

JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ LÓPEZ

La sucesión de nefastos acontecimientos en el sector financiero, con el escándalo Madoff como colofón, descubre la necesidad de recuperar la esencia de lo éticamente correcto y de lo éticamente reproducible más que cambios normativos, según el autor



'O tempora o mores'

Tras las elecciones italianas, Romano Prodi se despedía y parafraseando a Cicerón, afirmaba que el problema no lo tenemos con las leyes, sino con las costumbres. Una especie de *o tempora o mores* (¡oh tiempos, oh costumbres!) de la primera de sus Catinarias.

Y, en efecto, es una afirmación que se adapta bastante bien a alguna de las paradojas que rigen la *res publica*. En España por ejemplo, en la pasada legislatura se aprobó la Ley de Igualdad. Lástima que, tras su entrada en vigor, hoy haya menos diputadas en el Congreso que en la legislatura anterior. Buenas leyes, malos hábitos... públicos y privados.

Y tras el desencadenamiento de la crisis financiera ¿tenemos un problema de reglas o de comportamientos? ¿Es necesario un "aparejo" más desarrollado de normas? ¿Son insuficientes las reglas o es que hace falta más vigilancia (supervisión) y observancia (ética)?

En los últimos tres lustros hemos vivido un crecimiento económico global, muy sostenido, en el que se ha producido también una mayor integración de mercados, sobre todo financieros. Durante esta expansión ha quedado prácticamente obsoleta la diferenciación entre economía financiera y economía real, si es que se han diferenciado alguna vez.

Durante este periodo se han realizado notables esfuerzos por alcanzar convenciones globales y estables acerca de las reglas con las que se ha de gobernar la solvencia del sistema financiero, acuerdos de Basilea (BIS

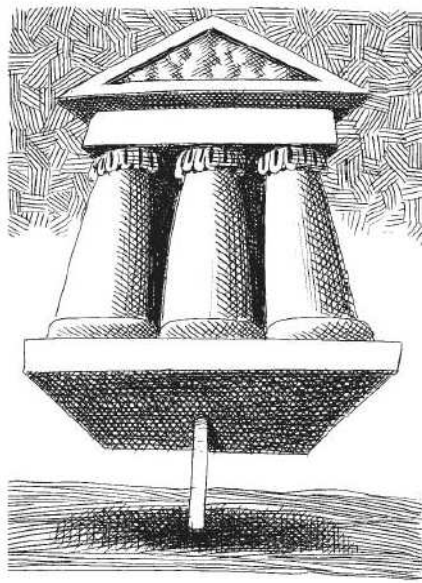
II), las Mifid y, en el entorno de la UE, las nuevas normas contables (NIIF/NIC) de aplicación a todas las empresas, financieras o no.

Este tipo de reglas se sustentan sobre al menos tres tipos de acciones y responsabilidades: a) gran capacidad de autoevaluación del gestor interno; b) calificación externa por parte de agencias independientes; y c) supervisión del regulador nacional.

En el desencadenamiento de la crisis *subprime* al menos hay un fallo en cadena de los tres elementos: 1) inexistente calificación del riesgo por parte de los agentes financieros que venden créditos a comisión. 2) empaquetamiento de dichos créditos por parte de los bancos en bonos y derivados (CDO) que sacan el riesgo del balance (y no consumen recursos propios) y que obtienen máxima calificación de las agencias de rating. 3) y tanto el regulador (Fed) como el supervisor (SEC) ajenos, cuando no impulsores, de tamaña innovación financiera. Parecía haberse inventado el capitalismo sin riesgo... y sin ciclos.

Ya se reveló como factor crítico, en el caso Enron, la separación entre el consultor y el auditor y qué ocurre cuando el gestor interpreta con notables dosis de imaginación las normas contables, actúa un auditor en connivencia y el supervisor de mercado no se entera... a tiempo. Y lo mismo se podría decir ahora del papel de las agencias calificadoras, máxime si en la práctica se trata de un duopolio.

Tras los últimos 16 meses de tormentas encadenadas perfectamente, parece que el caso Madoff es lo últi-



mo que nos quedaba por ver, aunque cabe la sospecha que sólo sea el primero y, esperemos, que el más grave de los casos de fraude en la gestión de los *hedge fund*.

Serán probablemente necesarias nuevas reglas para situaciones no previstas anteriormente. Sin pretender seguir el paso de la innovación financiera sino evitar los abusos de mercado o en otras palabras, si fueran leyes, para evitar el fraude de Ley.

Pero sin duda lo que habrá que modificar es la capacidad de los supervisores. En primer lugar exigir mayor coordinación por áreas entre los bancos centrales y los supervisores de mercado respectivos; y de éstos con los de otros mercados geográficos, en línea con lo discutido en la cumbre del G-20+2 en Washington.

Sin duda, lo que habrá que modificar es la capacidad de los supervisores financieros

En segundo lugar reforzar su capacidad punitiva y su capacidad de actuar ante los tribunales como ministerio fiscal. Eso quiere decir también más medios y recursos. Incrementando el poder disuasorio sería más fácil exigir mayor transparencia, obtener mayor observancia de las reglas y que se depure la cadena de responsabilidad de manera ordenada. Ello significaría, sin duda, mayores exigencias a las agencias calificadoras y a todos los intermediarios financieros.

Exigiría revisar las políticas retributivas de los gestores en la medida que propicien riesgos de mercado y, también, la aplicación de las regulaciones de manera anticíclica por parte de los supervisores.

Ha quebrado el paradigma de los mercados en equilibrio perfecto por el comportamiento racional de los operadores que actúan con transparencia en su sumatorio de los propios intereses y que se autorregulan.

Ha quebrado, cual silogismo escolástico, la confianza en un sistema que se rige por el viejo aserto de la divisa global:

Si in God we trust y los testigos no podemos mentir confien en nosotros y... también, en la Divina Providencia Don't worry, because all will be all right.

Lástima que el mercado siga proporcionando información asimétrica para que sinvergüenzas como Bernard Madoff se aprovechen de su reputada reputación y ceben la propensión de la condición humana al máximo y continuo beneficio.

En definitiva, se impone recuperar la esencia de lo éticamente correcto, de lo éticamente reproducible y la proporcionalidad del castigo en función del daño y del propósito de enmienda. Y conviene recordar, que no hay capitalismo sin riesgo, ni economía sin ciclos; y la codicia acecha tras la más seráfica propensión al interés propio.

Secretario general de Comfia-CC OO

JAVIER VICENTE

La insolvencia en el concurso de acreedores



En los cuatro años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley Concursal se han sucedido en los juzgados y tribunales especializados en mercantil no pocas discrepancias sobre cuestiones espinosas del articulado de la Ley.

Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos celebrados por el deudor, la naturaleza y calificación de determinados créditos en el informe de la administración concursal y muy especialmente la pieza de responsabilidad de los administradores societarios que se dilucida en la sección sexta -auténtico caballo de batalla en la mayoría de los concursos necesarios- son cuestiones que provocan enfrentamientos donde resulta posible de-

fender con argumentos de peso posiciones enfrentadas (pensemos por ejemplo en la abierta polémica sobre la naturaleza indemnizatoria o sancionatoria de la responsabilidad de administradores y liquidadores del concurso que se promulga en el art. 172.3 de la Ley Concursal).

Dejando para otro momento estas disquisiciones, centrémonos en el germen de toda declaración de concurso: la situación de insolvencia.

Señala el apartado segundo del art. 2 que el estado de insolvencia afecta al deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Hemos de comenzar diciendo que nos encontramos, en sede concursal, con una insolvencia generalizada, que prescinde de la anterior

distinción entre obligaciones civiles o mercantiles, lo que se justifica por la posible declaración de concurso tanto de personas jurídicas como físicas, sean o no comerciantes.

La Real Academia define insolvencia como la falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda. Por su parte, la Ley Concursal hace pivotar el concepto de insolvencia sobre tres elementos que se integran en el precepto reproducido: imposibilidad, regularidad y exigibilidad.

Carece de relevancia a estos efectos cuál sea la causa de la insolvencia, esto es, cuál sea la razón de dicha imposibilidad, lo que conecta indudablemente con la naturaleza objetiva del presupuesto; ahora bien, de existir oposición a la solicitud del deudor,

habrá de probarse por el solicitante la existencia de esta situación insolvente.

Basta con que la imposibilidad sea regular, y no definitiva -como se mencionaba en los textos del Proyecto de la Ley Concursal-.

Ello determina que la mera falta de liquidez es suficiente para sostener la pertinencia de la declaración de concurso. Esta nota de regularidad permite afirmar que la Ley Concursal -más allá de su Exposición de Motivos- apuesta abiertamente por este procedimiento como válvula de escape de aquellas entidades que atraviesan situaciones de crisis temporales que de otro modo pudieran verse abocadas a la liquidación, siempre perjudicial para los acreedores.

Por último, las obligaciones del deudor han de ser exigibles, no simplemente vencidas; la exigibilidad significa que tales incumplimientos son susceptibles de ser reclamados judicialmente a través del ejercicio de una acción.

Como decíamos al principio, una ley tan esperada como ésta ha suscitado un debate jurídico que aborda innumerables cuestiones de carácter material y procesal; las críticas a este concepto de insolvencia de la Ley, provenientes de distintos sectores de la doctrina y a las que nos sumamos, se centran en lo amplio del enunciado del art. 2, que sitúa al juez en la necesidad de determinar la concurrencia del presupuesto básico para la declaración de concurso.

Es cierto que para un deudor persona física resulta suficiente el sistema que establece la ley, sin embargo, para las sociedades de capital (sin duda las entidades que con mayor frecuencia acuden a este procedimiento de crisis) no están en condiciones de determinar -con la objetividad que la Ley impone- si su situación responde a una imposibilidad para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o por el contrario atraviesan un mero retraso temporal o coyuntural que se reputa razonable en el actual tráfico mercantil.

Abogado del Departamento Procesal y Concursal del despacho Lexland Abogados