

La Justicia y la Crisis

Nuno Garoupa

(U. Illinois College of Law & IMDEA Ciencias Sociales)

Fernando Gómez Pomar

(U. Pompeu Fabra)

Maria Isabel Sáez Lacave

(U. Autónoma de Madrid)

La llegada de la crisis encuentra a la justicia española mal preparada para enfrentarse a los nuevos retos económicos y sociales. Durante el largo período anterior de crecimiento económico, la eficiencia y la eficacia de la justicia no han recibido apenas atención. Tanto el programa de simplificación administrativa inspirado por el *Doing Business* del Banco Mundial, como la introducción de la evaluación de impacto normativo en la elaboración de leyes y otras normas (desde el *Regulatory Impact Assessment* al *Standard Cost Model* para calcular los costes administrativos) han permanecido al margen de la discusión pública. Incluso los informes del CEPEJ (*Council of Europe for the Efficiency of Justice*), con todos los defectos técnicos que puedan tener, han merecido muy poca atención, a pesar de que señalan con claridad que la justicia española tiene problemas muy serios de eficiencia y de eficacia.

El desinterés político, social y mediático e, incluso, la falta de atención entre los juristas y los jueces, acerca de la relación entre la economía y las instituciones jurídicas en España, han sido grandes, tanto en el plano nacional como en el de las comunidades autónomas. Esta abulia contrasta con la actividad de nuestros vecinos más próximos. Por ejemplo, en Francia, las fuertes críticas del *Doing Business* al modelo francés llevaron a la creación de grupos de trabajo dentro de la administración pública sobre los fundamentos económicos y empresariales del diseño institucional de la justicia francesa. En Portugal y en Italia, los gobiernos de turno crearon agencias especiales a fin de desarrollar las recomendaciones del Banco Mundial en materia de simplificación administrativa y evaluación legislativa. Estas iniciativas de los gobiernos francés, italiano y portugués han tenido sus detractores, claro es, y no todas han tenido el éxito que los políticos anhelaban. Pero es indudable que en los últimos años la inoperancia de la justicia ha generado atención y preocupaciones de índole económica en Francia, Italia o

Portugal, mas no en España. Posiblemente la explicación es sencilla: mientras una economía está creciendo al 3 o 4% al año, las pérdidas económicas generadas por una justicia ineficiente no se hacen evidentes. Pero una vez que la crisis llega, el crecimiento se reduce, los problemas económicos generados por el sistema de justicia cobran relieve e importancia.

Víctima de su éxito económico, la España política llega tarde a la discusión de la justicia como freno al crecimiento y desarrollo económicos. La obsesión política con el gobierno de la judicatura o con las querellas internas y la pérdida de reputación del Tribunal Constitucional han dominado la discusión pública sobre la justicia en los últimos años, mientras que las consecuencias económicas del mal estado de la justicia han quedado, en general, enteramente relegadas. Una ventaja, sin embargo, del retraso evidente es la posibilidad de ahorrarse los errores de los otros: no adoptar políticas de justicia que ya sabemos por experiencias ajenas anteriores que no producen los resultados deseados. España puede beneficiarse de lo que ha sucedido en Francia, Italia y Portugal e implementar reformas adecuadas para garantizar una justicia más moderna y más eficiente.

Es cierto que solo muy recientemente el gobierno y la oposición han comenzado a expresar sus preocupaciones y sus posiciones. También lo están haciendo, de manera crecientemente audible, los propios jueces. Hasta ahora casi todo lo que hemos oído nos hace temer lo peor. Los sucesivos anuncios del gobierno, las pocas propuestas alternativas de la oposición y las reivindicaciones de los jueces responden, en términos generales, a las políticas de dudosa eficiencia que se han visto en otros países. De entrada, más y más jueces, cuando ya sabemos que incrementar el número de jueces por regla general reduce la productividad y la calidad media de la judicatura. La otra opción de siempre es más especialización de jurisdicciones y juzgados, lo que suele conducir a subsistemas separados de justicia, con altos costes de coordinación y que no solucionan los graves problemas de la jurisdicción ordinaria. Se habla también de modernización de la justicia, sinónimo de las nuevas tecnologías como receta milagrosa para todos los problemas. En dos palabras: más ordenadores como eje de la política de justicia. La experiencia desastrosa de los módulos de rendimiento judicial y la obsesión cuantitativista parece no haber dado paso a una reflexión cuidadosa sobre las alternativas cualitativas más ajustadas a la realidad de la judicatura, lo que incluye una reforma seria de las inspecciones judiciales y su nivel de independencia y

rigor. De una simplificación administrativa que tenga en cuenta las contribuciones académicas y la experiencia comparada, o de la introducción de evaluación de impacto, prospectiva y retrospectiva, que mejore apreciablemente la producción legislativa (en general de pésima calidad en la Europa del Sur y, desde luego, en España), no hay noticias.

Pero si la España política tarda en contestar a los nuevos retos y no hay aun un programa coherente de reformas para reducir los costes económicos de una justicia ineficiente, la España económica y social se enfrenta a la crisis también en el escenario de la justicia. No puede sorprender a nadie que un importante deterioro económico traiga del brazo un apreciable aumento de los conflictos jurídicos y la litigación. Cuando los activos cuya adquisición se acordó, pero no se consumó, hace meses, pierden la mitad de su valor, cuando las inversiones pactadas ven desplomarse sus rendimientos esperados y cuando la disminución de actividad y de crédito aprieta la liquidez de las familias y las empresas, no es raro que la gente busque los resquicios para eludir sus contratos o, abiertamente, los incumpla, dos comportamientos que suelen acabar en una u otra forma de litigio. Los datos del propio Consejo General del Poder Judicial muestran a las claras el incremento espectacular de la litigación ligada a los impagos y los incumplimientos que se ha producido ya desde comienzos de 2008 –incluso desde antes, en algún caso-: los juicios monitorios –facturas impagadas, esencialmente- han crecido más del 60%; los juicios cambiarios –efectos impagados- se han elevado más del 90%; las ejecuciones hipotecarias –todavía no masivas, como ha ocurrido en otros países- se duplican, cuanto menos; los despidos se elevan casi un 50%. Y la litigación general también se ha elevado este año pasado más de un 15%. La acumulación de asuntos y la tardanza consiguiente en ganar –y perder- una condena judicial, retroalimenta el incentivo a buscar los modos de incumplir y retrasar los pagos.

La justicia civil tendrá que lidiar con esta fuerte demanda de *enforcement* efectivo de los contratos con defectos estructurales muy notables. Su diseño sigue basándose, a pesar de la mejora que supuso la LEC del 2000, en esquemas y procedimientos muy formalistas, ritualistas, poco expeditivos y plagados de oportunidades de dilación para litigantes y abogados avisados. Continúa monopolizando en los jueces las tareas de ejecución, renunciando sustancialmente a delegar en otras instituciones (notarios, registradores, por ejemplo, que también son funcionarios públicos) tareas puramente ejecutivas

como los desahucios o las ejecuciones hipotecarias. Por otro lado, el grado de familiaridad de la mayor parte de la judicatura con las complejidades contractuales y financieras con las que, en ocasiones, van a tener que enfrentarse, es muy bajo.

El resultado final también va a depender del comportamiento de la abogacía. En España, ha vivido en los últimos 12 años la mayor transformación de su historia. De actividad artesanal ha pasado a ser, en sectores importantes, una actividad empresarial de servicios fuertemente profesionalizada. Por añadidura, ha mantenido una estructura relativamente abierta a la entrada y competitiva. Los ámbitos más procíclicos de su negocio –las fusiones y adquisiciones, las nuevas financiaciones, las operaciones de mercados de capitales- están ya padeciendo los efectos de la crisis. Pero los contracíclicos –la litigación, la reestructuración de empresas, las prácticas laborales- verán crecer su trabajo de forma muy importante. Esto debiera permitir un trasvase de recursos humanos a favor de estos últimos y contribuir positivamente a que la justicia pueda enfrentarse mejor al incremento de la demanda litigiosa. No en balde la abogacía es un componente no despreciable de la calidad y de la eficiencia del sistema de justicia.

Por otro lado, hay dos cambios jurídicos importantes de los últimos años que van a tener que someterse a evaluación precisamente en un contexto de crisis económica. Uno es la creación de los juzgados de lo mercantil, otro es el nuevo marco jurídico del derecho de la competencia.

Los juzgados de lo mercantil se concibieron como la solución a las demandas de celeridad y especialización que se venían manifestando en el derecho de la empresa en general, y en los casos de liquidación y reestructuración de empresas en crisis, en particular. Se pensaba, con bastante ingenuidad, que creando una jurisdicción separada se resolverían, como por arte de birlibirloque, todos los males –reales- que aquejan a los juzgados y tribunales ordinarios en este sector. Sucede que, como es conocido por todos, salvo quizás por los juristas y políticos, la ley por si sola no tiene un efecto demiúrgico sobre la realidad. Una ley, aunque sea perfecta en su redacción, corre el riesgo de quedarse en buenas intenciones si no se acompaña de recursos y medidas reales que contribuyan a dar una mayor eficiencia y eficacia. La especialización de los titulares de lo mercantil no se improvisa, ni la adquisición del “expertise” técnico preciso, de forma que pueda ponerse efectivamente en marcha la maquinaria que produzca mayor calidad y agilidad de las resoluciones judiciales. Por lo demás, las reflexiones que se han

realizado más arriba en relación con el estado deficitario de la justicia en España son también aplicables a los juzgados de lo mercantil: la baja productividad hace sospechar que el esquema de incentivos y de sanciones no está ni bien calibrado, ni bien supervisado.

En este escenario irrumpe la crisis económica y con ella, un aumento sin precedentes de los concursos, que colapsan los flamantes pero ya atascados juzgados de lo mercantil -el número de concursos está ligado a la coyuntura económica de modo directo-. La evolución de los concursos presentados (considerando hasta la entrada de la nueva Ley Concursal el dato de las quiebras y suspensiones de pagos) muestra un crecimiento continuado desde el cuarto trimestre de 2007, en el que el número de los concursos presentados, 511, era un 59% superior al de igual trimestre de 2006, habiéndose alcanzado en el tercer trimestre de 2008, con una cifra de 1.252, un brutal incremento del 244% (datos del Consejo General del Poder Judicial). La proyección de estos datos dibuja un panorama aún más desalentador para los años 2009 y 2010. Debemos tener presente que las situaciones de insolvencia empresarial que se avecinan van a desembocar irremediabilmente en procedimientos concursales, toda vez que la ley española caracteriza la solicitud del concurso de acreedores como un deber del deudor conocedor de su insolvencia y cuyo incumpliendo le puede reportar graves consecuencias. En este escenario parece inevitable que los procedimientos de concurso de acreedores congestionen los juzgados de lo mercantil, pero no debe olvidarse que el problema no acaba ahí, sino que conduce al grave resultado de dejar desatendidos *sine die* otros litigios relacionados con la actividad productiva (en lugar de la liquidativa) de las empresas y cuyos costes no serán despreciables.

Con todo, si la actividad de los juzgados de lo mercantil está centrada en los concursos, cabe preguntarse sobre la eficiencia de la nueva ley concursal para afrontar el reto que se le ha encomendado. La reforma de la legislación concursal era una necesidad imperiosa: se sustituye una regulación antediluviana y fragmentada por otra más coherente y actualizada. Lo que la ley no ha logrado es liberarse del peso de la tradición jurídica y dar respuesta a las necesidades de rapidez y eficiencia que demanda la vida económica, simplificando los procedimientos de rigideces innecesarias. El procedimiento es demasiado largo y farragoso, y judicializado hasta la caricatura, lo cual contribuirá a la ralentización en la solución de las crisis de empresa. A esto se añade el diseño defectuoso y

poco profesionalizado de la administración judicial: en lugar de seleccionar a especialistas en la gestión de empresas en crisis, se prefiere a gestores de la insolvencia con perfil y experiencia jurídica.

Por su parte, el nuevo marco jurídico del derecho de la competencia se estrena en mal momento. Los dictados del libre mercado han perdido autoridad frente a los temidos efectos de la liquidación de empresas y la pérdida de puestos de trabajo. Para los Estados Europeos, las concentraciones o los monopolios son males menores comparados con el desmantelamiento de empresas y el recrudecimiento de la conflictividad social. Para salvar la economía, el mantra de hoy se traduce en consumir importantes recursos sociales y forzar amplias intervenciones públicas. En este escenario, inauguramos una nueva estructura institucional en materia de defensa de la competencia, la comisión nacional de la competencia, que debe iniciar su andadura con pies de plomo porque no interpretan la música que ahora se quiere oír. No debemos olvidar, además, que en estos momentos iniciales de rodaje, el riesgo de captura del regulador independiente de la competencia por parte del Estado, amparado claro está en la excepcionalidad de la situación económica, es más que evidente. Esto se podrá apreciar sin duda en materia de concentraciones, en cuyo ámbito la nueva comisión ha visto aumentadas sus competencias en detrimento del Consejo de Ministros, pero los mecanismos previstos de intervención del Gobierno por razones distintas a la competencia hace suponer que estas decisiones seguirán siendo adoptadas por este. Por otro lado, se amplía la aplicación de la ley de defensa de la competencia por los juzgados de lo mercantil –en particular, las prohibiciones de conductas restrictivas de la competencia, es decir, acuerdos prohibitivos y abuso de posición de dominio– del mismo modo que los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. Dada la situación de saturación de los juzgados de lo mercantil, el *timing* para judicializar la aplicación de la ley no parece haber sido el más afortunado.