

LA RESPUESTA DEL GRUPO GUATEMALTECO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT

Doing business

Eduardo MAYORA ALVARADO¹

Me complace presentarle a continuación algunos comentarios al documento preparado por la Asociación Henri Capitant denominado “A propósito de los informes *doing business* del Banco Mundial”, que en adelante llamaré, simplemente, “*La Respuesta*”. He preparado estos comentarios como Presidente del Grupo de Guatemala pero no puedo afirmar que todos sus integrantes los suscriban, puesto que no he tenido aún oportunidad de recabar el parecer de todos ellos sobre el contenido de este documento. Espero que el mismo contribuya al esclarecimiento, desde la perspectiva de la realidad de mi país, de cuestiones fundamentales como las que se consideran en *La Respuesta*.

1. Del objetivo principal de los informes “*doing business*”

El objetivo principal de los informes *Doing business in 2004 Understanding Regulation* y *Doing business en 2005, Removing Obstacles to Growth* (en adelante “los informes *Doing Business*”) nos parece importante. Se trata de *investigar el ámbito y naturaleza* (“manera”, dice allí) *de las regulaciones que amplían la actividad económica y de aquellos que la constriñen.* (*Doing business in 2004*, viii). Por consiguiente, es un proyecto que pretende, de manera sistemática, identificar los elementos o características que, de reunirse por el ordenamiento jurídico de cualquier Estado en particular, promoverían la prosperidad y el desarrollo económico de su población. En vista de que el Derecho debe ser visto tanto en su dimensión estática como también dinámica, los informes *doing business* se fijan en el contenido de las

¹ Presidente del Grupo Guatemalteco de la Asociación Henri Capitant

normas y, además, en los procedimientos e instituciones existentes para hacerlas cumplir. En cuanto a este aspecto aprecio un avance importante pues, como hemos experimentado con frecuencia en Guatemala, suele creerse que el derecho sustantivo acusa deficiencias o lagunas que, a su vez permiten o propician circunstancias juzgadas indeseables o inconducentes al desarrollo de la sociedad. Sin embargo –sobre todo en los países en vías de desarrollo, muchas veces el problema radica en la debilidad o falta de capacidad de los órganos públicos o de las entidades estatales competentes para aplicar, de manera consistente, las normas jurídicas pertinentes. Sobre este tema vuelvo más adelante.

Es verdad, sin embargo que, no obstante la validez del objetivo apuntado y la importancia que supone dedicar esfuerzos serios para realizarlo, el equipo que ha participado en la elaboración y presentación de los informes *doing business* podría haberse enriquecido con la participación de profesionales venidos, no solamente de las diversas disciplinas jurídicas, sino también de las diferentes tradiciones jurídicas pues, como acertadamente se señala en *La Respuesta*, la composición sectorial (predominantemente de economistas y de la égida de la *common law*) necesariamente incide en la falta de comprensión, a veces, o en la errada caracterización, en ocasiones, de los factores específicos que, en cualquier jurisdicción de las cubiertas por dichos informes, conllevan las consecuencias allí descritas.

2. De la metodología de los informes “*doing business*”

La circunstancia que acabo de apuntar en la sección anterior se relaciona, en parte también, con el problema de la metodología empleada en los informes *doing business*. No tanto en el sentido de que las herramientas de la econometría deban descartarse para el tipo de análisis que tienen por objeto dichos informes, sino por otras dos razones, a saber: (1) que para formular hipótesis pertinentes sobre el contenido y operatividad de las diversas instituciones del ordenamiento jurídico de cualquier Estado, por un lado, y la dinámica de su actividad de negocios, por el otro, es importante contar con el concurso de expertos capaces de identificar las series de fenómenos cuya correlación se juzgue importante establecer, y (2) que los conocimientos especializados sobre la tradición jurídica que tengan los responsables de definir las hipótesis y los fenómenos a correlacionar, pueden llevarles a una selección más certera o adecuada de los mismos.

Adicionalmente conviene comentar que, como acertadamente se indica en *La Respuesta*, la econometría no se considera herramienta

válida, o igualmente válida, por todas las escuelas de pensamiento económico. Efectivamente, algunos de los autores representativos de la escuela llamada “Austriaca” estiman que el análisis económico cierto debe proceder lógicamente a partir de premisas válidas *a priori*, de modo que los fenómenos que puedan constatarse en la realidad, deben poder explicarse “causal” y no sólo “correlativamente”.

Nada de esto implica que los datos y su correlación, como se presentan en los informes *doing business*, carezcan de valor ilustrativo o analítico ni mucho menos; simplemente, adolecen de ciertas limitaciones que le son inherentes.

3. De la importancia del derecho en el desarrollo de los pueblos

La Respuesta acierta al sostener que el dinamismo de la actividad económica de un país, su prosperidad o desarrollo económico, no dependen solamente de su ordenamiento jurídico. Al lado del derecho de cualquier sociedad deben reconocerse, como factores fundamentales de su desarrollo actual o potencial, los recursos humanos y materiales con que cuenta y su cultura (más allá de la estrictamente jurídica). Así por ejemplo, la enorme diversidad de lenguas y grupos étnicos que pueblan Guatemala supone, en ciertos contextos, como el del interés que dicha diversidad suscita en el visitante del extranjero, una ventaja; en otros, como el de la organización de la educación primaria o de los procedimientos administrativos y judiciales, una desventaja (en términos de los costes que aparece).

Esquemáticamente, algunos de los factores de desarrollo más significativos se pueden mostrar en un cuadro como el siguiente:

| | |
|--|---|
| <p>El Capital Humano y sus niveles de:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Nutrición y salud 2. Educación básica 3. Capacitación técnica y profesional 4. Capacidad creativa | <p>El Capital Institucional y Político expresado como la adopción de valores fundamentales:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El ideal del imperio del Derecho 2. La representación y la participación ciudadana en el gobierno 3. El respeto a la dignidad de la persona 4. La tolerancia de ideologías diversas |
|--|---|

| | |
|---|--|
| <p>El Capital Cultural:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las costumbres y tradiciones sociales 2. Las bases religiosas, morales o éticas de la población 3. La unidad o la diversidad étnica o racial | <p>El Capital Físico y Financiero, en términos de la existencia o la funcionalidad de:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los recursos naturales 2. Las infraestructuras públicas 3. Los mercados de capitales y financieros |
|---|--|

El régimen jurídico y las instituciones que erige, por consiguiente, son un factor importantísimo para el desarrollo de cualquier sociedad, pero deben considerarse en el marco de otros factores como los señalados arriba que, como se señala en *La Respuesta*, se echan de menos en los informes *doing business* del Banco Mundial.

4. De los elementos esenciales y los accidentales que conforman una tradición jurídica

En mi opinión, concordando con lo que se expresa en *La Respuesta*, uno de los elementos en los que en los informes *doing business* se yerra de manera significativa es el concerniente a la caracterización y clasificación de la “familia jurídica” a la que pertenecen las “regulaciones” consideradas contraproducentes al desarrollo económico de los pueblos.

Esto es sumamente lamentable pues, innecesariamente –como lo demuestra buena parte del contenido de *La Respuesta*.- se culpa de los efectos de dichas regulaciones a la tradición jurídica francesa cuando, realmente, muchas de ellas no tienen nada que ver con la aludida tradición.

Así, por ejemplo, se indica en dichos informes que en Guatemala deben seguirse 19 procedimientos, que toman 1,460 días, para hacer valer un contrato a un coste del 40% de la cantidad reclamada, para cubrir honorarios de abogados y costas judiciales (*Doing Business in 2004*, 42). Si bien es cierto que el diagnóstico dado puede representar la realidad imperante, con todo y las terribles consecuencias que de esa situación se derivan para la sociedad guatemalteca, también lo es que las causas de esa realidad poco o nada tienen que ver con la tradición jurídica francesa como tal. Las raíces de este grave problema son múltiples y complejas; las

más significativas residen, empero, en que el Estado guatemalteco no ha dedicado, desde hace décadas, suficientes recursos para la justicia, y por otro lado, en que desde el inicio de la vigencia la Constitución Política de 1985, la garantía constitucional y legal del amparo ha generado un volumen de asuntos litigiosos imposible de manejar por los tribunales.

De hecho, la Corte Suprema de Justicia está promoviendo la reforma de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, para limitar el acceso prácticamente ilimitado a una garantía que, por su excesiva amplitud, se ha desdibujado totalmente. El Amparo, como Instituto jurídico, no es de origen francés sino español y, además, su diseño defectuoso en el ordenamiento guatemalteco tampoco sería atribuible a su origen –pues en España funciona adecuadamente– sino a la mentalidad excesivamente “garantista” con la que se le concibió en la Constitución ya señalada (cuyo artículo 265 indica que “no hay ámbito que no sea susceptible de amparo”) de los trámites y procedimientos necesarios para inscribir una sociedad mercantil y se empresa se trata, también es un error conceptual identificar la existencia de más o menos procedimientos o requisitos administrativos con la tradición jurídica francesa. A lo sumo, podría afirmarse que dicha tradición privilegia (en este y en otros aspectos) el examen preventivo, *ex ante*, de ciertos requisitos legales fundamentales, en lugar de dejar librado a las partes actual o potencialmente afectadas el ejercicio de acciones legales, *ex post*, para denunciar los incumplimientos con dichos requisitos. Los propios informes *Doing Business* señalan que cada una de éstas técnicas (el examen *ex ante* o la revisión *ex post*) puede ser indicada, dependiendo de circunstancias tales como la capacidad de los órganos públicos para hacer valer las regulaciones legales o reglamentarias existentes (*Doing Business* in 2004, 90 y Sigs.).

Muchos de los formalismos, de las exigencias de actos notariales, de las inscripciones registrales o de la obtención de permisos o licencias administrativas que establecen las leyes de Guatemala u otros países de la región, realmente son consecuencia de enfoques ideológicos, en términos del papel que debe jugar el Estado en cuando desarrollo del país. Estos enfoques se nutrieron, entre otras fuentes, de la mentalidad y filosofía económica que predominó al seno de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) durante buena parte de los sesentas y los setentas y no de la tradición jurídica francesa.

Además, durante ese período y aún después, algunos grupos de interés privado apoyaron o promovieron medidas proteccionistas para contar con mercados cautivos y se sirvieron exitosamente de la legislación y las reglamentaciones para lograr que aumentaran para sus competidos

los costes de entrada a los diversos mercados, o para que les fuera más difícil –cuando no imposible- conseguir una licencia. De nuevo, nada de esto tuvo que ver, en sí, con la tradición jurídica francesa, mucho menos, con la del Derecho civil.

Tampoco podría afirmarse, sin caer en una seria distorsión de la realidad, que la tradición jurídica de la *common law* es o ha sido garantía suficiente para evitar el exceso de regulaciones intervencionistas. En efecto, en la propia cuna de este sistema jurídico, Inglaterra, se había llegado a extremos inconvenientes para el desarrollo de las actividades de negocios hasta antes del inicio del gobierno de la primera ministra Margaret Thatcher. Una buena parte de su legado se dio en llamar “desregulación”. Comentarios parecidos podrían hacerse de la era conocida como del “New Deal” en los Estados Unidos de América y en cuanto a las políticas que, décadas después, llevó a efecto el presidente Ronald Reagan en contra de las regulaciones intervencionistas.

En el caso de Guatemala, buena parte de las regulaciones, sea legislativas o reglamentarias, se ha producido en contra de las tradiciones jurídicas francesas, en los sentidos siguientes:

→ Primero, abandonando casi por completo la técnica de modificar los códigos existentes –o de crear otros- de manera que, por lo menos, se mantenga un cierto nivel de coherencia sistemática (como ha ocurrido, entre otras, con la legislación para la protección al consumidor y el Derecho administrativo); y

→ Segundo, abandonando la técnica de formular reglas o normas precisas que vinculen consecuencias específicas a supuestos claramente definidos, a cambio de declaraciones de principios, de intenciones, o de fórmulas ambiguas que prescinden del uso de la terminología apropiada (como ha ocurrido con reformas a legislación laboral, a la legislación para la protección del medio ambiente y la relativa al régimen del registro del estado civil de las personas y su identificación).

→ En definitiva, en los informes *Doing Business* se puede apreciar que sus autores confunden con frecuencia la tradición jurídica francesa con lo que no son más que regulaciones impulsadas como consecuencia de corrientes ideológicas favorables al intervencionismo económico, o por efecto del lobby de poderosos grupos de interés privado que han ido en busca de proteccionismo económico, de rentas o de otros privilegios, utilizando la legislación y las reglamentaciones como instrumento. Esto es lamentable porque, al incurrir en esa confusión, los autores de dichos informes descalifican una tradición jurídica como la francesa que, al igual que la del *common law*, ha transitado por etapas

históricas durante las cuales han predominado visiones más liberales, a veces, más intervencionistas, otras.

5. De cómo se conjugan diversos factores de desarrollo, con el derecho en función del desarrollo de los pueblos

Como indiqué con anterioridad, los informes *doing business* plantean un proyecto cuya realización es muy importante: identificar el marco jurídico normativo que, con mayores probabilidades, sea capaz de sustentar el desarrollo de los pueblos. Sin embargo, como acertadamente se señala en la *Respuesta*, dicho marco jurídico forma parte del marco, más amplio, de la cultura de una sociedad. Por consiguiente, las reformas de las leyes y reglamentos que rigen en cualquier Estado determinado, deben poder insertarse tanto en el marco jurídico en general de ese Estado, como también en el más amplio de la cultura de la sociedad de que trate. Recientemente se ha propuesto para Guatemala, un anteproyecto de Ley de Garantías Mobiliarias que, en buena parte, procura reproducir instituciones propias de la *common law* en esta materia. Como es natural, dicho anteproyecto tiene promotores y detractores. Sin embargo, pocos –si alguno– se han preguntado si, realmente, es posible “extirpar” del Derecho Civil de Guatemala lo concerniente a los derechos reales de garantía sobre bienes muebles y, en su lugar, “trasplantar” una normativa proveniente de la tradición jurídica angloamericana. Esta circunstancia misma revela hasta qué punto se ignora por personas que se consideran “expertas”, que uno de los elementos que define de manera esencial la familia jurídica romano-germánica es la noción de “orden jurídico”. Ese orden no puede mantenerse ni funcionar si, como se pretende hacer aquí –y no por primera vez– las reformas legislativas se conciben en una especie de “vacío”, sin tomar en consideración el “orden” existente que, en nuestra tradición jurídica –o lo que queda de ella– abarca la doctrina científica y la jurisprudencia. En el caso concreto del proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias, estaría creándose un conjunto de normas jurídicas aisladas, carentes de relación con el resto de las normas e instituciones del derecho civil de Guatemala, encima, sin la menor probabilidad de éxito porque, como se señalo con anterioridad, en el derecho guatemalteco “no hay ámbito que no sea susceptible de amparo” y, por lo tanto, los procedimientos previstos en el citado anteproyecto para la realización extrajudicial de la prenda estarían sujetos, incesantemente, a este tipo de acciones. Lo que el sistema jurídico de Guatemala necesita –como se evidencia de los propios informes *doing business*– es de la reforma de sus instituciones de justicia y del régimen de garantías constitucionales,

fundamentalmente, del amparo. De conseguirse dicho objetivo se lograría la ejecución más eficiente de los contratos con garantía prendaria y, también de todos los otros.

6. Conclusiones

Los informes *doing business* del Banco Mundial constituyen un aporte importante en aras de mejorar la comprensión de las relaciones tan íntimas existentes entre el ordenamiento jurídico de un país, por un lado, y su desempeño económico, por el otro. Sin embargo y, dicho con toda candidez, crean innecesariamente una problemática teórica y, potencialmente, también una práctica, al formular generalizaciones que, primero, prescinden de algunas de las notas esenciales de la tradición jurídica romano-germánica y, segundo, correlacionan esta tradición con fenómenos que, las más de las veces, reflejan el predominio temporal de ideologías políticas o de escuelas de pensamiento económico que, debido a múltiples circunstancias inevitablemente impregnan el ordenamiento jurídico de cualquier sociedad políticamente organizada. Tanto si pertenece a la tradición de la *common law* como si forma parte de la tradición jurídica francesa hechas en dichos informes en lo que concierne a lo que allí se llama con cierta ligereza *legal origin*, pueden o no reflejar prejuicios favor del sistema de la *common law* y en contra de la tradición jurídica francesa. Comoquiera que sea, carecen de sustento científico y adolecen de excesiva simpleza.

Estimo que la *Respuesta* era necesaria y que puede contribuir a tender puentes de mutua colaboración entre los equipos que, como el de los autores de los informes *doing business*, pueden aportar técnicas complementaria útiles (como la de la econometría) y que, como el de los juristas de la tradición jurídica-germánica, pueden aportar los métodos propios de su disciplina y un rico bagaje histórico cultural.

Desde la perspectiva de un país en vías de desarrollo, es importante añadir por mi parte que con frecuencia advierto cierta falta de comprensión de parte de los expertos de instituciones internacionales multilaterales, sobre la importancia relativa de dos aspectos fundamentales para que se logre la eficacia del Derecho: el contenido de sus disposiciones sustantivas, por una parte, y la adecuada operación de las instituciones encargadas de hacerlas valer, por la otra. Paradójicamente, sus estudios e investigaciones de nuestra realidad se concentran, con mayor énfasis, en el parecer y criterios de las mismas administraciones e instituciones cuya inoperancia o falta de capacidad es la fuente de la problemática estudiada. No es de extrañarse que, también

con frecuencia, reciban esta explicación. –No es responsabilidad nuestra, es que la Ley no sirve...

Ciudad de Guatemala, 20 de febrero de 2006