

LA RESPUESTA DEL GRUPO COLOMBIANO DE LA ASOCIACION HENRI CAPITANT

Respecto a los informes
doing business del Banco Mundial¹

Por ser tan completo, bien argumentado, profundo y elevado en sus consideraciones, no resulta sencillo añadir alguna argumentación al opúsculo que la Asociación Henri Capitant de los Amigos de la Cultura Jurídica Francesa redactó en respuesta a los Informes del Banco Mundial de 2004 y 2005 (*Doing business in 2004: Understanding regulation* y *Doing business in 2005: Removing obstacles to growth*) y en lo referente a la mejor manera de desarrollar la economía de un país a partir de la adopción de un sistema jurídico adecuado. Sin embargo, el Grupo Colombiano de la Asociación Henri Capitant quisiera expresar en unas cuantas líneas no sólo su completa identificación con las razones de orden económico, jurídico y filosófico que plantean esta respuesta para llegar, en perfecta lógica, a la conclusión que no existe una superioridad intrínseca del sistema de derecho del *common law* sobre el sistema de derecho romano germánico, sino también en la medida de lo posible, contribuir al debate con unas observaciones cuyo interés radica en el hecho de que provienen de un país subdesarrollado y perteneciente a la familia de derecho romano germánico.

En primer término, se puede afirmar categóricamente que la alegación según la cual el ámbito jurídico, es decir la legislación y el procedimiento, condicionan el desarrollo económico de un país no es más que una petición de principio. En todo caso, los informes *doing business* no ofrecen prueba alguna de este postulado. Se inscriben sin embargo, en la política de la globalización, que se traduce en el reino prometido del Mercado, el cual debe conducir para retomar las palabras del historiador francés Guy Bois, “al establecimiento de un conjunto capitalista mundial, en el que los Estados ya no son capaces de orientar eficientemente las economías nacionales, y que se dota de su propia regulación interna en

¹ Traducción libre de Jorge Sánchez Cordero.

beneficio de su “centro” al que se confiere el poder de decidir donde conviene invertir, producir o a la inversa cerrar empresas”.² Esto debe muy naturalmente conducir a la modernización, a rechazar todo lo que podría obstaculizar o atrasar el advenimiento de un mundo nuevo.³ La interrogante es clara: ¿Es nocivo el intervencionismo del Estado para el libre funcionamiento de las fuerzas económicas, de la oferta y la demanda? ¡Que se suprima! Las legislaciones que se inspiran del modelo romano germánico y más particularmente del sistema de derecho civil francés, son ellas mismas, aun en apariencia, demasiado complejas y están preocupadas por la protección del derecho de los débiles, incluso aún por garantizar tanto como sea posible los ideales de igualdad y equidad, y ello obstaculiza el mundo de los negocios, tal y como tienden a afirmarlo los Informes. ¡No hay que dudarle ni un momento! Hay que hacer tabla rasa, evolucionar hacia un sistema de derecho de *common law*, menos complejo, más ágil y que proporcione más seguridad a los empresarios e inversionistas. Debe tomarse así el camino correcto, el del desarrollo económico y de la eliminación de la pobreza. En suma, transitar al mundo de ensueño cuya realidad, al cabo de veinte años de globalización, se asemeja más a una pesadilla.

No a la intervención del Estado; sí al cambio de sistema de derecho, he aquí *grosso modo* las grandes conclusiones que pueden derivarse de los Informes del Banco Mundial. Sin embargo ninguna de las dos se impone con la fuerza de la evidencia sino antes al contrario.

Debe iniciarse por el intervencionismo del Estado. El debate consiste en determinar si el Estado debe intervenir en la economía. Como bien se sabe, se trata de corregir, sobre todo en los países en vía de desarrollo, las deficiencias del mercado. Es una actividad a la que el Estado no puede abdicar sin incurrir en el riesgo de perder toda su legitimidad e incluso su razón de ser. Desde los años 30 del siglo XX, inspirándose en las medidas aplicadas por los gobiernos beligerantes durante la primera guerra mundial, y de la política del *New Deal* que permitió a los Estados Unidos superar la depresión de 1929, prácticamente todos los países sudamericanos reformaron su Constitución para incorporar tanto los derechos económicos individuales fundamentales (propiedad privada, libre competencia, libertad de empresa, entre otros)

² François-Xavier de GUIBERT, *Une nouvelle servitude-essai sur la mondialisation*, Paris, 2003, p. 29.

³ Cf. BOIS, G, *op. cit.* p. 53.

como el deber del Estado de intervenir (por supuesto a través de la vía reglamentaria) en la producción, uso, distribución y consumo de bienes, así como en los servicios. Los objetivos: racionalizar la economía, asegurar a todos los ciudadanos una mejor calidad de vida así como una repartición equitativa de las oportunidades y beneficios. Por consiguiente existe una plena libertad económica, pero dentro de los límites del bien común. Así *verbi gratia* es sobre los esos fundamentos que se desarrolló un derecho del trabajo que aspira a proteger los derechos de los trabajadores imponiendo una reglamentación farragosa y llena de obstáculos en la óptica empresarial; pero es un derecho empresarial que se preocupa por los deudores desafortunados; que no privilegia los créditos de los Bancos sobre los de los trabajadores; finalmente es un derecho empresarial que, en materia de insolvencias tiene dentro de sus propósitos, en la medida de lo posible, rescatar la empresa, fuente de empleos, en países donde el índice de desempleo alcanza niveles en ocasiones explosivos. En lo concerniente al derecho financiero, las intervenciones del Estado son múltiples (taza de interés, habeas data, entre otros.). En casi todos los países de la familia del *civil law*, existe un sistema de registro público y un servicio público de notariado. Los obstáculos que pueden surgir para los hombres de negocios, en términos de rapidez y eficiencia económica son, al igual que en Francia, ampliamente compensados por la seguridad obtenida.

En todo caso, desde el punto de vista del interés general, el intervencionismo de Estado parece imposible. Por supuesto, las intervenciones del Estado, pueden en ocasiones parecer excesivas o bien no justificarse sobre algunos puntos concretos. Obviamente, en esos supuestos, los Informes *Doing Business* pueden resultar útiles para identificar los trámites y requisitos que no son indispensables, incluso podrían servir de fuente de inspiración para efectuar los correctivos necesarios.

El postulado, conforme al cual el sistema romano germánico, y más particularmente las legislaciones procedentes del modelo francés, son inferiores al sistema de la *common law*, está estrechamente vinculado a la conveniencia de suprimir o disminuir las intervenciones legislativas. Una vez satisfecho el requisito de la eliminación de toda forma de intervención estatal, la plena expansión del mercado exige transitar de un derecho escrito a un derecho de origen jurisprudencial ya que, se afirma, éste “se presta mejor a las evoluciones sociales”. Se postula que un sistema de derecho único resulta conveniente para todos (“*One size fits all*”);

conforme a la corriente de pensamiento de los redactores de los Informes del Banco Mundial, el sistema de derecho del *common law*, por su flexibilidad, su sencillez, su apego al mundo real, accesibilidad y finalmente por la seguridad que provee a los litigantes, está llamado a prevalecer. El sistema de derecho del *civil law*, y por consiguiente el sistema de derecho francés, debe irremediablemente desaparecer. Nada más inexacto sin embargo, ya que en el sistema de derecho del *civil law* se identifican todas las ventajas del sistema de derecho del *common law* e incluso mejor caracterizadas. Esto equivale a decir que un sistema de derecho no es *per se* superior a otro; que el sistema de derecho, como expresión cultural de una sociedad, hereda una concepción particular e histórica del mundo; que expresa la aspiración a la justicia de cada uno, con frecuencia entendida, en algunas ocasiones como la búsqueda del resultado más útil del punto de vista social, pero otras como *ars boni et aequi*; y que refleja la forma particular de pensar de cada pueblo. En ese sentido, el mundo anglosajón es tributario del método inductivo y de una percepción, fundamental de las cosas, en tanto que Europa Continental, encabezada por Francia, más idealista y cuyas raíces se encuentran en el pensamiento griego, la Escolástica medieval y las escuelas de derecho, Bolonia en primer término, es tributaria del método deductivo y de la lógica de Aristóteles y de Santo Tomás de Aquino. Estas diferencias de enfoque no inciden en lo absoluto, con las premisas económicas. El éxito y dinamismo del capitalismo encuentran sus causas en otras partes. Lo comprueba la historia desde el siglo XV hasta la actualidad.⁴ Hoy en día Alemania, Italia y Francia integran el G7. España tampoco está en una mala posición. ¿Por qué entonces – y planteamos la pregunta desde nuestra perspectiva de juristas de América Latina – renunciar a una tradición que conviene tan bien a nuestra forma de ser y de la que estamos tan orgullosos? Esto nos conduce a formular unas observaciones sobre las principales ventajas del sistema de derecho del *civil law*, tal y cómo las percibimos desde este rincón del mundo.

El sistema de derecho escrito o codificado es más accesible a los agentes de la vida jurídica y económica que el sistema de derecho proveniente del *case law*. A efectos de permitir una lectura accesible e inteligible de los textos a los no iniciados, los redactores del Código Civil Napoleón, luego el Señor Andrés Bello para la redacción del Código Civil chileno de 1855, de Colombia en 1873 así como otros países de América Latina, desearon que el texto de la ley fuera sencillo y claro. Y lo

⁴ Véase BRAUDEL, Fernand, *La dynamique du capitalisme*, Flammarion, Paris, 2001.

lograron. Los Códigos Civiles que abrevaron del Código Civil francés son modelos de sintaxis y sencillez en el lenguaje. Esas mismas cualidades, se encuentran en los Códigos Civiles modernos, *verbi gratia* el Código de Comercio colombiano, ampliamente inspirado en el Código Civil italiano de 1942 que pertenece igualmente a la familia del sistema de derecho romano germánico. Esas cualidades de claridad e inteligibilidad de manera natural, redundan en otra ventaja fundamental, la de la seguridad, ya que los agentes económicos pueden conocer de antemano las consecuencias de sus actos. No es el caso para un sistema de derecho de carácter jurisprudencial. La lectura de las resoluciones así como la identificación del precedente aplicable al caso concreto exigen un conocimiento profundo del sistema de derecho, una *full immersion* en un océano de informaciones. Además y por las mismas circunstancias, el sistema de derecho del *common law* evoluciona lentamente. La dinámica de los negocios, las mutaciones aceleradas del mundo contemporáneo, exigen una respuesta adecuada. Tal es quizás la razón por la que, en la actualidad, las leyes (derecho escrito) se multiplican en Inglaterra y Estados Unidos. Esa proliferación legislativa, desafortunadamente no se traduce siempre en textos sencillos y claros: artículos demasiado extensos, en ocasiones mal redactados, con frecuencia contradictorios. Se detecta esa manera improvisada de legislar, cuya paternidad no necesariamente reivindican los juristas, en la legislación ocasional que se multiplica hoy en día en América Latina, sobre todo en la relativa al derecho monetario, al derecho de la competencia, a la reglamentación del crédito y al derecho de insolvencias. La necesidad de seguridad aconseja volver a las virtudes de la codificación, conforme al modelo francés: sencillez, claridad y predicibilidad.

A la inversa de lo que se afirma comúnmente, los sistemas de derecho codificados no son rígidos. Su flexibilidad, es decir su aptitud para adaptarse a las necesidades cambiantes de la sociedad y del ámbito de los negocios, no exige que una nueva ley derogue la antigua, cuando ésta se encuentra superada por los hechos. Como se subraya en el Informe francés, “...un derecho codificado puede evolucionar, y muy bien, gracias a tres factores principales que dependen de la vitalidad de sus fuentes así como de la generalidad de sus reglas y su carácter supletorio”. Obviamente, las modificaciones mayores no pueden realizarse únicamente mediante leyes que subrogan los textos del Código Civil (filiación, divorcio, regímenes matrimoniales, derecho sucesorio). Los países de Sudamérica lo hicieron a lo largo de todo el siglo XX. Ese ajuste empezó

en Colombia en 1936 y puede sostenerse que al igual de lo que sucedió en Francia, el *corpus* de leyes sobrevivió, “modificado mas no destruido”.⁵

Sin embargo, la vitalidad de las fuentes no incumbe solamente al legislador. Le pertenece también a la jurisprudencia que demostró en repetidas ocasiones su capacidad para responder a las necesidades del mundo moderno y en particular del *Homo aeconomicus*. Para mencionar algunos ejemplos, en Colombia, la responsabilidad extra contractual ha sido enteramente rehecha por la Suprema Corte de Justicia, a partir de los antiguos textos del Código Civil Bello (artículos 2341 a 2360 del Código Civil colombiano); el principio general de la buena fe informa de los periodos de conclusión y ejecución del contrato y exige de las partes que actúen lealmente so pena de tener que pagar indemnizaciones por concepto de daños y perjuicios; la revisión judicial del contrato por modificación de las circunstancias económicas existentes en el momento de la conclusión del contrato es admitida por la jurisprudencia desde 1936, mucho antes que el legislador (artículo 868 del Código de Comercio) le diera carta de ciudadanía; se protegen los derechos de la personalidad proveniente en gran medida gracias a la creatividad de los jueces que, desde 1922, supieron encontrar en la generalidad de los artículos del Código Civil, los fundamentos necesarios para condenar a los victimarios al pago de daños morales y por cambios en la relación (cultural, social y familiar, con independencia de toda incidencia pecuniaria) de la víctima; y finalmente, la jurisprudencia no dudó en establecer la activación del contrato, imponiendo a ciertos deudores una obligación de garantía.

Existe también el principio general del carácter supletorio de las reglas de derecho privado. Lo que significa un amplio margen de acción para la libertad contractual que no conoce desde ahora de más límites que los que dispone el orden público político, determinado por lo judicial, y el orden público económico, que necesariamente determina el legislativo, una vez más por razones de seguridad, ya que al juez, que no puede decidir por la vía general, se le faculta a “apreciar las ventajas e inconvenientes económicos de tal contrato o cláusula – sus incidencias – razonando en términos generales y no con base a casos especiales”.⁶ El ejercicio de la libertad contractual – y eso acredita que no se trata de sistemas de derecho cerrados sino abiertos a la influencia extranjera

⁵ HALPERIN, J.-L., “Le regard de l’historien”, en *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 43 y siguientes, citado por el Informe francés titulado *À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*.

⁶ FLOUR, J., AUBERT, J.-L., SAVAUX, E., *Les obligations 1. L’acte juridique*, Armand Colin, Paris, 2004, p. 216.

cuando ésta resulta benéfica – permitió introducir nuevos tipos de contratos: fiducia, *leasing*, *franchising*, *factoring*, tarjeta de crédito, entre otros. Puede por consiguiente sostenerse que existe una permeabilidad social saludable.

En conclusión puede sostenerse que el sistema de derecho del *common law* y el sistema de derecho del *civil law* constituyen dos sistemas de derecho tan válido y eficiente, uno como el otro. Cada sistema de derecho tiene sus propias ventajas y deficiencias; ambos permiten el desarrollo de la economía, y ambos emplean medios diferentes, *verbi gratia* la *consideration* y la noción de causa, los *remedies for a breach of contracts* y las sanciones por inejecución del contrato, pero que llegan más o menos a las mismas soluciones de fondo.⁷

¿Por qué renunciar entonces a una tradición tan bien arraigada? ¿Y por qué dejar la justicia distributiva entre las manos del juez, que carece de la capacidad de percibir las consecuencias generales que tendrá su resolución?

⁷ Véase el artículo de D. TALLON sobre *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, RTD civ. (2), Paris, 2004, p. 216.