

El papel del “Derecho” en la crisis. Algunos aspectos de la regulación financiera y de las grandes empresas en su relación con la Economía

Andrés Recalde Castells
Catedrático de Derecho mercantil
Universitat Jaume I Castellón

La crisis económica ha venido acompañada de un resurgimiento del interés por el Derecho. Foros académicos y organismos políticos debaten sobre la regulación de los mercados financieros, de los agentes económicos, las empresas y sus directivos. Ello representa un cambio radical respecto de la experiencia de liberalización y de supresión de toda cortapisa jurídica al desenvolvimiento de las empresas que caracterizó las últimas décadas. La desregulación se entendía a veces como supresión de las barreras que normas obsoletas (y a menudo determinadas desde intereses sectoriales) imponían a la iniciativa empresarial y a la competencia. Pero en otras ocasiones la experiencia estadounidense, y en general anglosajona, se invocaba para prescindir de toda ordenación legal o para sustituir la existente por reglas voluntarias emanadas de los mismos operadores. A veces ello se justificó en el carácter técnico de algunos sectores de la ordenación económico-empresarial, argumento que contó con cierto predicamento tanto en la ordenación contable como en la de los mercados financieros. La importación del modelo americano de regulación de las grandes corporaciones se sustentaba en su mayor flexibilidad, que se entendía más eficiente. La regulación de las sociedades anónimas debía efectuarse mediante “códigos” de “buenas prácticas” de voluntario cumplimiento porque, así, el mercado conduciría a la estructura de organización interna más ajustada. El mercado también permitiría identificar el criterio que debería guiar la gestión de las empresas, aunque aquí se aprecian tendencias contradictorias, pues al lado de la defensa de una gestión dirigida sólo al incremento del valor de las acciones resurgen propuestas que pretenden una gestión socialmente responsable en la que debían tenerse en cuenta los múltiples intereses afectados por estas empresas. En el ámbito académico nuevas corrientes proponían ampliar el poder de los jueces para producir Derecho y que éstos no se vieran limitados por el valor de “justicia”, pues sus decisiones deberían venir guiadas por los fines de la economía y, en particular, por el objetivo de buscar la solución más eficiente o menos costosa.

- Los cambios en la forma de afrontar la regulación de la economía y las empresas y los llamados “códigos voluntarios de buenas prácticas” son cuestionables desde los fundamentos del modelo constitucional que establece la legitimación para producir normas generales.

- Debe advertirse también de la falacia de la pretendida neutralidad y asepsia política de algunas propuestas que se arropan en el argumento técnico de la eficiencia, cuando realmente esconden un radical cambio político.
- Los argumentos económicos –y, sobre todo, el de la eficiencia y el ahorro de los costes de transacción– deben utilizarse con cuidado en las reformas legislativas de la economía y del régimen de las empresas, pues no pueden desconocerse otros fines (incluidos algunos de trascendencia económica, como el de la seguridad) que subyacen en opciones políticas diferentes.
- Es imprescindible una reflexión político-jurídica seria sobre la supervisión legal y el control de los mercados e instituciones financieras, que permita entender los elogios que el modelo financiero español ha merecido en el debate sobre la actual crisis.
- Es necesario reconsiderar seriamente algunos aspectos de la liberalización seguida en relación con las formas de contratación en los mercados de valores y con la ampliación de la libertad de emisión y colocación en el mercado de nuevos instrumentos financieros. Hoy se atribuye a la negociación no regulada o a algunos de estos productos la condición de causa directa de algunos de los más perniciosos efectos derivados de la crisis.
- Conviene replantearse la opción que hasta hace poco se ha seguido por un modelo contable que supuso un cambio radical respecto de los principios ordenadores, los fines y los intereses protegidos por la más prudente contabilidad tradicional europea. Aquellos cambios respondían a la influencia del modelo contable estadounidense abocado hacia los mercados; pero no son ajenos a algunos de los más graves problemas de solvencia empresarial constatados en el marco de la crisis.
- La crisis ha conducido a la recuperación (aunque ésta es realmente una cuestión tan vieja como la misma sociedad anónima) de las propuestas de incrementar los controles y la supervisión de los ejecutivos de las grandes empresas, cuya gestión tanto escándalo ha generado. Siguiendo el modelo estadounidense, ello intentaba hacerse sustituyendo el régimen legal imperativo por recomendaciones de voluntario cumplimiento. Pero los poderes públicos no pueden ser ajenos a la determinación de los fines que hay que proteger con el Derecho. Es cuestionable, en concreto, que la competencia para jerarquizar los intereses objeto de tutela recaiga en quienes más incentivos tienen para dañarlos o en el funcionamiento de un mercado que se ha demostrado incapaz de estimular a una gestión leal y correcta de las empresas.
- En el presente trabajo no sólo se cuestiona la forma de regular las grandes corporaciones, sino también se advierte de la necesidad de reflexionar sobre la más adecuada estructura interna del órgano de gestión de las grandes empresas, los sistemas de remuneración de los ejecutivos o la responsabilidad civil por los daños que éstos pudiesen causar. En relación con cada una de estos temas se cuestionan las propuestas que, sobre la exclusiva base de argumentos económicos, demasiadas veces han tendido a incrementar el poder de dirección discrecional de los grandes directivos empresariales.
- Al fin, debe volverse sobre el método de análisis de los juristas y sobre sus relaciones con los métodos de la ciencia económica. Las nuevas propuestas metodológicas que inducen a una exclusiva consideración de las razones y los fines económicos que dicen hallarse en el interior de las instituciones jurídicas corren el riesgo de representar una alteración del sistema de fuentes y comportan cambios políticos carentes a menudo del adecuado respaldo constitucional.