

Características Claves entre los Sistemas de Common Law y Derecho Civil

Full Description

Sistema de Derecho Anglosajón o Common Law

Los países que adoptan el derecho anglosajón son por lo general aquellos que formaron parte de las colonias y protectorados ingleses, incluyendo a los Estados Unidos.

Las características del derecho anglosajón incluyen:

- No siempre existe una constitución escrita o leyes codificadas;
- Las decisiones judiciales son forzosas - las decisiones del tribunal de última instancia pueden ser anuladas por el mismo tribunal o a través de legislación;
- Amplia libertad de contratación (para contratar) - son pocas las disposiciones implícitas en un contrato de ley (sin embargo, las disposiciones que protegen a los consumidores privados pueden ser implícitas);
- Generalmente, todo está permitido si no está prohibido por ley.

Por lo general, un sistema de derecho anglosajón es menos preceptivo que un sistema de derecho civil. Por lo mismo, un gobierno bien pudiese querer proteger a sus ciudadanos mediante legislación específica con respecto del programa de infraestructura que se contempla. Por ejemplo, pudiese prohibir a un proveedor de servicio que corte el servicio del agua potable o de electricidad a los pagadores morosos. Vaya a la sección de [Legislación y Regulación](#) para mayor información.

Bajo el derecho anglosajón, hay muy pocas provisiones (disposiciones) implícitas en un contrato - es por eso que hay que dejar sentado todos los términos que gobiernan la relación entre las partes del contrato en el mismo contrato. El resultado usualmente es un contrato más largo que un contrato hecho bajo el derecho civil.

[regreso al comienzo](#)

Sistema del derecho civil

Los países que se rigen bajo un sistema de derecho civil son típicamente aquellos que fueron colonias o protectorados franceses, holandeses, alemanes, españoles o portugueses, incluyendo varios de Centroamérica y Sudamérica, asimismo como la mayoría de Europa Central, Oriental y Asia del Este.

El sistema de derecho civil es un sistema de leyes codificadas. Su origen es el derecho romano. Las características del sistema del derecho civil incluyen son las siguientes:

- Generalmente, existe una constitución escrita basada en códigos de ley específicos (por ejemplo, códigos que cubren el derecho corporativo, el derecho administrativo, el derecho arancelario y el derecho constitucional) consagrando derechos y responsabilidades básicas. Sin embargo, el derecho administrativo tiende a ser menos codificado y los jueces del derecho administrativo se comportan más como jueces del Common Law.
- Only legislative enactments are considered binding for all. There is little scope for judge-made law in civil, criminal and commercial courts, although in practice judges tend to follow previous judicial decisions; constitutional and administrative courts can nullify laws and regulations and their decisions in such cases are binding for all. Solamente las promulgaciones legislativas son consideradas con fuerza de ley. Los jueces tienen poco alcance...
- En algunos sistemas, como Alemania, las publicaciones de catedráticos del derecho tienen una influencia significativa en las cortes.
- Courts specific to the underlying codes – there are therefore usually separate constitutional court, administrative court and civil court systems that opine on consistency of legislation and administrative acts with and interpret that specific code; falta traducir
- Existe menos libertad para contratar - Por ley, hay muchas provisiones implícitas dentro del contrato y las partes no pueden contratar fuera de ciertas provisiones.

Un sistema de derecho civil es más preceptivo que un sistema de derecho anglosajón. Sin embargo, el gobierno aún debe considerar si se necesita una legislación específica para que ya sea limite el alcance de cierta restricción o de una legislación específica para un sector, para permitir el éxito del proyecto de infraestructura.

Existe una serie de provisiones implícitas en un contrato bajo el sistema de derecho civil - se le da menos importancia a dejar sentado en el contrato mismo TODOS los términos que gobiernan la relación entre las partes del contrato, ya que las insuficiencias o las ambigüedades pueden ser enmendadas o solucionadas de pleno derecho. Usualmente, esto da como resultado un contrato más corto del de uno hecho en países bajo el Common Law.

Es importante notar que en el ámbito de infraestructura, ciertos proyectos de infraestructura son referidos como conceptos bien definidos en jurisdicciones del derecho civil. [Concesiones y Affermage](#) tienen un significado técnico y una estructura definidos que probablemente no sea entendido bien o no aplique en un país bajo el derecho anglosajón.

Por esta razón, se previene usa y aplicar estos términos sin cautela y rigor. Para ahondar más en este tema, visite [Acuerdos](#).

Resumen de las diferencias entre los sistemas legales bajo el Derecho Civil y el Common Law

Set out below are a few key differences between common law and civil law jurisdictions.

Características	Common Law	Derecho Civil
Constitución escrita	No siempre	Siempre
Decisiones judiciales	Binding	No es binding con terceras partes; sin embargo, las de corte administrativa y constitucional son binding todos
Publicaciones de catedráticos del derecho	Poca influencia	Influencia significativa sobre jurisdicciones del código
Libertad de contratación	Extensiva - son muy pocas las provisiones implicadas de la ley sobre las relaciones contractuales	Más limitada - un número de provisiones implicadas por cuanto a las relaciones contractuales
Sistemas de corte aplicable a los proyectos de APP	En la mayoría de los casos, las relaciones contractuales están sujetas a cortes que tienen en su competencia estas cuestiones	La mayoría de los acuerdos de aPP, por ejemplo las con... están sujetas a las cortes administrativas, ya que están relacionadas a servicios públicos, sujetos a la administración pública

[regreso al comienzo](#)

Sistemas del derecho civil - Jurisprudencias administrativas claves que repercuten sobre los acuerdos de APP

En muchos de los países de derecho civil, es una entidad separada la que gobierna los acuerdos de APP. Es importante buscar asistencia legal local para saber si estas reglas aplican al país del caso. También es importante observar que en una jurisdicción de derecho civil, a menos que las partes hayan acordado someterse a arbitraje, el contrato será ejecutado por una corte administrativa. A continuación, se mencionan algunas de las reglas administrativas claves aplicables a acuerdos administrativos delegados:

Derechos de la autoridad contratante que pueden anular provisiones (disposiciones) contractuales

Derechos de modificación unilateral

La autoridad contratante -como en Francia- puede tener el derecho unilateral de modificar aspectos del contrato siempre y cuando sea por el bien del interés público. La autoridad contratante no tiene el derecho de cambiar las provisiones (disposiciones) financieras o su naturaleza fundamental, pero puede cambiar ciertos aspectos como la especificación del servicio provisto.

Derechos de cancelación unilateral

La autoridad contratante tiene el derecho de cancelar el contrato tempranamente (a pesar de que tenga que compensar al operador).

Derechos de continuidad del servicio

En un contrato administrativo, el operador no puede suspender la ejecución de sus obligaciones bajo contrato, aun cuando la autoridad contratante incumple con el contrato. Bajo una concesión, o un affermage-lease, el operador está deemed a responsabilizarse por operaciones relacionadas al servicio público, más allá de los que se mencionan en el contrato (como invertir en proveer a una demanda creciente, o la adaptación de nuevas tecnologías).

Protecciones del operador implícitas en la ley

Derechos del operador a un balance (equilibrio) financiero

En ciertas circunstancias, el operador está protegido bajo el derecho de preservar el “equilibrio financiero (balance)” del contrato. Por ejemplo, cuando la autoridad contratante impone una modificación unilateral, también debe ajustar los términos financieros del acuerdo para que el operador no se vea en una posición de desventaja (peor) (por ejemplo, si la autoridad contratante requiere elevar los estándares del servicio, también deberá permitir una tarifa más elevada). Algunas doctrinas particulares que forman parte de los derechos del operador bajo el “equilibrio (balance) financiero” en Francia -y otros países de sistemas de derecho civil- incluyen:

Fait du prince- Ordeno y mando._ Cuando la autoridad contratante ha ocasionado que las utilidades del operador disminuyan sin haber incumplido el contrato, se le confiere una reparación al operador. Una reparación bajo Fait du prince requiere las siguientes condiciones:

- La acción de la autoridad contratante está más allá del alcance del contrato (de lo contrario, sería un incumplimiento de contrato);
- La acción tomada por la autoridad contratante debe ser dirigida específicamente hacia el operador - decisiones generales que conciernen a todas las empresas no son consideradas como parte del fait du prince, pero podrían estar consideradas bajo las bases del principio de imprevisión (vea el siguiente);

Imprévision- El operador tiene derecho a una compensación financiera debido a dificultades creadas por un gran cambio o un cambio imprevisto en las condiciones económicas that render execution of the agreement financially hazardous. Algunos ejemplos de compensaciones posibles bajo el principio de imprevisión incluyen una devaluación mayor, control de precios por mandato de una autoridad más allá de la unidad contractual, o una reducción de las horas trabajadas que dan como resultado un incremento en el costo de la mano de obra. El impacto de la adversidad económica de estos eventos debe ser no solamente excepcional, sino que debe ir más allá de todos los límites previstos en el contrato. La compensación al operador no es un monto igual a la suma perdida o a los daños incurridos (an administrative circular provides for the administration to bear 90 percent of the losses as an indicative rule) una circular administrativa.

Sujétions Imprévues.- El operador tiene derecho a una compensación por condiciones materiales inesperadas que hicieron que la construcción o las operaciones se hagan más costosas.

Force majeure.- Los eventos impredecibles e incontrolables que hacen imposible la ejecución del contrato exonera al operador de sus obligaciones. Por ejemplo, un derrame causado por una industria química que ocasiona contaminación tal de la única fuente de agua sería considerado force majeure.

Es a discreción de los gobiernos el considerar incluir o no estas reglas en los acuerdos, sin embargo, si ya son parte de una ley que antecede, no es necesario incluirlas en el contrato. El confiar solamente en las leyes que anteceden al contrato puede ser problemático ya que las leyes pueden ser ambiguas. Por ejemplo, la jurisprudencia en reestablecer el “equilibrio financiero” del contrato no es clara ya que no se sabe que significa “equilibrio financiero” con exactitud. En Francia, la ley invalida cualquier intento de anular la potestad de la autoridad contratante de cancelar unilateralmente el contrato. En otros casos, algunos códigos civiles obligan a dar un periodo de notificación antes de cancelar el contrato -y no se puede eludir.

Otras reglas del derecho civil que repercuten en los acuerdos de las Asociaciones Público-Privadas

- **Penalidades contractuales.-** donde existe un compromiso contractual que obliga al operador a pagar una multa en caso de incumplimiento y la cantidad es acordada bajo contrato. En el derecho francés, el juez puede reducir o aumentar el monto de las penas, siempre que no sea inferior al monto real del daño sufrido. Conceptos similares existen en Malí, Túnez y Argelia, por ejemplo.

- **Gross-up clauses.-** under the French tax code (article 1678 quarter) gross-up clauses related to indemnification of withholding taxes on interest are not to be binding on French tax administration when the debtor is a French entity.

- **Bancarrota.-** en jurisdicciones del Common Law, como Inglaterra y los Estados Unidos, cuando la empresa llega a un punto de adversidad financiera, el énfasis está en reorganizar más que en liquidar para mantener el negocio a flote (ejemplo, en EE.UU., Capítulo 11; en Reino Unido, administración). En jurisdicciones del código civil, el proceso se enfoca en la liquidación (aunque ciertas reformas en la ley de bancarrota de algunos países como en Francia y los países pertenecientes a la Organización para la armonización del derecho mercantil en África (OHADA) ahora permiten la reorganización de deudores antes de que se conviertan en insolventes).

- **Asistencia Financiera (doctrina europea), “ Beneficio Corporativo” (doctrina francesa).-** estas doctrinas prohíben o restringen severamente que la compañía target y sus subsidiarias den ningún tipo de garantía que esté conectada a la adquisición de las acciones de la compañía target - en particular, en APPs en el que el sector privado se integra en el capital de una empresa de servicios públicos (empresas mixtas) y/o una privatización de la empresa de servicios públicos. Otros países bajo el código civil, como las naciones pertenecientes a OHADA (Artículo 639 del Acta Uniforme relacionada con compañías comerciales) y Argelia (Artículo 715 bis 60 del código comercial) tienen conceptos similares..

- **Derechos de garantía real y préstamos sindicados.-** los sistemas del Common law tienen mayor flexibilidad en conceder varios tipos de garantías sobre bienes -una característica importante dentro de los acuerdos de APP en los que existen fondos comerciales como los BOT (Construye, Opera, Transfiere). También tienen el concepto de fideicomiso, el cual permite que en una situación de un préstamo sindicado, la garantía real sea conferida a un fideicomiso sin la necesidad de una transferencia formal o una re-registración de garantías real a nombre de los nuevos prestamistas. Por lo general, el código civil no permite ese tipo de conceptos, como consecuencia, se requiere re-registrar el derecho de garantía real a nombre de los nuevos prestatarios (que implican costos notariales y de registro adicionales). Francia está en proceso de introducir una ley de fideicomiso que resolvería muchos de estos problemas. Las naciones pertenecientes a la OHADA, sin embargo, se requieren notaría públicas para formalizar las garantías reales.

[regreso al comienzo](#)

[1] Sources - World Bank Toolkit (2006) - Approaches to Private Participation in Water Services,
presentation to IFC on Some Differences between Civil Law and Common Law in a "nutshell" - Gide
Loyrette Nouel 2007

3RD Party Related Content

[Asociaciones Público-Privadas](#)