

TRIBUNA ABIERTA

UN NUEVO ENTORNO JURÍDICO PARA EL CRECIMIENTO ECONÓMICO

EXCMO. SR. D. ALBERTO RUIZ GALLARDÓN
Ministro de Justicia

Entre las dificultades se esconde la oportunidad

ALBERT EINSTEIN

Un nuevo entorno jurídico para el crecimiento económico

El Ministerio de Justicia está impulsando importantes iniciativas de reforma legislativa con el fin último de reforzar la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento y, con ello, el mejor funcionamiento de nuestra economía. El objetivo de todas las propuestas es la modernización de la Administración de Justicia y la garantía de la unidad de mercado, que se conseguirán a través de importantes reformas que afectarán de modo sustancial al ordenamiento jurídico español. Entre estas reformas se encuentran: (i) la adaptación del Derecho español a los nuevos reglamentos europeos en diversas materias, como las compraventas transfronterizas de consumidores y pymes, la protección de datos de carácter personal, la revisión del Reglamento «Bruselas I» y la propuesta de creación de la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil; (ii) la creación de un nuevo Código Mercantil que sistematice diversas leyes especiales mercantiles y regule por primera vez con rango de ley numerosas modalidades contractuales; (iii) la regulación reglamentaria del seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales; (iv) la futura ley de navegación marítima, que aglutinará aspectos privados de la navegación con otros de Derecho público; (v) la nueva regulación penal de los delitos económicos, en especial las insolvencias punibles, la administración desleal y los delitos contra la propiedad industrial; y (vi) la reducción de la litigiosidad de nuestros tribunales en un entorno de crisis económica, a través de la aplicación de la nueva Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

A New Legal Framework for Economic Growth

The Spanish Ministry of Justice is driving relevant legislative initiatives aimed at strengthening legal certainty in our legal system and therefore Spain's economic capacity. The objective of all the proposals is the modernisation of the Justice Administration and ensuring market unity, which will be achieved through major reforms that will substantially affect the Spanish legal system. Among these reforms are: (i) the adaptation of Spanish law to new European regulations in various fields, such as cross-border consumers and SMEs purchases, the protection of personal data, the revision of the «Brussels I» Regulation and the proposal for creating a European account preservation order to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters; (ii) the creation of a new Commercial Code which organises multiple special commercial laws and regulates, for the first time with the status of law, numerous types of contracts; (iii) the statutory regulation of liability insurance for bankruptcy receivers and the corresponding security; (iv) the future Maritime Law, which will consolidate private aspects of navigation with others related to public law; (v) the new criminal regulation of economic crimes, especially criminal insolvency, fraudulent administration and crimes against industrial property; and (vi) reducing litigation in our courts, given the context of the economic crisis, through the implementation of the new Act on Mediation in Civil and Commercial Matters.

1 · UNA SINERGIJA NECESARIA

En un momento como el actual, se hace más patente si cabe el hecho de que la competitividad del tejido productivo español y la confianza de los inversores en España dependen, entre otros factores, de la eficacia que sean capaces de demostrar nuestros Juzgados y Tribunales, así como de la seguridad jurídica que ofrezca nuestro Ordena-

miento Jurídico. Que podemos y debemos ser más eficientes no es novedad. Sin embargo, en el ámbito judicial, a pesar del improbable esfuerzo que Magistrados, Jueces, Fiscales y demás actores de la escenografía judicial están realizando en los últimos años, la realidad cuantitativa resulta desbordante. Por eso, entre las reformas estructurales que el Gobierno de la Nación ha puesto en marcha, la de la Administración de Justicia se antoja imprescindible.

ble, pues constituye un factor competitivo de primer orden.

Es preciso recordar que, pese a todos los problemas, somos la cuarta economía de la zona euro y la quinta de Europa. Partiendo de esa posición, a qué no podríamos aspirar si en lugar de ocupar el puesto número 63 en cuanto a eficiencia del marco jurídico estuviéramos mejor situados en ese escalafón. Es urgente, pues, mejorar este estado de cosas con el fin de no perder ni una sola oportunidad de progreso e, incluso, de generar otras nuevas gracias a la modernización de nuestro Ordenamiento Jurídico. A ello se suma la certeza de que tenemos margen para racionalizar la carga de trabajo de nuestros Juzgados y Tribunales. Basta comparar la litigiosidad de España y Francia para darnos cuenta de hasta qué punto se puede reducir el número de asuntos que requieren una intervención judicial. Así, en 2010, mientras Francia, con 65 millones de habitantes, tramitó 6 millones de asuntos, España, con 20 millones de habitantes menos, tramitó un 50% más, sobrepasando los 9,3 millones.

Más allá de las polémicas circunstanciales que en ocasiones rodean a la Administración de Justicia, a través de estos datos he querido poner de manifiesto que lo que de verdad afecta al desarrollo del país, a sus posibilidades futuras, a la competitividad de sus empresas y a la esperanza de sus trabajadores, es la capacidad ordinaria que el sistema despliega para resolver la infinidad de asuntos que diariamente le confían los ciudadanos, los profesionales, los inversores, los emprendedores o las propias Administraciones. Por tanto, España no estará en auténtica igualdad de condiciones para medirse con otras economías y mercados hasta que no consiga que su sistema de Justicia acredite la agilidad, la claridad y la seguridad que los distintos actores económicos y sociales esperan y, por qué no decirlo, exigen de ella, desde la difícil situación en la que se encuentran. Esa es la meta que nos hemos propuesto y a la que no estamos dispuestos a renunciar. Un horizonte de progreso económico y social que alcanzaremos mediante un impulso reformista que se extiende a todos los ámbitos, muy especialmente al de la Justicia, y que habrá de cambiar la realidad objetiva de España, marcada por una renovada fortaleza de su sociedad civil, su tejido productivo y sus instituciones.

A través de esta líneas, con las limitaciones que impone el natural deber de reserva hasta el

momento en que las Cámaras refrenden las pretensiones legislativas del Ministerio de Justicia, pretendo acercarles desde el perfil técnico que define esta Tribuna Abierta las principales novedades legislativas dirigidas a reforzar la capacidad económica de nuestro país en el entorno europeo, mediante la modernización de la Administración de Justicia y la garantía de la unidad de mercado. Debo insistir en que todas las menciones legales que el texto recoge —excluyo aquellas que ya han sido refrendadas por las Cortes Generales— son fruto de la labor prelegislativa que este Ministerio tiene encomendada, y su tenor último quedará a expensas de su aprobación por el Consejo de Ministros y su posterior remisión a las Cortes Generales para su pronta sanción.

A lo largo de las siguientes páginas se hace un repaso de las principales políticas que está desarrollando el Ministerio y que ya se han reflejado, o pronto se reflejarán, en una actividad legislativa que, durante los próximos meses, será muy intensa. En primer lugar se examinan las principales normas europeas cuya tramitación nos ocupa en estos momentos. Se continúa analizando la profunda modernización de la legislación mercantil que vamos a acometer con el objetivo de fortalecer la unidad de mercado. También se hace un repaso de las principales novedades que introduce el anteproyecto de Código Penal en materia de delitos económicos. Por último, se presta especial atención a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Se trata de un nuevo instrumento con el que se quiere sustituir la confrontación que representa el litigio por una nueva cultura de la conciliación. Además, la mediación es una figura cuyo desarrollo y aceptación contribuirá a aligerar la carga de trabajo de los juzgados y tribunales, en la misma medida que constituye un nuevo campo de acción que abogados y despachos están invitados a explorar, desde la convicción de que conllevará nuevas oportunidades de desarrollo profesional. En consecuencia, la mediación constituye un medio de resolución de conflictos del cual merece la pena conocer sus principales características.

2 · JUSTICE FOR GROWTH

La actual Vicepresidenta de la Comisión Europea y Comisaria de Justicia, Viviane Reding ha escogido un lema para las políticas que propugna: *Justicia para el crecimiento económico (Justice for growth)*. Dentro de esta idea de lo que la Justicia puede

hacer para favorecer el crecimiento y la salida de la crisis económica y financiera que actualmente afecta a Europa, la Comisión se ha propuesto impulsar iniciativas dirigidas a potenciar las posibilidades que ofrece el mercado único. En concreto, las iniciativas que en opinión de la Comisión más pueden contribuir a la recuperación económica son la propuesta sobre derecho de ventas, el reglamento general de protección de datos o la revisión del reglamento Bruselas I, además de expedientes como la propuesta de embargo de cuentas bancarias o una futura propuesta de reforma del reglamento sobre procedimientos de insolvencia, que la Comisión podría presentar a finales de año.

A continuación se incluye una breve síntesis de esas iniciativas, incluyendo la posición de España en los diferentes grupos de trabajo.

2.1 · Propuesta de Reglamento de una normativa común de compraventa europea

Esta propuesta, presentada por la Comisión en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) de octubre de 2011, prevé el diseño de un régimen opcional y voluntario de posible aplicación a contratos de compraventa celebrados con consumidores y a contratos suscritos entre empresas, si una de ellas es una pequeña o mediana empresa (pyme), y siempre que exista un elemento transfronterizo. Se trata, por tanto, de generar las condiciones propicias para una actividad comercial transfronteriza más intensa en el mercado único mediante la simplificación legislativa. Frente a normas adoptadas en el pasado orientadas a solucionar conflictos sobre la ley aplicable, a armonizar la legislación sectorial o simplificar el entorno de las pymes, la propuesta presentada introduce una regulación jurídica completa y específica de estos contratos de compraventa transfronterizos, que se insertará en cada ordenamiento jurídico nacional.

La Comisión justifica esta solución, especialmente en un contexto de crisis y ralentización, en la necesidad de adoptar medidas audaces y efectivas. Sin embargo, una opción legislativa de este tipo plantea cuestiones importantes, relativas tanto a la suficiencia de la base jurídica seleccionada (aproximación de legislaciones en el ámbito del mercado único), a su adecuación para alcanzar sus objetivos, o a su encaje en la legislación nacional preexistente.

La propuesta se estructura en dos partes. Los primeros 16 artículos constituyen la parte dispositiva, y en ellos se establece el objetivo y el ámbito de aplicación, así como la forma, requisitos y consecuencias de la elección por las partes contratantes de esta normativa como rectora de su contrato. A continuación, en un extenso anexo de 186 artículos, se detalla el nuevo régimen jurídico, que abarca las fases de preparación, perfección y consumación del contrato, incluyendo su resolución y efectos, que se insertaría en la legislación nacional como alternativa opcional a la regulación preexistente del contrato de compraventa en cada Estado. Además, hay que señalar la vocación de exclusividad de esta norma, pues si es elegida como la regulación aplicable excluye de modo inequívoco la aplicación de legislación nacional a todo lo no expresamente resuelto en aquella. Una solución que en el caso de España afectaría a la normativa contenida en el Código Civil, el Código de Comercio y otras legislaciones especiales.

2.2 · Propuesta de Reglamento general de protección de datos

El nuevo marco legislativo propuesto por la Comisión el pasado mes de enero, que fue presentado en el Consejo informal de Copenhague, consta de tres elementos: la comunicación sobre «La protección de la privacidad en un mundo interconectado-Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI»; la propuesta de Reglamento sobre protección de los individuos en relación con el tratamiento de sus datos personales y sobre la libre circulación de dichos datos; y, por último, la propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos.

La propuesta del nuevo Reglamento —que sustituye a la Directiva 95/46/CE, transpuesta por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal— es una norma extensa —91 artículos y 140 considerandos— que nace con la vocación de regular con carácter general la totalidad de la materia, excepción hecha de las especificidades en cooperación policial y judicial penal. Según la Comisión, esta propuesta aumentará el control de los ciudadanos sobre sus

datos y los medios para ejercer sus derechos, al tiempo que refuerza la seguridad de la propia información. Para ello se propone, entre otras novedades, fijar las normas mediante un Reglamento directamente aplicable en todos los Estados miembros; simplificar y reducir los trámites burocráticos; ampliar la independencia y las facultades de las autoridades nacionales de protección de datos, habilitándolas para realizar investigaciones, adoptar decisiones vinculantes e imponer sanciones; crear un sistema de «ventanilla única» para la protección de datos en la Unión Europea; convertir el actual grupo de trabajo en un Consejo Europeo de Protección de Datos, o que el Supervisor Europeo de Protección de Datos asuma las tareas de la secretaría del citado Consejo.

Los Estados miembros, en general, han manifestado su apoyo a la reforma del marco jurídico de protección de datos para acompañarlo a la revolución tecnológica acaecida en las últimas décadas, pero quedan elementos por determinar. Entre otros, cabe apuntar la elección de la opción de un Reglamento; la concurrencia de un Reglamento y una Directiva en una materia con una unidad sustancial; el impacto del derecho al olvido en las redes sociales; la introducción de conceptos novedosos como *privacy by design* y *by default*; o el alcance geográfico de la propuesta basada en el establecimiento principal, que puede complicar el ejercicio del derecho de reclamación y favorecer el *forum Shopping*.

2.3 · Propuesta de revisión del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Bruselas I

Tras la eliminación del exequátur en diversos ámbitos de la cooperación judicial civil, como derecho de visita y sustracción de menores, título ejecutivo europeo, proceso monitorio europeo o proceso de escasa cuantía, se decidió proceder a la eliminación total del exequátur mediante la propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I, presentada por la Comisión en diciembre de 2010. En contrapartida, se necesitaría configurar un régimen que salvaguarda las garantías procesales del demandado.

Aprovechando esta reforma se ha tratado de cambiar uno de los criterios básicos de aplicación de las reglas de competencia del Reglamento. En concreto, la regla general es que estas reglas de competencia son aplicables cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro de la Unión Euro-

pea, con las excepciones de los foros exclusivos y de la sumisión, dejando a las reglas de Derecho interno la determinación de la competencia cuando el demandado tuviera su domicilio fuera de la Unión. Ahora se pretende que el Reglamento también se aplique a supuestos en los que el demandado no tenga su domicilio en un Estado miembro, si bien una mayoría de los propios Estados está en contra de esta posibilidad. También se quieren reforzar la eficacia de los acuerdos de elección de foro, la sumisión expresa y los convenios sobre arbitraje, tratando de impedir los procedimientos arbitrales y judiciales paralelos y, en definitiva, de hacer más fácil la ejecución de resoluciones.

2.4 · Propuesta de Reglamento por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil

El objetivo principal de la propuesta es mejorar el cobro transfronterizo de deudas en el ámbito civil y mercantil mediante la adopción de medidas que eviten el ocultamiento de sus activos en cuentas corrientes por parte del deudor. Es una meta que puede compartirse plenamente, pues supone una iniciativa necesaria y coherente con la enorme facilidad que hoy ofrece el mercado único para establecer relaciones contractuales entre ciudadanos y empresas de diferentes Estados miembros. Sin embargo, hasta ahora las medidas para facilitar el cobro de las deudas derivadas de dichos contratos deben encauzarse utilizando procedimientos estrictamente nacionales que, en muchos casos, implican mayor complejidad, duración y costes si se ejercen desde otro Estado miembro, dificultando el éxito de los procedimientos ejecutivos. La valoración general debe ser positiva, sin olvidar que las garantías de una medida de este calado deben asegurar la suficiente protección del deudor y de los derechos de terceros que puedan verse afectados.

Desde el punto de vista español, el Reglamento supondrá la introducción de un nuevo procedimiento de adopción de la medida cautelar de embargo preventivo de cuentas corrientes, que coexistirá con los procedimientos ya existentes en la normativa procesal civil. En todo caso, quedará reservado exclusivamente a procedimientos de carácter transfronterizo, no siendo aplicable a los casos en que todos los elementos del proceso se encuentran en territorio español.

3 · UN NUEVO ENTORNO ECONÓMICO JURÍDICO: PROFUNDA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL

3.1 · Un nuevo Código Mercantil

En 1997 se creó la Comisión General de Codificación como órgano que asume las labores de asesoramiento en la preparación de las tareas prelegislativas propias del Ministerio de Justicia. Los trabajos que realiza la Comisión, de acuerdo con sus propios Estatutos, se desarrollan, entre otros, por sus secciones permanentes. Ha sido la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la que Aurelio Menéndez Menéndez es Presidente Honorario, la que en noviembre de 2006 comenzó a elaborar un nuevo Código de Comercio, partiendo de las premisas de que la legislación mercantil es competencia exclusiva del Estado, de la necesidad imperiosa de asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado que impone la Constitución y de la obligación de ofrecer la máxima seguridad jurídica a todos los operadores económicos. Esos objetivos exigen la elaboración de un nuevo Código Mercantil que sustituya al Código de Comercio de 1885, superado por la realidad del ordenamiento jurídico a través de numerosas leyes especiales, desgajadas del vigente Código y que dan lugar a una dispersión de la legislación mercantil de efectos negativos en el tráfico jurídico y económico. Así pues, el nuevo Código Mercantil no solo delimitará la legislación mercantil existente, sino que además modernizará y completará la regulación vigente que afecta a las relaciones jurídico-privadas de los empresarios y restantes operadores económicos vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado.

Por supuesto, se trata de un proyecto cuidadosamente elaborado a lo largo de los seis últimos años, en cuya redacción han participado más de sesenta especialistas. Asimismo, se trata de un texto flexible en su sistematización, al adoptar la numeración independiente de los libros, títulos y capítulos, siguiendo el modelo de la nueva codificación francesa. Esta numeración permite añadir o modificar artículos sin tener que alterar la numeración del conjunto del texto legal. En resumen, no hay nada improvisado en este proyecto, sino una labor continuada y seria como exige un Código que se aspira a mantenerse en vigor durante mucho tiempo.

Para poner de manifiesto la importancia de esta norma, basta considerar que tendrá más de mil seiscientos artículos, divididos en siete libros más

un título preliminar. El Libro Primero se refiere al empresario y a la empresa; el Segundo, a las sociedades mercantiles; el Tercero trata del Derecho de la competencia y de la propiedad industrial; el Cuarto, de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general; el Quinto, de los contratos mercantiles en particular; el Sexto, de los valores e instrumentos de crédito y pago; y el Séptimo, de la prescripción y caducidad.

Asimismo, el Proyecto incorpora, en algunas materias, leyes ya existentes en las que se introducen modificaciones puntuales. Sin embargo, son muchas más las materias que hasta ahora carecían de disposiciones legales específicas y que pasarán a estar reguladas por el futuro Código. Así ocurre, por ejemplo, en las normas que regulan la empresa o con modernas modalidades de contratación, como la contratación electrónica, la contratación en pública subasta o la contratación automática.

Dentro de este texto, especialmente innovador será el Libro Quinto del Código, dedicado a los contratos mercantiles en particular, puesto que regulará numerosos tipos de contratos que hasta ahora carecían de una normativa de rango de Ley. Las normas que se establecen sobre los contratos mercantiles en general se inspiran en textos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 11 de abril de 1980, los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), o los trabajos de la Comisión Landó sobre el Derecho Europeo de los Contratos. Todos ellos persiguen, precisamente, regular uniformemente los contratos comerciales internacionales, de forma que su contenido se adapta perfectamente a las exigencias que plantea a la legislación mercantil la necesaria defensa de la unidad de mercado en todo el territorio del Estado. En consecuencia, el futuro Código contiene las normas básicas sobre contratos mercantiles expuestas con un lenguaje que pretende ser fácilmente comprensible no solo para los juristas, sino también para todos sus destinatarios.

Entre las nuevas normas hay algunas que expresan, como ya ocurría en el actual texto del Código de Comercio, principios también reconocidos en la legislación civil, junto a otras que contienen regulaciones diferenciadas. Esto es así para dotar a toda la regulación de una coherencia sistemática que facilite su aplicación. De esta manera, los agentes económicos, los ciudadanos y el conjunto de partici-

pantes en el mercado tienen la seguridad formal de que tales normas son aplicables, como parte de la legislación mercantil, en todo el territorio nacional. El hecho de que algunas de las normas establecidas coincidan en su contenido, que no en su texto literal, con otras del ámbito civil, no priva a tales normas de su carácter mercantil. Ejemplos novedosos de lo hasta ahora dicho serán los contratos para las comunicaciones electrónicas, los contratos turísticos, los contratos de distribución y contratos financieros mercantiles. En lo que se refiere a la regulación de nuevos tipos contractuales, baste decir que se regulan más de cincuenta modalidades de contratos marítimos que hasta ahora carecían de regulación de rango legal.

Este nuevo Código Mercantil es, en razón de la diversidad de materias, una norma transversal cuya tramitación no corresponde en exclusiva al Ministerio de Justicia, sino que concierne igualmente a otros departamentos ministeriales con los que trabajaremos estrechamente. Así, el futuro Código Mercantil facilitará la revisión conjunta y sistemática de numerosas normas, más allá del actual Código de Comercio de 1885. Me refiero a otras leyes como la de Patentes de Innovación y Modelos de Utilidad, la de Defensa de Consumidores y Usuarios, la de Defensa de la Competencia, la del Mercado de Valores, la de Publicidad o la del Contrato del Seguro. También incorporará la reciente Ley de Sociedades de Capital, la legislación relacionada con diferentes servicios financieros, y, en lo referente a los contratos de transporte, diversos preceptos de las leyes de Ordenación de los Transportes Terrestres, de Navegación Aérea o de Transportes Marítimos.

A pesar de la dificultad técnica de su elaboración, este Código forma parte de un primer grupo de medidas que el Gobierno impulsará los próximos meses para que nuestro tejido productivo, del que depende la creación de empleo, se desenvuelva en un entorno jurídico más seguro y eficiente.

3.2 · Seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales

Se trata de un Reglamento que aprobó el Consejo de Ministros el pasado 21 de septiembre, en el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. La elaboración de esta nueva norma tiene su origen en la modificación operada por la Ley

38/2011 en el artículo 29 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio. A través de ella se introdujo en el sistema concursal la exigencia de que el administrador concursal disponga de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función. La existencia de este aseguramiento se configura como una condición necesaria para poder actuar como administrador concursal en cualquier clase de concursos de acreedores e implica la cobertura de obligación de indemnizar al deudor o los acreedores por los daños causados por aquel a la masa activa por los actos u omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.

Dicho precepto y las obligaciones que conlleva entraron en vigor el pasado 1 de enero. Sin embargo, hasta ahora no se había realizado el desarrollo reglamentario. Esta carencia se ha suplido mediante un acuerdo de los jueces de lo mercantil que se limitaba a exigir que el administrador concursal que designen cuente con cualquier tipo de seguro de responsabilidad civil de acuerdo con las coberturas que ofrece el mercado, pero sin admitir la garantía equivalente mientras no hubiera una regulación de la misma. Evidentemente esta situación estaba lejos de ser satisfactoria y era fuente de inseguridad jurídica. Como prueba de la incidencia de la norma se ha de señalar que desde el 1 de enero de este año hasta el 15 de junio pasado se iniciaron en España 3.224 nuevos procesos concursales, que dispondrán de un plazo de dos meses para adaptarse a la nueva regulación.

El nuevo Real Decreto da cumplimiento al mandato legal e introduce la necesaria seguridad jurídica, al tiempo que contribuye a la profesionalización de los administradores concursales. El objetivo es regular el contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que permita cubrir los riesgos asociados al ejercicio de la actividad de administrador concursal, que parte de la situación crítica en la que se encuentra el patrimonio que se pretende asegurar.

Puesto que la vigencia del seguro o la garantía equivalente se configura como presupuesto para el nombramiento y la aceptación del cargo, la cobertura se debe mantener durante la tramitación del proceso concursal. La suma asegurada exigible variará en función tanto del número de concursos en los que intervenga el administrador concursal como de la entidad y complejidad de aquellos. De esta forma, la suma asegurada irá desde los 300.000 euros a 3

millones de euros, mientras que para las personas jurídicas, que tienen menos limitaciones que las personas naturales para el ejercicio del cargo de administrador concursal, se exige una suma asegurada de 2 millones de euros, cantidad que se eleva a 4 millones cuando intervenga en concursos de mayor complejidad, como son los que afectan a entidades de crédito o aseguradoras. La garantía equivalente al seguro de responsabilidad civil permite que el administrador concursal sustituya dicho seguro por una garantía solidaria constituida por entidad de crédito que pueda prestar garantías de este tipo. Al amparo de la autonomía de la voluntad, los administradores concursales pueden contratar también otros seguros específicos para cubrir más intensamente los riesgos del ejercicio de su actividad profesional. También pueden introducir esa cobertura mínima obligatoria como ampliación de las pólizas de responsabilidad civil profesional de abogados, economistas, titulados mercantiles o auditores. La única excepción a esta obligación general se prevé cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga sobre una Administración Pública o una entidad de Derecho público vinculada o dependiente de ella, desempeñando las funciones de administrador la persona natural que ostente la condición de empleado público.

3.3 · Navegación marítima

Entre las subcomisiones especiales nacidas al amparo de la Comisión General destaca, por lo avanzado de sus trabajos, la de Navegación Marítima, creada en 1999. Gracias a los trabajos desarrollados desde entonces, una futura ley permitirá aglutinar aspectos privados de la navegación —definición de los sujetos, en particular diferencias entre naviero y armador, y derivación de responsabilidades con contratos propios de navegación— con otros de Derecho público. En lo que se refiere a estos últimos, ha sido necesario consensuar su regulación con otros Ministerios, como el de Fomento, así como adaptarlos al vigente Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, y también a otras leyes aprobadas la pasada legislatura, como la Ley 41/2010, de protección del medio marino. Asimismo, el nuevo texto se adaptará a las modificaciones que desde 2008 se han producido como consecuencia de la entrada en vigor de nuevos convenios internacionales, como ocurre con el embargo de buques, la

protección del patrimonio subacuático, o las Reglas de Rotterdam, que si bien no han entrado en vigor hay que prever su efecto futuro. Asimismo, debido al carácter técnico de la norma, se debe insistir en que, una vez que el correspondiente proyecto de ley sea remitido por el Gobierno a las Cortes, este sea tramitado con la máxima celeridad y aprobado con el mayor consenso posible. En ese contexto, las sugerencias procedentes de todos los grupos que conforman el arco parlamentario serán bien recibidas y evaluadas.

4 · UNA EFICAZ REGULACIÓN DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

La reforma de los tipos delictivos de carácter económico incluidos en el Código Penal era una demanda apoyada desde amplios sectores, una acción que el Gobierno ha emprendido con el principal objetivo de adecuar dichos tipos a la realidad de las prácticas que se pretende castigar. En concreto, la justificación de la profunda revisión de este apartado obedece a una eficaz persecución de los delitos de bancarrota y a la necesidad de ofrecer una protección adecuada a los procedimientos judiciales y administrativos de ejecución mediante una tipificación de las conductas de obstaculización de la ejecución y ocultación de bienes. De esta forma se agilizará, aumentará y dotará de mayor efectividad a la ejecución, reforzando la protección, entre otros, de los acreedores. En resumen, un Código Penal adecuado al tráfico económico del siglo XXI.

4.1 · Las insolvencias punibles

Esta figura se adapta a los supuestos de acreedores declarados fraudulentos, al mismo tiempo que da una respuesta proporcionada a posibles conductas ilícitas de los administradores concursales, que también podrán ser condenados por malversación y cohecho. La revisión de estas conductas delictivas tiene su origen en una propuesta de la Agencia Tributaria (AEAT) y de la Seguridad Social para mejorar la eficacia a la hora de perseguir los delitos de bancarrota, cuya regulación prácticamente no ha sufrido modificaciones desde 1848. La AEAT ha subrayado que actualmente la deuda tributaria en proceso concursal alcanza al 20% del total, sin que ese crecimiento exponencial haya estado acompañado de un incremento apreciable de los procesos por delitos de quiebra fraudulenta. Por tanto, era

necesario ofrecer una protección adecuada a los procedimientos de ejecución, ya sean judiciales o administrativos, mediante una tipificación —ajustada al Derecho comparado— de las conductas de obstaculización de la ejecución y de ocultación de bienes.

En concreto, el caso de la quiebra fraudulenta se configura —como ya ocurría con el alzamiento de bienes— como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis y perseguible únicamente cuando, o bien se declara el concurso, o bien se da el presupuesto del concurso —se haya declarado o no—. Del mismo modo, se tipifican las conductas por medio de las cuales se comete el delito, si bien se mantiene una cláusula final abierta vinculada a los deberes de actuación impuestos a los administradores. Así se evita el problema que habitualmente plantea la falta de declaración del concurso del deudor: la punibilidad de las actuaciones fraudulentas se condiciona no a la declaración del concurso, sino a que se produzca la situación objetiva de insolvencia (actual o inminente) que en realidad obliga a pedir la declaración de concurso.

También se perfecciona técnicamente la protección de la masa concursal, pues actualmente se sancionan solamente los pagos realizados sin autorización de la administración concursal tras la declaración del concurso. Así, a partir de ahora, se tipifican también los pagos de créditos no exigibles previos al concurso cuando tales acciones (en realidad de vaciamiento patrimonial) se llevan a cabo en una situación de insolvencia inminente. Además, se incluye la tipificación como delito tanto de la ocultación de bienes o la falta de ofrecimiento de información veraz sobre los mismos por el ejecutado como del uso sin autorización del bien embargado con perjuicio de su valoración. Por último, se amplía el círculo de posibles autores de delitos de cohecho y malversación a los administradores concursales.

4.2 · Administración desleal y malversación

En lo que se refiere a la administración desleal, la reforma del Código Penal da solución a los problemas de aplicación y de falta de seguridad que plantea la actual regulación, pues los califica como delitos societarios, a pesar de que la gestión desleal de patrimonio ajeno es un delito patrimonial común. Para acabar con esta situación, las conductas de abuso e infidelidad de los administradores

de las empresas cuando causen un perjuicio patrimonial pasan a ser delito patrimonial. Asimismo, la administración desleal de fondos públicos será castigada como delito de malversación en línea con la Ley de Transparencia. Así, por ejemplo, con esta reforma, un funcionario que provoca un gasto a la administración derivado de un contrato en el que la contraprestación contratada no va a ser prestada (y en el que posiblemente existe un soborno al funcionario —*kick back*— que habitualmente no puede ser probado) sería delictivo. Por último, hay que señalar que esta revisión técnica de los delitos de malversación —no se altera el marco penal— ha sido recientemente reclamada por la Defensora del Pueblo.

4.3 · Delitos contra la propiedad industrial

La reforma propuesta tiene origen en la Oficina de Patentes y Marcas del Ministerio de Industria y persigue aumentar el castigo de los que obtienen un mayor lucro, distinguiéndose a los que forman parte del final de la cadena de falsificación. De acuerdo con ese planteamiento, se diferenciará y escalonará la responsabilidad penal de importadores y distribuidores mayoristas, a los que se agravarán las penas; y de distribuidores minoristas y vendedores al público, a quienes se atenuarán proporcionalmente respecto a ellos.

5 · CRISIS ECONÓMICA Y LITIGIOSIDAD

Como se apuntaba al comienzo de este artículo, España alcanza unos niveles de litigiosidad que superan, tanto en términos porcentuales como absolutos, los de otros países de su entorno más inmediato. Es verdad que parte de ese volumen de carga judicial tiene su origen en la actual situación económica, pero también en que España adolece de falta de un sistema judicial necesitado de mayor agilidad y capaz de ofrecer alternativas fiables y que generen confianza en el conjunto de la sociedad. De hecho, la mejora del acceso de los ciudadanos a la Justicia, mediante una auténtica transformación de los textos procesales, es desde hace tiempo uno de los pilares básicos de toda política que surge de la Unión Europea. El Gobierno de España comparte esa inquietud, como prueba el hecho de que ya ha concluido su tramitación parlamentaria la Ley de Mediación y de que acelerará, en la medida de lo posible, la elaboración de la futura Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

5.1 · La nueva Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles

A continuación me centraré en la primera de estas normas, la Ley de Mediación, pues además de estar ya en vigor, como se adelantó en las primeras páginas de este artículo, constituye un nuevo campo de acción para los abogados.

(i) *Un nuevo objetivo: alcanzar el mejor acuerdo posible*

El paso del tiempo demostrará que la mediación, lejos de disminuir las funciones de los profesionales del derecho, refuerza y amplía su papel, pues este ya no consistirá solo en defender los intereses de su representado ante un tercero. A partir de ahora asumirá una nueva responsabilidad muy apreciada y reconocida por quien recurre a sus servicios: alcanzar el mejor acuerdo posible. La sustitución de la cultura del litigio por la de la conciliación creará un vínculo entre abogado y cliente en que la fidelidad será uno de los aspectos más valorados en esa relación. Además, la propia dinámica del tráfico jurídico hace recomendable contar con el asesoramiento de un abogado cuando se recurre a la mediación y, más aún, si queremos que el acuerdo alcanzado tenga fuerza frente a terceros mediante su elevación a escritura pública. Por tanto, la mediación, por su mayor agilidad y eficacia a la hora de resolver controversias frente a un proceso judicial, debe ser planteada como una herramienta que puede contribuir al volumen de negocio y rentabilidad del trabajo de abogados y despachos. Una función que puede aumentar en el futuro si esta figura se amplía al ámbito societario, donde la resolución de los problemas que suelen plantearse en el seno de las sociedades familiares encuentra en la mediación el instrumento más adecuado.

(ii) *El impulso definitivo a una nueva institución*

Si bien es verdad que el hecho de tramitar por el procedimiento de extraordinaria y urgente necesidad el Real Decreto-ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles radicaba en la necesidad de trasponer la Directiva 2008/52/CE, cuyo plazo máximo había expirado a mediados de 2011, no lo es menos que nuestro empeño, una vez reflexionado sobre ello, era conceder verdadera carta de naturaleza a las denominadas ADR (Alternative Dispute Resolution), cuestión mayor en un país como el nuestro sin tradición secular al respecto.

Así, por fin, España ha estrenado una norma que regula un sistema alternativo de resolución de conflictos homologado con Europa. Fue el 7 de julio cuando se publicó en el BOE la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Su contenido, más allá de la obligación mínima exigida desde las instituciones europeas, está en línea con la previsión de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2005 por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación. Una encomienda hoy cumplida.

Una norma de esta naturaleza, cuya vocación es abrir nuevos cauces para resolver conflictos entre las partes, exige su perfecta adecuación e integración en el Ordenamiento Jurídico. Así, el texto legal consta de cinco títulos, veintisiete artículos, cuatro disposiciones adicionales y diez disposiciones finales que aseguran el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales. En este sentido, las disposiciones finales primera y segunda modifican la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales y la Ley 3/1993 Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Por su parte, la disposición final tercera deja expedita la funcionalidad de la norma al modificar más de una veintena de artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El aspecto más innovador de este texto legal es que, más allá del contenido de la citada Directiva, conforma un régimen general aplicable a toda mediación que en el ámbito civil y mercantil tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante. Estamos ante el definitivo impulso a una institución al servicio de los ciudadanos, a los que se ofrece la posibilidad de contar con un medio para la resolución de controversias ágil, eficaz, económico y de gran trascendencia social, aplicable cuando los conflictos, incluyendo los transfronterizos, afectan a derechos de carácter dispositivo. Todo ello cambia la concepción de los Tribunales de Justicia, que aparecen como un último remedio, contribuyendo de esta forma a disminuir su sobrecarga de trabajo. No en vano, su principal virtud no es otra que la de dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes, constituyendo una alternativa al proceso judicial y a la vía arbitral. En todo caso, se excluyen de la aplica-

ción de esta norma la mediación penal, con las Administraciones Públicas, laboral y en materia de consumo.

Este impulso de la mediación se apoya en tres aspectos. El primero de ellos es la capacidad de las partes para organizar el procedimiento de mediación, respetando, en todo caso, los principios de voluntariedad y libre disposición, de imparcialidad, de neutralidad y de confidencialidad. El segundo es la figura del mediador, pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. Por último hay que señalar la fuerza ejecutiva, incluso frente a terceros, con la que se puede dotar, mediante escritura pública u homologación ante los tribunales, al acuerdo alcanzado.

(iii) *Un medio alternativo*

El ánimo con que se presenta este instrumento es el de ofrecer una alternativa capaz de sustituir, por voluntad de las partes, a los Tribunales de Justicia, o al menos lograr que estos se vean como un último remedio en el caso de que no sea posible dar una respuesta adecuada al conflicto planteado. De esta manera se conseguirá aliviar la enorme carga de trabajo de los Juzgados y Tribunales, sin menoscabar en ningún caso la plena satisfacción de las partes enfrentadas en el ámbito extrajudicial, y quedando a salvo la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos.

A lo largo de toda la ley se aprecia el carácter flexible y abierto con el que se ha querido dotar a la regulación de esta figura. De hecho, el propio artículo 1 define a la mediación como un mero instrumento cuyo fin primordial, que deberá presidir toda la tramitación, será siempre solucionar una controversia entre partes, dejando incluso abierta la denominación que pueda recibir y asentando otras de las notas esenciales de esta figura: voluntariedad y libre decisión de las partes. Más adelante, el artículo 6 afirma con rotundidad que «*la mediación es voluntaria*». Queda claro que nadie podrá ser obligado a acudir a esta vía, con la única excepción de que previamente las partes hayan establecido contractualmente este mecanismo como medio primero para la solución de las controversias. En este caso la ley establece que, al menos, se «*deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe*».

(iv) *La figura del mediador*

Uno de los ejes del modelo de mediación que desarrolla esta ley es el mediador, al que se configura como un mero interviniente en el proceso, pues se insiste en que son las partes las que alcanzan «*por sí mismas*» un acuerdo. Así, el papel del mediador —que pueden ser uno o varios, así como tratarse de personas naturales o jurídicas—, aunque importante, se sitúa en un segundo plano marcado por la mínima intervención. Vinculadas directamente con la figura del mediador, esta ley también crea y regula las instituciones de mediación, aquellas entidades públicas o privadas y las corporaciones de Derecho público que tienen entre sus fines el impulso de la mediación, facilitar el acceso al procedimiento de mediación y designar al mediador o mediadores que hayan de intervenir en la resolución del conflicto. Aunque el mediador deberá suscribir un seguro para cubrir la eventual responsabilidad civil derivada de su actuación, estas instituciones de mediación asumirán subsidiariamente la responsabilidad derivada de la actuación del mediador.

Se exige también que el mediador esté en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior, así como contar con una formación específica para ejercer dicha responsabilidad. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta ley. Será necesario para ejercer como mediador, por lo tanto, superar los cursos específicos al efecto, que deberán ser impartidos por instituciones debidamente acreditadas y deberán incluir aspectos teóricos y contenidos prácticos. Habida cuenta de la variedad de asuntos que debe estar en condiciones de atender, esta formación deberá incluir conocimientos jurídicos, como es lógico, pero también psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, como resulta evidente, así como de ética de la mediación. En definitiva, el mediador es la pieza que, desde la más rigurosa neutralidad, ayuda a encontrar una solución dialogada, desarrollando una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes. Junto a la neutralidad, la otra nota que define al mediador es la imparcialidad. Por eso, la ley establece la obligación del mediador de no iniciar o de abandonar la mediación ya iniciada cuando concurra alguna circunstancia que pueda poner en peli-

gro dicha imparcialidad, e, incluso, enumera supuestos objetivos y tasados en los que las partes decidirán si procede su abstención, como la existencia de relación personal, contractual o empresarial con cualquiera de las partes, o tener interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

La confidencialidad es una obligación común y compartida tanto para las partes como para el mediador y las instituciones de mediación, de manera que en ningún caso podrán revelar la información que hubieran podido obtener durante el procedimiento. Asimismo, se establece expresamente el deber de las partes de actuar durante todo el procedimiento inspiradas por los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo. El fin último es sustituir la cultura del litigio por la de la conciliación. En consecuencia, se establece la prohibición de que durante la tramitación de este procedimiento las partes puedan ejercitar ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto. La única excepción a dicha prohibición es la solicitud judicial de adopción de medidas cautelares u otras de carácter urgente e imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes o derechos. Así se evita que la mediación pueda ser utilizada por una de las partes con fines ilícitos o perjudiciales. Esa preponderancia de la mediación se manifiesta al anteponer este procedimiento conciliador al propio procedimiento judicial. Es más, el procedimiento judicial se suspenderá, aunque ya se hubiera iniciado, cuando una de las partes, mediante la formulación de una declinatoria, invoque el compromiso de sometimiento a la mediación y la iniciación del procedimiento de mediación.

(v) *El procedimiento*

Otra característica esencial de la mediación recogida en esta ley es la flexibilidad con que se regula el procedimiento, alejado de la rigidez de los procesos judiciales y al que podemos definir como *un procedimiento antiformalista*, sencillo, poco costoso y de corta duración, que se deposita en manos de las partes, pues serán ellas las que decidirán ponerlo en marcha, así como los pasos que va a seguir. De esta forma se quiere hacerlo más atractivo para los sujetos implicados, limitándose la ley a establecer los requisitos imprescindibles para dotar de validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar. Para reforzar esa eficacia, se han reducido los posi-

bles efectos negativos que puede tener la indebida utilización de esta vía dentro de una estrategia meramente dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales existentes entre las partes. Así, mediante la regulación de la *suspensión de la prescripción* una vez iniciado el procedimiento de mediación, se eliminan posibles consecuencias jurídicas no deseadas en caso de que se aplicara, en su lugar, la regla general de la interrupción.

La ley se limita a establecer la necesidad de celebrar dos sesiones en este procedimiento: la que denomina meramente informativa o de conocimiento, en la que el mediador o institución de mediación cita a las partes y se asientan las características que va a seguir el procedimiento, así como su coste y duración o plazo en el que deberá firmarse el acta de la sesión constitutiva, que constituye la segunda sesión o fase. Hay que señalar la previsión contenida en la propia ley de practicar todas o algunas de las actuaciones de mediación a través de medios electrónicos y telemáticos, recomendando su uso en los supuestos de reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros, contribuyendo así a dotar al procedimiento de la flexibilidad perseguida, además de conseguir la reducción de costes de desplazamiento innecesarios, y por lo tanto dotándolo de mayor celeridad.

El procedimiento termina con la consecución de un acuerdo o con su ausencia, puesto que el objetivo de consecución nunca constituye una obligación. En cualquier caso deberá extenderse un acta final que refleje con claridad el acuerdo o acuerdos alcanzados o la causa o causas de finalización sin acuerdo.

Una vez alcanzado un acuerdo, podemos distinguir dos situaciones. La primera de ellas es la que se produce cuando las partes hayan acudido al procedimiento de mediación directamente, en cuyo caso, para dotar al acuerdo de fuerza ejecutiva, acudirán voluntariamente a un notario, que, tras valorar su conformidad a derecho y el cumplimiento de los requisitos legales, lo elevará a escritura pública. La otra situación es cuando el procedimiento de mediación se hubiera iniciado con posterioridad al inicio de un procedimiento judicial que quedó en suspenso a la espera de la tramitación del procedimiento de mediación, en cuyo caso las partes podrán solicitar del tribunal la homologación del acuerdo alcanzado, e incluso su ejecución si fuera necesario.

6 · CONCLUSIÓN

No ha sido otro el objetivo de estas líneas que el de repasar las iniciativas que en estos momentos está desarrollando el Ministerio de Justicia con el fin de mejorar la competitividad de nuestra economía a través de la modernización de la Justicia y el Ordenamiento Jurídico. Es pronto aún para valorar cual-

quier impacto de las medidas en este ámbito. Sin embargo, por el alcance global de las reformas emprendidas y su ambición, tenemos la convicción de que estamos inaugurando un tiempo nuevo en que la Justicia desempeñará un renovado protagonismo a la hora de contribuir al progreso de España, al desarrollo de su tejido económico y productivo y al bienestar de sus ciudadanos.