potenciales prejuicios.⁸¹

c.- Sistema de derecho y tradición jurídica.

La metodología del derecho comparado distingue claramente entre el sistema de legalidad y la tradición jurídica. Un sistema de legalidad, se ha sostenido⁸², es un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas de derecho.⁸³ En la medida en la que la comunidad internacional esté organizada en Estados soberanos y organizaciones internacionales o intergubernamentales, existen tantos sistemas de derecho, cómo Estados nacionales y organizaciones.⁸⁴ Por contra, una tradición jurídica, cómo lo implica el mismo término, no es un conjunto de reglas de derecho, entre otras, sobre contratos, empresas, delitos, entre otros. Estas reglas de derecho reflejan necesariamente en cierta forma la tradición jurídica a la cuál pertenecen.

La tradición jurídica es un conjunto de conductas con raíces históricas profundas, que explican la naturaleza del derecho, la función del derecho en una sociedad, la adecuada organización y operación de un sistema de derecho y la forma en la cuál la ley se aplica o debería aplicarse, y debería ser estudiada y enseñada.⁸⁵ La tradición jurídica refiere el sistema de derecho a una cultura y se significa por ser una de sus expresiones. Para resumirlo en una frase que ha hecho fortuna, la tradición jurídica "sitúa al sistema de derecho en una perspectiva cultural."⁸⁶

⁸⁰ Esta Academia fue fundada inicialmente con el nombre de "Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre", En KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 18

⁸¹ BERMANN, George A.Op. Cit. pag. 306

⁸² MERRYMAN, John Henry.Op. Cit. pag.2

⁸³ Ibidem

⁸⁴ Ibidem

⁸⁵ Ibidem

⁸⁶ Ibidem

d.- Los diferentes sistemas de legalidad.

En un opúsculo de esta naturaleza, y teniendo en consideración las anteriores premisas, resulta imprescindible relatar, así sea en forma sinóptica, que a la comunidad internacional se le visualiza cómo un mosaico muy complejo de sistemas legales que responden a tradiciones jurídicas muy diversas; para proporcionar a nuestro análisis una mejor perspectiva e introducir un elemento de orden, es indispensable tener presente una clasificación de principio de las diferentes sistemas de legalidad, que lamentablemente soslaya la publicación *Doing Business*,

Conforme a la clasificación más actualizada, pueden reconocerse en la comunidad internacional ocho grupos diferentes de sistemas de legalidad⁸⁷, que responden a los mismos fundamentos legales en donde se destaca el número de habitantes que comprenden y su consecuente porcentaje estimado en la población mundial.

a) El sistema jurídico tradicional inglés-americano del *common law*⁸⁸, que cuenta con 146 diferentes jurisdicciones con una población estimada de 1,797 millones de habitantes y que representan el 33.4% de la totalidad de la población mundial⁸⁹.

⁸⁷ ROSE, A. O. y ALAN D. "The challenges for Uniform Law in the Twenty-First Century". Uniform Law Review. UNIDROIT, vol. I, 1996, I, pag. 9

⁸⁸ Los Estados Unidos de América, Australia y el Canadá, se contabilizan cada uno en lo individual.

⁸⁹ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Anguilla, Antigua y Barbuda; Australia; Bahamas; Bangladesh; Barbados; Belize; Bermuda; Territorio Británico del Océano Índico; Brunei Darassalam; Burma; Canadá (con exclusión de Quebec); Islas Caymán, Islas Navidad/Cocos (Islas Keeling); Islas Cook; Chipre; Dominica; Inglaterra; Islas Falkland; Fiji; Gambia, Ghana; Gibraltarr, Granada; Guyana; Hong Kong; Irlanda del Norte; República de Irlanda; Isla del Hombre; Israel; Jamaica; Kenya; Kiribati; Malawi; Malasia; Montserrat; Nauru, Nueva Zelandia; Nigeria; Niue; Islas Norfolk; Pakistán, Papua Nueva Guinea; Islas Pitcairn, Sychelles; Sierra Leona, Singapur, Islas Solomón, Santa Helena; San Kitts y Nevis; Santa Lucía; San Vicente y las Granadinas; Sudán; Tanzania; Tokelau; Tonga; Trinidad y Tobago; Islas Turcas y Caicos; Tuvalu; Uganda, Vanuatu; Islas Vírgenes Británicas; Samoa Occidental; Zambia; Samoa Americana Guam; Islas Johnston y Sand; Liberia; Islas Marshall e Isla Wake.

b) El sistema jurídico mixto romano-*common law* comprende 15 jurisdicciones con un total de 243 millones de habitantes que significan el 4.5% de la totalidad de la población mundial⁹⁰.

c) El sistema germánico-escandinavo con 13 jurisdicciones que abarca 360 millones de habitantes y representan un total de 6.7% de la población mundial⁹¹.

d) El sistema mixto franco-latino germánico con 13 jurisdicciones en la que se agrupan 279 millones de habitantes que significan el 5.2% del total de la población mundial⁹².

e) El sistema franco-latino con 76 jurisdicciones que comprenden 982 millones de habitantes cuyo porcentaje es de 18.3% del total de la población mundial⁹³.

f) El sistema de jurisdicciones emergentes en el que pueden identificarse un número de 18 jurisdicciones que comprenden 1,488 millones de habitantes que totalizan el 27%⁹⁴.

⁹⁰ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Alderney y Sark; Botswana; Guernsey; Jersey; Sud-Korea; Lesotho; Liechtenstein; Mauricio; Namibia; Quebec; Escocia; Sud-Africa; Sri Lanka y Zimbabue.

⁹¹ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Aruba; Finlandia; Alemania; Islandia; Indonesia; Países Bajos; Noruega; Polonia; Surinam; Suecia, Suiza; y Taiwán.

⁹² Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Austria; República Checa; Dinamarca; Islas Faeroe; Groenlandia; Hungría; Italia; Louisiana; Panamá; Filipinas; República Eslovaca; Tailandia y Turquía.

⁹³ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Algeria; Andorra; Angola; Argentina; Bélgica; Benin; Bolivia; Brasil; Burkina Faso; Burundi; Camerún; Cabo Verde; República Centroafricana; Chad; Chile; Colombia; Comoras; Congo; Costa Rica; Cuba; Djibouti; República Dominicana; Ecuador; Egipto; El Salvador; Guinea Ecuatoriana; Francia; Guayana Francesa; Polinesia; Gabón; Grecia; Guadalupe; Guatemala; Guinea; Guinea-Bissau; Haití; Honduras; Irán; Iraq; Costa de Marfil; Jordania; Líbano; Libia; Luxemburgo; Macao; Madagascar; Mali; Malta; Martinica; Mauritania; Mayotte; México; Mónaco; Marruecos; Mozambique; Nueva Caledonia; Nicaragua; Niger; Paraguay; Perú; Portugal; Puerto Rico; Reunión; Rumania; Ruanda; San Tomé y Príncipe; Senegal; España; San Pierre y Miquelon; Siria; Togo; Túnez; Uruguay; Venezuela; Islas Wallis y Futura, Zaire.

⁹⁴ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Albania; Armenia; Bielorrusia; Bosnia; Bulgaria; China; Croacia; Estonia, Georgia, Latvia; Lituania; Moldavia; Mongolia; Federación Rusa; Serbia; Eslovenia; Ucrania y Vietnam.

g) El sistema islámico que cuenta con 14 jurisdicciones que comprenden 108 millones de habitantes totaliza el 2.7% de la población mundial⁹⁵.

h) Jurisdicciones indiferenciadas entre las que pueden reconocerse 133 jurisdicciones con 116 millones de habitantes que totaliza el 2.2% de la población mundial⁹⁶.

Los estudios de derecho comparado hacen posible que se ponderen las evaluaciones de instituciones o mecanismos de legalidad de otros sistemas jurídicos. Sería sin embargo, más que una torpeza sujetar las reformas legales, teniendo como referencia únicamente las realidades del mercado, sin considerar la cultura jurídica de los países involucrados.

El fenómeno de la globalización de la economía es una realidad que se impone hoy en día con gran fuerza a todos los agentes económicos y ha inducido una evolución lenta e inexorable; esta época que difícilmente puede encontrar paralelo con otra, presenta desafíos para los académicos, para los gobiernos y para las organizaciones intergubernamentales en la modernización y armonización del marco legal del comercio internacional; la complejidad a que nos enfrentamos es inédita.

Para nadie pasa desapercibido que es importante fomentar la eficiencia en la aplicación de las reglas de derecho. Ello requiere de un cambio de cultura y de una transformación profunda de la sociedad. Para ello se requiere de una acción positiva y permanente del Estado, que está obligado a realizar un esfuerzo social serio para que la justicia sea efectivamente accesible a todos, independientemente de su nacionalidad. Para ello deberá eliminar aquellas reglas de derecho que han demostrado ser insuficientes para asegurar los intereses de la sociedad. Este cambio, sin embargo, debe ser necesariamente acorde con el ritmo propio de cada sociedad.

⁹⁵ Las Jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Afganistán; Azerbayján; Bahrain; Kazakstán; Kirghistán; Kuwait; Omán; Qatar; Arabia Saudita y Tajikistan.

⁹⁶ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Antártica; Bhután; Cambodia; Eritrea; Etiopía; Corea del Norte; Laos; Maldivias; Nepal; San Marino; Somalia; Ciudad del Vaticano y Oeste de Sahara.

Al Informe *Doing Business* no debería pasar por desapercibido que la composición de cada sociedad es determinante en la asimilación de nuevas estructuras sociales, si es que verdaderamente pretende que éstas penetren en los hábitos y costumbres de los pueblos, y que su pretensión no se agote en la mera superficie. La resistencia social que los cambios súbitos provocan en las sociedades, cuyos ejemplos en la historia reciente son abundantes, deberían para una institución multilateral con una clara vocación universal, ser motivo de profundas y serias reflexiones.

Los juristas del Congreso de Derecho Comparado de París, liderados por Édouard Lambert, Raymond Saleilles, Esmein y el británico Pollock⁹⁷, reunidos a inicios del siglo XX jamás hubieran podido imaginar las serias dificultades y desafíos que el derecho comparado enfrentaría; ello demuestra, entre otras muchas cosas, que el avance de la ciencia es inexorable y sus principios fatalmente relativos. La bendición dogmática *urbi et orbi* excluye toda posibilidad de diálogo científico.

7.- La naturaleza del derecho civil.

Otro de las insuficiencias que se evidencian en el informe *Doing Business* es la consideración misma de la naturaleza del derecho civil y la de su función en toda sociedad. Existe, en la literatura jurídica, consenso en considerar al derecho “civil” cómo el más “refinado” o el más “elaborado” de los derechos ya que representa la esencia misma de la constitución de una sociedad: es su Constitución Civil, conforme a la expresión que ha hecho fortuna del Doyen Jean Carbonnier. En efecto, el régimen civil no es otra cosa que la normatividad de las relaciones privadas entre los hombres; es la expresión más íntima de una sociedad.

Es el derecho civil que regula las relaciones profundas y esenciales de una sociedad; al derecho civil no le concierne lo relativo a la normatividad del poder (organización política y económica), sino que le atañe la organización de los grandes momentos de la vida del hombre: el nacimiento a través de la filiación, la unión de sexos mediante el matrimonio, la muerte que domina el ámbito del derecho de sucesiones, la organización de las relaciones económicas entre los hombres que es el ámbito material del derecho de las obligaciones y de los contratos y los

⁹⁷ SACCO, Rodolfo. *Épilogue*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. pag. 337

modos de apropiación de la riqueza que es propio del derecho de los bienes.

El derecho civil está dominado por la noción de duración, por una evolución lenta y profunda; esto permite afirmar que una reforma legal no ha sido verdaderamente asimilada hasta que el derecho civil la haya integrado. La legislación civil es el resultado de un esfuerzo social que aspira a alcanzar un objetivo común; es la expresión cultural de una sociedad que refleja las necesidades, los anhelos y los objetivos que se propone.

Si se atiende a su historia y a su composición social, México constituye uno de los mejores ejemplos que pueden contribuir a esclarecer el alcance de la noción de derecho civil, de la aculturación jurídica a través de la codificación, así como poner en relieve algunos efectos inesperados que resultaron de la transposición de nociones provenientes de la Ilustración. Un breve análisis de la evolución jurídica de México podría evidenciar la importancia del contexto social en el cuál cada mecanismo de legalidad debe desarrollarse.

8.- La aculturación jurídica.

La comprensión de la evolución del derecho privado, particularmente el del derecho civil, en México y finalmente el estado actual que guardan las instituciones civiles, exigen un análisis detenido de la recepción de los diferentes sistemas de derecho y de culturas jurídicas que se han registrado y se registran en nuestro país; cuales han sido y en que medida se ha provocado esta influencia y cuales han sido sus repercusiones. México tuvo una recepción de cultura jurídica occidental en el sistema romano-germánico en el cual se encuentra inserto y en donde la influencia francesa es especialmente singular. Sin la ponderación de los elementos de culturalidad jurídica, la explicación de la evolución jurídica en México, resultaría insuficiente y posiblemente equivocada.

a.- Los sucesos en Occidente.

La Nueva España no pudo permanecer inmune a los movimientos sociales y a las nuevas corrientes de pensamiento que se originaron a partir de 1776 y que postularon una nueva concepción del ser humano, de

la sociedad, de la economía y del Estado.⁹⁸ Estas nuevas concepciones terminaron por modificar el paisaje del Occidente: la Revolución Francesa, la Independencia de los Estados Unidos de América y los movimientos libertarios de las antiguas colonias españolas, en lo que actualmente es América Latina, la unificación alemana, el movimiento del *Risorgimento* italiano, la unificación de la nación alemana en un solo Estado nacional o bien finalmente la liberación griega del Imperio Otomano, para señalar solamente los más significativos, determinaron los sistemas de derecho prevalecientes.⁹⁹

Hay total coincidencia en que estas nuevas corrientes de pensamiento produjeron movimientos sociales muy diversos en las sociedades europeas y americanas, conforme a la estructura social de cada una de ellas. La revuelta en contra del *Ancien Régime* se realizó de diferentes maneras. No es casual que en tanto en Francia se postulaba con exceso la noción de propiedad privada y de la autonomía de la libertad que permitían con eficacia sustraerse al régimen feudal, Reino Unido y los Estados Unidos por su parte, radicaban el exceso en el individualismo. La frase célebre de Henry Maine¹⁰⁰ resume con elocuencia este fenómeno social: La Revolución Francesa se convirtió rápidamente en el instrumento que facilitó el tránsito del "régimen estatutario al contractual".

Montesquieu en Francia se preocupa en la distinción primaria entre la creación y la aplicación del derecho. Los Tribunales en Francia se negaban sistemáticamente a solucionar las controversias en base a la nueva legislación y que pudiera alterar los intereses de la aristocracia rural; la interpretación en contra del espíritu de la ley por los tribunales era moneda de curso corriente, así como su constante interferencia en la función pública para impedir que ésta pudiera acatarla. Estos planteamientos son los que subyacen en el postulado de la división de poderes entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Esta fue la única fórmula eficaz de prevenir la interferencia recurrente de la judicatura en la creación de la ley y la intromisión en la función del gobierno.

Por el contrario la fórmula para combatir el feudalismo en Reino Unido fue diferente: el arraigo del individualismo como la fórmula eficaz

⁹⁸ MERRYMAN, John Henry. Op. Cit. pag. 14

⁹⁹ Ibidem

¹⁰⁰ Ibidem

para frenar el abuso del poder del soberano. Esta fuerza social fue determinante en la centralización del poder del Estado y en la abolición de las estructuras feudales.¹⁰¹

El recelo de la sociedad francesa en la recurrente intromisión de la función del gobierno y de la creación de la ley por parte de la judicatura no tuvo su equivalente en Reino Unido y por extensión en los Estados Unidos.

Para terminar este fresco, cuyas grandes trazos se ha intentado identificar, contribuye a explicar en gran medida el advenimiento de la sociedad mexicana; resta aún mencionar dos elementos de análisis: la glorificación del Estado secular y la emergencia del nacionalismo y con ello de la unidad de la cultura nacional. El *Ancien Régime* se disolvió y con ello el vasallaje feudal y el régimen estatutario. La jurisdicción eclesiástica y su sistema de derecho fueron incorporados en un solo ordenamiento normativo con vocación nacional. En forma súbita fue substituido todo un universo de reglas de derecho, en el que sólo el Estado nacional y el individuo serían los únicos protagonistas. El ordenamiento normativo debería en lo sucesivo, provenir exclusivamente de los órganos del Estado, cómo única fuente creadora de derecho. El idioma nacional tendría validez única en los textos legales que debería de incorporar solamente nociones e instituciones nacionales.¹⁰²

La Revolución Francesa, cómo cualquier otro proceso social de esa magnitud, llevó al extremo las ideas prevalecientes en la época: derechos naturales, separación de poderes, racionalismo, la controversia en contra del *Ancien Régime*, el liberalismo y el nacionalismo. En suma en este movimiento revolucionario la pasión ideológica desplazó a la razón; los postulados revolucionarios se convirtieron en dogmas y la revolución terminó por convertirse en utopía.¹⁰³

Merece la pena mencionar en este espacio los descuidos en esta perspectiva de los Informes del Banco Mundial. La insuficiencia del análisis econométrista provoca una gran consternación y una profunda preocupación. El desarrollo de la ciencia ha proporcionado avances que no pueden ni deben ser rechazados *a priori*. Soslayar referentes de tanta

¹⁰¹ MERRYMAN, John Henry. Op.Cit. pag. 16

¹⁰² Ibid. pag. 18

¹⁰³ Ibidem

significación en la formación de los sistemas de derecho occidentales, cómo los mencionados, resulta verdaderamente inquietante. La pretensión de este relato no es ser monográfico; es intentar evidenciar cómo existe una clara interacción de las disciplinas sociales que el discurso científico no puede ignorar sin empobrecerse.

b.- La recepción de la cultura jurídica en México.

El anterior análisis deben ser transpuestos a los tiempos de la Nueva España para poder medianamente explicar a que racionalidad responde nuestro sistema de legalidad, pero esta vez acotado sólo a la recepción de la codificación como sistema ordenador normativo.

La recepción del derecho o de forma más extensiva de la cultura jurídica romano-germánico, especialmente la cultura jurídica francesa en los albores del México Independiente, describe cómo todo proceso social, un proceso lento que se fue extendiendo paulatinamente en un país que emergía para hacer finalmente su efecto en las instituciones nacientes de la sociedad mexicana.

En la antigua Nueva España, hoy México, la recepción de la noción de codificación fue paulatina y azarosa y el desplazamiento del antiguo orden colonial conllevó un proceso social sumamente complejo, plagado de contradicciones y con grandes resistencias sociales. Nadie puede sostener que un proceso social es uniforme.

Las ideas liberales de las que se ha dado cuenta, indujeron al sistema legal mexicano a considerar la codificación como un método de substitución del antiguo orden jurídico colonial y le posibilitaron la creación de uno propio, en donde es fácilmente perceptible la influencia del Código Civil Francés. El principio codificador sustituyó al método de recopilación español consistente en la simple yuxtaposición y exposición cronológica de reglas de derecho, para convertirse en una ordenación de las normas vigentes presidida por los principios jurídicos y políticos imperantes en la propia comunidad. La ley, se argumentaba en la época, debía ser la manifestación de la razón a través de la cual, se pretendió

garantizar las conquistas individuales del hombre. La función codificadora se concibió como una tarea científica y no política.¹⁰⁴

La redacción de un texto único en forma sobria y abstracta propia de la codificación, contrastaba con la multiplicidad de textos de diversas épocas, redactados con estilos diferentes, propicia a diversas interpretaciones jurídicas; en efecto el método de la recopilación, cómo sistema de ordenación normativa, introducía elementos de falta de predicibilidad en su aplicación con un alto grado de incertidumbre jurídica. Basta con recordar que en la colonia, en muchas ocasiones los ordenamientos legales llegaban con dificultad hasta los tribunales, pero aún cuando se tuviera acceso a ellos, para la judicatura era difícil conducirse en este laberinto legal. La gran variedad de autoridades españolas facultadas para legislar, contribuyó sino totalmente, si de manera significativa en la profusión, confusión y contradicción de los ordenamientos legales, cuyo conocimiento “excedía con facilidad la vida de una persona”¹⁰⁵

La preocupación por determinar y con ello clarificar el orden normativo fue una constante durante la época colonial que se acentuó mucha más en el advenimiento de la Independencia mexicana. El tránsito de la colonia a la vida independiente agregó otra incertidumbre, pero esta fundamental: la relativa a la vigencia misma del orden jurídico.

El debate de la codificación en el subsistema jurídico latinoamericano se inicia con la Constitución de Cádiz de 1812, promulgada por segunda ocasión en 1820 de gran importancia en nuestro país, durante buena parte del siglo XIX.¹⁰⁶ En las Cortes de Cádiz se adoptó el sistema de codificación que habría de sustituir a la antigua legislación española, contenida en la *Recopilación de leyes de los Reinos*

¹⁰⁴ GONZÁLEZ, María del Refugio. *Historia del Derecho Mexicano*. Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa. S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México, Tome XII, México, 2002, p. 361.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ, María del Refugio. *Historia del Derecho Mexicano*. En la obra colectiva: *Introducción al Derecho Mexicano*, Tome I, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 87.

¹⁰⁶ DUBLÁN, Manuel et LOZANO, José María. *Legislación Mexicana o Colección Completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*. Edition Officielle, Tome I, México, Impression du Commerce à la charge de Dublán y Lozano Hijos, 1876, p 326.

de Indias que estuvo en vigor hasta la independencia de las colonias españolas y que se significaron por ser el marco normativo de las Indias.

La Constitución de Cádiz inició igualmente, la ruptura con el *status quo ante*. En esta tendencia codificadora el Código Civil Napoleón, epítome de la Ilustración, resultó más seductor para el criollo mexicano y proveyó antes que la monarquía española al menos de un modelo inicial al nascente Estado mexicano que vivía una situación caótica.

La sociedad novo hispana, transformada en lo sucesivo en mexicana transitaría, en virtud de la codificación, de la marginación y aislamiento intelectual a la que fue sometida por el régimen férreo español, al descubrimiento de los postulados de la Ilustración cuya fascinación la induce a tratar de adoptarlos en su antigua estructura colonial; de la concepción escolástica del individuo al servicio del orden pre-establecido y al de su resignación, a la afirmación de su individualidad y de su libre albedrío; de los sacramentos de los actos del Registro Civil, a su secularización; del gobierno del régimen canónico en las relaciones intra familiares, a su laicización; del régimen económico con resabios feudales, a una incipiente economía de mercado cuyo centro de gravedad es la noción de propiedad.

La introducción de la noción de codificación en México, conllevó la introducción de un modelo de sociedad, distinto evidentemente al colonial. No obstante lo anterior, la adopción de algunos postulados de la Revolución Francesa, provocaron efectos nocivos en una sociedad emergente. Así *verbi gratia* el postulado de la igualdad formal frente a la ley, condujo súbitamente a la eliminación de las leyes protectoras de los indígenas mexicanos y el de sus comunidades. La trasgresión sistemática a sus derechos explica en gran medida la revuelta de las comunidades indígenas en el siglo *XIX* mexicano y parte del siglo *XX*.

La diferencia de sustancia entre las antiguas colonias americanas y las españolas queda pues clara; la estructura semi feudal de la Nueva España sobrevivió al movimiento de independencia con todos los efectos nocivos que le eran inherentes, en tanto que las instituciones en las antiguas colonias americanas habían sido desprovistas de su capacidad para generar las injusticias sociales y económicas que caracterizaban a las sociedades feudales.¹⁰⁷

¹⁰⁷ MERRYMAN, John Henry. Op. Cit. pag. 17

Los postulados adoptados por México expresan el ideario de la época que reconoce a la cultura jurídica francesa como un vértice: el estatuto personal como principio informador de las reglas conflictuales, la noción de orden público de excepción, la autonomía de la voluntad y la adopción de la teoría del contrato como derecho común de los actos jurídicos; el acto jurídico, finalmente, como expresión de las diversas formas de voluntad individual. La influencia de la cultura francesa no se limitó exclusivamente a la formación de la legislación civil. También tuvo una incidencia significativa en la enseñanza del derecho y en la naciente literatura mexicana.¹⁰⁸

La exposición anterior participa también de un propósito modesto. Rescatar para los autores de la publicación *Doing Business* otros elementos de análisis que gobiernan los procesos de transculturación y el alcance de la codificación en países como México; el de su contenido cultural y la descripción de estos procesos de transculturación lentos en cuanto a su dimensión temporal y complejos en cuanto a sus referencias sociales.

De la misma manera esta exposición, intenta acreditar la enorme dificultad de transponer mecanismos o principios de legalidad que si bien en otros sistemas de legalidad se pudieron estimar virtuosos en su época, en otros sistemas de legalidad han producido para decir lo menos efectos insospechados.

9.- Epílogo

En muchas ocasiones, personalidades ajenas al ámbito del derecho, hacen reflexiones importantes, que dan una gran claridad en el pensamiento jurídico, como es el caso del mexicano Octavio Paz, Premio Nóbel de Literatura, que en una reflexión describe con gran exactitud la situación mexicana: "...Más allá de los éxitos y los fracasos, México continua enfrentando, los planteamientos básicos que ocuparon la atención de las mentes mexicanas privilegiadas desde el siglo *XIX*: *Cómo modernizar México* ? En el siglo *XIX* se pensó que con adoptar los principios liberales y democráticos sería suficiente. Ahora, después de dos

¹⁰⁸ SÁNCHEZ CORDERO, Jorge. *La recepción de la cultura jurídica. La experiencia mexicana in* Revista Mexicana de Derecho. Colegio de Notarios del Distrito Federal. No. 6, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 354.

siglos de prueba y error, nos hemos podido percatar que la sociedad cambia lentamente y para que los cambios puedan dar los frutos deseados, deben hacerse en armonía con el pasado y con las tradiciones de la Nación mexicana.” Es en este contexto cómo México debe buscar su propio camino hacia la modernidad.

JORGE A. SANCHEZ CORDERO¹⁰⁹

¹⁰⁹ Doctor en Derecho por la Universidad de París (Panthéon-Assas Paris II)

GRUPO PANAMEÑO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT

Gilberto Boutin I.¹

El Grupo panameño no podía dejar de reaccionar frente a las críticas carentes de fundamento científico, que se han vertido en la Revista *Doing Business* del Banco Mundial. A este efecto, es necesario en primer término analizar los rasgos generales que caracterizan al derecho continental o derecho romano germánico y destacar su importancia.

Es un hecho incontrovertible que la cultura jurídica y la civilización francesa han contribuido a la modernización del derecho. Igualmente es necesario precisar que el fenómeno codificador del derecho fue el parte aguas que marca el abandono de la Edad Media en donde la administración de justicia se fundaba en la costumbre y en el derecho no escrito. Si el Imperio Romano nos legó el derecho civil, la civilización francesa nos legó la noción de derecho público contemporáneo y la nueva estructura del Estado, en lo que concierne el derecho público, que actualmente conoce Europa, los Estados Unidos y los países de América Latina. Es necesario recordar que la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos estuvo inspirada en el constitucionalismo francés. En el contexto del derecho privado o derecho de los contratos, llamado *transaction* en el derecho norteamericano, la noción de contrato emerge apenas en los albores del siglo XX (Precisamente en 1900 por una jurisprudencia que abandonó la frágil noción del *gentlemen agreement* que provenía del derecho medieval inglés.)

Resulta imperativo precisar que el derecho civil constituye para los Estados nacionales su identidad cultural; es su religión normativa frente a la imprevisión de un derecho no escrito, gobernado por el temperamento jurisprudencial. La formación de las Repúblicas de América Latina se inspiró en el liberalismo francés en el marco de la contractualización privada, así como de los entornos político y sociológico. En suma, la comprensión del sistema de derecho en América

¹ Presidente del Grupo Panameño de la Asociación Henri Capitant

Latina resulta imposible sin el análisis del sistema de derecho francés, que ha significado una fuente de inspiración continúa durante más de dos siglos.

La irradiación del derecho francés no se agota en la Ilustración; se puede constatar fácilmente que la técnica de la codificación adoptada en Europa, cómo fue el caso del derecho alemán, no obstante que uno de sus más eminentes juristas Friedrich Karl von Savigny se oponía a la codificación vehementemente. La codificación fue igualmente adoptada por el derecho norteamericano, específicamente en el Código de Comercio (Uniform Commercial Code conocido por su acrónimo UCC). El derecho norteamericano ha proseguido la sistematización de disciplinas como los *negociables intruments* o efectos de comercio en el lenguaje jurídico francés. En la misma forma el espíritu codificador francés ha inspirado al derecho norteamericano a la sistematización de la ley de insolvencia o *bankruptcy act*.

La escuela conceptualista francesa y la escuela pragmática norteamericana han podido coincidir en ámbitos tan importantes como *verbi gratia* en del derecho de las obligaciones. El derecho norteamericano ha aceptado la clasificación francesa de las obligaciones de medios y de resultados y de garantías, que fue una clasificación preconizada por Demogue y André Tunc y que ahora forma parte de los Principios Contractuales del UNIDROIT.

En materia de comercio internacional, si bien es cierto que el derecho norteamericano ha fomentado el nuevo derecho comercial internacional, la doctrina que ha permitido su explicación, su justificación y su comprensión ha sido precisamente la escuela francesa; baste recordar los cursos encabezados por Berthold Goldman, quien acuñó el término *lex mercatoria* o "*the new merchant law*."

Por otra parte la sistematización del arbitraje moderno pudo ser desarrollado por la Escuela de Dijon representada por el eminente jurista, ya finado, Philippe Fouchard. Otros muchos autores como Philippe Kahn han influido en la formación de la jurisprudencia panameña y de América Latina.

La ley panameña de procedimientos de adjudicación en materia de trabajos públicos de 1997 ha estado inspirada por el derecho francés, al igual que la ley de responsabilidades del constructor. El derecho francés ha proveído de los elementos analíticos para hacerla comprensible a los jueces de instancia e incluso a las asociaciones de arquitectos y de ingenieros de Panamá.

En materia de transporte marítimo, la ley *Wagon* relativa a las operaciones de los Puertos panameños del Pacífico y del Atlántico fue

elaborada por el antiguo director de Puertos, Abraham Soffer, en gran medida conforme al modelo del derecho francés.

En el ámbito de la protección de la vida privada o en el de las actuaciones ministeriales, cuya información es clasificada y reservada al Ministerio Público, que se emplea para documentar la averiguación previa, ha estado inspirada en la ley francesa, no solamente en Panamá sino en el resto de los países de América Latina.

La imprevisibilidad del derecho norteamericano es notoria y bien conocida en América Latina; se le define como el impresionismo jurídico anglo americano que se encuentre fundado en el principio de la oportunidad y de la conveniencia o bien finalmente en la búsqueda incesante del derecho previsible que beneficie al más fuerte. De ahí proviene la desconfianza secular de los países de América Latina frente al derecho norteamericano. A este efecto pueden mencionarse dos ejemplos en el ámbito de las fuentes de las obligaciones, de una parte y en el ámbito de los conflictos de jurisdicción de la otra.

En el ámbito de las fuentes de las obligaciones en el derecho norteamericano no existe un régimen que pueda ser identificado como derecho de las obligaciones. El derecho norteamericano es un derecho eminentemente procesal y por lo tanto primitivo, ya que la fuente de las obligaciones es el juez. Es el juez quien va a determinar si la controversia obedece a una responsabilidad extra contractual o una obligación contractual. El juez es pues la fuente de derecho y de la ley. El abogado litigante norteamericano carece de un concepto o de una noción esencial para elaborar un contrato; se ve por lo tanto obligado a redactar en la introducción de cada contrato una serie de definiciones que son determinantes para la comprensión del contrato, de tal suerte que todo aquél elemento inserto en el contrato que carezca de una definición, se le reputa perteneciente al ámbito de los *torts* o de la responsabilidad extra contractual.

En el ámbito de los conflictos de jurisdicción el entorno se ensombrece aún más. El juez anglo americano carece de reglas relativas para establecer la competencia jurisdiccional. Es el mismo juzgador quien determina sus propias reglas para determinar la competencia jurisdiccional y con frecuencia lo hace de manera arbitraria, sin mediar ningún elemento objetivo. De ahí nociones como las del foro de *non convenance* o bien de reglas exorbitantes en materia internacional que se fundan en la nacionalidad de origen de quien sea parte en la controversia.

El derecho norteamericano estimula la cultura del fraude al procedimiento con criterios como el del *forum shopping* que no son más que una manipulación de la jurisdicción por una de las partes a efecto de

obtener una ventaja material ilícita. En otras palabras es el medio para obtener un resultado económico favorable.

En lo que concierne el derecho de insolvencias, los Estados Unidos se encuentran desprovistos de toda sensibilidad social: privilegian el interés de la empresa y soslayan el fraude que comete el empresario.

En suma es un reino que carece de moral; es la antinomia de Camelot. A manera de ejemplificar, puede sostenerse que nuestro sistema judicial ha heredado la Casación, que es el símbolo de la racionalidad y el equilibrio del Panamá frente a la institución del CERTITORI proveniente del sistema de derecho norteamericana, que se funda sobre el azar que consiste en la revisión por parte de la Suprema Corte de Justicia, lo que entraña una administración de justicia inequitativa y discriminatoria para la mayoría de la población de ese país.

Finalmente, el derecho de familia norteamericano ha contaminado el derecho de América Latina; el espectáculo de la criminalización de las relaciones familiares termina por hacer irreconciliable las relaciones familiares, a través de un sistema de protección familiar que se perfila hacia un sistema fundado en la intimidación y en el sexismo. Estos postulados no aportan ninguna ayuda a los países que privilegian la cultura de conciliación, sobre la contradicción familiar. De ahí que los Estados Unidos pretendan hacer historia por el matrimonio entre homosexuales, sin tener en consideración la historia. La cultura griega, a quien se atribuye la paternidad de la homosexualidad, reconocía que el matrimonio es un contrato entre personas de diferente sexo y cuya finalidad es la procreación.

Es muy lamentable que la revista *Doing Business*, que no es una revista especializada en derecho sino de turismo de inversión de manera simplista, pueda cuestionar los fundamentos del derecho de una civilización, con una ligereza temeraria en detrimento de la diversidad jurídica y que pueda socavar el principio de la tolerancia de sistemas jurídicos.

Publications de l'Association Henri Capitant*

Journées de Droit civil de Mons, année 1938 (Paris, Sirey, 1939, 124 p.).
Journées de Droit civil de Lille, année 1939 (Paris, Sirey, 1939, 96 p.).
Premier Congrès international de l'Association Henri Capitant : Québec-Montréal, année 1939 (Montréal, 1940, 802 p.).
Travaux de la Semaine internationale de Droit de Paris de 1937, en participation avec la Société de législation comparée et la Société d'études législatives (Paris, Sirey, 1937, 1274 p.).
Travaux de la Semaine internationale de Droit de Paris de 1950, en participation avec la Société de législation comparée (Paris, Pédone, 1954).

TRAVAUX DES JOURNÉES INTERNATIONALES

Tome I, année 1945.

Travaux du groupe français. " L'opportunité d'une partie générale dans le futur Code civil français ".

Journées belges de Bruxelles et Gand. " L'intervention de l'État dans les contrats ". " La lésion dans les contrats " (Dalloz, 1946, 234 p.).

Tome II, année 1946.

Journées suisses de Genève, Lausanne, Zurich et Bâle. " L'évolution du droit de propriété ". " L'influence du droit public sur le droit privé ". " La responsabilité sans faute ". " Les droits de la personnalité ".

Journées françaises de Paris. " L'action directe de la victime contre l'assureur de la responsabilité ". " Le contrôle de la puissance paternelle " (Dalloz, 1947, 506 p.).

Tome III, année 1947.

* Certains de ces ouvrages sont épuisés.

Se renseigner auprès de l'éditeur : alloz, 31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris Cedex 14. conomica, 49, rue Héricart, 75015 Paris. itec, 141, rue de Javel, 75015 Paris. GDJ, 31, rue Falguière, 75741 Paris Cedex 15. LC (Société de législation comparée), 28, rue Saint-Guillaume, 75007 Paris.

Journées de Luxembourg. “ La notion juridique de l’entreprise ”.

Journées belges de Liège. “ Le problème des fictions en droit civil ” (Daloz, 1948, 328 p.).

Tome IV, année 1948.

Journées néerlandaises de La Haye et Leyde. “ L’enrichissement sans cause ”. “ La représentation dans les actes juridiques ”. (Daloz, 1949, 162 p.).

Tome V, année 1949.

Travaux du groupe français. “ Études sur le rôle du juge ” (Daloz, 1950, 154 p.).

Tome VI, année 1950.

Semaine internationale du droit de Paris. “ Le problème de la méthode depuis le Code civil de 1804 ”.

Journées belges de Verviers. “ La propriété commerciale ” (Daloz, 1952, 192 p.).

Tome VII, année 1952.

Journées canadiennes de Québec et Montréal. “ L’évolution de la condition respective du mari et de la femme dans le mariage ”. “ La stipulation pour autrui et ses principales applications ”. “ Le problème de la mutabilité du régime matrimonial ”. “ Le progrès de la science et le droit de la preuve ”. “ La notion de l’ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé ”. “ La notion d’obligation naturelle et son rôle en droit civil ” (Daloz, 1956, 908 p.).

Tome VIII, année 1953.

Journées italiennes de Pavie et Milan. “ L’intérêt d’actualité du projet de Code franco-italien des obligations ”. “ L’influence des variations monétaires en matière de contrats de prêts et de rente viagère et en matière de contrats administratifs ” (Daloz, 1955, 308 p.).

Tome IX, année 1955.

Journées belges de Louvain, Bruxelles et Bruges. “ La limitation de la responsabilité dans les entreprises commerciales et les moyens de parer à ses dangers ”. “ L’assurance automobile obligatoire ”. “ La grève et le service public ” (Daloz, 1957, 350 p.).

Tome X, années 1954 et 1956.

Journées uruguayennes de Montevideo. “ Le droit de veto dans les organisations internationales ”. “ La légitimation adoptive en droit français ”. “ Le droit des savants ”. “ Le mandat irrévocable ”.

Journées suisses de Fribourg, Berne et Neuchâtel. “ Le boycottage ”. “ Les consortiums d’actionnaires et la protection des minorités dans les sociétés anonymes ”. “ La vente à tempérament ” (Daloz, 1959, 460 p.).

Tome XI, année 1957.

Journées françaises de Lille. “ Les situations de fait ”. “ Les sociétés de fait ”. “ Le gouvernement de fait ” (Dalloz, 1960, 362 p.).

Tome XII, année 1958.

Journées canadiennes Québec, Montréal et Ottawa. “ Les procédés de défense des intérêts patrimoniaux de la famille légitime ”. (Dalloz, 1961, 948 p.).

Tome XIII, années 1959-1960.

Journées espagnoles de Madrid. “ Protection de la personnalité ”.

Journées françaises de Paris, Dijon et Strasbourg. “ Les renonciations au bénéfice de la loi ”. “ Les délits économiques ” (Dalloz, 1963, 812 p.).

Tome XIV, années 1961-1962.

Journées luxembourgeoises de Luxembourg. “ Les notions d’égalité et de discrimination en droit interne et en droit international ”.

Journées italiennes de Turin. “ Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques ” (Dalloz, 1965, 840 p.).

Tome XV, année 1963.

Journées brésiliennes de Rio de Janeiro. “ La responsabilité civile et pénale des administrateurs des sociétés. Les sociétés d’économie mixte, les entreprises publiques et les fondations. L’évolution des sociétés commerciales ” (Dalloz, 1967, 940 p.).

Tome XVI, année 1965.

Journées belges de Liège. “ La croissance des villes et son influence sur la réforme juridique de la propriété immobilière ” (Université Liège, 1966, 452p.).

Tome XVII, année 1964.

Journées turques d’Istanbul. “ Les sanctions attachées à l’inexécution des obligations contractuelles ” (Dalloz, 1968, 440 p.).

Tome XVIII, année 1966.

Journées françaises de Lyon, Grenoble et Aix-en-Provence. “ Nul ne peut se faire justice à soi-même: le principe et ses limites ” (Dalloz, 1969, 350 p.).

Tome XIX, année 1967.

Journées néerlandaises de la Haye, Rotterdam et Leyde. “ Les choses dangereuses ” (Dalloz, 1971, 444 p.).

Tome XX, année 1968.

Journées suisses de Genève et Lausanne. “ Les modes non formels d’expression de la volonté ” (Dalloz, 1972, 294 p.).

Tome XXI, année 1969.

Journées italiennes de Trieste. “ Les groupements et organismes sans personnalité juridique ” (Dalloz, 1974, 360 p.).

Tome XXII, année 1970.

Journées françaises de Paris et Montpellier. “ Le rôle du juge en présence des problèmes économiques ” (Dalloz, 1975, 274 p.).

Tome XXIII, année 1971.

Journées turques d’Istanbul. “ Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels ” (Publication de la Faculté de droit d’Istanbul, 1973, 818 p.).

Tome XXIV, année 1973.

Journées canadiennes de Montréal, Québec et Sherbrooke. “ La protection des consommateurs ” (Dalloz, 1975, 578 p.).

Tome XXV, année 1974.

Journées libanaises de Beyrouth. “ Le secret et le droit ” (Dalloz, 1975, 820 p.).

Tome XXVI, année 1975.

Journées belges de Bruxelles, Liège, Gand et Louvain. “ Le corps humain et le droit ” (Dalloz, 1977, 536 p.).

Tome XXVII, année 1976.

Journées françaises de Paris et Bordeaux. “ La protection juridique du voisinage et de l’environnement ” (Dalloz, 1979, 462 p.).

Tome XXVIII, année 1977.

Journées grecques d’Athènes et Thessalonique. “ L’abus de pouvoirs ou de fonctions ” (Économica, 1980, 456 p.).

Tome XXIX, année 1978.

Journées louisianaises de la Nouvelle-Orléans et Baton-Rouge. “ L’interprétation par le juge des règles écrites ” (Économica, 1980, 464 p.).

Tome XXX, année 1979.

Journées égyptiennes du Caire. “ La protection de l’enfant ” (Économica, 1981, 702 p.).

Tome XXXI, année 1980.

Journées italiennes de Florence. “ Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges ” (Économica, 1982, 636 p.).

Tome XXXII, année 1981.

Journées portugaises de Lisbonne. “ La publicité-propagande ” (Économica, 1983, 616 p.).

Tome XXXIII, année 1982.

Journées mexicaines de Mexico. “ Le droit au logement ” (Économica, 1984, 724 p.).

Tome XXXIV, année 1983.

Journées suisses de Lausanne, Neuchâtel et Genève. “ Le rôle de la pratique dans la formation du droit ” (Économica, 1985, 616 p.).

Tome XXXV, année 1984.

Journées brésiliennes de Rio de Janeiro et Sao Paulo. “ La responsabilité du banquier. Aspects nouveaux ” (Économica, 1986, 662 p.).

Tome XXXVI, année 1985.

Journées françaises de Paris et Aix-en-Provence. “ L’effectivité des décisions de justice ” (Économica, 1988, 418 p.).

Tome XXXVII, année 1986.

Journées néerlandaises d’Amsterdam, Leyde et Utrecht. “ Les nouveaux moyens de reproduction (papier, sonores, audiovisuels et informatiques) ” (Économica, 1988, 418 p.).

Tome XXXVIII, année 1987.

Journées canadiennes de Montréal et Québec. “ La vérité et le droit ” (Économica, 1989, 780 p.).

Tome XXXIX, année 1988.

Journées turques d’Istanbul. “ Quelques aspects récents de l’évolution du droit de la famille ” (Économica, 1990, 818 p.).

Tome XL, année 1989.

Journées polonaises de Varsovie. “ La protection des biens culturels ” (Économica, 1991, 584 p.).

Tome XLI, année 1990.

Journées camerounaises de Yaoundé. “ La maîtrise du sol ” (Économica, 1992, 722 p.).

Tome XLII, année 1991.

Journées égyptiennes du Caire. “ La responsabilité des constructeurs ” (Litec, 1993, 528 p.).

Tome XLIII, année 1992.

Journées louisianaises de Baton-Rouge et la Nouvelle-Orléans. “ La bonne foi ” (Litec, 1994, 586 p.).

Tome XLIV, année 1993.

Journées franco-italiennes de Nice et Gènes. “ La circulation du modèle juridique français ” (Litec, 1994, 662 p.).

Tome XLV, année 1994.

Journées japonaises de Tokyo. “ Les groupements ” (Litec, 1995, 648 p.).

Tome XLVI, année 1995.

Journées argentines de Buenos Aires . “ L’endettement ” (LGDJ, 1997, 720 p.).

Tome XLVII, année 1996.

Journées portugaises de Porto. “ Les garanties de financement ” (LGDJ, 1998, 864 p.).

Tome XLVIII, année 1997.

Journées luxembourgeoises de Luxembourg. “ L’étranger ” (LGDJ, 2000, 778 p.).

Tome XLIX, année 1998.

Journées libanaises de Beyrouth. “ L’ordre public : aspects nouveaux ” (LGDJ, 2001, 1168 p.).

Tome L, année 1999.

Journées panaméennes de Panama. “ La responsabilité : aspects nouveaux ” (LGDJ, 2002, 856 p.).

Tome LI, année 2001.

Journées franco-belges. « La discrimination » (SLC, 2004, 942 p.).

Tome LII année 2002 « Les Minorités ». Journées mexicaines. (Institut de recherches juridiques de l’Université nacional Autonome de Mexico, 2005, 828 p.).

TRAVAUX DES JOURNÉES NATIONALES

Tome I, Lille - 1996. “ Le renouvellement des sources du droit des obligations ” (LGDJ, 1997, 192 p.).

Tome II, Nice - 1997. “ Les professions libérales ” (LGDJ, 1998, 148 p.).

Tome III, Limoges - 1998. “ La motivation ” (LGDJ, 2000, 150 p.).

Tome IV, Nantes - 1999. “ La relativité du contrat ” (LGDJ, 2001, 258 p.).

Tome V, Toulouse - 2000. “ Le contrat électronique ” (Éditions Panthéon-Assas, 2002, 152 p.).

Tome VI, Aix -en-Provence – 2001. « Droit et théâtre » (PUAM, 2003, 186 p.).

Tome VII, Bordeaux – 2002. « L’indivision » (Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2005, 132 p.).

Tome VIII, Grenoble-2003, "L'image", (Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2005, 128 p.)

VOCABULAIRE JURIDIQUE

Vocabulaire Juridique, sous la direction du doyen Gérard Cornu, 8^e éd. (PUF, 2000, 926 p.).

Vocabulaire juridique, sous la direction du doyen Gérard Cornu, 6^e éd. (PUF, Quadrige, 2004, 968 p.).

AUTRES PUBLICATIONS

Rencontres internationales de droit comparé de Damas en Syrie, année 1996. “ Les modes alternatifs de règlement des conflits ” (*Revue internationale de droit comparé* n° 2, Société de Législation comparée, 1997).

Apports de René Capitant à la Science juridique - 1990 (Litec, 1992, 96 p.).

Journée Jacques Flour “ Le Formalisme ” - 1999 (Defrénois, 15-30 août 2000, n° 15-16).

Journée Marcel Waline - 2001 (RDP, 2002, p. 911 et s.).

L’ organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), (Les Petites affiches, 13 octobre 2004, n° 205).

Travaux des Groupes de l'Association Henri Capitant

Publications du Groupe québécois

1. Livres

Droit civil et droits autochtones : confrontation et complémentarité (Actes du colloque du 12 avril 1991, Montréal, 1992, 195 p.).

Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance (Actes du colloque du 10 novembre 1993, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 597 p.).

Médiation et modes alternatifs de règlement de conflits : aspects nationaux et internationaux (Actes du colloque du 7 février 1997 et des Journées syriennes, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 374 p.).

2. Articles de revues

“ Les réactions de la doctrine à la création du droit par le juge ” (Journées italiennes de 1980), (1980) 21 *Cahiers de droit* 229.

“ La publicité propagande ” (Journées portugaises de 1981), (1981) 41 *Revue du Barreau* 943.

“ Le logement ” (Journées mexicaines de 1982), (1982) 13 *Revue générale de droit* 245.

“ Le rôle de la pratique dans la formation du droit ” (Journées suisses de 1983), (1984) 14 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 375.

“ La responsabilité du banquier ” (Journées brésiliennes de 1984), (1985) 10 *Revue juridique Thémis* 145.

“ L'effectivité des décisions de justice ” (Journées Paris-Aix de 1985), (1985) 26 *Cahiers de droit* 921.

“ Les nouveaux moyens de reproduction ” (Journées néerlandaises de 1986), (1986) 46 *Revue du Barreau* 691.

“ La vérité et le droit ” (Journées canadiennes de 1987), (1987) 18 *Revue générale de droit* 801.

“ Aspects nouveaux du droit de la famille ” (Journées turques de 1988), (1988) 19 *Revue générale de droit* 373.

“ La protection des biens culturels ” (Journées polonaises de 1989), (1990) 24 *Revue juridique Thémis* 37.

“ La maîtrise du sol ” (Journées camerounaises de 1990), (1991) *Revue du notariat* 3.

“ La responsabilité des constructeurs ” (Journées égyptiennes de 1991), (1992) 22 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 255.

“ La bonne foi ” (Journées louisianaises de 1992), (1992) *McGill Law Journal* 1024.

“ Le modèle juridique français ” (Journées Nice-Gênes de 1993), publiées dans le livre *Droit québécois, droit français : communauté, autonomie, concordance*.

“ L'endettement ” (Journées argentines de 1994), (1995) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1.

“ Problèmes actuels des sûretés réelles ” (Journées portugaises de 1996), (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 619.

“ L'étranger ” (Journées luxembourgeoises de 1997), (1998) 43 *McGill Law Journal* 141.

3. Publication spéciale

Actes du colloque du 7 avril 1988 sur “ la réforme du droit des obligations ”, (1989) 30 *Cahiers de droit* 555.

Composition du Conseil d'administration de l'Association

AUBERT (Jean-Luc), Conseiller à la Cour de cassation, Agrégé des Facultés de droit, 2, rue Léopold Robert, 75014 Paris.

BLANC-JOUVAN (Xavier), Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 70, rue d'Assas, 75006 Paris.

CANIVET (Guy), Premier président de la Cour de cassation, Palais de justice, 4, boulevard du Palais, 75001 Paris.

CARTIER (Marie-Élisabeth), Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 8, boulevard de Courcelles, 75017 Paris.

CORNU (Gérard), Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences économiques de Poitiers, 5 *ter*, avenue des Vignes, 92210 Saint-Cloud.

DECORPS (Jean-Paul), Notaire, Président du Conseil supérieur du Notariat, 31, rue du Général Foy, 75008 Paris.

DUBARRY (Jean-Claude), Avocat à la Cour, Professeur à l'Institut de droit des Affaires de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 9, rue le Tasse, 75116 Paris.

GAUDEMET (Yves), Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 9, rue de Thann, 75017 Paris.

GRIMALDI (Michel), Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 17, rue de l'Annonciation, 75016 Paris.

Président de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française.

JAUFFRET-SPINOSI (Camille), Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 31, avenue Georges Mandel, 75116 Paris.

LEQUETTE (Yves), Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 9, rue Jean Ferrandi, 75006 Paris.

LYON-CAEN (Arnaud), Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 280, boulevard Saint-Germain, 75007 Paris.

MALINVAUD (Philippe), Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 14, square de l'Alboni, 75016 Paris.

MATTEOLI (François-Xavier), Bâtonnier de l'Ordre du Barreau des Hauts-de-Seine, Bureau Francis Lefebvre - Société d'Avocats, Villa Émile Bergerat, 92200 Neuilly-sur-Seine.

MAZEAUD (Denis), Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 10, place du Chat Botté, 77150 Lésigny.

Secrétaire général de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française.

MESTRE (Jacques), Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III, Doyen de la Faculté de droit d'Aix-Marseille III, 43, avenue Saint-Jérôme, 13100, Aix-en-Provence.

TERRÉ (François), Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 10, square de l'Alboni, 75016 Paris.

VINEY (Geneviève), Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 20, rue de Vaugirard, 75006 Paris.

**GROUPES ET CORRESPONDANTS ÉTRANGERS DE
L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA
CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE**

ALBANIE

ALGÉRIE

ALLEMAGNE

ARGENTINE

AUTRICHE

BELGIQUE

BRÉSIL

BULGARE

CAMBODGE

CAMEROUN

CANADA

CHILI

COLOMBIE

COSTA RICA

COTE D'IVOIRE

EGYPTE

ESPAGNE

GRANDE BRETAGNE

GRÈCE

GUATEMALA

HONGRIE

INDE

IRAN

ITALIE

JAPON

KOWEÏT

LIBAN

LOUISIANE

LUXEMBOURG

MADAGASCAR

MALI

MAROC

MEXIQUE

PANAMA

PAYS-BAS

PÉROU

POLOGNE

PORTUGAL

PUERTO RICO

RÉPUBLIQUE DOMINICAINE

ROUMANIE

RUSSIE

SUÈDE

SUISSE

SYRIE

TCHAD

THAÏLANDE

TUNISIE

TURQUIE

URUGUAY

VIETNAM

YOUGOSLAVIE