

II. LOS CAPÍTULOS 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

## II. LOS CAPÍTULOS 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 francesa<sup>62</sup> 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 económica.<sup>63</sup>

➤ 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.

---

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

<sup>63</sup> *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").<sup>64</sup> 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 rectificadas

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

---

<sup>64</sup> 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).<sup>65</sup>

Después de la firma de los estatutos, se debe proceder a los siguientes requisitos de publicidad:<sup>66</sup>

- 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 continuación.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> 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 una de 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).

<sup>66</sup> Consúltese, P. MERLE, *Sociétés commerciales*, 10<sup>ème</sup> 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" cómo 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.

---

<sup>67</sup> 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 falso.<sup>68</sup>

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

---

<sup>68</sup> 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 constitución<sup>69</sup> (que permite a la sociedad actuar y que sus actas sean retroactivamente consideradas cómo 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 cómo 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-

---

<sup>69</sup> Art. L. 210-6 C. com. *Adde* RIPERT y ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. 2, 18<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 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 empresa.<sup>70</sup>

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

---

<sup>70</sup> Consúltese 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 país<sup>71</sup> 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.

---

<sup>71</sup> 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 2002.<sup>72</sup>

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 París.<sup>73</sup> Esta guía relata entre otros los principios del registro, las obligaciones

---

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> *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](http://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 3°

El capítulo 3° 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 remuneraciones 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 flexibilidad.<sup>74</sup>

## 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

---

<sup>74</sup> 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 specific 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 como

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*,<sup>75</sup> 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

---

<sup>75</sup> 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. Consúltese también, B. REYNÉS, “Variaciones sobre el contrato único de trabajo”, D., 2005, Chron. pp. 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 substitución 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 CPE?<sup>76</sup>

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”<sup>77</sup>, que refleja las sugerencias formuladas por la Comisión presidida por Michel de Virville<sup>78</sup>. La exposición de motivos del proyecto de ley relativo al “diálogo social” subraya que en lo sucesivo el gobierno

---

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

<sup>77</sup> V. B. TEYSSIE, « 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.

<sup>78</sup> **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 años.<sup>79</sup>

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.<sup>80</sup>

## 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.

---

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

<sup>80</sup> **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 cómo 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 años.<sup>81</sup> 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

---

<sup>81</sup> 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 <sup>82</sup> (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

---

<sup>82</sup> **NOTA DEL EDITOR.** Por las razones expuestas anteriormente Francia vivió momentos de gran intranquilidad social que obligaron a derugarlo.

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*”<sup>83</sup>, expresión atribuida al Vicepresidente del Banco Mundial, el señor Danino<sup>84</sup>, 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.

<sup>83</sup> « Cuando se puede despedir, se puede contratar ».

<sup>84</sup> 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 a 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 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 soslayado.<sup>85</sup>

#### 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

---

<sup>85</sup> 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 cuánto 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 publica 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 sufraga 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"<sup>86</sup> 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

---

<sup>86</sup> **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 cómo 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 substanciales<sup>87</sup> 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 único...<sup>88</sup>

#### § 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.

---

<sup>87</sup> V. *infra* III. § 2C.

<sup>88</sup> *Revue Études Foncières*, 2005.

Ambas críticas exigen una respuesta de fondo.<sup>89</sup> El capítulo critica el sistema de derecho francés de garantías<sup>90</sup> 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 derivar.<sup>91</sup>

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

---

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> **NOTA DEL EDITOR.** El sistema de garantías en Francia fue recientemente modificado en su integridad.

<sup>91</sup> 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 protectora 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 CNIL)<sup>92</sup> 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.

---

<sup>92</sup> **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 garantías<sup>93</sup> 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 Francia:<sup>94</sup> un anteproyecto y un informe fueron oficialmente entregados al Ministro de la Justicia a fines del mes de marzo de 2005;<sup>95</sup> 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 francés<sup>96</sup> las leyes particulares hasta ahora diseminadas en diferentes Códigos y en ocasiones francamente incompatibles o excluyentes unas de otras.

---

<sup>93</sup> **NOTA DEL EDITOR.** Véase infra nota 77

<sup>94</sup> **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 Dupicho, maestro de conferencias de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II y abogado de la Barra de Paris.

<sup>95</sup> 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](http://www.henricapitant.org)."

<sup>96</sup> **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 facilitarían 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 insolvencia<sup>97</sup> 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 precedentes.<sup>98</sup> El anteproyecto de reforma de garantías<sup>99</sup> 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

<sup>97</sup> 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).

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> **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 5º

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 gestión,<sup>100</sup> 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.

---

<sup>100</sup> 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).<sup>101</sup>

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, Ámsterdam 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

---

<sup>101</sup> **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 previas<sup>102</sup>

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.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> **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.

<sup>103</sup> **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 cómo 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 elementos,<sup>104</sup> 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 precedentes,<sup>105</sup> y en un documento adjunto, una descripción de los resultados de la sociedad durante cada uno de los cinco últimos ejercicios.<sup>106</sup>

- 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 sociedad.<sup>107</sup>

- 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.

<sup>104</sup> 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.

<sup>105</sup> Art. L. 232-6 C. com.

<sup>106</sup> Art. 148 del decreto del 23 de marzo de 1967.

<sup>107</sup> 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 financieros<sup>108</sup> en materia de documento de referencia constituyen una guía útil;<sup>109</sup> la descripción de los procedimientos de control interno puede fundamentarse en las recomendaciones de diversas organizaciones patronales<sup>110</sup> representativas de las sociedades por acciones,<sup>111</sup> de los comisarios,<sup>112</sup> de los Comités de prácticas societarias y de auditoría y de la Autoridad de los mercados financieros.<sup>113</sup> 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 procedimientos.<sup>114</sup>

- 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

---

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

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

<sup>110</sup> Con respecto al MEDEF (Movimientos de las 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](http://www.medef.fr)."

<sup>111</sup> Cf. ANSA (Asociación Nacional de las Sociedades por Acciones), Comité jurídico, Comunicado n° 3267 del 5 de noviembre de 2003.

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

<sup>113</sup> 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](http://www.amf-France.org)."

<sup>114</sup> 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 auditoría o los comisarios deben de preparar tres informes. Un informe general que describa el cumplimiento de su mandato,<sup>115</sup> 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 anuales<sup>116</sup> (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 evaluación,<sup>117</sup> 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 auditoría o comisarios en el ejercicio de su mandato<sup>118</sup> (en tal caso se deberá transmitir el informe a la Autoridad de los mercados financieros),<sup>119</sup> 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 auditoría o de vigilancia, o del accionista que disponga de más del 10% de los derechos de voto.<sup>120</sup> El tercer informe de los Comités de prácticas societarias y de auditoría 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 auditoría, o de los comisarios sobre los procedimientos de control internos relativos a la elaboración y tratamiento de la información de contabilidad y financiera.<sup>121</sup>

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

---

<sup>115</sup> Art. L. 225-100 apartado 2C. com.

<sup>116</sup> Art. 193 del decreto del 23 de marzo de 1967.

<sup>117</sup> Art. L. 232-6C. com.

<sup>118</sup> Art. L. 225-240 apartado 1C.com.

<sup>119</sup> Art. L. 621-22, IV C. mon. et fin.

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

<sup>121</sup> 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 práctica,<sup>122</sup> 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* angloamericanos.<sup>123</sup>

## 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

---

<sup>122</sup> 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).

<sup>123</sup> 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”, “IFRS”<sup>124</sup> 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

---

<sup>124</sup> «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 aquéllas 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".<sup>125</sup>

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).

---

<sup>125</sup> Disponible en [www.imf.org](http://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 bancario”.<sup>126</sup>

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 relevante”,<sup>127</sup>

- “Los mercados de valores inmobiliarios son muy extensos y sed 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 euro”,<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> «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”.

<sup>127</sup> «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”.

<sup>128</sup> «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 particulares<sup>129</sup>”;

- “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 diligencia”.<sup>130</sup>

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 como puede

---

<sup>129</sup> «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”.

<sup>130</sup> «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”.<sup>131</sup>

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 reflujó 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...

---

<sup>131</sup> Consúltese la página internet [www.oecd.org](http://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 al 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 eficiencia.<sup>132</sup>

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).<sup>133</sup>

## 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 Bretaña.<sup>134</sup> 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 equitativo.<sup>135</sup> Finalmente omiten los avances substantivos registrados por el derecho

<sup>132</sup> 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, pp. 55 y s.

<sup>133</sup> 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.

<sup>134</sup> 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.

<sup>135</sup> 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 contratos<sup>136</sup>.

## §. 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;

---

<sup>136</sup> 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 colectivo;<sup>137</sup>
- 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 siguientes:<sup>138</sup>

- 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.

---

<sup>137</sup> 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.

<sup>138</sup> 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 procedimiento.<sup>139</sup>

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 derecho.<sup>140</sup> Se percibe que la tasa de 46% de recuperación de los créditos

<sup>139</sup> La depreciación se evalúa de acuerdo a las tazas de intereses que proveen los bancos centrales y el FMI.

<sup>140</sup> Véase *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 cómo 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”.<sup>141</sup> 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 financieros.<sup>142</sup>

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”,<sup>143</sup> que perfecciona el antiguo arreglo amistoso.

---

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

<sup>142</sup> 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.

<sup>143</sup> 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”<sup>144</sup>. 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.

<sup>144</sup> 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, pp. 24 y ss.



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

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 expuestos.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> « 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.