

Derecho y Economía

Dra. María A. Camacho Zegarra (*)

Resumen

Para quienes sostienen que Derecho y Economía son dos disciplinas totalmente distintas e incluso que se oponen, podemos darles un alcance contrario, y más bien señalar que no sólo tienen mucho en común, sino sobre todo se complementan de manera interesante.

Derecho Económico, asimismo es un término que corresponde a una disciplina o especialidad del Derecho muy ligado a la Economía, que sin embargo, tampoco es propiamente la Economía como disciplina. Entonces, nos encontramos frente a un buen número de especialidades derivadas de estas dos disciplinas centrales y en las cuales se combinan aspectos de ambas, como el Derecho Financiero, Derecho de la Competencia, Derecho Comercial, Derecho Empresarial, Derecho Mercantil, a las que habría que considerar como elemento común que son áreas propias del desarrollo económico, y que incluyen temas de actualidad, especialmente porque están ligados a las políticas de desarrollo de los países, de la disminución de índices de pobreza, y al mejoramiento de condiciones de vida de las personas. Entonces podemos indicar que tanto el Derecho como la Economía conjugan aspectos centrales en la resolución de las grandes cuestiones de las naciones para la búsqueda de desarrollo y en general del bien común.

El presente ensayo no tiene por objeto agotar la materia, y tampoco esto será posible, debido a que si quisiéramos establecer una diferencia entre el Derecho y la Economía, lo cual sería muy complicado en principio, sin embargo un primer alcance a esta diferencia sería que la primera cautela el orden público y la segunda es menos formal, por lo tanto va evolucionando y adaptándose de manera más natural a las distintas conductas y hábitos de las personas, con el fin de cubrir sus necesidades básica y a partir de éste, aumentar su bienestar.

Este ensayo, presenta un par de aspectos en la relación interdisciplinaria de la Economía y el Derecho, su vinculación en dos aspectos puntuales como los contratos, política económica y Legislación, por citar algunos, ya que seguramente podríamos referirnos también a las empresas, a las finanzas, las inversiones públicas o privadas, fusiones, adquisiciones y un listado innumerable de temas que comprometen ambas disciplinas.

Lo cierto es que este artículo concluye en que ambas disciplinas no pueden desligarse, y que ambas tienen como fin a la persona y su mejoramiento de condiciones de vida.

Palabras clave: Economía, Derecho, Derecho Financiero, Derecho Económico, Desarrollo, Persona.

Derecho y Economía

Cuando en la Docencia se pretende iniciar un curso relativo a la Economía pero desde la perspectiva del jurista, lo primero que se toma en cuenta es la declaración del régimen económico en la Constitución. La razón: porque siendo la norma de más alto nivel jerárquico y a partir de la cual se desprende todo el sistema normativo de un país, ésta debe fijar las pautas generales en distintos aspectos y principalmente en el régimen económico.

La Constitución Política del Perú de 1993 reconoce que la sociedad económica peruana se rige por los principios de una Economía Social de Mercado, entendida como una condición *sine qua non* de un Estado Social y Democrático de Derecho, y que pretende ser compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos inspiradores del mismo Estado. En tal sentido, el Estado asume como función esencial orientar el desarrollo del país a través de mecanismos que permitan a los agentes del mercado actuar de forma libre, al tiempo que protege a los consumidores y garantiza la competencia. Es decir, constitucionalmente se reconoce la presencia de un modelo económico que tiene como principio fundamental el respeto a las libertades económicas, pero que está al servicio de la persona.

El enunciado es claro, concluye con la declaración de una Economía Social de mercado, modelo que surge como un intermedio entre el *liberalismo económico* y la *economía*

dirigida. Es decir, entre los liberales, que sostenían que la economía sería exitosa en la medida en que el Estado tenga una participación eficiente y fuerte pero reducida a temas que se enfoquen en desarrollar las actividades de actores privados con libertad; y los socialistas, quienes enfocaban al Estado como el actor central y protagonista en la economía.¹

Alfred Müller-Armack, uno de sus principales exponentes, señala que se trata de un “sistema que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad social y el progreso social”. Es decir, se trata de una economía de mercado controlada socialmente. Completando la idea, algunos autores señalan que esta propuesta no presupone ni la centralización de la actividad económica, ni la total desregulación del mercado sin ningún tipo de redistribución de las ganancias, sino una combinación que equilibre ambas situaciones.

Para destacar el carácter reconciliador de la *Economía Social de Mercado* Müller-Armack caracteriza sustancialmente el concepto y lo califica como una “eirénica social” [del griego εἰρήνη: paz] explicando que se trata de un sistema que reúne las diversas fuerzas individuales y sociales de un país para fomentar la estabilidad y satisfacción en lo social y en lo económico. La libertad económica personal como objetivo y valor debería estar equilibrada por otros valores, como la solidaridad y la justicia social.

Así también, la constitución peruana de 1979 ya tenía incluido un modelo económico basado en el rol del Estado promotor del desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso, fundamentado en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.²

Es justamente en ese período, segunda quinquenio del 90 hasta hoy que comienza la etapa de crecimiento económico en el país, sostenido sobre la base de estas estructuras

¹ <http://intranet.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/12/Milagros-Olivos-Celis-Fundamentos-constitucionales-de-la-econom%C3%ADa-social-de-mercado-en-la-econom%C3%ADa-peruana.pdf>, recuperado 17.09.14.

² Art.110 de la Constitución Política del Estado peruano de 1979.

constitucionales como soporte ideológico que determina el comportamiento del mercado, con la consagración de las libertades sociales.

Los principios inspiradores económicos e ideológicos son los determinantes en cierto modo de la cristalización de la esperanza de desarrollo de una nación que necesitaba justificadamente ilusionarse en la disminución de la extrema pobreza y el mejoramiento de las condiciones de vida de sus ciudadanos. Derecho y Economía se juntan en la combinación perfecta.

Adicionalmente, está presente el rol promotor de las inversiones a cargo del estado, el principio de subsidiariedad también del estado, que requiere de la necesidad pública, de ley que la ampare y que además no pueda ser atendido por el sector privado. Así como la promoción de las pequeñas y microempresas, y la atención de los sectores prioritarios y vulnerables de la sociedad: salud, educación, infraestructura y seguridad.

¿Es efecto de la ley el resultado de un país en crecimiento? ¿Es producto de la evolución y madurez de los gobernantes, instituciones, ciudadanos que determinan como derecho vivo las normas jurídicas que los regulan?. Es decir, ¿Es la Economía o el Derecho que se entremezclan y generan las condiciones para una vida digna de las poblaciones?. Enigmas de ambas disciplinas.

Así también, el marco constitucional no soluciona las grandes interrogantes que se tiene en torno a estos temas y muchas veces necesitamos de un análisis económico del derecho y de las instituciones legales. El análisis económico del Derecho es una metodología o más concretamente, de la aplicación de un método económico para entender a las instituciones jurídicas, en otro contexto.³

La Economía también posee un “deber ser”, lo propuso Milton Friedman⁴, distinguiendo entre la economía positivista como cuerpo de conocimientos sistematizados referente a lo que es, y la economía normativa, que es un cuerpo de conocimientos que discute criterios respecto a lo que debería ser.⁵

³ BULLARD, Alfredo, Derecho y Economía, Palestra, 2010, p.74

⁴ Nacido en Nueva York, julio de 1912

⁵ RAVIER, Adrián, Lecturas de Historia del Pensamiento Económico, Unión Editorial, Buenos Aires, 2012, p.287

Curiosa similitud entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural, el primero estructurado con cuestionamiento de lo que es, y el Derecho Natural, más comprensible, basado en la razón y en la naturaleza humana.

Contratos

Cuando queremos hacer una relación entre el Derecho y la Economía, en lo primero que pensamos es en los Contratos, justamente porque siendo el instrumento que genera obligaciones-desde el punto de vista del Derecho- son la base de las transacciones y resultado de las negociaciones que permiten alcanzar beneficios económicos para quienes los celebran.

El Derecho tiene una gama de figuras contractuales a las que llamamos contratos nominados o contratos típicos y en cambio la Economía tiene una serie de transacciones que no tienen nombre y que evolucionan con una rapidez distinta a la del Derecho, por lo tanto ya no pensamos en la tipicidad jurídica sino en la tipicidad social.⁶

Por otro lado, surge para el Derecho, la figura del contrato nominado versus el innominado, y para diferenciarlos, tendríamos que saber que el contrato que está expresamente previsto en el ordenamiento jurídico positivo, recibe el nombre de contrato nominado y su origen se remonta al Derecho Romano, y es pertinente hacer notar que constituye un error generalizado identificar los contratos nominados con los típicos y los contratos innominados con los atípicos. Así lo señala Juan Bautista Jordano, citado por Carlos Cárdenas Quirós⁷ al indicar que contrato innominado equivale a contrato que no tiene un *nomen juris* en el sistema de la ley, lo cual depende a su vez, del hecho de no tener o pertenecer a una determinada disciplina.⁸ Ahora, como señala Cárdenas Quirós, el hecho de no pertenecer a una determinada disciplina, es lo esencial del concepto, porque tener un

⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I, II y III, Palestra Editores, Lima, 2003, p.153

⁷ CARDENAS QUIRÓS, Carlos, El Leasing o Arrendamiento Financiero, Revista Peruana de Derecho de la Empresa – Contratación, Tomo IV, No.39, ASEDORANDINA, Lima.

⁸ Op.Cit.

nomen no basta por sí solo para convertir en legalmente típico un determinado negocio. Por otro lado, así también lo señala Cárdenas Quirós, es posible que contratos sin *nomen juris* cuenten con particular disciplina y que por tanto, a pesar de ser innominados, sean típicos. Es decir, en el Derecho Romano clásico, no se conocía una figura general de contrato, sino contratos singulares, cada uno con su propio nombre y tutelado por una *actio* homónima.⁹

En las *Institutas* de Gayo, se realiza una clasificación taxativa de los contratos¹⁰ y fuera de éstos cualquier otro acuerdo no constituiría obligaciones, careciendo por tanto de acciones para su tutela. Entre el siglo II y III d.C., se admitieron algunas instituciones que dieron la tutela del Derecho Civil a otros acuerdos que no formaban parte del grupo de los contratos típicos, si estaban justificados por una adecuada causa.¹¹

Es en el Código Civil italiano de 1942 donde se introduce el cambio de terminología, al establecer en su artículo 1322 que las partes pueden “concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular” y de esta manera, se introduce así la denominación legislativa de contrato “típico”.

Resulta interesante el punto de vista de Walter Rodríguez Camacho¹², en el sentido de que las exigencias legales de cada tipo contractual pueden llegar a colisionar con las normas del contrato como figura general. Al respecto, nos recuerda que todo contrato encierra en el fondo una operación económica¹³ y que tiene exigencias propias para cumplir sus fines, y que deben respetarse. El legislador por más imaginativo que fuera, no podría superar la realidad económica o comercial, por ello, el repertorio de contratos típicos o nominados, como los llama el Código a partir de la aclaración líneas arriba; es limitado frente al

⁹ CASTILLO FREYRE, Mario, CESPEDES SUZUKI, Erika, Características del Contrato Médico, www.castillofreyre.com

¹⁰ MONCAYO RODRIGUEZ, Socorro, La Consensualidad de los contratos en el Derecho Romano, www.letrasjuridicas.com

¹¹ La tradición recogió este nombre y lo incorporó al Código Civil francés, cuyo artículo 1107 señala que los contratos, ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las reglas generales de los contratos. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, Op.Cit. p.151

¹² GUTIERREZ CAMACHO, Walter, *Ámbito de Aplicación de las Normas Generales sobre Contratos. Los Contratos Atípicos, Código Civil Comentado*, Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p.27

¹³ Op.cit. p. 27

número y variedad de los contratos atípicos utilizados¹⁴ en la actividad económica o mercantil de hoy.

Es opinión personal, que el término nominado o innominado tomado del Derecho Romano y que nuestro Código Civil de 1984 recoge, puede inducir a error, pues muchos de estos contratos llegan a tener un nombre propio, no obstante carecen de una específica regulación legal, que es lo que caracteriza a los contratos típicos. Así también opina Ossorio¹⁵ al señalar que el término “innominado” designa el gran número de convenciones que no encajan en ninguno de los tipos de contratos taxativamente regulados por el legislador, siendo impreciso.

Por consiguiente el contrato típico es aquel contrato que tiene una regulación legal propia¹⁶ que lo identifica respecto a los demás. Lo contrario, es decir la atipicidad consiste en que no obstante un contrato, tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aún acogida legislativa para ser incorporada o incluida en una disciplina particular. En resumen, el contrato atípico viene a ser el producto de las necesidades e imaginación de las partes que, en uso de la libertad concedida¹⁷ crean un contrato diferente a los ya regulados para normar sus relaciones, obtener mayores beneficios y en general movilizar los agentes propios de la Economía.

El Derecho de los contratos no se encuentra encerrado en el marco de la ley¹⁸, rebasa esa frontera y a menudo nos encontramos con figuras contractuales que la ley ignora, pero el Derecho no. Tampoco la Economía. Por esto, todas las legislaciones modernas acogen una noción general de contrato, aunque conserven al lado de ella una serie de figuras contractuales típicas, que no son, en realidad, más que posibles contenidos del contrato genéricamente entendido.

¹⁴ Op.Cit. p. 27

¹⁵ Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I, II y III, Palestra Editores, Lima, 2003, p.153

¹⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Op.Cit. p.153

¹⁷ El art.1354 del Código Civil de 1984 faculta a las partes, a que puedan determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma de carácter imperativo.

¹⁸ GUTIERREZ CAMACHO, Walter, *Los contratos Atípicos, en Contratación Contemporánea*, ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis, y otros, Editorial Themis, Bogotá, 2001. p.305

Los conceptos de tipo y tipicidad se hallan íntimamente vinculados. En el Derecho, la tipicidad aparecerá caracterizada como regulación, precisamente a través de los tipos. Así decimos que es típico lo que está regulado y atípico lo no regulado.

Debemos señalar que en el mundo jurídico, el tipo aparece siempre ligado a una determinada realidad social. Esta realidad social a la que nos referimos es frecuentemente, una conducta natural que es elevada a categoría jurídica a través del fenómeno de la tipificación.¹⁹ Resulta pues, interesante la diferencia que hace De La Puente y Lavallo con respecto a la tipicidad legal y tipicidad social, con lo cual la primera, recoge lo que los particulares crean en orden a la ley, con características propias de los tipos legislativos; y la segunda, es decir la tipicidad social, es el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, que encuentra su fundamento en la costumbre, de contratos identificables, que determina que se apliquen reglas comunes a todos los contratos de un mismo tipo, aún cuando cada uno de éstos no contenga una regulación completa.

Esto sucede en nuestro país, con el Contrato de Fideicomiso, que ha tenido su reconocimiento legal en la Ley 26702 Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, sin embargo lo mismo no ha sucedido con contratos que se utilizan con alguna incidencia en nuestro país, desde hace algún tiempo y que no han recibido reconocimiento legal, tales como el Franchising, Joint-Venture, Factoring, Underwriting, Sponsorship, Outsourcing entre otros. Sin embargo, estos contratos son considerados “nominados” porque son contratos típicos sociales y la práctica les ha otorgado un *nomen juris* para distinguirlos de otros tipos de contratos.

Los efectos tanto de la tipicidad legal como de la tipicidad social son similares. Manuel de la Puente y Lavallo insiste en que basta que resulte claramente del contrato, la voluntad de las partes de celebrar un contrato típico social, para que sean aplicables a dicho contrato las reglas propias que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a ese tipo contractual.²⁰

Lo que sucede generalmente es que la ley espera que un contrato determinado, adquiera, en base a su reiteración y frecuencia, una difusión que merezca su incorporación a la

¹⁹ Op.Cit. p.305

²⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Op.Cit. p.154

contratación típica legal. Tal como sucedió con los contratos de Suministro, Hospedaje y Secuestro incluidos en la tipicidad legal a partir del Código Civil de 1984.

Estos aspectos señalados, son solo algunos de los que pueden resultar de la combinación de la Economía y el Derecho, lo que hace imposible considerar en un solo trabajo, como el presente.

En el ámbito financiero, sucede algo similar, la evolución del término “finanzas” resulta de haberle adicionado por lo general “públicas” y esto, para diferenciar las finanzas estatales de las privadas. En tal sentido, los autores anglosajones establecen una nítida diferencia entre las finanzas públicas (public finance) y las finanzas privadas (private finance), que hace referencia a problemas monetarios, cambiarios y bancarios en general. Los tratadistas españoles suelen denominar a las finanzas o finanzas públicas, ciencia de la hacienda o de la hacienda pública, que proviene de la locución latina “*faciendo*”.

No pocos especialistas, especialmente de los tiempos modernos y actuales, consideran que el término “finanzas” se viene utilizando en el sentido de las finanzas privadas y aunque podría llevarnos a confusiones, la razón principal es que las finanzas públicas no pueden estar desligadas de las privadas y viceversa. Un estudiante de Derecho hace algunos años, podría haber cursado la asignatura de Derecho Financiero, delimitado al Presupuesto General de la República y lo concerniente al gasto público, así como la gestión en el destino de los tributos. Hoy, el Derecho Financiero, puede estar comprendido dentro de una especialidad del Derecho Económico en el que definitivamente se tratan temas públicos y privados, en estrecha relación, como: mercados, intermediación financiera, regulación y supervisión del sistema financiero, instrumentos financieros y otros.

En este contexto, afirmamos que el Derecho no puede estar al margen de la Economía²¹ ya que si consideramos a éste como un sistema sustentado en principios jurídicos que tienden a buscar un ordenamiento de la vida en sociedad, la economía es uno de los elementos ineludibles de ese orden social. Para Lorenzetti²² la economía es una poderosa herramienta

²¹ FARINA, Juan, *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 34.

²² LORENZETTI, Ricardo, *La Economía del derecho*, J.A., Buenos Aires, 1990.

para analizar un amplio campo de cuestiones que presenta la interpretación de la ley, por eso, considera el jurista, que es hora de preguntarle al juez, al legislador y al especialista, si tienen en cuenta los resultados socioeconómicos que se derivan de su sentencia, de su ley o de su tesis.

¿Se trata de Derecho Económico? Al igual que Farina²³, opinamos que la disciplina vincula armoniosamente el Derecho y la Economía, que va adoptando matices propios, que difícilmente pueden desligarse en un mundo actual y peor aún global, en el que se dificulta separar la implicancia jurídica de una transacción económica y las consecuencias económicas de un acto jurídico. Aspectos por cierto, con los que el abogado de hoy debe estar familiarizado, y en el que el análisis económico del Derecho apremia al ritmo de la transformación de la sociedad.

Forman parte del conjunto de aspectos que importan a la economía: las empresas, los recursos, el dinero, bienes, servicios. Las empresas son unidades básicas de producción.²⁴ Su objetivo principal en la economía es maximizar su beneficio, y para conseguirlo deben conocer las reglas de la producción y la rentabilidad de sus factores productivos.

Como disciplina, la Economía se centra especialmente en el estudio de las situaciones habituales de la vida diaria.²⁵ Como dijo en el siglo XIX el gran economista Alfred Marshall, la Economía es “un estudio del género humano en sus acciones habituales de la vida diaria”.

Cuando asistimos a un país moderno, con prosperidad económica, observamos que las familias o componentes de ésta se proveen de bienes y servicios para facilitarse la vida y hacerla más cómoda. Para conseguir ese tipo de prosperidad, los economistas señalan que se requiere de un sistema que funcione correctamente, especialmente a la hora de coordinar las actividades productivas: es decir actividades de producción y distribución de los bienes y servicios que la sociedad requiere. A esto se denomina **Economía**, disciplina que estudia las economías de los individuos como de la sociedad en su conjunto. El éxito de esta economía se mide por la capacidad que tiene de asignar los bienes.

²³ FARINA, Op. Cit., p.30. Un nuevo nombre se propone, “*Derecho Económico privado*”, pero esta denominación es criticada por la amplitud de su significado.

²⁴ GONZALES GONZALES, Manuel y otros, Introducción a la Economía, UNED, Pearson – Prentice Hall, 2010, p.91

²⁵ KRUGMAN, WELLS y OLNEY, Fundamentos de Economía, Editorial Reverté, Barcelona, 2008. P.1

Algunos países, como el Perú y muchos otros países del hemisferio tienen una *Economía de mercado*, en la que la producción y el consumo son consecuencia de las decisiones descentralizadas de muchas empresas e individuos. No hay una autoridad central que decida lo que debe producirse o a dónde debe ser enviado. Cada productor de forma individual, hace lo que cree que será más rentable; y cada consumidor compra lo que desea comprar. La alternativa o contraposición a una economía de mercado es una *economía centralizada*, en la que hay una autoridad central que toma las decisiones de producción y consumo. Una economía centralizada hoy es menos común que en la década de los 70-80.

Las economías de mercado son capaces de coordinar actividades complejas y proporcionar los bienes y servicios que los consumidores demandan. Por otro lado, una falla de mercado es un elemento que retrasa esta fluida asignación de bienes, como por ejemplo la contaminación del aire y del agua, la explotación descontrolada de recursos naturales, entre otros. A partir de estas fallas de mercado, se hace necesario el análisis económico, para proponer soluciones a estas dificultades.

Cuando preguntamos a personas no economistas, sobre el concepto de economía, muchas no pueden definirla concretamente, pero saben que está relacionada con el dinero, los precios, los impuestos, las empresas, el trabajo, entre otros.²⁶ Es así, que la Economía se ocupa de las elecciones o decisiones que debemos tomar para que con los medios disponibles, que siempre son escasos, podamos satisfacer las necesidades a las que nos enfrentamos, tanto de forma individual como colectiva –necesidades que son por lo general crecientes y mayores que nuestros recursos- .

En la actualidad, las diferentes sociedades o países, y así también las personas que los integran, tienen que buscar soluciones a los problemas que se derivan de la escasez, y que pese a la deseada mejora de condiciones de vida, los problemas económicos se siguen presentado en todas partes, hasta el punto de tener crisis económicas. La realidad nos muestra que las necesidades de todo tipo son ilimitadas y los recursos disponibles, limitados. Así, las grandes inequidades, la exclusión de los más necesitados, las comunidades campesinas o nativas que a lo largo de nuestro territorio americano, se encuentran alejados de todo tipo de bienestar, también son un reto para la Economía y su

²⁶ GONZALES GONZALES, Manuel J. y otra, Introducción a la Economía, Edit. Pearson, Prentice Hall, 2010, p.4

constante búsqueda de la reducción de brechas sociales con el subsiguiente bienestar de la mayoría.

Legislación

Se piensa que Derecho es Legislación, y nada más errado porque hay una gran distinción, las normas jurídicas que conforman la legislación es únicamente parte componente del Derecho, es una fuente, que resuelve algunas dudas y casos o cuestiones jurídicas, pero no lo es todo. La Economía es más libre, se ocupa de las elecciones que tenemos que realizar para que con los medios disponibles (que siempre son escasos) podamos satisfacer las necesidades a las que nos enfrentamos, tanto de forma individual como colectiva (necesidades que son siempre crecientes y mayores que nuestros recursos).²⁷

En el ámbito de la Economía, se toman decisiones con tremendas implicancias sociales, a partir de un análisis costo-beneficio que busca el crecimiento económico, sobre la base de los recursos económicos que no necesariamente evalúa el aspecto social, o no siempre cautela el orden social que es preocupación exclusiva del Derecho. Si bien la Economía, el Derecho y en general cualquier conocimiento que importe a una disciplina o ciencia, debería tener como principio y fin a la *persona*. Hoy en nuestro país, se busca y se pretende analizar los costos de una relación contractual laboral. Expertos economistas se reúnen en la Universidad del Pacífico, en donde confluyen organismos autorizados en materia económica: GRADE, CIES, y otras instituciones de investigación económica. Su gran dilema es cómo reducir los costos que las normas laborales generan en desmedro de la productividad empresarial, con la consecuente disminución de los beneficios económicos. ¿Cuándo considerar que las preocupaciones de los economistas desbordan los beneficios y los derechos de las personas?. ¿Beneficio económico a costa de la reducción de los derechos de los trabajadores?. Solo son dos interrogantes que deben responder tanto la Economía como el Derecho.

²⁷ GONZALES GONZALES, Manuel y otros, Introducción a la Economía, UNED, Pearson – Prentice Hall, 2010, p.91

Al parecer, las ciencias sociales, dentro de las cuales se encuentran ambas disciplinas tienen por finalidad centrar su estudio, método y fin, en las personas, y en la medida en que la Economía busque la satisfacción de las personas para la obtención de un bienestar mayor, el Derecho cautelará que así sea. Alguien tiene que preocuparse del orden social.

Los bienes y servicios también son objeto de estudio de la Economía, la gente los valora, los produce para satisfacer sus necesidades humanas. Las necesidades humanas son las básicas para subsistir, en las que también se encuentran la paz, solidaridad y respeto de la propiedad y en general de los derechos, que es el objeto del Derecho.

Ambas disciplinas forman parte de la vida cotidiana de las personas, y los países o sociedades evolucionan a ritmo de sus habitantes, de las necesidades de éstos, de su trabajo, de su remuneración, de sus niveles de consumo y también de los tropiezos que en el devenir se encuentran por causa de los excesos de las mismas personas. ¿Esta situación, es jurídica o económica? . Muy difícil la distinción, se confunden.

Para nadie es un secreto que uno de los temas que hoy genera constante preocupación entre los técnicos del Ministerio de Economía y Finanzas de nuestro país, se resume en la siguiente pregunta: ¿Qué tiene y qué puede hacer este portafolio para levantar las expectativas, tanto de inversionistas como de consumidores, en el corto plazo?

Al respecto, Elmer Cuba, socio director de Macroconsult, indicó que el **consumidor**, si la economía mejora y por ende su consumo: “El fisco podría dar un nuevo impulso en gasto corriente. Sobre la misma interrogante, Jorge González Izquierdo, economista de la Universidad del Pacífico, sostuvo que en el caso de los consumidores, hay un mayor margen de elevación de las expectativas que del lado empresarial. En este punto, precisó, hay que tener en cuenta que la inversión privada pesa 22% del PBI; mientras que el consumo privado pesa 62%.²⁸

En ese sentido, la reflexión que hace el Derecho es: ¿Quién cautela los intereses de los consumidores frente a la ola creciente de publicidad, productos y servicios que se le ofrece?. Hemos pensando que nuestros consumidores conocen de los efectos del control *ex*

²⁸ <http://www.aempresarial.com/web/informativo.php?id=27041>, recuperado el 17.09.14, en *Economistas consideran que nuevas medidas del MEF deberían impulsar más el consumo*, *Boletín Empresarial*.

ante y ex post en la contratación masiva, en los contratos de adhesión en los que su capacidad negociación se encuentra bastante reducida y que la información asimétrica, lo coloca en una situación de desventaja frente a los proveedores, empresas, bancos y comercio en general?²⁹

Estamos pues, frente a la inquietud y preocupación constante de los economistas por generar beneficios a sus recursos productivos y económicos, sin mayor análisis de un tema de principios y fundamentos de Derecho que protejan a los agentes que permiten este crecimiento y que además sea a quienes verdaderamente lleguen éstos.

La legislación, cumple también dentro del tema del Derecho, un rol importantísimo; como bien sabemos, siendo una de las fuentes de la disciplina jurídica, no es la única, sin embargo, en gran medida manifiesta la política económica de cada estado, quien a través de la normativa, marca pautas con respecto a la imposición tributaria, reglas de competencia, apertura de mercados, inversiones públicas o privadas, y en fin, van plasmando el resultado del comportamiento de una sociedad frente a la política económica de cada régimen político o gobierno de turno.

Una norma notable por ejemplo en el Perú, por citar una, es el Decreto Legislativo No.701³⁰, que además se introdujo en un momento histórico en el país, en el año 1992, que se crea también el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, organismo independiente, con autonomía técnica y administrativa,³¹ mediante Decreto Ley 25868.

La norma en mención crea la Comisión Nacional de la Libre Competencia, que posteriormente queda adherida a la estructura de Indecopi. Luego de 20 años, de los que se tiene como resultado un crecimiento sostenible de la economía peruana, el balance de aquellas medidas o normas jurídicas de contenido económico, son positivas y reflejan de

²⁹ BEBCHUK, Lucian, POSNER, Richard, Contratos desequilibrados en mercados de consumo competitivos, *Themis*, Revista de Derecho, No.57, p.177.

³⁰ Norma expedida por el poder ejecutivo, por delegación de facultades del poder legislativo, expedido en 1993, dentro de la política económica del presidente Fujimori.

³¹ Cuya misión es propiciar el buen funcionamiento del mercado, en beneficio de los ciudadanos, consumidores y empresarios, mediante la defensa de los consumidores, la prevención y fiscalización de prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, la protección de la propiedad intelectual y la promoción y desarrollo de una infraestructura y cultura de la calidad en el Perú .

qué manera parte del Derecho, como es la Legislación puede marcar el destino de una sociedad, como la peruana.

Medidas como la eliminación de las conductas tipificadas como actos de abuso de posición de dominio, o como prácticas restrictivas de la competencia, propias del Derecho de la Competencia, disciplina afín también a la Economía, se dieron en otros aspectos, producto de la evolución legislativa, como la creación de la Ley de protección de la Propiedad Intelectual, Derechos de Autor y otras.

En el sector financiero, sector económico bastante específico, también tenemos una historia legislativa que contar, acompañada de cifras que hoy después de 24 años desde que iniciamos el recuento, nos sorprenden por cuanto van acompañadas de la realidad que se plasma en la solidez y equilibrio de nuestro sistema financiero.

Empezaremos nuestro recorrido por la década de los 80, en los cuales el sistema financiero sufrió una serie de acontecimientos, de los más diversos y variados dentro de los cuales, algunos catastróficos para el sistema, como la estatización de la banca, la prohibición del retiro de los ahorros de la banca privada, y otros que unidos a la dispersión y proliferación de entidades hicieron que el sistema colapse y los inversionistas vieran los peores resultados económicos de la historia, todo esto unido a una tremenda inflación, que como todos bien sabemos, concluyó con el debacle económico.

Tiempos difíciles para toda la economía del país y principalmente para el sistema financiero que requería de medidas urgentes que orientaran a éste hacia otro rumbo, para que los estragos de la década del 80 fueran por lo menos resarcidos de alguna manera en un mediano plazo.

Los primeros antecedentes que tomamos para este trabajo, datan de la década de los 70, pues se dice que el sector bancario fue muy estable hasta fines de la década del 60, en términos tanto de índices de rentabilidad como del margen de intereses³². Entre 1970 y 1990 el sistema estuvo afectado por muchos altibajos, producto de la incertidumbre social, política y económica que vivió el país en dicho periodo. Durante los primeros años de la década de los 90, pese a que se restableció el marco legal, político y económico para que la

³² FERNANDEZ-BACA, Jorge, *Dinero, Banca y Mercados Financieros*, Op. Cit., p. 321.

actividad bancaria pueda desarrollarse sin mayores barreras y obstáculos, el sector no pudo recobrar la estabilidad de los buenos tiempos. La actividad bancaria era mucho más riesgosa en nuestro país, pues incluso, en 1998, los inversionistas llegaron a exigir que los bonos peruanos rindan 10 puntos porcentuales más que uno de Estados Unidos en similares condiciones³³. Esta realidad no se encontraba ajena a lo que venía sucediendo en el resto del mundo debido al impacto de la crisis rusa y asiática.

Durante la década de los 70, no sólo se mantuvo el control sobre las tasas de interés, sino que incluso se prohibió la tenencia de depósitos en moneda extranjera y fue el Decreto Ley 18275 de 15 de mayo de 1970 que prohibió que las personas naturales o jurídicas, excepto el BCRP y el Banco de la Nación, tuvieran depósitos en moneda extranjera. Así también la competencia en la diversificación de actividades, fue otro aspecto que marcó la actividad bancaria en la década de los 70.

Fue en julio de 1976 que el BCR modificó el tope a las tasas de interés bancarias subiéndolo de 5 a 9%, un nivel aún distante del ritmo de crecimiento de los precios que ya en ese momento estaba por encima del 20%. Desde ese momento y hasta 1980 la tasa máxima permitida para los depósitos de ahorro subió hasta 30,5% aunque la inflación anual ya bordeaba el 60%.

En 1980 se aplicó una desregulación de las tasas bancarias que duró muy poco y además se incluía la libertad de tener depósitos en dólares³⁴ y en el año 1985 se volvió al sistema de las tasas máximas permitidas por el BCR. Los depósitos bancarios así como el PBI se recuperaron entre 1980 y 1985 y luego entra en declive para alcanzar su punto más bajo en 1991. Sin embargo en 1990, las instituciones financieras peruanas pudieron volver a competir abiertamente en los mercados de captación de depósitos y de oferta de crédito sin

³³ PARODI, Carlos, *Globalización y crisis financieras internacionales*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 2008, p. 318.

³⁴ Los topes autorizados para los depósitos en moneda nacional siguieron aumentando por debajo de la inflación, pero se permitió que la frecuencia de la capitalización de interés sea elegida libremente por los bancos, lo que en la práctica que equivalía a una desregulación total.

ninguna restricción sobre las tasas de interés, activas y pasivas, para todos los depósitos tanto en moneda nacional como extranjera.

Los efectos de la desregulación no se hicieron esperar, puesto que los depósitos bancarios vieron crecer su peso relativo y llegaron a representar el 23% del PBI a fines de la década de los 90, nivel nunca antes alcanzado desde 1950.

La libertad para fijar tasas de interés en el Perú se encuentra consagrada en el art.9 de la ley 26702 que es la que actualmente rige el sistema financiero. Esta indica textualmente que “las empresas del sector financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios”. Por otro lado, también es importante señalar como novedad de esta ley la participación limitada del estado tal como señala el art.7 “El estado no participa en el sistema financiero nacional salvo las inversiones que posee COFIDE, como banco de desarrollo de segundo piso y similares...”, lo cual significaba una menor presencia del estado en las tareas destinadas a los particulares, fijando más de cerca el rol del estado promotor y regulador, más que dedicado a la actividad empresarial.

La competencia en la diversificación de actividades o la diversificación del riesgo fue también un importante paso en la consolidación del sistema financiero nacional, esto tal vez por el precedente que ocasionó un sistema financiero caracterizado por la banca especializada, en la que destacaban bancos dedicados a la actividad minera, industrial, hipotecaria, de vivienda, agrario y que respondía a una tendencia mundial, especialmente europea en la cual nunca ocurrió la separación de actividades o especialización, sino más bien en la cual prevaleció “*la banca universal*”.³⁵

Asimismo en el año 1990, durante el gobierno del presidente Alberto Fujimori, se dieron algunos otros rasgos de lo que implicaría una reforma del sistema financiero y se delegó a una Comisión integrada por algunos representantes de los diferentes intereses del sistema financiero que lo conforman, delinear lo que hoy consideramos, una etapa con muchas perspectivas de desarrollo en el ámbito financiero.

³⁵ *Ibid.*, p.355.

En diciembre de 1996 se promulga la Ley 26702, luego de algunas normas que la precedieron y que fueron reajustándose en esos seis años, adecuando las diversas instituciones a la realidad económica del país, que se presentaba vislumbraba con mayores expectativas.

Antes de la promulgación de la Ley 26702 el sistema financiero tenía a grandes rasgos, las siguientes características: banca de capital estatal o mixto, especializada por rubros económicos en los que destacaba la presencia del Banco Agrario, Banco Industrial, Banco de la Vivienda, Banco Minero y otros que tenían un sesgado público al que atendían con las limitaciones que el estado tiene en esas actividades; sin mayores garantías o seguridad para los ahorros, altos intereses, entre otros.

Es la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, la que marca un hito en el que fue el inicio de una serie de reformas económicas, políticas y sociales. Y en la que diversas instituciones fueron consolidándose y algunas otras aparecen para modernizar y hacer más eficiente el sistema. Para empezar se establece qué entidades son las que conforman el sistema, y esto trae como novedad la eliminación de las Mutuales de Vivienda, para dar paso a otras de organización más moderna.

Se establece como entidades del sistema financiero a: bancos, financieras, Cajas rurales de ahorro y crédito, Cajas Municipales, Empresas de desarrollo de la pequeña y mediana empresa Edpymes, así como empresas de Arrendamiento financiero, de Factoring, de Leasing, afianzadora y de garantías, Empresas de servicios fiduciarios, y otorga a las Cooperativas de Ahorro y Crédito la posibilidad de adaptarse a las formas societarias que establece la Ley General de Sociedades.

Otra novedad de esta ley, fue la diversificación del riesgo en diferentes rubros de la economía, a la que nos referimos líneas anteriores, con la finalidad de otorgar mayor seguridad a las entidades del sistema, para poder invertir en forma dispersa sus recursos. Se generó así la libertad en la asignación de recursos, y se estableció la prohibición para la Superintendencia de Banca y Seguros de autorizar la constitución de empresas diseñadas para apoyar a un solo sector de la actividad económica.

También se buscaba dotar de mayor estabilidad a las entidades que conformaban el sistema con la finalidad de se organicen de forma competitiva, sólida y confiable, para lo cual se modificaron algunos límites operacionales, se cambió de lógica a la calificación de sujeto de crédito, con la finalidad de incentivar el crédito, dándose mayor énfasis a los proyectos presentados, así como a los ingresos o patrimonio del deudor y sus antecedentes, que a las garantías que pasaron a un plano secundario o subsidiario, lo que evitaba que los bancos se llenaran de bienes, producto de las ejecuciones de garantías que respaldaban los créditos otorgados.

Uno de los grandes aportes de esta norma, fue la limitación de la participación del estado en el sistema financiero a través de la Superintendencia de Banca y Seguros, mediante funciones de supervisión y control del sistema, desterrando de esta manera el que las empresas financieras se vieran impuestas con accionistas y miembros de directorio que representaban los intereses del gobierno de turno. Esta fue la causa de la despolitización no sólo de las entidades financieras sino en realidad de las finanzas y economía nacional.

Asimismo este cuerpo normativo estableció la prohibición de tratamientos discriminatorios ejercidas por el Banco Central de Reserva o Superintendencia de Banca y Seguros, entre empresas de igual naturaleza, de distinta naturaleza referente a una misma operación o respecto de las empresas establecidas en el país con relación a similares en el exterior.

También las actividades más riesgosas marcaron gran influencia en el sistema financiero en aquel momento, los bancos compiten de una manera mucho más intensa con otros bancos y con empresas financieras no bancarias, y han tenido que aprender a operar con valores. Este manejo de valores está estrechamente relacionado con las operaciones de titulización de activos (principalmente préstamos de consumo e hipotecarios) y el manejo de instrumentos derivados tales como swaps y opciones.

A fines de la década de 1990, se produjo un nuevo shock luego de varios años de estabilidad económica y financiera con tasas de interés bajas. Las alzas producidas en las tasas de interés, entre 1997 y 1998, esta vez sí afectaron seriamente a los bancos

latinoamericanos, puesto que sus economías estaban mucho más integradas con el mercado financiero mundial.

En opinión de diversos autores no existe razones que justifiquen la necesidad de regular la actividad bancaria, no sucede esto, en la actividad industrial, siderurgia y otros. La mayor parte de las legislaciones del mundo coincide en la necesidad de proteger a los depositantes y este parecería ser el objetivo fundamental de la regulación bancaria³⁶. La Constitución Política del Perú en su art.87 señala lo siguiente: “El estado fomenta y garantiza el ahorro. La Ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía”. Luego, establece que la Superintendencia de Banca y Seguros ejerce control de las empresas bancarias y de seguros, de las que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

En conclusión, todo este recorrido combinado de normas jurídicas y políticas económico-financieras tuvo como resultado lo que hoy ha sido calificado como una banca competitiva, sólida y en expansivo crecimiento, a la que las crisis norteamericana del 2009 y las europeas subsiguientes no ha disminuido. Hoy la agencia estadounidense de riesgo crediticio Moody's elevó en dos escalones la calificación crediticia del Perú, debido a las expectativas de que se acelere el crecimiento de la economía, se fortalezca su posición fiscal y que reformas estructurales mejoren su potencial de expansión. Moody's subió la calificación a "A3" desde "Baa2" con una perspectiva estable. Con esto, la agencia es la primera en otorgarle al Perú una nota "A" a la deuda de largo plazo en moneda extranjera.³⁷

El principal motor para la decisión de Moody's de elevar la calificación soberana de Perú es el continuo fortalecimiento del balance del estado. A pesar de una desaceleración cíclica de la actividad económica y una baja de precios de materias primas clave, la diversificación de sus ingresos tributarios ha ayudado a sostener la salud fiscal, explicaron los especialistas.

³⁶ Ibid., p. 360.

³⁷ <http://elcomercio.pe/economia/peru/moodys-elevo-calificacion-crediticia-peru-nivel-a3-noticia-1740175>, recuperado el 02.07.14

Una calificación de deuda más alta, permite a los emisores obtener mejores condiciones de financiamiento cuando acuden a los mercados.³⁸

Si bien Fitch evaluó a cuatro entidades bancarias, que concentran cerca del 84% del sistema bancario peruano, solo los bancos mencionados consiguieron incrementar su nota crediticia. Así, la agencia subió la nota del BCP y el BBVA a A- desde BBB+; mientras que Interbank pasó a BBB+ desde BBB. No obstante, el banco Scotiabank mantuvo su perspectiva estable A-.³⁹

Conclusión

Es claro que tanto la Economía como el Derecho son disciplinas que pretenden, como ciencias sociales, buscar el bienestar de la sociedad. Ambas tienen aspectos que se confunden, colisionan en algunos casos, pero sobre todo tienen como fin a la persona y la satisfacción de necesidades básicas, como bienes materiales pero también aspectos que le aseguren convivencias pacíficas y cierto grado de bienestar.

El Derecho evoluciona, es cierto, se adapta a las distintas sociedades, y en cierta medida va ajustándose a las distintas realidades, lo mismo la Economía, pero las respuestas a las grandes necesidades humanas van en ritmo más lento en el Derecho que en la Economía. Por eso, surgen figuras, negocios, transacciones, que el Derecho no ha previsto, no ha clasificado y menos tipificado, pero que la Economía ya resolvió.

Ambas se complementan y el jurista de hoy, no puede ser un experto en los fundamentos, doctrina y jurisprudencia que conforman el Derecho, apartándose de las otras ciencias sociales, específicamente de la Economía.

El reto exige ampliar el espectro de la formación de los futuros abogados, desde la universidad, en la que se incluyen aspectos de análisis financieros, conceptos básicos de economía y de política económica, comercio internacional, apertura de mercados, tratados de libre comercio, derecho de la competencia, entre otros. El abogado precisa de estar atento a los sucesos económicos de su país, de las empresas que representa, de las personas

³⁸ Id. ib.

³⁹ <http://elcomercio.pe/economia/peru/fitch-ratings-mejoro-nota-crediticia-tres-bancos-peruanos-noticia-1754448>, recuperado el 03.09.14

a las que patrocina, teniendo en cuenta principalmente que ambas buscan una convivencia pacífica con menos diferencias y con mayor grado de bienestar.

(*) María Augusta Camacho Zegarra

Abogada, Especialidad en Derecho para el Desarrollo en IDLO – Roma, Italia, Magister en Derecho de la Empresa y Doctora en Derecho por la UCSM. Actualmente estudios post doctorales en la Universidad Pablo Olavide, Sevilla, España. Docente universitaria en las áreas de Derecho Comercial, Derecho Mercantil y Teoría del Derecho. Coordinadora de la Carrera de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN.