



Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia

(Agreements about the proceeding in french Law: the contractualization of civil justice in France)

Loïc Cadiet

Member of the *Institut Universitaire de France*.

Professor at the University of Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), France.

Director of the *Centre de Recherche sur la Justice et le Procès*.

President of the International Association of Procedural Law

Palabras clave: Acuerdos procesales. Proceso Civil francés. Acuerdos sobre el procedimiento.

Keywords: Agreements about the proceeding. French Civil Procedure. Clauses.

Abstract: The article reports the tradition and the latest developments in french Civil Procedure regarding the agreements about the proceeding, that is, agreements by which the parties intend to regulate the procedural aspects of an actual or future dispute. Not only aiming on the philosophical aspects of the advantages or damages that a so-called “contractualization of civil justice”, the autor also focuses on some types of clauses and contracts and the related questions that this subject arises.

1. ¿El acuerdo procesal es algo más que un oxímoron? Podemos hacernos esta pregunta ya que la expresión "acuerdo procesal" como expresión más general de convención relativa al proceso, en la que el acuerdo procesal no es más que una variante, combina dos nociones que parecen oponerse en todo desde el primer momento, si se quiere definir el



proceso como un desacuerdo¹. Según dos padres del nuevo Código de procedimiento civil francés, Gérard Cornu y Jean Foyer: "*el litigio se analiza como conflicto, una oposición, de la que podemos hacernos una idea inicial pensando en lo contrario de un contrato. Esencialmente, se define como un desacuerdo de voluntades en relación a un asunto (...). De igual manera que el contrato es convergencia de voluntades, el litigio es conflicto de voluntades*"².

En realidad, esta oposición es sólo aparente. Se podría incluso decir que es, sino una ilusión óptica, al menos un error de perspectiva. Los juristas conocen desde siempre el compromiso y la transacción, que son conocidos acuerdos sobre el proceso. De la misma forma, el lenguaje de los juristas combina desde hace mucho tiempo las nociones de acuerdo y de proceso a través de expresiones como juicio convenido, contrato judicial y justicia contractual. El *Grand Robert de la lengua francesa* revela, por lo demás, que el primer significado conocido de la palabra "Proceso" es de 1174 : "*título jurídico, contrato*"; la expresión "*proceso verbal*" conserva la huella del significado original, e incluso fuera de Francia, por ejemplo en Holanda, la palabra "proceso verbal" designa, en holandés, el acuerdo concluido ante el juez sobre la solución del litigio. Las convenciones relativas al proceso no son entonces tan nuevas; se inscriben dentro de una antigua tradición contractualista en materia de reglamento de conflictos, se trate del análisis contractual del vínculo de instancia, heredado de la *litis contestatio* del derecho romano, o del papel que la conciliación, la transacción, la composición o el compromiso han desempeñado siempre en derecho francés desde la Edad Media³.

2. Entonces, ¿por qué razón parece que se trata de una nueva cuestión? Esta impresión de novedad me parece que tiene dos explicaciones.

Por una parte, desde un punto de vista general, estas convenciones relativas al proceso se inscriben en Francia dentro de una tendencia muy clara, la contractualización contemporánea de las relaciones sociales, ligada a la decadencia del centralismo estatal y de su

¹ Ver G. Cornu (bajo la dirección de), *Vocabulaire juridique*, Paris: Presses universitaires de France, 7^a edición, 2005, V° Proceso 1 : « *Litige soumis à un tribunal; contestation pendant devant une juridiction* ».

² Ver por ejemplo G. Cornu y J. Foyer, *Procédure civile* Paris, Presses Universitaires de France, 3^a edición, 1996, p. 41.

³ Ver L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », in *Mélanges offerts à Gérard Farjat*, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 23 sq, especialmente n° 15.



colatorio en la categoría de la producción normativa, el legicentrismo. Este fenómeno, que se ha desarrollado en los años 60, es objeto de numerosos estudios doctrinales, que subrayan su importancia, independientemente de las diferentes posiciones que adoptan, favorables o desfavorables⁴.

La reflexión que se realiza desde hace unos quince años⁵ en torno a la contractualización de la justicia, al proceso o, más en general, a los modos de resolución de litigios⁶, se inscribe en la corriente que explica la emergencia de un orden jurídico negociado entre los actores sociales, al lado del orden jurídico impuesto por el Estado⁷, que identificamos actualmente por referencia al concepto de postmodernidad⁸. Esto tiene que ver con el aumento de la importancia de las lógicas de “*management*” en el seno de la institución judicial,

⁴ Las obras más recientes que muestran el estado de la cuestión proceden de seminarios organizados en Lille (Francia) en 2005-2006: S. Chassagnard-Pinet y D. Hiez (bajo la dirección de), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2007; *Approche renouvelée de la contractualisation*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires de Aix-Marseille, 2007; y *La contractualisation de la production normative.*, Paris, Dalloz, 2008.

⁵ Ver L. Cadiet, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, pp. 193 sq; « Le spectre de la société contentieuse », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 29 sq; « Une justice contractuelle, l'autre », in *Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, pp. 177 sq. Ver también una de las primeras tesis consagradas a la cuestión, S. Ousmanou, *Les conventions relatives au procès - Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, thèse Rennes I, 1996. Adde P. Ancel, V^o Contractualisation, in L. Cadiet (bajo la dirección de), *Dictionnaire de la justice*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

⁶ Sin duda, había que introducir distinciones cuando se habla de la contractualización del proceso y de la justicia, allí donde diferentes expresiones se utilizan como equivalentes por comodidad. La contractualización de los modos de reglamento de los litigios se refiere tanto a los modos de reglamento judicial (se puede entonces hablar también de la contractualización del proceso o, más específicamente, de la *instancia* si se considera el proceso un vez designado el juez) como a los modos de reglamento extrajudicial (que pueden ser *juridictionales*, como el arbitraje, o *convencionales*, como la mediación). Propiamente hablando, *la contractualización de la justicia* sólo debería designar la contractualización en el seno de la institución judicial, concebida como administración de justicia (en el sentido orgánico del término). Pero se emplea también para designar la contractualización del proceso porque el proceso es la manera ordinaria de administrar la justicia (en el sentido sustancial o material del término).

⁷ Ver A. Pirovano (bajo la dirección de), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 1988. - P. Gérard, F. Ost y M. van de Kerckove (bajo la dirección de), *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

⁸ Ver J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 3^a ed. 2008; « Vers un droit post-moderne ? », in J. Clam y G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, pp. 21 sq.



influido por la ideología liberal que lleva a pensar la justicia como un modelo competitivo ; se puede hablar de la “mercantilización” de la justicia⁹.

Por otra parte, desde un punto de vista más particular, la renovación actual se debe al nuevo uso que se hace de la técnica contractual, como una de las respuestas posibles a la crisis de la justicia, a la saturación de los tribunales y a la prolongación de los procedimientos¹⁰. Por un lado, está su utilización tradicional como instrumento de resolución del litigio, favorecida enormemente por el derecho contemporáneo a través de los modos alternativos de resolución de conflictos, especialmente la conciliación y la mediación, de los que no hablaré aquí puesto que este aspecto de la contractualización es bastante conocido¹¹. Y, por otro lado, la técnica contractual se desarrolla en dos direcciones más modernas: primero, antes del litigio, las partes recurren cada vez más a la convención como instrumento de anticipación convencional del reglamento de sus discrepancias (I); por otra parte, una vez surgida la controversia, el recurso al contrato se opera en el propio seno de la institución judicial como un instrumento de gestión del proceso (II)¹².

SECCIÓN I. – LOS ACUERDOS RELATIVOS AL PROCESO EN NACIMIENTO.

3. Las partes no están condenadas a esperar a que tenga lugar un proceso entre ellas para pensar en la posibilidad de resolverlo amistosamente. Antes de que surja la controversia,

⁹ Ver L. Cadiet, « Ordre concurrentiel et justice », in *Mélanges Antoine Pirovano*, Paris, Editions Frison-Roche, 2003, pp. 109 sq, especialmente n° 18-30 ; « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », *Revue française d'administration publique* 2008, pp. 134-150 ; « La justice face aux défis du nombre et de la complexité » : *Les Cahiers de la Justice*, 2010/1, Paris, Ecole nationale de la magistrature y Dalloz, pp. 13-35.

¹⁰ Ver L. Cadiet, “Civil justice reform: access, cost and delay - The French perspective”, in A. Zuckerman (ed.), *Civil justice in crisis - Comparative perspectives of civil procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 291 sq.

¹¹ Ver L. Cadiet, J. Normand y S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, pp. 192-231 y pp. 445-524. Ver también en italiano, L. Cadiet, « I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, n° 4, pp. 1169 sq y, más rápidamente, en español, L. Cadiet, « Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia », in E. Oteiza (coord.), *Reforma procesal civil*, Buenos-Aires, Rubinzal – Culzoni editores, 2010, pp. 99-123, especialmente pp. 104-107.

¹² Ver L. Cadiet, « Les conventions relatives au procès en droit français - Sur la contractualisation du règlement des litiges », in *Accordi di parte e processo*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milan, Giuffrè ed., 2008, pp. 7-35 (este artículo también se ha publicado en Brasil in *Revista di processo*, 2008, n° 160, pp. 101 sq).



el principio de libertad contractual les ofrece la posibilidad de prever, dentro de su convención, cláusulas relativas a la solución de un litigio eventual, cláusulas contractuales relativas a la acción en justicia, también llamadas, simplificando, cláusulas relativas al reglamento de las discrepancias, cláusulas relativas a los litigios o, de manera aún más concisa, cláusulas de discrepancia¹³. Esta previsión es un ejercicio de sabiduría contractual, ya que el momento de la firma de un contrato es el más propicio a la conclusión de las cláusulas relativas al litigio susceptible de surgir entre las partes. En ese momento, evidentemente, existe un acuerdo entre las partes y este les permite considerar, fría y serenamente, la posibilidad de incumplimiento de sus obligaciones y una solución para ese hipotético desacuerdo. Sin ninguna duda, es más fácil ponerse de acuerdo en la manera de resolver un litigio que no ha comenzado que solucionar un litigio ya existente. El derecho francés favorece las cláusulas de discrepancia, tanto en legislación como en jurisprudencia. Estas cláusulas se han visto sometidas a una autonomía jurídica con respecto al contrato en el que se inscriben que les permite escapar a la ineficacia que puede afectar a este último en razón, por ejemplo, de una nulidad o de una resolución¹⁴. La anticipación de las partes puede conducirles a prever claramente una solución extrajudicial a su discrepancia: la convención tiene entonces por objeto evitar el proceso judicial (§ 1); puede también llevarlas simplemente a programar la solución judicial de su posible querrela (§ 2).

§ 1. – Los acuerdos que tienen por objeto evitar el proceso

4. La lentitud, la publicidad, la imprevisibilidad o la inadaptación de la justicia a ciertos contenciosos, concretamente a los del mundo de los negocios, pueden incitar a las partes a evitar una solución judicial de su posible discrepancia. Tienen entonces dos posibilidades, el arbitraje (A) y la negociación (B).

¹³ Acerca de las dificultades suscitadas por las cláusulas de discrepancia respecto a la libertad contractual y al orden público, ver L. Cadiet, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches* 5 de mayo de 2000, pp. 30 sq.

¹⁴ Ver *infra* n° 5, sobre la cláusula compromisoria, *infra* n° 8, sobre la cláusula de mediación y *infra* n° 10, sobre la cláusula de competencia.



A. – La anticipación de una solución arbitral

5. Se pueden hacer pocas observaciones sobre esta primera posibilidad, ya que es la más clásica ; consiste en escoger *la vía del arbitraje*¹⁵. El recurso al arbitraje puede ser previsto por una cláusula estipulada a este efecto, llamada *cláusula compromisoria*¹⁶. Esta cláusula puede incluso prever cómo el Tribunal arbitral va a dictar sentencia, en Derecho o en equidad (como amistosa componedor) ¹⁷, así como la posibilidad de apelar a la futura sentencia arbitral¹⁸. La tendencia a la contractualización del proceso se observa aquí teniendo en cuenta la ampliación reciente del campo de validez de la cláusula compromisoria y la consolidación de su eficacia.

En cuanto a su *ámbito*, desde que fue reconocida en derecho francés por una ley de 1925, la cláusula compromisoria estaba limitada únicamente a las relaciones entre comerciantes. Pero la ley n° 2001-420 de 15 de mayo de 2001 ha modificado el artículo 2061 del Código Civil, que dispone a partir de ese momento: "*A reserva de las disposiciones legislativas particulares, la cláusula compromisoria será válida en los contratos concluidos en razón de una actividad profesional*"¹⁹. Ahora bien, las actividades profesionales no son necesariamente actividades comerciales sino que también pueden tratarse de actividades civiles, lo que amplía considerablemente el ámbito de la cláusula compromisoria²⁰. Por otra parte, la jurisprudencia ha consagrado, de manera general, tanto en materia internacional como en derecho interno, el principio de autonomía de la cláusula compromisoria que puede entonces aplicarse independientemente de la validez del contrato principal que la incluye²¹.

¹⁵ Ver L. Cadiet y E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6ème ed. 2009, n° 1010-1059

¹⁶ Code civil, artículo 2061 (citado en C. civ.) ; Code de procédure civile (citado en CPC), artículo 1442 a 1446 : ver L. Cadiet y E. Jeuland, *op. cit.*, n° 1013-1018.

¹⁷ Artículo 1474 CPC.

¹⁸ Artículo 1482 CPC.

¹⁹ Traducido por nosotros (« *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* »).

²⁰ « Con reserva de las disposiciones legislativas particulares », lo que excluye las relaciones de consumo y las relaciones de trabajo.

²¹ Ver Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 25 de octubre de 2005, Bulletin des *arrêts civils de la Cour de cassation*



La *favor arbitrandum* del derecho francés se aplica igualmente en la consolidación de la eficacia de la cláusula compromisoria que está por encima de las únicas partes que la han firmado. La cláusula compromisoria circula fácilmente con el contrato que le sirve de soporte. Es el caso, en adelante, en los traspasos de contratos, los traspasos de créditos, la sustitución de personas en la relación de obligaciones, como por ejemplo, en la sustitución de un mandatario, la subrogación personal, la estipulación para el prójimo y también las cadenas de contratos²².

Por tanto, siendo convencional por su fuente y no siendo judicial en su naturaleza, el arbitraje no es menos jurisdiccional por tratarse de una convención, ya que el arbitro es un juez y su decisión una sentencia (artículo 1467 CPC). Por tanto, puede ser que las partes prefieran *una justicia aún más convencional*. Su contrato puede entonces contener cláusulas que favorezcan la solución negociada del posible litigio.

I, n° 378, para el arbitraje internacional y Cour de cassation, 2^e chambre civile, 4 de abril de 2002, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation* II, n° 68, para el arbitraje interno : « la cláusula compromisoria presenta, en comparación con la convención principal en la que se incluye, una autonomía jurídica que excluye que pueda verse afectada por la ineficacia de este acto, (...), la posible nulidad del contrato (que la incluye), no tiene repercusión en la validez de la cláusula compromisoria » (traducido por nosotros, « la clause compromissoire présentant, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte, (...), l'éventuelle nullité du contrat (qui la contient) est sans incidence sur la validité de la clause compromissoire »). La cláusula compromisoria puede separarse del contrato que la incluye y de las estipulaciones que ella misma incluye, por ejemplo, la estipulación que prevé un recurso : Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 13 de marzo de 2007, *Société Chefaro International*, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation* I, n° 102 ; *Semaine juridique* (JCP) 2007, actualités 135, observations Orstcheidt, de lo que se concluye que la nulidad de la estipulación que prevé un recurso, que no está previsto por la ley contrariamente a una sentencia arbitral internacional, no se extiende a la cláusula compromisoria.

²² Por último, ver Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 17 novembre 2010, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation* I, n° 09-12.442, que aparece en el *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation* : « en una cadena de contratos translativos de propiedad, la cláusula compromisoria se transmite de forma automática como accesorio del derecho de acción, -a su vez accesorio del derecho sustancial transmitido- sin que importe el carácter homogéneo o heterogéneo de esta cadena » (traducido por nosotros, « dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne »).



B. – La anticipación de una solución negociada

6. Sin ninguna duda, lo ideal, en caso de litigio, es poder ponerse de acuerdo con respecto al desacuerdo, y el Derecho debería admitir de sobra las cláusulas contractuales que favorecen la solución bilateral de la discrepancia (2º). Sin embargo, excluir al juez no es evidente cuando la convención autoriza una solución unilateral del posible litigio dándole a uno de los contratantes la facultad unilateral de decidir sobre el asunto que ha causado el litigio. En ese caso, una de las partes es entonces, al mismo tiempo, juez y parte, y nadie puede juzgarse a sí mismo (1º).

1º) Cláusulas que autorizan la solución unilateral del litigio

7. Me contentaré con mencionar, a título de información, las cláusulas que autorizan la solución unilateral del litigio²³. En estas hipótesis, la solución de la discrepancia no es convencional, propiamente hablando, aunque encuentre su fuente en una cláusula contractual, presunto fruto de la autonomía de la voluntad y de la libertad de las convenciones. Estas cláusulas pretenden dispensar a una de las partes del juicio para conseguir que el juez decida por el incumplimiento de la otra parte de sus obligaciones. En cierto modo, el contrato permite a la parte víctima de este incumplimiento la posibilidad de hacerse justicia, lo cual es un privilegio previo en el ámbito privado comparable al privilegio de la administración.

Se entiende, a partir de ese momento, la sospecha que rodea a esas cláusulas donde se excluye al juez de forma relativa. Las cláusulas donde se manifiesta esta sospecha de forma más clara son las *cláusulas penales*²⁴, ya que el legislador ha intervenido en varias ocasiones (1975,1985) para garantizar el control judicial. Otras cláusulas ilustran igualmente estas

²³ Ver L. Cadiet, « Les clauses relatives aux litiges », *Juris-classeur Contrats-Distribution*, LexisNexis, Fascicule 190, spécialement n° 22 a 30. - Adde P. Ancel, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in P. Ancel y M.-C. Rivier (bajo la dirección de), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, pp. 6 sq.

²⁴ Cláusula conminatoria por la que el deudor, si no cumple con su compromiso o lo lleva a cabo con retraso, tendrá que pagar al acreedor, por daños y perjuicios, una suma de dinero global que es, en general, muy superior al perjuicio sufrido por el acreedor.



reservas, aunque en menor grado, en la medida en que no tienen, a priori, carácter represivo. Se trata de las *cláusulas resolutorias*²⁵ y de las *cláusulas de garantía autónoma*²⁶.

Las cláusulas que favorecen la resolución bilateral de la discrepancia no incurrir en estas críticas.

2º) Cláusulas que favorecen la solución bilateral de la discrepancia

8. Esta resolución bilateral de la discrepancia puede adoptar diferentes formas dependiendo si las partes han llegado a un acuerdo directo o no.

El acuerdo directo está previsto gracias a la estipulación de *cláusulas de ejecución leal* o de *cláusulas de acuerdo amigable* que obligan a las partes a negociar de buena fe la solución de su discrepancia. Estas cláusulas son válidas en todos los casos. No son más que un recordatorio del artículo 1134, párrafo 3 del Código Civil, según el cual las convenciones legalmente formadas deben ser ejecutadas de buena fe²⁷.

Pero la cláusula de reglamento puede prever igualmente la intervención de un tercero para ayudar a las partes a encontrar las vías de un acuerdo sobre el desacuerdo²⁸. El reglamento es entonces indirecto, y la intervención del tercero también puede tener una intensidad variable.

²⁵ Cláusula por la cual las partes convienen con antelación en un contrato que éste será resuelto con pleno derecho en caso de incumplimiento de una de las partes, sin que sea necesario demandárselo al juez y sin que éste, si es de todas formas designado, disponga poder de apreciación. Esta cláusula deroga el artículo 1184 C. civ., en cuyo párrafo 3 dispone : « *La resolución deberá ser demandada judicialmente, y podrá ser concedido al demandado un plazo según las circunstancias* » (traducido por nosotros, « *La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.* »).

²⁶ También llamada *garantía de primera solicitud* o *garantía independiente*, se trata de una garantía convencional reforzada en virtud de la cual el fiador debe abonar una cantidad en el momento en el que se le solicita, sin poder oponer a la demanda, salvo abuso manifiesto por parte del beneficiario, ninguna excepción respecto de la obligación garantizada, en la medida en que es autónoma con respecto al compromiso del deudor garantizado : artículo 2321 C.civ.

²⁷ Ver L. Cadet, *op. cit.*, n.º 12 à 15. Adde F. Magar, « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *Dalloz* 2010, pp. 1959 sq.

²⁸ Ver L. Cadet, *op. cit.*, n. 17 a 21.



En ocasiones, puede que el papel del tercero sea pasivo; no se le pide que dé una solución al litigio. Tal es la función de las *cláusulas de peritaje*, llamadas también cláusulas de perito o cláusulas de perito neutro, particularmente adaptadas a los asuntos mercantiles que comportan aspectos técnicos o económicos complejos. Esta cláusula no presenta dificultades particulares puesto que interviene, en principio, antes del litigio que, precisamente, tiene la finalidad de evitar.

O, al contrario, el papel del tercero puede ser activo; su misión es intentar acercar los puntos de vista de las partes y suscitar una solución de la discrepancia proponiendo un proyecto de acuerdo : tal es la función de las *cláusulas de conciliación o de mediación* que, a diferencia de las cláusulas de arbitraje, no otorgan al mediador el poder de imponer la solución considerada²⁹, pero, como las cláusulas de arbitraje, se consideran autónomas con respecto al contrato que las incluye³⁰. En principio, el recurso al conciliador (o mediador) es una condición *sine qua non* a cualquier toma de posesión del juez (o árbitro). Por otra parte, hay que destacar que la justicia estatal refuerce la autoridad de estas cláusulas juzgando inadmisibles una demanda presentada por una de las partes que viole una cláusula de conciliación o de mediación. Esta solución es lógica, ya que este tipo de cláusula impide provisionalmente la demanda judicial y, ya que asegura el respeto de esta prohibición, una desestimación convencional. Así lo ha juzgado el Tribunal de Casación, de forma clara, en una sentencia de principios adoptada en cámara mixta el 14 de febrero de 2003³¹, lo que también muestra, de forma ejemplar, la actual orientación contractualista y la *favor accordandum* del derecho francés.

De todas formas, subsidiariamente a la búsqueda de una solución amistosa previa, nada prohíbe a las partes anticipar, acondicionándola, la vía de la solución judicial de su litigio eventual.

²⁹ Ver C. Jarrosson, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, pp. 141 sq.

³⁰ Ver Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 6 juillet 2000, n° 98-17.827, *Revue de l'arbitrage* 2001, 749, note Jarrosson.

³¹ Cour de cassation, chambre mixte, 14 de febrero de 2003, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation, chambre mixte*, n° 1 ; *Revue des contrats* 2003, pp. 182 sq, observations Cadet. – Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 8 de abril de 2009, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation I*, n° 78.



§ 2. – Los acuerdos que tienen por objetivo acondicionar el proceso

9. No siempre es posible evitar el recurso al juez, incluso cuando se escoge un proceso de arbitraje ; hay incluso casos en los que las partes quieren una solución judicial, pero adaptándola a sus intereses. En estos casos, el contrato puede tener cláusulas que planifiquen los pasos a dar en un futuro proceso. Pero aquí la libertad contractual está más limitada que en los casos precedentes, ya que se apela a la institución judicial tanto en la organización como en el funcionamiento del contrato. Concretamente, existe una progresión en la neutralización de la libertad contractual : a grosso modo, cuanto más grande es el poder del juez en el litigio, menos determinado está el juicio, lo que anula las cláusulas previas que deberían determinar dicho juicio. Desde este punto de vista, esa incapacidad creciente de las partes necesita una distinción cronológica entre cláusulas relativas a la acción (A) y cláusulas relativas a la instancia (B). Se podrían también mencionar las cláusulas relativas a las pruebas, ya traten sobre la carga de la prueba o sobre sus modos de realización, pero estas cláusulas afectan menos a las reglas de procedimiento que a las reglas de fondo, consideradas como supletorias de voluntad³².

A. - Las cláusulas relativas a la acción

10. Las cláusulas relativas a la acción, aunque están fuertemente limitadas por el orden público judicial, son aceptadas con facilidad, ya que el derecho de acción es una prerrogativa jurídica de la que las partes pueden, en principio, disponer libremente. La convención entre las partes puede afectar entonces a los dos principales aspectos del ejercicio de la acción en justicia.

³² Ver J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, con P. Mousseron, M.-L. Izorche y J. Raynard, Paris, Editions juridiques Francis Lefebvre 2ème éd. 1999, n° 1853 à 1862-2. Estas cláusulas son en principio válidas siempre y cuando no atenten contra la libertad de la prueba: Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 10 mars 2004, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation II*, n° 101.



En primer lugar, puede referirse a su ejercicio *temporal*: se trata del ámbito de las *cláusulas de prescripción*³³. Estas cláusulas se consideraban tradicionalmente nulas si ampliaban el *plazo legal* de prescripción, y válidas en la medida en que lo abreviaban razonablemente. Pero estas soluciones fueron modificadas tras la reciente reforma del derecho de prescripción. En adelante, según el artículo 2254 del Código Civil, "*La duración de la prescripción puede abreviarse o ampliarse por acuerdo de las partes. No obstante no puede reducirse a menos de un año ni ampliada a más de diez años*"³⁴. Las partes tienen igualmente la posibilidad de añadir otras causas de interrupción o de suspensión de la prescripción fijadas por el Código Civil. Estas disposiciones no se aplican a las acciones de pago o repetición de los salarios, atrasos de renta, pensiones alimenticias, alquileres, arriendos, gastos de alquiler, intereses de préstamos y, generalmente, a las acciones de pago de todo lo que puede pagarse durante años o a plazos más cortos. En interés de proteger la parte débil en los contratos de adhesión, tales disposiciones tienen que prohibirse igualmente en el ámbito de los seguros y de los contratos entre un consumidor y un profesional³⁵.

La convención entre las partes puede referirse también a su ejercicio en *el espacio*, cuando las partes escogen una jurisdicción diferente de la que se le ha designado por las reglas legales de competencia. Es en este fecundo terreno - en derecho interno y, todavía más en el ámbito internacional - en el que se desarrollan *las cláusulas atributivas de competencia*³⁶. La materia es clásica y no necesita ser desarrollada de forma particular. En este sentido, debo indicar solamente que la contractualización del proceso podría progresar aún más en este terreno gracias a una extensión de la validez de las cláusulas de competencia territorial en los asuntos profesionales que actualmente se limitan a las relaciones entre comerciantes (artículos 48 CPC). Se trataría entonces de extender a las cláusulas de competencia la ampliación realizada para las cláusulas compromisorias³⁷. Además, la jurisprudencia acaba de extender

³³ Ver L. Cadiet, *Les clauses relatives aux litiges*, citado antes, n° 29-36.

³⁴ Traducido por nosotros (« *La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans* »).

³⁵ Ver por ejemplo el artículo L. 111-2 del Code des assurances y el artículo L. 137-1 del Code de la consommation.

³⁶ Ver L. Cadiet y E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, citado antes, n° 255-269.

³⁷ Ver *supra* n° 5.



recientemente a las cláusulas atributivas de competencia el principio de autonomía ya consagrado para las cláusulas compromisorias y las cláusulas de mediación³⁸.

La anticipación de las partes puede referirse igualmente a la instancia que podría surgir entre ellas. Pero las cláusulas relativas a la instancia son más difícilmente admisibles.

B. – Las cláusulas relativas a la instancia

11. Estas cláusulas son más difícilmente admisibles ya que la instancia cuestiona al juez y, a través de él, a una función del Estado así como a un servicio público en el que las partes ya no tienen el control exclusivo.

Sin embargo, las partes contratantes pueden condicionar la potestad del juez, en razón de los derechos de los que disponen libremente, previendo la ley que tendrá que aplicar en caso de ser designado en el litigio. Es lo que se llama acuerdos de derecho aplicable ilustrados por las *cláusulas de electio juris*. De esta forma, según el artículo 12, párrafo 3 CPC : "*[El juez] no puede alterar la denominación o la fundamentación jurídica cuando las partes, en virtud de acuerdo expreso y respeto de derechos de los que tengan libre disposición, le hayan vinculado en cuanto a las calificaciones y cuestiones jurídicas a las que hayan querido limitar la controversia.*"³⁹.

Las partes contratantes pueden también prever mecanismos de cooperación judicial en el caso de que uno de ellos entrase en conflicto con un tercero. Las cláusulas pueden prever la obligación de informar sobre el proceso, cuestión que se aborda en las *cláusulas de revelación de instancia*, o incluso incluyendo la obligación intervención en dicho proceso, que aparece en

³⁸ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 8 de julio de 2010, n° 07-17.788, *Dalloz* 2010, 1869, obs. Delpéch ; *Revue des huissiers* 2010, 293, obs. Vinckel que aparece en el *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation* : « una cláusula atributiva de competencia, en razón de su autonomía con respecto a la convención principal en la que se incluye, no se ve afectada por la ineficacia del acto » (traducido por nosotros, « une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée, par l'inefficacité de cet acte »). Ver *supra* n° 3, 5 y 8.

³⁹ Traducido por nosotros (« [Le juge] ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »). Ver *supra* n° 5 e *infra* n° 16-17.



las *cláusulas de intervención en instancia*, a las que podemos vincular las *cláusulas de concurso en la instancia*, como la *cláusula de dirección del proceso*, habitual en materia de seguros en beneficio del asegurador⁴⁰.

Las partes contratantes pueden, por último, disponer de una *cláusula de reembolso de los gastos del proceso*⁴¹, imputando a una de ellas el pago de los gastos del posible proceso. Este dispositivo puede asociarse a una *cláusula de garantía de desenlace*, cuyo objetivo es cargar a la otra parte del contrato con el peso definitivo de las indemnizaciones a las que una parte podría ser condenada. Pueden contemplarse otras cláusulas financieras utilizadas en la práctica contractual, como las *cláusulas de imputación y de reparto de los gastos en materia de arbitraje y de mediación*, totalmente sometidas al principio de libertad contractual⁴². En un ámbito más especializado, pueden mencionarse también *las cláusulas que cubren el reembolso de honorarios en los contratos de seguro de protección jurídica* que según el Tribunal Supremo no perjudican al principio de libertad de elección de abogado por el asegurado, consagrado por el artículo L. 127-3 Código de seguros⁴³.

Tal y como lo vemos, hay que tener en cuenta la importancia del dispositivo contractual en el ámbito de la anticipación de la solución de los posibles procesos. Pero el recurso a la convención se ha desarrollado también en el ámbito de la elaboración judicial de la solución del litigio, una vez que éste ha surgido.

SECCIÓN II. – LOS ACUERDOS RELATIVOS AL PROCESO EXISTENTE.

12. Este aspecto del tema parece más clásico. Desde hace tiempo se ha establecido que las convenciones pueden ser un modo de resolución del litigio, como lo atestiguan el

⁴⁰ Ver L. Cadet, « Les clauses relatives aux litiges », antes citado, n° 72-75. - F. Leborgne, « Les aménagements conventionnels du procès », *Revue générale des assurances* 2010, en prensa

⁴¹ Estas cláusulas, frecuentemente incluidas en contratos de préstamos, de arrendamiento o de empresas, obligan al deudor a pagar al acreedor una suma global a título de indemnización, siempre y cuando este sea obligado a un recubrimiento judicial o a un procedimiento de ejecución. Ver, por ejemplo, Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 13 février 1991, *Gazette du Palais* 1991, 2, sumarios 465, observaciones Croze y Morel.

⁴² Ver L. Cadet, « L'économie des conventions relatives à la solution des litiges », in B. Deffains (bajo la dirección de), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, pp. 313 sq.

⁴³ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile 15 juillet 1999, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, I, n° 233.



compromiso⁴⁴ y la transacción⁴⁵. No obstante, en estos últimos años el fenómeno se ha ampliado y diversificado, fuera y dentro de la institución judicial, con el afianzamiento de la mediación judicial⁴⁶, de la mediación familiar⁴⁷, de la conciliación delegada a un conciliador de justicia⁴⁸ y, próximamente, de la convención del proceso participativo⁴⁹. No volveré a tocar este aspecto⁵⁰, sino que me centraré en el aspecto más reciente y original de las convenciones relativas al litigio incoado. No se trata únicamente de que la convención entre las partes ya no sea sólo un instrumento de la solución del litigio, sino de que también se ha convertido en una *técnica de gestión de la instancia judicial*.

Esta contractualización del proceso alude, de entrada, al arbitraje y es cierto que, al encontrar su fuente en el acuerdo de las partes, puede aparecer como un procedimiento de tipo contractual, a lo cual la jurisprudencia francesa no deja de atribuir ciertas consecuencias técnicas muy precisas, concretamente en el ámbito de la buena fe y del respeto de la palabra dada⁵¹. Pero esta observación es también válida para el procedimiento ante los órganos jurisdiccionales del Estado. En este caso, el contrato se difumina sensiblemente en el seno del proceso ; por medio de acuerdos procesales, se convierte en una técnica complementaria de

⁴⁴ Artículos 2059-2060 C. civ. ; artículos 1457-1450 CPC : ver L. Cadiet y E. Jeuland, *op. cit.*, n° 1013-1017.

⁴⁵ Artículos 2044-2058 C. civ. : ver L. Cadiet y E. Jeuland, *op. cit.*, n° 431-434.

⁴⁶ Artículos 131-1 a 131-15 CPC

⁴⁷ Artículos 255 y 373-2-10 C. civ.

⁴⁸ Inicialmente limitada al Tribunal de Instancia y recientemente ampliada a todas las jurisdicciones : artículos 127 a 131 C. civ. (modificadas por el Decreto n° 2010-1165 del 1 de octubre de 2010), a contar desde el 1 de diciembre de 2010.

⁴⁹ Definida como la convención por la cual las partes de un litigio para cuyo proceso aún no ha sido designado un juez ni un árbitro , se comprometen a obrar de forma conjunta y de buena fe para resolver amistosamente la discrepancia. Esta convención se encuentra en trámites de negociación parlamentaria : <http://www.senat.fr/leg/pp10-130.html>. Ver F. G'Sell, « Vers la justice participative ? Pour une négociation 'à l'ombre du droit' », *Dalloz* 2010, pp. 2450 sq.

⁵⁰ Ver *supra* n° 16-17.

⁵¹ Ver L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Revue de l'arbitrage* 1997, pp. 1 sq. Se puede unir a esta tendencia la consagración por el Tribunal francés de Casación de la regla del estoppel en el tema del arbitraje internacional: ver concretamente Cour de cassation, 1ère chambre civile 6 de julio de 2005, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, I, n° 302 y Cour de cassation, 1ère chambre civile, 3 de febrero de 2010, recurso n° 08-21.288, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, I, n° 25 : es necesario que el comportamiento procesal de una parte tenga como intención la inducción al error en la otra parte. Ver S. Adeline, « L'édification de la notion d'estoppel par la Cour de cassation (France) », *ASA Bulletin* 2/2010, pp. 406-412. Comp. N. Dupont, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *Revue trimestrielle de droit civil* (RTD civ.) 2010, pp. 459 sq.



gestión del proceso civil⁵², a semejanza de la ley y de la decisión unilateral del juez. Estos acuerdos procesales están en armonía con el principio de cooperación entre el juez y las partes que es, junto al principio de contradicción, uno de los principios directores del procedimiento civil francés⁵³. Son la expresión más perfecta del modelo de proceso cooperativo que trasciende las concepciones acusatoria e inquisitoria del procedimiento, tanto en *common law* como en *derecho romano germánico*⁵⁴. Pueden distinguirse dos series de acuerdos: por un lado, los acuerdos relativos al juez (§ 1), y por otro lado, los acuerdos relativos a la instancia (§ 2). Podría hacerse ley el hecho de que el acuerdo entre las partes se imponga al juez, teniendo en cuenta que dicho acuerdo tiene como objetivo el control del litigio por las partes y que el juez mantiene la dirección del procedimiento.

§ 1. – Los acuerdos relativos al juez

13. En relación a la función jurisdiccional, el acuerdo entre las partes se atribuye las competencias y el poder del juez para dictar la sentencia, para designar el magistrado y la potestad que le asigna la ley para dictar sentencia conforme a las reglas. El acuerdo entre las partes puede así referirse a la competencia del juez (A) y a las competencias del juez (B).

A. – Los acuerdos relativos a la competencia del juez

14. Por una parte, las partes pueden ponerse de acuerdo en presentar su litigio ante un juez que no sea el competente en virtud de la ley. Esta posibilidad no aparece expresamente en el Código de procedimiento civil. Sin embargo, se deduce del artículo 48⁵⁵. Este artículo anula

⁵² Ver L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », citado antes, para una visión general, y para un análisis más profundo, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in P. Ancel y M.-C. Rivier (bajo la dirección de), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, citado antes, pp. 34 sq.

⁵³ Ver L. Cadiet y E. Jeuland, *op. cit.*, n° 508-543, especialmente n° 518-545.

⁵⁴ Ver L. Cadiet, “Avenir des catégories, catégories de l’avenir: perspectives”, in *Common Law – Civil Law, The future of categories/Categories of the future, Looking ahead*, Toronto, 4-5 de junio de 2009, *The Supreme Court Review – Second series*, volumen 49, 2010, pp. 635-655, así como in J. Walker & O. G. Chase (eds), *Common Law, Civil Law, the Future of categories*, Toronto, LexisNexis, 2010, pp. 635-655.

⁵⁵ Artículo 48 : « Toda cláusula que, directa o indirectamente, contravenga las normas de competencia territorial se



las "cláusulas" referidas a la *competencia territorial*, excepto las concertadas entre comerciantes en razón de su actividad. Por el contrario, una vez incoado el proceso, la proscripción deja de existir y la convención de las partes sobre el juez competente recupera su valor pleno dentro de los límites procesales que posee el juez designado para declararse incompetente en ciertos casos⁵⁶.

La libertad de los acuerdos está mucho más limitada cuando se trata de las normas de *competencia material*. En efecto, tradicionalmente se ha admitido que las partes pueden prorrogar la competencia del tribunal de gran instancia puesto que, siendo juez de derecho común, este tribunal posee una aptitud natural para conocer todo litigio que no ha sido atribuido exclusivamente a una jurisdicción de excepción. Sin embargo, la razón de esta resolución marca también los límites. *Excepto si hay una disposición contraria*, la convención de las partes no prorrogaría la competencia de una jurisdicción de excepción en detrimento del Tribunal de gran instancia o de otra jurisdicción de excepción. Entre las disposiciones contrarias, señalamos por ejemplo el artículo 41, párrafo primero del Código de procedimiento civil, según el cual "*surgida una controversia, las partes podrán acordar que el litigio sea resuelto por un órgano jurisdiccional, aunque resulte incompetente por razón de la cuantía*". Esta disposición destina, en el ámbito personal e inmobiliario, la posibilidad de un acuerdo de competencia llamado de *quantitate ad quantitatem* en beneficio del Tribunal de instancia, que permite presentar a este último un proceso que, en razón de su valor superior a 10000 euros, depende normalmente del Tribunal de gran instancia. El acuerdo puede ser expreso o tácito, escrito o verbal ; pero el proceso tiene que haber sido incoado. Esta prorroga de competencia

tendrá por no puesta a menos que haya sido pactada entre personas que hubieran contratado en calidad de comerciantes y haya quedado especificada de forma clara en el ejemplar suscrito por la parte frente a la pretende hacerse valer » (traducido por nosotros, « *Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée.* »)

⁵⁶ Artículo 93 : « *En asuntos de jurisdicción voluntaria, el tribunal podrá apreciar de oficio su falta de competencia territorial. En asuntos de jurisdicción contenciosa, sólo podrá hacerlo en los procesos relativos al estado civil de las personas, en aquellos casos en que por ley esté atribuida la competencia de modo exclusivo a otro tribunal o cuando el demandado no hubiera comparecido* » (traducido por nosotros, « *En matière gracieuse, le juge peut relever d'office son incompétence territoriale. Il ne le peut, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparait pas* »).



de *quantitate ad quantitatem* nos permite observar de nuevo que un acuerdo sobre la jurisdicción puede esconder otro, puesto que elegir el Tribunal de Instancia en lugar del Tribunal de gran Instancia⁵⁷, supone elegir un proceso oral, sin representación obligatoria de un abogado, en lugar de un proceso escrito, con representación obligatoria de un abogado.

15. Por otra parte, las renunciaciones convencionales a recurrir nos proporcionan otra ilustración de estos acuerdos-muñecas rusas. Según el artículo 41, párrafo 2 del Código de Procedimiento Civil, "*surgida la controversia*" y "*siempre que se trate de derechos de su libre disposición*" las partes pueden "*acordar de manera expresa, que el litigio sea resuelto sin posibilidad de recurso, aunque la cuantía de la demanda supere el importe mínimo para recurrir*". Entonces, este acuerdo tiene como objetivo la renuncia conjunta de las partes a recurrir. Con respecto a la hipótesis precedente, el refuerzo de las condiciones impuestas al acuerdo de las partes destaca de forma particular : el acuerdo debe ser expreso y, sobre todo, las partes deben poder disponer libremente de los derechos litigiosos. Esta exigencia adicional es totalmente lógica, ya que se trata entonces, para las partes, de renunciar al derecho a que su litigio sea de nuevo examinado. Ahora bien, la renuncia es un acto de disposición⁵⁸. Desde el punto de vista de las condiciones, esta renuncia convencional al recurso, variante de la convención abdicativa, ya anuncia los acuerdos relativos a la función del juez.

⁵⁷ También podría referirse a la articulación de las competencias entre el tribunal de instancia y la jurisdicción de proximidad, con competencia también en el ámbito personal e inmobiliario en los litigios con un valor inferior a 4000 euros : Artículos L. y R. 231-1 *sq* del Code de l'organisation judiciaire (COJ).

⁵⁸ Si se quiere elaborar una teoría de los acuerdos procesales, esta observación conduciría a distinguir dos tipos de convenciones : los acuerdos procesales convencionales de administración, o *convenciones de administración procesal*, que tienen por objeto el acondicionamiento del procedimiento, y los acuerdos procesales convencionales de disposición, o *convenciones de disposición procesal*, relativos a la potestad del juez (el contrato judicial pertenece a esta última categoría). Sobre esta distinción, ver L. Cadet, « Les accords sur la juridiction dans le procès », citado antes, especialmente pp. 50-52 y, para un estudio más general del acto de procedimiento bajo el ángulo de la teoría del acto jurídico, ver L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, thèse Paris I, 2007, publicada en Paris por IRJS Editions, 2009.



B. – Los acuerdos relativos a la función del juez.

16. El artículo 12, párrafo 1 del Código procesal civil es claro : «*La sentencia del juez en el proceso sigue las reglas del derecho que se aplican en cada caso*»⁵⁹. El juez debe dictar sentencia, ya que en caso contrario denegará justicia y su sentencia, evidentemente, debe estar de acuerdo con el Derecho, a no ser que quiera exponerla a la censura del Tribunal de casación. Pero la obligación no es absoluta. El oficio del juez puede ser acondicionado por la convención de las partes. El acuerdo convencional está previsto por los párrafos 3 y 4 del artículo 12 del Código procesal civil. El acuerdo entre las partes puede tener dos objetivos diferentes, que, sin embargo, están esencialmente sometidos a condiciones comunes.

El acuerdo entre las partes puede tener por objeto restringir, o, al contrario, extender la potestad del juez. Restrictivamente, en primer lugar, las partes pueden dirigir al juez « *hacia el ámbito del derecho al que quieren limitar el debate* »⁶⁰ (artículo 12, párrafo 3): por ejemplo, pronunciarse sobre la resolución acerca de las indemnizaciones en caso de no ejecución de un contrato, y no, sobre la validez de ese contrato ; pronunciarse en el ámbito de las reglas de la venta, y no sobre los contratos de empresa ; pronunciarse sobre la aplicación de la ley argentina y no la francesa. En todos los casos, el juez pierde el poder, que le reconoce el párrafo 2 del artículo 12, “*dar o restituir la calificación exacta a los hechos y actos litigiosos*”⁶¹, es decir, concretamente, su poder de recalificación, así como su potestad para señalar de oficio los medios jurídicos.

Por el contrario, el acuerdo entre las partes puede igualmente, tener por objeto extender la función del juez, otorgándole “*la misión de decidir como amigable componedor*”⁶² (artículo 12, párrafo 4). Al transformarse en amigable componedor, el juez no está obligado a aplicar las reglas del derecho; el juez se sitúa en un cómodo vacío legal. Evidentemente, puede aplicar las leyes y normas normalmente aplicables, si con ello consigue una resolución equitativa

⁵⁹ Traducido por nosotros (« *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »).

⁶⁰ Traducido por nosotros (« *par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* »).

⁶¹ Traducido por nosotros (« *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux* »).

⁶² Traducido por nosotros (« *mission de statuer en amiable compositeur* »).



del litigio, pero no está obligado⁶³. De todas formas, ni el acuerdo de Derecho aplicable, ni el acuerdo de amigable composición se utilizan habitualmente⁶⁴. Esta orientación que valora la voluntad de las partes en la definición de la potestad del juez es, por el momento, teórica. Ello es debido a la rigidez de las condiciones legales para que tales acuerdos tengan lugar.

17. Fundamentalmente, el acuerdo sobre el Derecho aplicable y el acuerdo de amigable composición están sometidos a idénticas *condiciones* de validez, tanto en la forma como en el fondo. *En la forma*, en primer lugar, el código requiere de las partes “*un acuerdo expreso*”⁶⁵, sin importar si el acuerdo es escrito o verbal, siempre y cuando este confirmado. Una simple mención escrita en la solicitud conjunta sería suficiente. En cambio, el simple acuerdo entre las partes no es suficiente para constituir un acuerdo expreso, según el artículo 12. *Con respecto al fondo*, estos acuerdos no son posibles en lo que concierne “*al derecho sobre el cual tiene libre disposición*”⁶⁶. La condición no es desconocida. Se trata de una condición que es requerida para renunciar a la apelación, para consentir a la transacción o al arbitraje, casos todos, donde las partes, unilateralmente o convencionalmente, disponen de capacidad de acción, renunciando o no al examen de sus pretensiones por un juez estatal de acuerdo a las normas aplicables del derecho. A estas condiciones comunes se le añade para el acuerdo de amigable composición, la *exigencia suplementaria* de que el litigio haya sido nacido. Esta condición no supone que el juez haya sido designado, pero prohíbe, en cambio, que se estipulen anticipadamente las cláusulas del acuerdo de amigable composición. Lo que hace es desmarcar al acuerdo de amigable composición, no solo del acuerdo de Derecho aplicable, sino también de la amigable composición arbitral dónde si se pueden estipular las cláusulas compromisorias⁶⁷. La discriminación no está justificada: la amigable composición judicial no permite que el litigio se aleje de su juez natural; tampoco priva a las partes de la posibilidad de

⁶³ Excepto en caso de explicarse claramente sobre la conformidad a la equidad de las reglas de Derecho aplicadas Cour de cassation, (2ème chambre civile), 15 février 2001, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, II, n° 26 ; *Revue de l'arbitrage*. 2001, pp. 135 sq, note Loquin. Ver también, Cour de cassation, 2e chambre civile, 26 juin 2003, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, II, n° 208.

⁶⁴ Tampoco es utilizada la solicitud conjunta, de la que se habla más abajo, que forma parte de la misma línea aperturista: Ver *infra* n° 20.

⁶⁵ Traducido por nosotros (« *accord exprès* »).

⁶⁶ Traducido por nosotros (« *les droits dont les parties ont la libre disposition* »).

⁶⁷ Ver *supra* n°5 y 11.



apelar la sentencia dictada en equidad⁶⁸. Tiende a extenderse, justificadamente, la opinión de que la obligación de haber incoado el proceso litigioso hipoteca inoportunamente el desarrollo de un proceso de la amigable composición judicial. Abandonar esta condición favorecería es establecimiento de cláusulas de amigable composición judicial entre las partes, ya que éstas son más propicias a un acuerdo sobre la forma de solucionar los conflictos en el momento de la firma del contrato que cuando el litigio aparece realmente⁶⁹. Este cambio relacionaría más íntimamente el componente contractual y procesal en los acuerdos procesales.

Los diferentes acuerdos sobre la función del juez, en principio, son impuestos a este último a partir del momento en que las condiciones se cumplen. Podríamos ver convenciones procesales, -una variedad de actos de disposición de tipo convencional-, donde se muestra la preponderancia de las partes en el control del proceso. La eficacia de los acuerdos procesales no es tan grande cuando los acuerdos se refieren a la instancia, ya que ahí se cuestiona el funcionamiento de la justicia y del Estado.

§ 2. – Los acuerdos relativos a la instancia

18. Sobre el proceso, la primera serie de acuerdos sólo regula la forma, es decir la instancia. Estos acuerdos no son únicamente aplicables a litigios *individuales*, donde el juez ha sido designado (A). También afectan a los acuerdos colectivos concluidos entre la jurisdicción y sus colaboradores, principalmente las órdenes de abogados (B).

A. – Los acuerdos individuales

19. Concluidos caso por caso, antes o después de la designación del juez, pero que una vez incoado el proceso, estos acuerdos tienen como finalidad, tanto la introducción de la instancia (1°), como su desarrollo (2°).

⁶⁸ En cambio, ver en materia de arbitraje, el artículo 1482 CPC.

⁶⁹ Ver en el mismo sentido, la propuesta del Tribunal de gran instancia de Paris, J.-C. Magendie (bajo la dirección de), *Célérité et qualité de la justice* – Informe del Ministro de Justicia - 15 junio 2004, La documentation française, 2005.



1º) Los acuerdos relativos a la introducción de la instancia.

20. A primera vista, el Código sólo ofrece a las partes una posibilidad de iniciar el procedimiento. Se trata de la *solicitud conjunta* definida en el artículo 57 del Código como “*el acto común en virtud del cual las partes someten al tribunal sus respectivas pretensiones, los puntos en los hay desacuerdos, así como sus respectivos medios*”⁷⁰. La confirmación de la petición debe vincularse a la promoción de la conciliación judicial y de la amigable composición con la reforma del procedimiento civil en los años 70. El *ratio legis* de la solicitud conjunta nunca ha sido disimulado. “*Con el fin de humanizar y simplificar la justicia*”⁷¹, la intención del legislador era ofrecer a las partes una formula equivalente al compromiso de arbitraje⁷², incluso dotándola de un ámbito de aplicación mayor en la medida en que dicha formula puede ser utilizada en otro tipo de materias, y no solamente en caso de derechos de libre disposición de las partes⁷³. Ciertamente, las partes no tienen la libertad de escoger al juez como sería el caso de un arbitro, aunque, en la práctica, esta distinción debe ser matizada⁷⁴. Sin embargo, la solicitud conjunta es una verdadera convención, a pesar de que el código la presente, modestamente, como un “acto común” entre las partes. Este acto común de solicitar la intervención del juez puede ser la ocasión de delimitar convencionalmente los motivos del litigio, es decir la potestad el juez al que las partes, como hemos visto, pueden otorgar la misión

⁷⁰ Traducido por nosotros (« *l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs* »). Existe la posibilidad, para las partes, de presentar un “*petición común*” para demandar al juez una rectificación de errores u omisiones materiales que afecten a la sentencia (artículo 462, párrafo 2 CPC). Se podría pensar también en la “*petición única*” de un matrimonio que realiza una demanda de divorcio de mutuo acuerdo (artículo 1088-1089 CPC), no obstante, aquí se hablaría de materia graciosa y no contenciosa; por lo que no se trata, estrictamente, de resolver un litigio.

⁷¹ Traducido por nosotros (« *Afin d'humaniser et de simplifier la justice* »). G. Cornu, « L'élaboration du code de procédure civile », in B. Beignier (bajo la dirección de), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 71 *sq*, especialmente pp. 79-80.

⁷² Ver G. Cornu, « La codification de la procédure civile en France », in *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 385 *sq*, especialmente p. 392.

⁷³ Ver por ejemplo, Tribunal de grande instance de Fontainebleau 21 diciembre 1977, *Dalloz* 1978, pp. 239 *sq*, en relación a un conflicto de paternidad en el que hizo una solicitud conjunta, formada por la madre del niño y sus dos sucesivos maridos.

⁷⁴ Por ejemplo, tratándose de la jurisdicción del tribunal de comercio, donde las partes, al poder escoger la fecha de la audiencia, de hecho, tuvieron la posibilidad de elegir más o menos su formación de juicio. Por el contrario, si las partes recurren a un arbitraje institucional, no tienen la capacidad de escoger a los árbitros.



de ejercer como amigable componedor bajo ciertas condiciones⁷⁵. Por otra parte, la solicitud conjunta puede contener otros acuerdos relativos al desarrollo del proceso.

2º) Los acuerdos relativos al desarrollo de la instancia.

21. El Código de procedimiento civil no contempla entre los principios directores del proceso, ninguna disposición organizando el acuerdo entre las partes en cuanto al desarrollo de la instancia. Dichos principios se preocupan, sobretodo, de definir aquello que incumbe o depende de las partes y, aquello que incumbe o se refiere al juez. A las partes, presentar la instancia cumpliendo las normas del procedimiento de la manera y en los plazos requeridos (artículo 2 CPC). Al juez, supervisar el buen desarrollo de la instancia con la potestad para designar los plazos y ordenar las medidas que considere necesarias (artículo 3 CPC). En ausencia de una disposición contraria, nada impide un acuerdo entre las partes para decidir las reglas del procedimiento en todo aquello autorizado por el orden público procesal, el cual, siempre debe ser aplicado caso por caso, regla por regla. De todas formas, la práctica muestra que a falta de una disposición legal, la jurisprudencia determina los acuerdos. Los acuerdos presentan formas variadas, dependiendo de quién tome la iniciativa: cuando es el juez, el acuerdo entre las partes queda subordinado a sus decisiones (a); cuando son las partes, la decisión del juez está subordinada a su acuerdo (b).

a) El acuerdo entre las partes subordinado a la decisión del juez

22. El resultado de estos acuerdos varía dependiendo si dicho acuerdo atenta, o no, a las prerrogativas del juez.

23. Cuando el acuerdo entre las partes es susceptible de atentar contra las prerrogativas del juez, su eficacia depende del acuerdo suplementario del juez.

⁷⁵ Ver *supra* n° 16-17.



En cierto caso esta validación del juez es impuesta por la ley. Tal es el caso, por ejemplo, en la jurisdicción civil, donde las partes tienen la posibilidad de demandar que los debates tengan lugar a puerta cerrada y no en público. Según el artículo 435 CPC, “*El tribunal podrá acordar que el juicio se celebre o prosiga a puerta cerrada en caso de que su publicidad pueda atentar contra el derecho a la intimidad, cuando lo soliciten todas las partes o si se producen alteraciones del orden que pudieran perturbar la serenidad necesaria para una recta administración de justicia*”⁷⁶. Este acuerdo entre las partes no es impuesto al juez ya que es precisamente él quien “*podrá acordarlo*” o no.

En caso de *silencio de la ley*, la jurisprudencia presenta otros casos en los que el acuerdo entre las partes está supeditado a una decisión del juez.

El *primer* caso se refiere al fin de la instrucción en el Tribunal de gran instancia. La finalización se decretará, en principio, por una resolución que no habrá de estar motivada y frente a la que no cabrá recurso alguno (Artículo 782 CPC). Esta resolución tiene como función remitir el asunto al tribunal para que se celebre el juicio (Artículo 779 CPC), de forma que una vez decretada la conclusión de la instrucción, no podrá formularse ninguna conclusión ni podrá tampoco aportarse ningún documento al juicio (Artículo 783 CPC). Sólo una causa grave puede revocar la conclusión de la instrucción, y esta revocación debe ser decretada por él, ya sea de oficio o por demanda de las partes. La demanda puede provenir de una sola parte, pero no existe ningún impedimento a que sea formulada por ambas. El juez puede aceptar la demanda, unilateral o común, pero el hecho de que sea conjunta no priva al juez de la posibilidad de rechazarla⁷⁷.

El resultado de la *solicitud conjunta de aplazamiento a una audiencia posterior*, es otro caso similar. Esta posibilidad ha dado lugar a una interesante sentencia, pronunciada el 24 de

⁷⁶ Traducido por nosotros (« *le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice* »).

⁷⁷ Cour de cassation, 3ème chambre civile, 28 octobre 1985, JCP (Semaine juridique) 1986, IV, 21 ; *Revue trimestrielle de droit civile* (RTD civ.) 1986, pp. 417 sq, observations Perrot.



noviembre de 1989 por la Asamblea plenaria del Tribunal de casación⁷⁸. En este veredicto, el Tribunal de casación, después de señalar que *“si bien las partes poseen la libre disposición de la instancia, el juez debe conseguir que el juicio tenga lugar en un plazo razonable”* sentenció que, *“depende de la facultad discrecional del juez la posibilidad de aceptar o rechazar el aplazamiento a una audiencia posterior, de un asunto ya fijado para la audiencia, desde el momento en que las partes han tenido la posibilidad de ejercer su derecho a un debate oral. Si las partes están de acuerdo en no continuar el procedimiento, el juez puede proceder a la anulación del proceso”*⁷⁹.

24. Existe, por tanto, el lugar para *los acuerdos de procedimiento entre las partes que producen efecto con respecto al juez independientemente de su propio acuerdo*. Las partes pueden libremente acordar la suspensión del procedimiento, el tiempo necesario para buscar una solución amistosa del litigio que les opone. Para ello está concebida la solicitud de radiación del proceso que puede solicitarse conjuntamente, ya que esa solicitud obliga al juez. Las partes reciben así por parte de la *suspensión convencional de la instancia* lo que les ha sido rechazado de la solicitud conjunta de reenvío a una audiencia posterior. Justamente es la misma decisión del 24 de noviembre de 1989 la que permite lo uno e impide lo otro: *“En el caso en que las partes consideren que es su interés el evitar o diferir una solución judicial, tienen la posibilidad de suspender el proceso formulando una solicitud conjunta de radiación, que el juez deberá aceptar”*⁸⁰. La solución parece lógica. Quién más puede, es decir la solución convencional del litigio, motivo de *extinción* del proceso, contemplado por el artículo 384 del Código por medio de la transacción, debe poder menos, es decir la radiación del asunto. Se trata solamente de una causa de suspensión de la instancia, sobre todo cuando esta *suspensión*

⁷⁸ Cour de cassation, assemblée plénière, 24 novembre 1989, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, assemblée plénière, n° 3; *JCP* (Semaine juridique) 1990, II, 21407, note Cadiet ; *Revue trimestrielle de droit civile* (RTD civ.) 1990, pp. 145 sq, observations Perrot.

⁷⁹ Traducido por nosotros (« *si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable* », la Cour de cassation ha juzgado que « *la faculté d'accepter ou de refuser le renvoi, à une audience ultérieure, d'une affaire fixée pour être plaidée, relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dès lors que les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral et que, si les parties conviennent de ne pas déposer leur dossier, le juge peut procéder à la radiation de l'affaire* »).

⁸⁰ Traducido por nosotros (« *Au cas où les parties considèrent de leur intérêt d'éviter ou de différer une solution judiciaire, elles ont la possibilité de suspendre le cours de l'instance en formant une demande conjointe de radiation, laquelle s'impose au juge* »).



está motivada por la búsqueda de una resolución amistosa del litigio. De hecho esta solución fue aprobada por la ley, en 1998, mediante lo que se denomina “*retrait du rôle*”⁸¹.

Al contrario, en esta dialéctica entre juez y partes, a veces es la decisión del juez la que esta subordinada al acuerdo entre las partes.

b) La decisión del juez subordinada al acuerdo entre las partes

25. En materia de acuerdos procesales, puede ocurrir que la decisión del juez esté subordinada al acuerdo entre las partes. Este caso aparece cuando el juez es el iniciador del acuerdo, lo que ocurre en el momento en que ejerce alguna de sus atribuciones, por ejemplo al fijar los plazos del procedimiento⁸². Las partes pueden ponerse de acuerdo en lo relativo a la inscripción de los asuntos para las audiencias, aunque, en ese caso, el juez es parte ya de la convención, porque la fijación de los plazos del procedimiento le compete en virtud de la ley. El mismo acuerdo entre el juez y las partes debe aparecer en todo lo que afecta a los *contratos de procedimiento*, que se ocupan de la determinación del calendario procedimental del asunto por común acuerdo entre el juez y las partes.

Esta convención se origina en la práctica judicial⁸³, pero el Tribunal de gran instancia la consagra por decreto el 28 de diciembre de 2005⁸⁴. Según el artículo 764 párrafo 3 del CPC, el juez encargado del proceso/de instrucción “*puede dictaminar los plazos necesarios para la instrucción del asunto (párrafo 1), en función de su naturaleza, su urgencia y su complejidad,*

⁸¹ Artículos 381 al 383 del CPC, especialmente el artículo 382: “*Se acordará la retirada del asunto del registro de causas cuando lo soliciten todas las partes mediante escrito motivado.*” (traducido por nosotros, « *Le retrait du rôle est ordonné lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée* »).

⁸² Artículo 3 del CPC: “*El tribunal velará por el buen desarrollo del proceso; tendrá la potestad de otorgar los plazos y de ordenar aquellas medidas que considere necesarias.*” (traducido por nosotros, « *Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires* »).

⁸³ Ver M. Foulon, « *La mise en état* », in Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile ; vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, pp. 161 sq.

⁸⁴ Hasta el decreto n° 2009-1524 de 9 de diciembre de 2009, esta disposición podía ser considerada como aplicable por medio del artículo 910 del CPC, en el que se remitía a título de principio a las reglas aplicables en el tribunal de gran instancia. El nuevo artículo 907, resultado del decreto del 9 de diciembre de 2009, parece más restrictivo. Desde ese momento, los plazos de la apelación son fijados rigurosamente por la misma ley, y aunque un cierto margen de maniobra subsiste, esto se contempla de manera excepcional y tras haber simplemente solicitado la opinión de los procuradores - con o sin su acuerdo-. En nuestra opinión hay que lamentar esta regresión.



*tras haber recabado la opinión de los abogados. Dicho calendario contendrá el número de sesiones y las fechas previstas, la fecha de finalización, las de las sesiones y, derogando el primer y segundo párrafo del artículo 450, la del veredicto (párrafo 2). Los plazos fijados podrán ser prorrogados pero solo por causa grave debidamente justificada (párrafo 3)*⁸⁵. La decisión del juez está subordinada al acuerdo entre las partes y ambos se someten al acuerdo firmado. Por ello, si el calendario de sesiones debe modificarse, tanto el juez como las partes deberán justificar la causa grave de la prórroga. Si las partes no respetasen el calendario, este se hace caduco y el juez recupera la potestad para fijar unilateralmente los plazos: la sanción es procedimental. Esta sanción no tiene mucho sentido cuando es el juez quién no respeta el calendario, pero sería muy raro que un juez de instrucción faltase impunemente a sus funciones, ya que en tal caso se expondría a una reclamación de las partes, lo que podría ser tratado en el ámbito de la evaluación de su actividad, o en el terreno disciplinario. En el *Recueil des obligations déontologiques des magistrats (Manual deontológico de los magistrados)* se dice que *“el magistrado, conformemente a su juramento, ejerce sus fundicones con lealtad”*⁸⁶ (C.26) y que, en el plano procesal, esta obligación de lealtad *“exige del magistrado que ejerza los poderes que la ley le confiere sin sobrepasarlos”*⁸⁷ (C.28), precisándose que *“el magistrado debe ejercer sus competencias con eficacia, limitándose lealmente, según las funciones ejercidas, a sus obligaciones en la dirección de los procedimientos (...)”* y que *“no utilice procedimiento abusivo alargando o difiriendo las decisiones”*⁸⁸ (C.37)

Añadamos que la progresión de la técnica contractual en el seno del proceso no se limita únicamente al tratamiento procedimental de casos particulares. La contractualización de

⁸⁵ Traducido por nosotros (« *peut, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état (alinéa 1). Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision (alinéa 2). Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée (3^{ème} alinéa)* »).

⁸⁶ Traducido por nosotros (« *le magistrat, conformément à son serment, exerce ses fonctions avec loyauté* »).

⁸⁷ Traducido por nosotros (« *exige du magistrat qu'il exerce les pouvoirs que les textes lui confient et ne les outre passe pas* »).

⁸⁸ Traducido por nosotros (« *le magistrat exerce ses compétences avec efficacité, tout en se conformant loyalement, selon les fonctions exercées, à ses obligations dans la conduite des procédures (...)* » et qu' « *il n'utilise pas de procédé abusif qui allonge les procédures ou diffère les décisions* »).



la gestión de litigios individuales puede ser una aplicación de una contractualización más amplia de la jurisdicción gracias a los acuerdos colectivos.

B. – Los acuerdos colectivos

26. El contrato se ha convertido, igualmente, a la vez en un instrumento de la gestión colectiva de los procesos, con los acuerdos colectivos de procedimiento civil (1°) y, en un instrumento de política pública de la justicia, gracias a los acuerdos colectivos de la administración judicial (2°).

1°) Los acuerdos colectivos de procedimiento civil

27. El análisis de los últimos años permite observar la aparición y el desarrollo de protocolos de procedimiento concluidos entre las jurisdicciones y las profesiones judiciales que son muestras atípicas de convenciones colectivas de procedimiento civil⁸⁹.

Estos protocolos de procedimiento se encuentran en todos los niveles de la jerarquía judicial, del Tribunal de casación hasta los juzgados de primera instancia, pasando por los Tribunales de apelación⁹⁰. Los acuerdos se realizan entre la judicatura y los abogados o los procuradores o los peritos⁹¹. Limitados a ciertas categorías de contenciosos, por ejemplo

⁸⁹ Ver L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », citado antes, n° 18 ; « Les accords sur la juridiction dans le procès », citado antes, p. 41. Pour une nouvelle illustration, *adde* E. Binoche, « Expertise et contractualisation : de nouvelles avancées », *Dalloz* 2007, pp. 2380 *sq.*, con respecto a la convención de 4 mayo 2006 realizada entre el tribunal de gran instancia de Paris, el sindicato de compañías de peritos del tribunal de apelación de Paris y el Colegio de abogados de Paris.

⁹⁰ El tribunal de apelación de Paris fue quien comenzó esta práctica, validando varios acuerdos, uno de ellos concluido en la primavera de 1997, entre el tribunal, el secretario del juzgado y los decanos (Bâtonniers du ressort), con vistas a mejorar el tratamiento de los asuntos de magistratura de trabajo (*prud'homales*) (*JCP* 1997, actualités n° 22, *V° Echos et opinions*). Otro, firmado el 15 de noviembre de 2002, entre el Tribunal y la Chambre des avoués près la Cour, para la instrucción en la sala tercera de los asuntos civiles (Comunicado del 31 oct. 2000, *JCP* 2001, I, 311, n° 15, observaciones de Cadiet. – *Adde Rép. min. n° 46395*, Journal Officiel, Assemblée nationale, Questions 10 febrero 1997, p. 708).

⁹¹ Ver por ejemplo E. Binoche, « Expertise et contractualisation : de nouvelles avancées », *Dalloz* 2007, p. 2380, con respecto a una convención acordada el 4 de mayo de 2006 entre el tribunal de gran instancia de Paris, el sindicato de compañías de peritos del tribunal de apelación y el colegio de abogados de la audiencia de Paris. – Ver también



contenciosos laborales o contenciosos inmobiliarios, pueden, sin embargo, aplicarse a la totalidad de contenciosos judiciales. Su objetivo es precisar como se aplican las reglas locales del procedimiento allí donde la ley, necesariamente abstracta y general, puede contener lagunas o plantear dificultades de interpretación. Es una manera realista de acercar la ley a la realidad del terreno. También, es una forma de implicar al conjunto de los actores de la justicia al mismo tiempo que se legitima más la acción de la autoridad judicial⁹².

De una cierta manera, los acuerdos colectivos de procedimiento retoman, dándoles una dimensión contractual, lo que antiguamente se denominaba los “estilos” de palacio, hábitos judiciales⁹³, y que se parecen a ciertos reglamentos procesales utilizados en numerosas jurisprudencias internacionales. Este carácter reglamentario de los acuerdos procesales está aún más presente cuando el acuerdo tiene que ver con la propia administración judicial.

2°) Los acuerdos colectivos de administración judicial.

28. La filosofía contractual supera el mero ámbito de los *procedimientos jurisdiccionales* para afectar progresivamente a *la propia administración de la justicia*, como muestra la creación de las *Maisons de justice et du droit*, destinadas a garantizar una justicia de proximidad⁹⁴; de los *Consejos departamentales de acceso al derecho (Conseils départementaux d'accès au droit)*, en materia de asesoramiento jurídico⁹⁵; ou, los *contratos de objetivos*, firmados entre los tribunales y la administración central del Ministerio de Justicia con vistas a

la carta común de buenos usos en materia de peritaje, para abogados y peritos, <http://www.cnb.avocat.fr/PDF/Textes/charte-experts.pdf>.

⁹² Para un estudio de conjunto, ver M. G. Canella, « Gli accordi processuali francesi volti alla ‘Regolamentazione collettiva’ del processo civile », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2010, pp. 549-580.

⁹³ Ver H. Solus y R. Perrot, *Traité de droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, tomo 1, 1961, n° 86.

⁹⁴ Artículo R. 131-1 *sq* COJ : si las “*Maisons de justice et du droit*” son creadas por orden del ministerio de justicia (article R. 131-2), su creación de facto depende de una “*convención constitutiva*” firmada por múltiples autoridades locales, públicas y privadas (ver artículo R. 131-3).

⁹⁵ Se trata de una asociación de interés público, creada a partir de una “*convención constitutiva*”, que tiene la autonomía para “*firmar convenciones*” que tengan por objeto facilitar el asesoramiento y acceso a la justicia: Ley n° 91-647 del 10 julio de 1991, artículos 54 a 60 (redacción de la ley n° 98-1163 de 18 de diciembre de 1998), completada por el Decreto n° 91-1266 de 19 de diciembre de 1991, artículos 141 al 151.



garantizar un mayor control del gasto y de los plazos judiciales⁹⁶. El contrato se ha convertido en un *instrumento de política pública*, ampliamente utilizado, ya sea para organizar la comunicación electrónica de las actas del proceso⁹⁷ o, en materia penal, para organizar localmente la prevención y la lucha contra la delincuencia⁹⁸.

29. Por lo tanto, las *formas* de la contractualización son múltiples y variadas, lo que puede confundir al civilista clásico. Ciertas de las formas se pueden perfectamente asimilar a categorías tradicionales del derecho civil de los contratos, se trate de cláusulas de diferencias, transacción o de los compromisos de arbitraje⁹⁹. Dicha asimilación es menos evidente para otras figuras, en particular todas las formas de actas de procedimiento que presenten un carácter convencional como la solicitud conjunta, el contrato judicial y otras convenciones de administración procesal. La distancia máxima del vínculo entre el contrato y la contractualización se encuentra en las formas convencionales que presenta la acción

⁹⁶ La aparición de estos contratos es la consecuencia de las nuevas orientaciones presupuestarias que el Estado ha impuesto desde 2006. Por ejemplo, la definición de las asignaciones de créditos ministeriales a las *misiones y programas*, lo que ha conducido a una mayor precisión de los objetivos y evaluación de los resultados: artículos 7 y 66, II, Ley orgánica n° 2001-692, 1 de agosto de 2001, relativa a las leyes de finanzas, llamada LOLF (*Journal officiel de la République française* 2 août, p. 12480). Ver también, para el ámbito administrativo, J.-B. Prouvez, « Efficacité, rapidité : un nouveau discours de la méthode pour le juge administratif d'appel », *Procédures* 2003, chronique 9.

⁹⁷ Ver los artículos 748-1 al 748-6, decreto n° 2005-1678 de 28 de diciembre de 2005, cuya puesta en práctica está asegurada localmente por convenciones firmadas entre el presidente de la audiencia y el colegio de abogados, que organizan las modalidades prácticas de la comunicación informática. Ver: *Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies*, *Procédures* avril 2010, Dossier spécial, especialmente S. Grayot, « Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies », artículo 2. Estas convenciones son la aplicación local de una convención marco nacional firmada entre el el Ministerio de Justicia y la abogacía (4 de mayo de 2005). Para ejemplos de convenciones, ver la orden del 17 de junio de 2008 sobre la aplicación del procedimiento en el Tribunal de casación con respecto a las disposiciones relativas a la comunicación por vía informática (*Journal officiel de la République française* 26 juin, p. 10259), que conduce a la desmaterialización total del procedimiento en materia civil (Cour de cassation, Conferencia de prensa del 11 de diciembre de 2009, *JCP* 2010, n° 1, p. 4). – Orden del 25 de septiembre de 2008 para la aplicación en 68 tribunales de gran instancia de las disposiciones relativas a la comunicación informática (*Journal officiel de la République française* 9 octobre 2008, p. 15506. – Ver P. Granet : *JCP* 2008, actualités 599), hecho oficial por la orden del 7 de abril de 2009 con relación a la comunicación por vía informática en los tribunales de gran instancia (*Journal officiel de la République française* 11 avril de 2009, p. 6365. Para un ejemplo de convención local, ver *Gazette du Palais* 21-22 myo 2008, 28, para el Tribunal de gran instancia de Niza).

⁹⁸ Ver Circular de 28 de octubre de 1997 relativa a la puesta en práctica de los contratos locales de seguridad. – Decreto n° 2002-999 de 17 de julio de 2002 con relación a los dispositivos territoriales de seguridad y de cooperación para la prevención y la lucha contra la delincuencia, que se completa con la Circular de 17 de julio de 2002.

⁹⁹ Ver P. Ancel, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in S. Chassagnard-Pinet y D. Hiez (bajo la dirección de), *Approche renouvelée de la contractualisation*, citado antes, especialmente n° 2-3, 7, 8-11 y 13-15.



administrativa en materia de acceso al derecho, de gestión de procedimientos y de *management* de las jurisdicciones¹⁰⁰. La contractualización, a veces, reposa sobre usos forzados o metafóricos de la noción de contrato¹⁰¹ ya que, realmente, la contractualización consiste en el empleo de un cierto procedimiento de elaboración de las normas, reglas y decisiones, de tipo contractual que apelan a modalidades de participación de las partes afectadas y que van desde la simple adhesión hasta una verdadera negociación, *contrahere* más bien que *contractus*¹⁰².

30. Nos queda interrogarnos sobre la realidad y el valor de la contractualización presentada.

La cuestión ofrece una doble respuesta.

Para empezar, la contractualización del proceso no es un mito, forma parte de la realidad del derecho positivo, del derecho existente en las reglas, de las decisiones, de las convenciones. En cambio, el conocimiento de esta realidad en las relaciones jurídicas, dónde en la práctica, actúan por detrás de las reglas, es otra cuestión. Desde ese punto de vista, *el juicio de hecho* que podemos hacernos sobre la contractualización de la justicia es incompleto, pues sería necesario ir más allá del simple enunciado normativo para captar la realidad del fenómeno en la diversidad y la complejidad de sus múltiples usos sociales. Se necesitarían datos más prosaicos. ¿Cuántas conciliaciones? ¿Cuántas transacciones? ¿Cuántas solicitudes conjuntas? ¿Cuántos calendarios de procedimiento? ¿Cuántos “retraits du role”? ¿Cuántos acuerdos de derecho aplicables? ¿Cuántos acuerdos de amigable composición? Etc. Existen algunos elementos para responder como las estadísticas o encuestas empíricas, pero son poco numerosas y, por tanto, están lejos de mostrar un panorama preciso del estado exacto de los acuerdos procesales y, en general, de las convenciones relativas a los litigios, ya se traten de

¹⁰⁰ Ver P. Ancel, *op. cit.*, n° 9, que subraya que, en este caso, la contractualización se aparta del modelo clásico de contrato en razón de la personalidad de los contratantes, que no tienen personalidades jurídicas distintas, figura llamada “*contractualización interna*”.

¹⁰¹ Lo que explica que la cuestión de las sanciones por no cumplimiento de las disposiciones contractuales o contractualizadas, no se plantee, como en derecho contractual: ver por ejemplo lo que se refiere al calendario procesal previsto por el artículo 764 CPC, *supra* n° 25.

¹⁰² Por lo que en lo que se refiere a la producción normativa, contractualización y proceduralización, todas están vinculadas, se compaginan más de lo que se oponen: ver L. Cadet, « Contractualisation des modes de règlement des litiges, propos introductifs : faire lien », in S. Chassagnard-Pinet y D. Hiez (bajo la dirección de), *La contractualisation de la production normative*, citado antes, especialmente I *in fine*.



acuerdos de resolución o de acuerdos de procedimiento que conduzcan a una resolución del litigio. Con todo, el análisis *cuantitativo* de estos acuerdos es una cosa. Otra muy distinta sería un análisis *cualitativo*, es decir, en lo que respecta a la finalización, si el acuerdo tiene éxito o no, información capital de la que nada sabemos.

Pero es necesario ir aún más allá del juicio de hecho ya que la visión que se tenga sobre la introducción de la contractualización de los modos de resolución de los litigios tiene que ver con un *juicio de valor*: ¿es la contractualización del proceso algo positivo o negativo? La cuestión es controvertida. En mi opinión esto depende: no hay que caer ni en la ingenuidad del fraternalismo excesivo¹⁰³, ni en el pesimismo de una deconstrucción de la justicia estatal y de una refeudalización de los lazos sociales, dónde el contrato sería el instrumento que favoreciese los vínculos de dependencia¹⁰⁴. En materia de justicia, ¿la contractualización puede ser positiva si introduce flexibilidad en la administración de la justicia y en el desarrollo de los procesos, al tiempo que sirve a la democratización, evitando la mercantilización de un servicio público y de una función estatal esencial como es la justicia?¹⁰⁵ La cuestión del marco de la contractualización está detrás de esta cuestión, la cual no se reduce al simple marco de la solución contractual¹⁰⁶. El problema me parece límpido en el ámbito de la contractualización de la *solución material de los litigios*. Igualmente está claro en el ámbito de la contractualización de la *gestión de los procedimientos y de los procesos jurisdiccionales*. Favorecer la

¹⁰³ Pues “*evidentemente, es difícil no estar de acuerdo con una doxa que invita a ver únicamente un desarrollo democrático en el estusiamo contractual*” (traducido por nosotros, « *il est en effet difficile de se satisfaire d’une doxa qui invite à ne voir dans l’engouement contractuel que l’expression d’une nouvelle poussée démocratique* », J. Caillousse, « Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l’action publique – Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l’administration », in *Contrats publics – Mélanges Michel Guibal*, Montpellier, Presses de l’Université de Montpellier 1, 2006, pp. 469 sq, especialmente p. 485). Poner en relación con S. Chassagnard-Pinet y D. Hiez, « Conclusion », in *Approche critique de la contractualisation*, citado antes, especialmente p. 202 : “*lo que no quiere decir que entremos en la bendita época de la reconciliación*”.

¹⁰⁴ Ver P. Legendre, « Remarques sur la re-féodalisation de la France », in *Etudes en l’honneur de Georges Dupuis*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997, pp. 201 sq. - A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », in S. Chassagnard-Pinet y D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, citado antes, pp. 19 sq.

¹⁰⁵ Ver L. Cadiet, « Justice démocratique versus démocratie judiciaire ? » epílogo a S. Gaboriau y H. Pauliat (bajo la dirección de), *Justice et démocratie, Limoges*, Presses Universitaires de Limoges, 2003, pp. 507 sq.

¹⁰⁶ Sobre este aspecto, ver L. Cadiet, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt y H. Ruiz-Fabri (bajo la dirección de), *Variations autour d’un droit commun – Premières rencontres de l’UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 89 sq.



contractualización de la justicia con las condiciones que acabo de indicar, contribuiría simplemente a facilitar la aceptación social la actividad jurisdiccional otorgándole mayor legitimidad; sería contribuir a reforzar los vínculos sociales. Y el desarrollo de una contractualización de este tipo en el seno de la institución judicial, promovería una justicia más ciudadana, una justicia más democrática bajo la tutela de un Estado moderador que buscase el equilibrio social, al que podríamos llamar Estado mediador, tras el Estado gendarme del siglo XIX y el Estado providencia del siglo XX¹⁰⁷.

Santa Fe, Argentina, 8 de Junio 2011

¹⁰⁷ Confer « F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge » in P. Bouretz (bajo la dirección de), *La force du droit - Panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, pp. 241 sq, y L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », citado antes, especialmente n° 34.