



*Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho  
Mercantil*

---

2014/83

Enero 2014

---

**PODER Y DINERO EN LAS GRANDES SOCIEDADES: VUELTA A LOS PRINCIPIOS**

**Ignacio Gomá Lanzón**

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.  
Universidad Complutense.  
Ciudad Universitaria s/n.  
28040 Madrid  
00 34 -913 94 54 93  
E-mail autor: [igl@notariado.org](mailto:igl@notariado.org)  
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense*  
<http://www.ucm.es/eprints>  
Copyright © 2013 por el autor

## **PODER Y DINERO EN LAS GRANDES SOCIEDADES: VUELTA A LOS PRINCIPIOS \***

**IGNACIO GOMÁ LANZÓN**

**NOTARIO**

**RESUMEN:** La cuestión de la distribución del poder en las grandes sociedades no es nueva pero se ha puesto de actualidad a medida que se han ido sucediendo las crisis económicas en las que se han visto involucradas las sociedades. En la crisis de 2008 esta cuestión ha jugado un papel destacado, al ir unida a la tendencia a la desregulación y sustitución por la autorregulación que ha imperado en los últimos treinta años, al hilo del análisis económico del derecho y de la posmodernidad en general. Se impone una reflexión sobre el papel que el derecho ha de jugar en los mercados y en la sociedad en general.

**PALABRAS CLAVE:** Desregulación, Códigos de Buen Gobierno, mercado, análisis económico del derecho, crisis, órgano social.

**ABSTRACT:** The issue of distribution of power within big corporations is not new. However, it is now in the limelight as corporations have gone through economic crisis. This matter played a key role in the 2008 crisis, since it was linked to a tendency of deregulation and to the replacement made by auto-regulation which has governed during the last thirty years, all of this in connection with both the economic analysis of the Law and post-modernity. A consideration is thus mandatorily made over the role that the Law has played regarding the Market and Society.

**KEY WORDS:** Deregulation, Code of Good Corporate Governance, Market, Economic analysis of the Law, Crisis, Corporate body.

---

\* Texto de la conferencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense "Restructuring of the financial system and new negotiation strategies", celebrado en Harvard Law School los días 7,8 y 9 de octubre de 2013, con el patrocinio de ALLEN & OVERY (Madrid), BANCO SANTANDER, ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE MADRID y COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA.

## SUMARIO:

<b>I.</b>	<b>EL DERECHO Y EL PROBLEMA DEL PODER EN LAS GRANDES SOCIEDADES .....</b>	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>ORÍGENES DE LA CUESTIÓN .....</b>	<b>7</b>
	A) El problema no es nuevo.....	7
	B) El inicio del problema .....	7
	C) La liberalización y sistema de transparencia.....	8
	D) La revolución gerencial .....	9
	E) Camino de la desregulación .....	11
	F) La catástrofe .....	14
<b>III.</b>	<b>CAUSAS DE LO OCURRIDO.....</b>	<b>16</b>
	A) Desregulación y crisis. El papel del Derecho.....	16
	B) Razones filosóficas, políticas y económicas de este pensamiento .....	21
	1. El cambio social y filosófico.....	21
	2. Economía, ética y Derecho.....	25
	3. Paralelismo con la política, y algo más.....	28
<b>IV.</b>	<b>QUÉ HACER AHORA .....</b>	<b>30</b>
	A) A la búsqueda de un nuevo paradigma.....	30
	1. El Derecho tiene un fin en sí mismo.....	30
	2. El Derecho ha de ser eficiente.....	34
	3. El Derecho ha de ser realista.....	41
	B) Conclusiones: Volviendo a los principios. El derecho es necesario pero no suficiente .....	43

## I. EL DERECHO Y EL PROBLEMA DEL PODER EN LAS GRANDES SOCIEDADES

Este es un trabajo jurídico, aunque se citen pocas leyes y casi ninguna jurisprudencia, pues lo jurídico no es sólo el Derecho positivo. El Derecho está emparentado con la Política, con la Economía, con la Sociología y con la Filosofía. Todas ellas, con sus propias herramientas y métodos, afectan al Derecho, aunque éste tiene también sus propios fines y sus propias herramientas. Y aunque es importante que cada disciplina mencionada conserve su independencia, ningún especialista, ni tampoco el jurista, puede ser un técnico alejado de la realidad que le circunda.

Por eso precisamente este trabajo se titula “Poder y dinero en las grandes sociedades: vuelta a los principios”. Es un título deliberadamente impreciso y general que me permitirá expresarme en términos también generales, aunque espero que no imprecisos. Bajo esta rúbrica se mezclan varios temas sobre los que hay multitud de bibliografía, todos diferentes pero próximos entre sí: la delimitación de facultades entre Junta y Consejo; la distribución de poder dentro de las sociedades y el Gobierno Corporativo; el declinar de la junta como órgano soberano; el fin de las sociedades, y concretamente si ha de ser sólo incrementar el valor de las acciones o algo más institucional que incluya a otros interesados; la responsabilidad social corporativa; la remuneración de los administradores de las empresas y específicamente de las entidades financieras, como factor esencial en la crisis; la responsabilidad de los administradores como elemento determinante en el cumplimiento de los deberes de lealtad y de protección a terceros. La idea fundamental de este ensayo es ponerlos todos en relación a través del punto que tienen en común, el poder y el dinero, y enfrentarnos a él no sólo como técnicos sino también, y sobre todo, como ciudadanos que viven en un mundo real.

Me ayudó a interesarme en este tema, aparte de ocasionales contactos con la cuestión de la distribución de competencias entre órganos sociales, la lectura de *La economía del fraude inocente*, del famoso economista John Kenneth

GALBRAITH<sup>1</sup>. Esta obra es el testamento intelectual del autor, fallecido en 2006, pues resume parte de su pensamiento, que no es el de un académico centrado exclusivamente en la teoría económica, sino el de un activista que extiende sus reflexiones a las consecuencias de la política económica en la sociedad.

La obra plantea la continua divergencia entre las creencias aprobadas y la realidad, que es la que al final cuenta. Se trata de una situación de la que –en su opinión– no podemos culpar a nadie en particular: la mayoría de las personas prefiere creer en aquello que le conviene creer, y por eso lo llama *fraude inocente*. El autor va desvelando en el texto “fraudes inocentes” en el mundo del trabajo, en la política exterior y militar y en las finanzas, deteniéndose particularmente en las grandes corporaciones y, concretamente, en el hecho de haberse producido en ellas la transmisión del poder de los accionistas a la dirección, aunque la creencia siga siendo que son los accionistas los que controlan a aquéllos, y la importancia que tiene este hecho habida cuenta del papel dominante de estas corporaciones en la economía moderna. También le parece fundamental el papel que tiene en la evolución de las grandes corporaciones el dato de que la remuneración de la dirección es en realidad fijada por ésta y no por los propietarios, como erróneamente se pudiera creer, considerando que esto a veces constituye un verdadero robo, particularmente cuando aquélla aumenta mientras las ventas bajan.

Y concluye: “He aquí el hecho fundamental del siglo XXI: un sistema corporativo basado en un poder ilimitado para el autoenriquecimiento”<sup>2</sup>. Obsérvese que el libro está publicado en 2004, mucho antes de la crisis actual (aunque con la de Enron ya producida).

Evidentemente, Galbraith no había descubierto el Mediterráneo. La cuestión del poder en las grandes corporaciones era muy antigua y objeto de numerosos estudios y seminarios, como algo sin duda mucho más complejo

---

<sup>1</sup> GALBRAITH, J.K.: *La economía el fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*, Crítica, (2004).

<sup>2</sup> *Ob.cit.* p. 55.

y general que la simple distribución legal de competencias entre los órganos. No, lo que estremecía un tanto de la obra citada no era exactamente lo que decía sino cómo lo decía: al final de su vida y con una amargura del que abandona una situación por imposible. Sin duda, las afirmaciones del autor tienen el punto demagógico de la estrella que está de vuelta de todo y desde luego no es un simplemente un frío técnico en economía, pues no vacila en criticar con dureza el sistema desde una perspectiva progresista. Pero no cabe duda de que sus ideas son evocadoras.

Es más, cabe decir que a Galbraith le faltó desvelar otro *fraude inocente*, quizá porque escribió en 2004: el de creer que esos problemas entre los accionistas y la dirección son una cuestión que sólo afecta a ellos y que el mercado la solucionará debidamente. A reflexionar sobre esta cuestión me ayudó el libro y el documental “Inside Job”<sup>3</sup>, que describe con crudo realismo hasta qué punto influyó la conducta criminal o fraudulenta en el desencadenamiento de la crisis.

Más adelante daré algunos datos. Ahora bástenos constatar que la crisis ha puesto sobre la mesa un hecho: los actos antijurídicos y a veces los simplemente inmorales no afectan sólo a los directamente interesados, sino a toda la sociedad. A través de la prensa se han constatado las consecuencias de los desmanes producidos a uno y el otro lado del Atlántico, aunque algunos nos quedemos con la sensación de que las responsabilidades no se han repartido debidamente.

---

<sup>3</sup> FERGUSON, C: *Inside Job*, Deusto, (2012). De este libro tomaré muchos datos para el examen de la actual crisis, pero conviene consultar también para la situación específica de Europa: LEWIS, M: “*Boomerang. Viajes al nuevo tercer mundo europeo*”, Deusto, (2012). El documental se titula también *Inside Job*, Sony Pictures Classics, Inc, 2010.

## II. ORÍGENES DE LA CUESTIÓN

### A) El problema no es nuevo

El problema del control de las grandes sociedades es un problema estructural que tiene su origen en la distribución atomizada del capital y la regulación de la estructura y la responsabilidad en las sociedades. El Derecho ha tratado de dar solución a este problema de muy distinta manera, en ocasiones no considerándolo como tal problema.

Apuntaré tres ideas: a) que el problema se ha agudizado siempre a raíz de las crisis económicas; b) que el acusado de producirlo no ha sido siempre el mismo; c) que en esta cuestión se engarzan otras subcuestiones como cuál es la finalidad de la sociedad y cuál ha de ser el papel de la regulación en todo esto. Estas ideas se confirman si se examina la evolución histórica de la cuestión<sup>4</sup>.

### B) El inicio del problema

En 1720 se produce la crisis de las compañías coloniales a consecuencia de un grave boom especulativo que el mismo Adam SMITH atribuyó al desinterés de los socios y a un defecto estructural que permitía un gobierno de estas organizaciones sin el control de la “junta de propietarios”, por lo que era natural esperar “que en el manejo de sus negocios prevaleciera la insensatez, la negligencia y el derroche”<sup>5</sup>. He aquí, pues, que el problema es la organización y el principal culpable es el gestor.

Ahora bien, respecto a la solución del problema, Adam SMITH, entendía que no había posibilidad alguna de reformar las cosas modificando la regulación del Consejo de Administración, por lo que prefería evitar que surgiera el problema: aconsejaba que los poderes públicos extremaran el cuidado en la dispensa de las autorizaciones para las sociedades por acciones, en aquellos

---

<sup>4</sup> Al respecto, v. GONDRA, J.M.: “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones”, *RDM*, núm. 269, (2008) pp.841-899.

<sup>5</sup> Citado por GONDRA *ob. cit.* p. 849.

casos que no procediera un privilegio exclusivo, limitándolas a las sociedades de utilidad pública en que las actividades sean “de mera rutina” (banca, infraestructuras, seguros).

Y la solución legal realmente aplicada fue cortar por lo sano: la *Bubble Act* declaraba la nulidad de las actuaciones realizadas a través de compañías constituidas irregularmente, sin carta del rey o autorización de la corona. Esta ley no solucionó el problema, porque no entró en su verdadero origen, y fue, además, patológicamente burlada.

### C) La liberalización y sistema de transparencia

En el siglo XIX el legislador inglés cambia de táctica ante las reiteradas burbujas que se van produciendo y liberaliza la constitución de las sociedades anónimas, que antes precisaba ley del Parlamento. A cambio impone la publicidad de las sociedades a través de un registro y establece una serie de obligaciones de transparencia (la *disclosure philosophy*), arrojando sobre los accionistas la responsabilidad de autoprotegerse, dado que tiene la oportunidad de informarse de la situación de la sociedad.

El régimen anglosajón influye en el Derecho continental, que sustituye también el sistema de control y monopolio de la constitución por un sistema de transparencia, publicidad y autoprotección de los interesados. No obstante, los requisitos de constitución y transparencia se agravan posteriormente creándose un esquema de “disposiciones normativas”. Se impone el esquema que corresponde a la época liberal: confianza en el individuo al que se la atribuye en correspondencia la responsabilidad, por lo que el que manda es el propietario a través de la asamblea, órgano soberano que tiene un poder ilimitado.

Por ello, en esta época es claro el culpable: tras el hundimiento de la Bolsa de Viena de 1873, Rudolf Von Ihering<sup>6</sup>, declara que “la posición del

---

<sup>6</sup> VON IHERING, R: *El fin en el derecho*, Editorial Heliastra, Buenos Aires, (1978). Como es bien sabido, Ihering propugna el análisis del Derecho partiendo de los intereses en juego y con agudeza señala que no hay traición posible cuando lo que dirige el negocio es el



administrador entraña una gran tentación. Incitada la codicia por el manejo permanente de los bienes extraños, se le presenta una ocasión favorable como a ningún otro para apoderarse de los mismos”. Sin embargo, Ihering, a diferencia de Adam Smith, consideró que la reforma del Derecho si podría corregir esta “imperfecta y funesta” institución.

#### D) La revolución gerencial

Entre el último tercio del siglo XIX y el primero del XX se produce en las economías más desarrolladas el nacimiento de unas macro-organizaciones de capital disperso que se distinguen por su tamaño y por la complejidad de su gestión. Ésta requiere la profesionalización y especialización de sus dirigentes, que cada vez es mayor, produciéndose un fenómeno que se ha denominado “revolución gerencial”, especialmente relevante en los Estados Unidos y Alemania, aunque de forma muy diferente en ambos países.

Alemania tenía una estructura de capitalismo muy dependiente de grandes accionistas-empresarios, ya fueran familias o instituciones financieras. Por ello, la preocupación no son ya los gestores sino los accionistas minoritarios, cuyo principal interés era la obtención de dividendos sin interesarse, sin embargo, por los asuntos de la compañía.

Ello, unido a la necesidad de reconstrucción del país tras la Primera Guerra Mundial, desemboca en una búsqueda de una dirección firme (el inquietantemente llamado “*führer prinzip*”) que a su vez implica la pertinente reducción de las competencias de la junta y una decidida vocación reguladora. Todo ello culmina en la ley de 1937, que delimita claramente las facultades de la junta en beneficio de la dirección. Tras la Segunda Guerra Mundial se establece el típico sistema dual alemán de dirección (Consejo de Vigilancia y de Administración) que se combina con la tesis institucionalista en cuanto a la personalidad jurídica y con una visión del interés social como algo más amplio que el interés de los accionistas, pues incluye también el de otros sujetos (trabajadores, acreedores).

---

propio interés; pero la garantía que da ese interés desaparece si el director es un extraño porque este va a dirigirlo según su interés particular (p. 112).

En Alemania, pues, los elementos esenciales son: a) un crecimiento del poder de los gestores; b) una vocación reguladora; c) la tendencia institucionalista en la estructura de la sociedad, que tiene personalidad jurídica diferenciada y órganos; d) la consideración de que el fin de la sociedad no es sólo la satisfacción de los accionistas, sino también la de otros interesados en ella.

En los Estados Unidos el cambio se produce de otra manera. El desarrollo se inicia primero en las empresas ferroviarias y luego en la distribución comercial y la industria. Este desarrollo, junto con la necesidad de articular una limitación en la responsabilidad, propiciaron el paso de un sistema de "incorporación" especial, con un acto legal para cada constitución, hacia un sistema de incorporación "general" en el que bastaba cumplir las normas establecidas por la ley. Esto produce una relajación en el control que genera cierta desconfianza social en la acumulación de grandes capitales, por lo que diversos estados establecieron normas limitadoras, para la protección del público en general, accionistas y acreedores, actitud complementada por la jurisprudencia estableciendo garantías añadidas. No obstante, acabó prevaleciendo la carrera desreguladora<sup>7</sup>.

En 1929 se produce la que hasta ahora se llamaba "gran crisis" y ello hace que se plantee si la dirección de las empresas había tenido alguna intervención en dicha crisis. A diferencia de la doctrina alemana, que culpa de la situación al accionista, la doctrina americana –y destacadamente BERLE Y MEANS<sup>8</sup>- puso mayor énfasis en el debilitamiento de la posición del

---

<sup>7</sup> Sin embargo, una Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (Paul v. State of Virginia, 1868) prohibió que un Estado obstaculizase las actividades interestatales. Ello determinó una carrera desreguladora ("race for the laxity", en palabras del juez Brandeis en 1933) que acabó con el triunfo de la tolerante legislación de Delaware. Posteriormente, la Sherman Act, de 1890, trata de impedir las actuaciones anticompetitivas de las grandes empresas en el comercio interestatal.

<sup>8</sup>Estos autores, en su conocida obra de 1932 *The Modern Corporation and Private Property*, imputaron a la desaparición del rígido marco legal anterior la causa de este cambio: se había producido una fuerza centrípeta en el poder, que se había concentrado en agregados de mayor tamaño y en grupos de control pequeños y con gran poder y una fuerza centrífuga en el accionariado, que se había dispersado y que pasa a ser un elemento pasivo. Constataron la existencia de una tendencia, defendida por los abogados de las grandes corporaciones, de justificar jurídicamente esta idea del poder ilimitado del grupo de control, que se entendía obtenido por bases cuasicontractuales y que debería ser abiertamente reconocida por el Derecho.

accionista, despojado de sus derechos por el grupo de control a consecuencia de la relajación del marco legal. Ello se considera una subversión del Derecho, pues eran los propietarios de las acciones quienes deberían ser los destinatarios de los beneficios y no el grupo de control, cuyos poderes son delegados pero que, de hecho, podían ser ejercidos contra los intereses de la propiedad a los que debían servir.

Ante ello, Berle y Means son partidarios de que el Derecho intervenga para equilibrar la situación, aunque son deliberadamente vagos en determinar qué tipo de intervención sería procedente, si bien parece que coinciden con la tendencia institucionalista de Alemania, que recibió el respaldo de Keynes, y que hoy se suele llamar *stakeholders model*. De otro lado, estiman que los directores deberían ser considerados lo que en el argot jurídico americano se llama *trustees*, fiduciarios, lo que les impondría ciertos deberes frente a los accionistas, pues esos standards de conducta del *common law* serían la única salvaguarda del propietario de las acciones.

No obstante, las preocupaciones de Berle y Means no impidieron la configuración de un sistema presidido por los siguientes rasgos: a) un crecimiento del poder de los gestores, quizá más descontrolado que el alemán; b) una vocación desreguladora; c) la tendencia contractualista en la concepción de la sociedad; d) se considera que el fin de la sociedad es principalmente la satisfacción de los accionistas.

#### E) Camino de la desregulación

En los años que siguieron a la Gran Depresión, es decir en las postrimerías del New Deal, predominan, por razones obvias, la intervención en la economía y las medidas de carácter social. En el ámbito europeo se instala una legislación claramente ordenancista, en la que se muestra una voluntad decidida de proteger a los grupos más directamente implicados en la empresa, con muchas normas de carácter imperativo que garantizaban la estructura financiera de la sociedad y evitaban los excesos de los directivos.

En el Derecho anglosajón, inicialmente se mantuvo formalmente el sistema del *shareholder model*, y los tribunales aplicaban el sistema del trustee a los grupos de control, en la forma recomendada por BERLE y MEANS, aunque los legisladores estatales siguieron en su *race for de laxity*, contenidos por alguna legislación federal en materia del mercado de valores.

A partir de los años 70 se producen importantes cambios. En el contexto económico, como es bien sabido, cabe destacar el progresivo aumento de la riqueza que desemboca en una elevación de la competencia, la internacionalización de los mercados financieros, la elevación del coste del capital y la proliferación de OPAS. El lema “reinvertir y crecer”, pasa a ser “desinvertir y distribuir”. Los mercados de capitales son los que empiezan a dirigir todos los ámbitos, incluida también la estructura jurídica de las organizaciones. El lema pasó a ser la eficiencia.

En la década de los 70 surgió en el ámbito anglosajón la *teoría económica de la empresa*. Esta teoría propugna una concepción de la empresa como una estructura organizativa que es el resultado de la negociación contractual entre los sujetos que participan en el proceso productivo, rechazándose la idea de una planificación autoritaria de la misma. Por otro lado, se considera la personalidad jurídica como una ficción legal y se devalúa la concepción del accionista como propietario, pues ahora se le ve simplemente como titular del sobrante económico después de retribuidos los titulares de los demás factores productivos.

Asimismo, se estima que la separación entre propiedad y control es un problema típico de las relaciones contractuales, concretamente del contrato de agencia, cuyos costes es preciso reducir al mínimo, si bien se entiende que ello nunca vendrá del legislador sino de la negociación, que será propia y específica para cada empresa. Y, por ello, en la disciplina de la conducta de los directivos lo esencial es el mercado, pues en definitiva la empresa no es sino un eslabón en el mercado, por lo que es preferible un control externo de éste que el interno de la propia empresa. Los directivos no podrán sustraerse al influjo del mercado y tenderán a reducir su discrecionalidad y alinearla con

los intereses de los accionistas, el *shareholder value*, que es la tendencia en el interés de la sociedad que empieza a predominar.

Estas ideas económicas se traspasan al ámbito jurídico por EASTERBROOK y FISCHER<sup>9</sup>. A partir de ellos, se concibe como principal función del Derecho la de facilitar la negociación entre los grupos involucrados, contribuyendo a minimizar los costes de transacción. Se busca así una estandarización de contratos, debiendo las normas ser pocas y básicamente dispositivas. En caso de que no hubiera acuerdo, la ley debería asignar los derechos a través de normas imperativas que reprodujeran la solución que las partes habrían previsiblemente adoptado. Todas estas ideas se alinean con el Análisis Económico del Derecho, que comenzaba a triunfar.

Ello generó un decaimiento de las regulaciones nacionales, que se vieron incompatibles con las tendencias marcadas por los mercados internacionales: se buscaba un gobierno corporativo “basado en el mercado”. Y no sólo en los países anglosajones sino que también Europa comienza a ver esta forma de concebir el Derecho como la más adecuada para avanzar en el proceso de armonización<sup>10</sup>. También comenzaron a abrirse camino nuevas técnicas o subdisciplinas como el “Corporate Governance” o la “Responsabilidad Social Corporativa”.

La técnica fundamental de estas nuevas tendencias de éstas es la creación de los códigos de buen gobierno, de naturaleza eminentemente voluntaria, a las que con el tiempo se añade la fórmula “cumple o explica”, regla con la que se quiere expresar que las compañías, fundamentalmente cotizadas, que no cumplan algunas de las recomendaciones de dichos códigos han de explicar por qué no lo hacen. Es, pues, un marco fundamentalmente voluntario y dispositivo, pese a que goce de cierta institucionalización a través de organismos reguladores y que haya una cierta línea de positivación que

---

<sup>9</sup> Cfr. EASTERBROOK, FH y FISCHER, DR: *La estructura económica del Derecho de las sociedades de capital*. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, (2002).

<sup>10</sup> Estas tendencias se reflejan en el Plan de Acción de 2003 de la Comisión Europea.

desemboca en que muchas de esas reflexiones y recomendaciones han acabado por convertirse en norma imperativa<sup>11</sup>.

#### F) La catástrofe

Los acontecimientos ocurridos en los últimos años resultan sobradamente conocidos, pero quizá convenga traer a colación los hitos más relevantes.

Hasta los años 80, el sector financiero todavía estaba regulado de acuerdo con normas que trataban de dar respuesta a la Gran Depresión: las leyes del New Deal trataban de evitar las burbujas financieras y el fraude. Hasta ese momento, la industria de la banca de inversión, la de los préstamos hipotecarios y la de los seguros estaban totalmente separadas y muy estrictamente reguladas. Eran industrias estables y aburridas. Los directivos estaban bien remunerados pero sin excesos: el doble de la renta media en USA.

La década de los 70 fue una época difícil para los Estados Unidos: las guerras, la competencia asiática, el descenso de la productividad y otros factores auguraban una fase de bajo crecimiento. Sin embargo, el mensaje político no fue el de la necesidad de incrementar el esfuerzo, el ahorro, la competencia y la educación sino el de que la solución era bajar los impuestos, quitar regulación y tener un ejército más poderoso.

Y este fue el santo y seña del gobierno de los Estados Unidos a partir de los 80. En el ámbito financiero, todo el sistema hasta entonces vigente se viene abajo: se desregularon las llamadas S&L (bancos y entidades de ahorro y crédito), comienzan a emitirse los llamados bonos basura, surgen las OPAS. Al principio estas medidas prestaron un servicio de financiación a empresas de tamaño medio e incrementaron la competencia, empujando a los administradores autocomplacientes en la línea de la *shareholders value*. Pero pronto comenzaron los abusos: conflictos de intereses y *revolving door* entre

---

<sup>11</sup> En USA por medio de la Sarbenes-Oxley Act de 2002 y en España a través de la Ley 44/2002 y la Ley 26/2003, de transparencia.

la Administración y la empresa a consecuencia de la desregulación; compras apalancadas (LBO) y troceo de las empresas que generan inmensas ganancias; se disparan las retribuciones de los banqueros; innovación financiera artificial (como los seguros de cartera) que produce burbujas. Y, efectivamente, la burbuja estalló a finales de los 80.

Una vez estabilizados los mercados llega la etapa Clinton. Fue una buena época por la revolución de internet y los sistemas estadounidenses de capital riesgo y *startup*. Pero también se creó el marco jurídico que, aunque ciertamente contribuía la eficiencia del sistema, lo volvía más frágil y vulnerable, haciendo posible la burbuja financiera. Como rasgos de esta etapa cabe señalar los siguientes:

En primer lugar, se acentúa el conflicto de intereses y el revolving door: se puso al frente de la política financiera a personas designadas por la propia industria (Rubin, Summers).

En segundo lugar, se acometió una profunda desregulación en materia financiera, al punto de que llegó a aprobarse una norma que prohibía cualquier regulación sobre los derivados negociados en mercados no organizados<sup>12</sup>.

En tercer lugar, se concentró el sector y se convirtió en un oligopolio: sobre todo por medio de fusiones<sup>13</sup>.

En cuarto lugar, se produce un incremento en la complicación de los productos financieros, como las cadenas de titulaciones para comercializar

---

<sup>12</sup> En 1994 el Congreso aprobó una norma que tenía por objeto evitar abusos en el mercado de créditos subprime, pero simplemente Alan Greenspan se negó a aplicarla. La ley Glass-Steagall, que ordenaba una estricta separación entre los bancos de inversión y los bancos comerciales fue moderada en 1996 y suprimida en 1999. Citigroup de hecho violó la norma antes de su abolición, pero Greenspan le dio una dispensa hasta la aprobación de la ley y poco después Rubin dimitió para ser vicepresidente.

<sup>13</sup> Por ejemplo, Morgan Stanley con Dean Witter, Nationsbank con Bank of America, JP Morgan con Chase Manhattan. Este oligopolio era muy propenso a la colusión pues aunque las entidades competían entre sí, también colaboraban en muchos aspectos, como lobbies, bufetes y expertos académicos.

hipotecas mediante instrumentos estructurados, extendido luego a las hipotecas subprime, de calidad inferior y con un enmascarado nivel de apalancamiento. Ello suponía un riesgo para el conjunto del sistema, aunque éste se pretendiera fiable a través de su aseguramiento por medio de compañías como la fatalmente caída AIG.

A finales de los 90 estalla una primera burbuja en EEUU y poco después el escándalo ENRON. En estos años se comprueba sin ningún género de duda que la banca de inversión había promovido compañías que iban a fracasar, sabiéndolo, para obtener beneficios rápidos o que había realizado un variado abanico de actuaciones ilegales<sup>14</sup>. Todos estos “percances” se saldaron con multas del regulador pero nadie fue condenado ni apartado de sus puestos.

Cuando Bush asumió el mando ya estaban servidos todos los ingredientes necesarios para este cóctel explosivo.

### III. CAUSAS DE LO OCURRIDO

#### A) Desregulación y crisis. El papel del Derecho

La evolución histórica que hemos examinado en el apartado anterior nos ha permitido sobrevolar las consecuencias que tiene el que la balanza de las relaciones de poder dentro de las sociedades bascule hacia una lado o hacia otro, tanto para quiénes forman parte de ellas como para terceros y para la comunidad en general.

También nos ha brindado la oportunidad de percatarnos de que en esa

---

<sup>14</sup>Señala FERGUSON (*Ob.cit.* p. 205 y ss) que la banca J.P. Morgan sobornó a funcionarios, la Banca Riggs lavó dinero del dictador Pinochet, Credit Suisse hizo lo propio con dinero iraní destinado, además, para el desarrollo nuclear, UBS asesoró a clientes para evadir impuestos, Citibank sacó de México 100 millones de dólares procedentes de la droga, Freddie Mac 125 millones de dólares, Fannie Mae por valor de 100 millones, y ésta última entidad de 1998 a 2003 exageró sus ganancias en 10.000 millones; Citibank, J.P. Morgan y Merrill Lynch coadyuvaron al fraude de Enron y pagaron 385 millones de multa, pero con la condición de que no tenían que admitir haber cometido delitos.



balanza del poder cabe usar diversas *pesas*, diversos elementos que pueden jugar un papel decisivo en ese equilibrio o desequilibrio del poder. Cabría citar: a) El mayor o menor deslizamiento del poder desde la junta al órgano de administración y en ocasiones a los directivos ejecutivos; b) La alternancia entre planteamientos relativos al interés de la sociedad más proclives al valor de la acción (*shareholders value*) y otros más proclives a incluir a otros muchos interesados en la empresa (*stakeholders value*); c) La dualidad entre planteamientos más institucionalistas, que resaltan la personalidad jurídica de la sociedad, y otros más contractualistas, que se centran en las relaciones internas; d) La dualidad entre posiciones más reguladoras y más desreguladoras.

Es interesante constatar que, para muchos, pudiera haber un alineamiento entre posiciones a favor del valor de la acción, planteamientos contractualistas y desreguladores y un mayor poder de los directores que aumentan sus ingresos con las *stock options*. Pero tampoco es exactamente así, pues hay quien dice que planteamientos institucionalistas y *pro stakeholders* permiten a los administradores planificar a más largo plazo y esto puede representar un mayor poder para ellos<sup>15</sup>. También puede entenderse que posiciones *pro shareholders* mantengan una posición respetuosa con terceros<sup>16</sup>.

En definitiva, cabe decir que seguramente ni *shareholders theories* ni *stakeholders theories*, ni contractualismo ni institucionalismo sirven para solucionar todos los problemas del gobierno corporativo, por lo que conviene

---

<sup>15</sup> FERNANDEZ DE LA GANDARA, L: "Administradores y junta general: nuevas y viejas reflexiones sobre distribución y control del poder en las sociedades cotizadas", en *RDBB* núm 104, (octubre-diciembre 2006), pp. 83-103. Señala este autor, comentando la necesidad de establecer mecanismos externos de supervisión, señala: "A ello empuja también una concepción institucional de la empresa que antepone las exigencias a largo plazo a los intereses individuales del accionista. La defensa del interés social se conforma de resta suerte como un presupuesto no sólo de la comunidad de la gestión sino de habilitación a los administradores para definir las estrategias de la sociedad frente a los restantes intereses que confluyen en la actividad de la misma" (pp. 90 y ss).

<sup>16</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Blog Derecho Mercantil, el 22 de octubre de 2010 <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2010/10/el-interes-social-planteamiento.html>) señala que desde el punto de vista mercantil el interés es propio de los accionistas, pero eso no significa que otras ramas del Derecho no protejan a esos terceros.

ir superando estas distinciones. En definitiva, se supone que es necesaria la creación de valor para la acción, pero de tal modo que no imponga cargas indebidas ni a terceros ni a la sociedad en general<sup>17</sup>.

Sin embargo, creo que hay un elemento transversal a todas esas *pesas* que afectan al equilibrio de las grandes sociedades *y es que en todas ellas influye la conducta humana y los incentivos que afectan a esa conducta, para lo cual es determinante la mayor o menor intervención de la comunidad a través del Derecho*. Y es este elemento sobre el que principalmente quiero hacer girar mis reflexiones.

En efecto, interesa constatar en este momento un hecho humano que, a mi parecer, ha sido clave en el devenir de la crisis última y, seguramente, también en las demás: todos los actores del sistema, desde los prestamistas hasta operadores de bolsa, pasando por las agencias de calificación, recibían enormes retribuciones en efectivo sobre ganancias a corto plazo<sup>18</sup>, viciadas de conflictos de intereses y sin ninguna penalización en caso de pérdidas ulteriores; casi nadie arriesgaba su propio dinero ni tenía ningún incentivo para una actuación ética. Había una total desconexión entre decisiones y responsabilidad y una total conexión entre decisiones y remuneración: ciertas decisiones económicas producían enormes bonus, pero las consecuencias negativas de la equivocación recaían sobre terceros, en parte porque los productos se titulizaban y transmitían y en parte porque quienes realmente tenían el poder eran los ejecutivos que percibían esos bonus<sup>19</sup>, sin

---

<sup>17</sup> Así lo entiende PÉREZ CARRILLO, EF: "Introducción. Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social de las empresas" en *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, (coord. Pérez Carrillo), Madrid, (2009), p.30.

<sup>18</sup> Como dato estadístico, el New York Times publicó que en los años 40 el saldo medio de los ejecutivos era 56 veces el medio de los trabajadores y a partir de los 90 crece exponencialmente hasta representar el doble y de 100 a 700 veces en los más altos.

<sup>19</sup> Señala FERGUSON (*Ob.cit.* p. 75) que la entidad de crédito ya no tenía por qué preocuparse de si el deudor pagaba, pues las hipotecas se vendían. Y para conseguir los créditos bastaba con dar buenas primas a sus agentes que en la práctica eran sobornos para que empujaran a los prestatarios a asumir créditos caros. Es muy importante también que las agencias de calificación empezaron a cobrar del emisor y no del comprador de los valores, por lo que rebajar un valor suponía poner furioso a un cliente importante. También los incentivos de las agencias de seguros eran perversos: AIG retribuía a los empleados mediante primas anuales en función del número de seguros: las pérdidas eran problema de la compañía.

que existiera penalización efectiva por las pérdidas que sufrieran los clientes o incluso los accionistas.

Es evidente que esos incentivos y esa libertad de actuación mejoraron muchísimo la eficiencia del sistema y los ingresos de los implicados. Pero, muy probablemente, fueron también en buena parte los causantes del crack financiero y, de haberse intervenido en el sistema –de la única forma en que la comunidad puede y debe intervenir, que es la legal- quizá las consecuencias no hubieran sido esas. Ahora bien, cuando hablamos de intervención no nos referimos, como se aclarará más adelante, a la cantidad de *legislación* sino a la actuación correcta y *eficiente* del legislador en la supresión de incentivos perversos y la protección de quienes pueden ser perjudicados.

Por supuesto, no existe en las ciencias sociales, como en las experimentales, un método científico que permita demostrar las cosas de un modo irrefutable. El estudioso puede tener intuiciones o convicciones pero no es fácil saber si una cosa es causa de la otra, pues lo que está antes de un efecto no quiere decir que sea su causa (la falacia latina *post hoc ergo propter hoc*). Pero desde mi punto de vista existe una vehemente sospecha que la catástrofe económica en que estamos obedece en una parte a la lenidad y blandura de la ley en materia de Gobierno Corporativo o incluso el abandono por el Derecho de su papel conformador de la sociedad de acuerdo a ideales preestablecidos, sin perjuicio de reconocer, como luego haré, que ello se enmarca en algo más amplio. Es más, existe la sensación de que no se ha producido un verdadero debate sobre esta cuestión y que el mundo del Derecho, aunque apunta tímidamente soluciones, se muestra remiso a sacar las conclusiones adecuadas de todo lo que ha ocurrido y parece sometido a una especie *síndrome de Estocolmo* con la Economía.

Es preciso reconocer, no obstante, que no es que los problemas se hayan olvidado. Es obvio que el nacimiento de disciplinas como las llamadas “Gobierno Corporativo” o “Responsabilidad Social Corporativa” responden a esta preocupación. El primero centra su objeto en la necesidad de sistematizar las soluciones a los problemas derivados de la separación de

propiedad y poder en el seno de las sociedades, así como el impulso de la transparencia o la investigación de cuál es el interés social. La segunda busca el modo de adoptar decisiones sobre la base de criterios éticos y el respeto a la Ley, considerando los intereses de trabajadores, comunidades afectadas y medio ambiente. Es decir, se reconoce que existe un problema en la distribución de poder dentro de las sociedades debido a una separación del control de los propietarios de la gestión, y que es necesario implicar a otros terceros afectados por la sociedad. Lo que ocurre es que buena parte de este movimiento piensa que las carencias de las sociedades cotizadas debe superarse no con normas jurídicas, sino mediante reformas de hecho en la organización de tales sociedades por vía de autorregulación y por consejo de los que rodean al mercado (agentes supervisores, agencias de valoración...)<sup>20</sup>.

Ocurre en este ámbito lo que ha ocurrido en otros, como en la educación. La sociedad coincide en que es preciso educar a los niños: la cuestión es si debe realizarse de una forma jerárquica y disciplinaria, como en los tiempos antiguos, o de una forma libre en la que hay que evitar la disciplina y la coacción, dejando que el niño se desarrolle espontáneamente jugando o con un mínimo de sugerencia como, parece, mandan las últimas tendencias pedagógicas. O si existe una tercera vía que, corrigiendo los excesos de la posmodernidad, recoja los últimos avances en todas estas disciplinas, y los

---

<sup>20</sup> En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F: "El declinar de la Junta y el buen gobierno corporativo", en *RDBB*, nº 104 (octubre-diciembre 2006), pp. 9-35, señalaba que en el intento de revitalizar la Junta General ha participado con mayor o menor énfasis el Gobierno Corporativo. Este movimiento surgido en Estados Unidos ha tenido un gran influjo, dando lugar a recomendaciones y códigos de Buen Gobierno, lo que ha originado una literatura ciertamente abrumadora y en gran medida reiterativa. Las recomendaciones del *Corporate Governance* han sabido penetrar no sólo en aquellos ordenamientos básicamente dispositivos sino también en aquéllos en los que las normas son más coercitivas, sobre la base de estimar que el juicio del mercado sobre la eficiencia de los gestores es positivo para el desarrollo de la sociedad. Se piensa que desde la perspectiva del Buen Gobierno es al mercado al que corresponde el control del cumplimiento por parte de los dirigentes de sus recomendaciones y que este control es más eficaz que el que pueda desempeñar el régimen jurídico, por medio de una vigilancia administrativa o por la intervención de los tribunales de justicia. Buena parte de este movimiento piensa que las carencias de las sociedades cotizadas debe superarse no con otras normas jurídicas, sino mediante reformas de hecho en la organización de tales sociedades por vía de autorregulación y por consejo de los que rodean al mercado (agentes supervisores, agencias de valoración...)

aúne con otros principios más antiguos, pero también sabios, produciendo una síntesis fructífera.

Es esto, precisamente, lo que pretendo en este trabajo. Me parece obvio que hay que plantearse si la técnica de los Códigos de Buen Gobierno, voluntarios y difícilmente coercibles, más que por vía reputacional, pueden seguir siendo considerados los medios principales para lograr buenas prácticas corporativas; y también si la autorregulación es el camino más adecuado para evitar y proscribir abusos internos, por ejemplo en materia de remuneración o fraudes, ya sean en el ámbito financiero o no.

Pero antes de realizar propuestas, procede reflexionar sobre el marco en el que se creó la mentalidad desreguladora, pues de otro modo no puede combatirse adecuadamente. A eso dedicaremos el apartado siguiente.

#### B) Razones filosóficas, políticas y económicas de este pensamiento

Apuntaba en el apartado anterior que las razones de esta tendencia regulatoria -o desregulatoria- son de amplio espectro y no se limitan al ámbito estrictamente jurídico. Afectan a otras muchas parcelas de la actividad humana, como la educación, pero también a cualquier otra relación social o forma de proceder en comunidad entre las que cabe destacar la política, las relaciones laborales, la familia, la moda o el periodismo. Y ello es así porque se enmarca en una forma de pensar y de ver la vida diferente de la que regía hace menos de un siglo y que en ese breve tiempo ha alterado nuestra forma de proceder. Veamos algunos de estos cambios, en las partes que especialmente nos interesan.

##### 1. El cambio social y filosófico

El proceso desregulatorio se enmarca en otro proceso más amplio, de tipo filosófico y sociológico al que conviene dedicar unas palabras: la posmodernidad.

Hasta la Segunda Guerra Mundial el mundo vivió el imperio de la razón, la sociedad occidental existente hasta principios del siglo XX, era una sociedad segura y ordenada<sup>21</sup> En esta sociedad, había que sumergir al individuo en reglas uniformes, eliminar en lo posible las elecciones singulares y ahogar las particularidades idiosincrásicas en una ley universal, sea la “voluntad general”, las convenciones sociales, o reglas fijas y estandarizadas. Esto tenía fuerza de imperativo moral y exigía abnegación y sumisión a ese ideal colectivo que se consideraba superior a los intereses individuales.

Pero después de las catástrofes de que ha sido testigo el siglo XX, y particularmente desde la Segunda Guerra Mundial, el valor de la razón perdió su fuerza por no haber conseguido materializar los ideales ilustrados que se había fijado como objetivo, pues en vez de garantizar una auténtica liberación dio lugar a una esclavitud real al pretender mediante la disciplina, la jerarquía y la sanción obtener del individuo una conducta estandarizada y normalizada, óptima para mejorar la producción. A ello se une, como un elemento clave, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, un desarrollo extraordinario del consumo, que ya no está limitado a la clase burguesa sino que se convierte en un fenómeno de masas.

La ruptura del ideal de la razón y el consumo de masas dan paso a la sociedad posmoderna en la que todas las trabas institucionales que obstaculizaban la emancipación individual se resquebrajan y desaparecen, dando paso a un proceso de *individualización*<sup>22</sup> o *personalización*<sup>23</sup>, en el que lo que cuenta es la manifestación de deseos personales, la realización individual, la autoestima. Las grandes estructuras socializadoras pierden autoridad, las ideologías dejan de ser vehículo de las conductas, los

---

<sup>21</sup> ZWEIG, S: “El mundo de ayer. Memorias de un europeo”, El Acantilado, 2001, p. 46 señalaba que “...fue la edad de oro de la seguridad ...era un mundo ordenado, con estratos bien definidos y transiciones serenas, un mundo sin odio”, en el que las personas “a los cuarenta años eran ya hombres gordos, respetables...andaban despacio, hablaban con comedimiento, se mesaban las barbas bien cuidadas...”.

<sup>22</sup> BECK, U; BECK-GERNSTEIN, E.: *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Paidós, (2003).

<sup>23</sup> LIPOVETSKY, G: *La era del vacío*, Anagrama, (2002).

proyectos históricos ya no movilizan y desaparecen lo que en Filosofía se llaman metarrelatos, explicaciones unificadas de la vida.

La posmodernidad (con las dificultades intrínsecas que tiene definir un fenómeno de por sí desordenado y complejo) significa que el individuo se libera de las normas tradicionales, de los roles preestablecidos, de la tiranía del futuro y del ahorro, de la disciplina y de la jerarquía; las conductas ya no son impuestas, sino elegidas y asumidas por los individuos, y la finalidad máxima es la realización personal, el *carpe diem*; se distingue entre un mundo público lleno de normas y un mundo privado sin normas; se extiende la preferencia por la seducción, el acuerdo y el diálogo frente a la norma, la imposición o la coacción<sup>24</sup>.

Todo lo ello tiene un elemento positivo de liberación de ataduras a veces innecesarias o irracionales. Pero no todo es liberación: la posmodernidad ha traído nuevas ataduras y no disponemos de las herramientas necesarias para liberarnos de ellas. El control social sigue existiendo, lo que ocurre es que la manera de ejercer dicho control varía. Ahora se ejerce a través de la seducción, mediante una incitación constante al consumo en un marco de posibilidades casi infinitas<sup>25</sup>.

Y, por supuesto, el Derecho no es ajeno a la posmodernidad. La ya más que centenaria lucha entre las tendencias formalistas y las tendencias finalistas

---

<sup>24</sup> Tuve ocasión de tratar este tema en el trabajo "*Crisis, posmodernidad y pulsiones*" en el núm. 27 (sep-oct 2009) de la revista *El Notario del Siglo XXI*, y también, con ocasión de un contrato tan particular como el protocolo familiar, paradigma de contrato posmoderno, en "*El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*", obra colectiva publicada por Thomson-Civitas, 2006, (pp. 125 a 189), que publica los trabajos del Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en julio de 2004.

<sup>25</sup> Por otro lado, la liberación de los roles y constricciones antiguas ha dado lugar a un nuevo dilema individual: el camino ya no está marcado y el individuo ha de tomar muchas decisiones en un mundo más complejo. Cuando los roles estaban preestablecidos, el individuo sabía lo que tenía que hacer, aunque no le gustara; ahora goza de libertad, pero no es fácil saber qué es lo correcto. En el aspecto ético, el hedonismo individualista, al minar las instancias tradicionales de control social y al expulsar del campo social toda trascendencia, priva de referencias a cierta cantidad de individuos y propicia un relativismo inmoderado.

parece decantarse en los últimos tiempos por estas últimas<sup>26</sup>, rompiendo con los valores racionalistas del método deductivo racional en el que se aplica la norma que proceda con independencia de sus consecuencias sociológicas. Ello significa que en la interpretación y aplicación de la ley trata de buscarse más los intereses en juego que el adecuado cumplimiento del silogismo legal y que en la creación de la norma prima más la idea de convenio que la de imposición, la de asunción voluntaria que la de la pirámide normativa (convenios con la Administración, como los urbanísticos, privatización de servicios, autorregulación), sin que ello, paradójicamente, sea incompatible con la proliferación de normas de toda laya.

Es en este caldo de cultivo donde se desarrolla un tipo de persona por un lado muy libre y dueño de sí mismo pero, por otro, demasiado preocupado por sí mismo, codicioso, no demasiado sujeto a normas morales y lo justo a las jurídicas. Y este sujeto se mueve en un ambiente de desprestigio de las normas e instituciones jurídicas –por ejemplo la junta general de la sociedad– que se convierten en lo que el sociólogo Ulrich BECK llamó *categorías zombis*, escritas en el papel, pero más muertas que vivas<sup>27</sup>. Un mundo en el que se prefiere impulsar, seducir y convencer a través de Códigos de Buen Gobierno que imponer coactivamente mediante normas.

---

<sup>26</sup> Hoy se busca una justicia material obtenida más bien con métodos intuitivos y empíricos, con el caso más extremo de la escuela del Derecho Libre en la que hay un explícito antinormativismo, una ruptura entre la lógica y el Derecho, en busca de la solución justa para el caso concreto según la entienda el juez. Estas posiciones, quizá reacción lógica al positivismo exacerbado de antaño, tienen sin embargo el grave inconveniente de la disolución de la objetividad del Derecho en un voluntarismo subjetivista, con la correspondiente inseguridad jurídica para los ciudadanos.

<sup>27</sup> Señala BECK (*ob.cit.* p. 340) tomando como ejemplo la familia, que la individualización presiona las viejas estructuras y emerge una nueva familia negociada, provisional y compuesta de múltiples relaciones: la posfamilia. Pero la liberación de las antiguas categorías (que él llama la “desincrustación”) produce o crea nuevas formas de reintegración o control (“reincrustación”) en la que el individuo debe convertirse en agente de su propia identidad. Son “*categorías zombis*”, que están muertas y vivas al mismo tiempo. La familia es un buen ejemplo, porque el divorcio, las nuevas nupcias, por ejemplo, multiplican los abuelos, hermanos, y padres políticos y el papel de mayor importancia de unos y otros o su inclusión o exclusión en el círculo del sujeto tiene que determinarse por decisiones o elecciones individuales.



## 2. Economía, ética y Derecho

Una segunda cuestión importante para la materia que estamos estudiando es la identificación entre Economía y Derecho, fruto en buena parte, sin duda, de los cambios sociológicos a los que hemos aludido en el punto anterior, que impulsan un individualismo liberador, un consumismo, y un eficientismo que, quizá, hagan olvidar la existencia de otros valores que se deben conservar.

Para reflexionar sobre ello me valdré del profesor Michael J. SANDEL<sup>28</sup>, que planteaba unas interesantes cuestiones que nos hacen reflexionar y nos vienen muy a propósito. El profesor se plantea: ¿es lícito y moral pagar por tener una celda más cómoda en la prisión?; ¿y pagar 1500 dólares al año por tener el teléfono móvil de tu médico?; ¿y pagar para que tu hijo no muy brillante entre en una universidad prestigiosa?

Sandel utiliza estos interesantes interrogantes para poner sobre la mesa la pregunta de si todo se puede comprar y vender y hasta qué punto poner precio a las cosas no las ha corrompido, y no hemos pasado de *tener* una sociedad de mercado a *ser* una sociedad de mercado, en la que los valores mercantiles penetran en todos los aspectos de la vida humana. SANDEL se lamenta de que la crisis de 2008 no ha incitado a una reconsideración fundamental del papel de los mercados

El vacío moral que se encuentra en el discurso público se debe, por un lado, a la idea de que hay que desterrar de éste cualquier debate sobre cuál es la vida mejor con el objeto de evitar luchas sectarias sobre convicciones morales y espirituales. Pero también el razonamiento mercantil tiene su parte de culpa: el atractivo de los mercados estriba en que no emite juicios morales sobre las preferencias que satisfacen, no pregunta qué valores son mejores que otros y ello drena del discurso público toda energía cívica y contribuye a una política tecnocrática de mera gestión. Si estamos de acuerdo en que comprar y vender ciertos bienes los degrada, entonces

---

<sup>28</sup> SANDEL, M.J.: *Lo que el dinero no puede comprar*, Debate, (2013).

hemos de creer que determinadas maneras de valorar son mejores que otras, pues no tiene sentido hablar de corromper una actividad si no pensamos que determinadas maneras de ser padre o ciudadano no son mejores que otras. Cuando pensamos en inmoralidad pensamos en Wall Street y sus manejos, pero el reto moral y político es más amplio: el alcance de los mercados en nuestras prácticas sociales.

Estas reflexiones de SANDEL sobre moral y mercados, sirven para enfocar el papel del Derecho en relación a estas cuestiones. Ya hemos visto anteriormente cuál ha sido el enfoque de la Teoría de la Empresa y del Análisis Económico del Derecho al respecto. Como antes señalaba, cabe decir que, la idea principal era que la función del Derecho es simplemente facilitar esa negociación entre los grupos involucrados, contribuyendo a minimizar los costes de transacción. Se busca una estandarización de contratos, debiendo las normas ser pocas y básicamente dispositivas. En caso de que no haya acuerdo, la ley deberá asignar los derechos a través de normas imperativas que reproduzcan la solución que las partes habrían previsiblemente adoptado, con el objeto de evitar costes de transacción. Se basa en la idea de la empresa como un nexo de contratos.

Las posiciones a favor y en contra del Análisis Económico del Derecho son bien conocidas, sobre todo en el ámbito europeo. En España cabe citar a GONDRA que realiza un profundo análisis de la teoría de los contratos para acabar señalando que el esfuerzo realizado no compensa lo que ha hallado. Básicamente, critica que la *teoría de la empresa* se presenta como una teoría positiva cuando tiene un mensaje subliminal: la desregulación; que usa diversos enfoques metodológicos a su conveniencia y que es supuestamente empírico siendo falsa su premisa menor: que la sociedad sea un nexo de contratos. La teoría económica de la empresa no es lógica, y la considera muy endeble y basada en un prejuicio ideológico resultante de la alianza de un grupo de economistas con un movimiento liberal-conservador de los años 70 y siguientes<sup>29</sup>. En cambio, ALFARO AGUILA-REAL escribió contra estas

---

<sup>29</sup> GONDRA, JM: "La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos", *RDM*, núm. 278, (octubre-diciembre 2010), pp. 1171-1231.

ideas estudiando si el Análisis Económico del Derecho estaba adaptado a la Constitución y, relacionando la eficiencia con una cuestión del libre desarrollo de la personalidad, concluye que son perfectamente compatibles<sup>30</sup>.

Sin duda en ambas posiciones hay algo convincente y, como en toda cuestión técnica que se relaciona con cuestiones más amplias, como la forma de ver la vida o nuestra visión de la sociedad, hay un mayor riesgo de error o de sesgo cognitivo<sup>31</sup>.

Probablemente yo también padeceré algún sesgo cognitivo, pero diré que pienso que, aunque el Análisis Económico del Derecho ha prestado un gran servicio al haber permitido enfocar las cuestiones jurídicas desde el punto de vista de su eficiencia, su exageración puede llevar a la desaparición del Derecho mediante su identificación con la Economía; y ello no es una simple defensa corporativa, sino la constatación de que ello implica una renuncia a la valoración democrática de los actos y por tanto a su control jurídico.

Valgan, pues, como crítica al Análisis Económico del Derecho las ideas de Sandel que anteriormente he citado: no a todo puede ponerse un precio. O los argumentos, más próximos al Derecho, que daba Rodrigo TENA, al indicar que esta teoría está basada en un doble individualismo: el *metodológico*, que supone que los hombres persiguen su propio provecho individual sin dejarse llevar por categorías morales, el hombre racionalmente egoísta; y el *normativo* que presupone que los miembros saben lo que les conviene. En realidad, ambas presuposiciones son falsas, pues hay un sentimiento natural de repulsa ante ciertas acciones eficientes pero injustas

---

<sup>30</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Imperialismo económico y dogmática jurídica", *RDM*, núm. 233, (julio-septiembre 1999), pp. 925-976.

<sup>31</sup> Sesgo cognitivo es una opinión o prejuicio, un procedimiento mental de simplificación (heurística) que, si bien con carácter general puede ser útil para la vida corriente, puede dar lugar en ocasiones a errores o sesgos (*biases*) porque no se basan en hechos irrefutables sino en la información disponible, aunque ésta no sea lógica. Por ejemplo, el *sesgo de confirmación* es la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrealora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma. Aparte esta el sesgo de subirse al carro: seguir a las masas y el sesgo del statu quo, el de que nada cambie. Con ello quiero decir que en esta cuestión no es difícil dejarse arrastrar por los prejuicios o, digamos, previas posturas que tenga uno en relación a cómo ha de ordenarse la sociedad.

(y además los contratos afectan sólo a las partes, sino a muchos más interesados); y, por otro lado, las partes no siempre saben lo que les conviene, pues existen enormes asimetrías informativas<sup>32</sup>.

E, independientemente de las reflexiones teóricas, cabe decir que hay algo que debe haber fallado, pues los hechos están ahí.

### 3. Paralelismo con la política, y algo más

Pero junto a esas causas de tipo psicológico individual, no me resisto a dar algunas pinceladas de tipo político, en dos sentidos:

Por un lado, resulta francamente llamativo el paralelismo que encuentro entre ese desplazamiento de poder a favor de los directivos de las grandes sociedades con el que se ha producido en nuestras instituciones políticas: el Parlamento, igual que la junta general de las sociedades, ha quedado reducida a una *categoría zombi* de las que hablaba Beck, una especie de *walking dead*, en la práctica controlada por el poder ejecutivo, que a su vez está dominado por unas organizaciones como son los partidos políticos -muy poco regulados y bastante oligocráticos en España- que son los que verdaderamente detentan el poder.

Pero, si lo miramos bien, no se trata de una simple coincidencia, sino de algo más profundo, algo en el que existe una cierta conexión de fondo: se trata de la creación de élites al amparo de la desregulación y el dogma de la maximización del beneficio. Trae a colación Niall FERGUSON en “La gran degeneración” una frase de Adam Smith: que los países llegan a un estado estacionario cuando sus leyes e instituciones degeneran hasta el punto de que todo el proceso económico y político está dominado por una élite orientada a la búsqueda de ingresos<sup>33</sup>. En este mismo sentido, los politólogos ACEMOGLU y ROBINSON han achacado al funcionamiento “no inclusivo” de las

---

<sup>32</sup> TENA ARREGUI, R: “Instinto Jurídico contra análisis económico (con un comentario sobre las modificaciones estructurales)”. *Documento de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Universidad Complutense*. Noviembre de 2010 (<http://eprints.ucm.es/11652/>).

<sup>33</sup>FERGUSON, N: *La gran degeneración*, Debate, (2013).

instituciones las razones fundamentales de que los países fracasen económicamente, señalando que las malas instituciones fomentan la creación de elites extractivas y parásitas que impiden la modernización. Destaca especialmente el fenómeno de la puerta giratoria o *revolving door* de políticos y directivos, que van entrando y saliendo de las cúpulas de ambas pirámides. Este hecho muestra ostensiblemente el punto de contacto de ambos mundos y la connivencia de grandes elites políticas y económicas, con la consecuencia obvia de la captura del regulador, que muestra lenidad y blandura respecto de esas élites a la vista de que en cualquier momento sus integrantes van a pasar a formar parte de ellas<sup>34</sup>.

Y esto es muy importante, dado que afecta de algún modo al sistema democrático. Y no sólo porque, como dice Niall Ferguson respecto a los Estados Unidos, el auge de las finanzas predatorias haya propiciado una nueva oligarquía (un uno por ciento de la población, que concentra buena parte de la riqueza) mientras el resto ve reducido su sueldo medio, el nivel de educación o la sanidad<sup>35</sup>; sino porque se ha impuesto una forma de legislar y resolver los problemas públicos que impulsa confiar a los regulados la resolución de cuestiones que les incumben pero que también interesan, en el sentido de que afectan, al resto de la comunidad, haciendo dejación de las responsabilidades públicas que se les han confiado, cuando no dejándose capturar dolosamente en la esperanza de un futuro personal mejor, cumpliendo así la ley de Acemoglu y Robinson de que las instituciones extractivas se retroalimentan en un círculo vicioso difícil de romper.

---

<sup>34</sup>ACEMOGLU, D y ROBINSON, J.A.: *¿Por qué fracasan las naciones?*, Deusto, (2012). Distinguen entre instituciones inclusivas e instituciones extractivas según favorezcan o no la participación y la pluralidad, y con ello la regeneración y la innovación, destacando que en los países que fracasan suele haber una élite extractiva que quiere reservar para sí el máximo de recursos mediante el nepotismo, la falta de transparencia y todo tipo de recursos que impiden la inclusión de grandes masas de la población, y conduciendo a los países en el estancamiento.

<sup>35</sup> *Ob.cit.* p. 17

#### IV. QUÉ HACER AHORA

##### A) A la búsqueda de un nuevo paradigma

Situada la cuestión en una perspectiva más amplia -global, filosófica, sociológica, vital- podemos también enfrentarnos a ella con más conocimiento de causa. La cuestión tiene diversas facetas que están relacionadas entre sí. No es suficiente con meras reformas sino que es necesario un cambio de paradigma o un marco de pensamiento diferente.

Decía George LAKOFF, neurolingüista, que todos nos movemos por marcos de referencia. Los marcos son estructuras mentales que conforman nuestra forma de ver el mundo, nuestras metas y planes, y que pertenecen al inconsciente cognitivo. Dice Lakoff que el primer ejercicio que pone a sus alumnos es decirles que no piensen en un elefante: al parecer ninguno lo ha conseguido, incluso aunque se lo prohíban, por la fuerza evocadora del marco (animal grande con orejas y trompa)<sup>36</sup>. Pues bien, hemos de cambiar este marco líquido en el que ahora nos encontramos.

Como decía Habermas, la Modernidad constituye un proyecto inacabado y en lugar de abandonar ese proyecto como una causa perdida deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la modernidad.

En mi opinión, el nuevo paradigma debería contenerse entre varios márgenes, como los siguientes que pasamos a analizar: 1. El Derecho tiene un fin en sí mismo. 2. El Derecho también ha de ser eficiente. 3. El Derecho ha de ser realista. 4. El Derecho es necesario, pero no suficiente.

##### 1. El Derecho tiene un fin en sí mismo

El Derecho ha de recuperar el papel que le corresponde, autónomo en sus planteamientos e instrumentos pero a la vez instrumento para encaminarnos

---

<sup>36</sup> LAKOFF, G: "No pienses en un elefante", Foro Complutense, (2011), p. 23.

hacia la visión de la sociedad que consideramos justa. Es decir, el Derecho tiene una función conformadora de la sociedad y tiende a un ideal, partiendo de una imagen del mundo y de la convivencia que considera buena, frente a otras que no considera tan buenas, o, directamente, que considera malas; pero ello lo hace de acuerdo con su metodología y reglas, diferentes de las de la Ética, la Economía o la Sociología.

Decía Norberto BOBBIO que, frente a toda norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: si la norma es justa o injusta (lo que corresponde a la Filosofía del Derecho); si la norma es válida o inválida (lo que corresponde a la Ciencia jurídica) y si la norma es eficaz o no lo es (lo que correspondería a la Sociología del Derecho)<sup>37</sup>.

Y cabe decir que, desde hace siglos abundan las polémicas acerca de cuál de esos elementos es el que prima en la definición de Derecho, difícil cuestión que ha venido a ser considerado como el paradigma de la ambigüedad.

Así, las teorías *sociologistas o realistas* privilegian el elemento de la eficacia del Derecho, en cuanto dotado de vigencia social, comprobada en su capacidad para conseguir influencia en el comportamiento humano (desde la Escuela Histórica hasta la Escuela del Derecho Libre); las orientaciones *positivistas* identifican al Derecho con la norma, y priman el elemento de la validez, entendida por la regularidad procedimental en su creación, prescindiendo en cambio de su eficacia social y económica y también de su conexión con los valores o la moral, y admitiendo por tanto el Derecho injusto; y las *teorías iusnaturalistas* centran su visión en los valores que fundamentan el Derecho, a cuya consecución se debe encaminar el Derecho, y a los que supeditan las positividad del Derecho (la ley injusta no es ley) y por supuesto su eficacia.

Constituye, en mi opinión, un reduccionismo indeseable centrar el concepto – y el método del Derecho- en uno sólo de esos elementos, pues todos ellos son necesarios, en una u otra medida, seguramente tiene razón Elías DÍAZ

---

<sup>37</sup> BOBBIO, N: *Teoría general del Derecho*, Editorial Debate, (1991), p. 33.

cuando señala la necesidad de un pluralismo metodológico, de manera que sin pérdida de rigor formal se tenga en cuenta la dimensión social real y también la filosófico-axiológica<sup>38</sup>.

Por supuesto, excede de las pretensiones de este trabajo resolver esta cuestión y es difícil hablar de fines, de principios o valores en una época en la que los metarrelatos o las explicaciones universales (religiones, ideologías...) han sido desacreditadas y en la que está todavía menos de moda el rigor formal o método. Pero parece evidente que se impone una reflexión sobre estas cuestiones generales si queremos resolver las particulares que dependen de aquellas y, en particular, sobre si el Derecho, aun siendo una disciplina específica, con sus técnicas, herramientas y métodos propios, puede estar supeditada a otras, como la Economía y si, de otro lado, el Derecho puede desconectarse de una visión general de la sociedad, de la moral y de la política de manera que deba impedirse la instrumentalización de lo jurídico por ideologías injustas o incluso genocidas como el nazismo<sup>39</sup>.

Reivindico aquí, pues, en primer lugar, frente a las teorías realistas o sociologistas, el papel del Ciencia del Derecho en su metodología positiva para imponer la norma independientemente de su eficacia; pero también, en segundo lugar, frente a las positivistas, el de la Filosofía del Derecho, últimamente identificada con la Teoría General del Derecho. O dicho de otra manera, reivindico el derecho que tiene una sociedad democrática para marcarse fines y para definir lo justo y lo injusto, como categoría autónoma de la Economía, pues no todo lo justo es eficiente, ni todo lo eficiente es justo. Parece necesario este golpe de timón para compensar los excesos de la posmodernidad, particularmente en su antinormativismo y judicialismo desmesurado, pero también –y paradójicamente- en la excesiva legisferencia

---

<sup>38</sup> DIAZ, E: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, (1977), p. 128.

<sup>39</sup> Hoy, grandes pensadores como Rawls, Hart o el recientemente fallecido Dworkin han tratado de volver a conectar Moral, Política y Derecho, en forma piramidal, de círculos concéntricos o secantes. No es cuestión sencilla, pero es imprescindible.



desconectada de los valores, caídos tras la hecatombe de las ideologías<sup>40</sup>.

Ello nos llevaría también a rechazar la fagocitación del Derecho por la Economía que antes denunciaba, reivindicando también su autonomía y su método propios. Pero lo cierto es que someter el Análisis Económico del Derecho a las teorías sociologistas o realistas del Derecho que mencionaba antes encierra quizá una falacia, porque aunque ciertamente esta teoría busca la eficacia, en realidad la eficacia que busca no es la del Derecho, sino la del tráfico económico mediante la reducción de los costes de transacción. Es decir, que esta forma de ver las cosas excede del mundo jurídico y constituye, en definitiva, una verdadera ideología, el neoliberalismo, que propugna, como es sabido, políticas que incentiven la producción en régimen de mercado, lo que hace más grande el “pastel” y produce más riqueza para todos. Ahora bien, ello se ha de conseguir favoreciendo la igualdad de oportunidades, aunque suponga una desigualdad económica real. El neoliberalismo se muestra crítico con cualquier intervención estatal, porque cuando el Estado no se limita a hacer “respetar las reglas del juego”, produce ineficiencia. Esta teoría ha sido, por supuesto, contradicha por otras de signo contrario<sup>41</sup>.

Y aquí es donde procede traer a colación las ideas de Sandel, probablemente a medio camino entre las dos teorías beligerantes: debemos *tener* una economía de mercado pero no *ser* una sociedad de mercado; el mercado no se autorregula, es necesario establecer normas; no se puede poner precio a todo; no se deben rehuir los juicios morales sobre nuestras preferencias vitales. Esta es la reflexión que nos queda por hacer y que resulta incluso

---

<sup>40</sup> Nos hace ver PEREZ LUÑO, *Teoría del Derecho*, Tecnos, (2004), pp.140 y ss que la tendencia moralizadora del orden constitucional y desformalización del Derecho pueden hacer peligrar las garantías de seguridad jurídica, pero si se desatiende la tendencia moralizadora del derecho y la política se afecta al funcionamiento de las instituciones básicas del Estado.

<sup>41</sup> Desde una perspectiva progresista, DIAZ, E. *El derecho y el poder*, Dykinson, Madrid, (2013) la cuestión actual clave en la filosofía del Derecho: ante la subordinación de la política y la ética a la economía determinada por los grandes poderes financieros, y para evitar que la soberanía oligárquica del mercado sustituya o subordine o anule la soberanía democrática del Estado es preciso “dar respuesta a la necesaria regulación pública de los mercados y la economía financiera y especulativa frente a las delicias nada ingenuas de la pura y simple proclamada y auxiliada autorregulación” (p.14)

imprescindible en este momento.

## 2. El Derecho ha de ser eficiente

Ahora bien, una cosa es que el fin del Derecho deba ser la Justicia, y otra que el Derecho haya de buscar la justicia ineficientemente. Es decir, el Derecho tiene que utilizar los medios válidos y pertinentes (lo que estudia la Ciencia jurídica) para conseguir los fines que pretende la Filosofía del Derecho. Y esos instrumentos pueden ser más o menos eficaces, lo que estudia la Sociología Jurídica, que tampoco debe ser olvidada si se sitúa la eficacia en los justos términos a que me he referido en el apartado anterior.

La naturaleza humana es la que es. Salvador GINER tiene publicados unos *postulados sociológicos sobre la naturaleza humana* que resultan iluminadores. Dice, por ejemplo, que los seres humanos están dotados de una fuerte tendencia a maximizar su dicha y bienestar subjetivos según se lo permitan los recursos físicos y sociales disponibles, la estructura social y moral del mundo en que cada uno vive. También afirma que con intensidad variable, los hombres poseen también una tendencia hacia la conducta altruista, que se manifiesta en su solidaridad efectiva con la condición de los demás. En caso de incompatibilidad entre egoísmo y altruismo, el primero gana al segundo, salvo que el segundo incremente el prestigio, poder o autoridad<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> GINER, S: "*Sociología*", Península, (2010), p. 49. Señalaré algunos más literalmente. El postulado 4. Los seres humanos están dotados de una fuerte tendencia a maximizar su dicha y bienestar subjetivos según se lo permitan los recursos físicos y sociales disponibles, y ello a menudo en detrimento de su propio bienestar físico objetivo así como en detrimento del bienestar físico y moral de sus congéneres. El postulado 6. No existe límite innato al apetito del hombre por la apropiación de bienes, honores, poder, privilegios y servicios: tal límite viene dado por los recursos disponibles y por la estructura social y moral del mundo en que cada uno vive. El postulado 9. Con intensidad variable, los hombres poseen también una tendencia hacia la conducta altruista, que se manifiesta en su solidaridad efectiva con la condición de los demás. En caso de incompatibilidad entre egoísmo y altruismo, el primero gana al segundo, salvo que el segundo incremente el prestigio, poder o autoridad. El postulado 12. Dice que para maximizar el bienestar, el hombre usa una serie de criterios, entre los que se da preferencia al egoísmo, que cuando uno puede conseguir una cosa por sí solo no lo hace colectivamente, y que en la cooptación social son datos claves el nepotismo, el clasismo y el favoritismo.

Es decir, el hombre –y la mujer– siguen buscando supervivencia, honores, poder, dinero y sexo y si le dejamos a su total albedrío cabe la posibilidad de que ganen los fuertes o que ganen los malos. Somos así y las consecuencias negativas de ello sólo las pueden evitar el Derecho y, en buena medida, la ética.

Ahora bien, el Derecho no es una ciencia experimental, es una ciencia social, aplicable a un ser bastante imprevisible por lo que se diría que está más cerca del arte que de la física: “*Ars boni et aequi*”, decía el jurisconsulto Celso. Yo me identifico más con esa idea: el Derecho trata de lograr que la sociedad se someta a una pauta de comportamiento que la mayoría considera justa. Y a veces incluso el Derecho va por delante de la realidad social porque propone modelos justos que aun no están implantados en la sociedad. Y eso es un arte, porque conseguir que la gente haga lo que nos proponemos no es sólo científico. Es como la educación (o la jardinería): hay unas reglas básicas, pero cada niño es un mundo. A veces habrá que dejarle libertad, otras habrá que quitársela, otras habrá que incentivarle, siempre habrá que marcarle unos límites. Y la dosis no siempre será igual. Por eso creo que es acertado decir que esto *no es una cuestión de dogmas sino de dosis*: de dosis de libertad, de dosis de límites.

Para ilustrar esta idea, cabe traer a colación la llamada *teoría del poder inteligente*, o Smart Power, de moda para las relaciones internacionales. Joseph NYE, ex Secretario Asistente de Defensa bajo la Administración Clinton y autor de varios libros sobre el tema sugiere que las estrategias más eficaces en la política exterior hoy en día requieren de una combinación de recursos de poder duro y blando, pues uno solo de ellos puede resultar insuficiente. Nye utiliza el ejemplo del terrorismo: intentar ablandar los corazones y las mentes del gobierno talibán sería ineficaz y requiere un componente de poder duro. Pero en otras ocasiones, el *soft power* será más eficaz. No debe compararse a los directivos con los talibanes, pero esa es la idea<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> NYE, J: “*Soft Power*”, PublicAffairs, (2004).

En definitiva, la naturaleza humana, aunque ahora interactúe por redes sociales y comercie de modos muy sofisticados sigue, en buena medida, respondiendo bastante bien a la que podríamos llamar *dualidad palo-zanahoria*. Seguramente ninguno de los dos es suficiente, y ambos son necesarios.

Por ello cabe mostrar cierto escepticismo respecto a la forma de hacer leyes de la posmodernidad, que mezcla dos elementos en apariencia contradictorios:

Por un lado, el pacto y el convencimiento como forma de mover voluntades y establecer conductas. En el ámbito que estamos tocando, se trata de los Códigos de Buen Gobierno y otros modos de autorregulación. No es que no sean buenos el autoconvencimiento y la negociación; como diría Nye, a veces es la mejor opción, sobre todo cuando no hay terceros interesados ni asimetrías informativas. Pero ninguno de esos requisitos se dan siempre en el ámbito que estamos tratando, en el que no es infrecuente que haya muchísimos interesados y que las asimetrías informativas sean enormes. Porque ¿se van a imponer realmente un Código estricto aquéllos que están obligados a cumplirlo en aquellos puntos que realmente no les interesa? ¿Lo fijamos todo al coste reputacional? Por ejemplo ¿se autorregularían los contribuyentes para el pago de los impuestos? Es evidente que para algunas cosas la autorregulación puede ser un modo de elevar la competencia en la imagen de marca, pero en aquellas cuestiones que realmente importan y que son decisivas, no basta la simple promesa. Máxime si nos movemos en un contexto como el actual en el que –sobre todo ante este tipo de regulados– existe un riesgo cierto de captura del regulador o, si no captura, sí al menos distracción con comisiones (como decía Napoleón, "si quieres que algo se haga, encárgaselo a una persona; si quieres que algo no se haga, encárgaselo a un comité") que elaboran Códigos de Buen Gobierno que ni siquiera son propiamente elaborados por los regulados después de un proceso de asunción consciente y voluntaria, sino desde arriba, por los poderes o sus delegados, pero con intención de que los destinatarios lo asuman voluntariamente, limitándose a pedir que explique en caso de que se

incumpla. Esta forma de proceder hace parecer que se está mejorando en gobierno corporativo, cuando la realidad es que el avance es pequeño, al menos en aquellos puntos verdaderamente decisivos<sup>44</sup>.

Pero, por otro lado, la posmodernidad jurídica no es incompatible con una profusa legislación, inabarcable e incognoscible, ineficiente por imposibilidad de ser conocida y exigida y que supone, por todo ello, un atentado contra la seguridad jurídica que puede esconder algo todavía más perverso: que los principios lógicos y de sentido común se oculten bajo normas especiales que olvidan o excluyen esos principios. Y además, desde el punto de vista del destinatario de la norma, sobre todo si es poderoso, la sobrerregulación formal contiene un incentivo perverso: se cumple la formalidad pero se incumple el fondo, como ocurre paladinamente en los Códigos de Buen Gobierno y las normas coactivas que a su lado florecen: se remite toda la información pero se hace lo que más conviene.

La conclusión de todo ello es que, sin desdeñar el *soft law* en donde sea posible, en aquellas cuestiones que cuentan, en aquellos puntos que verdaderamente duelen, en lo que de ninguna manera se quiere cumplir porque nos impide aumentar nuestro poder y riqueza sin control, no bastan buenas palabras: es necesario el *hard law*, pues como decía Al Capone -un verdadero experto en materia de poder- “se llega mucho más lejos en la vida con una palabra amable y una pistola que con una palabra amable sola”.

Quizá sería útil mencionar algunos supuestos que, en mi opinión, deberían ser objeto de *hard law* y que en este momento tienen una regulación ineficiente, inexistente o inadecuada en nuestro Derecho<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Dice ARAMBURU, F. en un aforismo, aplicable al caso con las debidas correcciones: “Pongo en duda que sea difícil acabar con la delincuencia. Todo lo que se ha de hacer es delegar en los delincuentes las interpretaciones y juicios de sus actos” (*Pequeña Magnitud*, Babelia, suplemento cultural de El País, 21 de septiembre de 2013).

<sup>45</sup> Sin embargo, el Plan Nacional de Reformas del Consejo de Ministros de 26 de abril de 2012 dice: “En particular, se potenciará el papel de las juntas de accionistas en el seguimiento de los esquemas retributivos de los órganos de gestión y alta dirección de la sociedad; se perfeccionarán y ampliarán las recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas; se analizará la posibilidad de elaborar un Código de Buenas prácticas para las sociedades no cotizadas españolas y se introducirán nuevas mejoras en el gobierno de las entidades de crédito en línea con los desarrollos

Por ejemplo, ineficiente es la regulación de la responsabilidad de los administradores, que me parece capital porque es uno de los puntos que hace mover de verdad voluntades, como sabe bien la Administración Tributaria que fía a su sistema de derivación de responsabilidad al patrimonio personal del administrador por deudas tributarias –en el art. 43 de la Ley General Tributaria- una buena parte del incentivo de cumplimiento de las obligaciones tributarias de las sociedades.

Sin embargo, en el ámbito mercantil es evidente la dificultad del ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 238 LSC) contra los administradores por el poco interés que los accionistas que en conjunto representen el 5 del capital social puedan tener en ejercitar una acción de la que no van a obtener nada personalmente (lo obtendría la sociedad), mientras quizá se verán abocados a pagar las costas, por lo que en la práctica sólo se adoptan estos acuerdos cuando se produce un cambio de control, y contra antiguos administradores<sup>46</sup>. De ahí que procedan algunas mejoras imprescindibles y en general plantearse si es la junta el órgano adecuado. De hecho, en los Estados Unidos las acciones sociales se ejercitan por los accionistas individuales por medio de la *derivative action*, mientras que en nuestra legislación el socio sólo puede accionar individualmente en aquellos casos que lesionen directamente sus intereses (art. 241 LSC). Para Cándido PAZ-ARES, una de la causa de los males de nuestro sistema de responsabilidad se encuentra es su poca matización, pues el sistema de responsabilidad es el mismo en caso de infracción de los deberes de diligente administración que en la infracción de los deberes de lealtad, desviación de poder y abusos de facultades, propugnando una agravación en este segundo caso y mayor

---

legales de la Unión Europea”.

<sup>46</sup> Ver, por todos, SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J: “La acción social de responsabilidad: (algunas cuestiones pendientes)”, en *RDM*, 281, (julio-septiembre 2011) pp. 95-123. VILLANUEVA GARCIA-POMAREDA, B: “El fracaso de la acción social de responsabilidad en la sociedad cotizada”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 52, (Noviembre-Diciembre 2013), disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/opnion/3586-el-fracaso-de-la-accion-social-de-responsabilidad-en-la-sociedad-cotizada>

ligereza en el primero<sup>47</sup>. Y por supuesto, no hay que olvidar la cuestión de la responsabilidad penal, que resulta clave.

La segunda cuestión que me parece sensible es el de la remuneración, que tiene una regulación bastante deficiente y que ha dado lugar a notables escándalos y verdadera *alarma social* en no pocos casos, como los de de entidades en pérdidas pero que han subido los sueldos de sus administradores muy notablemente.

Ni el obligatorio informe a la CNMV, ni la transparencia ni tampoco iniciativas como las de los referenda consultivos a la junta sobre los sueldos han servido para conjurar estos peligros. Y es que el problema de verdad, el de fondo, es que ningún precepto establece para las sociedades anónimas, a diferencia de lo que hace el art. 217 LSC para las limitadas, que la remuneración de los administradores deba de ser fijada por la junta, lo que ha hecho que se desarrolle la práctica, a mi modo de ver antijurídica, de que el sueldo se lo fije el mismo que lo cobra, con la correspondiente y lógica proliferación de comportamientos abusivos. Así figura en muchos de los Estatutos Sociales y encima es tolerado indirectamente por el art. 61 ter de la LMV reformada en la ley de Economía Sostenible, que exigía información sobre la política de remuneraciones “aprobada por el Consejo para el año en curso”. Es de señalar además, que las recomendaciones sobre este punto del Código Unificado han sido de las menos seguidas (ni siquiera un tercio de las sociedades cotizadas)<sup>48</sup>.

En esta cuestión, que es especialmente delicada<sup>49</sup>, procede eliminar todo

---

<sup>47</sup> PAZ-ARES, C: “Deber de lealtad y gobierno corporativo”, en *Gobierno corporativo y Derecho penal* / Miguel Bajo Fernández (dir.); Silvina Bacigalupo, Carlos Gómez-Jara Díez (coords.)-- Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, (2008), pp. 13-73. También en “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo” *RdS*, núm. 20, (2003), pp. 67-109.

<sup>48</sup> RONCERO SANCHEZ, A: “*La Reforma del Régimen Legal sobre Retribución de Administradores de Sociedades Cotizadas: El Informe Anual de Retribuciones de los Consejeros y Altos Directivos*”. Publicación del Centro de Gobierno Corporativo del Instituto de Empresa, 2012 (II). <http://centrogobiernocorporativo.ie.edu/files/Inv.-Pub.%202012-IIDef.pdf>

<sup>49</sup> Oigan el comentario que hace un entrevistado en el documental *Inside Job*: “si te ofrecen dos millones legalmente o diez ilegalmente, aunque se hunda tu empresa, y sin

riesgo de conflicto de intereses, lo que se puede lograr de dos maneras: o bien encomendando a un órgano independiente del consejo la fijación de las retribuciones<sup>50</sup> o bien estableciendo un máximo legal de las retribuciones que el Consejo puede recibir, permitiendo mayor libertad dentro de ese margen<sup>51</sup>.

Y un tercer caso de la regulación inadecuada o insuficiente es el conflicto de intereses. Un caso ilustrativo: la RDGRN de 28 de junio de 2013 contempla un caso de autocontratación en una dación en pago entre dos sociedades. La Dirección, para denegar la inscripción tiene que recurrir a preceptos del Código Civil que prohíben la compra para el mandatario o gestor o el conflicto de intereses porque la Ley de Sociedades de Capital se limita a decir en el artículo 229 que los administradores deberán comunicar su existencia al consejo de administración, o en su caso a la junta general, y el administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera. Es decir, la legislación especial obvia la general y da la impresión de que en el ámbito mercantil basta con hacer unas simples notificaciones para solventar esta cuestión de conflicto de intereses, cuando en realidad la autocontratación puede ser nula en muchos supuestos.

---

que te pillen. ¿Qué elegiría la mayoría de la gente?” Y el problema no es lo que se lleven, sino la situación en la que su codicia pueda poner a las empresas que dirigen si sus intereses no coinciden exactamente con los de aquella.

<sup>50</sup> En Alemania, en que es el pleno de la Comisión de Vigilancia el competente para determinar la modalidad y cuantía de las remuneraciones de la dirección (Ley sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección de 31 de julio de 2009).

<sup>51</sup> La Propuesta de Código Mercantil establece un límite a la parte variable: “la suma de todas las retribuciones variables del conjunto de los administradores, cualquiera que sea su naturaleza, en ningún caso podrá superar el uno por ciento de los beneficios que se obtengan en cada ejercicio por la sociedad antes de la deducción del impuesto correspondiente”. Y es tan importante esta cuestión que ha sido objeto de Libros Verdes de la Unión Europea y hasta de un referéndum en Suiza, tras cierto escándalo, para establecer un límite a los sueldos de los ejecutivos: la famosa propuesta 1:12 (que hubiera implicado que ningún directivo pueda ganar en un mes más de lo que gana en un año el más modesto de sus empleados). Finalmente no ha sido aceptada quizá por ser demasiado ambiciosa.



### 3. El Derecho ha de ser realista

Toda esta labor de retorno a los principios y de regeneración no es fácil, pues la realidad no siempre ayuda. Y quizá haya que hacer referencia a dos tipos de realidades: las generales del contexto en que nos movemos, y las particulares de las instituciones mercantiles que estamos tratando.

a) Realismo contextual: la primera consideración general es que hay que ser consciente de que los mercados son ahora internacionales y muy competitivos. Señala el Profesor ROJO que el peor pecado que podía cometer el legislador es el pecado mortal de la ingenuidad<sup>52</sup>, y como señalaba el anteriormente citado Niall Ferguson, el mundo, y particularmente el mundo financiero, se ha hecho muy complejo y está formado por muchos componentes que interactúan, en apariencia en equilibrio, aunque en realidad adaptándose constantemente con bucles de retroalimentación positiva, aunque a veces alcanzan una masa crítica y una leve perturbación puede crear la catástrofe. Pone el ejemplo de las colonias de termitas o grandes bosques, pero con la diferencia que en estos sistemas interviene el hombre con la regulación, un proceso complejo en el que a veces intervienen los propios regulados y que puede provocar la catástrofe<sup>53</sup>. Por eso hay que buscar legislaciones buenas, no masivas y perturbadoras, legislaciones que en la terminología del filósofo Nassim TALEB sean “*antifrágiles*” en el sentido de que haga más fuerte el sistema cuando se ve sometido a perturbación<sup>54</sup>.

Una segunda consideración general es la relativa a las instituciones: es evidente que el realismo nos hará ver que no sólo hacen falta nuevas normas eficientes o recuperar las que ya existen, sino que se precisan instituciones libres e independientes que las hagan cumplir, no contaminadas por lobbies y puertas giratorias, pues si las instituciones no funcionan, el país no funciona. Las instituciones deben tener tales controles y contrapesos que

---

<sup>52</sup> ROJO, A: “El Código Mercantil”, *Otrosí*, núm. 12, (septiembre-diciembre 2012), p. 17.

<sup>53</sup> *Ob.cit.* p. 88.

<sup>54</sup> Taleb, Nassim: “Antifrágil” Paidós, (2013).

hagan que el resultado sea óptimo a pesar de que sus componentes no sean óptimos o tengan tentaciones.

La conclusión que puede deducirse de la existencia de ambas realidades no puede ser desesperanzadora. Ciertamente, la política es el arte de lo posible, pero no parece argumento suficiente para no hacer lo correcto el hecho de que vaya a haber incumplimientos. Aunque no podamos conseguirlo todo, concienciémonos de que tenemos un problema. Cambiemos nuestro paradigma mental, nuestro marco.

b) Realismo mercantil: Igualmente es preciso ser consciente de que hay cosas que no pueden funcionar como antes, por su complejidad extraordinaria o porque el mundo ha evolucionado y categorías que valían para el mundo liberal decimonónico quizá ya no son válidas en el mundo de internet y la globalización. Por poner un ejemplo, quizá hay que ser conscientes de que la junta general de las grandes sociedades no va a recuperar el sentido ni la función para la que fue creada. La junta es ya una *walking dead* en la expresión del sociólogo Ulrich Beck, ya citado varias veces: un muerto viviente que sobre el papel sigue existiendo con todas sus prerrogativas pero que en la realidad práctica sus dimensiones y el reparto interno del poder le impiden ejercer correctamente sus funciones.

Es, pues, necesario asumir con realismo ese hecho y adoptar las medidas pertinentes, siendo consciente de que pequeñas reformas legales tendentes a revitalizar la junta difícilmente prosperarán porque las reglas del juego han cambiado. Por ello, quizá sea necesario tomar cartas en el asunto desde instancias exteriores, como ha patrocinado un tanto tímidamente algún autor<sup>55</sup>. O quizá ir más allá: aceptar que en las grandes sociedades cotizadas ocurre como con los incapacitados del Derecho civil: existe una desconexión entre los órganos de pensamiento y de acción y necesitan que la comunidad les provea de órganos para su gobierno y protección, como son los tutores o

---

<sup>55</sup>Como dice FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (*Ob.cit.* p. 90) aludiendo a la necesidad de "introducir mecanismos de supervisión fuera de la potestad disciplinaria de la JG y de atribuir tales mecanismos a otros sujetos o instituciones orgánicos o extraorgánicos más eficientes".

curadores. Y si tal cosa es así y verdaderamente estas sociedades no pueden formar debidamente su voluntad, no debería haber inconveniente a que el poder público provea de las medidas de protección de quienes en definitiva son sus propietarios, los accionistas, y también de los terceros y de la comunidad en general que, en muchas ocasiones, se ve afectada por la mala praxis societaria en este tipo de grandes corporaciones, *too big to fail*<sup>56</sup>.

B) Conclusiones: Volviendo a los principios. El derecho es necesario pero no suficiente

En definitiva, encarando ya el final de este ensayo y recapitulando, propongo un *back to the basics*, una vuelta a los principios, a la eficiencia y al realismo. Propongo:

Que nos concienciamos de que hay un problema estructural en esta cuestión, enraizado en convicciones filosóficas, y que hemos de cambiar nuestro paradigma mental al menos para que el Derecho recupere el papel que le corresponde de instrumento para el logro de la justicia. Sin tal cosa corremos el riesgo de corromper lo que de verdad merece la pena y poner en peligro nuestra convivencia.

Que el Derecho sea eficiente, es decir, que se proponga de verdad lograr sus fines y ponga los medios necesarios para ello, que use el poder inteligente, sabiendo cuándo debe estimular, aunque sea con códigos de buen gobierno, y cuándo ha de exigir y usar su poder de coacción. Que es ilusorio esperar que los lobos se autorregulen para no comerse a la oveja.

Que cuando el Estado use su poder de coacción sepa que no es necesario inundar el Boletín Oficial del Estado de normas que confunden y perturban; que poner muchas normas formales incita a pensar que el cumplimiento es una formalidad vacía de contenido; que no regule tanto lo accesorio que se

---

<sup>56</sup> Y en este sentido la Propuesta de Código Mercantil, en sus artículos 283-1, 283-9 y 283-22, atribuye a la CNMV las facultades de solicitar la convocatoria de la junta de accionistas, asistir a ésta e impugnar sus acuerdos en el caso de sociedades cotizadas, solicitando incluso la suspensión del acuerdo.

olvide de los principios.

Que hemos de ser realistas, sí, pero tampoco cobardes. Esto es más que un problema mercantil, es un problema político y hemos de exigir a nuestras instituciones que tomen cartas en el asunto y que creen los medios y las instituciones independientes y fuertes que las hagan cumplir. No caigamos en el *fraude inocente* del que hablaba Galbraith.

Pero, como cierre de todo lo dicho, habría que añadir algo más, el *cuarto lado* del paradigma, aunque sea algo extrajurídico: el Derecho es necesario, pero no suficiente. Aprovechando fraternalmente algunas reflexiones de Javier GOMÁ<sup>57</sup> cabría decir que el individualismo de los últimos tiempos –el que ha entronizado el *carpe diem*– ha llevado a distinguir dos ámbitos: el público, regido por multiplicidad de normas que el Estado impone con su fuerza coactiva, y que nos lleva a pensar, como antes decía, que cumpliendo la norma somos inocentes; y el privado, en el que existe una anomia absoluta derivada de la liberación del individuo, salvo la máxima de que si lo que yo hago no perjudica a tercero, es lícito. De ello se deriva la falta de fuerza e ideal moral en el ámbito público, por lo que los mandatos sólo se harán cumplir por la fuerza y porque no hay más remedio. Antigualmente la identificación de moral y Derecho hacía que empujaran en el mismo sentido, con los problemas que eso suponía. Pero hoy la anomia de la vida privada fomenta conductas que se proyectan públicamente en comportamientos antisociales y el Estado, desapoderado como agente educativo se limita a reprimirlas con coacción. Creo que tiene razón, que tras el proceso liberatorio de los últimos tres siglos, es necesario un proceso civilizatorio.

En fin, sé que esto excede del Derecho mercantil, pero quizá es necesario decirlo. Básteme concluir con esta cita de Thomas De Quincey en “Del asesinato considerado como una de las Bellas Artes”: “si uno empieza por permitirse un asesinato, pronto no le da importancia a robar, del robo pasa a la bebida y a la inobservancia del día del Señor, y se acaba por faltar a la

---

<sup>57</sup> GOMÁ LANZÓN, J. *Ingenuidad aprendida*, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, (2011).

buena educación y por dejar las cosas para el día siguiente. Una vez que empieza uno a deslizarse cuesta abajo ya no sabe dónde podrá detenerse”. Por tanto, quizá, no sólo sea imprescindible reforzar el control jurídico del poder de las sociedades, sino que también sería importante empezar a no dejar las cosas para el día siguiente, practicar la buena educación... hasta conseguir que la recuperación de los valores éticos haga inexcusable el desarrollo de mismos en el gobierno de las sociedades.