

III. LAS VENTAJAS DE LA TRADICIÓN CIVILISTA FRANCESA.....	89
§. 1. Las ventajas estructurales.....	91
A. La accesibilidad.....	91
1. El acceso material: el conocimiento de la regla de derecho.....	95
2. El acceso intelectual: la inteligibilidad de la regla de derecho	97
B. La seguridad	100
C. La flexibilidad	104
1. La vitalidad de las fuentes	105
2. La generalidad de la regla de derecho	107
3. El carácter supletorio de la regla de derecho	108
§. 2. Las ventajas substanciales (el ejemplo del derecho de los contratos).....	112
A. La apertura	114
B. El equilibrio.....	117
C. La economía	122

III. LAS VENTAJAS DE LA TRADICIÓN CIVILISTA FRANCESA

72. Reflexión sobre las cualidades intrínsecas de la tradición civilista

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

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

En efecto, la presentación esquemática en demasía del Informe no considera los fenómenos de mestizaje¹⁴⁷ e hibridación¹⁴⁸ que posibilitan la coexistencia de dos tradiciones dentro de un mismo sistema jurídico. Para expresarlo en un tono suave, ha quedado plenamente demostrado en repetidas ocasiones que una institución originaria de uno de los dos sistemas jurídicos puede ser recibida mediante algunas adaptaciones en el otro sistema de derecho: el título de crédito llamado “cheque”, el contrato de arrendamiento financiero o la institución fiduciaria proveniente del *trust* anglosajón militan entre otros muchos ejemplos de instituciones o mecanismos originarios del sistema de derecho del *common law* traspuestos a países pertenecientes a la familia romano germánica; por su parte el sistema de derecho del *common law* no ha hecho menos. En esa forma Inglaterra adoptó en noviembre del año 2004 un *Housing Act* que dispone que a partir del año 2007, cada vendedor quedará obligado a solicitar a un *Home Inspector* debidamente acreditado, un detallado *home information pack* sobre las características jurídicas, el entorno y seguridad del inmueble.¹⁴⁹ Este “paquete de informaciones” reconoce su origen en la

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

¹⁴⁸ Véase el estudio precitado del Consejo de Estado.

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

experiencia francesa que obliga a establecer diagnósticos (superficie, amianto, plomo, entre otros) cada vez más numerosos; en especial, algunas de las entidades federativas de los Estados Unidos de América llegaron a introducir la institución de *notaries*, replicando en alguna manera la institución notarial que es propia de los sistemas de derecho romano germánicos.¹⁵⁰ El Estado de Israel por su parte está próximo a adoptar un Código civil, lo que significa una ruptura con su antigua tradición de *common law*. Este proceso de interacción jurídica, evidenciado en épocas anteriores por los comparatistas, en la actualidad se ve particularmente acentuado por la constante internacionalización o europeización del derecho.¹⁵¹ La premisa de autosuficiencia de un sistema de legalidad nacional es cada vez menos defendible y el recurso a la metodología comparatista en la elaboración tanto de la ley como de la jurisprudencia se torna cada vez más ineludible.

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

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

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

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

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

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

73. Plan de exposición

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

§.1. LAS VENTAJAS ESTRUCTURALES

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

Es conveniente recordar la fecha del 30 de octubre de 1811, en la que Jérémy Bentham escribió una carta abierta a James Madison, en la época Presidente de los Estados Unidos de América, para sugerirle la adopción de un Código Civil que respondía a la mejor tradición francesa.¹⁵⁵ ¡Las cualidades del sistema de derecho civil habían sin duda persuadido a ese gran utilitarista que era Bentham!

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

A. La accesibilidad

75. Vigor y modernidad de la codificación

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

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

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

todos: estas son cualidades indispensables para cualquier sistema jurídico.¹⁵⁶

La mejor prueba de esta aseveración resultó de la asistencia técnico jurídica angloamericana que contribuyó a la redacción de parte de la legislación mercantil de los países de Europa Central y Oriental y que adoptó la metodología de la codificación, al igual que lo hizo por razones naturales, cuando fue requerida al respecto, la consejería jurídica proveniente de países de tradición civilista. No había otro modelo que proponer. En estos países de Europa Central y Oriental que se vieron obligados en períodos cortos de tiempo, de unos cuantos años o décadas, a adaptar sus instituciones a la economía de mercado, el único instrumento operacional resultó ser el de la codificación. Forzados también por las circunstancias a darle la vuelta a la página, la judicatura de esos países se vio obligada a fundamentar sus resoluciones en la regla de derecho escrita, y no en precedentes judiciales.¹⁵⁷ Requerían por lo tanto de manera ingente de puntos de referencia precisos, objetivos y accesibles.

Esto resulta igualmente válido aún más para los Estados nacionales, como son la mayoría de los países del Lejano Oriente, que carecen de una verdadera tradición jurídica (ni legislativa y menos aún judicial). Estos Estados nacionales son portadores de una civilización cuyo ideal no se expresa en un orden preestablecido por una regla de derecho (ya sea por una ley o por un proceso) que está sancionada por la coacción estatal, sino que se fundamenta en una armonía que proviene de comportamientos sociales cuyo respeto se encuentra garantizado por la censura social en la que incurre quien quebranta un consenso.¹⁵⁸ Algunos

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

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

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

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

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

76. Inconstitucionalidad de la ley francesa excesivamente compleja

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

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

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

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

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

¹⁶¹ V. *infra*, n° 80.

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

tradición civilista una tradición democrática. El 29 de diciembre de 2005, el Consejo constitucional llegó a prolongar la jurisprudencia relativa a este planteamiento, al adjudicarse el derecho de censurar la complejidad excesiva de las leyes que le fueren deferidas:¹⁶³ ¡ se reconoce aquí de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los mismos juristas de los países del sistema de derecho del *common law* lo han entendido a cabalidad y utilizan la técnica de la codificación con fines de clarificación del sistema de derecho. En los Estados Unidos de América como en el Reino Unido, la proliferación de las leyes es considerable: existen recopilaciones oficiales o privadas a veces denominadas códigos (o aún *Revised Laws* o *Consolidated Laws*) o *restaments of the law* cuyo propósito es facilitar el acceso a una jurisprudencia a la vez demasiado sofisticada y sutil para el justiciable. Se debe sin embargo ser cauto, la terminología empleada no debe inducir a un error: esos "códigos", que se construyen con frecuencia a partir de un esquema con el que el jurista civilista se encuentra poco familiarizado, no tienen como propósito la reestructuración de una materia determinada. Son obras de consolidación o de relatoría que de ninguna manera constituyen un punto de partida para la elaboración y desarrollo de un nuevo derecho,¹⁶⁶ tienen una ambición menor que las codificaciones

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

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

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

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

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

78. El lenguaje popular de los grandes Códigos

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

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

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

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

En tanto que la inflación legislativa contemporánea ha “ensombrecido” segmentos enteros del derecho, algunos textos del Código civil francés o del nuevo Código civil de Québec,¹⁷¹ constituyen verdaderos modelos de arte legislativo.

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

79. ¿Genialidad de la lengua francesa?

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

Un estudio de legística – técnica legislativa aún poco conocida – destacó al respecto que, tratándose de la transposición de un mismo proyecto de convención europea, la ley alemana resultó dos veces más corta que la ley inglesa en tanto que, la ley francesa resultó cinco veces más corta que la ley inglesa.¹⁷² ¿Debe atribuirse a la genialidad francófona de la redacción de las leyes y de manera más general, al manejo del lenguaje del derecho?¹⁷³

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

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

¹⁷⁰ P.A. CRÉPEAU, *op. cit.* p. 28.

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

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

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

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

80. Derecho democrático

El derecho francés, atendiendo a su doble accesibilidad, material e intelectual, es un derecho eminentemente democrático. Esto nunca ha quedado suficientemente subrayado: un derecho sólo puede ser democrático cuándo queda satisfecha una doble condición: Que sea la representación nacional quien lo elabore y que sea accesible a todos los ciudadanos, incluyendo a los profanos.¹⁷⁶

Esas mismas cualidades que, más allá del mismo derecho francés, se encuentran en grados diversos en los derechos que participan de la misma cultura jurídica latina, explican que, según las estadísticas elaboradas por la Universidad de Ottawa,¹⁷⁷ más de 150 Estados nacionales, que representan cerca del 60% de la población mundial total, hayan adoptado un sistema de derecho escrito o, por lo menos, un sistema jurídico mixto. Estas estadísticas – que deben manejarse con precaución,

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

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

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

¹⁷⁷ *Supra*, n° 1.

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

B. La seguridad

81. Un derecho seguro

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

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

82. El contenido de reglas de derecho se conoce anticipadamente

En lo referente a las fuentes, un autor inglés, John Bell, sostuvo que los *French legal cultures*, y por consiguiente el derecho positivo francés, se caracterizan por una dualidad la ley y el código, por una parte; la teoría y los conceptos, por la otra parte.¹⁷⁹ En efecto, si bien la jurisprudencia ha adquirido paulatinamente el rango de fuente auxiliar del derecho, persiste una tradición heredada del pensamiento de Montesquieu,

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

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

que convirtió a la judicatura en “la expresión de la ley”: el juez, que interviene en la medida en que es necesaria en la interpretación y en la evolución de las reglas de derecho,¹⁸⁰ continúa careciendo de la potestad de emitir decisiones reglamentarias (artículo 5º del Código civil). La promulgación de reglas generales de derecho presupone la extracción y definición, a través de la doctrina, de las nociones o conceptos en torno a los cuales se ordena el derecho escrito o mediante los cuales se explica.

Ahora bien el sistema de derecho escrito en el cual la regla de derecho se conoce previamente y se formula para toda una sociedad significa, con relación a un sistema de derecho jurisprudencial en donde la regla de derecho se genera posteriormente para la resolución de un litigio en lo particular, una ventaja en lo que concierne a la certeza para los ciudadanos y para los agentes económicos: la regla de derecho es en principio conocida *ab initio* para ser revelada *a posteriori* por el juez; esa ventaja conlleva otras más: la igualdad frente a la ley, que proviene de la generalidad de la ley; un costo menor,¹⁸¹ que conduce a una menor interposición de recursos en los tribunales.¹⁸²

83. Prevención reforzada de los litigios

Conforme a su espíritu, el derecho positivo francés, y desde una óptica más general los sistemas de derecho romano germánicos, considera que la prevención de los litigios importa tanto como su resolución:¹⁸³ el sistema de derecho debe por igual promover un orden de paz y organizar un orden para la batalla; al proceso se le percibe más como un síntoma de un fracaso del sistema de derecho, que como el de un triunfo. En los sistemas de derecho romano germánico, la organización y la preconstitución de una buena probanza es una tarea que le asiste tanto al Estado como a un buen sistema de administración de justicia;¹⁸⁴ al

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

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

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

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

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

notario le asiste la responsabilidad del servicio público de la autenticidad, cuyo propósito es la prevención de la controversia;¹⁸⁵ en forma simultánea a la judicatura le asiste la prestación del servicio público de la administración de justicia cuyo mandato legal es la solución de controversias. El consejero real pronunció una frase que ha hecho fortuna sobre la necesaria complementariedad entre el notariado y la magistratura, expuesto en la exposición de motivos de la organización del Notariado, el 25 Ventoso del año XI: “... Paralelamente a los agentes oficiales que concilian y juzgan las controversias, la tranquilidad exige la presencia de otros agentes que, en calidad de consejeros desinteresados de las partes, receptores y redactores imparciales de sus voluntades, les den a conocer toda la extensión de las obligaciones que contraen, redacten esas obligaciones con claridad y precisión y les da el carácter auténtico y la fuerza de la autoridad de cosa juzgada, perpetúen su registro y lo conserven fielmente en depósito, impidiendo así que surjan controversias entre los hombres de buena fe, y eliminando de los hombres rapaces, que alberguen expectativas de éxito, la animosidad de presentar una demanda injusta. Esos consejos desinteresados, esos redactores imparciales... son los notarios”.¹⁸⁶

Al asumir sus convenciones en presencia de un notario, depositario de la fe pública del Estado, cuyo mandato es la comprobación y autenticación de las convenciones entre particulares, las partes contratantes acceden a una doble seguridad: el acta notarial tiene una *fuerza probatoria* excepcional; a cada parte contratante se le protege de la eventual mala fe de la contraparte, para el caso de que ésta llegara a impugnar la existencia, el contenido o la fecha de la convención; a su fuerza ejecutoria, le agrega su fuerza probatoria.¹⁸⁷ El acreedor puede, sin necesidad de recurrir a la jurisdicción, recurrir a la ejecución forzada del contrato en contra del deudor moroso.¹⁸⁸

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

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

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

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

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

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

En suma, el derecho europeo – que nadie podrá pretender que responda en forma exclusiva a una inspiración francesa – reserva al acta notarial los mismos efectos que los de una sentencia con autoridad de cosa juzgada respecto a la ejecución forzada contractual. El reglamento del 22 de diciembre del 2000 concerniente a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de las sentencias en materia civil y mercantil,¹⁸⁹ y el reglamento del 21 de abril de 2004 que crea un título ejecutivo europeo para los créditos inconcusos,¹⁹⁰ le atribuyen la misma fuerza ejecutoria en el ámbito internacional. La Corte europea de Estrasburgo consideró, en el célebre precedente *Estima Jorge* del 21 de abril de 1998,¹⁹¹ que el acta notarial debe, al igual que una resolución judicial, ser ejecutada dentro de un plazo razonable, so pena de transgredir el derecho que le asiste a las partes de un proceso equitativo, tal y cómo lo expresa el artículo 6º de la Convención europea de salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Donde existe, simultáneamente con el notariado, una judicatura preventiva del proceso, que asegure el derecho a un *juicio* equitativo, esto implica el derecho a la ejecución de la sentencia judicial en un plazo razonable,¹⁹² lo que debe entenderse cómo el derecho a una prevención equitativa, que a su vez introduce el derecho a una ejecución diligente del acta notarial.¹⁹³

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

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

¹⁹⁰ Reglamento n° 805/2004.

¹⁹¹ C.E.D.H. 21 de abril de 1998, *Estima Jorge c/ Portugal: Recueil des arrêts et décisions*, 1998-11/495; *D.*, 1978, somm. Comm., obs. FRICERO; *RTD civ.*, obs. MARGUENAUD. Y, desde entonces, V. C.E.D.H. 28 de octubre de 1998, *Peres de Rada Cavanilles c/ Espagne: Recueil des arrêts et décisions*, 1998-VIII/3242; *JCP*. 1999.I.105, n° 21, obs. SUDRE.

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

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

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

C. La flexibilidad

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

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

Debe prevenirse cuidadosamente el error común que consiste en inferir un contenido normativo flexible de la existencia de un *marco* normativo flexible (*verbi gratia* pretoriano en países de *common law*), y a la inversa, inferir de la existencia de un *marco* normativo rígido (*verbi gratia* codificado en *civil law*) un contenido necesariamente rígido. ¡Bastaría al respecto un artículo único de un Código que postulara una libertad contractual ilimitada para que el error de razonamiento emergiera de manera flagrante!¹⁹⁴ De manera más general, un sistema de derecho codificado puede evolucionar, en forma razonablemente correcta, en función de tres factores principales vinculados a la vitalidad de sus fuentes (1) así como a la generalidad de sus reglas de derecho (2) y su carácter supletorio (3).

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

1. La vitalidad de las fuentes

85. La subrogación literal en el Código civil

Si el postulado de una codificación uniforme y estable, depositada en una arca “sagrada”, a saber el Código civil, pudo constituir parte del “mito codificador”, el inmenso fresco de las metamorfosis del Código civil demuestra por el contrario hasta que extremo el derecho civil codificado supo evolucionar: el *corpus* sobrevivió, “modificado mas no destruido”.¹⁹⁵ Es de todos conocido que el derecho de las personas, el derecho de la familia e incluso el derecho de los regímenes matrimoniales y, en buena parte, el de las sucesiones, fueron enteramente reestructurados; así, en lo particular, las nueve leyes gemelas que reconocen la autoría eminente del decano Carbonnier, garantizaron una “revolución tranquila” del derecho de la familia y de las personas entre los años 1964 y 1977. La reestructuración iniciada en el derecho civil económico, que obedece, entre otros motivos, respetar los compromisos contraídos en el seno de la Unión Europea,¹⁹⁶ prosigue; la transformación del derecho de garantías está en curso;¹⁹⁷ la reforma del derecho de las obligaciones (en materia de contratos y de responsabilidad civil) está aún pendiente. En suma, el Código civil – que dicho sea de paso, supo proveer un marco de legalidad a las procreaciones médicamente asistidas, así cómo a las pruebas biológicas, y reglamentar el acta electrónica – se mueve...

Han sido numerosas leyes las que han sido promulgadas al margen del Código civil;¹⁹⁸ algunas pueden ser identificadas ahora en nuevos Códigos, como el Código de comercio, el Código del consumidor o el Código monetario y financiero. Para sólo acotarlo al régimen de legalidad contemporáneo de los contratos, además del derecho común existen, el régimen de legalidad “prêt-à-porter” del Código civil, que se encuentra enriquecido por la jurisprudencia, los regímenes de legalidad de derechos especiales, “a la medida”, concebidos en la perspectiva de sus estatutos y necesidades específicas de los agentes económicos (consumidor, profesional, proveedor, asalariado, entre otros).

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

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

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

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

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

86. Función motora de la jurisprudencia

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

¹⁹⁹ *Infra*, nº 87.

²⁰⁰ *Infra*, nº 96.

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

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

2. La generalidad de la regla de derecho

87. Flexibilidad de la regla general e impersonal

Expresadas en términos sencillos,²⁰² las reglas de derecho del Código civil francés se enuncian igualmente en términos generales y no particulares. Es justamente debido a la generalidad de su formulación, desprovista del detalle, que estas reglas de derecho deben la agilidad y flexibilidad que hicieron posible su adaptación, por la jurisprudencia, a nuevas realidades. Así, en el primer apartado del artículo 1384 del Código Civil francés la Corte de Casación diseñó a finales del siglo XIX, un nuevo principio general de responsabilidad civil objetiva para posteriormente, a finales del siglo XX, proponer otro principio general de responsabilidad proveniente de la actividad de un tercero. De igual forma el artículo 1134 del Código Civil, por la analogía que provee entre el contrato y la ley en su primer párrafo, dio pauta a que la Corte de Casación pudiera sustentar una de las más rigurosas soluciones, que se hayan podido deducir del principio de la autonomía de la voluntad. En lo sucesivo, en consideración de lo que previene el apartado 3º sobre la exigencia de la buena fe en la ejecución del contrato, la Corte de Casación en su jurisprudencia pudo identificar el fundamento de soluciones innovadoras que preconiza una concepción más humanista de las

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

²⁰² *Supra*, nº 74 y s.

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

La envergadura de estos preceptos han permitido conciliar la estabilidad del derecho escrito y la evolución del derecho positivo; con ello se asegura el cambio en la continuidad. Algunos preceptos, cuyo número resuena como una cifra sagrada, se le han pontificado como los “centinelas del derecho civil francés”; son verdaderas “máximas” y participan “del derecho consuetudinario”.²⁰⁴ Se llegó al extremo de sostener que el Título III del Libro III, intitulado “Des contrats ou des obligations conventionnelles en general” (De los contratos o obligaciones convencionales en general) está “nutrido de la intemporalidad e incluso de la eternidad”.²⁰⁵ De ahí sin embargo no se puede concluir que los juristas franceses hayan caído en un fetichismo o un temor reverencial susceptible de paralizarlos frente a un Código Civil que se consideraría como inmutable. Se debe ser claro, el Título III no es inmutable. Precisamente, una Comisión presidida por Pierre Catala, bajo los auspicios de Asociación Henri Capitant, acaba de proponer un nuevo texto, elaborado con prudencia, que respeta la tradición jurídica francesa, pero que no excluye la innovación; a este proyecto lo anima un propósito de apertura hacia los demás sistemas jurídicos, fundamentalmente europeos. Este anteproyecto le fue entregado en forma personal al Ministro de la Justicia el 22 de septiembre de 2005.²⁰⁶

3. El carácter supletorio de la regla de derecho

88. Vigor y valor de la regla supletoria

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

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

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

²⁰⁵ *Ibid.*

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

muy elaborados en los que algunas disposiciones simplemente supletorias de la voluntad de las partes alternan con reglas de derecho imperativas que se inscriben en la noción del orden público de protección.²⁰⁷

Los méritos de estas disposiciones supletorias son numerosos.

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

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

En tercer término, eximen a las partes, durante la redacción de su contrato, de recurrir a los detalles: les dispensa de la difícil tarea de prever toda clase de contingencias. *Verbi gratia* en un contrato de compraventa carece de relevancia que las partes contratantes hayan convenido sobre la fecha de la transferencia de la propiedad y los riesgos de la pérdida del objeto del contrato: la ley suple el silencio o la franca omisión de las partes contratantes. En la actualidad y contrariamente a la tradición civilista, cierta práctica ha venido ponderando los méritos de los contratos abundantes en los detalles; pero ¿pero ello no sería muy por el contrario el origen del incremento, con frecuencia vertiginoso, de los famosos “*transaction costs*”?²⁰⁹ Eso permite dudar de su oportunidad, lo que merecerá algunos comentarios que se expondrán más adelante.²¹⁰

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

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

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

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

²¹⁰ Véase *infra*, n° 100 y 101.

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

A eso habría que añadir que la importancia de la envergadura de las reglas supletorias es tan significativo que su ámbito se extiende permanentemente: otrora limitadas en su mayoría al ámbito del derecho de los contratos y el derecho mercantil, alcanzan en la actualidad otras disciplinas del derecho civil, como el derecho de las garantías reales e incluso el derecho de la familia. ¡En la actualidad, la contractualización va viento en popa!²¹²

89. Conclusión

Concluiremos con las ventajas estructurales de la tradición civilista francesa.

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

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

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

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

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

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

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

estratificación de decisiones, necesaria a la constitución del *case law*. De hecho, los mismos países con un sistema de derecho de *common law* se ven a menudo obligados para reformar, a recurrir a las vías de reglas generales e impersonales²¹⁵. La expansión de la *common law* que puede percibirse en la práctica de los negocios, no puede ser atribuible, sin embargo a causas intrínsecas de este sistema de derecho, cuya consecuencia natural sería la preeminencia del sistema de derecho del *common law*, sino a causas extrínsecas fácilmente identificables: potencia económica angloamericana, predominio del lenguaje inglés a nivel universal, el desarrollo exponencial de los bufetes de abogados anglo-estadounidense, el peso específico de esos bufetes en la economía y política de su país²¹⁶, y, quizá, una mayor rentabilidad de este sistema de derecho para esos mismos abogados.²¹⁷

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

90. Ejemplaridad del derecho de los contratos

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

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

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

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

²¹⁷ Compárese. *infra*, n° 100.

en una crónica edificante,²¹⁸ así como por la exposición crítica en este espacio de los diferentes capítulos de los Informes. Este estudio constituye precisamente uno de los objetivos del programa de investigación en curso: “Atracción económica del derecho”.

Debe concentrarse por lo tanto fundamentalmente los esfuerzos en el derecho de los contratos especiales. En primer término, porque esa disciplina es la base de todas las operaciones económicas; y en segundo término, porque la atracción del derecho francés de los contratos se encuentra fuertemente cuestionada en los Informes.²¹⁹

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

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

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

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

A. La apertura

91. Apertura a las otras fuentes de derecho

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

92. Apertura a los sistemas de derecho extranjeros

Ese espíritu de apertura se extiende a la influencia extranjera. *Verbi gratia* en materia de determinación del precio, el modelo del derecho alemán, así como los Principios UNIDROIT,²²⁰ aún no publicados en aquella época, influenciaron probablemente al pleno de la Corte de Casación al admitir, en el contrato marco, la determinación unilateral del precio.²²¹ Lo mismo sucede en lo relativo a la admisión de la

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

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

llamada violencia económica²²² cuyo trazo se pueden identificar en los sistemas de derechos alemán y suizo, así como en los Principios del derecho europeo del contrato,²²³ en sus disposiciones respectivas relativas a la lesión calificada y a la resolución unilateral.²²⁴ Se podría asimismo identificar la influencia anglo-estadounidense, precisamente en el concepto de *reliance* en algunas decisiones recientes de la Corte de Casación que dan cuenta del desarrollo de la exigencia de coherencia y que evidencian la exigencia de buena fe contractual.²²⁵

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

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

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

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

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

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

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

93. Apertura a las mutaciones política, económica y social

Finalmente, el sistema de derecho francés de los contratos está abierto a las perspectivas política, económica y social:²²⁶ lejos de ensimismarse, quienes tienen su devenir entre las manos (el legislador, el juez o la doctrina) están por el contrario perceptivos a las inquietudes de la Urbe. Si los redactores del Código civil decidieron excluir la lesión de las causas de anulación y revisión del contrato, es porque tenían la experiencia inmediata de “la confusión en las transacciones provocada por las numerosas demandas de rescisión que ocasionó la crisis financiera de la Revolución”.²²⁷ En cuanto al legislador contemporáneo, muy rara vez adopta reformas sin un estudio previo de su impacto económico: así, la comisión que redactó el anteproyecto de reforma de las garantías incluía, además de profesores y magistrados, banqueros, notarios y abogados.²²⁸ El mismo juez está perceptivo lógicamente de la trascendencia económica de sus decisiones; la Corte de Casación consultó a los notarios, a las compañías de seguros, al Ministro de la Economía y al Ministro de Justicia antes de reunirse en sesión plenaria para resolver sobre la naturaleza de algunos contratos de seguros de vida, que finalmente no son más que simples operaciones de inversión;²²⁹ este procedimiento amerita un señalamiento: algunas de las decisiones de la Corte de Casación pueden explicarse por una aproximación económica (como la que confirmó la sentencia en apelación que anulaba un contrato de arrendamiento de casetes de video, bajo el argumento que “si la ejecución del contrato de acuerdo a la economía deseada por las partes era imposible..., se acreditaba en esa forma la ausencia de toda contraprestación real a la obligación de pagar la renta por el

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

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

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

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

arrendamiento de los casetes”).²³⁰ Finalmente, la doctrina no descuida de ninguna manera, en su reflexión, la aproximación económica: es justamente por razones principalmente económicas que algunos autores descartan la teoría de la imprevisión, por temor a que la revisión llame a la revisión, y que con ello la economía se desestabilice²³¹ (aun cuando esa opinión sea debatible, como puede ser constatado en numerosos países cuyos sistemas de derecho adoptan la revisión judicial por causa de imprevisión y en los que no se ha registrado por tal motivo ningún siniestro económico); o bien que otros autores reserven el mecanismo de la deuda de valor a un ámbito estrictamente delimitado, por temor a que la propagación del “valorismo” vaya a desembocar sobre un estado desmonetizado.²³²

B. El equilibrio

94. Libertad, lealtad, seguridad y equidad

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

En el fondo, el Código civil expresa, en materia de contratos, un ideal que se fundamenta en la libertad contractual, con los únicos limitantes del orden público y las buenas costumbres, así como el respeto de la palabra dada: *Pacta sunt servanda*. Las partes acuerdan libremente pero una vez que han convenido, se encuentran vinculadas: gozaban de la libertad de vincularse o no en términos diferentes; empero una vez vinculadas, deben ejecutar fielmente sus convenciones; el costo del cumplimiento resulta irrelevante. Su responsabilidad es el precio de su libertad; el desequilibrio contractual es el tributo de su libertad. El contrato no puede ser reducido a un simple intercambio económico, a un *bargain* (un negocio), del que siempre será posible liberarse... pagando.²³³

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

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

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

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

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

95. Fase pre contractual

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

96. Activación del contrato

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

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

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

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

97. Revisión por imprevisión

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

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

apercibidos de hacerles efectiva su responsabilidad civil.²³⁶ Finalmente, y sobre todo, la práctica ha elaborado cláusulas de renegociación, precisas y eficientes, en el supuesto de alteración de las circunstancias iniciales, que posibilitan una adecuación del contrato a las evoluciones de su entorno económico y social. La ausencia de revisión por imprevisión es por lo demás una incitación eficaz a suscribir estas cláusulas, como queda acreditado por la ausencia de controversias en la materia.²³⁷ Aún en países que admiten la imprevisión, la intervención judicial es aparentemente marginal.²³⁸

98. Resolución del contrato

El cuarto ejemplo se vincula con la resolución del contrato por inejecución de las obligaciones por una de las partes. El Código Civil sólo prevé la resolución judicial (artículo 1184 del Código civil) ya que en el espíritu de sus redactores, la intervención del juez no sólo permite preservar la fuerza obligatoria del contrato, sino adicionalmente proteger al deudor de buena fe, el cual, en caso de dificultades transitorias puede obtener en su caso, el beneficio de un plazo de gracia por parte del tribunal. A partir de ese momento, sin embargo, florecieron las cláusulas resolutorias que estipulan una resolución de pleno derecho, lo que evidencia la vitalidad y la libertad contractual. A la jurisprudencia le asistió la sabiduría de balancearlas introduciendo nuevos elementos, entre otros paralizando sus efectos cuando el acreedor que las ejecute se conduzca con mala fe. Finalmente, en un talante de eficiencia económica, la Corte de Casación facultó al acreedor a resolver unilateralmente el contrato en el supuesto en el que el deudor incurriese en culpa grave.²³⁹ La Corte de Casación tuvo que recurrir nuevamente a ejercer un control sobre ese poder unilateral, acotándolo al supuesto del abuso del derecho: en la medida en la que el acreedor no ejerza su poder de manera razonable, se dará curso a su responsabilidad civil.²⁴⁰

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

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

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

²³⁹ Véase *supra*, n° 92.

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

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

99. Capacidad de imaginación

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

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

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

C. La economía

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

El sistema de derecho francés presenta para los agentes económicos ventajas reales, muy poco conocidas, en términos de costo y rapidez, tanto en el plano "micro jurídico" como en el plano "macro jurídico". En el plano "micro jurídico", que concierne a los comportamientos individuales, la remisión, expresa o aún simplemente implícita, a textos o conceptos legalmente definidos, significa un ahorro sustantivo a los contratantes en la redacción de contratos interminables en los que deben – ya sea las partes contratantes o bien su asistencia jurídica – prever hasta el mínimo detalle, so pena de crear una zona "de no derecho" reservada a la discrecionalidad de la jurisdicción. La interrogante es esperable: ¿Quién no ha leído esos farragosos contratos de inspiración anglosajona que inician inevitablemente por un burrillo de los términos jurídicos usuales: léxico, que sería innecesario insertar de haber podido las partes contratantes referirse a códigos y definiciones vigentes? La potestad, durante la confección de un convenio, de remitirse a la disposición de un código, ya sea para someterse a ella, o bien para evitar su aplicación, procura a las partes, además de una seguridad jurídica óptima (ya que se alude a la regla de derecho en su conjunto, así como al *corpus* jurisprudencial y doctrinal de su interpretación), un ahorro de tiempo y de recursos. A la concisión tradicional de la ley francesa,²⁴³ corresponde la sobriedad de los contratos de derecho francés.

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

²⁴³ Véase *supra* § 1. A. 2°.

101. Prevención de la controversia

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

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

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

A eso añadiremos que hay en promedio 1 abogado para cada 300 habitantes en los Estados Unidos, contra 1 para cada 1,700 habitantes en Francia; un adulto de cada diez se ve involucrado en un proceso cada año en los Estados Unidos, contra uno de cada trescientos en Francia.²⁴⁴ Los Estados Unidos concentran tal número de abogados en su foro, que el antiguo Vicepresidente de los Estados Unidos, Dan Quayle, se llegó a preguntar si los Estados Unidos realmente necesitarían para si solos el 70% de los *lawyers* a nivel universal, expresando con ello el síntoma severo de una sociedad en exceso litigiosa.

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

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

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

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

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

Como quedó constatado, la economía que puede resultar, a corto o mediano plazo, de un gasto inmediato se desatiende por completo. Así, el recurso al notario durante la conclusión de un contrato de compra venta inmobiliaria, que permite garantizar el derecho de propiedad del vendedor, asegurar la publicidad del derecho del adquirente y preconstituir la prueba del contrato, previene eficientemente la supervención de un juicio. Es por lo tanto un criterio muy estrecho, limitarse a contabilizar los plazos y costos de la intervención del notario, sin valorar paralelamente el precio de la seguridad jurídica (véase el *Capítulo Registering property*): equivale a fustigar el costo de la prevención fingiendo ignorar el costo de la enfermedad... Los Informes debieron, en su apreciación de la utilidad del notariado en Francia, hacer constar que el contencioso relacionado con los 4.5 millones de actas y escrituras notariales autorizadas cada año, escasamente totaliza 0.01 por mil, lo que representa un porcentaje significativamente bajo.²⁴⁵

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

102. Razón de ser económica de la OHADA²⁴⁶

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

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

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

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

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

problemas de gobernabilidad en el marco del NEPAD (Nueva colaboración para el desarrollo de África). “Para invertir en África, nuestros socios del sector privado necesitan la seguridad de sistemas jurídicos equitativos, de marcos legales que protejan las inversiones y de reglamentaciones claras para la creación de una empresa y el desarrollo de sus actividades”. Añade: “Es precisamente lo que hacemos con la OHADA cuyo éxito se encuentra reconocido por todo el mundo. Esas leyes tienen como objetivo crear una base jurídica a escala del Continente, a efectos de promover la integración económica y atraer inversiones. Hoy en día, África sólo atrae el 1% de las inversiones extranjeras directas y varios países que se unieron a la OHADA militan entre los más pobres del Continente”. “Da seguridad al entorno africano empresarial”, constata la Señora Ishola. “En la actualidad ya no se puede crear una sociedad mercantil que sólo sea un membrete. Se conocen los individuos asociados. Se conoce el monto del capital social mínimo y existe la obligación de liberarlo. Para los empresarios y comerciantes africanos, los cambios fueron progresivos pero notables lo que es un gran motivo de complacencia”. De hecho, si en tiempos recientes se han podido realizarse algunas inversiones significativamente importantes, fue gracias a la seguridad jurídica que las partes encontraron en el derecho uniforme.²⁴⁷

En los Estados Unidos de América, el *Department of Commerce*,²⁴⁸ y el propio Banco Mundial, han reconocido públicamente el impacto benéfico del sistema de derecho de la OHADA y le han atribuido incluso la creación en el territorio de la OHADA la creación de un clima

²⁴⁷ Es el caso entre otros de un oleoducto financiado por Exxon Mobil en 40%, Pétronas, 35% y Chevron, 25%, que constituye una de las mayores inversiones realizadas en la región desde la última década (2 mil millones de dólares de inversiones extranjeras directas): un oleoducto de cerca de 1070 kilómetros que parte de Doba en el Chad, transita por Toubourou en el gran Camerún del Norte, para desembocar mar adentro en Kribi, en el Sur.

²⁴⁸ *Verbi gratia* ver la información proporcionada por el U.S. Department of Commerce (STAT-USA/Internet) (<http://www.stat-usa.gov>) sobre Guinea Ecuatorial y Chad: “OHADA members have enacted laws governing securities, establishment of commercial companies, general commercial law, recovery procedures, arbitration procedures and bankruptcy procedures. The OHADA laws are generally consistent with French commercial law, with some differences. Though some weaknesses remain, OHADA laws have certainly improved the clarity and consistency of commercial law in francophone Africa (...) However, the recently implemented Organisation pour l’Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique treaty offers some hope for more objectivity in the judiciary”; **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR.** En Internet (www.aol.countrywatch.com) se pueden encontrar *verbi gratia* referencias relativamente numerosas relativas a las ventajas de la OHADA en cuanto a su aptitud para crear un clima más favorable en la inversión en África.

favorable para los negocios. Da la apariencia que algunos servicios del Banco Mundial ignoran lo que realizan otros servicios. Las interrogantes son obvias: ¿cómo se puede criticar la eficiencia económica del sistema de derecho del *civil law* y simultáneamente “apoyar” la experiencia OHADA ? ¿Cómo se pretende llevar a cabo el combate contra la pobreza a nivel universal dándole exclusivamente crédito a un estudio que sólo puede perjudicar una experiencia cuyos beneficios esperados para el continente Africano, a corto o largo plazo, han recibido el beneplácito en el ámbito internacional? El mutismo de los autores de los Informes con respecto a ese tema es elocuente: mencionar el contra ejemplo que significa la OHADA, hubiese tenido el doble inconveniente de contradecir los alegatos de sus autores y exhibir las diferencias de objetivos a largo plazo entre los diversos servicios del Banco Mundial... No es un exceso sostener, que la lectura del *Summary* del Informe 2006 acredita la tesis de un verdadero “fraude intelectual²⁴⁹” por parte de sus autores que han llegado a recomendar a los países africanos que imiten el derecho de... Rwanda (*top twelve reformers* 2004); y se incurre adicionalmente en la grave omisión de soslayar la experiencia de la OHADA que reúne a 200 millones de africanos.

103. Conclusión

En el ánimo de concluir con las ventajas, resta subrayar que el sistema de derecho francés debe su riqueza, su flexibilidad y su modernidad²⁵⁰ a la influencia permanente y recíproca de la ley, de la jurisprudencia, de la doctrina y de la práctica. El sistema de derecho francés está continuamente adaptándose a las profundas mutaciones que se pueden observar en la actualidad, pero lo hace siempre en consistencia con los principios sobre los que se edificó y que fundamentan su coherencia.

Resulta una obviedad insistir que padece de algunas debilidades e insuficiencias²⁵¹ perfectamente identificables, ninguna de ellas

²⁴⁹ Para usar la expresión de B. Du Marais comentada en el artículo precitado de R. HIAULT en los *Échos* del 13 de septiembre de 2005, subtítulo “Polémique sur le Rapport Doing business de la Banque Mondiale”.

²⁵⁰ A la inversa de otros sistemas jurídicos en los que domina la idea que ley y jurisprudencia serían tan insolubles como el agua y el aceite.

²⁵¹ Sobre esas debilidades véase el artículo precitado de X. De ROUX que observa en el ámbito de los préstamos de dinero, el efecto negativo para los acreedores internacionales de los artículos que limitan imperativamente la capitalización de los intereses o de los que habilitan al juez a conceder plazos de gracia; o aún, en el derecho de las garantías (el

insuperable, pero sobre todo, que amerite la condena del sistema de *civil law* que encarna. Muy por el contrario; se han ideado grandes proyectos, algunos de los cuáles están por llegar a feliz término y cuya aspiración es modernizar el derecho, influido inevitablemente, no podía ser de otra forma, por experiencias extranjeras.

En realidad, si el sistema de derecho francés se encontrase en pleno retroceso, este fenómeno se explicaría por razones totalmente ajenas a su valor, tales como la dispersión de la profesión jurídica,²⁵² la disminución de la potencialidad de la economía francesa y el menor uso del idioma francés: estos factores, cómo tantos otros, que dificultan la preservación de su influencia internacional, por más importantes que pudieran ser sus ventajas estructurales y sustanciales.

No obstante ello, la construcción de la Unión Europea le abre nuevas perspectivas. En el momento en que se inicia la confección de un derecho europeo de los contratos, con la participación de todos los artesanos del derecho (universitarios, magistrados, procuradores y políticos), la presencia de juristas franceses es más que nunca necesaria, entre los juristas de diferentes horizontes europeos. Los juristas franceses se han lanzado a esta aventura: la participación activa de la Asociación Henri Capitant, junto con la Sociedad de Legislación Comparada y el Consejo Superior del Notariado, en la elaboración de un marco común de referencia en materia de derecho europeo de los contratos,²⁵³ dan buena

derecho de garantías fue sustancialmente reformado en Francia según se ha dado cuenta en este trabajo), la necesidad de acoger los procedimientos de pignoración sin desposesión, así como mejorar las relaciones entre derecho de garantías y el derecho de las empresas en rehabilitación.

²⁵² La ley del 11 de diciembre de 2001, llamada ley MURCEF, dispuso de medidas de urgencia de reformas de carácter económico y financiero; permitió la constitución de grupos de sociedades liberales fundada en vínculos en capitales (sociedad de responsabilidad limitada [SARL], sociedad anónima [SA], sociedad por acciones simplificada [SAS]) y creó una nueva estructura, la sociedad de participación financiera de las profesiones liberales [SPFL]. Fue preciso esperar hasta agosto de 2004 para la publicación de los decretos de aplicación relativos a las SFPL de abogados, procuradores judiciales, peritos valuadores judiciales, ujieres y notarios (cf. F. MAURY, “La consécration pratique des sociétés holding dans le domaine juridique et judiciaire (*décrets n° 2004-852 à 856 du 23 août 2004 relatifs aux SPFPL d’avocats; avoués; commissaires-priseurs judiciaires; huissiers et notaires*)”; D., 2005.645. Véase también, siempre para luchar contra la dispersión de las empresas liberales, la creación, por la ley del 15 de mayo de 2001 relativa a las nuevas regulaciones económicas, llamada ley *NRE*, de la sociedad de ejercicio liberal por acciones simplificada.

²⁵³ Compárese con G. CANIVET, el discurso precitado: “...Francia está situada en Europa y Europa es un estupendo crisol de creación de un sistema de derecho nuevo para el Viejo Continente en su conjunto, una potente máquina para integrar los sistemas de derecho de cada uno de los Estados miembros. ¿El modelo del futuro no sería el que brote del

cuenta de ello. La Asociación Henri Capitant, Amigos de la Cultura Jurídica Francesa se lanzó – por si aún fuera necesaria la precisión – a la defensa de los valores de los derechos de tradición civilista, que se ven fortalecida por su cultura común y enriquecida por su diversidad...

encuentro del sistema de derecho del *common law* inglesa y de los sistemas de derecho del continente? Pero más que una aproximación técnica, más que un nuevo sistema de derecho, es una nueva cultura jurídica la que se está gestando en Europa. Será más que la suma de nuestras tradiciones respectivas ya que la corriente política europea genera nuevos valores, valores de libertad, solidaridad, progreso social, al tiempo que impone el concepto original de un nuevo estado de derecho”.**TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR**