

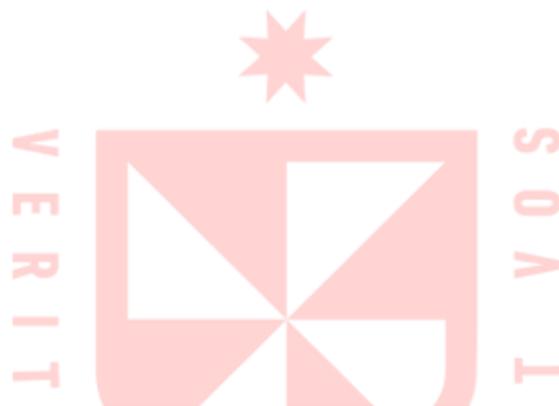
FACULTAD DE DERECHO  
UNIDAD DE POSGRADO

**LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL FRENTE A  
LA CLAUSULA ANTICONCURSAL ESTIPULADA EN EL  
CONTRATO DE PRÉSTAMO BANCARIO**



TESIS  
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO DE LOS  
NEGOCIOS

LIMA – PERÚ  
2023



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**UNIDAD DE POSGRADO**

**“LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL FRENTE A LA  
CLAUSULA ANTICONCURSAL ESTIPULADA EN EL  
CONTRATO DE PRÉSTAMO BANCARIO”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN  
DERECHO DE LOS NEGOCIOS**

**PRESENTADO POR:  
JUAN ANGEL GARCIA YUFFRA**

**ASESORA:  
Mg. ANA MARIA DEL PILAR PONCE NARRO**

**LIMA, PERÚ**

**2023**

**DEDICATORIA**

Para mis padres Ana Luisa Yuffra Lugo y Juan García Sandoval.

## **AGRADECIMIENTO**

A todos los que contribuyeron en mayor o menor medida a dar forma a este trabajo de investigación. El camino ha sido largo pero la motivación y el deseo de contribuir al debate académico ha sido superior. He tenido la fortuna de contar con el apoyo de excelentes personas y profesionales quienes con sus consejos, recomendaciones y sugerencias me han aliviado enormemente la carga; una mención especial a la Dra. Ana Ponce quien con su asesoría me ha permitido cumplir el objetivo trazado.

## INDICE

Contenido

### INTRODUCCIÓN 9

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 13

1.1.	Descripción de la situación problemática.....	13
1.2.	Formulación del problema.....	19
	Problema General.....	19
	Problemas específicos.....	19
1.3.	Objetivos de la Investigación.....	20
	Objetivos Generales.....	20
	Objetivos Específicos.....	20
1.4.	Justificación de la Investigación.....	20
	1.4.1.Importancia de la Investigación.....	20
	1.4.2.Viabilidad de la Investigación.....	22

### CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO 23

1.1	Antecedentes de la investigación.....	23
1.2	Bases Teóricas.....	38
	1.2.1 Sistema Financiero Peruano.....	38
	1.2.2 Libre competencia.....	40
	1.2.3 Economía Social de Mercado.....	42
	1.2.4 Cláusulas Generales de Contratación.....	51
	1.2.5 Sistema Concursal.....	59
	1.2.6 Principio de Conservación de la Empresa.....	65
	1.2.7 Análisis Económico del Derecho y el Sistema Concursal.....	66
1.3	Definición de términos básicos.....	68
	1.3.1 Sistema Concursal.....	68
	1.3.2 Clausulas Generales de Contratación.....	68
	1.3.3 Contratos Bancarios.....	69
	1.3.4 Orden Público Económico.....	69
	1.3.5 Usuarios y/o Consumidores.....	69
	1.3.6 Sistema Financiero.....	70
	1.3.7 Economía Social de Mercado.....	70
	1.3.8 Abuso de Derecho.....	71
	1.3.9 Libre Competencia.....	71
	1.3.10 Crédito.....	71
	1.3.11 Deudor Concursal.....	72

1.3.12 Libertad de Empresa .....	72
1.3.13 Clausulas No Aprobadas Administrativamente .....	72
1.3.14 Cliente.....	73
1.3.15 Principio de Conservación de la Empresa:.....	73
<b>CAPÍTULO II: METODOLOGÍA</b>	<b>73</b>
2.1 Diseño Metodológico.....	73
2.2 Aspectos éticos .....	73
<b>CAPÍTULO III: MODELO ECONÓMICO PERUANO Y SU IMPORTANCIA EN EL DESARROLLO</b>	<b>74</b>
3.1 Introducción.....	74
3.2 Orígenes.....	76
3.3 La Doctrina Social de la Iglesia .....	78
3.4 Acogimiento de la Economía Social de Mercado como modelo económico peruano. ....	87
3.5 Avances en la economía gracias al modelo económico adoptado por el Perú.....	98
<b>CAPÍTULO IV: EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO</b>	<b>102</b>
4.1 Un vistazo al concepto de Orden Público .....	102
4.2 El orden público económico: .....	106
4.3 El impacto del Orden Público Económico en la economía peruana .....	111
<b>CAPÍTULO V: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTENIDO AL MODELO ECONÓMICO</b>	<b>114</b>
<b>CAPÍTULO VI: LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y LIBERTAD DE EMPRESA</b>	<b>128</b>
6.1 Contenido esencial de la libertad de contratación .....	129
6.1.1 La libertad de contratar .....	129
6.1.2 La libertad contractual.....	130
6.2 Contenido esencial de la libertad de empresa.....	132
6.3 La función social de la libertad de contratación y la libertad de empresa .....	134
<b>CAPÍTULO VII: EL SISTEMA CONCURSAL Y FINANCIERO EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO</b>	<b>136</b>
7.1 El Sistema Concursal .....	137
7.2 El Sistema Financiero .....	141
7.3 Importancia del Sistema Concursal y Sistema Financiero.....	143
<b>CAPÍTULO VIII: LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN BANCARIA</b>	<b>149</b>
8.1 Las que son aprobadas administrativamente .....	152
8.2 Las que no son aprobadas administrativamente .....	155
8.3 Qué reglas deben aplicarse ante una cláusula general abusiva. ....	157
<b>CAPÍTULO IX: LAS CLÁUSULAS RESOLUTORIAS Y DE EXIGIBILIDAD ANTICIPADA EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO BANCARIO</b>	<b>162</b>
9.1 Resolución y exigibilidad anticipada ante el sometimiento del deudor a procedimientos concursales .....	165
9.2 El impacto de la Cláusula Anticoncursal .....	166

9.3 Redescubriendo la importancia histórica de la ley Concursal en el Perú .....	169
9.4 R. N° 045-2019-INDECOPI-COD (“Propuesta de mejoras normativas a la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal”) y la Ley PARC. ....	183
<b>CAPÍTULO X: EL ESLABÓN: LA CLÁUSULA ANTICONCURSAL EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO BANCARIO</b>	<b>191</b>
10.1 La intervención del Juez Constitucional en el restablecimiento de la Cláusula Social en la Constitución de 1993 .....	211
10.1.1 El rol activo del Juez Constitucional.....	212
10.1.2 El Test de Proporcionalidad como herramienta en la labor activista del juez .....	213
<b>CAPÍTULO XI: APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA TEST DE PROPORCIONALIDAD AL PRESENTE CASO</b>	<b>217</b>
<b>CAPÍTULO XII: UNA MIRADA A LAS CLÁUSULAS ANTICONCURSALES DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)</b>	<b>243</b>
<b>CAPÍTULO XIII: MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL AHORRO Y CRÉDITO EN EL SISTEMA FINANCIERO</b>	<b>258</b>
13.1 Protección del ahorrista. Artículo 87 de la Constitución Política.....	259
13.2 3La protección del ahorro en armonía con el Orden Público Económico .....	273
<b>CAPÍTULO XIV: ¿CÚAL ES LA FUNCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUIDAS A FAVOR DE LOS ACREEDORES DE DEUDORES CONCURSADOS?</b>	<b>282</b>
<b>CAPÍTULO XV: RESULTADOS</b>	<b>287</b>
15.1 Colocaciones del Sistema Financiero al Sector Privado .....	287
15.2 La Morosidad en el Sistema Financiero como posible necesidad de acceder al Sistema Concursal .....	291
15.3 Niveles de Inversión Privada en el mercado peruano .....	294
15.4 Los Procedimientos Concursales en el período 2018 – 2021 .....	297
<b>CAPÍTULO XVI: DISCUSIÓN</b>	<b>300</b>
16.1 Economía Social de Mercado y Orden Público Económico:.....	300
16.2 Libertad de Contratación: .....	305
16.3 Las Cláusulas Generales de Contratación .....	306
16.4 Sistema Financiero peruano .....	308
5.5 El Análisis Económico del Derecho aplicado al Sistema Concursal .....	313
<b>CAPITULO XVII: CONCLUSIONES</b>	<b>316</b>
<b>CAPÍTULO XVIII: RECOMENDACIONES</b>	<b>319</b>
<b>REFERENCIAS</b>	<b>321</b>

## RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se desarrolla la importancia del Sistema Concursal para el mercado, el sistema financiero y el acceso al crédito. Se reconoce al derecho concursal como un derecho con implicancias que trascienden la esfera privada de los acreedores con un alcance de especial relevancia en el escenario público y el interés social.

Desde una perspectiva constitucional la protección al Sistema Concursal implica su reconocimiento dentro de lo que en doctrina se ha denominado Orden Público Económico. Es decir, el Sistema Concursal Peruano, se encuentra premunido del conjunto de principios, valores, y normas que dan contenido al constitucionalismo económico.

De igual forma, se reconoce a la libertad de empresa y la libertad de contratación como derechos económicos fundamentales dentro de una economía social de mercado; sin embargo, se determinan sus límites y se reconoce que el Sistema Concursal debe ser considerado en el diseño de los contratos de préstamo de mediano plazo que son ofrecidos por las empresas del sistema financiero considerando que los procedimientos concursales son determinantes para el encarecimiento, o no, del crédito.

Finalmente, se demuestra que desde el Derecho Constitucional y la Economía, el Sistema Concursal debe gozar de especial protección por sus alcances sociales; para demostrar lo anterior utilizamos herramientas como el Test de Proporcionalidad y el Análisis Económico del Derecho las que brindan una claridad académica sumamente útil.

## ABSTRACT

In the present research work, the importance of the Bankruptcy System for the market, the financial system and access to credit is developed. Bankruptcy law is recognized as a right with implications that transcend the private sphere of creditors with scope of special relevance in the public arena and social interest.

From a constitutional perspective, the protection of the Bankruptcy System implies its recognition within what the doctrine has called Economic Public Order. In other words, the Peruvian Bankruptcy System is provided with the set of principles, values, and norms that give content to economic constitutionalism.

In the same way, freedom of enterprise and freedom of contract are recognized as fundamental economic rights within a social market economy; however, its limits are determined and it is recognized that the Bankruptcy System must be considered in the design of the medium-term loan contracts that are offered by the companies of the financial system considering that the bankruptcy procedures are important for the increase or not of the credit.

Finally, it is shown that from the Constitutional Law and the Economy the Bankruptcy System must enjoy special protection due to its social scope; To demonstrate the above, we use tools such as the Proportionality Test and the Economic Analysis of Law, which result in extremely useful academic clarity.

NOMBRE DEL TRABAJO

LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL FRENTE A LA CLAUSULA ANTICONCURSAL ESTIPULADA EN EL CONTRATO DE

AUTOR

JUAN ANGEL GARCIA YUFFRA

RECUENTO DE PALABRAS

**79840 Words**

RECUENTO DE CARACTERES

**434442 Characters**

RECUENTO DE PÁGINAS

**329 Pages**

TAMAÑO DEL ARCHIVO

**816.5KB**

FECHA DE ENTREGA

**Nov 28, 2023 5:32 PM GMT-5**

FECHA DEL INFORME

**Nov 28, 2023 5:36 PM GMT-5****● 8% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos

- 6% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 5% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

**● Excluir del Reporte de Similitud**

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



**USMP** | Facultad de Derecho  
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES | **Perú**

**Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla**  
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación constituye un denodado esfuerzo por visibilizar la importancia del Sistema Concursal peruano, importancia que va más allá del interés privado extendiéndose y superando las fronteras del interés social y público, para introducirse en ellos, por las implicancias que los procedimientos concursales tienen en el mercado y en el modelo económico adoptado por el Perú: Economía Social de Mercado.

En esa línea de investigación se desarrollará los principales fundamentos doctrinarios del modelo económico nacional, pasando por una revisión histórica de la Doctrina Social de la Iglesia y de las encíclicas que desarrollan esta doctrina; luego abordaremos los aportes de la Escuela de Friburgo a la formación y diseño del Ordoliberalismo resaltando la contribución de diversos pensadores tales como Walter Eucken, Alfred Müller- Armack, Wilhelm Röpke y Ludwig Erhard, para concluir con el reconocimiento de la economía social de mercado como el modelo directriz en las asuntos económicos nacionales a través de la Constitución Política de 1993 y los diversos pronunciamientos de su máximo intérprete, el Tribunal Constitucional, sobre este régimen económico.

Posteriormente, desarrollaremos un concepto jurídico de especial relevancia para el presente trabajo de investigación, cuyo aporte inicial debemos reconocérselo al jurista Georges Ripert (1880 – 1958), y es el de Orden Público Económico. Concepto que servirá fundamentalmente para demostrar que el impedimento, restricción, o cualquier limitación ya sea de naturaleza económica o legal para el acceso al Sistema Concursal constituye

una flagrante vulneración al conjunto de principios, valores y axiomas que conforman el Orden Público Económico.

Demostrada la importancia del Sistema Concursal para el modelo económico peruano, se pone en evidencia la insuficiente regulación en el Sistema Bancario y Financiero que blinde a los procedimientos concursales contra la incorporación de Cláusulas Anticoncursales en el diseño y perfeccionamiento de contratos de préstamos regulados bajo cláusulas generales de contratación que no son aprobadas administrativamente, o al menos no existe regulación que exija esta aprobación previa. Lo que evidencia una insuficiente preocupación por el Orden Público Económico, la Economía social de Mercado, y el mercado en su conjunto. Para ello se analizará determinadas libertades económicas constitucionalmente reconocidas, estas son: i) la libertad contractual y, ii) la libertad de empresa; las mismas que deben ser garantizadas en un Estado Social de Derecho pero que a su vez tienen límites que no pueden sobrepasar. Para este apartado nos remitiremos al derecho comparado, específicamente español, que si bien conserva un sistema concursal judicializado muestra la importancia de determinadas cláusulas de resolución anticipada en determinados escenarios, descartando su empleabilidad -y el control judicial- en otros.

En una siguiente etapa, el investigador desarrollará cada uno de los pasos Test de Proporcionalidad, herramienta jurídica que tiene por finalidad llevar a cabo el control de constitucionalidad de determinadas normas legales. Para esto el investigador se apoyará en el trabajo realizado por el Dr. Marcial Rubio Correa quien en su obra Test de Proporcionalidad realiza un estudio conceptual, de aplicabilidad, estadístico y riguroso de cada uno de los 6 pasos

o etapas de las que se compone este instrumento. El investigador recurre al test para determinar la constitucionalidad de una eventual propuesta normativa que impida la incorporación de Cláusulas Anticoncursales en los contratos de Préstamo Bancario con clientes personas jurídicas, dado que esta cláusula atenta contra el Orden Público Económico y altera el modelo económico y el mercado.

Luego se recurre al Análisis Económico del Derecho (AED) para el estudio de la eficiencia, las externalidades, los costos de transacción y determinar que desde una perspectiva económica la Cláusula Anticoncursal resulta ser ineficiente para el mercado financiero pues elevada el costo del crédito. Para ello, tomamos en consideración los postulados de autores internacionales en la materia como Wilfredo Pareto, Kaldor-Hicks y Ronald Coase; y los estudios llevados a cabo en el ámbito jurídico peruano realizados por Alfredo Bullard, Huáscar Escurra, entre otros.

Tener un inadecuado sistema de gestión de crisis empresarial conlleva, inevitablemente, que se genere incertidumbre en el mercado respecto de la recuperación de los créditos colocados; en esa línea, el sistema financiero encarece sus productos activos con la finalidad de compensar dicha incertidumbre. Es decir, promover la incorporación de la Cláusula Anticoncursal permitiendo que los acreedores financieros logren petardear el acceso a los procedimientos concursales, tiene como consecuencia directa el encarecimiento de los préstamos. Aunque con justificada razón las empresas del sistema financiero deseen una pronta recuperación de los créditos otorgados, no deben perder de vista la conservación del bosque y no sólo la protección independiente del árbol. Esto es, que la inmediata recuperación de

las acreencias no genere un impacto a todo el sistema financiero. En esa línea, a lo largo del presente trabajo de investigación se desarrollarán los distintos mecanismos de protección al ahorrista, ya que resulta ser este uno -sino el único o el principal- de los fundamentos empleados por las empresas bancarias para justificar la incorporación de mecanismos abusivos de control y recuperación del crédito, perdiendo de vista que los sistemas van más allá de las partes individuales.

De igual forma se abordará el sistema de garantías en el marco de los procedimientos concursales, sus efectos, orden de prelación en caso de liquidación concursal, así como la exclusión o suspensión de ejecución de garantías reales constituidas por el deudor a favor de sus acreedores o la posibilidad inmediata de ejecución de dichas garantías en caso estas hubieran sido otorgadas por terceros garantes.

Finalmente, aspiramos a que la comunidad académica realice una profunda reflexión sobre los alcances del Sistema Concursal que hoy en día desbordan la esfera privada. El interés social y público en la permanencia de la unidad productiva -mediante un procedimiento de reestructuración- o su salida ordenada del mercado -mediante un procedimiento de liquidación- bajo reducidos costos de transacción y en un ambiente idóneo en el que los acreedores tomen las decisiones sobre el destino del deudor, como la forma más eficiente de afrontar la crisis empresarial, debe primar en un mercado que ha experimentado significativos cambios en mérito a los avances tecnológicos y los constantes procesos de innovación disruptiva. El investigador espera que esta tesis abra las puertas hacia un escenario de discusión en las aulas universitarias donde la plana docente y el alumnado contribuyan al

redimensionamiento de lo que hasta hoy se ha entendido como Sistema Concursal, siendo prudentes en su alcance, pero sin escatimar en los cambios que sean necesarios; pues como se ha mencionado: el Sistema Concursal no es más un lugar de interés para deudor y acreedores, sino de absoluto interés social.

Debemos anotar que la metodología empleada en el presente trabajo de investigación es una de tipo descriptivo combinando los métodos analítico y sintético de la mano con el deductivo e inductivo, así como un enfoque cuantitativo. Todo ello con la finalidad de resolver la problemática planteada sobre el impacto de lo que hemos denominado en el presente trabajo como Cláusula Anticoncursal, en los contratos bancarios, para el Orden Público Económico y su relación directa con el sistema financiero en el marco de una economía social de mercado.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### 1.1. Descripción de la situación problemática

El sistema concursal peruano ha demostrado una evolución significativa a lo largo de los años, no sólo por la cantidad de procedimientos que han tenido cobijo en su seno, sino porque se erige como uno de los mecanismos revolucionarios de la economía. Es así, como, sin perder de vista que este sistema es una alternativa tanto para personas naturales como jurídicas, en el plano fáctico el eje principal es la empresa, ente colectivo con un catálogo de intereses interrelacionados que sobrepasan el mero interés privado de propietarios, titulares, accionistas e incluso acreedores. Este interés que va más allá de las fronteras particulares y se extiende dentro de los flancos del derecho posmoderno exige que el estudioso de las leyes le dé al Sistema

Concursal un contenido finalista con un claro interés social y público dentro de los que se encuentran el Orden Público Económico y la Libre Competencia; en esa línea el Derecho Concursal peruano ha mostrado grandes avances. Las circunstancias actuales han demostrado, y con mayor énfasis, la gran importancia del Derecho Concursal para el desarrollo y el mantenimiento de una economía saludable en el país. Es así que a lo largo de nuestra vida jurídica concursal no solo se han promulgado leyes de contenido general, entiéndase ley de quiebras, de reestructuración patrimonial, de reestructuración empresarial, hasta llegar a la actual ley general del sistema concursal sino que a la par se han impulsado propuestas legislativas de carácter especial y particular con un enfoque claramente dirigido a determinados sectores, muestra significativa de ello es el caso de la situación económica-financiera de los clubes del fútbol peruano, los cuales han sido objeto de legislación concursal particular. Asimismo, esta época de crisis sanitaria -esperemos acabe pronto- producto de la COVID-19 ha desembocado en una crisis financiera que ha obligado al ejecutivo en coordinación con el legislativo promulgar normas de contenido concursal como la ley PARC (Decreto Legislativo N° 1511) con el claro objetivo de rescatar determinados sectores económicos; lo que no hace sino ratificar la extrema importancia del Sistema Concursal Peruano no sólo -y hago énfasis en ello- para los intereses particulares de propietarios, titulares, accionistas e incluso acreedores concursales sino, y por encima de estos intereses individuales, el mercado, la libre competencia y el orden público económico; pilares fundamentales para el desarrollo del país en el marco de una economía social de mercado.

Por todo lo mencionado, la realidad jurídica financiera actual obliga al investigador a poner la mirada en una particular y especial cláusula general de contratación bancaria -no aprobada administrativamente- a la que en adelante denominaremos Clausula Anticoncursal, en los contratos de Préstamo Bancario con clientes personas jurídicas, la misma que con algunos matices ha sido redactada por las entidades bancarias de la siguiente manera: “Cláusula de Resolución Automática del Contrato: El Banco podrá acelerar los plazos pactados o resolver el Contrato cuando se presenten cualesquiera de las situaciones establecidas a continuación: EL CLIENTE ingrese voluntariamente o resulte sometido a cualesquiera de los procedimientos concursales regulados en la Ley N° 27809, Ley General del Sistema del Sistema Concursal, o cualquier norma que en el futuro la modifique, sustituya o reemplace, bajo cualquiera de las causales establecidas en dichas normas...” y si con esta cláusula se estaría vulnerando el interés social y público, así como afectando el mercado, la libre competencia y orden público económico, instituciones jurídicas que el Estado tiene como deber proteger, incluyendo dentro de esta protección el Sistema Concursal y el Sistema Financiero.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha tenido oportunidad de analizar y pronunciarse sobre el modelo económico vigente en nuestra Constitución, los principios básicos de su estructura y las libertades económicas que garantizan nuestro régimen económico. Es bastante conocido el caso Nesta Brero (EXP. N° 0008-2003-AI/TC) en el cual el máximo intérprete de la constitución ha establecido que “El Estado social y democrático de derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características

estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana.” (Fundamento 13). Así las cosas, resultad de especial interés para el investigador analizar si las Cláusulas Anticoncursales tendrían un impacto en el modelo económico peruano vigente.

Todos estos mecanismos, legales y jurisprudenciales han buscado consolidar una economía social de mercado sólida, en la que tanto el interés privado y también el público encuentren una conexión de tal magnitud que generen sinergias en pro de las innumerables ventajas que ha demostrado traer consigo un mercado adecuadamente regulado. Esto es, sin llegar a extremos regulatorios asfixiantes, cediendo ante un Estado paternalista con una economía planificada pero tampoco reduciendo la participación estatal a un mero rol observador y pasivo. Por lo tanto es un imperativo que la participación estatal sea justa y equilibrada buscando proteger las libertades económicas en armonía con el bien común y el interés social. Sin embargo, la realidad viene demostrando que el empleo de Clausulas Anticoncursales en los contratos bancarios de préstamo dinerario con clientes personas jurídicas puede socavar el mercado y representar, incluso, un peligro para el propio sistema financiero-bancario pues no cabe la menor duda que la caída de una empresa (mediana o grande) tiene como correlato un impacto directo en los stakeholders o partes interesadas (proveedores, sociedad, gobierno, acreedores, clientes, etc.).

Los parámetros establecidos en la Ley General del Sistema Concursal evidencian que este sistema ha sido diseñado para deudores con una

particular y significativa participación económica en el mercado, pues se considera que su permanencia o salida tiene un impacto sustancial en la sociedad; al respecto, Congreso de la República (2002). Ley N° 27809 - Ley General del Sistema Concursal:

Artículo. 26.1: Uno o varios acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación, podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor. El desistimiento de alguno de los acreedores que presentó la solicitud, luego de emplazado el deudor, no impedirá la continuación del procedimiento.

En ese orden de ideas resulta por demás relevante que la Clausulas Anticoncursales tendrían un impacto directo en la economía, el mercado, la libre competencia y el Orden Público Económico al limitar el acceso directa o indirectamente de los deudores al Concurso.

Respecto a la cantidad de empresas concursadas el INDECOPI muestra cifras que evidencian la importancia que el Sistema Concursal viene teniendo en el mercado peruano; si bien, durante el año 2018 sólo 3 empresas iniciaron un Procedimiento Concursal Ordinario, el 2019 esta cifra se incrementó sustancialmente, ascendiendo a 53 el total de empresas concursadas 18 de ellas sometidas a Liquidación Concursal mientras que 33 a Concurso Ordinario y sólo 2 se sometieron a Concurso Preventivo. Para el año 2020, 35 empresas se sometieron a Concurso ante el INDECOPI, 6 de estas a Liquidación Concursal, 26 a Concurso Ordinario, 1 Concurso Preventivo y 2

Procedimientos Acelerados de Refinanciación Concursal. Resulta importante abrir paréntesis y señalar que el 15 de marzo de 2020 mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM se declaró el Estado de Emergencia en todo el territorio nacional que trajo consigo una serie de restricciones por demás conocidas que incluyeron la paralización casi total de las actividades comerciales en el país, como consecuencia de estas medidas diversos agentes económicos dinamizadores de la economía en el país han atravesado sendos problemas financieros tales como: pago de planillas, incumplimiento con proveedores, retraso en sus obligaciones tributarias, etc.; es así que el 11 de mayo de 2020 se crea el procedimiento concursal especial denominado Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal con la finalidad de proteger a la empresa, reprogramar sus obligaciones impagas, evitar su insolvencia, la pérdida de negocios y fuentes de empleo y, con ello, asegurar la recuperación del crédito y la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional a todo nivel. Nótese que el procedimiento concursal es entendido como un sistema protector del mercado, sea en sus modalidades comunes o especiales. Finalmente, en lo que va del 2021, al momento de realizar la presente investigación 53 empresas se han sometido a los procedimientos concursales, en las siguientes proporciones: 44 Procedimientos Ordinarios, 5 Procedimientos de Liquidación y 4 Procedimientos Acelerados de Refinanciación Concursal. Esto es una manifiesta señal de que los procedimientos concursales resultan de vital importancia para el mantenimiento de puestos de trabajo, pago de proveedores y asegurar la continuidad en la cadena productiva; asimismo, la eventual “muerte súbita” de los agentes económicos como consecuencia de

la ejecución de cláusulas Anticoncursales ha empezado a minar peligrosamente la arquitectura Concursal estableciéndose prohibiciones indirectas a recurrir a este sistema de auxilio que pone en la cuerda floja no sólo los intereses particulares de los agentes económicos que atraviesan dificultades financieras; sino el propio mercado, la libre competencia, el orden público económico e incluso el sistema financiero.

En atención a lo indicado, mediante la presente investigación se analizará si la inclusión de Cláusulas Anticoncursales en los contratos de préstamo bancario representaría una amenaza contra la Libre Competencia y el Orden público económico e iría en contra de la legislación nacional vigente mencionada anteriormente; y si estos -contratos- deberían adecuarse a la normativa vigente en franco respeto a las normas de Orden Público en el marco de una Economía Social de Mercado.

## 1.2. Formulación del problema

### Problema General

A. ¿El Estado peruano en el marco de una Economía Social de Mercado debe garantizar la protección al Sistema Concursal y el respeto a los valores, normas y principios que dan vida al Orden Público Económico en el marco de la contratación bancaria con cláusulas generales de contratación?

### Problemas específicos

- a) ¿Se amenaza el interés público y el bien común mediante el empleo de Cláusulas Anticoncursales en la contratación bancaria?
- b) ¿Las Cláusulas Anticoncursales representan un peligro para el propio sistema bancario y financiero?

- c) ¿El sistema bancario cuenta con instrumentos adicionales que permitan garantizar adecuadamente el crédito y como correlato el ahorro?

### 1.3. Objetivos de la Investigación

#### Objetivos Generales

1. Demostrar que la contratación bancaria con cláusulas generales de contratación debe tener en cuenta el respeto irrestricto por el Orden Público Económico en el marco de una Economía Social de Mercado.

#### Objetivos Específicos

- i. Demostrar que la Cláusula Anticoncursal en los contratos de Préstamo Bancario con clientes personas jurídicas afectan el interés público y el bien común.
- ii. Demostrar el impacto de las Cláusulas Anticoncursales para el Sistema Bancario.
- iii. Conocer los diversos instrumentos jurídicos con los que cuenta el sistema bancario para la protección de sus acreencias y, como correlato, del ahorro.

### 1.4. Justificación de la Investigación

#### 1.4.1. Importancia de la Investigación

La presente investigación ayudará a profundizar en el análisis de la contratación bancaria en el marco de una economía social de mercado poniendo énfasis en las distintas instituciones jurídicas consagradas en nuestra Carta Fundamental, considérese el Orden Público Económico, la Libre Competencia, así como su impacto en el mercado. Asimismo, se resaltaré y estudiaré la especial importancia que el Sistema Concursal ha venido

adquiriendo a lo largo de los años, llegando a ser, incluso, un instrumento crucial para el sostenimiento del mercado y los diversos agentes económicos (proveedores, consumidores, trabajadores, etc.)

Además, se estudiará y analizará la legislación concursal vigente e histórica así como la normativa bancaria y de consumo en aquellos aspectos que resulten de especial relevancia para el objeto de la investigación; tomando en consideración tanto la legislación nacional como la comparada.

A través de la presente investigación se establecerá con meridiana claridad que el sistema bancario cuenta con instrumentos suficientes que garantizan la protección del crédito y como correlato el ahorro, resultando ineficiente la Cláusula Anticoncursal en los contratos de Préstamo Bancario con clientes personas jurídicas en los contratos de Préstamo Bancario con clientes personas jurídicas, la misma que con algunos matices ha sido redactada por las entidades bancarias de la siguiente manera: “Cláusula de Resolución Automática del Contrato: El Banco podrá acelerar los plazos pactados o resolver el Contrato cuando se presenten cualesquiera de las situaciones establecidas a continuación: EL CLIENTE ingrese voluntariamente o resulte sometido a cualesquiera de los procedimientos concursales regulados en la Ley N° 27809, Ley General del Sistema del Sistema Concursal, o cualquier norma que en el futuro la modifique, sustituya o reemplace, bajo cualquiera de las causales establecidas en dichas normas...” que, además de ser ineficiente, generará un riesgo financiero no sólo en los deudores sino, incluso, para el propio Sistema Bancario y Financiero, como se demostrará a lo largo del desarrollo de la investigación.

Finalmente, se resalta la importancia de la investigación pues aportará la sustancia para promover un estudio más profundo sobre la relevancia del Sistema Concursal en la economía peruana, la protección del mercado y el fortalecimiento del modelo económico vigente.

#### 1.4.2. Viabilidad de la Investigación

El investigador tiene a disposición los recursos económicos y financieros, así como los recursos humanos necesarios y suficientes para el desarrollo de la presente investigación. Además, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley 27806) brinda el marco legal suficiente para que el investigador cuente con la información y el acceso a entidades públicas para el desarrollo del presente estudio. Finalmente, el investigador cuenta con la motivación necesaria para el desarrollo concienzudo del presente trabajo de investigación relacionado al impacto de la Contratación Bancaria con Cláusulas Anticoncursales en el modelo económico de Economía Social de Mercado adoptado por el Estado peruano.

#### 1.5 Limitaciones de estudio

El investigador no ha identificado limitaciones para el desarrollo de la investigación al momento del desarrollo del presente Plan de Tesis. Salvo aquellas limitaciones relativas, pero no absolutas, originadas como consecuencia de la pandemia (dificultades para el acceso a recursos físicos como bibliotecas, etc.).

## CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

### 1.1 Antecedentes de la investigación

Sobre la materia el investigador ha identificado los siguientes antecedentes a la investigación propuesta:

1. Gomez-Salvago Sánchez, C. (2012). *Las Cláusulas de la Exigibilidad Anticipada del Crédito en los Contratos Bancarios*. Valencia: Tirant lo blanc. ha sido preciso al alertar que: La **reciprocidad** de las cláusulas de resolución anticipada no son más que un mero espejismo, una situación artificial que garantiza sólo una igualdad puramente formal, puesto que, en la realidad de las relaciones bancarias, ahí donde las cláusulas cobran vida y pueden sentirse en toda su dimensión las consecuencias económicas son diametralmente distintas **según quien ejercite la facultad de resolver anticipadamente**. Si la ejecución de la cláusula lo hace el banco, el cliente pierde el derecho al pago escalonado o en cuotas y de deberá pagar el íntegro del importe del préstamo, sin dejar de lado los perjuicios que se le pueden derivar con sus **proveedores** (en caso se trate de un cliente empresarial), trabajadores, de cara al propio Estado e incluso, y esto parecen los bancos no entender, con las propias entidades financieras. En cambio, si es el cliente el que resuelve anticipadamente, el efecto nocivo para el banco podría verse sustancialmente amortiguado con comisiones, por ejemplo: por amortización anticipada, etc.; además de liberar fondos para nuevas colocaciones. Esto es lo que se podría denominar la paradoja de la reciprocidad, en la que mediante un artificio jurídico se pretende equiparar situaciones que en el mundo real son totalmente dispares y que en innumerables escenarios encierran sendos

abusos de la parte dominante frente a la más débil, entendiéndose por esta última a aquella que posee menos conocimientos técnicos.

Asimismo, la autora señala que no toda condición general *per se* es abusiva, sino que lo serán aquellas que vayan en contra de normas imperativas o prohibitivas. Con esto, se reafirma que en esencia las cláusulas generales son de vital importancia para el tráfico mercantil y que su permanencia es indispensable para el desarrollo económico, pero siempre bajo el manto de la tutela y respeto de normas y derechos de orden público que brindan protección mínima de intereses que superan la esfera privada (p. 24).

2. López Raygada, P. S., Bezada Alencastre, J. A., & García Tipismana, O. M. (2021). *Manual del Derecho del Consumo Aplicado a los Servicios Bancarios*. Lima: Palestra. Ha propuesto que si se pretende evitar (como si eso fuera posible) el surgir de regulaciones excesivas, desproporcionadas o carentes de razonabilidad es necesario que se vuelva los ojos a la responsabilidad que embarga a los entidades financiera en la prestación de servicios y que estos, sin desconocer claro está el afán de lucro de las empresas en cuestión, cree un adecuado ecosistema que concilie el desarrollo de la tecnología y el resguardo, así como el pleno respeto de los derechos de consumidores y usuarios. En línea con lo anterior, el equilibrio de derechos y obligaciones contribuye a legitimar los contratos, creando un ambiente de justicia en la estipulación de cláusulas contractuales preestablecidas por una de las partes, en este caso las empresas del sistema financiero. Asimismo, los autores nos recuerdan que, de manera enunciativa, el Código de Protección y Defensa

del Consumidor establece una lista de cláusulas abusivas de ineficacia relativa y otra de ineficacia absoluta, las mismas que en concordancia con la regulación sectorial emitida por la Superintendencia de Banca y Seguros sobre aprobación administrativa previa de cláusulas generales de contratación, brindan un marco legal de protección al consumidor financiero. Sin embargo, los autores limitan su estudio al análisis de las relaciones contractuales financieras de consumo, sin pronunciarse sobre los efectos de cláusulas generales de contratación con clientes no consumidores. No obstante, se debe resaltar que al intentar una definición de cláusula abusiva López Raygada, P. S., Bezada Alencastre, J. A., & García Tipismana, O. M. (2021) precisan que:

Es aquella estipulación contractual no negociada que, contraviniendo la buena fe, causa un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones derivados del contrato en detrimento de quien no la ha estipulado, sin hacer distinción alguna respecto al sujeto que debe soportar el abuso, pudiendo ser una persona natural o jurídica, consumidor o no consumidor (p. 35).

3. Alva Gómez, J. A., & Rivas Gómez, F. V. (2012). *El Reordenamiento del sistema Bancario Peruano*. Lima: Fondo Editorial. Sostiene que: Los futuros reordenamientos que se den a los sistemas bancarios deberán orientarse a resolver las diversas limitaciones estructurales y funcionales, contravenciones e inobservancias operativas derivadas de la falta de disciplina y de estrictez en la aplicación de las normas jurídicas y técnicas, que vienen permitiendo tratamientos abusivos, vejatorios y leoninos que

se vienen aplicando por parte de los bancos a los usuarios, en las operaciones y servicios prestados. Los autores han alertado el carácter sinárquico de las instituciones del sistema financiero que representa un valladar que obstaculiza la deseable equidad de la oferta y demanda de bienes y servicios bancarios y financieros. Asimismo, en lo que atañe a las instituciones del sistema bancario y financiero peruano, es evidente que estas deberían ser materia de una detenida revisión y de un reordenamiento, que se explica y justifica por una serie de circunstancias que obstaculizan la propensión al funcionamiento no solamente competitivo, sino principalmente sólido y confiable, entre tales razones conviene resaltar: i) la actitud sumisa y conformista de la autoridad bancaria y monetaria para la adopción de normas que limitan el necesario equilibrio entre la represión y la liberación financiera, y ii) el tratamiento abusivo y el tratamiento leonino, y en muchos casos con tendencia generalizada el tratamiento vejatorio que se incluyen en las cláusulas de los contratos por adhesión celebrados entre las instituciones intermediarias y los usuarios de operaciones y servicios. En lo que se menciona mucho han tenido que ver los procesos de liberalización normativa sumada a la flexibilidad de las normas y la falta de estrictez en su aplicación, constituyen la complicidad de la SBS (p. 12-13).

4. Kresalja Rosselló, B., & Ochoa Cardich, C. (2020). *Derecho Constitucional Económico: Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales* (2da ed., Vol. I). Lima: Fondo Editorial, han manifestado que:

El Estado debe preservar la unidad del mercado y para ello es urgente que dedique sus esfuerzos a cautelar e impedir la creación de barreras territoriales o *situaciones de privilegios*. El mercado siempre ha tenido una tendencia a la homogeneidad sin embargo cuando esta se altera se perturba el tráfico económico. Asimismo, el principio de solidaridad implica que el orden económico no beneficie sólo a unos pocos en desmedro del resto; por el contrario, este principio insta a que los diversos agentes del mercado gocen de la bonanza económica pero también asuman de manera proporcionada las pérdidas, generándose así una suerte de equilibrio en la distribución más o menos equitativa.

Asimismo, el Estado busca evitar el caos en el mercado, puesto que dejado a su suerte generaría conductas anárquicas o aquellas que busquen el privilegio personal a unos pocos.

Es así como, en una Economía Social de Mercado, la vigencia de los derechos fundamentales se alza en contra de conductas abusivas. Esta es la razón de la existencia de un conjunto numeroso y variado de autoridades y organismos reguladores como el INDECOPI, la SBS, entre otros.

Continuando con el análisis sobre la importancia del Estado en el modelo económico adoptado por el Perú que es el de una Economía Social de Mercado, los autores citan, contra todo pronóstico a Lourdes Flores Nano, una fiel defensora de la economía social de mercado, pero entendida esta como una economía que tiende cada vez más al

liberalismo económico y menos participación del Estado. Así, Flores Nano, (2015)

...reconociéndose que el ejercicio en libertad genera perturbaciones que impiden la competencia, los defensores de la tesis de la competencia perfecta estiman que el Estado y el ordenamiento jurídico son los llamados a garantizar el real funcionamiento del mercado y la competencia. Finalmente, el orden económico no es ajeno al orden social y político, con los que guarda relaciones de interdependencia y estos, suponen algunas bases éticas que les dan fundamento. En la base misma de esta concepción, hay una noción de persona y su dignidad como valores anteriores y superiores y una noción de justicia que aspira a generar bienestar general para todo ser humano (p. 19).

Para concluir, los autores han tenido a bien desatacar en cuanto al orden público que este corresponde a un estándar jurídico, “un concepto blanco, subjetivo, esencialmente histórico y relativo” (Raneletti, citado por González Pérez, 1971, p.31). De igual forma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en el caso Taj Mahal Discoteque ha definido que:

El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado.

El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad. (Exp. N° 3283-2003-AA/TC, Fundamento 28)

Debemos señalar que según Avilés Hernández (citado en Kresalja Rosselló, B., & Ochoa Cardich, C.,2020):

El orden público económico es una materialización del orden público en la vida económica de la Nación. Emerge en el siglo XX como un contrapeso a los excesos del liberalismo clásico del siglo XIX. Se señala al destacado jurista francés Georges Ripert (1880-1958) como su autor, quien afirmó que «junto a la organización política del Estado hay una organización económica tan obligatoria como la otra. Existe, en consecuencia, un orden público económico. (p. 354)

5. Gutierrez Camacho, W. (2013). *La constitución Comentada: Artículo 58* (2da ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica haciendo una introducción al constitucionalismo económico nos recuerda que:

Hoy día no existe un solo ser humano en la faz de la tierra que pueda existir de espaldas al mercado y la economía. Como consecuencia del periodo de guerras que cubrieron casi toda la primera mitad del siglo XX y la monstruosa crisis originada por el Crash del 29, el mundo y particularmente las Constituciones han empezado a recoger de manera sistemática normas y libertades de índole económico. Todo esto como consecuencia de una marcada presencia empresarial en las actividades

desarrolladas en el mercado. La empresa ha sido el actor más importante en la economía del siglo XX. La evolución exponencial que ha experimentado la empresa a lo largo de los últimos años ha significado un contrapeso al poder económico del Estado.

Asimismo, hoy en día en el plano infra constitucional se han promulgado una infinidad de normas de mercado contenido económico; sin embargo, solo a mediados del siglo XX aparece con gran fuerza y entidad el **constitucionalismo económico**, el cual no sólo se limitará a proteger la propiedad o controlar el poder fiscal sino que le asigna al Estado un rol jurídico-económico que hasta entonces era desconocido; es decir debe preocuparse ahora por la **desigualdad en la que se encuentran inevitablemente ciertos actores en el mercado**.

Continuando con su exposición Gutierrez Camacho, W. (2013) establece que:

El orden público económico está compuesto por reglas básicas que inspiran y gobiernan la organización y funcionamiento económico de cada país. El orden público económico refleja el concepto de libertad económica que tiene una sociedad y que contiene su Constitución. Regula, por lo tanto, las relaciones de mercado entre los particulares, y entre estos y el Estado. En tal virtud, el propósito de todo orden público económico es hacer posible el intercambio económico, generando confianza y seguridad a los actores del mercado, tratando de que dicho

intercambio se haga en lo posible en un escenario de equilibrio en las relaciones entre las personas, y entre estas y el Estado.

La función del orden público económico es garantizar la libertad de todos y que opera de un modo instrumental: es como un conjunto de figuras legales que permiten la defensa de principios o intereses generales, es decir, bienes jurídicos relevantes para el funcionamiento de la sociedad utilizando para ello, entre otros, la irrenunciabilidad de derechos y deberes para proteger a quienes en la sociedad o en el mercado se encuentran en una situación de desigualdad. (p.14)

Como colofón, Gutierrez Camacho, W. (2013) también se ha pronunciado sobre la iniciativa privada y su vinculación con la libertades económicas señalando que:

Cuando la constitución establece que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, está imponiendo al Estado la exigencia de implementar un sistema de libre competencia en el que el mercado sea el mecanismo ordenador de la economía, respetando la propiedad privada, libre competencia, libre contratación, pero, al mismo tiempo, todo ello bajo una regulación que impida que los inevitables desequilibrios afecten a los más débiles o a que los agentes más poderosos abusen de su poder. Teniendo en cuenta que, según resalta el autor, que la nuestra es una civilización contractual (p.15)

6. Bullard, A. (2013). *La constitución Comentada: Artículo 61* (2da ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica nos recuerda que:

Resulta necesario destacar que las dimensiones de una empresa, es como regla general, el resultado de la generación de eficiencias. Es decir, las proporciones e importancia que esta representa en el mercado se debe a la minimización de costos y la sinergia de los diversos factores de producción que se interrelacionan dentro de ella. Por otro lado, en mercados eficientes, o con grados de eficiencia óptimos, las empresas se comportarán como tomadores de precios, quiere decir que no podrán fijar sus precios de manera arbitraria, sino que por el contrario deberán sujetarse al imperio de la demanda, es decir a los precios que estén dispuestos a pagar los consumidores. Debemos considerar como idea fundamental, que la protección a la competencia es la protección al consumidor; por ello resulta importante centrar el asunto en la prohibición de prácticas mediante las cuales se distorsiona la competencia, antes que en la prohibición (p. 80).

7. Rojas, Juan. (2013). *La constitución Comentada: Artículo 61* (2da ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica ha resuelto que:

La sociedad se encuentra en un estado en el que son los particulares los llamados a constituirse en el motor del desarrollo, generar riqueza y los encargados del crecimiento del mercado; por el otro lado, tenemos al Estado que cumple un rol fundamental en este desarrollo desde otra perspectiva puesto

que le compete la protección de los intereses del débil, tutelando los intereses económicos de los diversos agentes en el mercado. Esto es, un modelo donde funciona la variedad de la oferta, los precios, la diversa calidad de los bienes, la libertad de acceso y la dignidad tutelada. La libre competencia resulta ser el instrumento regulador en una economía capitalista, es decir la fuerza reguladora de los agentes económicos en el mercado generando que ningún actor pueda diseñar su propia política industrial sin considerar la posición de los demás agentes en el espectro mercantil. El Estado vigila y evita que se comenten abusos en nombre de la libre competencia.

Esta verdad es coherente con una economía social de mercado, afirmar que el mercado es un medio, no un fin en sí mismo. El único fin en sí mismo es la persona y su dignidad por ello el Estado deberá aplicar las medidas correctivas que se estimen necesarias cuando se identifiquen acciones que atenten contra la libre competencia.

Asimismo, debe considerarse que las prácticas abusivas en el mercado no se dan sólo por agentes monopólicos sino también por aquellos que manteniendo su independencia empresarial concretan acuerdos en perjuicio de los usuarios y consumidores, acuerdos que alteran el normal funcionamiento de las fuerzas del mercado, es el caso de los agentes que tienen una participación cuantitativa importante en el mercado, los denominados oligopolios.

La libre competencia es el mecanismo para asegurar la acción de las fuerzas del mercado y que, a su vez, permite la regulación de estas por la acción de sus propias iniciativas, es por ello que el Estado debe asumir acción para “facilitar” que la libre competencia actúe como la fuerza reguladora del mercado; impidiendo que los agentes económicos a diferente escala se petardeen mediante conductas que, por contrarias a la libre competencia, resulten intolerables a la organización y pongan en riesgo la finalidad perseguida (p. 89)

8. Montiel Fuentes, C. M. (2019). *La Teoría de los Principios y Los Principios del Derecho Concursal*. Universidad Externado de Colombia. El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo demostrar que la conservación de la empresa constituye uno de los principios del derecho concursal. El autor señala que:

La empresa tiene una función social que la dota de una posición jurídica de derecho, con acciones positivas del poder público dirigidas a garantizar su protagonismo y su presencia en la vida económica del Estado como una herramienta principal para lograr los objetivos de la economía en su conjunto. (p. 121)

De igual forma, el autor, indica que:

La jurisprudencia ha reconocido a la empresa como una garantía esencial del Estado que debe ser salvaguardada al margen de la actividad específica que desarrolle, toda vez que se protege como organización típica dentro un aparato estatal y ello se refuerza en que su existencia se ha salvaguardado tanto en un

esquema liberal como en el entorno de una economía social de mercado. (p.130)

Finalmente, Montiel, establece que:

El sustento constitucional y jurisprudencial que describe a la empresa como base del desarrollo económico, fuente de empleo y generadora de riqueza. Aunado a la estructura abstracta en que es consagrada y el ser susceptible de limitarse a través del método de la ponderación cuando se ve confrontada con principios de orden constitucional, fundamentan su concepción como principio constitucional debe orientar la actividad legislativa y la actuación de la función pública en materia de insolvencia. (p. 147)

9. Rodríguez Espitia, J. J. (2021). *Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia*. Universidad Externado de Colombia. La investigación llevada a cabo por el autor destaca que:

La empresa, junto con el derecho de propiedad, es uno de los pilares del sistema económico previsto en la Constitución, y en esa medida es deber del Estado diseñar mecanismos para enfrentar su crisis. (p. 28)

Asimismo, acota, mas no descarta, que:

El principio de conservación de empresa desarrollado por la doctrina y jurisprudencia colombiana pues señala que no se puede entender como una patente de corso para mantener

empresas inviables, pues ello implicaría claramente un abuso del derecho. (p. 257)

10. Lozano Hernandez, J. C. (2015). *Tratado de Derecho Concursal en el Perú*. Lima: Instituto Pacífico. Señala que: ,

Se ha establecido con claridad que las decisiones empresariales se sustentan en perspectivas positivas tanto económicas como financieras y que no cabe espacio para pensar lo contrario; pues asumir esta última posición sería *creer que los empresarios exponen su dinero y bienes en negocios que le darán pérdidas, lo que es inadmisibile desde cualquier perspectiva.*

Ante una situación de concurso se afirma que el derecho público puede intervenir dado que el interés que se genera a partir de la declaración de estado concursal de un deudor justifica trascender la esfera privada. Todo esto con la finalidad de garantizar la integridad de los derechos fundamentales de los actores empresariales.

Por otro lado, en cuanto a la legislación comparada se refiere Colombia, Argentina y España han entendido con suficiente claridad que (mencionándolo expresamente o no) la recuperación empresarial es fundamental para un sistema económico saludable y que, si bien siempre estará presente la alternativa de la salida del mercado de la empresa en crisis, esta debe ser el recurso último luego de agotada todas las posibilidades de reestructuración.

Continuando con su acertada reflexión el autor nos comenta que es fundamental enmarcar el derecho concursal dentro de los fines perseguidos por una nación que busca consolidar un régimen económico como el de la economía social de mercado, y que es ahí donde debe entenderse la trascendencia del derecho concursal, pues justamente trata de cuidar a quienes generan riqueza, empresarios individuales, formales e informales, empresas colectivas. Es decir, sociedades, ya sean mercantiles o civiles, que entran en un estado de insolvencia, que puede ser o transitoria o definitiva, cuya diferencia fundamental se da en la viabilidad o no del negocio, pues debemos de cuidar a los empresarios y tratar de que estos sigan en el mercado, siempre que tengan viabilidad, pues esto genera mayor competencia, mayor cantidad de puestos de trabajo, mayor facturación y por tanto mayor recaudación. Si no tiene viabilidad, se busca dotar a la sociedad en general de un mecanismo que permita la salida ordenada de estas empresas del circuito económico.

Queda claro entonces que los empresarios si bien asumen riesgos, buscan -como regla general- la creación y generación de riqueza; y que, el derecho concursal se convierte en una herramienta fundamental para lograr los fines perseguidos por un país que busca consolidarse en el plano económico como una nación estable, y sea que los acreedores opten por la permanencia o la salida del mercado de los agentes económicos -empresarios- en crisis es fundamental que este análisis se lleva a cabo bajo determinados

estándares que permitan la toma de decisiones de la manera menos traumática posible tanto, para la sociedad, los agentes económicos y en particular, incluso, para los propios acreedores que buscan el recupero de sus acreencias teniendo claro que ante una situación de concurso se trasciende la esfera privada (p. 121).

## 1.2 Bases Teóricas

### 1.2.1 Sistema Financiero Peruano

Con relación al sistema financiero actual Camacho Zegarra, M. (2019), ha señalado que en el Perú:

(...) está integrado por la suma de instituciones bancarias, financieras y demás empresas e instituciones de derecho público y privado, encargadas de la circulación del flujo monetario, cuya finalidad es la de canalizar el ahorro, hacia quienes desean hacer inversiones productivas, dichas unidades pueden ser públicas o privadas.

A partir de la expedición de la Ley N° 26702, en diciembre de 1996, se establece el marco de regulación y supervisión a las empresas del sistema financiero, así como las de seguros incluyendo a las empresas que realizan actividades vinculadas o complementarias a esta, cuya finalidad no es otra que fortalecer el sistema, otorgándole las posibilidades de solidez, competitividad y confiabilidad deseable. (p. 183-184).

#### 1.2.1.1 Supervisión al Sistema Financiero Peruano

En cuanto a la facultad de supervisión del sistema financiero por parte del Indecopi y la SBS y su relación con el principio *non bis in ídem* los autores

López Raygada, P., Bezada Alencastre, J., García Tipismana, O. (2021), han señalado lo siguiente:

(...) si bien el Indecopi y la SBS podrían investigar y sancionar a una entidad financiera por una misma conducta (mismo hecho), teóricamente no se configuraría una vulneración al principio de *non bis in ídem*, toda vez que el fundamento (bien jurídico protegido) justificante para el ejercicio de la potestad sancionadora de ambas entidades es diferente. En el caso del Indecopi, el fundamento o bien jurídico protegido es la tutela de los derechos de los consumidores, mientras que en el caso de la SBS es asegurar el funcionamiento de un sistema financiero competitivo, sólido y confiable que contribuya al desarrollo nacional. (p. 136-137)

Así mismo, los mencionados autores han sostenido que:

(...) la transparencia de información constituye un importante factor para la promoción de la competencia en el mercado, constituyen igualmente motivos para detenidas reconsideraciones y que -a nuestro criterio-, podrían justificar el paso a un reordenamiento del sistema bancario: *Los casos de contratos con cláusulas vejatorias, cláusulas leoninas y cláusulas abusivas que han generalizado los bancos; las administraciones dolosas y las quiebras de ciertas entidades como el Banco Latino, el Banco Wiese, el Banco de Lima, el Banco Nuevo Mundo, el Banco República que han quedado libres de responsabilidad y pérdidas en la impunidad; el dispendio del Fondo de Seguro de los Depósitos que ampara la política de la “Moral Hazard” en la erogación de los créditos vinculados y la concentración crediticia* (p. 233)

### 1.2.1.2 Reordenamiento Financiero

Sobre la ley de bancos y el reordenamiento financieros Alva Gómez, J., y Rivas Gómez, F. (2012) precisan que:

Mediante la Ley N° 26702 del 6 de diciembre de 1996 (...), se contemplan en el último decenio del siglo las columnas fundamentales que marcan el punto crucial a partir del cual, uno de los caminos puede conducir al reordenamiento del sistema bancario peruano. (p. 188)

Así mismo, los mencionados autores han sostenido que:

(...) la transparencia de información constituye un importante factor para la promoción de la competencia en el mercado, constituyen igualmente motivos para detenidas reconsideraciones y que -a nuestro criterio-, podrían justificar el paso a un reordenamiento del sistema bancario: *Los casos de contratos con cláusulas vejatorias, cláusulas leoninas y cláusulas abusivas que han generalizado los bancos; las administraciones dolosas y las quiebras de ciertas entidades como el Banco Latino, el Banco Wiese, el Banco de Lima, el Banco Nuevo Mundo, el Banco República que han quedado libres de responsabilidad y pérdidas en la impunidad; el dispendio del Fondo de Seguro de los Depósitos que ampara la política de la “Moral Hazard” en la erogación de los créditos vinculados y la concentración crediticia”* (p. 233)

### 1.2.2 Libre competencia

Kresalja Rosselló, B., y Ochoa Cardich, C. (2020) comentado lo dicho por Font Galán & Miranda Serrano, 2005, p. 9 ss. han definido el derecho de la competencia bajo los siguientes alcances:

El derecho de la competencia nace del sistema económico liberal y evoluciona al compás de las transformaciones socioeconómicas ocurridas durante las últimas décadas. Concebido como un sistema abstencionista, este es paulatinamente reemplazado por una intervención pública más o menos acusada en sintonía con las nuevas corrientes políticas superadoras de los postulados económicos liberales y en concordancia con los principios y valores normativos incorporados en las constituciones económicas modernas, algunas de las cuales persiguen la edificación de un Estado social y democrático de derecho. El derecho de la competencia se integra dentro de la llamada economía social de mercado, abandonando sus preocupaciones únicas por la propiedad y el estatus profesional de los empresarios, para convertirse en una rama comprometida con la defensa de la institución de la competencia en interés de todos los sujetos que participan en el mercado. (p. 537)

En adición a lo anterior Beaumont Callirgos, R. (2013) refiriéndose a la libre competencia y el abuso de posiciones dominantes indica que:

Conforme lo ha sostenido el Tribunal constitucional, el primer párrafo del artículo 61 de la Norma Fundamental confiere al Estado el “deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (...) no admitiéndose que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores o usuarios, pues ello, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer

recursos del consumidor o usuarios (Exp. N° 00008-2003-AI/TC, Fundamento 37).

Beaumont Callirgos, R. (2013):

(...) libre competencia en el marco del Estado Constitucional significa, de un lado, libertad para competir, sin asfixiar y entorpecer la actuación de otros competidores; y de otro, libertad para competir sin abusar de su posición para no afectar a los consumidores o usuarios. (p. 99)

### 1.2.3 Economía Social de Mercado

#### 1.2.3.1 Concepto

Las bases de la economía social de mercado también se encuentran en la Doctrina Social de la Iglesia, es así como, en cuanto a la intervención del poder público en la economía encontramos:

a. La carta encíclica *RERUM NOVARUM* pronunciada por el sumo pontífice (León XIII, 1891) señala:

(..) 15. ... Ahora bien: para acabar con la lucha y cortar hasta sus mismas raíces, es admirable y varia la fuerza de las doctrinas cristianas. En primer lugar, toda la doctrina de la religión cristiana, de la cual es intérprete y custodio la Iglesia, puede grandemente arreglar entre sí y unir a los ricos con los proletarios, es decir, llamando a ambas clases al cumplimiento de sus deberes respectivos y, ante todo, a los deberes de justicia. (...)

(...) 26. No es justo, según hemos dicho, que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño

del bien común y sin injuria de nadie. No obstante, los que gobiernan deberán atender a la defensa de la comunidad y de sus miembros. De la comunidad, porque la naturaleza confió su conservación a la suma potestad, hasta el punto de que la custodia de la salud pública no es sólo la suprema ley, sino la razón total del poder; de los miembros, porque la administración del Estado debe tender por naturaleza no a la utilidad de aquellos a quienes se ha confiado, sino de los que se le confían, como unánimemente afirman la filosofía y la fe cristiana. Y, puesto que el poder proviene de Dios y es una cierta participación del poder infinito, deberá aplicarse a la manera de la potestad divina, que vela con solicitud paternal no menos de los individuos que de la totalidad de las cosas. Si, por tanto, se ha producido o amenaza algún daño al bien común o a los intereses de cada una de las clases que no pueda subsanarse de otro modo, necesariamente deberá afrontarlo el poder público.”

- b. La carta encíclica *QUADRAGESIMO ANNO* pronunciada por el sumo pontífice (PÍO XI, 1931) señala:

110. ...para evitar los escollos tanto del individualismo como del colectivismo, debe sopesarse con toda equidad y rigor el doble carácter, esto es, individual y social, del capital o dominio y del trabajo. Las relaciones mutuas entre ambos deben ser reguladas conforme a las leyes de la más estricta justicia, llamada conmutativa, con la ayuda de la caridad cristiana. La libre concurrencia, contenida dentro de límites seguros y justos, y sobre todo la dictadura económica, deben estar imprescindiblemente

sometidas de una manera eficaz a la autoridad pública en todas aquellas cosas que le competen. Las instituciones públicas deben conformar toda la sociedad humana a las exigencias del bien común, o sea, a la norma de la justicia social, con lo cual ese importantísimo sector de la vida social que es la economía no podrá menos de encuadrarse dentro de un orden recto y sano.”

La carta encíclica *LAUDATO SI'* pronunciada por el sumo pontífice (FRANCISCO, 20015) señala:

(...) 189. La política no debe someterse a la economía y ésta no debe someterse a los dictámenes y al paradigma eficientista de la tecnocracia. Hoy, pensando en el bien común, necesitamos imperiosamente que la política y la economía, en diálogo, se coloquen decididamente al servicio de la vida, especialmente de la vida humana. La salvación de los bancos a toda costa, haciendo pagar el precio a la población, sin la firme decisión de revisar y reformar el entero sistema, reafirma un dominio absoluto de las finanzas que no tiene futuro y que sólo podrá generar nuevas crisis después de una larga, costosa y aparente curación Kresalja Rosselló, B., y Ochoa Cardich, C. (2020), nos recuerdan los orígenes de lo que hoy se denomina economía social de mercado señala que estos:

(...) tuvieron lugar en la década de 1930 en el concepto de ordoliberalismo, acuñado en la llamada Escuela de Friburgo, Alemania, vagamente inspirada en el concepto cristiano de orden. El ordoliberalismo propugnaba un Estado fuerte, capaz de implantar un marco adecuado para la libre competencia, pero buscando al mismo

tiempo un equilibrio social, en la cual las fuerzas del mercado crean las bases del progreso social, y la seguridad social posibilita y garantiza la funcionalidad y la persistencia del mercado. No fue una simple mezcla de socialismo con capitalismo, sino una vía autónoma en que se concede un espacio adecuado a la libertad y eficiencia individuales pero que a la vez incorpora exigencias sociales. La contraposición entre Estado y mercado o ente igualdad y libertad fue la preocupación principal de un grupo de académicos alemanes en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Friburgo en la década de 1930. Se trata de un esfuerzo que se origina en el liberalismo económico, bajo la firme creencia en el mercado libre, pero que considera que es obligatorio complementar con una amplia variedad de políticas sociales. Economistas de nota como Walter Eucken, Alfred Müller-Armack, Wilhelm Röpke y Ludwig Erhard fueron representantes destacados de esta posición. Para los ordoliberales, la economía está al servicio del hombre y no a la inversa, y la política económica es parte de un marco social superior” (p. 445-446).

Por su parte Sorin Muresan, S. (2014) citado por Cruces Burga, A. (2021) en cuanto a la economía social de mercado y el ordoliberalismo, concluyen que:

Es así como, en la Escuela de Friburgo, Walter Eucken, propiciaba un ordoliberalismo, que se funda en la idea de que corresponde al Estado otorgar un marco estable o un orden, y que su impacto debe darse en una evolución de dicho orden en compatibilidad con la dignidad humana. No corresponde al Estado, desde esta perspectiva, participar

en el proceso económico, en lo que constituye una visión liberal como punto de partida, pero si prevenir la acumulación del poder” (p. 49).

Álvarez Miranda, E. (2014) sobre las bases conceptuales de la economía social de mercado:

Al respecto, Alfred Müller-Armack, economista, sociólogo y político alemán, definió a la economía social de Mercado como “aquel modelo en el que la economía funciona de acuerdo con las reglas del mercado, pero complementada con garantías sociales”. Es en dicho contexto y, bajo esa premisa, que la denominación Economía Social de Mercado comenzó a acuñarse en Alemania, uno de los países económicamente más desarrollados de Europa y que, gracias a ese modelo, además alcanzó niveles sostenidos de progreso social. Incluso hoy el pilar sobre el que reposa su avance económico no es otro que garantizar un mínimo de bienestar al ciudadano, sin considerar su estatus social.

...y del otro lado, Ludwig Erhard, quien complementó el concepto señalando que el crecimiento económico no es un fin en sí mismo, sino que tiene que estar al servicio del bien común. Como tal ha de entenderse la totalidad de las condiciones políticas, sociales y económicas para el desarrollo personal del hombre” (p. 261-262).

Flores Nano, L. (2015) ha definido a la economía social del mercado de la siguiente manera:

En la raíz de la concepción de la economía social de mercado está la herencia liberal que rescata el valor de la libertad y su cabal ejercicio en todos los ámbitos de la vida del ser humano. Ese ejercicio, en lo económico se ejerce a través del mercado y la libre competencia,

entendida como una competencia de eficiencias, que confieren poder de decisión final al consumidor. Empero, reconociéndose que el ejercicio en libertad genera perturbaciones que impiden la competencia, los defensores de la tesis de la competencia perfecta estiman que el Estado y el ordenamiento jurídico son los llamados a garantizar el real funcionamiento del mercado y la competencia. Finalmente, el orden económico no es ajeno al orden social y político, con los que guardan relaciones de interdependencia y estos, suponen algunas bases éticas que les dan fundamento. En la base misma de esta concepción, hay una noción de persona y su dignidad como valores anteriores y superiores y una noción de justicia que aspira a generar bienestar general para todo ser humano” (p. 19).

Gutierrez Camacho, W. (2013) describe la economía social de mercado como:

(...) parte de dos convicciones; por un lado, la creencia de que el mercado es el mejor invento para el desarrollo y funcionamiento de la economía; la segunda, referida a que, si bien el mercado puede ordenar la economía, no crea necesariamente justicia. Una economía totalmente libre sin límite alguno creará más desigualdades y agudizará las existentes, generará centros de poder económico que muy pronto falsearán la competencia y harán de las libertades económicas de los más débiles, meras declaraciones legales. De ahí que una economía social de mercado postule que en situaciones de desigualdad el Estado deberá regular la libertad de mercado. (p. 23)

#### 1.2.3.2 Orden Público Económico (OPE)

Avilés Hernández (citado en Kresalja Rosselló, B., & Ochoa Cardich, C., 2020) señala que:

El orden público económico es una materialización del orden público en la vida económica de la Nación. Emerge en el siglo XX como un contrapeso a los excesos del liberalismo clásico del siglo XIX. Se señala al destacado jurista francés Georges Ripert (1880-1958) como su autor, quien afirmó que «junto a la organización política del Estado hay una organización económica tan obligatoria como la otra. Existe, en consecuencia, un orden público económico» (p. 353-354)

Gutierrez Camacho, W. (2013) conceptúa el orden público económico como:

El orden público económico está compuesto por reglas básicas que inspiran y gobiernan la organización y funcionamiento económico de cada país. El orden público económico refleja el concepto de libertad económica que tiene una sociedad y que contiene su constitución. Regula, por lo tanto, las relaciones de mercado entre los particulares, y entre estos y el Estado. En tal virtud, el propósito de todo orden público económico es hacer posible el intercambio económico, generando confianza y seguridad a los actores del mercado, tratando que dicho intercambio se haga en lo posible en un escenario de equilibrio en las relaciones entre las personas, y entre estas y el Estado.

El orden público económico es una expresión o aplicación de la idea general de orden público” (p. 19).

Kresalja Rosselló, B., y Ochoa Cardich, C. (2020) citando a Baldo Kresalja en *Perú: Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica* han definido al orden público económico de la siguiente manera:

El orden público económico es un concepto que opera en la práctica como un título habilitante que legitima las intervenciones limitadoras de la Administración, sirviendo de fundamento de prohibición, de nulidades y sanciones. Frecuentemente, se lo ha utilizado para restringir el ejercicio de la libertad de empresa, esto es, afectando a las voluntades de los operadores económicos mediante la restricción de sus decisiones y acuerdos, constituyendo una limitación a la autonomía de la voluntad, pero no respondiendo a una idea pre concebida de los que en cada momento pueda entender la Administración por un buen funcionamiento del sistema económico, sino más bien una limitación que se deriva de lo establecido en la constitución y las leyes [...] Cabe advertir que la existencia de una intervención de carácter normativo sobre el mercado y los operadores económicos es un elemento siempre presente en la historia económica, y recientemente destinada a defender el mercado como institución, disponiendo el Estado de un mecanismo administrativo de salvaguarda, desechando la intervención puramente judicial. La defensa de la competencia económica no es pues una disciplina civil o mercantil sino una tarea propia del derecho administrativo económico. Si fuera solo el Poder Judicial el que interviniera a través de sus sentencias sobre la genérica libertad de contratar, la libertad de empresa sería simplemente la pura capacidad

de obrar de los individuos sin proyección sobre el conjunto de la sociedad. (p. 454)

#### 1.2.3.2.1 Función de la OPE en la contratación con cláusulas generales

García Amigo (citado en De la Puente y Lavalle, M., 2017):

La solución, a nuestro modo de ver, está más bien en atacar las causas que producen las condiciones generales monopolísticas, a saber: sometiendo a la ley de la competencia económica a todas y a cada una de las empresas, declarando aquella competencia defendida jurídicamente por el principio de orden público -orden público económico-.

Finalmente, De la Puente y Lavalle, M. señala que:

El artículo 61 de nuestra Constitución, que dispone que el estado combate toda práctica que limite la libre competencia y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, daría pie para ello, tanto más cuanto que agrega que ninguna ley ni concertación pueda autorizar el establecimiento de monopolios.

Otro camino, que puede emprenderse paralelamente, es legislar la protección al consumidor, de la que se tratará más adelante. (p. 584)

Según Gutiérrez Camacho, W. (2013) sobre la función del orden público económico:

Para cumplir con su objetivo de garantizar la libertad de todos, el orden público opera de un modo instrumental: Es como un conjunto de figuras legales que permiten la defensa de principios o intereses generales, es

decir, bienes jurídicos relevantes para el funcionamiento de la sociedad. En ocasiones apela a la imperatividad de la ley, que hace que la aplicación de una norma sea ineludible e incluso se imponga al resto de normas; así mismo, utiliza la irrenunciabilidad de derechos y deberes para proteger a quienes en la sociedad o en el mercado se encuentran en una situación de desigualdad; y finalmente fulmina con la ineficacia los actos que pudieran concluir quienes excedan los territorios de la autonomía de la voluntad. (p. 20)

#### 1.2.4 Cláusulas Generales de Contratación

##### 1.2.4.1 Concepto

Magistralmente de la Puente y Lavalle, M. (2017) sobre las cláusulas generales de contratación haciendo referencia al artículo 1392 del código civil peruano de 1984 ha señalado que:

(...) son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad (...) con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares (...).

Por ahora me limitaré a destacar que las cláusulas generales de contratación tienen existencia jurídica propia antes de formar parte de los contratos que están destinadas a integrar. Estos contratos, por su lado, no van a ser colmados totalmente por las cláusulas generales, sino deben tener elementos propios (particulares) de cada uno de ellos, de tal manera que, en realidad, el resultado final es que en los contratos generados a base de cláusulas generales de contratación habrá

cláusulas generales, comunes a todos ellos, y cláusulas particulares, privativas de cada uno de ellos.

(...) Las condiciones generales de contratación, en cambio, no son cláusulas de contratos concretos, sino normas de organización de todos los contratos de la empresa.

(...) solo la celebración del contrato les da vida” (p. 563).

#### 1.2.4.2 Cláusulas vejatorias

Messineo, F. (citado en De la Puente y Lavalle, M., 2017):

Pueden ser llamadas “vejatorias” porque están dirigidas a mantener a la contra parte en condiciones de inferioridad jurídica o, peor, a agravar esta inferioridad. Estas cláusulas, dan realce igualmente a aquella disparidad de situaciones entre las partes. Puede acogerse la calificación de “subrepticia” atribuida a la cláusula en examen. (p. 636)

Dejando de lado al autor italiano, De la Puente y Lavalle, M. (2017), nos recuerda que:

La calificación de “vejatoria” ha tenido tal fortuna que autores tan modernos como Molle (1966), Auletta (1979) y Bianca (1984) la continúan utilizando para calificar las cláusulas generales que agravan la posición del adherente respecto a la disciplina legal del contrato. En síntesis, puede decirse que son vejatorias, en el contexto de este comentario, las cláusulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes. La Ley francesa del 10 de

enero de 1978 que considera dos criterios que deben jugar acumulativamente: el abuso del poder económico y la ventaja excesiva de una de las partes. Pienso que una cláusula puede ser vejatoria aun cuando no exista abuso de poderío económico del predisponente, sino únicamente inexperiencia de la contraparte. (p.639)

A su turno Espinoza Espinoza, J. (1998) remarca que:

Frente a la predominante posición de acuñar el término de "cláusulas abusivas", proponemos utilizar el de "cláusulas vejatorias", por cuanto en nuestra tradición jurídica el término abuso, suele asimilarse al de abuso de derecho, cuyo contenido conceptual es el de un principio general del derecho, definido como una limitación intrínseca del derecho subjetivo que, al transgredirse (o pretender transgredirse procesalmente), genera (o podría generar) daños a terceros, aplicándose para remediarlo, en el primer caso, la normatividad relativa a la responsabilidad civil y en el segundo, declarando judicialmente su ineficacia.

El status de las partes contratantes no debe ser determinante para la definición de las cláusulas vejatorias; pero sí puede servir como indicador frente a los requisitos de la buena fe y equilibrio contractual, que sí son determinantes para tal efecto. En efecto, si entendemos al requisito de la buena fe en un sentido objetivo, vale decir como conducta objetivamente correcta de la parte contratante, la misma servirá como medidor del desequilibrio contractual. Dentro de la dinámica de las relaciones jurídicas, difícilmente nos encontraremos

frente a un perfecto equilibrio contractual entre las partes. Lo que resulta relevante para determinar si nos encontramos frente a una cláusula vejatoria es que ese desequilibrio sea de mala fe (o si queremos, sea contrario al principio de buena fe). (p. 160-161)

#### 1.2.4.3 El peligro de las cláusulas generales en la contratación bancaria

De manera muy acertada el maestro y gran jurista de la Puente y Lavalle, M. (2017) ha identificado el riesgo que las cláusulas generales representan en la contratación bancaria y nos ha graficado el siguiente escenario:

Supóngase una operación bancaria, que es uno de los campos donde las cláusulas generales tienen mayor aplicación. Se presume que el cliente conoce, o debe conocer, las cláusulas generales que regulan dicha operación, por lo cual no pierde el tiempo en discutir las, para avocarse a la negociación de los elementos propios de ella. Si se pone de acuerdo con el banco sobre los términos de la oferta de este, entre los cuales se encuentran las cláusulas generales, hará suya esa oferta y lo declarará así en su aceptación, con lo cual dará lugar a una declaración conjunta del banco del cliente con una voluntad común de ambos. Tanto el banco como el cliente saben que esa operación no habría llegado a realizarse con la premura que era necesaria sino hubiera sido hecha a base de cláusulas generales de contratación.

No puede desconocerse, desde luego, el peligro que acecha este tipo de contratación cuando, por razón de la posición de monopolio u oligopolio que ocupe el predisponente, se vean los consumidores

colocados en un estado de necesidad que los lleve a aceptar ciegamente las cláusulas generales, por vejatorias que sean. (p. 582)

El autor que cita a García Amigo hace suya la siguiente afirmación:

La empresa o empresas predisponentes que gocen de una posición monopolística o dominante en el mercado: en tal caso, es claro que puede haber y hay realmente el peligro de abusos por parte de las empresas, pues unidos el natural egoísmo de los sujetos económicos en régimen de economía capitalista, al poder económico de los mismos en dichas situaciones tiene como clara consecuencia la explotación de la clientela -adherente a sus condiciones generales de contrato, leoninas muchas veces- para aumentar precisamente su margen de beneficio. (p. 582-583)

Para concluir el autor afirma lo siguiente:

Si pese a esto el predisponente, abusando de su posición de monopolio, desnaturaliza la finalidad de las cláusulas generales para convertir a esta en instrumento de su lucro personal a costa del cliente, la situación de este será mucho más difícil, pues el estado de necesidad en que lo coloca el abuso del poder de negociación del predisponente, lo llevará a aceptar de plano las cláusulas vejatorias. (p. 583)

#### 1.2.4.4 Contrato de préstamos o mutuo

Carecería de importancia definir el contrato de mutuo, dado que el concepto se encuentra, bien que mal, recogido en el art. 1648 del Código Civil peruano de 1984 y ha sido, en términos generales, aceptado por la doctrina. No obstante, sí resulta relevante, para efectos de la presente investigación,

resaltar la importancia que tiene este contrato en el devenir diario de las personas y empresas, ya que, de acuerdo con Castillo Freyre, M. (2021):

Ello ha determinado que hoy podamos afirmar que el mutuo presenta una diversidad de matices que van desde el préstamo de bienes fungibles y de carácter doméstico; pasan por el crédito a corto plazo, inspirado generalmente en razones de amistad y cooperación; siguen con toda la gama de financiamiento por entidades bancarias, financieras, mutuales y similares; y se extiende a los empréstitos de la actividad privada y pública, dentro de las más variadas alternativas y formas. A lo expuesto se agrega un factor adicional que lo hace particularmente sensible y es el hecho de que siendo un contrato temporal y de colocación de capitales, ordinariamente existe como contrapartida el pago de intereses por cuenta del mutuuario, lo que inevitablemente conduce al antiguo problema de la usura y la necesidad de evitar en beneficio de la colectividad.

De esta forma, y sin lugar a dudas, el contrato de mutuo o préstamo de consumo, como también es denominado, constituye uno de los tipos contractuales de mayor trascendencia. Esto, básicamente, debido a que es una de las fuentes principales de financiamiento nacional e internacional y, asimismo, no es ajeno a la satisfacción de las necesidades propias de la vida diaria. **Ninguna actividad económica o productiva puede prescindir de este contrato**, que -de igual manera- resulta un instrumento que toda persona que vive en sociedad debe emplear alguna vez” (p. 145-146).

#### 1.2.4.5 Contratos Bancarios

Sobre la contratación bancaria de consumo y la regulación de esta modalidad de contratación López Raygada, P., Bezada Alencastre, J., y García Tipismana, O. (2021) y el poco entendimiento de la materia financiera por parte de los clientes, señalan que:

Esta regulación (haciendo referencia a la Ley 26702, Ley de Bancos) persigue una protección adecuada para los consumidores en la contratación de servicios bancarios, para lo cual toma en consideración que el entendimiento de la materia financiera no siempre resulta sencillo para todos los clientes, considerando el déficit en educación financiera en el país. Asimismo, esta regulación considera que, en la generalidad de casos, la contratación de servicios bancarios se realiza bajo la modalidad del contrato por adhesión y/o incorpora cláusulas generales de contratación, lo que limita la posibilidad de negociación por parte de los consumidores (en ejercicio de su libertad contractual) sobre el contenido del contrato. (p. 36-37)

Por otro lado, los autores no dejan de señalar que los contratos celebrados mediante cláusulas generales de contratación son una de las principales herramientas con las que cuenta actualmente el mercado para agilizar el intercambio de bienes y servicios, es así como de manera contundente expresan que:

Si bien este esquema contractual limita la amplitud de la negociación por parte de los consumidores, resulta de suma utilidad para agilizar las transacciones en un mercado donde los productos y servicios se

comercializan en forma masiva. Ello, considerando que una negociación contractual particular, para cada caso, podría tornarse excesivamente costosa (en tiempo y dinero) e inviable económicamente. (p. 44)

#### 1.2.4.6 Cláusulas Generales de Contratación aprobadas administrativamente

Sobre la aprobación administrativa López Raygada, P. S., Bezada Alencastre, J. A., & García Tipismana, O. M. (2021) comentan:

La aprobación administrativa previa de cláusulas generales de contratación constituye un mecanismo preventivo de protección de los derechos de los consumidores, que contribuyen con asegurar el equilibrio contractual en los contratos bancarios que presentan estipulaciones contractuales redactadas unilateralmente por las empresas bancarias. Específicamente, el Código establece que “[e]n el caso de los contratos de consumo celebrado por empresas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación corresponde a dicha entidad, conforme a la ley de la materia.

En consecuencia, la aprobación administrativa previa de cláusulas generales de contratación correspondientes a contratos bancarios se encuentra a cargo de la SBS, la cual ha determinado que deben someterse a aprobación administrativa previa las cláusulas generales de contratación (y sus modificaciones) relacionadas a las operaciones y servicio que se muestran en el siguiente cuadro”. (p. 47-48)

Tipo	Material contractual
Operaciones activas	- Crédito hipotecario - Crédito de consumo
Operaciones pasivas	- Depósitos de ahorro - Depósitos a plazos (incluye los certificados de depósitos y certificados bancarios) - Depósito por compensación de tiempo de servicio - Depósito en cuenta corriente
Servicios financieros	- Dinero electrónico

Fuente: Artículo 50° de la Resolución SBS N° 3274-2017, que aprueba el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero.

Elaboración: Manual de Derecho del Consumo Aplicado a los Servicios Bancarios.

### 1.2.5 Sistema Concursal

#### 1.2.5.1 Derecho Público presente en el Sistema Concursal

Lozano Hernández, J. (2015) trayendo a colación una posible intervención del derecho público en el marco de los procedimientos concursales nos ha comentado lo siguiente:

(...) consideramos que si bien es cierto se presenta una situación concursal es posible que intervenga el derecho público por las características del interés colectivo que se genera a partir de la declaración de estado concursal de un deudor cualquiera y que por este simple hecho se justifique trascender la esfera privada, lo que importa aceptar, como se hace, que se regule esta situación “excepcional”, debemos entender que si bien existen intereses colectivos en juego que

justifican la intervención normativa en estas relaciones, es necesario tener el criterio adecuado para manejar estas situaciones excepcionales con manos de neurocirujano que nos permita garantizar la integridad de los derechos fundamentales de los actores empresariales. (p. 35)

#### 1.2.5.2 Comparado

El sistema concursal comparado también se ha encargado de resaltar la finalidad de los procedimientos concursales, al respecto Lozano Hernández, J. (2015) mencionando las diversas regulaciones concursales internacionales nos comenta:

##### Antecedentes en la legislación colombiana

(...) el derecho concursal colombiano al igual que en la mayoría de los países que se han involucrado en este concepto moderno en que se tiene a la actividad empresarial como el motor que genera mejor calidad de vida de sus ciudadanos, así podemos sostener que el derecho concursal hoy tiene otra identidad, está impregnado de valores como **la protección de la empresa**, su reconocimiento como motor de la actividad económica o el reconocimiento de la denominada “Comunidad de Riesgos (...)

##### Antecedentes en la legislación española

La pieza de calificación tiene una doble finalidad preventiva y represiva. Finalidad preventiva para evitar situaciones que originen o agraven situaciones de insolvencia, y represiva, a modo de sanción,

para aquellas conductas que hayan producido o agravado un estado de insolvencia patrimonial.

#### Antecedentes en la legislación argentina

(...) al igual que en nuestro país, el concurso en la Argentina **busca la continuidad de la empresa**, y su objetivo es lograr superar las complicaciones financieras que pudieron afectar su funcionamiento, que pudieron incluso en determinados casos motivar una cesación de pagos, mientras que se entiende que la quiebra, en cambio, es un proceso liquidatorio.

#### Antecedentes en la legislación chilena

Al igual que en la legislación española y argentina, la responsabilidad y la posibilidad de imponer sanciones a los órganos de administración de una empresa o sociedad solo será posible si, en las mismas, la autoridad judicial encuentra dolo o culpa en el fallido” (p. 36, 50, 56 y 63).

Continuando con este enfoque de protección a la empresa en el sistema concursal comparado Flint Blanck, P. (2004) comenta:

#### “Estados Unidos de América

(...) los jueces tienden en la práctica a favorecer las reestructuraciones por criterios de mantener los puestos de trabajo en juego y protección de los intereses de la comunidad, podría afirmarse que el sistema de reestructuración estadounidense favorece la salvación de la empresa, el empleo y, sólo como consecuencia de ello, el crédito.

#### Francia

El objetivo fundamental de la legislación es la conservación de la empresa. Sin embargo, la legislación intenta conciliar un triple interés: el de la empresa, el de los trabajadores y el de los acreedores. El artículo primero de la Ley N°85-98 dispone que se crea un procedimiento judicial ***dirigido a permitir el salvataje de la empresa, el mantenimiento de la actividad y el empleo y la satisfacción del pasivo.***

#### Alemania

Dicha legislación persigue como objetivo fundamental la satisfacción colectiva de los acreedores, sea a través de la realización del patrimonio del deudor y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia que contenga una reglamentación diferente especialmente dirigida a la conservación de la empresa.

#### Inglaterra

La legislación concursal inglesa se encuentra contenida en el *Insolvency Act 1986*. Conforme a la tendencia observada en los sistemas concursales de los países del *Common Law*, la legislación inglesa procura como objetivo principal la rehabilitación de deudor y la posible conservación de la empresa. Si bien el derecho de quiebras inglés busca favorecer al quebrado, debe precisarse que también persigue tutelar los intereses de los acreedores, para lo cual se han establecido mecanismos orientados a garantizar una adecuada supervisión del proceso.

(...) En el sistema inglés, usualmente, la empresa en reorganización es vendida al acreedor garantizado de mayor importancia.

## Colombia

(...) dicha legislación tiene como objetivo principal la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de riqueza.

## Argentina

En el marco legal argentino sobre concursos se encuentra el contenido en la Ley 24.522. manteniendo el principio de salvamento de la empresa en crisis consagrada en la derogada Ley 11.719 la normatividad concursal vigente en la Argentina busca facilitar la conservación de la empresa en crisis y, a la vez, satisfacer el interés de los acreedores” (p. 159, 163, 165, 167-171).

### 1.2.5.3 Objetivo del Sistema Concursal

Schwartz, A. (1998), “de acuerdo con la meta de la eficiencia el objeto de las normas mercantiles es, en un sentido amplio, maximizar el bienestar social. Las normas concursales pueden ayudar a lograr esta meta reduciendo los costos del acceso al crédito. Reducir estos costos les permite a las empresas llevar a cabo mejores proyectos y crea mejores incentivos a las empresas para maximizar su valor”.

“Por otro lado, el autor ha señalado como objetivo del sistema de insolvencia de empresas, el de solucionar un problema de coordinación entre los acreedores de empresas insolventes. Algunas empresas insolventes no perciben los ingresos suficientes como para cubrir siquiera sus costos no financieros (costos de producción). En tales situaciones, los activos de estas empresas podrían ser asignados a mejores usos en otra parte (...)” (p. 119).

Si bien el crédito constituye uno de los objetos de protección del sistema concursal no es menos cierto que la unidad productiva resulta ser de vital importancia en la recuperación de los créditos y la protección del mercado. En ese sentido, Flint Blanck, P. (2004) ha señalado lo siguiente:

“El sistema concursal peruano afirma como objetivo fundamental la permanencia de la unidad productiva, si esta es viable, pero privilegia la protección del crédito sobre todo lo demás factores.

Adicionalmente señala que el proceso concursal propicia un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor, proceso que debe permitir un acuerdo de restructuración o, de no ser posible, que la empresa salga en forma ordenada del mercado.

El artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema concursal, establece que el destino de la empresa debe ser tomada por los acreedores en base a la viabilidad del negocio.

Así, pues, si consideramos la viabilidad de la empresa un concepto eje del derecho concursal, dado que este determina cuándo restructurar o cuándo liquidar, es fundamental conocer aquellos que lo integran” (p. 733).

Lozano Hernandez, J. (2015) resaltando la vital importancia de la empresa en la economía ha señalado con precisión:

“Recordemos que ya en la actualidad no podemos pensar en el derecho de los empresarios, directores, gerentes, accionistas o titulares de las empresas en general como una abstracción un tanto distante de la generalidad de personas, porque la economía moderna nos ha hecho comprender que las empresas son las entidades encargadas de

generar riquezas que luego, y de muy variadas formas se distribuyen en el resto de la sociedad” (p. 10).

Por otro lado, reforzando la importancia de la recuperación del crédito en un sistema concursal eficiente, Espinoza Espinoza, J., y Atoche Fernández, P. (2011) comentando el Artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal, señalan:

“La nueva redacción también me parece importante en el sentido de que establece que el objetivo de la LGSC es la recuperación del crédito y no la protección del crédito, lo cual se condice con la filosofía del sistema concursal, que es otorgar un espacio dentro del cual los acreedores decidan cómo recuperar sus créditos” (p. 31).

Finalmente, considerando que un ambiente favorable de negociación es indispensable para definir el destino económico de los deudores, Lozano Hernández, J. (2015) nos recuerda que:

“Al evitar “la canibalización” del patrimonio del deudor, se incentiva a los acreedores a negociar en junta y se los convoca a todos a fin de que registren los montos de sus acreencias ante una sola autoridad.

Del mismo modo, se busca garantizar que los acreedores cuenten con información mínima que les permita adoptar una decisión eficiente; cabe recordar que los acuerdos adoptados por la mayoría obligan a todos, pues se presenta una ficción de unanimidad” (p.181).

#### 1.2.6 Principio de Conservación de la Empresa

Montiel F., Carlos (2019), señala que:

La situación de concurso no debe ser causa de la desaparición de la empresa. Las disposiciones propias de la materia deben estar dirigidas a su conservación, pues solo así podrían materializarse las finalidades del derecho concursal. Si no es posible la conservación de la explotación, la ley debe cuando menos tutelar la unidad patrimonial del conjunto empresa. (pp. 133 – 134)

#### 1.2.7 Análisis Económico del Derecho y el Sistema Concursal

Bullard G., Alfredo (2019) apunta lo siguiente:

“¿Y en qué se diferencia el método del AED del método tradicional? Sin duda la respuesta tiene que ver con las herramientas que utiliza. Para el AED lo importante -más que la estructura de las normas y su lógica formal- son las consecuencias. El AED se orienta a identificar las consecuencias de las normas, sean estas constitucionales, legales, términos contractuales, estatutos, etcétera” (p. 41).

Añade el mismo autor:

“Si un sistema de predicción de conductas (la economía) se junta con un sistema de regulación de conductas (el derecho) la ventaja es obvia. Si quiero regular la conducta, saber cómo las personas se comportarán me permite generar mejores normas, estén éstas contenidas en una ley, en un estatuto o en un contrato. Un abogado con capacidad de predicción será un mejor abogado” (p. 19).

Por su parte Salazar (2005) afirma que:

“Una manera diferente de aquellas a las que estamos acostumbrados a pensar el Derecho y que resulta sumamente interesante por sus alcances la trae el Análisis Económico del Derecho. Reflexionar sobre cualquier área del Derecho desde la perspectiva económica es muy útil, pues la economía brinda una teoría científica que trabaja con modelos que nos permiten predecir razonablemente en el agregado como se desenvolverá el comportamiento humano en el futuro. Nos orienta en la distribución de recursos escasos, otorga información valiosa al legislador y a todos los operadores jurídicos ya que una vez que se vislumbran parámetros objetivos facilita la toma de decisiones sobre cómo deben satisfacerse necesidades determinadas” (p. 92).

Asimismo, Ezcurra et Solís (2002) complementa lo anterior al señalar que:

“El derecho concursal es uno de los casos paradigmáticos de costos de transacción elevados. Una empresa en crisis normalmente tiene una gran cantidad de acreedores, cada uno con un interés particular y legítimo en obtener el cobro de su crédito de acuerdo con el pacto suscrito con el deudor. Los tiempos en crisis, sin embargo, se caracterizan por la ausencia de recursos suficientes para pagar a todos los acreedores de acuerdo con lo estipulado en los contratos de préstamo.

[...]

En estas circunstancias, lo que busca el derecho concursal es reducir los costos de coordinación existentes, estableciendo un orden

y un mecanismo de cobro para los acreedores. El derecho concursal es, fundamentalmente, un instrumento para reducir los costos de transacción” (p. 153).

### 1.3 Definición de términos básicos

#### 1.3.1 Sistema Concursal

“Conjunto de normas que regulan el procedimiento y, adicionalmente, a todos los actores que pueden concurrir en este, incluyendo partes y autoridades”. *Espinoza Espinoza, J., y Atoche Fernández, P. (2013).*

#### 1.3.2 Clausulas Generales de Contratación

“Según el artículo 1392 del Código civil, las *‘cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos’*.

(...) las cláusulas generales de contratación tienen existencia jurídica propia antes de formar parte de los contratos que están destinadas a integrar. Estos contratos, por su lado, no van a ser colmados totalmente por las cláusulas generales, sino deben tener elementos propios (particulares) de cada uno de ellos, de tal manera que, en realidad, el resultado final es que en los contratos celebrados a base de cláusulas generales de contratación habrá cláusulas generales, comunes a todos ellos, y cláusulas particulares, privativas de cada uno de ellos”. (*De la Puente y Lavalle, M., 2017, 563*).

### 1.3.3 Contratos Bancarios

“Se trata de contratos preparados para un tipo de negocio y para una pluralidad, más o menos extensa, de situaciones contractuales que se reiteran de forma semejante ante idéntica transacción mercantil. Vale decir, se trata de contratos en los que no se toma en cuenta las pretensiones concretas del sujeto que se adhiere a los términos del contrato, sino que es este sujeto el que debe aceptar un contenido que ha sido predeterminado, previamente, por la parte predisponente del contrato en función del producto o servicio que de forma generalizada ofrece al público” (*Camacho Zegarra, M., 2019, p. 327-328*).

### 1.3.4 Orden Público Económico

“Son las reglas básicas que inspiran y gobiernan la organización y funcionamiento económico de cada país. El orden público económico refleja el concepto de libertad económica que tiene una sociedad y que contiene su Constitución. Regula, por lo tanto, las relaciones de mercado entre los particulares y entre estos y el Estado”. (*Gutierrez Camacho W., 2013, p. 19*).

### 1.3.5 Usuarios y/o Consumidores

La Ley 29571 del Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo IV.1 define a los usuarios o consumidores como:

Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código

a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio. En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

### 1.3.6 Sistema Financiero

Camacho Zegarra, M., (2019):

Es la suma de instituciones bancarias, financieras y demás empresas e instituciones de derecho público o privado, encargadas de la circulación de flujo monetario, cuya finalidad es la de canalizar el ahorro, hacia quienes desean hacer inversiones productivas, dichas unidades pueden ser públicas o privadas. (p. 183-184)

### 1.3.7 Economía Social de Mercado

Gutierrez Camacho, W., (2013):

Parte de dos convicciones; por un lado, la creencia de que el mercado es el mejor invento para el desarrollo y funcionamiento de la economía; la segunda, referida a que, si bien el mercado puede ordenar la economía, no crea necesariamente justicia. De ahí que una economía social de mercado postule que en situaciones de desigualdad el Estado deberá regular la libertad de mercado. (p.23)

### 1.3.8 Abuso de Derecho

“Baldo Kresalja citando a Fernández Sessarego señala que el ‘abuso de derecho es un límite jurídico, impuesto originalmente por la moral social y luego consagrado por el ordenamiento positivo, tendiente a que el individuo actúe sus derechos subjetivos según las directivas de solidaridad social, sin causar lesión o daño a intereses ajenos no protegidos por normas específicas” (*Kresalja Roselló, B., y Ochoa Cardich, C., 2020, p 536*).

### 1.3.9 Libre Competencia

“Es garantizar el correcto funcionamiento de la economía social de mercado como sistema constitucionalmente escogido, reprimiendo las actuaciones empresariales lesivas a ese objeto. Actúa como medio de autocorrección de sistema capitalista a través de un conjunto de técnicas que más adelante enunciaremos, pero es fruto también de la lucha de los demócratas para combatir los grandes conglomerados económicos, las prácticas monopolísticas y la deslealtad en la vida económica” (*Kresalja Roselló, B. y Ochoa Cardich, C., 2020, p. 513*).

### 1.3.10 Crédito

“Es el derecho que tiene el acreedor a recibir del deudor una prestación asumida por este, producto de una relación jurídica obligatoria” (Ley N° 27809, Art. 1)

#### 1.3.10.1 Crédito concursal

“Aquél que se haya generado hasta la fecha de publicación en el diario oficial *El Peruano* de la situación de concursado del deudor. (Ley N° 27809, Art. 1)

### 1.3.11 Deudor Concursal

La ley general del sistema concursal (Ley 27809 - artículo 1) define al deudor como *“Persona natural o jurídica, sociedades conyugales, sucesiones indivisas. Se incluye a las sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras.”*

### 1.3.12 Libertad de Empresa

Se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica auto determinativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.

Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce” (Exp. N°00008-2003/AI, Fundamento 37)

### 1.3.13 Clausulas No Aprobadas Administrativamente

“(…) a diferencia de las que sí han recibido esta aprobación, sólo se incorporan a la oferta de un contrato particular celebrado con arreglo a ellas cuando sean conocidas por la contraparte del predisponente o haya

podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria” (*De la Puente y Lavalle, M., 2017, p. 624*).

#### 1.3.14 Cliente

“usuario con quien la empresa mantiene una relación comercial originada por la celebración de un contrato.” *RESOLUCION SBS N.º 3274-2017*.

#### 1.3.15 Principio de Conservación de la Empresa:

*Las disposiciones de la materia deben estar dirigidas a la conservación de la empresa. Bien sea que se trate de un escenario en el que se busque recuperar la empresa o que se busque liquidar o finiquitar, pero conservando su unidad. (Montiel Fuentes, C., 2019, p. 133)*

## **CAPÍTULO II: METODOLOGÍA**

### 2.1 Diseño Metodológico

El investigador desarrollará una investigación de tipo descriptivo combinando los métodos analítico y sintético de la mano con el deductivo e inductivo, así como un enfoque cuantitativo. Todo ello con la finalidad de resolver la problemática planteada sobre el impacto de cláusulas Anticoncursales de los contratos bancarios para el Orden Público Económico y su relación directa con el sistema financiero en el marco de una economía social de mercado.

### 2.2 Aspectos éticos

El investigador declara bajo juramento su fiel e irrestricto respeto por los derechos de autor, fuentes y material bibliográfico, así como todos los aspectos éticos necesarios para el correcto desarrollo de la investigación siendo característica fundamental pero no única, la honestidad intelectual.

## **CAPÍTULO III: MODELO ECONÓMICO PERUANO Y SU IMPORTANCIA EN EL DESARROLLO**

### **3.1 Introducción**

En los últimos años se han oído voces que exigen un cambio de constitución, las mismas que han puesto la mira telescópica en el régimen económico. Posiciones que podríamos denominar socialistas alientan la consolidación de un Estado con mayor participación y presencia en la vida económica de la nación en contraposición a las tendencias liberales que impulsan una suerte de desregulación y reducción de la participación estatal en el desarrollo competitivo.

Si bien estas posiciones tienen objetivos claramente opuestos, Vargas Llosa (2019) nos recuerda que es importante tener en cuenta que, aunque es evidente que aun en la sociedad más libre, una cierta intervención del poder que ponga ciertos límites y condicionantes a la iniciativa individual es indispensable -de otro modo la sociedad se deslizaría hacia la anarquía o hacia la ley de la jungla-, también es cierto que toda política de control debe ser continuamente vigilada y contrapesada, pues ella incuba los gérmenes del autoritarismo, los rudimentos de una amenaza contra la libertad individual. Esto es, y aunque parecería un oxímoron, que regulación con libertad pueden estar perfectamente alineadas si ambos comparten el firme deseo de alcanzar la justicia.

En cuanto a la libertad, un concepto amplio y en ocasiones enrevesado, Rousseau (1762) afirma que:

Lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le tienta y puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no equivocarse en estas compensaciones, hay que distinguir claramente la libertad natural, que no tiene por límites más que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general; y la posición que no es sino el efecto de la fuerza o el derecho del primer ocupante, de la propiedad, que no puede fundarse más que en un título positivo. (p.74)

En consecuencia, la libertad civil puede entenderse como libertad en sociedad mediante la cual la voluntad general cobra significativa importancia en la configuración del Estado. Es una renuncia voluntaria del individuo a su libertad natural para poder ser parte del colectivo social.

Entonces, el régimen económico consagrado en nuestra constitución vigente de 1993 está en permanente observación debido al descontento social que se ha generado como consecuencia de las políticas públicas mal empleadas por parte de los que tienen capacidad de decisión en las más altas esferas del ordenamiento estatal. Y si bien, como señala Popper en su obra *The Open Society and Its Enemies* (citado en Vargas Llosa, 2019) "El Estado es un mal necesario; y este mismo Estado no puede estar exento de cumplir con el fin fundamental de defender a la persona humana y respetar su dignidad consagrado en el primer artículo de nuestra carta magna".

Dicho lo anterior, en esta parte de la investigación resulta necesario empezar diciendo que recién con las Constituciones de 1979 y 1993 se

consagra a la economía social de mercado como el régimen económico adoptado por el Perú al más alto nivel legal y si bien hemos tenido a lo largo de nuestra historia constitucional, cartas magnas con un sentido claramente liberal y en otras ocasiones con un espíritu más plegado a lo social; no es sino recién en las constituciones de la segunda mitad del siglo XX que se acoge el modelo de economía social de mercado como el paradigma económico constitucional.

### 3.2 Orígenes

En sus orígenes este modelo empezó a gestarse, elaborarse y diseñarse en Alemania, en la denominada Escuela de Friburgo, a través de un pensamiento económico novedoso para la época llamado ordoliberalismo, una variante del liberalismo, que propugnada entre otras cuestiones un modelo económico con equilibrio social en el que las fuerzas del mercado (capitalismo) se combinaran con la seguridad social (socialismo). Esto es, el liberalismo tradicional en franco fracaso y desprestigio a inicios del siglo XX se choca con el también utópico socialismo de aquella época; y, tomando en consideración la Doctrina Social de la Iglesia, de la cual haremos una breve reseña en las líneas siguientes, se busca alcanzar el tan deseado equilibrio en la economía en el que los principios de libre competencia, libertad de comercio, propiedad privada se entremezclen con valores tales como la seguridad y progreso social, a través del diseño de un sistema económico que logre satisfacer las ideas de libre mercado de la mano de políticas sociales. Este pensamiento político alemán de entreguerras fue nutrido por ideas de economistas notables como Alfred Müller-Armack, que fue el creador de término Economía Social de Mercado, según Sorin Muresan este estudioso

de la ciencia económica aun cuando estaba de acuerdo con la idea de crear un orden que diera lugar a la libertad, no creía que la sociedad pudiera dejarse a un orden completamente espontáneo ya que se necesitaba direccionamiento y mecanismos de salvaguarda que sólo podrían ser provistos por el Estado (Cruces, 2021, p. 49). Es decir, para los economistas ordoliberales de la talla de Walter Eucken, Alfred Müller- Armack, Wilhelm Röpke y Ludwig Erhard, quienes dieron vida al modelo económico que hoy conocemos como economía social de mercado, la economía está al servicio del hombre y no a la inversa, y la política económica es parte de un marco social superior. En ese sentido, consideran que el Estado, mediante un adecuado ordenamiento jurídico tiene un rol fundamental que cumplir en materia económica (Kresalja Roselló & Ochoa Cardich, C., 2020, p. 446). Posteriormente, desarrollaremos como el concepto y principio de Orden Público Económico encaja perfectamente en la búsqueda de esta armonía entre libertad y seguridad; y cómo nuestra constitución vigente nos brinda un margen de cobertura suficiente para la supervisión del correcto funcionamiento del mercado.

Por su parte Gutierrez (2013, tomo II), analizando la constitución peruana de 1993, informa que:

Una economía social de mercado parte de dos convicciones; por un lado, la creencia de que el mercado es el mejor invento para el desarrollo y funcionamiento de la economía; la segunda, referida a que, si bien el mercado puede ordenar la economía, no crea necesariamente justicia. Siendo así, el mencionado autor, señala que una economía totalmente libre sin límite alguno creará más desigualdades y agudizará

las existentes, generará centros de poder económico que muy pronto falsearán la competencia y harán de las libertades económicas de las más débiles meras declaraciones legales. De ahí que una economía social de mercado postule que en situaciones de desigualdad el Estado deberá regular la libertad de mercado. (p. 23)

### 3.3 La Doctrina Social de la Iglesia

La economía social de mercado, como modelo económico, encuentra respaldo en la doctrina social de la iglesia la que en sus diversas etapas ha reconocido la importancia de la participación estatal en la economía y si bien esta doctrina otorga un protagonismo medular al libre mercado, la libre competencia y la propiedad privada, es consciente que el Estado juega un rol fundamental en la búsqueda del equilibrio y justicia social. A continuación, haré un breve repaso de las principales encíclicas que, desde mi punto de vista, han constituido suministro fundamental para el desarrollo de la economía social de mercado, así como para su continuo reperfilamiento.

#### A. CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM DEL SUMO PONTÍFICE LEÓN XIII (5 de mayo de 1891)

La importancia de esta encíclica radica fundamentalmente en el reconocimiento de que existía una clase obrera que estaba siendo despellejada por unos pocos que detentaban el poder económico al señalar que:

El tiempo fue insensiblemente entregando a los obreros, aislados e indefensos, a la inhumanidad de los empresarios y a la desenfrenada codicia de los competidores.

Hizo aumentar el mal la voraz usura, que, reiteradamente condenada por la autoridad de la Iglesia, es practicada, no obstante, por hombres codiciosos y avaros bajo una apariencia distinta. Añádase a esto que no sólo la contratación del trabajo, sino también las relaciones comerciales de toda índole se hallan sometidas al poder de unos pocos, hasta el punto de que un número sumamente reducido de opulentos y adinerados ha impuesto poco menos que el yugo de la esclavitud a una muchedumbre infinita de proletarios. (León XIII, 1891, p. 125)

Es decir, la iglesia era consciente de que el liberalismo económico imperante en el siglo XIX había generado no sólo grandes brechas económicas, sino que además postergaba a una clase social que veía reducidas sus expectativas económicas a una finalidad exclusivamente de supervivencia.

No obstante, la filosofía económica marxista de marcada orientación socialista era incompatible con la solución planteada por la iglesia es así como el papa León XIII (1891) en la encíclica bajo comentario hace un llamado de atención al afirmar que:

Los socialistas, atizando el odio de los indigentes contra los ricos, tratan de acabar con la propiedad privada de los bienes, estimando mejor que, en su lugar, todos los bienes sean comunes y administrados por las personas que rigen el municipio o gobiernan la nación. Creen que, con este traslado de los bienes de los particulares a la comunidad, distribuyendo por igual las riquezas y el bienestar entre todos los ciudadanos, se podría curar el mal presente. (p. 126)

Entonces, podemos decir que la ventaja de la doctrina económica de la Iglesia a finales del siglo XIX fue la de identificar los males que causarían en la población tanto una política económica liberal en la que las fuerzas del mercado no tengan mayores límites que la propia ambición de una clase poderosa dominante, como una política socialista que tenga como único paradigma la redistribución y transferencia de los bienes a la comunidad. Esto último, señala la iglesia, empeoraría la situación de los obreros todos, en cuanto tratan de transferir los bienes de los particulares a la comunidad, puesto que, privándolos de la libertad de colocar sus beneficios, con ello mismo los despojan de la esperanza y de la facultad de aumentar los bienes familiares y de procurarse utilidades. (p. 126)

Finalmente, se reconoce un rol fundamental de los que gobiernan primero para *evitar cuidadosamente que los ricos perjudiquen en lo más mínimo los intereses de los proletarios ni con violencias, ni con engaños, ni con artilugios usurarios*; tanto más cuanto que no están suficientemente preparados contra la injusticia y el atropello, y, por eso mismo, mientras más débil sea su economía, tanto más debe considerarse sagrada; y atender a la defensa de la comunidad y de sus miembros. (p. 131)

Esto es, se empieza a diseñar una participación más activa del que tienen como deber la defensa de los derechos de la clase social más débil que se encuentra en una situación de desventaja frente a la clase opulenta que detenta el poder Estado a través de sus representantes económico y que como todo poder puede conllevar a abusos en el

ejercicio de este. La doctrina social de la iglesia, en lo económico, reconoce las fallas de las políticas liberales irrestrictas a la vez que condena la vulneración de la propiedad privada propuesta por los socialistas.

#### B. CARTA ENCÍCLICA QUADRAGESIMO ANNO DE SU SANTIDAD PÍO XI (15 de mayo de 1931)

Corre el año 1931, aún se viven las secuelas de la primera guerra mundial, el crack del 29 y una recesión económica que golpeará considerablemente al mundo están en plena vigencia, los postulados socialistas empiezan peligrosamente a tomar mayor presencia en el discurso político; entonces la iglesia católica a través del sumo pontífice Pío XI cree necesario refrescar los conceptos establecidos por el predecesor León XIII ante los inminentes riesgos que representan para la fe cristiana los postulados sociales - socialistas si se quiere- que están siendo acogidos por una parte de sus fieles miembros. Es así, que Pío XI (1931) mediante la encíclica Quadragesimo Anno reconoce la importancia que tuvo Rerum Novarum en la identificación de la división de dos clases de la sociedad humana:

Una, ciertamente poco numerosa, que disfrutaba de casi la totalidad de los bienes que tan copiosamente proporcionaban los inventos modernos, mientras la otra, integrada por la ingente multitud de los trabajadores, oprimida por angustiosa miseria, pugnaba en vano por liberarse del agobio en que vivía. (p.433)

Si bien la importancia de Rerum Novarum explicaba León XIII (1891), estuvo estrechamente vinculada al plano de las relaciones laborales se

reconoce su vital importancia en el diseño de la doctrina sobre la materia social y económica de la iglesia y establece que la participación del Estado “no debe limitarse a ser un mero guardián del derecho y del recto orden”; esto es que si bien el Estado ha sido reconocido como el protector de los interés de la sociedad, esta protección no debe ser pasiva sino que debe realizarse con una actividad constante, tan es así que el papa Leon XIII hace una invocación a que el Estado “ Debe luchar con todas sus energías para que con toda la fuerza de las leyes y de las instituciones, esto es, haciendo que de la ordenación y administración misma del Estado brote espontáneamente la prosperidad, tanto de la sociedad como de los individuos. (Rerum Novarum, 26). (p.438).

Como se ha mencionado Pio XI reconoce la importancia de Rerum Novarum, no obstante hace un llamado de emergencia al advertir que lo allí desarrollado está siendo presa de determinados sectores que recurriendo a interpretaciones antojadizas de las máximas están orientando a la humanidad a una lucha de clases y a la abolición de la propiedad, así que en Quadragesimo Anno se condena abiertamente y sin reparo alguno al Comunismo que podríamos traducir como un socialismo extremo que no solo desconoce la propiedad privada sino que la enfrenta mediante a lucha de clases; lucha que sólo traerá la destrucción de la humanidad; y de igual forma se condena el Socialismo soslayado que mediante un discurso moderado no llega a desconocer la lucha de clases y la abolición de la propiedad privada pero que aparentemente crea vinculo compatible con los postulados

cristianos. Ante ello, Pio XI (1931) señala que es imposible que el socialismo y catolicismo encuentren correspondencia al afirmar que “Nadie puede ser a la vez buen católico y verdadero socialista”. (p. 462).

No obstante, lo mencionado, en cuanto a la doctrina social de la iglesia y sus postulados económicos resulta de mucha importancia establecer con claridad que Pio XI (1931) manifestó que “la dictadura económica ha suplantado al mercado libre; al deseo de lucro ha sucedido la desenfrenada ambición del poder; la economía toda se ha hecho horriblemente dura, inexorable, cruel”. (p. 730).

Y la labor que tenía el Estado de poner coto a estos excesos ha cedido y caído en desprestigio siendo absorbido por intereses particulares volviéndose “esclavo, entregado y vendido a la pasión y a las ambiciones humanas”. (p. 458)

La encíclica del Cuadragesimo Anno pronunciada por Pio XI (1931) nos muestra algunos remedios para que estos males sean superados y podamos ser acogedores de una doctrina social -económica- acorde con los postulados cristianos y señala que estos remedios se deben ajustar a “Los principios de la recta razón o de la filosofía social cristiana sobre el capital y el trabajo y su mutua coordinación”. (p. 458).

En este punto, he extraído dos ideas que son fundamentales en esta encíclica y que encierran el pensamiento económico desarrollado a lo largo de ella:

- i. “Ante todo, para evitar los escollos tanto del individualismo como del colectivismo, debe sopesarse con toda equidad y rigor el doble

carácter, esto es, individual y social, del capital o dominio y del trabajo.

- ii. Las relaciones mutuas entre ambos deben ser reguladas conforme a las leyes de la más estricta justicia, llamada conmutativa, con la ayuda de la caridad cristiana. La libre concurrencia, contenida dentro de límites seguros y justos, y sobre todo la dictadura económica, deben estar imprescindiblemente sometidas de una manera eficaz a la autoridad pública en todas aquellas cosas que le competen". (p.458)

Lo fundamental de la encíclica comentada es la búsqueda del justo equilibrio bajo los estándares de la recta razón y justicia y que el Estado debe darse cuenta del rol que desempeña en esa búsqueda, llevando a cabo una labor enérgica y activa.

#### C. CARTA ENCÍCLICA LAUDATO SI' DEL SANTO PADRE FRANCISCO (24 de mayo de 2015)

Si bien esta encíclica tiene como fundamento los problemas que aquejan al planeta como consecuencia del cambio climático y el riesgo que representa los excesivos niveles de consumo, resulta importante resaltar el análisis que realiza Francisco (2015) en cuanto señala que el crecimiento de los últimos dos siglos no ha significado en todos sus aspectos un verdadero progreso integral y una mejora de la calidad de vida alertando que se debe conciliar la labor de los políticos y el sector económico:

“La política no debe someterse a la economía y ésta no debe someterse a los dictámenes y al paradigma eficientista de la tecnocracia. Hoy,

pensando en el bien común, necesitamos imperiosamente que la política y la economía, en diálogo, se coloquen decididamente al servicio de la vida, especialmente de la vida humana. La salvación de los bancos a toda costa, haciendo pagar el precio a la población, sin la firme decisión de revisar y reformar el entero sistema, reafirma un dominio absoluto de las finanzas que no tiene futuro y que sólo podrá generar nuevas crisis después de una larga, costosa y aparente curación.” (Laudato si, 189)

Asimismo, establece la carta papal que:

La obtención de ganancia no debe conseguirse a cualquier costo, preservando siempre el respeto hacia los individuos, considerando que son fundamentales y que el principio de maximización de la ganancia, que tiende a aislarse de toda otra consideración, es una distorsión conceptual de la economía. Al igual que anteriores encíclicas como *Rerum Novarum* y *Quadragesimo Anno* la presente no duda en pronunciarse sobre los alcances del principio de subsidiariedad el que propugna una justa ponderación entre la participación de los sectores económicos poderosos y el Estado. También se resalta el rol fundamental que desempeña la Política en la gestión de los intereses particulares. Es así como:

El principio de subsidiariedad, que otorga libertad para el desarrollo de las capacidades presentes en todos los niveles, pero al mismo tiempo exige más responsabilidad por el bien común a quien tiene más poder. Es verdad que hoy algunos sectores económicos ejercen más poder

que los mismos Estados. Pero no se puede justificar una economía sin política, que sería incapaz de propiciar otra lógica que rija los diversos aspectos de la crisis actual. La lógica que no permite prever una preocupación sincera por el ambiente es la misma que vuelve imprevisible una preocupación por integrar a los más frágiles, porque «en el vigente modelo “exitista” y “privatista” no parece tener sentido invertir para que los lentos, débiles o menos dotados puedan abrirse camino en la vida». (Laudato si, 196).

Necesitamos una política que piense con visión amplia, y que lleve adelante un replanteo integral, incorporando en un diálogo interdisciplinario los diversos aspectos de la crisis. Muchas veces la misma política es responsable de su propio descrédito, por la corrupción y por la falta de buenas políticas públicas. Si el Estado no cumple su rol en una región, algunos grupos económicos pueden aparecer como benefactores y detentar el poder real, sintiéndose autorizados a no cumplir ciertas normas, hasta dar lugar a diversas formas de criminalidad organizada, trata de personas, narcotráfico y violencia muy difíciles de erradicar. Si la política no es capaz de romper una lógica perversa, y también queda subsumida en discursos empobrecidos, seguiremos sin afrontar los grandes problemas de la humanidad. Una estrategia de cambio real exige repensar la totalidad de los procesos, ya que no basta con incluir consideraciones ecológicas superficiales mientras no se cuestione la lógica subyacente en la cultura actual. Una sana política debería ser capaz de asumir este desafío.” (Laudato si, 197).

Como se puede observar es de vital importancia que la política engrane correctamente los intereses involucrados y que no se siga viendo a esta como oposición a la economía; “Lo que se espera es que reconozcan sus propios errores y encuentren formas de interacción orientadas al bien común”. (Laudato si, 198).

### 3.4 Acogimiento de la Economía Social de Mercado como modelo económico peruano.

#### 3.4.1 Breve mención a la política económica constitucional peruana del siglo XIX

En el Perú a inicios de su vida republicana durante todo el siglo XIX prevaleció lo que podría denominarse la constitucionalización del liberalismo clásico. Debe recordarse que estas 8 constituciones que tuvieron su antecedente inmediato en la Constitución de Cádiz de 1812 también estuvieron impregnadas por las ideas liberales emanadas de la revolución francesa. Es así que, tanto las ideas liberales como el conservadurismo de la época en el marco de una gran inestabilidad jurídica constitucional plagada de militarismo, con alguna excepción civilista, consagraron a nivel constitucional, entre otros, la protección de la propiedad privada; que hoy en día podríamos entenderla como un derecho fundamental para el desarrollo económico de cualquier nación pero que en la época sirvió como excusa para, por ejemplo, oponerse a las leyes de erradicación de la esclavitud, para que la propiedad privada siga acumulada por unas cuantas familias y se saque a esta propiedad del comercio y la circulación, así como para justificar los abusos de los grandes propietarios para con los servidores de la tierra. Como señala Kresalja Roselló et al. (2020) haciendo referencia a Braudel, en términos aplicables al Perú de

inicios de la República, “una sociedad de este tipo, derivada de la sociedad feudal y que todavía sigue siendo feudal a medias, es una sociedad en la cual la propiedad y los privilegios sociales se encuentran relativamente a salvo, en la cual las familias pueden disfrutar de aquellos con relativa tranquilidad, al ser propiedad sacrosanta y desean ellos que así sea, y en la cual permanecen, por lo general, en su sitio (Braudel, 1985, p.83) (p. 239).

Por su parte de Trazegnies Granda, F. (2018) respecto a la modernización tradicionalista nos recuerda que en el siglo XIX el Derecho oficial o formal (“moderno”) sostiene al orden informal (tradicional) garantizando a las élites los instrumentos de poder -propiedad de la tierra, etc.- necesarios para crear ese control social particularizado y ajeno al sistema central. Por otra parte, la generalidad del orden jurídico formal encubre la existencia real de los particularismos en el interior de la sociedad: La igualdad ante la ley disimula, la desigualdad material, las formas jurídicas de organización y relación social ocultan tras su aparente universalidad los verdaderos lazos particulares de los diferentes grupos que componen la sociedad (p. 52-53).

Como hemos mencionado liberales y conservadores guardaban una estrecha relación en cuanto a sus ideas de permanencia de los privilegios de determinados sectores y tenían más similitudes que diferencias en sus concepciones políticas y económicas.

En general, ni los conservadores ni los liberales osaban imaginar una sociedad de mercado, absolutamente libre de los vínculos tradicionales, en la que la rígida jerarquización social se vería comprometida y posiblemente tendría que ceder el paso ante una mentalidad de tipo competitivo: Ambas

tendencias presentaban una común repugnancia contra la adopción abierta de los principios del utilitarismo, al que calificaban reprobatoriamente como “materialistas”; y, por otro lado, la distancia cultural y económica entre la población indígena y las refinadas élites era demasiado grande para pensar en una integración igualitaria en términos de mercado (de Trazegnies Granda, F., 2018, p. 69).

Por su parte Cruces (2021) dando una pincelada general a las tres primeras constituciones de nuestra naciente república, entiéndase la de 1823, 1826 y 1828; señala que:

Llegado a este punto podemos observar que, si bien no existe propiamente un régimen económico, la suma de las normas de contenido económico existentes aquí configuran claramente un Estado Liberal, que se reserva la posibilidad de regular el comercio pero que en términos generales no se involucra en materia económica. Lo que veremos es que más bien los límites aparecen sobre el gasto público y el endeudamiento que, para un Estado que nace endeudado, es el aspecto por sanear (p.59)

Como hemos visto el Estado Liberal que se había perfilado durante el siglo XIX en nuestro país no era del todo el alentador ya que conservaba rezagos del régimen español previo a la república, y que además se seguían tolerando los abusos relacionados a un entendimiento parcial de libertades como la propiedad privada. Es preciso señalar que durante este período reinaba la inestabilidad jurídica constitucional en el que el militarismo, con algunos paréntesis civilistas, había determinado el rumbo del país en esos

años; asimismo liberales y conservadores seguían protegiendo intereses muy particulares, so pretexto de no alterar el orden.

3.4.2 La política económica peruana del siglo XX y la importancia de las Constituciones del 1979 y 1993 en el acogimiento del régimen económico actual.

Posteriormente, y con el comienzo de una nueva era, a inicios del siglo XX en el mundo se abre paso a un Estado Social de Derecho como “superación” del Estado Liberal que venía rigiendo las relaciones de los particulares con el Estado. Este Estado Social de Derecho es lo que vendría a dar origen y reconocimiento a lo que hoy conocemos como derecho constitucional económico, lo que a su vez generó una más amplia participación del Estado en la economía. Tenemos así que constituciones como la Constitución de Querétaro de 1917 y/o la Constitución de la República de Weimar de 1919 representan los principales aportes a lo que se conoce en estos días como constitucionalismo económico. Luego, este bloque constitucional económico se ve consolidado y reforzado por los aportes, ya mencionados, de la escuela de Friburgo alemana y el conocido Ordoliberalismo que se puede afirmar fue el origen de lo que hoy se denomina como economía social de mercado.

Es así como a lo largo de todo el siglo XX se fue moldeando la participación estatal en la economía pues se entendió que la vida económica de una nación no podía encontrarse únicamente sujeta a las reglas propias del mercado sino que hacía falta que el poder público impregnara de valores sociales al desarrollo, pues se había materializado una elevada dosis de

injusticia social en las relaciones económicas entre los privados, quienes tenían por un lado a un pequeño grupo de poder económico que ejerciendo una posición de dominio en las relaciones competitivas impedía que la gran mayoría lograra alcanzar el mismo éxito, o por lo menos aspirar a ello. Afirma Lazcano (2008):

Que tanto para el neoliberalismo austriaco como para el ordoliberalismo alemán es importante la concepción del estado de derecho. Sin embargo, en un ulterior análisis, ambas posturas en el fondo se diferencian de manera significativa, pues mientras para los primeros el estado de derecho es importante en la medida en que se encarga de asegurar los derechos individuales y por lo tanto, dar certidumbre sobre las reglas del mercado; para los segundos, la idea de derecho trasciende esta función, pues el Estado además de aplicar el derecho, tiene como obligación la formación de este, con la intención de estructurar de una manera eficiente pero justa al mercado. (p.110)

En lo que respecta al Perú, a inicios del siglo XX la constitución de 1920 puede concebirse como aquella constitución que rompe con el paradigma del constitucionalismo liberal y se enmarca en uno nuevo: el constitucionalismo social. Esta nueva corriente, impregna de una fuerte dosis social al contenido de los derechos individuales ya reconocidos, en esa línea el derecho a la propiedad, a la industria, al trabajo, etc. no son derechos irrestrictos e ilimitados en su ejercicio, sino que el Estado adquiere una, al menos formal, participación más activa en su regulación y gestión dentro de la sociedad. Como señala Kresalja Roselló et al. (2020) una de las principales manifestaciones de intervención económica del Estado fue la previsión de que

el Estado podrá por ley tomar a su cargo o nacionalizar transportes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular, previo pago de la indemnización correspondiente (artículo 44). Se reconoció la libertad de industria y comercio sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes, las que podrían establecer u autorizar al gobierno para que fije las limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública (artículo 45) (p. 248-249).

También es importante recordar que la constitución de 1920 prohibió de manera expresa los monopolios privados. Otro tanto se hizo en el ámbito laboral fijándose condiciones y jornadas máximas de trabajo y los salarios mínimos.

Si bien hoy en día, en pleno siglo XXI, puede entenderse como excesivas algunas de estas disposiciones, no es menos cierto que la Constitución de 1920 significó para la época un gran avance en la conquista de los derechos individuales, pero con un carácter social.

Respecto a la constitución de 1933 es importante destacar que se continuó con la tendencia de socialización constitucional al introducir algunas innovaciones como lo relacionado al sistema monetario y la precisión de que la emisión de billetes es exclusiva del Estado (artículo 12), asimismo se estableció que la propiedad privada es inviolable salvo por razones de necesidad pública (artículo 24). Como puede verse y sin profundizar en ello, lo podría ser materia de otra investigación, podemos decir que la constitución de 1933 reforzó la visión social de los derechos reconocidos

constitucionalmente, ampliando su espectro y ratificación de las limitaciones introducidas en la carta magna de 1920. El Estado ha ratificado su participación activa en la vida económica y social de la nación.

La década del 70 estuvo enmarcada dentro de un espíritu fuertemente nacionalista, con numerosas expropiaciones, la creación de empresas estatales, y fuertes programas nacionales de gran contenido económico. Dentro de estos últimos es de fácil recordación la reforma agraria que justificado por el Estatuto del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, buscada romper con las estructuras de poder de la época que se sustentaban en un fuerte dominio de la propiedad; esta reforma agraria lamentablemente nunca llegó a concretarse pero gatilló lo que hoy podemos denominar como la transferencia del poder político permitiendo el acceso de nuevos personajes y corrientes políticas a la cuestión pública y económica de la nación. El alto contenido nacionalista y populista, permitió que la prohibición de los monopolios privados se mantuviera, que se crearan cárteles nacionales en las industria pesquera y minera, que más allá de promover la inversión y el desarrollo técnico de la industria, fueron el objetivo principal para la obstaculización del ingreso de capitales privados. Fue una época bastante complicada, por decir lo menos, de un sistema económico que se veía amenazado por bien intencionadas pero ineficientes decisiones político-económicas lo que ocasionó que, como señalan Kresalja et al. (2020):

Para salir de la difícil situación en la que se encontraba el país al final del régimen militar, enfrentado a una fuerte movilización sindical y popular alentada por grupos de extrema izquierda, y debido al desgaste generado por la crisis económica que se desata en 1976, se convocara

a elecciones para una Asamblea Constituyente que aprobó la Carta de 1979 (p. 256-257).

El debate parlamentario constituyente estuvo muy nutrido por posiciones de izquierda y extrema izquierda, socialistas, marxistas y socialdemócratas quienes confluyeron en la primera discusión profunda sobre el tema económico. Por primera vez, de manera formal, en el plano político y jurídico se reconocerá una parte orgánica en la constitución sobre materia económica, el denominado constitucionalismo económico.

El debate en torno a la constitucionalización de normas económica estuvo marcado principalmente por la positivización al más alto nivel de un modelo económico que hasta entonces no había encontrado reconocimiento expreso en ninguna norma fundamental. Los constituyentes apristas de la época expusieron y se decantaron por incluir, finalmente, en el texto constitucional el régimen proveniente de la corriente alemana denominado Economía Social de Mercado. Régimen que fuera adoptado luego de acalorados debates puesto que inicialmente el modelo propuesto fue el de Economía de Mercado, que no estuvo exento de fuertes críticas por los grupos de izquierda más radicales que argumentaban y sostenían que se trataba de un modelo neocapitalista, que no se preocupaba por la justicia social sino únicamente por la obtención de lucro. Kresalja et al. (2020), ante estas críticas el texto del artículo fue modificado introduciendo el componente social de inspiración alemana (p. 256-258).

No obstante, lo dicho anteriormente, algunos comparten la posición que la carta del 79 tuvo un componente pluripartidista siendo el resultado de de la

confluencia de diversos intereses en juego, que finalmente encontraron un puerto común. En esa línea, señala Prieto (2010) desde la derecha, apoyan este esfuerzo por hacer un texto conjunto entre apristas y pepecista algunos constituyentes de la Unión Nacional Odríista y del Movimiento Democrático Peruano. La tendencia izquierdista de un grupo del APRA, la presencia de agrupaciones de izquierda y el peso del gobierno militar socialista todavía en funciones influye en algunos artículos del nuevo texto. La Constitución de 1979, es, por tanto, fruto de una negociación pluripartidaria, en la que cada cual defiende su enfoque ideológico, y en el que todos sacan tajada (p. 227).

Como puede observarse, las normas de contenido económico fueron una parte esencial dentro de las discusiones seguidas en la Asamblea Constituyente de 1978 que a la postre daría como resultado la Constitución de 1979; este nutrido debate generó que se dieran consensos, se modificara la estructura de determinados artículos, y ponderaran diversos intereses en juego. Podemos discrepar o no de determinadas posiciones políticas sin embargo se debe reconocer la concienzuda tarea reflexiva en aquella época, que hoy tanto se extraña. Como nos recuerda Cruces (2021):

En los diarios de Debate de la Constitución de 1979 podemos encontrar cómo es que la decisión sobre el régimen económico y las medidas de corte económico en la Constitución serían aspectos vitales para el proyecto político que se estaba construyendo. (p. 63)

Ante la inminente crisis generalizada a lo largo del periodo de vigencia de la constitución de 1979 acrecentada por la catástrofe del sistema financiero como consecuencia de políticas estatistas implementadas por el gobierno

aprista liderado por Alan García durante el período comprendido entre los años 1985 – 1990; sucesos que evidenciaron que si bien el plan de industrialización nacional era un plan con un buen propósito quedaba más que claro que las buenas intenciones no alcanzaban para conseguir el objetivo del bienestar social a través de las políticas económicas implementadas; asimismo, quedó claro que los estados no pueden desconocer sus compromisos financieros, sobre todo en cuanto a pago de deuda externa se trata. Es así como la decisión de García de dejar suspendido el pago de la deuda no hizo sino recrudecer la crisis y llevarnos al abismo de la hiperinflación. Todo ello, dentro de un ambiente cargado de un fuerte aroma de corrupción. Como afirma Quiroz (2013):

Los escándalos de corrupción comenzaron a salir a la luz tras la fallida nacionalización de la banca en 1987, que convenció a un importante sector de la élite y de los medios de masa de oponerse a las inconsistencias, políticas contradictorias y traiciones de García. (p. 297)

Por su parte Prieto (2010), haciendo un balance del gobierno aprista de la segunda mitad de la década del 80, comenta que el primer gobierno aprista había ido más allá que el gobierno socialista de la dictadura militar de los años setenta, inspirado en la promoción artificial de la industria nacional y la sustitución de importaciones, expulsando el capital extranjero, nacionalizando empresas privadas y creando otras entidades públicas de producción y servicios. El despilfarro fiscal, la monstruosa devaluación del quinquenio; la desafiante moratoria de la deuda externa, el escandaloso fallido intento de la estatización de la banca; convirtieron a los años 80 en la segunda década perdida (p. 302).

Lo mencionado en los dos párrafos precedentes no hizo sino abonar el camino para un cambio constitucional, el reordenamiento de las políticas económicas y monetarias, y ser caldo de cultivo para que los ideólogos y políticos pro políticas neoliberales intentaran llevar a cabo la consolidación de un sistema de Economía de Mercado, liberal por cierto; posición que fue moderada según se puede comprobar en los debates dados dentro del Congreso Constituyente de 1993, decantándose finalmente nuestra clase política constituyente por la adopción de un régimen económico de Economía Social de Mercado. Resulta preciso mencionar que las formulaciones del Consenso de Washington fueron acogidas y sustentadas en el debate constitucional de 1993 por la mayoría oficialista.

Como se puede observar la recepción e incorporación del concepto de economía social de mercado en nuestra norma fundamental no ha sido pacífica como se evidencia en los debates sostenidos en la Asamblea Constituyente de 1978 (de corte social) y los llevados a cabo en el Congreso Constituyente de 1993 (de corte liberal). En el primero de ellos, el socialcristianismo representado por el Partido Popular Cristiano y la socialdemocracia liderada por Haya de la Torre y el partido aprista pudieron consensuar una posición que podríamos llamar intermedia; mientras que el segundo, el partido oficialista de marcada tendencia neoliberal sustentada en el Consenso de Washington tuvo que ceder ante las fuertes presiones impuestas por la opinión pública y una representatividad sólida y a la altura de un debate constitucional sostenida por el Partido Popular Cristiano en la voz de Lourdes Flores Nano y por el Movimiento Democrático de Izquierda que fue representado por Henry Pease, así como por ponencias de constituyentes

como Manuel Moreyra Loredo de Solidaridad y Democracia; es así como se inscribe en el Perú el modelo económico de origen alemán denominado Economía Social de Mercado que, tal como lo señala Kresalja et al. (2020):

Debe hacer posible la concreción del derecho de los individuos y sus asociaciones a participar en la vida económica, propiciar un sistema competitivo, en el cual los actores tengan en sus manos las decisiones fundamentales, penalizando los abusos de las prácticas restrictivas para beneficio en primer lugar de los consumidores, pero también de los agentes económicos y del propio sistema. Este sistema permite que el Estado corrija las imperfecciones del mercado y que actúe cuando no lo haga los agentes de forma eficiente. (p.460-461)

### 3.5 Avances en la economía gracias al modelo económico adoptado por el Perú

Como se ha mencionado en el capítulo anterior, tanto la Constitución Política del Perú de 1979 como la de 1993 han acogido el modelo económico de Economía Social de Mercado, teniendo cada una de ellas un impacto distinto en la vida económica del país, dado que las políticas, programas y planes gubernamentales desarrollados en cada época han variado sustancialmente en base a los objetivos buscados. Es así como, luego de promulgada la constitución Política del Perú de 1979, el Estado desarrolló una política más intervencionista, planificadora y participativa en los asuntos económicos de la nación; al punto de crearse una serie empresas públicas sacrificando la participación privada. Mientras que, bajo el cobijo de la Constitución Política del Perú de 1993, que también consagraba el régimen económico de economía social de mercado, se abrió paso a un estado menos

intervencionista con un claro objetivo liberalizador, desregulador y con una participación subsidiaria en la vida económica del país, procediéndose al desarrollo de un plan privatizador de innumerables empresas que se encontraban bajo la dirección del estado. De esta manera se abre paso a un nuevo enfoque y contenido del sistema de Economía Social de Mercado.

En este punto es importante resaltar lo mencionado por Prieto (2010), quien informa que, en esta etapa se inicia la privatización de las empresas públicas y se flexibilizan las normas laborales más de acuerdo con una economía de mercado. Durante los dos gobiernos de Fujimori se efectúan numerosas privatizaciones. En el primer quinquenio se privatizan grandes empresas. En el segundo quinquenio aumenta el número, pero cae el promedio y la variedad del tamaño de las empresas privatizadas. En total, se privatiza 187 entidades públicas, recogiendo la cantidad de siete mil quinientos cuarenta y dos millones de dólares americanos (\$7,000, 542 000), que dieron a la década del presidente Fujimori una enorme liquidez para gobernar el país.

Lo mencionado en los dos párrafos anteriores evidencia que, si bien el régimen económico es el mismo en ambas constituciones, la materialización de las políticas, programas y planes económicos estatales dependerá del contenido de las demás normas constitucionales de carácter económico, las normas infra constitucionales de desarrollo y las interpretaciones de estas por parte del Tribunal Constitucional, siendo este último actor fundamental en el entendimiento del modelo económico de acuerdo a las necesidades que demanda el contexto histórico; así como de la voluntad política de los gobernantes de turno.

Como nota adicional se debe tener en cuenta el principio de Unidad Constitucional que establece que las normas y principios constitucionales no pueden ser interpretados de manera aislada, sino de manera sistemática complementándose unos a otros. Por su parte, Cruces (2021), señala que:

El principio de unidad permite realizar una interpretación que permita mantener la armonía entre las diversas normas constitucionales, permitiendo así una interrelación que potencie a la propia constitución. Es así como una nueva interpretación debiera insertarse en concordancia con los principios y valores de la propia Constitución sin dejar sin sentido a las normas leídas como un conjunto. (p. 133)

Mientras tanto, Kresalja et al. (2020), precisa que:

Cualquier norma jurídica relacionados con aspectos de la economía debe establecerse teniendo en cuenta su relación con la integridad de la Constitución política, cuya normativa debe tomarse en cuenta para interpretar el contenido de las primeras. Continúa el autor, señalando que, en el estudio e interpretación económica, es más correcto referirnos al sistema económico que al modelo económico, pues, a diferencia de este último, evoca el resultado de la interpretación global de las normas económicas constitucionales. (p. 191)

Corresponde entonces realizar una interpretación de las normas económicas acorde a las necesidades y particularidades actuales que respondan a verdaderas urgencias en el plano económico y si bien, por un lado, como señala De Althaus (2008), el nuevo modelo de desarrollo, al eliminar los privilegios rentistas y establecer reglas económicas relativamente

iguales para todos, y al restablecer derechos de propiedad y empresa plenos en el campo, permitió que los resultados se dirigieran allí donde podían ser más rentables; además el capital empezó a fluir al campo y a las minas y, poco a poco algunas regiones empezaron a salir de su letargo. No debemos perder de vista que, este nuevo modelo económico adolece de severas fallas que deben ser superadas para lograr ese justo equilibrio entre participación privada y regulación estatal, con la finalidad de proteger el mercado, el orden público económico y a la sociedad en su conjunto.

Para concluir este punto, debemos hacer mención del problema de la corrupción que viene golpeando al Perú desde los albores de la República y que en los últimos 30 años se ha recrudecido a tal punto que las puertas giratorias, la captura de los organismos reguladores y la “devolución” de las ofrendas electorales se han convertido en moneda de cambio de todos los gobiernos. Tal como señala Quiroz (2019) la drástica liberalización y privatización de la economía, bajo un régimen autoritario disfrazado, fue también, de interés para ciertas compañías e inversionistas extranjeros ávidos de riesgosa ganancia y dispuestos a competir por los *favores oficiales*. Una serie de compañías privadas extranjeras también hicieron tratos subrepticios para conseguir favores judiciales y de otro tipo mediante sobornos pagados a funcionarios del más alto rango. La complicada estructura legal con respecto a los derechos de propiedad despertaba los apetitos de directivos de multinacionales dispuestos a negociar con la venal Administración Pública para provecho propio.

Sin duda, la apertura del Perú al mercado de capitales privado tanto extranjero como nacional significó un gran avance en cuanto a políticas

económicas se trata; no obstante, la forma en que se realizó esta inserción propició el espacio perfecto para que la institucionalidad pase a un segundo plano siendo los actores económicos, en ciertas ocasiones, tanto o más importantes que los principios que inspiraron nuestra constitución. Cerrando este punto, no debemos dejar pasar la idea de que el modelo económico de Economía Social de Mercado es uno que permite la coexistencia tanto de la participación estatal y sus políticas de intervención necesarias para un adecuado funcionamiento del mercado, como del indispensable sector privado que provee los capitales necesarios para el desarrollo económico sostenible; lo fundamental es que se tomen las decisiones políticas correctas dentro del marco constitucional vigente con un firme respeto al conjunto de valores, principios y reglas que componen el Orden Público Económico, fundamental para el redireccionamiento de los derechos y libertades económicas, tal y como se verá en el siguiente capítulo.

## **CAPÍTULO IV: EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO**

### **4.1 Un vistazo al concepto de Orden Público**

En contraposición a un Orden Privado el Orden Público puede calificarse como aquel conjunto de principios y valores que están estrechamente vinculados al interés general; si bien *prima facie* puede entenderse este interés general como un límite a la autonomía privada, no es sólo ello, sino que se extiende a las pautas de comportamiento que buscan garantizar una adecuada gestión y ejercicio de las libertades consagradas constitucionalmente. Resulta importante precisar que el Orden Público como concepto jurídico tiene un espectro de acción bastante amplio, ya sea que se lo vincule directamente al plano del derecho o no, se inserta también en la

ratio de acción de lo social, lo económico, lo moral, entre otros. En ese sentido, continuando con la definición de Orden Público, podemos afirmar que es la armoniosa melodía de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la mano con los valores y principios que la inspiran, entiéndase valores como la justicia y la integridad, siempre vigentes en un Estado Democrático. Si bien se ha ensayado una definición de lo que debe entenderse por el Orden Público, debemos dejar claro que no se agota en ello más aun considerando que la propia Constitución se ha cuidado de no conceptualarla expresamente para no limitar su contenido.

Como lo ha mencionado Alonso García (1984) (citado en Kresalja et al. 2020):

Constituye orden público no la causa justificativa del límite o restricción de las libertades, sino su ejercicio con plenas garantías, es decir, la plena vigencia de los valores básicos que constituyen el ordenamiento jurídico-constitucional.

Los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera constituyen por excelencia este orden público constitucional dado que ningún otro grupo de preceptos afirma sus pretensiones de vigencia con tanta intensidad, pretensiones que constituyen la esencia misma del pacto constitucional. (p.353)

Nuestro supremo intérprete de la Constitución, a su turno se ha referido al Orden Público como:

El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo

propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros del Estado. El orden público es lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad. (Exp. 3283-2003-AA/TC, Fundamento 28)

Nace entonces, el Orden Público, como claro y marcado contrapeso a los excesos que se produjeron a lo largo del siglo XIX como consecuencia de la poca participación estatal en la vida pública y que propiciaron un ambiente de injusticia y excesos. Debe reconocerse el factor limitante relacionado al Orden Público, el mismo que ha sido consagrado en la norma nacional de mayor importancia luego de la Constitución, nos referimos a nuestro Código Civil de 1984 en su Artículo V del Título Preliminar que: Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Este factor limitante representa una clara restricción al ejercicio de la autonomía privada en relación con la libertad de contratar y la libertad contractual, marcando así que, si bien las garantías y libertades consagradas en nuestra norma fundamental deben ser respetadas y garantizadas, ninguna de ellas es irrestricta.

Resulta pertinente recordar que Indecopi tuvo oportunidad de señalar que, conceptualmente puede definirse el orden público como la situación de normalidad y tranquilidad en la que discurren las principales actividades de un Estado sin perturbaciones ni conflictos. (Resolución 2413-2017/CSD-Indecopi)

En el moderno Estado Social y Democrático de Derecho el orden público económico ha venido a ser el sostén de todo el entramado jurídico el mismo que debe encontrarse en sintonía y armonía con los principios y valores consagrados en el Constitución y los tratados internacionales que el Perú ha ratificado, los cuales han sido materia de desarrollo por parte del supremo intérprete constitucional y se han ido desplegando y complementando en el plano infra constitucional mediante la promulgación de leyes, decretos, resoluciones, etc. El plano infraconstitucional es de vital importancia en cuanto al Orden Público, pues si bien este no tiene una definición estática o definitiva, se ve directamente provisto de contenido gracias al aporte legislativo de las normas inferiores -al menos en jerarquía- a la constitución.

En línea con lo dicho hasta ahora, Rubio (2015) ha establecido con impecable claridad que el orden público económico estaría conformado por el conjunto de disposiciones imperativas existentes dentro del sistema jurídico y de los principios subyacentes a tales normas susceptibles de obtenerse mediante ciertos procedimientos de interpretación. (p. 107).

Por lo dicho en la cita anterior, el orden público va más allá del texto, literalidad o expresión meramente escrita de la norma imperativa, sino que requiere de un análisis interpretativo que extraiga para sí el rango protector de la norma caso contrario entraríamos en una suerte de negación del aspecto social del derecho. Al referirnos al aspecto social, no estamos remitiéndonos al concepto económico de socialismo, sino al reconocimiento del derecho como instrumento con implicancias en la sociedad.

Ahora bien, cuando este orden público está directamente relacionado – si es que cabe la posibilidad de que no lo esté - a los derechos económicos consagrados en la constitución, así como a su protección y salvaguarda podemos decir con meridiana certeza que el orden público adquiere un carácter particular, una dimensión propia, es decir pasa a ser considerado de manera específica como Orden Público Económico, que no es otra cosa que el conjunto de principios y valores que guardan estrecha vinculación con nuestra Constitución Económica y que son fundamentales y necesarios para el desarrollo económico del país; este punto será ampliado y desarrollado inmediatamente.

#### 4.2 El orden público económico:

Orden Kresalja Rosselló, B., y Ochoa Cardich, C. (2020) afirman que "el orden público económico es una materialización del orden público en la vida económica de la Nación y que emerge en el siglo XX como un contrapeso a los excesos del liberalismo clásico del siglo XIX". (p. 354)

Entonces, el orden público económico se configura como una extensión del orden público en el plano económico; es decir es el conjunto de valores, principios y pautas que gobiernan una Estado en su función económica, constituyéndose como una garantía para el ejercicio pleno de los derechos y libertades económicas en armonía con el interés general. Es decir, si bien el orden público económico se configura, en esencia, como el marco de referencia sobre el que deben desenvolverse y desarrollarse los derechos económicos, no debe perderse de vista el componente social e interés general que debe guardar estrecha vinculación con el mencionado ejercicio.

Asimismo, Díez-Picazo (citado por Sainz Moreno, 1977, como se citó en Kresalja et al.,2020) refiriéndose al orden público económico señala que:

El orden público económico está constituido por las reglas básicas con arreglo a las cuales en un momento histórico dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad». [...] «no lo constituyen solo las actividades del Estado para conformar económicamente a la sociedad sino también las directrices básicas sobre las cuales se asientan, en cada momento histórico dado, el sistema y la estructura económica de esta misma sociedad”. (p. 354)

Respecto a la cita anterior, resulta importante resaltar el componente temporal del Orden Público Económico, pues justamente son estos conceptos jurídicos estáticos, como los ha denominado Juan Espinoza Espinoza, los que permanecen en el tiempo y se superponen a las situaciones fácticas que puedan ocurrir en cada etapa histórica de una Nación. Es decir, el orden público económico sobrepasa la barrera temporal para situarse al lado de las situaciones fácticas ocurridas en el desarrollo de la vida económica. Es decir, los valores, principios y pautas que gobiernan la vida económica del país se extienden a lo largo del tiempo y acompañan las situaciones y realidades ocurridas sirviendo como termómetro que mide el equilibrio entre el interés general y social con la manifestación de la autonomía privada en el ejercicio de los derechos y libertades económicas. Sobre esto Sainz (1977) señala que el orden público es un concepto abierto en lo relativo al “orden”, pues si bien en el largo plazo este varía sustancialmente no lo es así en el corto plazo en el que sus ajustes se van realizando de manera gradual a medida que alcances cierto grado suficiente de fijeza y aceptación (p. 604).

Si bien el orden público económico, como hemos dicho, se constituye como una institución de garantía de derechos y libertades es importante analizar su faceta restrictiva la que consideramos como aquella donde este concepto jurídico cobra su real importancia, que sin ser menos importante que la primera, resulta fundamental para comprender que este concepto implica que el Estado debe desplegar todas sus atribuciones para impedir el desequilibrio en el ejercicio y desarrollo de la actividad privada frente al interés público. Esto es, evitar el abuso del ejercicio de las facultades y atribuciones económicas dentro de, en el caso peruano, una economía social de mercado que como ya hemos visto no descuida la importancia y valor del mercado, pero siempre salvaguardando y no perdiendo de vista el interés general.

En cuanto al orden público económico el Tribunal Constitucional peruano en el fundamento 53 de la STC Exp. 001-2005-PI, ha señalado que:

La libertad de contratación no puede ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de los otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de las Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora, en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el

contenido esencial del derecho de la libertad de contratación, y de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales. (Exp. N° 001-2005-PI, Fundamento 53)

De la citada sentencia podemos extraer algunas ideas fundamentales para el desarrollo del presente trabajando, por un lado, el Tribunal reconoce que el orden público y el bien común actúan sobre el propio contenido de los derechos fundamentales, es decir existe una relación directa, una simbiosis jurídica, en la que los derechos fundamentales se conectan y comportan juntamente con los principios de orden público y bien común como si fuesen uno. Es decir, no se puede afirmar que el ejercicio de los derechos fundamentales pueda esquivar la participación de los valores y principios mencionados, ya que afirmar esto último sería vaciar de contenido al propio derecho fundamental. Asimismo, el pronunciamiento del Tribunal desarrolla la doble perspectiva que ejerce el orden público en el ejercicio del derecho a la libertad de contratación: i) la prohibitiva, es decir que su ejercicio no podrá afectar directa ni indirectamente la sustancia de los demás derechos fundamentales; esto es, no existe causa justificante que permita la vulneración de los derechos fundamentales mediante el ejercicio de otros. Se busca la armonía jurídica en contraposición a la discordancia; y, ii) la promotora, que, de acuerdo al Tribunal, es la facultad del poder público de exigir la celebración de determinados contratos siempre que se respete la libertad de contratación y se busque con ello la tutela y protección de derechos fundamentales.

Adicionalmente a lo mencionado, Gutierrez (2013) señala que:

El orden público está compuesto por las reglas básicas que inspiran y gobiernan la organización y funcionamiento económico del país, permite el intercambio económico generando confianza y seguridad a los actores del mercado, tratando de que dicho intercambio se haga en lo posible en un escenario de equilibrio en las relaciones entre las personas, y entre estas y el Estado. Comprende el conjunto de principios y de líneas de inspiración sobre las cuales la actividad económica de la sociedad se desarrolla, figura que no alude solo a la libertad económica, sino principalmente a sus fronteras. (p. 19)

Por lo tanto, el orden público económico de la mano con todo el bloque de principios, valores, reglas, pautas, líneas de inspiración contenido en él se inserta en el mercado y le introduce la dosis necesaria de justo equilibrio a las relaciones comerciales que se celebran entre los particulares. Dicho de otro modo, el orden público económico buscará que, sobre todo, las relaciones entre particulares sean lo más justas y equilibradas posibles, y que los vínculos contractuales no sobrepasen los límites que impone el interés general. Es decir, es insostenible hablar de orden público económico en aquellas relaciones jurídicas mercantiles en las que exista abuso de posición dominante, en las que un agente económico restrinja los derechos económicos de su contraparte sin causa que lo justifique.

En ese orden de ideas, quiere decir entonces que las falencias de los particulares que incurren en algunos actos de injusticia y malas prácticas en el ejercicio de sus derechos económicos (constitucionales) que atentan contra el interés público, se pueden ejemplificar de la siguiente manera: i) el uso de la letra chica, ii) la modificación unilateral de contratos privados, iii) los ilícitos

anticompetitivos, iv) en otros, dentro de los cuales se encuentran las cláusulas Anticoncursales.

Otro punto que considerar es el que recae en la interpretación que realizan los sujetos a cargo de su aplicación, por ello se hace necesario que el orden público económico quede claramente establecido doctrinariamente pues será la jurisprudencia que en el desarrollo de la debida motivación de sus decisiones consagre este concepto. Es vital que los jueces, tribunales administrativos y en general cualquier agente encargado de administrar justicia esté plenamente capacitado y familiarizado con lo que debe entenderse por Orden Público Económico más aún en estos tiempos en que la velocidad de las operaciones y contrataciones mercantiles han llegado a niveles insospechados en el pasado y que estamos seguro, de la mano con todas sus ventajas traerá consigo conflictos que exigirán un pronunciamiento claro, y debidamente motivado por parte de los recurrentes en busca de justicia. Como ha indicado Sainz (1977) la apreciación del orden público está fuertemente condicionada por la capacidad de comprensión de quien la aplica. Sumamos a lo dicho por el autor, que esta comprensión implica el conocimiento del concepto, pero también una adecuada apreciación de la realidad en la que se aplica.

#### 4.3 El impacto del Orden Público Económico en la economía peruana

Se puede decir entonces que el orden público económico, este conjunto de principios, pautas y directrices que buscan fomentar la libertad de ejercicio de los derechos económicos de la mano con una regulación estatal que apunta al adecuado equilibrio entre interés privado e interés público, se encuentra inmerso en casi todos los sectores económicos del país. No

podemos hablar, desde el punto de vista de la economía social de mercado, de una participación estatal ajena a las relaciones privadas; y si bien, en ocasiones la participación del Estado tiene una connotación más marcada que en otras no existe sector en el que los organismos gubernamentales no tengan presencia ya sea de manera indirecta, en aquellos sectores en los que el sector privado ha sabido funcionar de manera independiente y sin intromisiones, o directa como es el caso de aquellos sectores en los que tiene una marcada participación en busca de la creación de eficiencias en los que el sector privado o no se ha desenvuelto a la altura de las circunstancias o no ha tenido incentivos para participar.

En línea con lo anterior, es claro que el orden público económico ha sido considerado para regular sectores tales como el de consumo, en el que se han establecido por ejemplo, normas relacionadas al deber de idoneidad de los proveedores de bienes y servicios, garantías, e incluso las expectativas de los consumidores encuentran tutela en la Ley 29571, Código de Protección al consumidor en los artículos 18, 20 y 21. El sector bancario, es otro claro ejemplo de la presencia del orden público económico pues a través del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero aprobado mediante Resolución SBS 3274-2017 ha establecido parámetros para la oferta de productos y servicios financieros, la transparencia de su información y la gestión de reclamos, tal y como se ha consagrado en el artículo 3 de la citada norma. Asimismo, el sector empresarial goza de una norma de gestión de crisis, la cual tiene una vinculación más que comprobada con todo el catálogo de principios y directrices que componen el orden público económico es así como la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal se

erige como una norma emblema para las empresas -también personas naturales en su comportamiento empresarial- que atraviesan problemas de solvencia financiera y que necesitan de oxígeno para su reestructuración y/o su salida ordenada del mercado, en el entendido que esta crisis no sólo afecta directamente al sujeto en crisis sino que tiene un impacto sistemático en el mercado golpeando también a sus grupos de interés (stakeholders).

Como se ha visto hasta ahora el orden público y su ampliación específica en el sector económico denominada Orden Público Económico, componen pues los límites, prohibiciones, e incluso sanciones a determinadas conductas no sólo del sector público sino también al ejercicio de los derechos y libertades del sector privado; todo esto buscando garantizar y establecer un conjunto de reglas mínimas necesarias para el desenvolvimiento de los agentes económicos en el mercado, reglas que tendrán un impacto directo en la vida económica del país.

Si bien en determinadas ocasiones, la doctrina e incluso la jurisprudencia emplean indistintamente los términos *interés público* y *orden público*, resulta preciso acotar que el primero de ellos tienen una connotación positiva en el análisis jurídico constituyéndose como las acciones que importan un accionar en sentido activo, mientras que lo segundo, es decir el orden público tiene un alcance negativo, es decir una prohibición, un no hacer, un freno al accionar ilimitado de los agentes. Quiere decir entonces, que en su sentido específico el Orden Público Económico es concebido como el conjunto de principios y reglas destinadas a organizar la vida económica del país, pero estableciéndose como límites al accionar privado en el ejercicio de

libertades como la libertad contractual, la libre competencia, la libertad de empresa, etc.

Es importante la diferenciación realizada en el párrafo anterior pues los conceptos deben estar claramente definidos para una adecuada comprensión de los objetivos planteados. Diferencias mínimas en el uso de los términos jurídicos pueden ocasionar interpretaciones y conclusiones muy disímiles al momento de aplicarlos. Si bien se corre el riesgo de que este trabajo pueda resultar hasta cierto punto agotador al lector, considero que la rigurosidad del análisis no debe ceder paso a la practicidad. Sobre el uso y empleo de una conceptualización correcta es medular lo señalado por Marcial Rubio (2011), las disciplinas teóricas, para desarrollarse adecuadamente, requieren de conceptos unívocos y no equívocos. Agrega el maestro que, no contribuye a la rigurosidad del derecho el establecer nombres equívocos.

Por todo lo expuesto hasta aquí, es claro que el orden público económico se encuentra en permanente conexión con las operaciones y contratos mercantiles y que es necesario volver a él y reflexionar sobre el mismo cuando tengamos en frente situaciones que atenten contra las libertades económicas y el justo equilibrio con el interés general, interés que es deber del Estado proteger y resguardar con el objetivo de lograr el bien común.

## **CAPÍTULO V: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTENIDO AL MODELO ECONÓMICO**

- a) El caso Nesta Brero: principios y libertades económicas

Si tuviéramos que elegir una resolución que haya marcado un hito en la historia de nuestro Tribunal Constitucional en cuanto al ordenamiento económico, los principios y derechos económicos constitucionales y el modelo económico no cabe duda alguna que esa sería la Resolución 0008-2003-AI/TC conocida en el mundo jurídico como el famoso Caso Nesta Brero en el que se establece el contenido esencial y las pautas de interpretación de los principios que inspiran nuestro régimen económico.

Así puestas las cosas, en cuanto al modelo económico adoptado por la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional señala que:

... La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado.” (EXP. N.º 0008-2003-AI/TC. Fundamento 16) Lo que evidencia que el modelo económico adoptado por el Perú conocido como Economía Social de Mercado si bien reconoce y garantiza las libertades individuales y económicas no renuncia a su función social y equilibradora que busca garantizar la igualdad material de los agentes sociales y económicos. Asimismo, el tribunal constitucional es claro al señalar que este modelo económico es perfectamente compatible con el Estado Social y Democrático de Derecho establecido el art. 43 de nuestra Constitución Política de 1993, el mismo que es el intento de

adaptación del Estado tradicional o Estado Liberal Mínimo a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas, en un contexto de respeto a los derechos fundamentales... se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social (EXP. N.º 0008-2003-AI/TC. Fundamento 16).

En síntesis, lo que el Tribunal ha señalado es que la economía social busca, por un lado, garantizar las libertades a la vez que persigue un interés social lo que coincide con los nuevos fines establecidos por el Estado Social y Democrático de Derecho. Esto es, mediante el principio de unidad de la constitución, el modelo económico y el tipo de estado adoptado por nuestra carta fundamental se conectan de manera armoniosa y sincrónica.

Por otra parte, el supremo intérprete de la constitución al referirse puntualmente a determinados principios rectores de la vida económica señala que la libre iniciativa privada debe encontrarse conciliada con los intereses generales de la comunidad y que las libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico, tales como el derecho a la libre contratación y la libertad de empresa, constituyen un derecho relacional pues se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc. por un lado; y que su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce, por el otro. (EXP. N.º 0008-2003-AI/TC.

Fundamento 18) Es decir, siguiendo el principio de unidad antes mencionado, el ejercicio de las libertades económicas que dan contenido y garantizan el régimen económico deben guardar también ese equilibrio entre libertad e interés social, que se podría resumir en la frase de San Agustín de Hipona que es compartida por los Socialcristianos: “*Tanta libertad como sea posible y tanta autoridad -entiéndase Estado- como sea necesario.*”

b) El Tribunal Constitucional y el Rol del Estado en la Economía

Tomando como base la Resolución 0008-2003-AI/TC en la que se interpretaron diversos principios que inspiran nuestro régimen económico, nuestro supremo intérprete constitucional mediante Resolución 00034-2004-A/TC ha establecido que los principios y libertades constitucionales, así como el análisis de los artículos 3° y 43° de la Constitución Política del Perú han determinado que nuestro Estado presenta las características necesarias y básicas para ser considerado como Estado Social y Democrático de Derecho. En esa línea, si bien el Estado Social y Democrático de Derecho reconoce los principios y derechos básicos del Estado de Derecho tales como la libertad, la propiedad y la igualdad a su vez garantiza que se cumplan con los fines de su contenido social, para ello deberá evaluar con *criterio prudente* si corresponde su participación o abstención, es decir si interviene activamente o se abstiene de hacerlo.

De esta forma, la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere de dos aspectos básicos: la exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que

exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando que se tornen en obstáculos para desarrollo social.” (Exp: 00034-2004-A/TC, fundamento 18).

En el desarrollo de este Rol promotor de la economía, el Tribunal Constitucional se manifiesta en el sentido de quitar del escenario cualquier posibilidad de participación neutra en la economía por parte del Estado. Esto es, el Estado debe intervenir cuando sea necesario, siempre considerando las particularidades históricas y económicas dentro del marco de un modelo de Economía Social de Mercado. Así el Tribunal ha señalado:

No se trata, pues, ni de asumir un texto constitucional neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo intervención, sino uno que dentro de márgenes razonables de flexibilidad, permita la libre configuración del legislador tomando en cuenta las circunstancias históricas y económicas de cada periodo, y todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado, busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social.” (Exp: 00034-2004-A-/TC, fundamento 28) (el subrayado es nuestro).

Para concluir este acápite es importante resaltar el concepto de solidaridad social presente en el desenvolvimiento del Rol del Estado en la economía, el mismo que debe equilibrarse con el ejercicio de las libertas económicas tales como la libertad de empresa, la libertad contractual y la libre iniciativa privada.

c) El Tribunal Constitucional y la Economía Social de Mercado

La Economía Social de Mercado se ha levantado como el modelo económico del Estado peruano, un modelo que busca garantizar las libertades económicas consagradas en la norma fundamental y su despliegue pleno en la vida económica y ordinaria de los particulares, brindando no sólo seguridad jurídica frente eventuales abusos de los poderes públicos sino incluso en su propia interacción con las diversas fuerzas del mercado, por ejemplo el Estado garantiza el ejercicio de la libre competencia reprimiendo las conductas anticompetitivas, sancionando las practicas colusorias así como estableciendo derechos antidumping o derechos compensatorios. Es decir, economía social de mercado implica una participación discrecional pero no arbitraria por parte del Estado, el mismo que debe intervenir cuando los patrones propios del mercado causen desequilibrios que puedan afectar sustancialmente la economía y perjudicar el interés social. Reiteramos aquí, que la búsqueda del equilibrio entre la libre iniciativa privada y la intervención estatal deben encontrarse fundamentada y debe ser acorde con el contexto histórico y económico de la nación. En lo relacionado a la Economía Social de Mercado el tribunal constitucional ha señalado que:

En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

En efecto, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.” (Exp.:1963-2006-PA/TC, fundamentos 6 y 7)

A modo de conclusión, en cuanto al modelo económico vigente se debe señalar que la economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia; lo que implica un accionar tuitivo por parte del Estado que permita la consagración de los principios, valores y libertades económicas en correspondencia con el interés social y el bien común garantizando que los particulares podrán desplegar sin mayores restricciones sus aspiraciones económicas en armonía plena con el Estado Social y Democrático de Derecho.

d) El Tribunal Constitucional y la Función Orientadora y Reguladora del Estado

En el siglo XIX las políticas liberales que gobernaban gran parte del mundo occidental demostraron ser una gran herramienta para el intercambio de bienes y servicios de manera directa entre proveedores y consumidores. Sin ningún tipo de intervención estatal el mundo de aquel entonces demostró que no necesitaba que la fuerza pública se inmiscuyera en sus asuntos, para poder tener un entrecomillado éxito. Es decir, el periodo de la ilustración y la caída de las monarquías, entendida esta como su eliminación absoluta -como es el caso de Francia- o su relativización al punto de ser una figura meramente estética o con fines exclusivamente diplomáticos -como es el caso de España e Inglaterra-, trajo consigo nuevas ideas dentro de las cuales se encontraba la figura económica de libre mercado, desarrollada de manera primaria por el economista escocés Adam Smith en su obra fundamental *La Riqueza de las Naciones* publicada en 1776, en ella se toca de manera repetida el tema de libre competencia y cómo la intervención estatal puede desfavorecer y distorsionar la correcta asignación de los recursos económicos en el mercado, es así que el autor señala: "...la política de Europa, al no dejar a las cosas en perfecta libertad, da lugar a otras desigualdades mucho más importantes". El autor describe tres formas en las que el Estado puede originar mayores desigualdades con su intervención "primero, al restringir la competencia en algunos sectores a un número menor de personas de las que estaría dispuestas a entrar en ellos en otra circunstancia; segundo, al incrementar en otros ese número más allá de lo que sería natural; y tercero, al obstruir la libre circulación del trabajo y el capital." Asimismo, y en un gran paso para la época, con aguda precisión ha identificado que la

participación de diversos competidores en el mercado conlleva a la tendencia natural de: i) disminuir los precios y ii) sacar del mercado a aquellos competidores menos eficientes; con la consecuente mejoría, en términos económicos, de los consumidores los que se ven beneficiados por las eficiencias generadas por el mercado. Señala Smith (1994) que:

Cuando los capitales de muchos comerciantes ricos son invertidos en el mismo negocio, la mutua competencia naturalmente tiende a rebajar el beneficio; y cuando existe un aumento similar en todos los negocios de la sociedad, la misma competencia ejerce el mismo efecto sobre todos ellos. (p. 230)

Si bien, en su denso estudio, el autor identificó beneficios generales del mercado en un escenario de perfecta competencia, la economía fue demostrando con el paso del tiempo que este escenario era tan utópico como el socialismo y sus sociedades ideales y/o imaginarias; lo que conllevó que el Estado tenga una participación activa en la economía orientando y regulando la misma con la finalidad de evitar que las distorsiones propias de un mercado libre puedan afectar a la sociedad y el interés general. No se debe desconocer que el mercado es un elemento que, si bien intangible físicamente, es de suma importancia para el desarrollo económico de una nación y que el Estado tiene como deber protegerlo; sin embargo, esta protección, no debe ser a cualquier precio, ni sacrificando el interés general que es el motor fundamental de cualquier sistema económico, o es que alguien podría afirmar que el mercado sobreviviría sin consumidores, sin competidores, sin fuerza laboral, sin un sistema que permita una asignación eficiente pero también justa de los recursos; la respuesta es obvia. En esa línea, el Estado tiene el deber de

corregir las imperfecciones generadas por las fuerzas del mercado, el abuso de posiciones dominantes, creando incentivos para que haya un número razonable de competidores y se eviten los monopolios -siempre que estos no resulten ser más eficientes- o el mal de la economía moderna conocido como oligopolios, que sin constituir desde el punto de vista conceptual un monopolio no cabe duda alguna que mediante la concertación, acuerdos y/o formación de cárteles tienen un claro Poder de Monopolio, que: i) distorsiona precios, ii) elimina competencia y iii) crea obligaciones que afectan directamente a los consumidores y/o usuarios de los bienes y servicios contratados, lo que conlleva irremediable y paradójicamente a una afectación del propio mercado. Habiendo dicho esto, resulta importante establecer la línea que ha trasado el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú en cuanto a la función orientadora y reguladora del Estado. Respecto a la función orientadora el Tribunal Constitucional señala que:

De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, el Estado también tiene una función orientadora, cuyo propósito es el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución” (Exp.: 07339-2006-PA/TC, fundamento 16).

Quiere decir entonces que el Estado no sólo debe procurar y garantizar el ejercicio de la libre iniciativa privada, sino que acompañado a esta debe ejercer una función orientadora de las fuerzas del mercado toda vez que:

Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio

de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda; es decir, al consumidor o al usuario (EXP.: 07339-2006-PA/TC, fundamento 19).

Entonces, de acuerdo con lo expresado por el Tribunal, no basta sólo con que el Estado proteja la libre iniciativa privada, sino que esta protección debe guardar relación con el interés del consumidor y/o usuario destinatario de la oferta; lo que exige que el Estado oriente su accionar hacia la protección de ambos intereses, correlacionándolos de manera conjunta y armónica.

e) El Tribunal Constitucional, la libertad de empresa y la libre competencia

¿Qué sería del mercado peruano si la libertad de empresa no estaría garantizada? Simplemente seríamos un país postergado, una nación condenada al subdesarrollo y a todas luces nuestro destino económico dependería exclusivamente de la voluntad del Estado y su capacidad de asistencia. Esto es, la libertad de empresa se erige como un principio garantista que busca atraer capitales, brindar de seguridad a la inversión privada nacional pero también extranjera, y tiene un impacto directo en el denominado riesgo país. Sobre este último concepto Martín (2010) señala que el riesgo país es el riesgo asociado a realizar inversiones en un país extranjero. Se considera que riesgo país es la exposición a una pérdida debido a razones inherentes a la soberanía y a la situación económica de un país.

Como puede advertirse, la libertad de empresa como principio garantista del orden público económico es fundamental para el desarrollo de una nación. Un país que se aprecie de desarrollar mecanismos que busquen

el bienestar general debe consolidar la eficacia de la libertad de empresa considerando que sin empresa es imposible que un país logre sus aspiraciones de desarrollo, erradicación de la pobreza, y pasar de una economía sustentada en la exportación de materias primas a la comercialización y diversificación de las exportaciones, el desarrollo de la ciencia y tecnología que tanta falta hace a los países latinoamericanos dentro de los que se encuentra el Perú.

Así el Tribunal Constitucional mediante resolución 0003-2006-PI/TC ha señalado que la libertad de empresa, consagrada por el artículo 59° de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. (fundamento 52)

Quiere decir que la libertad de empresa constituye la libre determinación de la forma jurídica mediante la cual se llevará a cabo la industria y/o comercio para la producción de bienes y/o servicios que serán puestos en el mercado mediante los cuales se busca cubrir las expectativas de los consumidores o usuarios. Asimismo, mediante la elección del aparato empresarial a través del cual se pondrá la oferta al servicio de los consumidores o usuarios, el empresario busca alcanzar su objetivo que es la obtención de lucro y/o rentabilidad. Ningún empresario pondrá un centavo al servicio del mercado si es que no tiene aspiraciones lucrativas. La actividad empresarial es en esencia la búsqueda de ganancia, dado que lucro y empresa son dos conceptos que van ligados íntimamente de suerte que no podría hablarse de uno sin terminar mencionando al otro.

Si bien, la finalidad de lucro es consustancial al ejercicio de la libertad de empresa, el supremo intérprete de la constitución ha reconocido que esta tiene ciertos límites que deben ser respetados por los particulares es así como el Tribunal Constitucional ha establecido que:

La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica auto determinativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce. (Exp. N° 7320-2005-PA/TC, fundamento 53).

Como se aprecia, la libertad de empresa no es absoluta en el marco de una economía social de mercado, por lo que se debe armonizar el interés particular de explotación del aparato empresarial con la finalidad de obtención de rentabilidad y lucro con los diversos intereses difusos involucrados; es decir, la consonancia entre la búsqueda implacable por parte de los particulares de ese deseo de enriquecimiento aparejado al respeto por los valores y principios relacionados al orden público económico; principios que van a repercutir directamente en el funcionamiento del mercado y que si bien pareciera que tienen como única finalidad la protección del interés general es preciso hacer notar que

también, cual efecto boomerang, impactarán directamente en la preservación de los interés económicos particulares. Un sistema económico que reconozca la libertad de empresa pero que de la mano establezca límites al ejercicio de dicha libertad, es un sistema saludable, que evita los excesos con el único fin de proteger esa concepción incorpórea denominada mercado en la que interactúa tanto el empresariado como el usuario o consumidor que forman un binomio esencial.

De la mano con la libertad de empresa encontramos otra garantía del orden público económico y esta es la libre competencia; esta última se desarrolla desde dos aspectos que le dan contenido. Así el tribunal constitucional señala que:

El concepto de libre competencia al que apunta la Constitución Política del Perú se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica. Como tal supone dos aspectos esenciales: a) La libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos. b) La libertad de iniciativa o actuación dentro del mercado. Desde la primera perspectiva, queda claro que quien tiene la capacidad de producir un bien o prestar un servicio, debe acceder al mercado en condiciones auto determinativas, esto es, sin que nadie (ni el Estado ni el resto de los agentes económicos) pueda impedir o restringir dicha participación. Desde la segunda perspectiva, es evidente que, tras haberse accedido al mercado, se debe gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables

económicas impuestas por la llamada ley de la oferta y la demanda. (Exp. N° 3315-2004-AA/TC, fundamento 16)

Quiere decir que la libre competencia, garantiza que los agentes económicos puedan acceder al mercado sin perturbaciones ya sea que estas sean implementadas por el aparato estatal (barreras burocráticas) o por los otros agentes económicos que interactúan en el mercado (prácticas anticompetitivas); asimismo los únicos límites que debe encontrar el agente económico que apuesta por tener una participación activa en el mercado deben ser aquellos que establece la propia ley de la oferta y a demanda sin restricciones artificiales o abusivas que distorsionen este natural funcionamiento.

Por lo expresado, la libertad de empresa correlativamente con la libre competencia son principios medulares para el desarrollo económico en el marco del régimen de economía social de mercado adoptado por el Estado peruano.

## **CAPÍTULO VI: LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y LIBERTAD DE EMPRESA**

Una vez analizada la forma en la que el neoliberalismo pretendió deconstruir la cláusula social en la Constitución 1993, y, luego de desarrollado el análisis de la manera en la que el juez constitucional mediante una función interpretativa-creadora a través de su jurisprudencia empieza nuevamente a dotar de contenido y valor a la cláusula social, desde inicios del siglo XXI, para lo cual se vale de una herramienta indispensable en la metodología constitucional denominada *Test de Proporcionalidad*; es momento de aterrizar

en las libertades que tienen impacto directo en el presente trabajo de investigación; a saber: i) libertad de contratación y ii) libertad de empresa, con el fin de determinar si la Cláusula Anticoncursal en efecto vulnera la libertad de contratación, la libertad de empresa y el orden público económico.

## 6.1 Contenido esencial de la libertad de contratación

Como es sabido, en la doctrina, y así lo ha destacado la jurisprudencia, la libertad de contratación se subdivide en dos libertades: i) libertad de contratar y ii) libertad contractual. La primera de estas libertades otorga al contratante la posibilidad de decidir si se contrata o no, y escoger a su contraparte; es decir, consiste en exteriorizar el deseo de contratar y de efectuar la selección del otro contratante(s). Por su parte la libertad contractual, es aquella referida a la configuración interna del contenido contrato, los alcances de este, los derechos y obligaciones que se asumen de manera voluntaria, y todas aquellas responsabilidades a las cuales se someten las partes del contrato.

### 6.1.1 La libertad de contratar

Es el proceso de decisión interna del individuo respecto a si se va a contratar o no, y elegir la contraparte de esta ecuación. Es el estado puro de la persona en la que de manera autónoma y luego de un proceso volitivo individual -más allá las consideraciones externas- toma la decisión de crear un vínculo contractual o no, y decidir con quien contrata. Esto es, que la persona en la búsqueda de satisfacer determinadas necesidades patrimoniales decide llevar a cabo un vínculo obligacional que no queda sólo en esta decisión inicial, sino que se proyecta hacia la determinación de la persona con quien concretar el vínculo.

Monge (2022) señala que, a través de la libertad de contratar, toda persona es libre de decidir si ingresa o no a una relación jurídico contractual, siendo esta situación de libertad uno de los requisitos para que el consentimiento sea válidamente formulado (p. 120). Por su parte Gutierrez (2013) comenta que la libertad de contratar, conocida también como libertad de conclusión, consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, y si finalmente decide contratar, determinar con quien contrata.

Lo que quiere decir que en esta fase inicial del ejercicio de la libertad de contratación nos circunscribimos a decidir si se va a contratar y, de ser el caso, con quién.

#### 6.1.2 La libertad contractual

La libertad contractual o también conocido como libertad de configuración interna del contrato, es como lo ha señalado Gutierrez (2013), “La libertad mediante la cual las partes se convierten en legisladores de sus reglas contractuales modificando, si así lo disponen, la regulación dispositiva de la ley, alterando los tipos, regulando otros no previstos, o combinando los existentes.” (p. 109)

Esto es, la facultad que tienen las partes de establecer los derechos y obligaciones de cada una de ellas, así como determinar el tipo, forma y objeto del contrato. Algunos autores, como Monge (2022) señalan que esta libertad también incluye la posibilidad de decidir los mecanismos de solución de controversias. Si bien coincidimos que es así, no nos inclinamos por considerarlo como una característica adicional pues somos de la opinión que

esta última se encuentra incluida dentro de lo que entendemos como forma del contrato.

Es importante resaltar que la libre configuración del contenido de los contratos, en cuanto a su tipo, forma y objeto requiere del conocimiento de aquellas normas de carácter imperativo pues ningún pacto contrario a ellas podrá considerarse como válido. Ahora bien, las partes son libres de estipular todas las cláusulas que estimen convenientes y necesarias para el mejor discurrir de sus acuerdos y lograr los objetivos que cada una de ellas se haya propuesto, pudiendo incluso diseñar contratos atípicos que se fijen con mayor precisión a sus necesidades personales y/o de negocio.

Sin embargo, uno de los principales límites a la libertad de contratación en general y a la libertad contractual en particular es aquella relacionada a las reglas derivadas de la moral y del orden público y que como ha señalado Gutierrez (2013):

Hoy se suman límites puntualmente expresados en leyes basadas en razones de convivencia social y eficiencia económica que buscan un equilibrio básico en el mercado, limitando la performance de los actores con un excesivo poder de mercado poniendo límites al poder económico. (p. 109)

En síntesis, tal como lo ha expresado Monge (2022) la libertad contractual permite configurar el contenido de los contratos. Y a esto añadiríamos, siempre que no se vulneren normas imperativas, y aquellas que tengan que ver con el orden público tal y como ha sido consagrado en la Constitución Política del Perú del 1993, en el artículo 2 numeral 14 y que ha

sido reforzado a través del art. V del Título Preliminar del Código Civil de 1984 que señala que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

La libertad contractual resulta de especial interés para el presente trabajo de investigación dado que si bien el Estado peruano le ha dado un estándar constitucional con las ventajas que esto trae en la consecuente atracción de capital al país, es preciso recordar que ningún derecho, ni siquiera aquellos consagrados en la Constitución, es absoluto; esto último se encuentra más que reconocido en el derecho actual; lo que implica que toda libertad constitucional encuentra sus límites en la cláusula social y el orden público económico.

## 6.2 Contenido esencial de la libertad de empresa

Fundamentalmente el contenido esencial de la libertad de empresa se refiere a la posibilidad que tienen los particulares de poder determinar la forma de organización de la unidad productiva mediante la cual llevarán a cabo su actividad empresarial, así como a elegir el rubro en el que desarrollarán estas actividades empresariales, ya sea mediante la producción de bienes o la prestación de servicios.

Actualmente el catálogo de posibilidades de explotación de este derecho se ha ampliado considerablemente y como lo refiere Monge (2022) esta libertad incluye entre otras libertades la de creación, inversión, acceso al mercado, organización, transferencia y cese de actividades empresariales.

Es a través de la garantía de esta libertad que se materializa la posibilidad de que un país prospere pues se genera un ambiente de

tranquilidad que atrae capital y promueve la inversión. Asimismo, los mercados internacionales ven con buenos ojos a aquellos Estados que brindan seguridad al empresariado haciéndolos atractivos como eventuales sujetos de crédito. Un territorio como el Perú que cuenta con inmejorable geografía, y con abundancia de recursos no puede darse el lujo de estar de espaldas al empresariado, sino que se deben buscar consensos y sinergias velando por el respeto de la empresa como ente generador de riqueza.

Como se puede apreciar el derecho a la libertad de empresa resulta fundamental para el desarrollo económico de una nación, considerando que la empresa es el núcleo del cual parte la actividad económica que involucra no sólo al empresario, entendido como aquel que aporta el capital para la generación de la actividad comercial sino también a los denominados stakeholders o grupos de interés que se encuentran estrechamente vinculados, dentro de estos podemos mencionar a clientes y proveedores. Es así como el derecho a la libertad de empresa debe generar un especial interés en el diseño de políticas públicas y programas gubernamentales.

Otro aspecto fundamental a tener en cuenta con relación al derecho a la libertad de empresa radica en el impacto que este tiene en el otorgamiento de créditos locales. En un sistema empresarial sólido, con un riesgo crediticio bajo, un riesgo país controlado, y políticas económicas saludables, la oferta crediticia al sector empresarial resulta sumamente atractiva para las empresas del sistema financiero. Por ello, dependerá mucho la solidez de nuestro sector empresarial para que el mercado financiero pueda prosperar. En ese sentido, el rol del Estado es fundamental para la protección del empresariado, sin embargo, esta protección implica que el empresariado cumpla determinadas

reglas de conducta en la búsqueda del desarrollo social, dado que el ejercicio de las actividades empresariales debe encontrarse en armonía con el interés general de la sociedad. Sobre la función social de la libertad de contratación y la libertad de empresa se amplía en el siguiente punto.

### 6.3 La función social de la libertad de contratación y la libertad de empresa

Como se ha señalado en líneas anteriores ninguna libertad reconocida constitucionalmente cuenta con una rigidez absoluta que la blinde contra cualquier quebrantamiento. Dicho de otro modo, no existe en la concepción actual de las libertades constitucionales, derechos absolutos; es decir, derechos que no puedan ser relativizados en determinadas circunstancias que ameriten un tratamiento diferenciado.

Así las cosas, si bien la libertad de contratación debe captar la atención del Estado para su protección y resguardo, y garantizar que los particulares e incluso el propio Estado promuevan el fiel respeto por los acuerdos, pactos y cláusulas, buscando la maximización de su preservación e intangibilidad; también es importante resaltar que la libertad de contratación tiene una función social que según Monge (2022) se materializa en la máxima “ningún contrato puede vulnerar el orden público”. (p.111) Ahora bien, entendiendo que el orden público, como lo hemos descrito párrafos atrás, es el conjunto de valores, principios y derechos de carácter fundamental, quiere decir que el ejercicio de la libertad de contratación encuentra sus límites en el respeto irrestricto del contenido mínimo de los derechos fundamentales. En ese sentido, la función social de la libertad de contratación abarca el respeto por los derechos fundamentales y la armonía con el bien común.

Por su parte, la libertad de empresa entendida como la herramienta que posibilita el desarrollo y progreso económico de una nación debe ser objeto de cuidado por parte las instituciones públicas considerando que el ejercicio de esta libertad representa una apuesta por el país en el que el empresariado invierte su capital.

Ahora bien, el ejercicio de esta libertad tal como lo hemos mencionado en su relación con la libertad de contratación, tampoco es irrestricto, ilimitado y mucho menos absoluto; tiene límites que deben ser respetados. Dentro de los que, a modo enunciativo, podemos señalar: i) la moral, salud y seguridad pública, ii) lo derechos fundamentales, etc.

En ese sentido, hoy se habla de empresas con responsabilidad social cuyas actividades comerciales e industriales tienen un impacto directo en el bienestar de los ciudadanos. Es así como la función social de la libertad de empresa se expresa en el respeto a los límites impuestos por la normativa legal vigente, así como en el impacto que la actividad empresarial tiene en el bienestar social, no sólo satisfaciendo necesidades sino haciéndolo de manera ordenada y responsable. Aún hay un largo camino por recorrer en esta ruta sin embargo con el transcurrir del tiempo se hace cada vez notoria la urgencia de implementar mecanismos de protección que impidan que el ejercicio de este derecho pueda representar un peligro para la sociedad.

En línea con lo anterior Gutierrez (2013) sobre los límites a la libertad de empresa ha señalado que:

La libertad de empresa es una de las expresiones que mayor relación guarda con la libre iniciativa privada pero que esta debe ejercerse de

acuerdo con una economía social de mercado, es decir, en sintonía con el conjunto de libertades y derechos que componen el orden público económico consagrado en la Constitución. (p.51)

Para concluir este apartado, damos por sentado que tanto la libertad de contratación como la libertad de empresa, tienen límites claros en su ejercicio considerando como tales a los otros derechos consagrados a nivel constitucional por lo menos en lo que respecta a la esencia de estos. Es decir, la libertad de contratación y libertad de empresa no deben extralimitarse; y respetar los parámetros mínimos establecidos por el orden público económico en el marco de una economía social de mercado en la que el interés social y el bienestar común son factores a tomar muy en cuenta al momento de ejercer dichas libertades.

## **CAPÍTULO VII: EL SISTEMA CONCURSAL Y FINANCIERO EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO**

La Real Academia Española (RAE, s.f) define la palabra *sistema* como:

El conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí y como conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto. Por otro lado, en cuanto a las palabras concursal y financiero las define como perteneciente o relativo a los acreedores en el primer caso y como perteneciente o relativo a la Hacienda Pública, a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios mercantiles, en el segundo.

Entonces, podemos definir al Sistema Concursal como el conjunto de reglas y principios relacionados a los acreedores y en el caso del Sistema Financiero como el conjunto de reglas y principios relacionados a las cuestiones bancarias. Ambos sistemas son de extrema importancia para la economía social de mercado puesto que, mientras el sistema concursal se vincula directamente con los acreedores y sus objetivos de recuperación de créditos, por el otro lado, el sistema financiero es aquel que, relacionado con la banca comercial, provee de recursos dinerarios mediante la intermediación financiera a los agentes deficitarios para que estos puedan, entre otros, desarrollar sus objetivos de inversión y lograr la tan deseada obtención de lucro a nivel empresarial.

#### 7.1 El Sistema Concursal

En esa línea, la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal en adelante Ley Concursal en su Título I, Artículo 1, literal a) señala que:

El sistema concursal está conformado por las normas aplicables a los procedimientos concursales, por los agentes que intervienen en los procedimientos concursales, así como por las Autoridades Administrativas y Judiciales a las que la Ley y/o sus normas complementarias o modificatorias asigne competencia.

Como puede apreciarse, la acepción jurídica de sistema concursal está relacionada al conjunto de normas y sujetos intervinientes en el procedimiento; esta enmarcación bastante amplia es de gran utilidad pues no limita la definición a determinados conceptos o herramientas jurídicas particulares, sino que por el contrario al abarcar de manera amplia e

indeterminada a sujetos y normas que se encuentren involucrados en el procedimiento concursal permite que la cobertura de este sistema se adapte a posibles y eventuales modificatorias legislativa sin alterar su esencia.

Freddy Freitas Vela y Jossie Britto Aitken en Espinoza Espinoza, J., y Atoche Fernández, P. (2011) señalan que el legislador agrupó en este concepto a todo lo que podría estar vinculado al tratamiento del patrimonio en crisis. Quiere decir entonces que la doctrina incluye dentro del concepto de Sistema Concursal a todo aquello que tenga que ver con la crisis empresarial, esto es la normativa, instituciones, agentes económicos, las propias decisiones tomadas por los acreedores, el impacto que podría generarse en el mercado como consecuencia de la crisis, las decisiones emitidas por las autoridades concursarles, y todo aquello que rodee y se inserte dentro de la situación de concurso del deudor.

En este punto debemos recordar que el sistema concursal peruano que se rige por la ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, es uno de naturaleza administrativa lo que ha significado un gran avance en la normativa nacional que ha permitido descongestionar el aparato judicial que tenía no pocas ineficiencias en la resolución de los conflictos sometidos a su escrutinio más aún en temas tan especializados como son las crisis empresariales. Ahora contamos con una autoridad administrativa especializada en materia concursal que no es en absoluto perfecta e infalible pero que sustancialmente ha demostrado con creces mayores eficiencias. Agurto (2018) señala que este sistema -concursal- *sui generis* se ha afianzado en nuestro país. Sin embargo, señala el autor, involucra una serie de desafíos que, de no ser bien abordados, pueden socavar las bases sobre las que dichos procedimientos están

construidos. Por ello, desde la aceptación de Sistema Concursal en el Perú debe entenderse que este es un Sistema Administrativo, al menos en el Perú.

Ahora bien, dentro de la importancia que tiene el sistema concursal para la economía del país, debemos hacer énfasis en la consecuente protección de la actividad empresarial y específicamente de la empresa. No podemos establecer un marco de acción del sistema concursal dentro de la economía si previamente no aceptamos el rol fundamental que cumple la empresa para la actividad mercantil, el desarrollo del país, la generación de puestos de trabajo, la aportación al erario mediante el sistema de tributación empresarial, y demás aristas. Por ello, si bien la actual Ley General del Sistema Concursal – Ley 27809, después de la modificación introducida mediante el Decreto Legislativo N° 1050, ha limpiado de la redacción de su Artículo I (Objetivo de la ley) toda referencia a la permanencia de la unidad productiva y la protección del patrimonio de la empresa, a nadie se le ocurriría pensar que los procedimientos concursales no toman en cuenta la unidad productiva (empresa) y menos aún el tratamiento indiscriminado del patrimonio concursado; muy por el contrario, la empresa entendida como unidad económica que trasciende la esfera privada e ingresa en el ámbito público debe ser considerada como un fin principalísimo, es absurdo que la vigente Ley Concursal se plantee como objetivo la recuperación del crédito pero descarte toda preocupación por la permanencia de la empresa, ente que es el llamado a proporcionar los recursos para satisfacer dichas acreencias, y más absurdo aún pretender que los acreedores logren hacerse con sus créditos sin la correspondiente y simultánea protección del patrimonio concursado. Por lo expuesto, si bien coincidimos con el objetivo de

recuperación del crédito, estamos a favor de que empresa y patrimonio sean tomados muy en cuenta en las futuras decisiones en el marco de los procedimientos concursales, como creemos se ha venido haciendo hasta ahora. En línea con lo anterior, la doctrina colombiana, ha señalado que, según Montiel (2019):

“... la empresa ha sido objeto de diversos cambios hasta definirse en su esencia por la función social que de ella pueda predicarse. Esta función adquiere una importancia tal que ha hecho surgir todo un régimen concursal para la empresa en crisis en aras de que se mantenga y subsista para seguir realizando sus fines. En esa medida, la protección que le otorga el Estado a través de su ordenamiento jurídico atiende más que a salvaguardar a la persona del empresario y la libertad de ejercer una actividad económica, a proteger la institución que funge como base de la economía de la sociedad, y como garantía institucional...” (p. 125)

Lo mencionado por el autor colombiano debe ser entendido como el principio de conservación de la empresa, que no implica un salvataje indiscriminado, sin parámetros, y al que pueden tener acceso empresas inviables, muy por el contrario, el principio de conservación de la empresa implica que sólo aquellas que evidencien una situación económica y financiera favorable que posibilite su permanencia en el mercado puedan ser objeto de una adecuada protección, lo que quiere decir que el sistema concursal deberá robustecerse, fortalecerse, crear eficiencias, evitar su destrucción y lograr avanzar en el camino del perfeccionamiento para mostrarse como un herramienta atractiva capaz de brindar el marco necesario para la reconstrucción, en un primer momento, del patrimonio del deudor y

posteriormente en la reinserción del deudor en el mercado. Por ello consideramos que, si bien la vigente Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal ha significado un enorme avance en materia de insolvencia empresarial, aún puede perfeccionarse, por ejemplo, en lo relacionado a la responsabilidad de los gerentes y directores de una sociedad, tesis muy bien sustentada por el Mg. Julio Carlos Lozano Hernández con quien coincidimos plenamente en el sentido de que es inaceptable la responsabilidad personal de aquellos que por los avatares del propio devenir empresarial caigan en crisis, esto no quiere decir que seamos tolerantes con los ilícitos penales pero esto último constituye un marco legal totalmente distinto al planteado por el mencionado especialista. También consideramos que no puede descartarse, ni en el plano doctrinal ni en el jurisprudencial, la importancia del principio de conservación de la empresa, entendiendo esta como una garantía institucional. Montiel (2019) señala que la protección se fundamenta en el mantenimiento de una organización típica y socialmente relevante. (p. 146)

Finalmente, el autor colombiano establece que, Montiel (2019), el principio de conservación de la empresa como principio constitucional debe orientar la actividad legislativa y la actuación de la función pública en materia de insolvencia. (p. 147)

## 7.2 El Sistema Financiero

Por su parte la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de las Superintendencia de Banca y Seguros – Ley N° 26702 en adelante Ley de Bancos en su Anexo señala que el Sistema Financiero es *el conjunto de empresas, que debidamente autorizadas operan en la intermediación financiera. Incluye las subsidiarias que requieran de*

*autorización de la Superintendencia para constituirse.* En este caso, la Ley de Bancos ha establecido que el sistema financiero está relacionado a sujetos, en particular, a empresas que participan en la intermediación financiera esto es, las empresas que se dedican a la captación de fondos y su colocación en el mercado financiero. Entonces, todo lo vinculado a las empresas que realizan intermediación financiera podrá acogerse bajo el manto de lo que hoy conocemos como *Sistema Financiero*, esto es, normas vinculadas al sistema financiero, productos y servicios financieros, agentes económicos que intervienen en la intermediación financiera (proveedores y usuarios o consumidores) y reguladores.

Sobre el sistema financiero peruano resulta interesante lo mencionado por Camacho (2019) quien señala que

Está integrado por la suma de instituciones bancarias, financieras y demás empresas e instituciones de derecho público o privado, encargadas de la circulación del flujo monetario, cuya finalidad es la de canalizar el ahorro, hacia quienes desean hacer inversiones productivas, dichas unidades pueden ser públicas o privadas. Como se aprecia, el sistema financiero sirve como un medio para la consecución de los objetivos de inversión mediante la captación de capital y su redirección hacia los agentes económicos interesados en desarrollar actividad empresarial, entre otras (p. 183-184).

Esta concepción básica del Sistema Financiero como aquel que permite la circulación de capitales de aquellos que tienen excedentes (ahorristas) hacia aquellos que lo necesitan (prestatarios) nos hará comprender más adelante

porque la protección del ahorro y como consecuencia inmediata, la protección del crédito resultan de vital importancia para la economía, lo que no implica en absoluto el desconocimiento de los principios y valores que dan vida al orden público económico; más adelante desarrollaremos ello.

### 7.3 Importancia del Sistema Concursal y Sistema Financiero

Sobre la importancia del Sistema Concursal y propiamente del Derecho concursal, Lozano (2015) es muy preciso al indicar que:

El Derecho Concursal trata de cuidar a quienes generan riqueza, empresarios individuales, formales o informales, empresas colectivas. Es decir, sociedades, ya sean mercantiles o civiles, que entran en un estado de insolvencia, que puede ser transitoria o definitiva, cuya diferencia fundamental se da en la viabilidad o no del negocio, pues debemos de cuidar a los empresarios y tratar de que estos sigan en el mercado, siempre que tengan viabilidad, pues esto genera mayor competencia, mayor cantidad de puestos de trabajo, mayor facturación y por tanto mayor recaudación.

Coincidimos plenamente con él respecto de la trascendencia del sistema concursal y del derecho concursal, así como su importancia en la creación de riqueza, la generación de mayor competencia y la promoción de la inversión privada en el país, motor para el desarrollo económico. Asimismo, es bastante osado el autor al incluir dentro de los márgenes de protección brindados por el Sistema Concursal a los *informales*, considero que es una postura bastante arriesgada sin embargo es oportuno señalar que me adhiero a ella asumiendo el riesgo de ser tildado como promotor de la informalidad del procedimiento

concurzal por el solo hecho de atreverme a señalar que los *informales* deben ser acogidos por el sistema concursal peruano. Nada más alejado de la realidad, el Sistema Concursal se convierte en una herramienta de imperiosa necesidad sobre todo en un país como el Perú, en el cual, el sector informal es moneda de cambio habitual y que sumado a los duros golpes provocados por la pandemia (Covid-19) ha revelado que la población ocupada urbana con empleo informal, es decir, sin beneficios sociales o que trabajan en unidades de producción no registradas, alcanzaron las 9'446,300 personas lo que representa el 71.4% del total de ocupados del área urbana, según el reporte presentado por Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) para los años 2019-2021. Definitivamente la informalidad avanza a un ritmo galopante que debe ser considerado por los encargados de desarrollar las políticas públicas, y si bien el presente trabajo no abordará de manera pormenorizada el tema de informalidad en el Perú, lo cual implica un desarrollo más especializado, considero que sí es importante que el Sistema Concursal tenga en cuenta este sector para que se democratice y acoja en su seno, nos guste o no, a uno de los principales motores de la economía.

Y si bien hemos resaltado la importancia del, antes conocido como Derecho de Quiebras, Derecho Concursal, resulta de especial interés para el Orden Público Económico que se proteja el Sistema Concursal de cualquier embuste directo o indirecto que pongan en riesgo su integridad dado que es un mecanismo necesario para la reestructuración de las empresas con viabilidad financiera o la salida ordenada de aquellos agentes económicos que, previo análisis de viabilidad, no resultara eficiente que se mantengan activamente en el mercado.

Teniendo en cuenta el marcado impacto general que tiene el sistema concursal en la economía y la vida social de una nación es importante recordar lo mencionado por Lozano (2015) quien señala que la economía moderna nos ha hecho comprender que las empresas son las entidades encargadas de generar riquezas que luego, y de muy variadas formas, se distribuyen en el resto de la sociedad. Siguiendo la línea del autor podemos afirmar que, contrario sensu, si las empresas son capaces de distribuir las riquezas generadas tanto más serán capaces de distribuir sus pérdidas en el universo difuso de los agentes económicos integrantes de la sociedad, afectando la crisis empresarial, por ejemplo, a proveedores quienes seguramente perderán clientes, a los trabajadores que verán en peligro sus puestos de trabajo, al estado que verá reducida su capacidad de recaudación y al propio consumidor o usuario que verá disminuido su catálogo de alternativas de elección al momento de llevar a cabo sus decisiones de consumo. Por ello debemos tener especial cuidado en el tratamiento de las crisis empresariales y blindar al sistema concursal ya que este se constituye en una herramienta fundamental para el manejo de crisis, sobre todo, y esto hay que calibrar un poco mejor, de aquellas empresas que manejan importantes capitales.

Castellanos (2009) señala que un sistema concursal eficiente se consolidará como una herramienta muy útil para mejorar el sistema crediticio, y con esto una economía más dinámica y abierta. Por ende, el Estado cuenta con incentivos claros para perfeccionar el sistema concursal y dotarlo de un cápsula de protección frente a los intentos de desmantelamiento; pues, y aunque suene paradójico, proteger al sistema concursal de las constantes amenazas de diversos sectores de la economía como es el sistema financiero,

el que mediante determinadas cláusulas abusivas que -a criterio del investigador- atentan contra el orden público económico, a la larga terminará beneficiando al propio sistema financiero pues la conservación de las empresas en crisis -siempre que sea viable- o la salida ordenada de la misma, permitirá en el primer supuesto que tanto el deudor como los agentes económicos vinculados puedan permanecer en el mercado y muy probablemente sigan siendo sujetos de crédito, o es que a alguien se le ocurriría otorgar créditos a un persona que se encuentra desempleada, u otorgar capital de trabajado al proveedor que ya no cuenta con clientes; y en el segundo, que la salida del circuito económico no sea exponencialmente traumática y se dé una “muerte asistida” para que tanto el deudor como los stakeholders -incluidos los bancos- puedan salir y superar la crisis sin sobrecargos y desequilibrios financieros más allá de los estrictamente necesarios.

Si bien, pedir al sector privado que reflexione sobre lo indicado anteriormente es una aspiración utópica, sí corresponde exigiárselo al Estado pues en el marco de una Economía Social de Mercado y los principios que dotan de contenido al Orden Público Económico así lo establecen, tal y como se ha venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo.

Debemos recordar que el justo equilibrio de las cosas no es posible ser apreciado con una mirada fijada exclusivamente en el árbol, por el contrario, exige una reflexión macro, global y general del bosque; en el que se analice el impacto de cada decisión individual respecto del conjunto.

Es justamente esta dicotomía entre la mirada del sector privado hacia el mercado de aquella que tiene el Estado respecto del mismo mercado, la que ha generado gran controversia. Por un lado, el empresario ve al mercado como un medio para alcanzar un fin, que es el lucro, la ganancia, la rentabilidad, la plusvalía o como quiera llamárselo; y a su turno el Estado también comparte la visión del mercado como medio, sin embargo el fin visualizado es -o debería ser- otro, pues lo que persigue el Estado es estabilidad social y económica, en la que los agentes económicos tengan cierta vocación de permanencia y estabilidad ya que de ellos depende la estabilidad económica y financiera del país.

Cruces (2021) citando a Baldo Kresalja y César Ochoa define a la economía social de mercado como un sistema en el que la iniciativa privada y las leyes de la oferta y la demanda tienen una preminencia, con lo cual el Estado interviene para completar su funcionamiento y ofrecer seguridades, y también cuando es el mismo mercado el que falla o cuando conductas empresariales falsean las reglas de la libre y leal competencia. Entonces, completar el funcionamiento implica que el Estado debe intervenir en la economía cuando sea necesario, con el objetivo de crear eficiencias lo que llevará al bienestar social (p. 53).

En el escenario particular de las normas concursales, y del sistema concursal, se debe tener en cuenta que estas nacieron con la finalidad de regular una parte del mercado, aquella relacionada a las empresas que atraviesan periodos de crisis pues el impacto en la economía es general afectando a diversos sectores, aquellos que no pueden dejarse a las libres fuerzas del mercado.

Como veremos más adelante, este periodo de crisis se recrudece cuando se impide a las empresas la posibilidad de acceder al sistema concursal, bajo amenaza de retirarles el respirador artificial sentenciándolos a una muerte definitiva sin posibilidad de retorno, sin siquiera haberse realizado un análisis de viabilidad lo que claramente afecta el régimen de economía social de mercado y vulnera -a criterio del investigador- los principios y valores que gobiernan el Orden Público Económico.

Como bien lo ha señalado el maestro Rubio (2015):

El orden público podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no pueden escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares. Para ello, el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario. (p. 100).

Quiere decir entonces, que el Estado tiene la obligación de alcanzar el anhelado orden público pues este se constituye en una garantía del Estado Social y Democrático de Derecho para el correcto desempeño de los derechos reconocidos a los particulares.

Para finalizar este punto, y siguiendo la línea trazada por Messineo citado por Rubio (2015):

Negocio contrario al orden público (llamado, también, negocio prohibido) es aquel que va contra los principios fundamentales y del interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observar inderogablemente por

todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas)  
[...] (Messineo, 1971, pp. 47-48)

## **CAPÍTULO VIII: LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN BANCARIA**

Una vez realizada la distinción previa, entremos al análisis de lo que son las cláusulas generales de contratación bancaria. La contratación moderna así como los grandes y verificables avances tecnológicos ha ocasionado que la forma de contratación varíe sustancialmente; así, se ha pasado de la predominada contratación individual en la que cada una de las partes tenía un peso y posición relativamente parecida a su contraparte a otra en que una de las partes, ya sea por la posición que ocupa en el mercado o por los productos y servicios que ofrece a los consumidores y usuarios, estipula de manera anticipada y unilateral determinadas cláusulas que serán incorporadas a una serie indefinida de futuros contratos particulares.

Quiere decir entonces que la tecnología de la mano con las, desde hace un tiempo, vigentes necesidades que impone el mercado han ocasionado que entremos a un nuevo modelo y forma de contratación, que sin dejar de lado el tradicional, hoy impone nuevas reglas de juego con ocasión de dotar de una mayor celeridad, agilidad y velocidad a las transacciones, estamos hablando de la contratación en masa. Una contratación que se hace necesaria dado que entrar a una discusión individual con cada contratante respecto de cada cláusula tornaría a las transacciones en ineficientes e incrementarían los costos que se verían reflejados, como es obvio, en un incremento del precio del producto o servicio ofrecido. Ahora bien, esta facilitación en la contratación no ha sido gratis, se ha tenido que sacrificar una parte importante en la

configuración de los contratos, esto es la negociación entre las partes. Se rompe así con el modelo tradicional de contratación en el que cada uno de los contratantes entraba a una suerte de debate sobre la conveniencia o no de estipular tal o cual cláusula, se sacrifica la posición de una de las partes quien entra en una suerte de desventaja frente a la otra pues su capacidad de negociación respecto del contrato se ve sustancialmente reducida, este sacrificio se da con la única finalidad de ganar celeridad y agilidad, de la mano con todo lo que ello implica. De la Puente y Lavalle, M. (2017, p. 564) acertadamente ha dicho que “La libertad de configuración interna queda así limitada, en mayor o menor grado según el tipo de contrato, aunque no suprimida como ocurre en los contratos por adhesión”.

Como veremos con mayor profundidad más adelante, nuestra normativa vigente señala, respecto de las cláusulas generales de contratación, que estas son redactadas de manera previa, para ser incorporadas en una serie indefinida de futuros contratos. Es decir, la visión del legislador no ha sido la de establecer cláusulas generales de contratación para un contrato en particular, sino que aparejada con esta necesidad de preredactar una o varias cláusulas generales hay una visión de multiplicidad de contractual, entiéndase relacionado a una multiplicidad de productos y servicios; lo cual lleva a concluir que sin importar, en ocasiones, el objeto del contrato particular que se celebrará, las cláusulas tienen como finalidad regular aquellas situaciones comunes a una serie indefinida de contratos. Dicho de otro modo, no importa si se hace referencia -en el ámbito bancario- a un contrato de préstamo o a un contrato de crédito indirecto, la cláusula

preredactada podrá incorporarse sin mayores dificultades a ambos negocios. Como lo ha señalado el maestro de la Puente y Lavalle, M. (2017, p. 563) “Las condiciones generales de contratación, en cambio, no son cláusulas de contratos concretos sino normas de organización de todos los contratos de la empresa”.

Por lo indicado en el párrafo anterior señalamos que las cláusulas generales de contratación son generales y abstractas puesto que por un lado han sido redactadas con vocación de generalidad para una serie de contratos y de personas. Y por el otro, se señala su abstracción porque no se ha pensado en una relación particular y concreta. Una suerte de democratización del contrato, al menos en su aspecto formativo, ya que no considera a individuos de forma particular o específica sino de manera general y abstracta.

Para concluir con esta parte del trabajo definamos a las cláusulas generales de contratación desde el plano normativo y doctrinario. En el plano normativo en el código civil peruano de 1994, en el artículo 1392 señala que:

Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos. (Código Civil Peruano, 1984)

A su turno la doctrina ha señalado que las cláusulas generales de contratación:

Tienen como característica fundamental que su estipulación y redacción se realiza de manera unilateral por una de las partes del

futuro contrato (generalmente por quien ofrece el producto o servicio objeto del contrato). La contraparte (generalmente el consumidor) tiene la opción de aceptar en su integridad las estipulaciones propuestas o descartar la contratación, sin posibilidad de negociar y modificar el contenido de sus obligaciones y derechos (López Raygada, P. S. et al. 2021, p.44).

### 8.1 Las que son aprobadas administrativamente

Como se ha visto en los párrafos anteriores la cláusulas generales de contratación son una herramienta útil que agiliza el proceso de perfeccionamiento de los contratos ya que evita dilaciones vinculadas a la evaluación, meditación y reflexión que las partes llevan a cabo antes de decidir si contratan o no. Esta figura muy vinculada a la contratación en masa resulta de especial interés sobre todo en los tiempos actuales en que las operaciones comerciales se llevan a cabo de una manera superlativamente rápida. Por ello, considerando el impacto que estas podrían tener en la esfera patrimonial de los contratantes sobre todo de aquellos no proponentes que son la parte más débil en la contratación en serie es que la norma civil ha consagrado en su artículo 1393 la posibilidad de que sea la autoridad administrativa quien previa solicitud de la parte que ofrece el servicio o producto sobre el cual se va a contratar, se pronuncie sobre la idoneidad de estas.

El examen de idoneidad mencionado en el párrafo anterior consiste en que la autoridad administrativa pueda determinar con cierto grado de certeza si las cláusulas generales tienen vocación de ser parte en la contratación en masa y si estas resultan equitativas para las partes involucradas en la contratación garantizando debidamente sus derechos, evitando el virtual

abuso de posiciones dominantes por parte del oferente de los productos o servicios a contratar considerando que este tiene un mayor conocimiento y especialidad respecto de los servicios o bienes ofrecidos lo que le permite jugar con la ignorancia de su contraparte con el único fin de obtener mayores beneficios.

De la Puente (2017) señala que “La idoneidad de las cláusulas generales de contratación implica que tengan aptitud para regular el tráfico en masa y que garanticen la equidad, desde la perspectiva de proteger los derechos de ambas partes”. (p. 606). Es decir, la aprobación administrativa tiene un fin claramente proteccionista y preventivo que busca equilibrar la relación contractual y evitar el abuso por parte de quienes tienen en sus manos la manija de la contratación.

Ahora bien, en lo que respecta a la aprobación administrativa de cláusulas generales contratación en el sector bancario sucede algo particular pues si bien la mayoría de los contratos bancarios, por no decir todos, contienen cláusulas generales de contratación, la aprobación administrativa sólo se da respecto de algunos, aquellos relacionados a los contratos de consumo siendo competencia de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora Privada de Fondos de Pensiones tal y como lo ha señalado la Ley General del Sistema Financiero y de seguros en su artículo 349. Asimismo, respecto a los contratos con cláusulas generales de contratación bancaria que deben ser sometidas a aprobación previa la Superintendencia ha señalado a través del Reglamento de Gestión de Conducta del Sistema Financiero, artículo 51, que deben someterse a aprobación previa la cláusulas de los contratos que regulen los productos y servicios relacionados a créditos

hipotecario, crédito de consumo, depósito de ahorro, depósito a plazos, depósito por compensación de tiempo de servicio, depósito en cuenta corriente y dinero electrónico.

Como puede apreciarse el reglamento sólo reconoce la obligatoriedad de la aprobación previa en los casos de operaciones activas únicamente vinculadas a los productos: i) crédito hipotecario y ii) crédito de consumo; ambos dirigidos exclusivamente a personas naturales, de un lado para la adquisición, construcción, refacción, remodelación, ampliación, mejoramiento y subdivisión de vivienda y del otro con la finalidad de atender el pago de bienes, servicios o gastos no relacionados con la actividad empresarial; haciéndose manifiesta la desprotección al sector empresarial por parte del Estado, a través de la Superintendencia, en el resguardo y garantía de sus derechos de crédito.

Lo mencionado recientemente resulta de especial interés dado que es justamente en la relación contractual financiera donde se presenta una marcada desproporción de fuerzas dado que el banco probablemente se vería afectado de manera muy irrisoria en comparación con el cliente empresario que necesita capital fresco para continuar con la marcha de la empresa o expandir sus horizontes comerciales y no tendría más alternativa que aprobar o aceptar los contratos con cláusulas preredactadas e incorporadas previamente, por más abusivas o leoninas que estas pudieran resultar.

Lo señalado en el párrafo anterior es de especial interés para el presente trabajo de investigación pues tenemos la firme convicción que la autoridad administrativa también debe evaluar las cláusulas generales de

contratación relacionadas a productos y servicios ofrecidos a los clientes empresarios pues son el motor económico del país y porque estamos seguros que siendo el sistema concursal de vital importancia para la economía nacional, tal y como ha quedado demostrado en capítulos anteriores, un clausula general de contratación que restrinja el acceso a dicho sistema resulta a todas luces abusiva y leonina.

## 8.2 Las que no son aprobadas administrativamente

Y, ¿qué pasa con aquellas clausulas generales de contratación que no son aprobadas administrativamente? Pues bien, la respuesta es que si bien están exoneradas de aprobación administrativa para su incorporación en los contratos no se eximen de la obligación de respetar el ordenamiento jurídico vigente. Es decir, no resulta necesaria la aprobación administrativa para dotarlas de eficacia lo que no implica la inobservancia del respeto a la buena fe, al ordena público y las buenas costumbres, dado que esto acarrearía la nulidad de dichas cláusulas y dependiendo de su importancia en la relación contractual podría, eventualmente, conllevar la nulidad del contrato.

Entonces, el orden público es una las cuestiones fundamentales para tener en cuenta al momento de diseñar cláusulas generales de contratación que serán incorporadas en una serie indefinida de contratos tal y como ha señalado el Artículo V del título preliminar el código civil. De igual manera, la normativa civil exige que las cláusulas generales no aprobadas administrativamente sean conocidas o hayan podido serlo por la parte no-predisponente, para lo cual se exige una adecuada publicidad de estas.

En línea con lo anterior, De la Puente (2017) ha sido categórico al señalar que el usuario debe actuar con cuidadoso celo, en mérito a una diligencia oportuna respecto del conocimiento de estas cláusulas. (p.624). Mientras que, Messineo (1973), al tratar el tema de la carga del conocimiento de estas cláusulas ha señalado que esta debe entenderse desde dos perspectivas: i) la *cognoscibilidad*, que está relacionada a la posibilidad de tomar conocimiento de aquellas, esto el acceso del no-predisponente a las cláusulas generales; ii) la *inteligibilidad*, relacionado a la capacidad de entender y tomar el significado de las cláusulas, quiere decir que no basta con la simple lectura sino que es necesaria su comprensión. (p.432)

Entonces, para finalizar este apartado, si bien consideramos, y así ha sido evidenciado por la doctrina calificada, que la falta de protección garantista al sector empresarial se hace manifiesta al no establecerse en el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado que las cláusulas generales de contratación incorporadas a los contratos dirigidos a este sector deban ser revisadas y aprobadas por las Superintendencia, no es menos cierto que, pese a lo anterior, la parte proponente de las cláusulas debe cuidar que cumplan con los parámetros legales mínimos para su validez y eficacia.

Considero oportuno hacer una referencia relacionada a las cláusulas generales de contratación bancaria aprobadas administrativamente e incorporadas a los contratos de crédito de consumo y crédito hipotecario ya que muchas de ellas también se encuentran incorporadas a los contratos que regulan las relaciones comerciales del banco frente a corporaciones (créditos corporativos), grandes, medianas, pequeñas e incluso micro empresas; y que a primer avista parecería que si estas ya fueron analizadas para unos

contratos no habría mayor inconveniente en aplicarlas para otros. Esta conclusión apresurada sería totalmente incorrecta, pues debe analizarse también la calidad del sujeto y/o contraparte que se verá afectado con la misma o que tendrá que soportar la carga de la cláusula. Al respecto, no tiene el mismo efecto en el sistema económico impedir que una persona natural sea sometida a un procedimiento concursal -claro está, cumpliendo los requisitos para poder acogerse a este- que impedir a una empresa o persona jurídica, que tiene otras partes vinculadas a ella, se acoja al sistema concursal en caso de crisis económica o financiera. Sobre esto volveremos más adelante.

### 8.3 Qué reglas deben aplicarse ante una cláusula general abusiva.

Como cualquier cláusula que forma parte de un negocio jurídico, las cláusulas generales de contratación deben regirse por determinadas condiciones: i) Deben respetar el orden público, ii) debe respetar las buenas costumbres, y iii) no ir en contra de normas imperativas, bajo sanción de nulidad. En esa línea nuestro código civil ha proscrito determinadas cláusulas que han sido consideradas como vejatorias, abusivas, onerosos o excesivas por la doctrina es así que, en el Código Civil peruano de 1984, el artículo 1398 ha determinado que no se pueden establecer en favor de la parte predisponente exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o resolverlo, la posibilidad de imponer prohibiciones para plantear excepciones así como tampoco la posibilidad de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Sobre lo que atañe al presente trabajo de investigación es importante resaltar lo relacionado a la imposibilidad del predisponente de establecer cláusulas resolutorias, pues de una lectura rápida pareciera que la parte más

fuerte del contrato se vería anulado de toda facultad para determinar en qué casos resolver un contrato. Sin embargo, en este aspecto es importante traer a colación lo comentado por De la Puente (2013) quien señala que no será vejatoria aquella cláusula que establezca la posibilidad de resolver un contrato por incumplimiento ya que este es un derecho de todo contratante, afirma el maestro, que sólo podrá ser calificada como vejatoria o abusiva la cláusula general de contratación no aprobada administrativamente cuando pueda, arbitrariamente, resolver el contrato por razones que normalmente no darían lugar a tal resolución.

Al respecto, lo señalado anteriormente por el autor no resulta ser muy amigable al entendimiento, pues de un lado establece que sí es posible incorporar cláusulas resolutorias ante incumplimientos, pero no discrimina el tipo de incumplimiento, pudiendo ser este de tal insignificante relevancia que no ameritaría resolución contractual o en su defecto que la obligación a cargo de la contraparte sea una que vulnere el orden público lo que a todas luces promovería su incumplimiento, sin sanción resolutoria que pueda ser amparada por el derecho. En relación con la obligación que vulnera el orden público volveremos en un capítulo posterior, pero es necesario advertir que no todo incumplimiento debe acarrear la resolución del contrato. En segundo lugar, el autor señala que sólo será vejatoria aquella cláusula resolutoria que no responda a razones que normalmente darían pie a la resolución; la pregunta que cae de madura es: ¿cuáles son esas razones que normalmente darían pie a la resolución? La respuesta a esta pregunta es tan indefinida como la propia pregunta, en la contratación contemporánea no es posible hablar de razones que normalmente darían pie a algo, pues la imaginación

humana y las relaciones sociales han dado paso a una revolución en el campo de lo que puede entenderse como normal o no, más aún en lo que atañe a la contratación globalizada donde el intercambio de bienes y servicios se da entre personas de diversas culturas, es justamente esta interculturalidad lo que permite cerrar a un criterio único de razones normales pues no sería lógico pensar que un contratante de ascendencia islámica tenga la misma perspectiva de las relaciones contractuales que un ciudadano europeo o que incluso un asiático. Creemos que lo que el autor ha querido sostener es la posibilidad de que el contratante *fuerte* conserve la facultad de resolver el contrato siempre que las obligaciones respondan a características propias del contrato celebrado, por ejemplo: resolver el contrato de mutuo ante incumplimiento del pago de alguna cuota del préstamo. Siempre claro está, que dichas obligaciones, repetimos, no atenten contra el orden público, las buenas costumbres y el equilibrio de los derechos y obligaciones.

A su vez, el reglamento de gestión de conducta de mercado establece que para el caso de aquellas cláusulas que no han sido negociadas por las partes, estas deberán respetar las exigencias de buena fe y el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. De igual forma, se establece una relación enunciativa de las estipulaciones que se consideran como abusivas, dentro de las que se puede resaltar dos de ellas, las que van en contra del orden público y las que identifique la Superintendencia.

Sobre las que van en contra del orden público es importante remitirnos a los comentarios realizados en el capítulo X. En cuanto aquellas que identifique la Superintendencia, es importante resaltar la función activa que tiene este ente administrativo en la identificación de cláusulas abusivas en las

relaciones contractuales bancarias, pues no se limita a ser un mero espectador pasivo, sino que se evidencia la necesidad de que dicha institución tome cartas sobre el asunto a efectos de corregir los desequilibrios advertidos en las cláusulas. Sobre esta función activa la Ley 26702, Ley General de Sistema Financiero señala en el artículo 345 que la Superintendencia tiene por objeto proteger los intereses del público en el ámbito del sistema financiero. Además, se establece como una de las atribuciones del superintendente la de aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas a revisión.

Si bien la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación bancaria no está vinculada a productos y servicios bancarios contratados con el sector empresarial, nos sirve como parámetro de referencia para establecer la dinámica que debería seguir la Superintendencia en caso se decidiera, como creemos que debe hacerlo, a evaluar la eficacia, impacto e incluso legalidad de las cláusulas generales de contratación incorporada a estos productos y servicios bancarios.

Finalmente, un tema fundamental sobre esta materia es el relacionado a los usos y costumbres en el ámbito bancario, y es que en el derecho bancario como en cualquier rama del derecho, una de las principales fuentes consiste en el desarrollo de todas aquellas actividades que a lo largo del tiempo se han arraigado de tal manera que han pasado a formar parte de la relación contractual al no mediar oposición. En línea con lo anterior, Blossiers (2016) señala que:

La formación de los usos bancarios deriva, unas veces, de prácticas profesionales que dominan tácitamente la conclusión de los contratos bancarios, de tal suerte que, ante el silencio de los contratantes, debe entenderse que éstos han querido seguir tales prácticas; funciona el uso en estas ocasiones como medio de interpretación, completando la declaración de voluntad, oscura, insuficiente o defectuosa. (p. 110-111)

Quiere decir que los usos pasan a ser formas de interpretación del acto o contrato bancario que cumple una función supletoria a la ley y la complementa con la finalidad de conservar el negocio bancario celebrado entre las partes. Sin embargo, el silencio de la parte adherente en la contratación bancaria muchas veces presupone que la entidad financiera e incluso los órganos de supervisión consideren que estamos frente a una cláusula legítima y que cumple con los requisitos de legalidad, lo cual resulta peligroso pues como hemos visto hasta ahora, a lo largo de la investigación, no toda cláusulas general de contratación sobre la que medie el silencio de la parte adherente resulta ser legal, al menos no a lo largo del tiempo durante el cual se pueden haber experimentado cambios que exijan una reformulación de los parámetros de legalidad. Es por ello, que siguiendo a Blossiers (2016) coincidimos en que los usos se condensan en las condiciones generales elaboradas unilateralmente por los Bancos, caracterizándose en este caso por estar inspirados en los intereses particulares del Banco o grupo de Bancos que las redactaron, sin que ello obste a la validez del uso. (p. 111) (el subrayado es nuestro)

## **CAPÍTULO IX: LAS CLÁUSULAS RESOLUTORIAS Y DE EXIGIBILIDAD ANTICIPADA EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO BANCARIO**

Las entidades financieras han establecido una serie de mecanismos que les garantizan la recuperación de sus acreencias frente a eventuales incumplimientos de sus deudores. Así, en el desarrollo y estructura de sus contratos, así como de la determinación de sus condiciones crediticias - aprobadas por sus respectivas áreas de riesgo- en base al perfil financiero de cada cliente; han diseñado cláusulas contractuales que permitan una pronta y oportuna recuperación de sus créditos evitando dilaciones que puedan representar perjuicios económicos y garanticen la salud financiera de las empresas prestatarias. De igual forma, y complementariamente, exigen la constitución de garantías -reales o personales- como una forma de atenuar el riesgo de recuperación.

Una de estas formas de mitigar el riesgo, y salvaguardar la recuperación de sus acreencias consiste en el diseño, elaboración y formulación, de manera unilateral por parte de las entidades financieras, de cláusulas resolutorias y de exigibilidad anticipada que fortalezcan la posición de la entidad frente a escenarios de eventual incumplimiento.

Como lo ha señalado acertadamente Gomez-Salvago, Cecilia (2012), las entidades bancarias adoptan medidas de autotutela que vinculan la extinción anticipada de la relación crediticia a acontecimientos que desatan una pérdida de confianza del acreedor, a través de las condiciones generales de contratación. (p.8)

Como bien lo ha señalado la autora española, el sustento de la elaboración e incorporación de mecanismos de extinción anticipada del contrato tiene como fundamento la pérdida de confianza en el deudor; a lo que añadiremos, que dicha pérdida de confianza debe encontrarse sustentada en situaciones objetivas y verificables que determinen una razón justificada y coherente para la resolución del vínculo contractual y la exigibilidad anticipada del pago total del crédito, es decir aquella parte insoluta a la fecha de la exigibilidad del pago. Asimismo, las obligaciones establecidas en los contratos de crédito que son de cargo del deudor no deben encontrarse en contra del orden público económico, pues como hemos visto a lo largo de este trabajo, el orden público económico establece una serie de principios, límites, y parámetros mínimos sobre los que se debe desarrollar la actividad económica; y cualquier obligación y/o exigencia que vaya en contra de este, acarrearía de forma automática la nulidad de dicho precepto.

Debemos tener en cuenta que las cláusulas resolutorias y de exigibilidad anticipada responden a una modalidad de cláusulas generales de contratación en el sector bancario, ya que han sido diseñadas unilateralmente por una de las partes -en este caso las entidades financieras- y aceptadas, sin negociación previa, por el deudor. Esto resulta de especial interés dado que el deudor se encuentra expuesto a posibles abusos y sobrecostos al momento de la ejecución del contrato y el cumplimiento de las obligaciones establecidas. Aspecto que será analizado en un apartado posterior sobre el breve análisis económico de las cláusulas resolutorias y de exigibilidad anticipada, específicamente la relacionada al sometimiento del deudor a un procedimiento concursal.

Sobre la posibilidad que tiene el acreedor financiero de resolver unilateralmente un contrato de crédito, traemos a colación lo señalado por el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero aprobado por la Superintendencia, el mismo que en su artículo 40 se limita a señalar que: las empresas pueden resolver unilateralmente los contratos celebrados, comunicando al respecto a sus clientes, conforme a las cláusulas de resolución que para tal efecto se pacten. (Resolución SBS 3274-2017).

Como se aprecia, el dispositivo legal mencionado se limita a señalar que las entidades financieras tendrán la posibilidad de resolver unilateralmente la relación contractual siempre que la causal de resolución haya sido pactada -expresamente- en el contrato. Podría creerse equivocadamente que no importando la causal que se haya establecido en el contrato, siempre que esta sea incumplida, el acreedor tendrá a su discreción la posibilidad de decidir si resuelve o continúa con el vínculo obligacional. Esta conclusión aunque apresurada parecería lógica, sin embargo dicha posibilidad de resolver se encuentra sujeta a otras exigencias que van más allá del incumplimiento de obligación expresamente señalada en el contrato, más aun considerando, que el diseño y elaboración de dichos contratos de crédito en el sector financiero se encuentra regulados y normados por las cláusulas generales de contratación en las que el deudor ha tenido una *cuasi* nula participación, super fragmentaria, limitándose a aceptar los términos establecidos por su contraparte. Quiere decir entonces que además de la estipulación expresa de las obligaciones cuyo incumplimiento ameritaría la resolución del contrato, deben confluir con dicha expresión que las obligaciones de cargo del deudor sean razonables, guarden un equilibrio, y se

encuentren en armonía con el orden público económico, este último como pilar de las relaciones económicas.

En ese sentido, corresponderá hacer un análisis específico sobre la posibilidad de resolver y exigir el pago inmediato del saldo insoluto del crédito ante el incumplimiento de determinada obligación y si esta razón es amparable.

#### 9.1 Resolución y exigibilidad anticipada ante el sometimiento del deudor a procedimientos concursales

Como acabamos de mencionar el motivo que justifica la resolución y la exigibilidad del pago del saldo insoluto del crédito debe ser analizado en cada caso en particular a efectos de poder determinar si dicha razón resulta amparable y se encuentra en armonía con el orden público económico. En España, como lo recuerda Gomez-Salvago, Cecilia (2012) el control de contenido se convierte, además, en un objetivo judicial prioritario en un contexto económico como el presente, cuando la aplicación efectiva de la cláusula puede resultar abusiva o injusta [...] (p. 8)

Ahora bien, sería recomendable que el control señalado por la autora sea analizado de manera directa por las partes y antes de la celebración del contrato, más aun considerando que estas cláusulas son incorporadas a una serie indefinida de contratos de forma unilateral por las entidades financieras, quienes cuentan con asesores legales y estudios jurídicos que les brindan el soporte legal correspondiente; todo esto, a efectos de evitar que el órgano jurisdiccional tome parte y lleve a cabo el análisis de viabilidad y eficacia legal de las cláusulas ante la eventual presentación de la causa por la parte

afectada. Debemos tener en cuenta que aunque el órgano jurisdiccional ingrese al análisis de legalidad de una cláusula estipulada por las partes privadas en los contratos de préstamo, si bien es una medida legítima y jurídicamente posible en el marco de un Estado de Democrático Derecho, no obstante, se constituye simultáneamente en un poderoso mensaje hacia los terceros que tienen expectativas de inversión privada, proveniente de capitales tanto nacional como extranjero, los cuales podrían sentirse amenazados y considerar la ponderación realizada por el poder judicial como un potencial intervencionismo -legal o no- por parte del Estado. Esto, en definitiva, desincentivaría la inversión privada.

Es usual, común y hasta homogénea, en su literalidad, la incorporación de lo que hemos denominado a lo largo del presente trabajo de investigación como Cláusula Anticoncursal en los contratos de préstamo bancario desde aquellos préstamos otorgados a personas naturales hasta aquellos que tienen como destino la obtención de capital para empresas pequeñas o grandes que será utilizado en el desarrollo de su industria, comercio y/o actividad empresarial. En esta cláusula general de contratación que tiene como objetivo la resolución del contrato y exigibilidad de pago del saldo insoluto se establece, en síntesis, que la entidad financiera, cuyo deudor se someta o sea sometido a cualquier procedimiento concursal regulado por la legislación peruana, podrá acelerar los plazos pactados, exigir el pago total del crédito y/o resolver el contrato.

## 9.2 El impacto de la Cláusula Anticoncursal

Una cláusula como la indicada en el párrafo anterior impide que el deudor acceda al sistema concursal, quiere decir que si el deudor atravesara

una situación de crisis financiera sea por problemas de liquidez o, ante una situación más extrema como la insolvencia, se encontraría en la imposibilidad de que su patrimonio sea reestructurado o que su salida se realice de manera ordenada; lo cual llevaría a un caos predatorio del patrimonio en el que todos los acreedores buscarían recuperar sus créditos no importando que los medios empleados resultaran siendo ineficientes para el mercado, y para la sociedad en su conjunto, tal como lo expondremos oportunamente en el capítulo reservado al análisis económico de los procedimientos concursales. Sin perjuicio del impacto indirecto a una serie de derechos constitucionales.

Adicionalmente, debemos resaltar que el sistema concursal establece un procedimiento en el que no se desconocen los créditos, ni obligaciones asumidas por los deudores, sino que determina una forma ordenada de hacer frente a ellos, ante la imposibilidad financiera del deudor de responder a sus deudas de acuerdo con los pactos preconcertados con sus acreedores. Es así como, según lo señala Congreso de la República (2002). Ley 27809 - Ley general del sistema concursal:

Artículo II: Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.

De lo mencionado por la Ley 27809, se puede colegir que el procedimiento concursal, no constituye un procedimiento de exclusión y/o desconocimiento de acreencias, todo lo contrario, constituye un mecanismo de negociación,

diálogo, y gestión entre los acreedores para la toma de decisiones respecto del patrimonio del deudor con el objetivo de lograr la recuperación del crédito, de una manera más eficiencia y bajo reducidos costos de transacción. Tiempo atrás, las derogadas normas concursales, se enfocaban principalmente en ser un mecanismo de salvataje de la empresa a cualquier costo, o en la reestructuración patrimonial del deudor, y de manera residual la recuperación de los créditos por parte de los acreedores; estos procedimientos se encontraban regulados tanto por el DECRETO LEY N.º 26116 (Ley de Reestructuración Empresarial) y DECRETO LEGISLATIVO N.º 845 (Ley de Reestructuración Patrimonial). En ese sentido, los incentivos para acogerse a los mecanismos concursales de la época resultaban insuficientes y poco atractivos para los acreedores, quienes preferían liquidar a los agentes económicos en crisis y recuperar una ínfima parte de sus acreencias.

Sin embargo, con el transcurrir del tiempo y la promulgación de un nuevo dispositivo concursal las cosas cambiaron y el enfoque normativo puso la mira en la recuperación del crédito como principal objetivo, con lo cual los acreedores de los deudores sometidos a concurso recobran el interés en buscar las formas más eficientes de gestión patrimonial determinando en el desarrollo del procedimiento si conviene que la empresa sea reestructurada para lo cual deberán aprobar un Plan de Reestructuración con las mayorías correspondientes, o en su defecto, determinar la salida ordenada del mercado del deudor mediante la aprobación del Convenio de Liquidación, que deberá respetar, claro está, el orden de prelación establecido en el artículo 42 de la vigente ley concursal (Ley 27809).

### 9.3 Redescubriendo la importancia histórica de la ley Concursal en el Perú

Si bien podríamos remontarnos al derecho romano para escarbar en los antecedentes históricos relacionados al derecho de quiebras y propiamente al derecho concursal en el que la entidad humana del deudor estaba estrictamente relacionada a la satisfacción del crédito, es decir, que ante el eventual incumplimiento del deudor frente a su acreedor, este último tenía la posibilidad de disponer y/o usufructuar del cuerpo y la vida de aquel; considero que este estudio dada la profundidad de la materia ameritaría una investigación específica al respecto. Sin embargo, como hemos advertido, el derecho de crédito ha evolucionado a tal punto que en la actualidad y bajo los alcances de la legislación moderna sería inconcebible que los acreedores puedan disponer del cuerpo y la vida de sus deudores, tal es así, que la vigente constitución política contempla en el artículo 2°, inciso 24), literal c, que no hay prisión por deudas. Habiendo dicho esto, no profundizaremos más en esta materia.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar los antecedentes relacionados al derecho concursal vinculados a la época del virreinato y que se sujetaban a la legislación hispana vigente en aquella época (S. XIX). Aunque muy breve, debemos señalar dos instrumentos jurídicos esenciales en el desarrollo del derecho concursal español que tuvieron influencia directa en el derecho concursal peruano; a saber, el primero de ellos, las Siete Partidas, que fueron un cuerpo normativo redactado en Castilla durante el siglo XIII que buscaba la uniformidad jurídica de aquel reino, uno de los principios fundamentales introducidos por este cuerpo jurídico en materia de derecho concursal fue el principio de la *Par conditio creditorum*, en

contraposición al también famoso principio *Prior en tempore potior in iure*. Este principio concursal establece la paridad de tratamiento en igualdad de condiciones para los acreedores concursales. Otra de las características de las Siete Partidas estuvo relacionada a las sanciones impuestas contra los deudores que cometían fraudes concursales estableciéndose su responsabilidad en aquellas actuaciones dolosas que tenían como finalidad perjudicar a sus acreedores.

El siguiente instrumento jurídico hispano al que haremos referencia y que tuvo influencia en lo que antiguamente conocíamos como el derecho de quiebras, fueron las Ordenanzas de Bilbao, normas jurídicas comerciales impuestas a los países latinoamericanos hasta el siglo XIX, y que otorgaba tres calificaciones distintas a los deudores concursales; aquellos que habían presentado simples atrasos en el pago de sus créditos, los que por cuestiones eventuales o transitorias no se encontraban en capacidad de enfrentar sus deudas y los que ya sea de manera culpable, dolosa o fraudulenta no satisfacían las acreencias a su cargo.

#### Código de comercio de 1902

Este código de comercio, aún vigente, tiene como sustento y antecedentes las Ordenanzas de Bilbao y el código español de 1885 es el primer instrumento en la legislación peruana que consagra dentro de su articulado normas directamente relacionadas a la materia concursal, como lo señala Lozano (2015, p. 25) “Se tratan las crisis patrimoniales del comerciante en el Libro IV, denominado *De la suspensión de pagos y de las quiebras. De las prescripciones, que*

*tiene vigencia, hasta 1932*". En este importante cuerpo normativo se introducen conceptos jurídicos como, el estado de suspensión de pagos como una etapa previa a la crisis definitiva. Asimismo, se establece que tanto el deudor como los acreedores podrían solicitar la declaración de quiebra. Otro de los aspectos a resaltar fue la introducción de tres tipos de insolvencia, la fortuita, la culpable y la fraudulenta, cada una de ellas con características propias.

### Ley de quiebras

Esta norma concursal que entró en vigencia en el año 1932 establece que todos los procedimientos relacionados a la quiebra serán de cargo de una autoridad judicial. Otro de los aspectos de mayor relevancia introducidos por la norma materia de comentario fue que el procedimiento de quiebra no estaba direccionado única y exclusivamente a deudores comerciantes, sino que también se habilita la posibilidad de someter a concurso a aquellos deudores que no llevaban a cabo actividades comerciales.

Como puede apreciarse esta norma solo establecía una única alternativa que era la quiebra del deudor ante una situación de suspensión de pago previa, sin considerarse ni tomarse en cuenta el patrimonio involucrado. Esto es, que podrían darse escenarios en que los activos del deudor podrían ser superiores a los pasivos.

Otra característica especial fue la distinción entre quiebra financiera y quiebra económica, mientras la quiebra financiera implicaba que los pasivos (deudas y obligaciones) eran superiores a los

activos, la quiebra económica implicaba una situación de crisis momentánea que podría ser superada. Como es evidente mediante la quiebra se buscaba la realización de los activos del deudor con la única finalidad de satisfacer a sus acreedores.

Finalmente, una distinción también importante fue aquella relacionada a los tipos de convenio de liquidación, estableciéndose dos convenios: Convenio de Liquidación extrajudicial en el que intervenían todos los acreedores mediante la firma de un contrato y Convenio de liquidación judicial, en el que, si bien participaban tanto deudor como acreedores, era indispensable la participación del juez. Un detalle adicional lo trae a colación Lozano (2015) al señalar que en todos los casos el juez civil, una vez declarada la quiebra, por oficio comunicaría este hecho al juez instructor para que inicie las investigaciones del caso (p.27). Esto último estuvo relacionado a la imputación de responsabilidad penal del deudor como consecuencia de la quiebra.

#### Ley de restructuración empresarial

En diciembre del año 1992 se promulgó el Decreto Ley 26116, que dio vida a la innovadora Ley de Restructuración Empresarial, la cual según Flint (2004) considera a la empresa como instrumento principal de desarrollo económico, pues la crisis de las empresas no solo incide en la política económica de los países, sino también en sus políticas sociales al crear desempleo e inestabilidad social.

De lo mencionado por el autor líneas arriba se puede observar que el foco de atención de la presente norma radicaba en la búsqueda

de la recuperación y estabilización financiera de la empresa, pues esta es considerada como un ente canalizador de diversos intereses económicos, políticos y sociales.

Otro de los aspectos a considerar y que realzan la importancia de la presente norma radicó en la desjudicialización de los procedimientos concursales delegándose esta importante causa a un ente administrativo. Esta característica tuvo la enorme virtud, de entre otras, descongestionar la carga procesal de los juez, delegar en un organismo especializado los procedimientos concursales, y establecer un procedimiento dinámico, rápido y expeditivo, acorde con las necesidades comerciales que demanda el mercado.

Si bien esta norma evidenciaba grandes mejoras en la normativa concursal, como resalta Flint (2004) pese a las modificaciones, en un principio beneficiosa para muchas empresas, se evidenció una serie de vacíos legales que trajeron como consecuencia una mala aplicación de la norma, con el consiguiente fracaso del proceso de reflotamiento de empresas (p.15).

Para efectos del presente trabajo de investigación es importante desatacar que a nivel normativo como doctrinario, el interés puesto en la empresa, significó un avance en la concepción de los procedimientos concursales, pues se empieza a dejar de lado la decimonónica idea de castigo, la que fue reemplazada por una preocupación en la empresa como ente generador de riqueza y bienestar en la sociedad.

Ley de reestructuración patrimonial

Mediante el Decreto Ley 845 del 20 de setiembre de 1996 entra en vigencia la Ley de reestructuración Patrimonial cuyo objetivo principal fue el convertirse en un instrumento que permitiera superar las deficiencias advertidas en la derogada Ley de Reestructuración Empresarial, ya que si bien se mantuvo el foco de atención en la recuperación del aparato productivo denominado empresa, se introdujeron importantes precisiones tales como: i) solamente podrían acogerse a los procedimientos de reestructuración empresarial aquellas empresas financieramente viables, ii) la junta de acreedores era la responsable de determinar la administración temporal del deudor así como de aprobar el plan de reestructuración patrimonial. iii) se eliminó el procedimiento judicial de quiebra estableciéndose el proceso de disolución y liquidación concursal a cargo de la autoridad administrativa (INDECOPI). iv) se estableció la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones que estuvieran pendientes de pago por parte del deudor.

Cabe indicar que con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma mencionada se promulgó el Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial aprobado por Decreto Supremo 014-99-ITINCI, que aclaró y modificó los alcances de la ley.

#### Ley General del Sistema Concursal

Una vez realizado este breve repaso histórico sobre los aspectos que considero más relevantes en la evolución del derecho concursal o derecho de quiebras como aún se lo conoce en otras latitudes,

llegamos a la vigente ley peruana en materia de reestructuración o liquidación empresarial.

La norma de la que ahora nos toca hablar, ha recibido el nombre de Ley de General del Sistema Concursal (Ley 27809) que representa un sustancial avance respecto de sus antecesoras. En esta novísima norma del año 2002, se mantienen y refuerzan las mejoras introducidas por los diversos dispositivos concursales previos y se incorporan otras que ayudan a fortalecer el sistema concursal, sistema que si bien tiene como fuente el incumplimiento de las obligaciones asumidas entre privados no cabe duda de que, en los últimos 20 años, desde su entrada vigencia, ha evolucionado de tal forma que hoy en día es claro que sus fronteras van más allá de lo estrictamente privado. Hoy en día, tanto en la esfera nacional como internacional, el derecho concursal ha evidenciado un impacto social significativo poniendo su foco de atención no solo en las relaciones interprivados, sino que hoy en día pone especial atención a los sujetos vulnerables que se encuentran involucrados en el concurso, sólo por mencionar alguno de ellos, téngase en cuenta: los trabajadores, las personas con discapacidad, etc.

Es así como, para la promulgación de la vigente norma concursal se identificaron diversas oportunidades de mejora que requerían un pronunciamiento legislativo que permitiera la unificación y consolidación de un sistema concursal sólido que respondiera a las necesidades que planteaba el mercado en una situación de crisis empresarial. Dentro de los puntos de dolor identificados por las distintas

comisiones del Congreso de la República para la presentación del proyecto de reforma del antiguo sistema de reestructuración patrimonial se logró identificar que existía un uso indiscriminado y confuso de los procedimientos dado que se habían emitido una serie de instrumentos legales que generan confusión y un cierto nivel de caos que imposibilitaban la correcta aplicación de las normas concursales. De igual forma, la falta de celeridad en los procedimientos concursales como consecuencia del incremento de la carga procesal, dado que un gran número de deudores se acogía al sistema de reestructuración patrimonial producto de la crítica y prolongada situación económica por la que atravesaba el país. Por otro lado, los elevados costos de uso y administración del sistema, dado que estos procedimientos concursales eran considerados como complejos, dilatorios e indefinidos. La intervención de la administración tampoco era un aspecto positivo que se debía destacar, pues la capacidad de fiscalización tanto de los acreedores respecto del deudor, como de la administración respecto de la toma de decisiones de la junta de acreedores era de difícil materialización por cantidad de defectos y vacíos para el control de la preservación del patrimonio, así como para la fiscalización del cumplimiento de los acuerdos adoptados en el seno de la junta de acreedores; esto agudizado por un uso inadecuado del sistema por parte de los administradores y liquidadores concursales quienes aprovechando las ya mencionadas escasas facultades de fiscalización atribuidas a la autoridad contaban con información relevante no proporcionada a los acreedores, en el manejo del

patrimonio del deudor. Otro punto de dolor con una connotación eminentemente social era aquel relacionado a las acreencias laborales dado que estas no se encontraban adecuadamente representadas en las Juntas de Acreedores lo cual tenía un impacto en la estructura y forma de pago de dichas acreencias. Finalmente, uno de los aspectos más críticos que restaba por mejorar era la falta de predictibilidad en el desarrollo de los procedimientos concursales, esto como consecuencia del constante intervencionismo del Poder Judicial, en ese sentido las resoluciones y decisiones de la autoridad administrativa era vistas como débiles y vulnerables y que podían ser objeto de cuestionamiento a través de mecanismos distintos a los que ofrecía el propio sistema de reestructuración patrimonial vigente en aquel momento.

Considerando la evolución del derecho concursal en los últimos años y advirtiendo las oportunidades de mejora identificadas -unas más urgentes que otras- resulta importante mencionar las ventajas que trajo consigo la entrada en vigencia de la nueva ley concursal, y que han servido para fortalecer un sistema que, si bien muestra una tendencia hacia la liquidación empresarial, ha sido de gran soporte para aquellas empresas que han logrado reestructurarse. Dentro de estas mejoras podemos mencionar las siguientes:

- Se ha fortalecido el sistema concursal al integrar las diversas normas concursales promulgadas hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley General del Sistema Concursal – Ley 27809.
- Se ha establecido expresamente que deberá agotarse la vía administrativa previa, antes de interponer acciones de garantía en

caso de violación de derecho constitucionales. Así el Congreso de la República (2002) – Ley General del Sistema Concursal:

Numeral 2 del artículo 133 de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal establece que las acciones de garantía sólo proceden cuando se agota la vía administrativa previa, salvo las excepciones previstas en la Ley de Hábeas Corpus y Amparo y serán conocidas en primera instancia por la Sala Superior Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia y en grado de apelación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Esto tiene una repercusión directa en el fortalecimiento de la participación de la autoridad administrativa en los procedimientos concursales pues le da un mayor protagonismo y refuerza las decisiones tomadas por la Comisión de Procedimientos Concuriales (CCO) y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

- Se estableció, Congreso de la República (2002) – Ley General del Sistema Concursal, como exigencia que:

El Comité de la Junta de Acreedores esté integrado por 4 miembros que deberán ser, obligatoriamente, representantes de créditos de distinto origen. Así, el artículo 56.1 literal a) de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, señala que el Comité estará integrado por cuatro miembros. La Presidencia corresponde al

Presidente de la Junta, quien, en caso de ausencia, renuncia o impedimento, podrá ser reemplazado por el Vicepresidente. Los otros tres deberán representar obligatoriamente, entre ellos y con relación al Presidente, y siempre que resulte posible, créditos de diferente origen, si los hubiera presentes en la reunión, salvo negativa expresa de dichos acreedores a integrar el mismo. Esta modificación tiene como finalidad evitar que los acreedores laborales permanezcan en un estado de indefensión respecto de las decisiones adoptadas por el Comité y que se logre una adecuada tutela de sus acreencias. Como se puede apreciar, esta modificación tiene una clara connotación social pues busca el resguardo de los derechos laborales y la protección de quienes se encuentran en la parte débil de la relación laboral. Esto evidencia cómo el derecho concursal va evolucionando y su esfera de aplicación tiene un impacto que supera los límites estrictamente privados.

- La nueva Ley General del Sistema Concursal también introdujo incentivos económicos que permiten una salida ordenada y también ágil del mercado, reduciendo los costos de dicha salida. En ese sentido, mediante la promulgación del Congreso de la República (2002) - Ley General del Sistema Concursal se determinó:

Novena Disposición Final) que se exoneraba del pago del Impuesto General a las Ventas a las adjudicaciones de

bienes del deudor que, en ejecución de la disolución y liquidación, sean realizadas en favor de los acreedores laborales en cancelación de sus créditos reconocidos. Como podemos apreciar, mediante este dispositivo se ratifica el contenido social de la norma concursal pues se establece una marcada diferencia respecto a los demás acreedores concursales quienes no gozan del beneficio de exoneración del Impuesto General a las Ventas (IGV) en caso de adjudicación de bienes como consecuencia de un procedimiento de disolución y liquidación.

A modo de conclusión de este apartado podemos decir que desde el arranque del sistema concursal moderno a inicios de los años noventa con la promulgación de la Ley de Reestructuración Empresarial (Ley N° 261116) hasta la entrada en vigencia de la nueva Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809), pasando por la Ley de Reestructuración Patrimonial y sus modificatorias; el derecho concursal peruano ha experimentado una serie de cambios importantes que representan sustanciales mejoras en lo que anteriormente se denominaba como el procedimiento de quiebras. Esta modernización del sistema concursal peruano trajo consigo importantes avances, se empezó por adaptar los procedimientos concursales a la moderna economía peruana -que ya empezaba a mostrar cambios en el manejo y gestión del modelo económico-, al contexto económico y financiero internacional que exigía cambios en las políticas económicas nacionales con el objeto de atraer capital e inversiones extranjeras y brindar de seguridad jurídica a dichos capitales. Dentro los cambios experimentados, podemos

mencionar la incorporación del concepto de insolvencia, con lo cual se fue restando espacio al ineficiente proceso de quiebras. Se elevó a la condición de protagonista a los acreedores concursales quienes reunidos en junta decidirían el destino del deudor luego del correspondiente análisis económico-financiero. En un inicio se buscó principalmente la recuperación del aparato económico propiciando los procedimientos de restructuración, si bien esto fue relativizándose con el tiempo y hoy en día se señala expresamente que el principal objetivo de la ley concursal es la recuperación del crédito, viendo esto en retrospectiva no podemos desconocer la importancia que tuvo pasar de un sistema que propiciaba la quiebra ante la suspensión de pagos a uno en el que se evaluaba de manera previa a la disolución y liquidación la situación económica y financiera de la empresa.

Otro de los grandes avances que representó la nueva normativa concursal ha sido la desjudicialización de los procedimientos concursales, atribuyéndose el conocimiento de estos a una autoridad administrativa como el INDECOPI. Esto generó mayores incentivos para el acogimiento a este sistema pues de ahora en adelante -al menos hasta hoy- el desarrollo de los procedimientos sería supervisado por una entidad con capacidad técnica especializada, y que de igual forma permitía liberar al sistema concursal de la sombra que representaba la asidua carga procesal que hasta el día hoy es uno de los males endémicos que aquejan los órganos jurisdiccionales de nuestro país.

Con todo lo expuesto en este apartado queda claro que el derecho concursal es una herramienta fundamental para la recuperación del crédito en aquellas empresas -y personas naturales que desarrollen actividad

empresarial- que atraviesan dificultades económicas. El desarrollo del sistema concursal a lo largo de estos últimos 30 años ha sido vertiginoso y presenta hoy en día un espectro de acción que sobrepasa la esfera privada puesto que ya no podemos afirmar que el concurso de los acreedores en un procedimiento concursal, ya sea que decidan por la reestructuración o disolución y liquidación del deudor, es un asunto que atañe solamente intereses particulares sino que sobrepasa la esfera privada y con connotaciones clara y marcadamente públicas, con alto contenido social y que tiene un impacto en el mercado, entendido como el conjunto de actores que intercambian bienes y servicios a cambio de un precio. En esto último radica hoy en día la gran importancia del sistema concursal peruano.

Ahora bien, a modo de conclusión de este apartado, todos aquellos nuevos mecanismos que se implementen en materia concursal deben llevarse a cabo a través de una reflexión académica y tomando en cuenta el comportamiento de los agentes en el mercado a lo largo del tiempo dejando de lado sesgos ideológicos y favoritismos políticos que impidan que el mercado se desarrolle de manera eficiente y que el sistema concursal sufra las consecuencia de tratamientos y regulaciones antojadizas. La negociación es uno de los aspectos de mayor importancia en los procedimientos concursales, es por ello por lo que coincidimos con lo señalado por Rodríguez (2021) quien considera que el estímulo a los mecanismos negociales no se debe construir haciendo más gravosos el acceso a los mecanismos judiciales, sino sobre una base pedagógica y cultural que evidencia ventajas. (p. 308)

9.4 R. N° 045-2019-INDECOPI-COD (“Propuesta de mejoras normativas a la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal”) y la Ley PARC.

Mediante documento de trabajo institucional emitido mediante R. N° 045-2019-INDECOPI-COD, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI presentó ante la opinión pública, el 22 de abril de 2019, diversas propuestas de mejora a la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal con la finalidad de recibir aportes y comentarios de las distintas instituciones públicas y privadas y de la ciudadanía en general que tenga algún interés en el desarrollo de los procedimientos concursales.

Para los fines de la presente tesis, este documento de trabajo representa la confirmación de que el derecho concursal es un derecho dinámico, por la propia naturaleza del objeto que regula, ya que se inserta en la gestión empresarial en su etapa más crítica que es aquella relacionada a la insolvencia del empresario deudor. Este empresario desarrolla sus actividades en el mercado, espacio físico o digital en el que se llevan a cabo transacciones de intercambio de bienes y servicio a cambio de un precio. La evolución de las ciencias, la sofisticación del consumidor y el desarrollo de una conciencia mercantil más profunda, todo ello acompañado con el cada vez más acelerado desarrollo tecnológico; hacen que el mercado evolucione de manera exponencial. Hoy en día se pueden realizar compras a través de los canales digitales sin necesidad que el proveedor del bien o servicio cuente con un establecimiento físico, se encuentre limitado por un horario de atención, o cuente con personal que concrete la venta; basta con la gestión de tokens, claves digitales y asistentes virtuales para que cualquiera de

nosotros pueda hoy en día adquirir o, utilizando un término técnico legal, contratar bienes o servicios.

Esta dinámica empresarial y mercantil exige que el derecho concursal brinde respuestas adecuadas a aquellos actores empresariales que atraviesen por situaciones de deterioro financiero y económico. Es decir, el derecho concursal se debe ir reformulando y adaptando a las nuevas tendencias.

En esa línea, el documento de trabajo presentado por el INDECOPI en el año 2019 confirma que el derecho concursal requiere de una mejora que responda a las necesidades actuales y reconozca que el derecho concursal, antes que nada, es un derecho dinámico, y que en los tiempos actuales supera y sobrepasa el ámbito estrictamente privado, por lo cual se sugieren mejoras que refuercen la participación de la Autoridad Concursal en el desarrollo de los procedimientos. Dentro de las propuestas presentadas resaltamos las siguientes:

- a. Que Autoridad Concursal personificada en el INDECOPI cuente con facultades para emitir lineamientos y recomendaciones con la finalidad de promover la prevención de infracciones y la eficiencia en el sistema concursal. Esto evidencia que la autoridad concursal a lo largo de los años ha identificado el impacto que tienen los procedimientos concursales en la estabilidad del mercado, el interés social, y su repercusión en los stakeholders, es decir aquellos agentes que tienen interés en el desarrollo de las actividades y toma de decisiones en la empresa que se ven afectados con la crisis del agente económico.

- b. Prelación y preferencia en el pago de créditos post concursales, la finalidad de esta propuesta sería la de incentivar la adquisición de fondos para el reflotamiento de la actividad empresarial del deudor, este capital sería proveído por las entidades financieras las que ante un eventual deterioro -aún mayor- de las finanzas del deudor podría recuperar sus créditos de manera preferente y no ubicarse - probablemente- en el quinto orden de prelación previsto por la norma concursal vigente. La propuesta señala que estos créditos ocuparían el segundo orden de prelación de manera conjunta con los créditos tributarios, por encima de los créditos respaldados con garantías personales o reales. Es importante destacar que con esta propuesta el INDECOPI no altera la preferencia otorgada a los créditos laborales y previsionales los cuales por su propia naturaleza representan intereses que deben ser tutelados de manera reforzada, considerando que la unidad productiva se encamina a la extinción, es decir, el derecho concursal acepta y reconoce que estos procedimientos tienen un impacto considerable en la sociedad afectando intereses públicos.
- c. Que el periodo de sospecha contenida en la norma concursal se amplíe de 1 a 2 años, dado que la autoridad concursal considera que los 12 meses anteriores a la situación de concurso no son suficientes para evitar que el deudor pueda realizar actos que defrauden a sus acreedores o que evite que el concursado realice una gestión temeraria de su patrimonio en detrimento de la masa concursal teniendo en cuenta que cuenta con información relevante que le permite conocer la

situación financiera real de la empresa y sospechar o presumir con sólidas bases que se avecina su posible sometimiento a concurso.

- d. Que se modifique la regulación relacionada a los acreedores vinculados, según se indica en el documento de trabajo *dicho mecanismo de control del voto decisorio de acreedores vinculados puede ser fácilmente eludido a través de cesiones de tales acreencias a terceros*. La experiencia administrativa ha mostrado que los acreedores vinculados mediante la creación de relaciones contractuales formales simulan transferencias de acreencias a favor de terceros, lo que en los hechos no implica que los intereses de los acreedores vinculados hayan desaparecido, sino que el propio interés es lo que los incentiva a encontrarse en la sombra de las decisiones que terminan respondiendo a los intereses patrimoniales del deudor. En ese sentido, la autoridad propone que los créditos inicialmente de titularidad de acreedores vinculados mantengan las restricciones originales, es decir las limitaciones de los derechos políticos, como el voto en junta.
- e. Que la autoridad concursal cuenta con facultades para supervisar y fiscalizar la existencia y cuantía de los gastos en que se haya incurrido el liquidador, así como su relación y beneficio al concurso. Lo particular de esta propuesta radica en que la autoridad concursal ha sustentado la misma señalando que *la autonomía de la voluntad de la junta ni puede encontrarse por encima de la actividad administrativa de fiscalización ni la potestad sancionadora de la autoridad concursal*. Esto quiere decir que si bien los procedimientos concursales tienen su

origen en el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor con sus acreedores en un plano estrictamente privado y que, una vez sometido a concurso, es la junta de acreedores el órgano de mayor jerarquía en la toma de decisiones respecto al destino del deudor, la autoridad concursal tiene también una participación importante en el desarrollo del procedimiento no sólo como órgano veedor y supervisor del desarrollo procedimental en estricto sino como órgano encargado de velar por el adecuado funcionamiento del mercado en la medida que este tiene implicancias generales en la economía nacional que afectan a todos los agentes involucrados, productos, proveedores y consumidores.

- f. Con la finalidad de que se amplíe el abanico de administradores y liquidadores la autoridad concursal propone que la *experiencia recaiga en los gerentes y equivalentes de las entidades y no en la misma persona jurídica. Con ello se busca promover que se constituyan nuevas entidades administradoras y/o liquidadoras, pero manejadas por personas que cuenten con la experiencia y el perfil técnico idóneo para realizar las labores de administración y liquidación [...]*.
- g. La autoridad propone, en base a datos estadísticos, elevar el importe máximo de las sanciones de 100 UIT a 300 UIT considerando que *el perjuicio patrimonial causado por una conducta infractora incurrida por la entidad registrada sobrepasa las 100 UIT. Con esto se busca incentivar una adecuada performance en la gestión del concursado por parte del administrador o liquidador.*

- h. Se plantea la creación de la figura del contralor concursal; la introducción de este sujeto concursal tiene como justificación la necesidad de que autorice la realización de actos de disposición patrimonial del deudor que no estén relacionados estrictamente con el *curso ordinario del negocio* del concursado; sancionado la no autorización con la ineficacia del acto jurídico celebrado.

Asimismo, otro de los instrumentos jurídicos que ha demostrado que el derecho concursal es un derecho dinámico que responde a necesidades públicas con la finalidad de resguardar no sólo los intereses privados sino el bienestar general de la sociedad es la famosa Ley PARC (Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal – Decreto Legislativo N° 1511). Este dispositivo tiene sus orígenes en la situación de crisis económica generalizada por la que atravesaba el país como consecuencia de la pandemia por la COVID-19.

Como señala el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). Decreto Legislativo N° 1511, Decreto Legislativo que crea el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (“PARC”) para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del COVID-19:

Tiene como finalidad proteger a la empresa, reprogramar sus obligaciones impagas, evitar su insolvencia, la pérdida de negocios y fuentes de empleo para solo así asegurar la recuperación del crédito. Si bien este decreto legislativo y su reglamento tienen abundancia de normas con carácter eminentemente procedimental, para fines de esta

investigación he querido resaltar lo establecido en el artículo 1, respecto del objeto.

La promulgación de esta norma clarifica considerablemente el panorama respecto de la importancia de los procedimientos concursales para la estabilidad del mercado, la protección del aparato productivo como fuente de empleo formal en un país donde esta característica es escasa, la recaudación tributaria y la competencia entendida en su sentido más amplio. Si bien la recuperación del crédito no deja de ser un asunto de especial interés, lo más importante es la sostenibilidad del aparato productivo ya que de este depende que el mercado en un sentido amplio goce de la estabilidad necesaria para que el país pueda mantenerse en constante desarrollo. Es una herramienta necesaria incluso en épocas de crisis como una pandemia sanitaria pues facilita un mínimo de negociación entre acreedores y deudores, ya que estos últimos tendrán a su cargo el diseño del Plan de Refinanciación Empresarial (PRE) y aquellos deberán aceptarlo o rechazarlo.

Un aspecto a resaltar en esta norma y que refleja la calidad técnica de la misma radica en que se ha excluido del reconocimiento de créditos aquellos que son de origen laboral y producto de una relación de consumo; sin embargo, se establece como obligación del deudor consignarlos en el Plan de Refinanciación Empresarial (PRE) y en caso no lo hiciera acarreará responsabilidad.

Como se puede apreciar, en definitiva, estos dos documentos consolidan la imagen que hemos ido perfilando acerca de los procedimientos concursales y su impacto en los intereses públicos, el mercado, el orden público económico

y en el fortalecimiento del régimen económico peruano como una economía social de mercado. En una economía que se encuentra en pleno desarrollo como la peruana, contar con estas herramientas que permitan la gestión de las empresas en crisis de una forma eficiente y con adecuados costos de transacción donde las decisiones las tomen aquellos que tienen el principal interés en el patrimonio en crisis es una señal importante para los inversionistas y la seguridad jurídica de sus capitales; pues se verán atraídos por un mercado con estas características.

Sin embargo, no podemos ser ajenos a una reflexión importante y que constituirá un gran avance en materia concursal; y es que, como se ha mencionado, el desarrollo de toda actividad empresarial, incluso la pública, lleva implícito la asunción de riesgos; riesgos que pueden materializarse y determinar que la empresa se encuentre en un escenario de crisis económica ya sea por falta de liquidez o sencilla pero lamentablemente por una agravada situación de insolvencia que impida su recuperación; ambos escenarios forman parte del juego al que se somete el empresario al invertir su capital en un sueño económico. Por ello, considero firmemente que el Estado a través de sus instituciones públicas y regulatorias como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOP) y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) mediante el ejercicio constante de la función pedagógica institucional deben empezar a eliminar del panorama empresarial la estigmatización y consecuente discriminación de las empresas en concurso promoviendo y capacitando a los agentes involucrados en los procedimientos concursales sobre las enormes ventajas que representa para el mercado peruano la solidificación de las normas que hacen frente a

los problemas de insolvencia. En muchas ocasiones, se ha evidenciado que el concursado se convierte en un paria del sistema financiero incapacitado para el acceso al crédito, pese que sabemos que los bancos y demás entidades financieras constituyen la principal fuente de capital fresco para el desarrollo de actividades empresariales. Una profunda reflexión sobre este aspecto permitirá no sólo el fortalecimiento del sistema concursal mediante la toma de decisiones eficientes, sino que contribuirá a generar un círculo virtuoso cuyo impacto positivo recaerá en última ratio en el propio mercado en su conjunto. Esta reflexión pasa también por una mejora en la regulación del sistema financiero, y es que se deben brindar herramientas a los bancos para que se sientan atraídos de invertir en empresas concursadas que resulten viables luego de un análisis financiero, flexibilizando, por ejemplo, la estructura de provisiones, reforzando los alcances de las garantías o encontrando algún otro mecanismo técnico que permita el reflatamiento de las empresas concursadas. Ya que la falta de dinero fresco, tal como lo afirma Rodríguez (2021) puede obedecer a dos causas: i) la estigmatización del mecanismo recuperatorio y la asimilación automática de la recuperación con una quiebra, sumada a la desconfianza propia del incumplimiento, y ii) de la reglamentación de las entidades de supervisión de los acreedores financieros que no permiten el suministro de recursos frescos sin generar un efecto adverso. (p.220)

## **CAPÍTULO X: EL ESLABÓN: LA CLÁUSULA ANTICONCURSAL EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO BANCARIO**

Hace algunos años se creía con relativa certeza, gracias a la influencia de los medios de comunicación antes que a la propia literatura científica en sí,

que el proceso evolutivo era un fenómeno lineal compuesto por una serie de eslabones vinculados a la cadena evolutiva y esto generó que durante un largo periodo de tiempo las expectativas estuvieran puestas en encontrar el “eslabón perdido” que justificara la procedencia y evolución del hombre, como lo conocemos hoy en día, desde sus orígenes probablemente africanos. Hoy, esta teoría del eslabón perdido ha quedado descartada, sin embargo, la propuesta Darwinista nos sirve como referencia para explicar lo siguiente: toda teoría y más aún aquellas que son explicadas de manera lineal requiere que los eslabones de la cadena se encuentren debidamente, alineados, plasmados y evidenciados.

Lamentablemente, muchas teorías y trabajos de investigación sobre todo aquellos vinculados al campo jurídico, ya sea por pereza intelectual o irresponsabilidad científica no logran plasmar la cadena secuencial y completa de la teoría o tesis que pretenden demostrar dejando vacíos que no permiten una comprensión cabal -y en ocasiones un enorme signo de interrogación- que tornan incomprensibles los objetivos y conclusiones alcanzados.

Por lo indicado, considero que es de vital importancia para la supervivencia del presente trabajo de investigación que en este capítulo se aborde la cuestión sobre el eslabón que no puede faltar para un adecuado entendimiento de lo que pretendo demostrar, o al menos aproximar al lector; ya que este apartado explica y conecta al régimen económico, el orden público económico, y los valores constitucionales con los objetivos generales y específicos del presente trabajo de investigación. Asimismo, justifica la ambiciosa empresa en la que nos hemos embarcado para demostrar que la contratación bancaria con cláusulas generales de contratación debe respetar

de manera irrestricta el Orden Público Económico en el marco de una Economía Social de Mercado, de igual forma demostrar que la Cláusulas Anticoncursales en los contratos de Préstamo Bancario con clientes personas jurídicas afectan el interés público y el bien común, el impacto de las Cláusulas Anticoncursales para el Sistema Bancario y dar a conocer los diversos instrumentos jurídicos con los que cuenta el sistema bancario para la protección de sus acreencias y, como correlato, del ahorro. Por lo indicado, en el presente capítulo se desarrollará la columna vertebral de este trabajo de investigación sobre la que se soportará toda su estructura.

A) El neoliberalismo que pretendió deconstruir el Estado Social

El Congreso Constituyente Democrático que surgió producto del golpe de estado de 1992, pretendió, a modo de contrabando, eliminar del registro constitucional toda referencia a la función social de las libertades y derechos fundamentales consagrados en la carta de 1979. Esto se hizo aún más patente cuando el denominado Congreso Constituyente Democrático pretendió aplicar la receta neoliberal del ampliamente conocido *Consenso de Washington*. Según lo ha advertido Ochoa (2020):

El texto del régimen económico fue inspirado en gran medida por un documento denominado “*la reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979*” elaborado por el Instituto Apoyo -de ideología neoliberal- cuyos tecnócratas colaboraron con el régimen autoritario. (p. 130)

Lo señalado en el párrafo anterior vio la luz al aprobarse y entrar en vigor la actual carta fundamental, Constitución Política peruana de 1993. Si bien, reconocemos que la constitución de 1979 necesitaba ser reformada pues consideramos que un modelo económico Estado dependiente, la espantosa cantidad de empresas públicas y el rol extremadamente protagónico del Estado, no era una receta saludable para la economía de una nación pues creemos firmemente que, y este es un llamado a la reflexión, esta tan perverso un Estado dirigista de la economía como el desmantelamiento de la función social y el componente del interés público, dejando sólo rezagos dispersos del mismo, ya que esto último ha ocasionado tal como lo ha señalado Ochoa (2020), que:

(...) no solo se suprima todas aquellas disposiciones de principio o de dimensión axiológica, como la del artículo 110 de la Constitución de 1979, que empezaba proclamando que éste se basaba en la justicia social y en la dignificación del trabajo, sino que suprime todas las habilitaciones al Estado que la Constitución de 1979 contenía, facultándolo para intervenir en las relaciones económicas en procura del bien común. (p. 130)

Así, según Fernández Segado (1994) (citado por Ochoa ,2020, p.130) “Se replica la definición del sistema económico como “economía social de mercado”, pero el articulado del régimen económico constitucional vacía de contenido su componente social.”

Es necesario recordar que el sentir ciudadano de la época había optado por un plan de gobierno con marcado enfoque social que era el que proponía el candidato Alberto Fujimori Fujimori a través del partido *Cambio 90* que a la postre lo llevaría a la presidencia de la República. Sin embargo, con el transcurrir del mandato fujimorista el auspicioso proyecto nacional de contenido marcadamente social cambió abruptamente de dirección proyectando sus esfuerzos a la implementación del plan de gobierno del candidato derrotado, Mario Vargas Llosa y su *Movimiento Libertad*. Algunos acontecimientos, que se venían arrastrando durante más de una década, tales como el terrorismo, la alta tasa inflacionaria, el intento de estatización de la banca y el descrédito de las empresas públicas que en la mayoría de los casos no contaban con una dirección orgánica correcta, propiciaron que el gobierno de aquel entonces pueda implementar reformas económicas neoliberales, entre otras medidas de marcada tendencia liberal. En un escenario como aquel que existía en la época era difícil imaginar una oposición firme a cualquier intento de cambio contrabandeado, el Perú había sido dejado a su suerte por el saliente gobierno aprista y la población que, si bien no perdía de vista el imprescindible rol social que debía cumplir el Estado, ya no tenía las energías suficientes para plantar cara a un gobierno que había tomado las fuerzas policiales y militares como respaldo; todo ello avalado, por las políticas económicas que desde Estados Unidos se habían prediseñado para los países de la región; incluso a coste de la institucionalidad democrática de las naciones latinoamericanas, estos

gobiernos -en algunos casos dictatoriales- que en búsqueda de saldar cuentas y hacerse de empréstitos renunciaron a su propia soberanía.

Lo anterior tuvo como uno de sus objetivos que el Perú se reinsertara en el panorama económico internacional, o al menos eso afirman los partidarios de estas políticas liberales, en ese sentido señalan Alva Gómez, J., y Rivas Gómez, F. (2012) que la estrategia del gobierno para fomentar la reinsertión del Perú a la economía global, inclusive a través de las inversiones extranjeras directas, exige que el Perú reanude relaciones con sus acreedores externos a la brevedad posible. (p. 197)

No obstante, y aunque parezca impensado, el debate constituyente pudo lograr que se reprodujera el régimen económico de la, tan mencionada en el actual debate político, Constitución del 79. Estableciéndose que, pese a que la iniciativa privada es libre, esta se ejerce en una *economía social de mercado*, tal como ha quedado consagrado en el artículo 58 de la vigente Constitución Política de 1993. El mencionado artículo que, si bien a nuestro entender resulta una residual clausula social, no satisface las expectativas de un país que demanda una adecuada participación estatal. Sin embargo, y gracias al regreso a la democracia, el artículo 58 ha servido , como veremos más ampliamente en los próximos apartados, que el Juez Constitucional mediante el ejercicio de una activa interpretación creadora restaure la función y contenido social de los derechos y libertades tantos civiles y políticas, como económicas, sociales y culturales.

Al haber identificado este sentido contradictorio en la Constitución de 1993 que se mece entre un espíritu neoliberal y la conservación de algunas referencias al interés, función y contenido social, Ochoa (2020) señala con acertado criterio que, la naturaleza contradictoria de la Constitución de 1993 facilita el rol de interpretación del juez constitucional, así como la acción del legislador para desarrollar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. (p. 146)

B) La incorporación de la Cláusula Anticoncursal:

En el contexto antes descrito, uno de los sectores que atravesaba una dura crisis y que había sido fuertemente impactado por las pésimas decisiones de política económica tomadas por las autoridades ejecutivas y legislativas, a finales de la década del 80, fue el sector financiero. Los intentos de estatización de la banca, las políticas monetarias poco ortodoxas, la deuda externa y uno que otro discurso populista del presidente Alan García en aquel entonces propiciaron una crisis generalizada que, entre otras consecuencias, ocasionó un alto nivel de desconfianza en los servicios bancarios, pánico vinculado a la seguridad financiera de los ahorristas, una galopante -nunca mejor empleado el término- hiperinflación, así como la devaluación monetaria e inestabilidad económica generaliza.

Respecto a la hiperinflación y devaluación monetaria debemos recordar que según cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el Banco

Central de Reserva (BCR) la inflación para el año 1990 ascendía a la astronómica cifra de 74817% lo que ponía en evidencia no sólo el pésimo manejo de la política monetaria sino la grave crisis que atravesaba el país en aquella época. El primero lustro de la década del 80 reflejaba que el Estado y concretamente el Gobierno se había equivocado en la toma de decisiones. De acuerdo con el BCR, según su Memoria de 1982, señala como algunas de las causas de la aceleración inflacionaria a las políticas de reajuste de precios de productos controlados, así como el abastecimiento de determinados productos no comercializables en el mercado internacional. En el año 84' la cosa no habría de sufrir mayor variación, siendo el reajuste de precios de productos controlados uno de los principales motivos de la constante aceleración de la tasa inflacionaria.

El segundo lustro de aquella década si bien empezó con esperanzadoras expectativas, no varió la situación económica de la época; por el contrario, terminó por agravarla. El Gobierno aprista y su Programa Económico de Emergencia, que buscaba reducir los índices inflacionarios y contribuir a la reactivación de la producción, introdujeron una serie de medidas que finalmente terminaron por empeorar la situación económica del país. Aunque inicialmente, según los reportes del BCR para el año 86' se redujo la tasa de inflación del 158.3% para 1985 al 62.9% para el año 1986, debido al congelamiento de los precios básicos de la economía dentro de los cuales se encuentra el precio de los combustibles tiene un efecto directo en el índice de precios al consumidor, control de las tasas de interés,

reducción del IGV, la reducción de las tarifas eléctricas, etc. Pero lo anterior sólo fueron espejismos de una estabilidad económica y reactivación productiva que nunca logró concretarse ya que para el año 1988 el Perú registraba una tasa inflacionaria de 1733.3% debido al excesivo gasto público originado por la gran cantidad de empresas públicas y la estatización de las principales unidades de producción; así como la asfixiante deuda externa que impedía al Perú tener cierto margen para el manejo de sus recursos. Para 1989 y 1990 las cifras inflacionarias arrojaban números, sólo comparables con la novela distópica de George Orwell "1984", 2775.3% y 7649.6%, respectivamente; esto ocasionó grandes desequilibrios macroeconómicos, agudizó la crisis económica interna, los precios de los principales productos de la canasta básica se dispararon, y nuestra moneda se vio afectada considerablemente. Recordemos que en el periodo de 1985 a 1990 se estableció el INTI como nuestra unidad monetaria y el aumento del tipo de cambio, según Alva y Rivas (2012) debido a la gravitación de factores como la variación del tipo de cambio debido al aumento de las sobretasas a los tipos del Mercado Único de Cambios. (p.126)

Un tema que no puede escapar del análisis es que, durante esta etapa de nuestra historia, como a lo largo de toda nuestra vida republicana, los factores vinculados a la corrupción han tenido y tienen un impacto considerable en el diseño de las políticas públicas y consecuentemente en la promulgación de dispositivos legales. Durante el quinquenio materia de comentario (85 -90), específicamente, y

debido a la grave crisis que atravesaba el país, la oposición empezó a poner los ojos en el desempeño del Ejecutivo. Qué duda cabe que una inflación de cuatro dígitos ameritaba que se empiecen a tomar acciones de supervisión y fiscalización; tal y como lo ha advertido Quiroz (2019, p. 297) “Las obras públicas fallidas o ineficientes como el costoso tren eléctrico, anunciado como la solución al problema de transporte en Lima, y el proyecto de irrigación Chavimochic, en la región norte, pasaron a ser símbolos icónicos de la corrupción”. Además de lo mencionado por el historiador, las declaraciones de uno de los más conocidos banqueros del país en señal abierta quien indicada haber financiado la campaña electoral de Alan García, sembraron las dudas de que detrás de las decisiones sobre políticas económicas había fuertes intereses privados.

*Sobre los intentos de estatización de la banca:* Sobre los intentos de estatización de la banca en el año 1987 resulta gráfico recordar previamente cual era la posición del gobierno aprista, tan sólo iniciar sus funciones, de cara a los mercados financieros tanto nacionales como internacionales. Los antecedentes inmediatos a la estatización de la banca nacional nos llevan a al discurso pronunciado por el entonces presidente de la república Alan García Perez, en los inicios de su gobierno en 1985, en el que anunciaba que el Perú dejaría de pagar la deuda externa o siendo más precisos que sólo destinaría el 10% de lo que hasta ese entonces se paga por dicho concepto. Reproduciendo sus palabras, señaló que *“El Perú sólo asignará a la deuda uno de cada diez dólares, la décima parte de lo que le paguen*

*por su trabajo y sus exportaciones.*” Además, reconocía, ante el escenario mundial, que el Perú se encontraba en una situación de crisis y que era necesario tomar acción para evitar el colapso definitivo que condene y postergue al pueblo peruano, señalando que: *“Esta es una decisión de un país pobre, importador de alimentos e insumos industriales, cuya deuda es con los bancos occidentales y que ha sufrido y sufre la presión del Fondo Monetario Internacional”*. Es importante resaltar aquí que el Perú hacía frente nada más y nada menos que al FMI, una de las instituciones que gobiernan las políticas monetarias en el mundo occidental. Asimismo, sobre este discurso, García, Alan (2020) señala que.

Llevaba en sus propósitos explicar a los delegados y gobiernos la decisión peruana de limitar el pago de la deuda externa. Y recordaba a la comunidad internacional que había una corresponsabilidad en el otorgamiento de créditos de manera indiscriminada y sin una evaluación adecuada previa, así el político afirma que, en ese momento, los bancos, después de haber inyectado irresponsablemente enormes créditos en los países en desarrollo, iniciaban la fase contractiva de recuperación de esos créditos, en tanto que los términos de intercambio del comercio internacional se deterioraban afectando nuestra economía. (p.227).

Si este accionar fue o no políticamente correcto, cada uno es libre de juzgarlo. Sin embargo, es de destacar que la situación económica nacional estaba al borde del colapso, colapso que por cierto se

terminaría de concretar con los intentos -afortunadamente frenados por la oposición- de estatización de la banca nacional que dejaron estragos en las relaciones con el sector financiero del país.

Sobre los intentos de estatización de aquel entonces se ha hablado y escrito mucho al respecto, por ello, a efectos de no profundizar en un aspecto bastante conocido, mencionaré algunos puntos que estimo son los más relevantes para el presente trabajo de investigación. El primero de ellos, fue el quebrantamiento de las relaciones entre el gobierno y sector financiero. El grupo bancario más importante del país que tan bien se había comportado con el candidato ganador hasta ese entonces, vio en el año 87' como una amenaza a sus intereses los intentos de estatización de la banca. De igual forma, los medios de comunicación se opusieron firmemente y lograron que la clase media diera la espalda a esta nueva política económica que pretendía instalar el gobierno aprista. Como nos recuerda Quiroz, Alfonso (2019):

Los escándalos de corrupción comenzaron a salir a la luz tras la fallida nacionalización de la banca en 1987, que convenció a un importante sector de la élite y de los medios de masa de oponerse a las inconsistencias, políticas contradictorias y traiciones de García. (p.297)

Gracias a esta presión mediática y el movimiento rápido de los grupos económicos más poderosos del país se logró, con ayuda de la oposición parlamentaria, que el nuevo plan económico no logre materializarse en

los hechos; situación que muy probablemente hubiera empeorado las cosas.

Si bien, como ya lo hemos mencionado, era necesario un cambio, estos debieron ser implementados paulatinamente, luego de la correspondiente meditación, reflexión y análisis de impacto de las medidas a adoptar. Los cambios traumáticos empeoran la situación y agudizan las crisis, sobre todo en una economía que venía golpeada por intentos de reforma agraria, control de precios, cambios en la política monetaria internacional y una deuda externa que se llevaba los últimos recursos financieros con los que contaba el país. Esto generó un caldo de cultivo para lo que vendría en la siguiente década y las modificaciones en las políticas económicas que pasaron de un extremo a otro.

*Desconfianza financiera generalizada:* hasta aquí, el breve repaso de la situación financiera nacional, se muestra que la década del 80' marcó negativamente nuestra historia financiera debido a diversos motivos, entre los cuales hemos podido identificar como principales: i) la fuerte, irracional e ineficiente participación estatal en la economía, ii) la política económica exterior, puntualmente la relacionada a nuestro compromiso de pago de deuda externa, iii) el intento fallido de estatización de la banca y iv) las fricciones con importantes grupos económicos.

Estas razones, motivos y factores fueron los que abonaron y sembraron las bases de una profunda desconfianza en el sector

financiero. Por un lado, el sector privado se veía reprimido y atado de brazos al no poder involucrarse en la economía nacional por la fuerte participación estatal que hacía inviable cualquier intento de inversión privada frente al, término nunca mejor empleado, Leviatán que resultaba ser el Estado de cara al minúsculo inversionista privado. Asimismo, le dimos la espalda los mercados financieros internacionales y nos presentamos ante el mundo como un país que incumplía sus deudas o que, al menos, de manera unilateral pretendía establecer cuándo y cuánto pagar por concepto de deuda; caso *sui generis* (dicho esto con animus iocandi) en la que el deudor se hacía de capital y establecía sus propias condiciones de pago. Si bien al Perú se le facilitó capital de manera irresponsable y pernicioso, financiando dictaduras y golpes de estado, lo jurídicamente viable era intentar una renegociación de la deuda en la que ambas partes, deudor y acreedor, llegaran a un acuerdo consensuado. Otro punto importante que sumó a esta caída de la confianza en los servicios financieros fue el intento de estatización de la banca como expresión gráfica del desprecio por la banca privada y su consecuente e inmediata repercusión en el sentir ciudadano probablemente resultab'a más seguro guardar los ahorros debajo del colchón siendo -paradójicamente- el principal riesgo las acciones estatales, considerando además que la política monetaria daba señales de encontrarse enferma ni siquiera tener nuestros ahorros debajo del colchón o en una caja fuerte brindaba seguridad alguna, pues el poder adquisitivo de las familias se reducía por las aplastantes tasas inflacionarias. Finalmente, esto tuvo como consecuencia lógica que los

grupos económicos dieran la espalda al gobierno lo que agudizó la crisis financiera. Tener en cuenta que los grupos económicos están conformados por bancos, empresas de seguro, empresas de bienes de consumo, empresas del mercado de combustible, entre otros. Estos antecedentes generaron una profunda crisis de confianza en el sistema financiero, la que ameritaba tomar acciones.

Como podemos apreciar, en lo que respecta al sector financiero-bancario, se necesitaban tomar decisiones políticas urgentes e implementar medidas adecuadas para recuperar la estabilidad financiera, generar confianza en los ahorristas y que las empresas oferentes de servicios y productos financieros lograran realizar nuevas colocaciones. Por ello, en la década de los 90' se dictaron una serie de normas sectoriales e implementaron algunas iniciativas económicas, en procura del fortalecimiento de sector bancario. Como hemos advertido, en el Perú había una alta concentración crediticia, la banca se encontraba altamente segmentada, la participación del Estado en la actividad financiera era considerable, en esa línea el gobierno de Alberto Fujimori se propuso iniciar la reforma del sistema financiero reestableciendo vínculos con instituciones financieras internacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo (BID), de igual forma se modificó el esquema regulatorio del sistema financiero, se optó por un modelo de regulación denominado "regulación prudencial", de acuerdo con Mogrovejo, Jorge (1995):

La regulación prudencial se caracteriza por un conjunto de reglas destinadas a orientar el riesgo que toman los bancos, como por ejemplo capitales mínimos, suficiencia patrimonial, límites al otorgamiento de créditos a vinculados, grupos económicos o personas naturales tales que prevengan cualquier situación de riesgo moral en que puedan incurrir los accionistas de los intermediarios financieros. (p. 110)

En esa línea se aprobaron una serie de dispositivos normativos en el marco del proceso de liberalización de la banca, a continuación, haremos un breve repaso por los principales:

- i. Decreto Legislativo 637, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros y Decreto Ley 25987, Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros:

Con la entrada en vigencia de una nueva ley para las instituciones financieras se apuntaba a brindar una mayor libertad a las empresas del sistema financiero para la colocación de productos financieros. De igual forma se reducía la intervención estatal en las actividades bancarias, lo que fomentaba la participación del sector privado. Estas acciones generaron mayores eficiencias en la intermediación financiera. Asimismo, se introdujo por primera vez el Fondo de Seguro de Depósito (FDS), tal y como es conocido hoy en día, estableciéndose un límite de cobertura en \$ 4,000 dólares lo que incentivó que las instituciones financieras sean cautelosas y evitaran excesivos riesgos, por el lado de los

ahorristas se los protegía frente a posibles asimetrías informativas al brindarles cobertura. Por su parte la Ley Orgánica estableció nuevas formas de supervisión determinando acciones prudenciales y preventivas; además se le otorgó mayor autonomía a la Superintendencia al preservar su autonomía funcional, económica y administrativa y que otras leyes no podían establecer disposiciones de obligatorio cumplimiento. Para concluir este punto conviene recordar que se derogó la Ley 24723 que buscaba y orientaba sus esfuerzos a la estatización de la banca.

- ii.* Decreto Ley 25987, Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros: Uno de los aspectos más importantes que introdujo la promulgación de esta nueva ley de bancos fue el establecimiento de un nuevo sistema de supervisión basada en un ejercicio prudencial y preventivo que de acuerdo a lo señalado por la SBS consistía en:

Orientar el riesgo que toman los bancos, como por ejemplo capitales mínimos, suficiencia patrimonial, límites al otorgamiento de créditos a vinculados, grupos económicos o personas naturales tales que prevengan cualquier situación de riesgo moral en que puedan incurrir los accionistas de los intermediarios financieros. Por otro lado, establecía la autonomía funcional, económica, y administrativa de la Superintendencia.

*iii.* Decreto Legislativo 770 (Modificó el Decreto Legislativo 637):

En el año 1993 se emitió el decreto legislativo materia de comentario, un instrumento legal que significó una nueva forma de hacer banca en el Perú. Dentro de las principales innovaciones podemos mencionar, la implementación en el sistema financiero del concepto de banca universal o múltiple, esto permitía la diversificación del riesgo, propugnaba una mayor competencia, y promovía el crecimiento económico, de la mano con lo anterior -prácticamente- se eliminó la banca de fomento o al menos se la hirió de muerte. Al 2023, sola y únicamente podemos rescatar a la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (Cofide). Esto generaba ineficiencias en el mercado bancario. Otra de las medidas incorporadas fue la posibilidad de que capitales extranjeros puedan ingresar a la estructura propietaria de los intermediarios financieros, estableciéndose que tanto el capital nacional como el extranjero debían recibir el mismo trato. Estas medidas propiciaron que el sistema financiero lograra oxigenarse y se convirtiera en propulsor del desarrollo económico en el país.

*iv.* Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros: Esta norma dada a finales del año 1996 significó un nuevo avance en la liberación del sistema financiero. Dentro los muchos cambios y modificaciones que se han dieron con la entrada en vigencia de la presente norma, podemos resaltar que esta generó una mayor

competencia en el mercado financiero mediante una acelerada expansión del crédito tanto de mediano como largo plazo, se reestructuró la forma de determinación de provisiones; asimismo se determinó una recategorización de la conceptualización de créditos vinculados y concentración crediticia, determinándose que esta no sólo debería tomar en cuenta la identidad del accionariado o identidad de estos; sino que se debería considerar el concepto de grupo económico, asimilando así la legislación nacional a los criterios internacionales establecidos por el Acuerdo de Basilea.

Estas normas e iniciativas -entre otras tantas- significaron en los hechos una liberalización indiscriminada del sector financiero ya que, si bien fortalecía a los bancos e instituciones financieras, de igual forma les brindaba tanta libertad que permitía situaciones de abuso con un control y supervisión estatal muy residual. Recordemos que, dentro una relación contractual bancaria, en la otra cara de la moneda se ubica el usuario, cliente y/o consumidor financiero, que en aquel entonces -e incluso ahora pero quizás en menor medida- se encontraba, prácticamente, a merced de los condiciones preestablecidas y fijadas por dichas instituciones, a las que no se les puede pedir una visión altruista de los negocios, cuando de obtener rentabilidad se trata, pero por lo menos deben considerar un mínimo de responsabilidad social en sus operaciones. Existe una clara incompatibilidad entre la finalidad de lucro perseguida por las empresas financieras y el derecho de los usuarios a condiciones justas y equilibradas en las relaciones contractuales, que debe ser remediada por el Estado, no para beneficio

en extremo de los usuarios ni para una irrestricta e infranqueable libertad contractual sino para lograr una solución eficiente que permite la generación de rentabilidad y una adecuada gestión de los derechos de los usuarios.

Así las cosas, los bancos e instituciones financieras vieron con buenos ojos las políticas estatales que se iban implementando a lo largo de toda la década y que, dentro de todos los beneficios y ventajas que estos cambios representaban, también les permitía establecer condiciones contractuales acorde a sus intereses dejando de lado los de la contraparte, es decir de aquellos que solicitaban recursos financieros, capital. Esto ocasionó que se establecieran tasas de interés elevadísimas, comisiones y gastos por servicios no contratados que las entidades los imputaban al usuario a su sola discrecionalidad, autonomía y deseo. Asimismo, no existía una supervisión de las condiciones generales de contratación que en gran número resultaban leoninas y que a su vez no eran objeto de negociación y que en el hipotético escenario que lo hubieran sido, dada la posición dominante de estas empresas proveedoras existían pocas probabilidades de que hubieran sido modificadas y mucho menos eliminadas de los contratos celebrados.

Debido a lo antes mencionado, es que la Cláusula Anticoncursal fue encontrando cabida en un sistema que se regía básicamente por el apetito e interés de las empresas financieras y bancarias.

## 10.1 La intervención del Juez Constitucional en el restablecimiento de la Cláusula Social en la Constitución de 1993

Como se puso en evidencia en el capítulo anterior, la necesidad de reconstruir la Cláusula del Estado Social se hace cada día más patente como consecuencia de los avances que ha experimentado el derecho internacional en el que los diversos tratados han venido reforzando el espíritu social que debe inspirar el contenido de los derechos y libertades de la persona. Debemos recordar que los derechos ganados, y los significativos progresos en la tutela de estos, no pueden ser objeto de reducción o retroceso a raíz de nuevas interpretaciones sino por el contrario debe marcarse una tendencia hacia la consolidación de los logros obtenidos.

Es decir, si la sociedad ha sido beneficiada con el reconocimiento de derechos fundamentales, las acciones que se tomen a futuro, sea que provengan de organismos internacionales o de los Estados particulares en el ejercicio de su soberanía, deberán guardar estricta correspondencia con esta progresión y el contenido de los derechos fundamentales no deberá ser objeto de menoscabo; esto implica que los poderes del Estado sólo podrán actuar de manera progresiva, reforzando y de ser posible, ampliando el espectro y contenido de los derechos ganados a favor de la persona.

Respecto de los derechos fundamentales, aunque en el debate previo a la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 el Congreso Democrático Constituyente pretendió que los derechos económicos, sociales y culturales no se encuentren dentro de los que son considerados como derechos fundamentales de las personas en una clara intención de restringir o minimizar los derechos sociales fundamentales, Ochoa (2020) recuerda que:

No se debe ignorar que como precisa Bobbio los derechos constitucionales derivan de un mismo “Código Genético”, de modo que, en el ámbito del derecho internacional, desde la segunda posguerra, circulan los principios de la indivisibilidad e interdependencia de los humanos, como criterio interpretativo por los diversos organismos internacionales.

#### 10.1.1 El rol activo del Juez Constitucional

El juez constitucional como figura disruptiva en un Estado Social y Democrático de Derecho cumple su función de interpretación de las normas constitucionales de dos formas, a las que podemos denominar pasiva y activa. Mediante la forma pasiva, el juez constitucional se limita al estudio del texto de la norma y a la búsqueda de la voluntad del legislador, en este caso del constituyente. A efectos de poder extraer la intención del redactor, el juez recurre a exposiciones de motivos, anteproyectos, proyectos, ponencias, ponencias sustitutorias, diario de debates y toda fuente oficial que registre las discusiones o propuestas que se dieron en torno a una determinada norma. En la otra acera, a través de la forma activa, el juez constitucional desarrolla una actividad interpretativa creadora, en la que no solo recurre al texto de la norma y la intencionalidad del redactor, sino que amplía el contenido de la norma, le da vida y esencia, y logra ajustarla a determinados parámetros vigentes, actualizándola en sus alcances y manteniéndola con vigencia efectiva. Imaginemos por un momento a los jueces de la suprema corte de los Estados Unidos de Norteamérica, interpretando los alcances de la Quinta Enmienda en pleno siglo XXI bajo el texto de la norma y la voluntad del legislador de la época es más que probable que los derechos consagrados en

dicha enmienda -ratificada en 1791- excluyeran a un gran número de ciudadanos estadounidenses, ya sea por su condición económica, raza o religión lo cual es inaceptable hoy en día. Este breve ejercicio, nos permite concluir que el trabajo de creación desarrollado por el juez constitucional es de vital importancia en un Estado Social y Democrático de Derecho, sobre todo en el nuestro, en el que a modo de contrabando se pretendió vaciar de contenido la Cláusula Social.

Con relación a la función interpretativa creadora del juez constitucional, Pozzolo (2011) señala que:

Por tanto, él se configura como el protagonista sobre la escena del Estado Constitucional democrático contemporáneo; en efecto, la naturaleza del objeto que interpreta (la Constitución), la explicación de funciones particulares (establecer la escala de valores considerada justa), las específicas consecuencias de su actividad interpretativa (su particular impacto jurídico-político), hacen de la corte uno de los principales órganos de la moderna organización estatal, transformándolo contemporáneamente en el gestor del constitucionalismo moderno. (p.169)

#### 10.1.2 El Test de Proporcionalidad como herramienta en la labor activista del juez

Cierto sector de la doctrina cuestiona el rol interpretativo creador del juez constitucional al señalar que este no tiene legitimación democrática para realizar dicho acto de creación jurisprudencial de la norma. Es decir, señala que el juez no es un funcionario que ha sido elegido por decisión democrática-

popular y, por ende, no estaría en la aptitud de poder realizar y desempeñar un rol creativo, asimismo sus decisiones no se encuentran sujetas al control de pueblo, lo que restaría la posibilidad de ejercer un control efectivo sobre sus decisiones; a diferencia del Poder Legislativo, cuyo ejercicio de su función creadora está sometida al escrutinio del Tribunal Constitucional. Al respecto, Nino (2011) ha señalado que:

Este es el argumento basado en el hecho de que los jueces no tienen legitimidad democrática para encarar las gravísimas cuestiones valorativas que, según el argumento anterior, ellos deben encarar para justificar sus decisiones. Los jueces no están elegidos directamente por el pueblo, ni responden de sus decisiones ante él.

Sin embargo, señala Ochoa (2020):

Una de las respuestas del neoconstitucionalismo al cuestionamiento de la legitimidad democrática del juez es la aplicación del *principio de proporcionalidad*, concepto jurídico, que emerge en la segunda mitad del siglo XX y que se ha consolidado en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. (p. 160)

Si bien el presente trabajo de investigación no tiene como objeto desarrollar a profundidad el *Test de Proporcionalidad*, para el entendimiento de este subcapítulo es importante que por lo menos esbochemos los alcances, características y partes del Test, pues mediante esta herramienta el juez constitucional puede superar escollo de la carencia de *legitimación activa* que ha servido como fundamento para cuestionar su capacidad creadora.

En línea con lo anterior, el Test nace o se formula en la jurisprudencia europea como aquella herramienta que permite analizar y resolver los conflictos originados entre derechos y/o principios constitucionales. Para explicar las partes de este juicio de ponderación -como ha sido denominado por la jurisprudencia española- recurriremos al trabajo del maestro Marcial Rubio Correa quien en su obra El Test de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, hace un análisis crítico del test, pero a su vez identifica con riguroso detalle las 6 partes o etapas de esta herramienta metodológica.

Así, Rubio (2018), identifica que la formulación definitiva -del Test- quedó establecida, en la sentencia 0045-2004-PI-TC del 29 de octubre de 2005, con seis elementos:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación,
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad,
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin),
- d) Examen de idoneidad,
- e) Examen de necesidad y
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. (p.11)

Si bien a lo largo de toda su obra el profesor Rubio Correa señala que el test de proporcionalidad habría sido utilizado en diversas ocasiones de manera incorrecta y distorsionando sus alcances, no resta su valor esencial para la resolución de determinados casos. Por ejemplo, Rubio (2018), señala que se necesita mejorar sustantivamente el trabajo sobre el examen de

idoneidad: la falta de fundamentación o su carácter defectuoso ocurren en más de la mitad de los casos en los que el examen de idoneidad ha sido utilizado. (*Rubio 2018, p.150*).

No obstante, resalta su valor jurídico para la resolución de conflictos. Es por ello por lo que el doctor en Derecho al que seguimos propone la siguiente fórmula alternativa para una mejor aplicación de esta herramienta legal:

“El grado constitucionalmente tolerable de afectación de un principio o un derecho, que no puede afectar su contenido esencial, tiene que ser siempre menor o, cuando menos, correspondiente al grado de satisfacción del otro principio, del otro derecho, o del objetivo constitucional establecido”. (*Rubio 2018, p.150*).

Consideramos que el Test es fundamental para este trabajo de investigación pues tenemos la certeza de que mientras no se establezca de manera expresa que no es posible consignar o en su defecto sancionar con nulidad la estipulación de Cláusulas Anticoncursales en los contratos de financiamiento bancario o que se determine expresamente que el acceso al sistema concursal es de orden público pues más allá de sus efectos privados tiene una clara repercusión de cara a terceros, será el órgano constitucional que a solicitud -siempre- de parte deberá resolver caso por caso la vulneración al derecho a la libertad de empresa, de la libre contratación y de acceso a procedimientos concursales, de la parte más débil en este tipo particular de contratación, esto es la de préstamos o créditos otorgados por las empresas del sistema financiero particularmente los bancos a deudores empresariales quienes emplearan los recursos en actividades de comercio e industria. Esto

también representa la violación del Orden Público Económico en el marco del régimen de Economía Social de Mercado el cual, como he visto, ha sido reconocido por el Estado peruano y, en mayor o igual medida, la libre competencia en una concepción progresiva o progresista.

Para lo anterior, no cabe la menor duda, deberá utilizar como herramienta fundamental el Test de Proporcionalidad debiendo desarrollar cada una de las etapas identificadas en la jurisprudencia constitucional, así como por la doctrina autorizada, con asidua rigurosidad; ya que resulta fundamental que el juez constitucional utilice esta herramienta de manera adecuada.

## **CAPÍTULO XI: APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA TEST DE PROPORCIONALIDAD AL PRESENTE CASO**

Más allá de cuestiones estrictamente doctrinales y de las percepciones particulares que pueda tener el investigador sobre la viabilidad de la presente propuesta resulta de especial interés valernos de una herramienta metodológica desarrollada por la jurisprudencia constitucional española allá por el año 1995 en la sentencia número 66/1995 aprobada el 8 de mayo de 1995 en un recurso de amparo. Nos estamos refiriendo al denominado Test de Proporcionalidad que, si bien los españoles consideraron como un test de 3 pasos, a la sazón: i) verificar si la medida cumple el objetivo, ii) era necesaria, en el sentido de que no existía otra medida menos restrictiva y iii) verificar si era proporcional en el sentido estricto del término, es decir si en el balance costo beneficio, la medida resulta equilibrada.

El Tribunal Constitucional peruano, con sus defectos y claras oportunidades de mejora en su aplicación, ha desarrollado un test de seis

pasos -pese a que en ocasiones no se plasmaron en las sentencias cada una de estas etapas- que deben aplicarse de manera progresiva y siendo cada una de ellas preclusorias para la aplicación de las siguientes. Si bien la jurisprudencia ha evidenciado que aún nos encontramos ante un desarrollo incipiente en la aplicación de esta metodología, no por ello debemos descartar su aplicación.

Consideramos oportuna su aplicación dado que el presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar la inconstitucionalidad de las Cláusulas Anticoncursales en los contratos de préstamo dinerario, específicamente los contratos de préstamo mediano plazo, pues estamos seguros que atentan contra el orden público económico, la libertad contractual y desvirtúan el sistema de libre competencia todo ello en el marco del régimen de economía social de mercado consagrado en nuestra constitución política.

Si bien el presente análisis será breve, pues el desarrollo de la investigación va mucho más allá de la simple aplicación de test de proporcionalidad al presente caso concreto, no por ello carecerá de todos los elementos necesarios para llevar a cabo un adecuado análisis resaltando cada uno de los 6 pasos desarrollados por la jurisprudencia peruana, extremando la rigurosidad del trabajo y haciendo todos los esfuerzos para superar los errores propios de un test que se encuentra en sus primeros años de desarrollo. Como lo ha señalado el maestro Rubio (2018) el test de proporcionalidad introduce una relatividad absoluta en el cumplimiento de los derechos constitucionales y no permite mediar la intervención en el derecho constitucional afectado, con el grado de cumplimiento con el fin constitucional protegido (p.143). Si bien coincidimos con el maestro en el sentido que el

desarrollo de una metodología de medición del fin constitucional es precario por no decir nula por parte del Tribunal Constitucional, creemos que con una mayor rigurosidad es posible determinar el impacto que tendrá determinada medida en la consecución de los fines deseados; claro está, respetando siempre el núcleo duro o contenido esencial de cada derecho constitucional.

Finalmente, hacemos nuestro lo señalado por Rubio (2018) cuando afirma que “un tema fundamental de remarcar es que al hacer el análisis de cada tramo del test es preciso no solo dar argumentos de principio o de carácter abstracto sino, además, es necesario constatar si esas ideas pueden o no concretarse en la realidad” (p. 187).

La aplicación:

Como se trata de un análisis en abstracto se hace necesario recurrir a un eventual proyecto de norma, la misma que será utilizada para el desarrollo de la metodología. Esa línea presentamos el siguiente texto virtual y/o ficticio:

*“En los contratos de préstamo o mutuo en los que el prestatario, mutuuario o acreedor sea una empresa del sistema financiero, no se podrá establecer pacto alguno que señale como obligación de hacer o no hacer la imposibilidad de acceder al sistema concursal. Tampoco se podrán, en los contratos de préstamo o mutuo en los que el prestatario, mutuuario o acreedor sea una empresa del sistema financiero, adelantar cuotas o resolver contratos de préstamo debido a que el deudor acceda o intente acceder a alguno de los procedimientos concursales regulados en la ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, o cualquier norma que en el futuro la modifique, sustituya o*

*reemplace; o se acoja a cualquier procedimiento concursal regulado por normas especiales distintas a la mencionada.*

*Cualquier acuerdo que contravenga lo establecido en el párrafo anterior será sancionado con nulidad; sin perjuicio de la validez de los demás acuerdos adoptados en el contrato”*

Una vez propuesto el diseño de la norma que será objeto del test de proporcionalidad, debo señalar que si durante el desarrollo de la metodología en alguno de los pasos se encuentra alguna inconstitucionalidad el análisis concluye sin desarrollar los pasos siguientes. Recordemos que los pasos son preclusorios.

Paso 1: Determinación del tratamiento legislativo diferenciado. - Lo que vamos a analizar en el primer paso del test es la determinación de si la medida adoptada se justifica, basando dicha determinación en situaciones de hecho objetivas y razonables que la justifiquen. El trato diferenciado implica entonces determinar la existencia de problemas de igualdad y discriminación, y si estos problemas pueden ser superados debido a una razón o razones justas que ameriten la diferenciación realizada por la medida legal. Es decir, debemos indagar si en el desarrollo de la norma existen dos situaciones de hecho que se justifiquen mediante un trato constitucionalmente diferente.

Entonces, al existir una norma diferenciadora deberá existir también una norma general; siendo la norma especial o específica -es decir la diferenciadora- la que establece un tratamiento distinto al general basado en características, particularidades y justificantes

objetivos y razonables. Es decir, características propias de la situación de hecho especial -inmerso en la norma de carácter general- que será acreedora de consecuencias distintas.

Apliquemos el Paso 1 al caso concreto. Para poder determinar el tratamiento diferenciado y si este se justifica lo que debemos ubicar en primer lugar es la norma general que se encuentra contenida en la norma específica materia de análisis. Entonces, diremos que la norma específica está vinculada a una norma general contenida en el artículo 1354 del código Civil de 1984 que establece que *las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo*, en concordancia con el artículo 1647 que define el contrato de mutuo en los siguientes términos: *Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.*

Dicho esto, la norma específica establece un trato diferenciado respecto de la posibilidad de establecer libremente el contenido de los contratos de mutuo en general, conocida como libertad contractual en los contratos de mutuo, versus la restricción específica en los contratos de préstamo o mutuo, *en los que el prestatario, mutuuario o acreedor sea una empresa del sistema financiero*, de establecer cláusulas que limiten el acceso a procedimientos concursales, sustentados en la norma general y otro de carácter específico.

Como se puede apreciar se trata genéricamente del mismo supuesto, sin embargo, la norma diferenciadora (nuestra norma propuesta) trae consigo una característica extra que genera un trato distinto constitucionalmente válido que no podría ser calificado como discriminación, dada la naturaleza de las cosas.

Sobre la naturaleza de las cosas resulta esencial hacer una pausa al desarrollo del test y explicar este concepto. Iniciemos por transcribir lo que establece la Constitución Política de 1993: Artículo 103.- *“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas [...]”* lo primero que podemos advertir en esta norma constitucional es la distinción hecha por el constituyente entre normas de carácter general y normas de carácter específico, preferimos el término normas al de leyes pues entendemos que ese es el sentido correcto de la expresión, abarcar un amplio espectro normativo. Además, el artículo señala que esta distinción no podrá basarse en diferencias personales (sean estas por cuestiones de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole) pues configuraría una discriminación flagrante. Y, finalmente, establece que dicha diferenciación se debe sustentar en la naturaleza de las cosas, esto es, en las características particulares de cada situación y sus rasgos esenciales con el fin de alcanzar tanto grado de justicia como sea posible. Quiere que la naturaleza de las cosas se convierte en el justificante de la diferenciación.

Entonces, volviendo al desarrollo del Paso 1; como consecuencia de la naturaleza de las cosas, el trato diferenciado no afecta el principio de igualdad. Lo que nos permite concluir que este trato será siempre permitido y no existirá discriminación si las diferencias se sustentan en razones objetiva, rasgos esenciales y características particulares que justifiquen la norma diferenciadora.

Como podemos apreciar de la norma propuesta, se establece un trato diferenciado debido a las características propias (naturaleza de las cosas) en los contratos de mutuo celebrados por los mutuuarios con empresas del sistema financiero, quienes tienen un considerable poder de dominio en la negociación financiera, lo que le da una fuerte ventaja frente a su contraparte permitiéndoles – a las empresas financieras - establecer las condiciones contractuales que más se ajusten a sus intereses. Recordemos que el poder de negociación de los deudores o potenciales deudores es prácticamente nulo frente a las entidades financieras pues se limitan a aceptar las cláusulas generales de contratación estipuladas en los contratos de crédito, sin hacer mención de las asimetrías informativas respecto de determinadas cláusulas contractuales que demandan un mayor conocimiento técnico legal.

Podemos concluir, que en el presente caso sí se evidencia un trato diferenciado pero sustentado en razones objetivas, justificadas, razonables y racionales que no afectan la vulneración al principio de igualdad, lo que deriva en un trato no discriminatorio.

Continuemos con el siguiente paso del test.

Paso 2: Determinación de la intensidad de la intervención en el derecho afectado. – En este tramo del test se analizará el grado de intervención en el derecho afectado en dos aspectos: i) la discriminación constitucional y ii) la restricción o impedimento de un derecho de rango constitucional o inferior.

Como preámbulo al análisis de este Paso 2, considero oportuno señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido 3 niveles para la determinación de la intensidad de la intervención en el derecho afectado. Señala el tribunal que estos niveles son: i) grave, ii) media y iii) leve. Será grave cuando la intervención esté relacionada a la discriminación proscrita por la Constitución en el artículo 2 inciso 2 es decir por cuestiones de origen, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica; y, además cuando el derecho afectado tenga rango constitucional. Será media cuando la intervención esté relacionada a la discriminación proscrita por la Constitución en el artículo 2 inciso 2 es decir por cuestiones de origen, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica; y, además cuando el derecho afectado tenga rango constitucional, o de un interés legítimo; y además cuando el derecho afectado no tenga rango constitucional. Finalmente, señala el tribunal, será leve cuando la discriminación no se encuentra expresamente enumerada en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución; y, además, cuando el derecho afectado no tenga rango constitucional, o de un interés legítimo. Referencia: Sentencia del Tribunal

Constitucional emitida el 29 de octubre de 2005 – Exp-0045-2004-PI-TC.

Consideramos que el Tribunal falla al borrar del registro del artículo 2 inciso 2 del texto constitucional la mención a “...o de cualquier otra índole”. Por un lado, resulta difícil imaginar algún tipo de deber de no discriminación que, de manera directa o indirecta, pura o derivada, no tenga sus orígenes en la Constitución. Asimismo, la supresión hecha -esperemos de manera involuntaria- elimina cualquier posibilidad de considerar algún otro tipo escenario discriminatorio establecido en la propia constitución, los cuales son muchos. Solo a modo de referencia de esto último podemos citar los artículos 7, 16 y 17 sin descartar el océano de posibilidades señaladas en propio texto constitucional. En esto coincidimos con lo señalado por Rubio (2018) en el sentido que:

La recta interpretación del texto de este inciso (inciso 2 del artículo 2 de la Constitución) nos lleva a la conclusión de que la Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación porque, luego de la enumeración de causales específicas añade “[...] o de cualquier otra índole”. Los motivos de discriminación expresamente mencionados (...) no son una lista taxativa que tenga un grado superior de consideración a cualquier otra discriminación (p. 54).

De lo anterior, entonces, tenemos que en este tramo del análisis sólo se tendrá en cuenta el grado de intervención en sus niveles de: i) Grave

y ii) Leve. Clasificación que tomamos del análisis realizado por el doctor Marcial Rubio Correa en su obra *Text de Proporcionalidad* (2018).

Volviendo a nuestra norma propuesta. Se evidencia de la misma que si bien se establece un trato diferenciado entre los sujetos integrantes de la relación negocial en el contrato de préstamo financiero, este no responde a ningún factor discriminatorio pues las razones de dicha diferenciación se centran específicamente en la naturaleza de las cosas, teoría desarrollada en el Paso 1. En ese sentido, queda descartado el factor discriminatorio del presente análisis.

Toca ahora enfocarnos en la siguiente variable respecto a la intervención en el derecho afectado, esto es, determinar si la norma propuesta afecta algún derecho de rango constitucional o inferior. Parto diciendo que la norma propuesta no vulnera ningún derecho de rango constitucional, pues la libertad de contratar -art. 62 de la Constitución- entre las partes (empresa financiera y deudor) se encuentra plenamente garantizada dado que no se restringe el acceso a ninguna figura contractual y que, por el contrario, lo que se busca es un adecuado equilibrio de los intereses involucrados en el negocio jurídico. En cuanto al grado de intervención en un derecho de inferior rango jurídico al constitucional, se podría decir que la norma propuesta afecta el artículo 1354 del código civil que señala que “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato [...]”. Como se evidencia, la norma propuesta sí afecta el derecho mencionado al establecer limitaciones imperativas (bajo sanción de nulidad) a la

configuración interna, concepto que será desarrollado en siguientes apartados- del contrato de préstamo financiero, ahora bien, esta afectación tendrá que ser evaluada en los próximos pasos del test cuando se realice el examen de necesidad y el examen de proporcionalidad propiamente dicho.

Una vez realizado el Paso 2 y estar heber determinado que la norma propuesta afecta a una norma de rango infra constitucional, debemos advertir y realizar un par de acotaciones que servirán para el cabal entendimiento de los siguientes pasos.

- La determinación de la intensidad de la intervención en el derecho afectado tendrá relevancia en el próximo examen de necesidad en la medida que este determina si la medida adoptada, tendría alternativas que tuvieran un menor impacto en el derecho restringido. Claro que este escenario hipotético demandará hacer un ejercicio de simulación sobre posibles alternativas que podrían ser viables antes y de manera preferente a la opción normativa adoptada.
- La determinación de la intensidad de la intervención en el derecho afectado también será comparada, el examen de proporcionalidad, con el grado de realización de la finalidad constitucional. Con esto se determinará si la realización del fin constitucional es de tal magnitud que justifique la afectación al derecho. Adelantamos que este tipo de comparación tiene una marcada carencia de objetividad, como lo advierte el maestro Rubio (2018) la comparación de la intensidad de la intervención

en un derecho con la intensidad de cumplimiento del fin de la norma muestra una aplicación endeble y subjetiva. Da la impresión de que, en estos casos, se proyecta una evaluación no comprobable.

No obstante, agregamos que para mitigar los riesgos de subjetividad se deberá analizar caso por caso y resolverse bajo los parámetros de justicia, equidad, razonabilidad, el respeto por los derechos fundamentales y la debida motivación.

Paso 3: Determinación de la finalidad del tratamiento diferente. – En este tramo del test se analizará si la medida adoptada por el legislador resulta ser una medida que conlleva en su esencia una finalidad que constituya un bien o valor constitucional, o de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Además, este fin deberá sustentarse en fundamentos objetivos y razonables. Es decir, el órgano encargado de realizar la evaluación del dispositivo legal deberá evitar recurrir a procesos valorativos subjetivos que pudieran evidenciar arbitrariedades. Es decir, en este tramo se ha determinado que no se trata sólo del derecho a la igualdad consagrado en la constitución sino a cualquier derecho constitucional amparable.

No obstante, con el transcurrir del tiempo el Tribunal Constitucional ha tomado la decisión de ampliar el abanico de posibilidades, y en su jurisprudencia ha establecido que la finalidad no necesariamente debe constar de manera expresa en la Constitución, sino que *el trato dispar realizado por el Legislador debe contener la persecución de un fin constitucionalmente legítimo, es decir, que no*

*esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución* (EXP. N° 0004-2006-PI/TC – Fundamento 135). Como ha señalado Rubio (2018) será un fin que constitucionaliza la diferencia hecha si no “entra en disonancia” con la Constitución. Esto es importante porque permite la existencia de fines que no tengan rango propiamente constitucional, pero que sean importantes y no inválidos frente a las normas constitucionales (p. 68). Esto último refuerza el principio de constitucionalidad de las normas que, según lo desarrollado por el Tribunal Constitucional, establece que *una norma no será declarada inconstitucional a menos que exista duda razonable sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución*. (EXP. N° 020-2003-AI/TC, Fundamento 33). Es decir, se amplía la posibilidad de legislar sobre todo aquello que no constituya una inconstitucionalidad en cuanto a su finalidad; y en caso de duda, se presume su constitucionalidad.

Para concluir esta parte introductoria, resaltamos que el fin debe ser evaluado objetivamente recurriendo para ello a la propia ley, su preámbulo, los documentos relacionados tales como exposiciones de motivo y los debates parlamentarios entorno a ella.

Ahora apliquemos el Paso 3 al presente caso, en la norma propuesta se ha establecido una diferenciación de trato de género a especie entre los contratos de crédito en general y aquellos negociados en el sistema financiero, en virtud de la naturaleza de las cosas como ha sido desarrollado en el Paso 1. Ahora, indagemos en la finalidad constitucional o, según lo analizado, no inconstitucional de la norma

propuesta que servirá para justificar la diferenciación realizada en los siguientes tramos del test.

La norma propuesta tiene por finalidad proteger las relaciones económicas vinculadas en torno a la empresa, esto es los derechos de los trabajadores ligados a la empresa, los proveedores y acreedores en general; así también garantizar el cumplimiento de los compromisos previsionales y aquellos créditos de origen tributario. Es decir, estos fines se vinculan a derechos, garantías y libertades constitucionales que el Estado se encuentra obligado a garantizar, dentro de estos tenemos; el Artículo 23 de la Constitución señala que: *“El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado [...]”* esto justifica la intervención del legislador en la búsqueda de garantizar un mayor margen de protección de los derechos laborales. Por su parte el Artículo 77 de nuestro texto constitucional establece que: *“La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. [...]”* Es evidente que sin una adecuada gestión de los recursos obtenidos mediante la recaudación tributaria sería imposible que el Estado pueda destinar y distribuir los fondos necesarios para el cumplimiento de los planes anuales de ejecución y contratación de bienes y servicios, así como el desarrollo de distintas obras de infraestructura, entre otros. Es decir, la norma propuesta tiene como finalidad que el Estado cumpla con una adecuada administración económica y financiera. Sin perjuicio de lo mencionada hasta ahora podemos decir que, adicionalmente, la norma propuesta tiene como fin proteger a la empresa, reprogramar sus

obligaciones impagas, evitar su insolvencia, la pérdida de negocios y fuentes de empleo y, con ello, asegurar la recuperación del crédito y la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional a todo nivel.

Como se puede apreciar la finalidad de la norma propuesta y por ende de la diferenciación leve realizada por la misma, cumple con fines constitucionales y constitucionalmente viables. Por ende, consideramos superado este tramo del test.

Continuemos con el siguiente paso del test.

Paso 4: Examen de Idoneidad. – En esta parte del test se deberá demostrar que, entre la intervención realizada en el derecho afectado y la finalidad constitucional, o no inconstitucional perseguida, existe una relación directa. Es decir, lograr concluir que el fin justifica el medio empleado, pues solo mediante una justificada finalidad constitucional perseguida por el legislador se puede emplear un medio que afecte directamente un derecho, no sólo el de igualdad si no cualquier otro reconocido expresamente o no por la constitución. Por consiguiente, esta parte del análisis consistirá en revisar si la diferenciación realizada resulta idónea para conseguir la finalidad, y si existe una relación de causalidad de medio a fin.

Por otro lado, no bastará con realizar un desarrollado argumentativo abstracto de la manera en que la norma propuesta -esto es la diferenciación- ayudaría a conseguir la finalidad buscada; sino, que se deberán realizar los esfuerzos suficientes para establecer en los

hechos el cumplimiento del fin. En esta parte del Paso 4, conviene recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional en cuanto al criterio interpretativo de una norma, así el supremo interprete de la Constitución ha dicho que:

*[...] la interpretación constitucional no termina en la mera interpretación, sino que pasa a una segunda etapa, donde el Magistrado constitucional debe preguntarse respecto del producto interpretativo al que ha arribado, qué resultados producen en la sociedad, tanto económicos, políticos [...] (EXP N° 0044-2004-AI-TC).*

Quiere decir entonces que la medida deberá generar una suerte de eficacia virtual en los hechos para el cumplimiento de la finalidad, y que no basta únicamente recurrir a un examen retórico o a un análisis lógico argumentativo, sino que además deberá verse reforzado con proyecciones que aseguren un cabal y efectivo logro de los objetivos -entiéndase finalidad- establecidos por la norma diferenciadora, que en este caso es la norma propuesta.

Un punto que no debemos dejar de acotar es aquel que dictamina que en caso una vez hechas las proyecciones virtuales sobre el efectivo cumplimiento de la finalidad y que esta no haya podido generar convicción plena respecto de los futuros resultados obtenidos en los hechos; en este caso, se deberá tener en cuenta el margen de discrecionalidad con la que cuenta el legislador al momento de emitir

normas y en base al principio de presunción de constitucionalidad de las normas legislativas se deberá dar por superado este tramo del test validando constitucionalidad de la norma.

Pasemos a la aplicación práctica del Paso 4 al presente caso. Tenemos entonces que *la finalidad buscada por la norma propuesta es proteger las relaciones económicas vinculadas en torno a la empresa, esto es los derechos de los trabajadores ligados a la empresa, los proveedores y acreedores en general; así también garantizar el cumplimiento de los compromisos previsionales y aquellos créditos de origen tributario. Es decir, estos fines se vinculan a derechos, garantías y libertades constitucionales que el Estado se encuentra obligado a garantizar. Adicionalmente, la norma propuesta tiene como fin proteger a la empresa, reprogramar sus obligaciones impagas, evitar su insolvencia, la pérdida de negocios y fuentes de empleo y, con ello, asegurar la recuperación del crédito y la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional a todo nivel.*

De los enfoques y finalidades mencionadas, con el objeto de no hacer un estudio agotador de cada una de ellas, vamos a centrarnos en 2. Estas son, la relación entre la intervención en el derecho afectado con la protección de los derechos económicos laborales y con la estructura presupuestaria del Estado a través de la recaudación tributaria. Como es sabido, en el Perú -sin dejar de considerar el alto índice de informalidad- la empresa privada se constituye en la principal fuente de trabajo y generación de empleo en el país por lo que cualquier afectación de la que esta sea objeto tendrá una repercusión directa

tanto en la propia empresa como el trabajador; esto es, si la empresa atravesara una situación económico financiera complicada que la obligue a cesar en sus operaciones o que imposibilite que esta pueda seguir desarrollando sus actividades, de industria y comercio, automáticamente el trabajador también sería cesado en su puesto laboral y dejaría de percibir la correspondiente remuneración como contraprestación al servicio prestado. Asimismo, debemos considerar que el ingreso percibido por el trabajador como contraprestación a su fuerza laboral (intelectual y física), es decir la remuneración, la mayoría de las veces (casi todas) se constituye en el Perú como la principal fuente del ingreso familiar lo que haría extensiva la crisis empresarial al plano familiar.

Por su parte, el Estado para el diseño de su estructura presupuestaria anual debe contar con recursos obtenidos mediante una adecuada y saludable recaudación financiera; estos recursos en su mayoría provienen -justamente- de los impuestos que los contribuyentes tributan. Dentro de los contribuyentes debemos señalar que la empresa privada se erige como el más importante de ellos siendo la responsable de proveer al Estado la mayor cantidad de recursos. Entonces, si la empresa privada tiene algún inconveniente en su estructura financiera, por obvias razones el Estado tendrá un impacto considerable en su estructura presupuestaria.

En ese sentido, debemos tener presente que la protección al sistema empresarial en su conjunto generará mayores eficiencias en el

mercado, y la pluralidad de sectores vinculados a ella se verán ampliamente beneficiados.

Por otro lado, las colocaciones de préstamos financiero tienen como destinatario a las empresas privadas quienes solicitan créditos para el desarrollo de sus operaciones. Siendo esto así, es claro que la recuperación de los créditos es fundamental para la empresa financiera-bancaria; sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta recuperación no debe ser indiscriminada y romper con el sistema económico y los valores y principios constitucionales sobre todo aquellos de trascendencia económica, y que conforman el orden público económico.

Es decir, queda demostrada que la vinculación entre la empresa privada y la empresa financiera a través del sistema de colocaciones tiene una repercusión en el mercado y que además la recuperación de los créditos no debe realizarse sin considerar principios y valores constitucionales. Además, se pone en evidencia que la medida propuesta tiene un impacto objetivo en la finalidad perseguida, estos son en la protección de los derechos económicos laborales y en la estructura presupuestaria del Estado. Por lo indicado, se entiende por superado este tramo del test.

Paso 5: Examen de Necesidad. – En este tramo del test se hará una comparación de medio a medio, quiere decir que el medio propuesto a través de la norma dada por el legislador, la misma que lleve a cabo la intervención en el derecho afectado, será comparado con hipótesis

alternativas sobre posibles medidas que tendría un menor impacto en el derecho afectado. Es decir, se hará una simulación de cuál podría haber sido la medida alternativa a emplear que no conlleve el grado de afectación que acarrea la medida propuesta. Es decir, mediante un ejercicio valorativo el Tribunal o los jueces deberán buscar medidas hipotéticas menos rigurosas y con menor impacto en el derecho afectado que conlleven el cumplimiento del fin constitucional.

Si se logra encontrar una medida hipotética que causara una menor afectación al derecho, la medida propuesta (norma propuesta) deberá ser considerada como inconstitucional; si por el contrario, habiendo llevado a cabo los esfuerzos necesarios, rigurosos y suficientes no sería posible encontrar una medida alternativa que tenga menor impacto, la norma deberá ser declarada constitucional.

Sea que se determine la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida propuesta, considerados que en todos los casos el Tribunal o los jueces deben llevar a cabo el examen de necesidad mediante el ejercicio comparativo pues esto brindará solidez a las decisiones adoptadas y contribuirá a una mejor fundamentación del caso.

Apliquemos el Paso 5 del test, como se puede apreciar la norma propuesta establece que las entidades financieras se vean imposibilitadas de establecer cláusulas contractuales que tengan como finalidad impedir, ya sea mediante una obligación de hacer o de no hacer, el acceso de los deudores al sistema concursal mediante el

acogimiento a cualquier procedimiento concursal regulado en la legislación peruana sea estos de carácter preventivo, ordinario o algún otro especial. Adicionalmente, se debe advertir que los contratos de préstamo con empresas del sistema financiero se encuentran, en su mayoría, regulados por cláusulas generales de contratación en cuya elaboración la participación del deudor financiero es nula y sólo se somete a ellas mediante la firma del contrato no teniendo poder de negociación real y efectivo y mucho menos interviniendo en su diseño. Esto exige una labor tuitiva por parte del Estado en busca del equilibrio en la negociación financiera. Adicionalmente, la Superintendencia de Banca y Seguros se ha sustraído voluntariamente, de cualquier posibilidad de supervisión ex ante de cláusulas generales de contratación que tengan un impacto en contratos frente a deudores empresariales, es así que según el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero aprobado por Resolución SBS N° 3274-2017 en su artículo 50, establece que serán objeto de supervisión previa sólo aquellos contratos relacionados a -en cuanto a operaciones activas- créditos de consumo e hipotecario, lo que a todas luces no incluye los créditos comerciales relacionados a clientes empresas (pequeñas, medianas o grandes).

Esto evidencia el desequilibrio que existe en la relación contractual bancaria y que exige una intervención, aunque moderada, por parte del Estado. Adicionalmente, consideramos que el Sistema Concursal tiene un impacto transversal en la economía y que si bien este es gatillado por los particulares, ya sea preventivamente por parte del deudor u

ordinariamente por parte de los acreedores -incluidos los bancos-, no cabe duda alguna que su ratio de acción incluye a intereses extra privados o públicos que merecen ser ponderados al momento de elaborar políticas económicas y diseñar normas que protejan el mercado, nuestro sistema económico, y los principios y valores que lo rodean conocido como Orden Público Económico.

En ese sentido, una vez realizado el análisis previo, y al no haber encontrado una medida hipotética o alternativa que tenga un menor impacto en el derecho -infraconstitucional según lo indicado en pasos previos- y que conlleve al cumplimiento del fin buscado teniendo en cuenta todas las consideraciones señaladas en el párrafo anterior podemos afirmar que la medida propuesta es una medida necesaria y que el estado actual de las cosas se ajusta a los fines perseguidos.

Paso 6: Examen de Proporcionalidad en estricto o Ponderación. –

Hemos llegado al último paso del test denominado examen de proporcionalidad. En este tramo del test se analizará, de acuerdo con la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional, la correlación entre el grado de intervención en el derecho afectado versus el grado de cumplimiento del fin perseguido por la norma propuesta. Esto es, según la fórmula establecida por el supremo intérprete, se establece que mientras mayor sea el grado de afectación de un derecho constitucional tanto mayor deberá ser el grado de cumplimiento del objetivo buscado. Señala el Tribunal Constitucional: *Proporcionalidad en sentido estricto: [...] consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la*

*intensidad de la intervención en la igualdad.* (Exp 0045-2004-PI-TC, Fundamento 40)

No obstante, lo anterior, la ley de la ponderación ha sido desarrollada doctrinariamente por Robert Alexy considerando un supuesto totalmente distinto, en el que lo que se deberá comparar no es el grado de afectación con el grado de cumplimiento del fin constitucional sino el grado de afectación de un derecho o principio versus el grado de afectación de otro derecho o principio. La diferencia con lo establecido por el Tribunal es notoria, mientras el mencionado autor compara derechos y principios, el Tribunal compara derecho con finalidad. Esta distorsión jurisprudencial de la ley de ponderación tendrá consecuencias prácticas que afectarán el desarrollo metodológico de este tramo del test, a saber Rubio (2018) alerta que la comparación que hace nuestro Tribunal Constitucional es subjetiva y no objetiva porque, además de las limitaciones que tiene la medición de la intensidad de la intervención en el derecho constitucional afectado [...], la medición del cumplimiento del fin constitucional no tiene metodología establecida ni es susceptible de regirse por la medición de la intervención en el derecho.

Como se puede apreciar la distorsión del este tramo del test por parte de la jurisprudencia causa una inquietud importante pues no son situaciones asimilables, mucho menos al no contar con una metodología que permita medir el grado de cumplimiento de la finalidad ex ante, o proyectada.

No obstante lo anterior, mediante un ejercicio académico trataremos de proyectar los resultados de esta comparación recurriendo a proyecciones virtuales del cumplimiento de fin, pues consideramos que si bien la utilidad de la norma propuesta sólo podrá ser apreciada en su justa magnitud una vez publicada y vigente y con los agentes involucrados sujetos a esta nueva regla, esto no impide la proyección virtual de los resultados favorables de aplicación práctica. No obstante, consideramos que el Tribunal Constitucional debe mejorar los alcances conceptuales de este tramo del test a efectos de brindar protección al núcleo duro o contenido esencial de los derechos constitucionales.

Apliquemos el Paso 6 del test, como es sabido uno de los deberes del Estado es garantizar los derechos, valores y principios consagrados constitucionalmente. Asimismo, se ha demostrado que uno de los aspectos que gobierna el sistema constitucional, es el económico. Es decir, todos aquellos, derechos y principios económicos que rigen la vida económica del país. Estos derechos, principios y valores económicos se engloban dentro de los que se conoce como Orden Público Económico.

Como se ha expuesto en los pasos anteriores del test, la norma propuesta tiene como finalidad entre otros proteger los derechos económicos de los trabajadores, garantizar la estructura presupuestaria pública del Estado, así como la recuperación del crédito considerando a los acreedores como un todo y no de manera independiente.

En ese sentido, el grado de cumplimiento de la finalidad constitucional tiene un impacto considerable en la medida que la norma propuesta reconoce y establece como objetos de protección derechos económicos constitucionales; los cuales, siendo adecuadamente protegidos garantizarán el respeto por el sistema económico adoptado por el Perú, así como la protección del mercado. Esto queda - virtualmente- comprobado ya que los trabajadores podrán hacer frente a sus obligaciones personales, dentro de las que se encuentran dar respuesta al sustento familiar, el honramiento de los créditos financieros asumidos, el pago de sus obligaciones tributarias personales (renta de cuarta, pago de arbitrios, pago de impuesto predial, etc.). Por su parte, la recaudación tributaria proveniente de las empresas contribuyentes garantizará que el Estado logre una asignación eficiente y adecuada de los recursos, cumpliendo con sus planes y objetivos de asignación de recursos económicos para el desarrollado de obras de infraestructura, programas de subsidio, planes de salud y objetivos de inversión.

Además, se ha considerado durante el desarrollo del test que el grado de intervención en el derecho afectado es leve, en la medida que no se ha realizado ningún tipo de discriminación sino una diferenciación por la naturaleza de las cosas, en esta oportunidad por la naturaleza de la contratación bancaria y financiera en el que se los sujetos tienen asimetrías informativas, posiciones de dominio divergentes, etc. En ese sentido, se ha realizado una intervención en un derecho de rango legal, aquel vinculado al diseño contractual, que impide la estipulación de

cláusulas que restrinjan o limiten el acceso, directa o indirectamente, al sistema concursal dado que este garantiza una serie de derechos, principios y valores económicos de rango constitucional, que conforman lo que la doctrina ha venido a denominar el Orden Público Económico.

Por lo expuesto, el grado de intervención en el derecho afectado comparado con el grado de cumplimiento de la finalidad constitucional evidencia que la finalidad supera en relevancia la afectación del derecho, permitiendo con ello que se garanticen los valores, derechos y principios constitucionales a un coste reducido y legalmente aceptable.

Es así como este tramo del test ha quedado superado y como consecuencia de ello la norma propuesta debe ser declarada constitucional.

Conclusión: Consideramos que el test de proporcionalidad en el Perú se encuentra en una etapa temprana de desarrollo, que aún es necesario que el Tribunal reflexione sobre cada uno de los pasos de esta metodología para desarrollar una argumentación y fundamentación de sus decisiones de manera rigurosa y que contribuya a una formación y estructuración sólida de las resoluciones que se emitan en el seno de este tribunal.

No obstante, sirve como aproximación académica del más alto nivel para evidenciar que los objetivos de esta investigación se encuentran enmarcados dentro de los fines constitucionales de protección del sistema económico adoptado por el Perú, el Orden Público Económico y el mercado

en su conjunto; como se ha venido sosteniendo a lo largo del desarrollo del presente trabajo.

## **CAPÍTULO XII: UNA MIRADA A LAS CLÁUSULAS ANTICONCURSALES DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)**

Desde hace más medio siglo diversos especialistas en las ciencias económicas identificaron que las decisiones legales ya sea que estas se encuentren relacionadas con pronunciamientos jurisdiccionales o la promulgación de normas, carecían de un verdadero análisis económico. Es decir, si bien se partía de premisas muy nobles y altruistas como la búsqueda de la justicia, el logro de la equidad, la redistribución social, entre otras, aquellas carecían de fundamentos y bases económicas tales como la eficiencia, un análisis sincero de los costos de transacción, la evaluación concienzuda de las externalidades que permitieran arribar a una solución verdaderamente justa donde los recursos puedan ser asignados a sus usos más eficientes, los costos de transacción sean reducidos gracias a la intervención estatal a través políticas públicas adecuadas a las circunstancias particulares en cada caso concreto, mitigar en la medida de lo posible las externalidades negativas o que estas sean afrontadas por aquellos sujetos que se encuentran en un mejor posición de afrontarlas.

En ese contexto, y gracias al aporte del profesor Aaron Director de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago se da a conocer al mundo una nueva forma de ver los asuntos legales, mundialmente conocida como Análisis Económico del Derecho, en adelante AED. Señala Bullard (2018) que desde 1946 Aaron Director (así se llamaba este profesor) se reunía con profesores de derecho y les mostraba que las decisiones legales y las leyes

solían estar equivocadas desde la perspectiva de sus consecuencias económicas. Quiere decir, que no basta con buenas intenciones, sino que estas tienen que encontrar un sustento económico que las justifique y promueva una sólida aplicación del principio de justicia (p. 41).

Quiero precisar en este punto que si bien el análisis económico del derecho es una herramienta muy útil para medir el impacto de muchas decisiones legales sobre todo aquellas vinculadas a los costos de transacción, de suma importancia en el presente trabajo de investigación puesto que los costos de transacción para que los acreedores se pongan de acuerdo en época de crisis de su deudor común son extremadamente altas, y ante el posible riesgo de no cobro emprenden la carrera desenfrenada hacia la depredación del patrimonio en crisis lo que conllevará indefectiblemente a la toma de decisiones no sólo egoístas sino ineficientes que acarrearán la disolución, liquidación y extinción del deudor como única alternativa sin siquiera haberse analizado la posibilidad de una reestructuración patrimonial, es decir el AED resulta una herramienta muy útil en circunstancias como la descrita; sin embargo aún queda una asignatura pendiente y mucho camino por recorrer en temas como la atribución de responsabilidad civil extracontractual.

Hablemos de Pareto, Kaldor y Hicks y su relación con la eficiencia

Uno de los conceptos que trajo a la palestra el AED fue el de eficiencia. La eficiencia entendida como aquella capacidad de producir al menor costo posible y aprovechando el máximo valor de los recursos. Wilfredo Pareto, un

economista francés estableció dos criterios mediante los cuales es posible determinar cuándo una situación o realidad resulta ser más eficiente que otra.

Uno de ellos, conocido como el Criterio de Pareto, señala que un escenario es más eficiente que otro cuando la posición de un sujeto ha mejorado sin que haya empeorado la posición de ningún otro sujeto.

El segundo, conocido como el Óptimo de Pareto, establece que si no es posible mejorar la situación de un sujeto sin empeorar la de otro se ha llegado a la situación eficiente óptima en términos paretianos. Quiere decir que los recursos con los que se dispone ya no pueden ser asignados sin generar un perjuicio a algún sujeto.

A la anterior clasificación paretiana de eficiencia la denominaremos como eficiencia pura, aquella en la que está restringida cualquier forma de intercambio y/o redistribución de la riqueza cuando se empeore la situación de otro sujeto. Sin embargo, esto implicaría un inmovilismo económico que no permitiría asignar los recursos a sus usos más valiosos, ni que sean distribuidos hacia quienes les sean de mayor utilidad.

En ese contexto aparece el criterio esbozado por Kaldor y Hicks quienes de acuerdo a lo señalado por Bullard (2020) afinaron los conceptos anteriores. Para ellos:

Una situación nueva también es mejor que una anterior si quienes han mejorado lo han hecho en un grado mayor de lo que lo han empeorado aquellos que terminan estando peor. Así, los que han ganado con el cambio lo han hecho en un grado mayor que quienes han perdido con el cambio (p. 404).

El criterio anterior refleja una mejor manera de identificar el concepto de eficiencia desde una perspectiva económica que permite asignar los recursos hacia quienes le den un mayor valor. Esto quiere decir que el mundo estará en una mejor situación cuando los bienes sean asignados a personas que le saquen un mayor provecho.

El Rol de los contratos y los derechos de propiedad en la eficiencia de Pareto

Los criterios de eficiencia esbozados por Pareto donde los sujetos no empeoran, sino que mejoran al momento de realizar intercambio requiere de un sistema contractual sólido que garantice el intercambio llevado a cabo por las partes. Que dicha relación contractual sea respetada y perfectamente oponible a terceros a las partes involucradas en la celebración del negocio. Caso contrario, no sería posible llegar a las soluciones de eficiencia diseñadas por Wilfredo Pareto.

Otro de los cimientos del intercambio paretiano está relacionado con los derechos de propiedad. Como he mencionado en el párrafo anterior, para que el intercambio prospere en un sistema contractual, se requiere que los bienes a ser intercambiados sean perfectamente identificados con sus titulares, es decir que quienes lleguen a la negociación puedan ser reconocidos como propietarios con poder suficiente para negociar, ya sea portando el título correspondiente o soportándose en alguna ficción legal reconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

Entonces, sistema contractual y derechos de propiedad son las dos caras de una misma moneda denominada intercambio por lo que no podemos

hablar de eficiencia en un contexto en el que no se respete el marco legal que proteja la libertad contractual y los derechos de propiedad.

### La Regulación Legal y su vinculación con Kaldor - Hicks

Sin embargo, existen situaciones en las que claramente no es fácil y en ocasiones imposible llegar a soluciones y acuerdos consensuados en que las partes, ya sea por el número que las integran o por la asimetría informativa, se enfrentan a grandes barreras para una negociación eficiente. En ese caso es necesario que el Estado intervenga y sea el quien, mediante la promulgación de algún instrumento normativo, sea una ley, derecho supremo, decreto de urgencia etc. logre los mejores estándares de eficiencia posibles. Como lo señala Bullard (2018), usualmente las situaciones regulatorias requieren una evaluación Kaldor-Hicks, lo que usualmente se conoce como evaluación de calidad regulatoria, análisis de impacto regulatorio, o análisis costo-beneficio de la regulación (p. 33).

Por ello, cuando los costos de transacción son excesivamente altos para que los sujetos puedan arribar a acuerdos eficientes y las decisiones versan sobre bienes objeto de interés relevante para la sociedad, el Estado debe intervenir mediante la regulación; ese contexto resulta una forma estratégica de afrontar la situación analizando estos casos bajo el criterio de Kaldor-Hicks.

Es por ello, que el sistema concursal es un ambiente en el que la negociación entre los acreedores del deudor concursado resulta ser excesivamente elevada. En esa línea, la función del Estado, estableciendo normas de negociación resulta de una importancia absoluta, caso contrario las partes llegarían a decisiones ineficientes condenando al deudor

únicamente a la liquidación concursal. Este tema se tocará en el siguiente apartado al analizar otro aspecto del AED vinculado a los costos de transacción.

Ronald Coase y los Costos de Transacción. La importancia del Sistema Concursal en la reducción de los Costos de Transacción

La importancia de la economía en el manejo de las relaciones sociales y las implicancias que aquella tiene en el derecho demuestra que hoy en día no podemos desligar las soluciones legales de un adecuado análisis económico en cada materia en que se pretenda legislar. De hecho, el reglamento del congreso de la República, con acertado criterio, reconoce la importancia de la economía en el diseño legislativo de las leyes al señalar que los dictámenes deben ceñirse a criterios de técnica legislativa que incluyen, entre otros, la ponderación del análisis costo-beneficio de la futura norma legal, incluyendo los efectos monetarios y no monetarios de la propuesta, el impacto económico [...]

Es clara la importancia de la economía en el derecho, en esa línea resalto lo mencionado por Salazar (2005) quien señala que:

Una manera diferente de aquellas a las que estamos acostumbrados a pensar el Derecho y que resulta sumamente interesante por sus alcances la trae el Análisis Económico del Derecho. Reflexionar sobre cualquier área del Derecho desde la perspectiva económica es muy útil, pues la economía brinda una teoría científica que trabaja con modelos que nos permiten predecir razonablemente en el agregado como se desenvolverá el comportamiento humano en el

futuro. Nos orienta en la distribución de recursos que son escasos, otorga información valiosa al legislador y a todos los operadores jurídicos ya que una vez que se vislumbran parámetros objetivos facilita la toma de decisiones sobre cómo deben satisfacerse necesidades determinadas (p. 92).

El alcance dado por el autor trae a colación los conceptos de eficiencia desarrollados anteriormente y el adecuado manejo de los recursos, considerando que estos -en la mayoría de los casos- son escasos y requieren de una adecuada gestión. En esa línea, debemos tener clara las implicancias, no sólo legales, sino también económicas de nuestras decisiones ya que esta claridad nos permitirá arribar a un escenario en el que se conjuguen derecho y economía en aras de conseguir la mayor eficiencia posible.

En línea con lo anterior, un factor importante en el análisis económico del derecho es aquel vinculado a los Costos de Transacción que tiene que ver con aquellos costos en los que incurrimos al momento de tomar decisiones y celebrar contratos, estos costos están relacionados con el conocimiento de las partes, la adquisición de información relevante, la asesoría técnica necesaria, los posibles riesgos de responsabilidad contractual y extracontractual, etc. todo ello constituyen costos de transacción que dependiendo de cuan grande sean incentivará o desincentivará la celebración de contratos o la toma de decisiones.

La mente maestra detrás de la identificación de que las relaciones contractuales en particular, y humanas en general, conllevan costos de transacción fue el economista, abogado y profesor de la Universidad de

Chicago Ronald Coase, premio nobel de economía en el año 1991 por el descubrimiento y aclaración del significado de los costos de transacción y derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía. Según lo recuerda Bullard (2018) el punto central de la teoría coasiana es el concepto de “costos de transacción” (p. 86). Siguiendo con el autor, la idea es muy sencilla: celebrar un contrato cuesta.

Dado que la celebración de contratos tiene un costo, será necesario indagar y profundizar en la magnitud de estos. Es decir, saber con cierta claridad a cuánto ascienden los costos que se originan como consecuencia de la celebración del contrato. Mientras más reducido sean los costos de transacción, partiendo de la premisa de que siempre se incurre en ellos, la alternativa más eficiente será aquella a la que lleguen las partes sin intervención del Estado. Por otro lado, si los costos son excesivamente elevados o incalculables de manera simple, será necesaria la intervención estatal diseñando la alternativa legal correspondiente; siempre, claro está, que los bienes sobre los que verse la negociación revistan cierta relevancia para el ámbito jurídico.

Entonces, señala Bullard (2020) ¿Qué dice el Teorema de Coase? Este puede ser formulado de dos maneras diferentes, que en el fondo expresan exactamente la misma idea. La primera formulación sería:

“Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones llegaran a la solución más eficiente.”

[...]

La segunda formulación del Teorema es igual de importante.

“Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente” (p. 158 -159).

En lo que respecta a la primera formulación, quiere decir que si la celebración de los contratos o las negociaciones tienen un costo cero -lo que claramente es irreal y utópico-, cercanamente a cero o, para estar acorde con la segunda formulación, no son significativamente superiores a cero, las partes podrán ponerse de acuerdo y decidir la celebración de contratos sin importar la solución legal que pueda establecer el Estado, llegando a soluciones más eficientes sin intromisión del poder público. Sin embargo, si los costos de transacción fueran sustancialmente superiores a cero, la solución legal proporcionada por el Estado sí sería relevante para que las decisiones que se tomen resulten siendo eficientes. Es decir, lo que se debe buscar con la intervención estatal o mejor dicho con la solución legal, no es una intromisión directa en la manifestación de la voluntad de las partes si no que esta manifestación de voluntad se de en el marco de costos de transacción considerablemente reducidos por las decisiones legislativas. Coase (1960) señala que:

Una solución alternativa es la regulación directa por parte del Gobierno. En vez de instituir un sistema legal que puede ser modificado por transacciones en el mercado, el Gobierno puede imponer regulaciones que establezcan lo que la gente debe hacer o no, y cuáles deben ser obedecidas (p. 100).

Un aspecto que no ha sido mencionado de manera expresa por Ronald Coase en su obra “el problema del Costo Social” pero que se encuentra implícitamente desarrollado, es que la solución legal es de suma importancia ya que los costos de transacción están relacionados a la negociación sobre bienes que tienen cierta relevancia económica y social. Es decir, si los bienes materia de intercambio no fueran relevantes no se requeriría la intervención estatal. Por ejemplo, qué sentido tendría reducir los costos de transacción en la negociación del aire cuando este bien existe en abundancia y dada esta abundancia permite su libre aprovechamiento sin exclusión. Sin embargo, pensemos ahora, en el oxígeno medicinal para los casos de pacientes diagnosticados con la COVID – 19, es claro que en este último escenario la solución legal que permita reducir los costos de transacción para el intercambio -o contratación- de este bien resulta de especial relevancia por el interés, no sólo económico sino, social.

En el marco de los procedimientos concursales la eficiencia y los costos de transacción están más presentes que nunca y no es para menos, en una ambiente en el que los costos de obtener información, el desconocimiento de las intenciones del universo de acreedores y los deseos -sensatos- de los acreedores por recuperar con rapidez sus respectivos créditos, elevan significativamente los costos; es ahí donde se hace necesaria una solución legislativa que genere eficiencias y reduzcan sustancialmente los elevados costos de transacción.

El Congreso de la República (2002). Ley 27809 - Ley General del Sistema Concursal:

Artículo I del Título Preliminar consagra la eficiencia en los siguientes términos: El objetivo de la presente ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor.

En el año 2008 se precisó el objetivo de la ley concursal al señalarse como único objetivo la recuperación del crédito, renunciando así a la contradictoria alternativa de considerar diversos objetivos excluyentes entre sí, debemos recordar que antes de la entrada en vigencia del Decreto legislativo 1050, el objetivo del sistema concursal era i) la permanencia de la unidad productiva, ii) la protección del crédito y iii) la protección del patrimonio de la empresa. Sin embargo, esta precisión, loable, en el objetivo de la ley concursal, también trajo consigo la ratificación de la eficiencia al momento de la asignación de los recursos. Si bien para algunos esto podría resultar una intromisión en las decisiones de los acreedores, tal y como lo ha expresado Higa (2011) al señalar que:

La referencia a “la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor” resultaba innecesaria e, incluso, podría ser perjudicial. En efecto, así se presenten estudios que demuestren que la decisión del acreedor mayoritario es ineficiente o no maximiza el valor del negocio, esta es una decisión que recae solo en los acreedores y no en la autoridad. (p. 31)

Discrepamos de la posición de este autor ya que los procedimientos concursales constituyen escenarios donde el patrimonio del deudor está claramente afectado, ya sea por malas decisiones comerciales o por circunstancias propias del negocio, y si bien se debe apuntar a la recuperación del crédito, esta recuperación debe realizarse de manera eficiente creando los incentivos necesarios para una adecuada gestión patrimonial. No cabe duda de que la eficiencia llevará al aprovechamiento de los recursos y mejor redistribución de los haberes empresariales lo que redundará en la consecución del objetivo planteado en la norma concursal.

La ley concursal también se refiere a los costos de transacción, en el artículo II del título preliminar consagra lo siguiente:

Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.

Comentando el artículo II del título preliminar de la Ley Concursal, Montoya (2013) citando a Flint (2002) señala que:

[...] el sistema concursal peruano ha privatizado en gran medida el proceso. Si bien el INDECOPI actúa de foro entre acreedores y deudor, es también cierto lo siguiente. No es un foro equilibrado de negociación. El poder radica en los acreedores [...] (p. 34).

Sin embargo, el propio Montoya (2013) reconoce con adecuado criterio que:

[...] la relación acreedor-deudor es de orden público y la efectividad en el cobro de los créditos también es de orden público, en razón de que lo que busca recuperar es el crédito, como base y sustancia del derecho mercantil. Se busca recuperar el crédito porque en esa medida se protege a la empresa y a todos aquellos proveedores comprometidos, de forma tal que puedan recuperar de manera ordenada su acreencia y no pongan en situación de peligro su propia actividad y a los otros elementos del sistema económico. La indefensión del crédito puede crear un daño colateral en el sistema crediticio. Es ésta la razón fundamental desarrollada por las teorías modernas [...] (p. 34).

Entonces, la norma concursal se constituye en un mecanismo de reducción de costos de transacción en el que el peso de las decisiones recae en los acreedores, por eso se dice que el sistema concursal se ha privatizado. No obstante, la autoridad concursal hace el seguimiento de las reglas de juego, que estas se cumplan en los plazos estipulados, que se tomen decisiones bajo los mínimos estándares de buena fe dado que existen intereses de orden público y social que deben ser resguardados. La protección del sistema mercantil, del crédito a favor de los proveedores y una serie interconectada de intereses que van más allá de los estrictamente privados.

Si bien las decisiones dentro de concurso son tomadas por los acreedores, en un fuero eminentemente privado; las implicancias de estas decisiones sí tienen un claro contenido público y social por ello es importante que la función de observancia, fiscalización y sanción por parte de la autoridad sea ejercida de manera escrupulosa. Esta función complementaria de la

autoridad se suma a un diseño normativo concursal que tienen como finalidad propiciar un adecuado ambiente para la negociación entre los acreedores, quienes tienen intereses particulares y propios pero que deberán decidir, dentro del concurso, desde una perspectiva conjunta en el que se generen sinergias por encima de actuaciones individuales.

Rojas Leo nos habla de un conflicto social, entre los involucrados. El término conflicto social, es exagerado desde una perspectiva económica, pues ni deudor ni acreedores parten de intereses contrapuestos; el deudor - aunque imposibilitado por la insuficiencia de su patrimonio- desea cumplir con sus obligaciones y conservar su empresa; los acreedores desean hacer efectivo sus créditos y no tienen mayor interés en el control de la unidad económica más allá de generar los recursos suficientes para satisfacer sus acreencias.

Ezcurra y Solís (2002) señalan que:

El derecho concursal es uno de los casos paradigmáticos de costos de transacción elevados. Una empresa en crisis normalmente tiene una gran cantidad de acreedores, cada uno con un interés particular y legítimo en obtener el cobro de su crédito de acuerdo con el pacto suscrito con el deudor. [...] (p. 153).

[...] Así, en un escenario en el que los costos de coordinación son elevados, se requiere de una autoridad cuya intervención reduzca estos costos de coordinación (p. 152).

El rol que desempeña el sistema concursal en general y la autoridad concursal en particular debe ser la de reducir los costos de información,

transacción y ejecución. Esta reducción, genera no sólo la recuperación eficiente de las acreencias, sino que fortalece el sistema de empresas en crisis lo que repercutirá en el mercado de crédito pues las empresas que ofrecen capital sentirán la seguridad de que en el Perú existe un saludable procedimiento para el recupero de sus acreencias financieras.

El doctor Alfredo Bullard al responder la pregunta plantea por Postigo (2000) indica que el mayor aporte del sistema concursal en términos de eficiencia económica es justamente el de reducir el costo del crédito. Un sistema de Reestructuración Patrimonial será eficaz, cuando a la hora de reducir los costos de cobrar la deuda, hace que la tasa de interés baje (p. 288).

En esa línea, el sistema concursal también se constituye como una herramienta para el acceso al crédito para aquellos que desean desarrollar programas de inversión en el mercado peruano y que deben recurrir al sistema financiero para obtener el capital necesario para llevar a cabo su actividad empresarial. El sistema financiero se beneficia de un adecuado sistema de gestión de crisis ya que el acceso al crédito es viable en la medida que la empresa financiera cuenta con las armas suficientes para el recupero de sus acreencias.

Como se puede apreciar el sistema concursal analizado desde la mirada del Análisis Económico del Derecho tiene un gran valor, y es el de constituirse como un sistema de eficiencias en el que mediante reducidos costos de transacción los acreedores puedan tomar las decisiones necesarias para el recupero de sus créditos, sin perder de vista que estas decisiones

tienen implicancias que trascienden a la esfera estrictamente privada con connotaciones que interesan el orden público y social.

### **CAPÍTULO XIII: MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL AHORRO Y CRÉDITO EN EL SISTEMA FINANCIERO**

Como se ha podido apreciar a lo largo de la investigación los problemas identificados están relacionados directamente con la aplicación e incorporación de la denominada Clausula Anticoncursal en los contratos de préstamos, excluyendo a los contratos de préstamo dirigidos exclusivamente a personas naturales los cuales, como hemos mencionado, son los famosos créditos de consumo e hipotecario.

Asimismo, al establecer como uno de los objetivos de este trabajo, demostrar que la Cláusula Anticoncursal atenta contra el Orden Público Económico lo que a su vez lesionada el sistema económico en particular y el mercado en general resulta necesario establecer con claridad el impacto que tiene en otras esferas de la vida económica del país. Así las cosas, realizaremos el análisis de lo que a nivel constitucional se ha consagrado en el artículo 87 de la Constitución Política peruana de 1993 en lo relativo a la protección del ahorro, pues es esta obligación estatal la que ha servido como principal fundamento para dar vida a la prerrogativa de las empresas del sistema financiero en la recuperación del crédito, esto es las denominadas cláusulas de vencimiento de plazos, adelantamiento de la exigibilidad de los créditos y resolución de los contratos, ante el eventual incumplimiento de los prestatarios.

Si bien, nos adherimos a que la exigibilidad del crédito y eventual resolución del contrato por causal de incumplimiento debe tener acogida en nuestro

sistema jurídico, basado en la libertad contractual estudiada, consideramos que no cualquier incumplimiento debe ocasionar el adelantamiento o resolución, sino aquel que tiene un impacto significativo en la relación contractual y que adicionalmente, respete el Orden Público Económico, como límites al ejercicio de determinadas libertades.

Además, como veremos en las siguientes líneas, la trascendencia del incumplimiento además de una adecuada gestión de las normas de orden público y las diversas medidas existentes para la protección del ahorro deberán ponderarse antes de acoger una cláusula de adelantamiento y exigibilidad del crédito por causal de incumplimiento.

### 13.1 Protección del ahorrista. Artículo 87 de la Constitución Política.

La constitución establece como obligación del Estado fomentar y garantizar el ahorro, para lo cual -la ley- establece las obligaciones y límites de las empresas -del sistema financiero- así como el modo y los alcances de la garantía. Como se puede confirmar de una lectura muy rápida, la norma constitucional establece una posición activa por parte del Estado frente a la protección de los ahorros de aquellos clientes o usuarios que realizan imposiciones en las empresas del sistema financiero.

Esta protección además de despertar una natural confianza en los ahorristas, quienes tendrán la certeza de que sus ahorros serán gestionados de manera eficiente y que incluso les reportarán ciertos beneficios, aunque mínimos dadas las bajas tasas de rendimiento efectiva anual (TREA) ofrecidas por el sistema financiero peruano sobre todo el bancario, genera que el mercado en general goce de buena salud en la medida que los agentes económicos

consideran que una sistema financiero que garantice el ahorro es sinónimo de que la economía de un país está bien encaminada. Esto tiene como natural consecuencia la atracción de capital, nuevas inversiones en el país e incluso confianza en la emisión de Bonos Soberanos por parte del Estado. Es decir, desemboca en un círculo virtuoso, tan necesitado en estos días en nuestro país.

Para cumplir con este objetivo la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias que captan depósitos del público además de autorizarlas a operar en territorio nacional. Señala Montoya, Hernando (2013) que, dicha autorización será requerida para poder dedicarse al giro propio de las empresas del sistema financiero y, en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero de terceros, en depósitos, mutuo o cualquier otra forma, para luego de ello colocarlos en forma de créditos o inversión, bajo cualquier modalidad contractual. (p. 438)

La Superintendencia es una institución constitucionalmente autónoma y su principal objetivo es proteger los intereses del público en el ámbito de su competencia, para ello realiza el control y la supervisión de las empresas que integran el sistema financiero, entre otras funciones, tal como se encuentra recogido en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (art. 345) Debemos resaltar que esta institución de supervisión goza de autonomía funcional, económica y administrativa. (art. 346) Es decir, aunque el superintendente es designado por el Poder Ejecutivo y ratificado por el

Legislativo, esta institución no se encuentra sujeta a control político y goza de autonomía.

Por otro lado, otro ente regulador de la banca, el Banco Central de Reserva del Perú, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Decreto Ley 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, también resalta su autonomía y establece que: El Banco Central de Reserva del Perú es persona jurídica de derecho público, con autonomía en el marco de esta Ley. Tiene patrimonio propio y duración indefinida.

Retomando el tópico materia de estudio, el Estado a través de la Superintendencia se encarga de asegurar que las empresas del sistema financiero gocen de solidez económica y financiera (art. 347) para lo cual - entre otras funciones- deberán velar y proteger el ahorro, y esto se consigue de diversas maneras dentro de cuales tenemos las siguientes:

- *Límites y prohibiciones para asegurar la diversificación del riesgo, así como limitar el crecimiento de las empresas del sistema financiero:*

Mediante la presente medida de protección se busca que las empresas del sistema financiero diversifiquen el riesgo a través del establecimiento de límites globales para la realización de operaciones con arreglo al artículo 221 de la Ley General. De igual forma se establecen límites para el otorgamiento de créditos a los propios directores y trabajadores de las empresas del sistema financiero, a empresas vinculadas, entre otros. Además se prohíbe que las empresas del sistema financiero lleven a cabo determinadas operaciones tales como, Congreso de la República (1996). Ley 26702

- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros:

i) otorgamiento de créditos con la garantía de sus propias acciones, ii) conceder créditos para financiar actividades políticas, iii) garantizar las operaciones de mutuo dinerario que se celebre entre terceros, a no ser que uno de ellos sea otra empresa del sistema financiero, o un banco o una financiera del exterior, iv) aceptar el aval, la fianza o la garantía de sus directores y trabajadores en respaldo de operaciones de crédito otorgadas a personas vinculadas a ellos, v) adquirir acciones de sociedades ajenas al sistema financiero que, directa o indirectamente, sean accionistas de la propia empresa, salvo que estén cotizadas en bolsa, entre otras.

Como he mencionado, estas limitaciones y prohibiciones tienen como objeto mitigar y diversificar el riesgo, evitar fraudes y como consecuencia de ello proteger los fondos depositados por los ahorristas.

- La extensión de las garantías otorgadas a favor de las empresas del sistema financiero: Es ampliamente conocido que las garantías constituidas a favor de las empresas del sistema financiero no tienen restricción alguna para extenderse a todas las deudas y obligaciones propias, de igual forma se habilita que estas garantías respalden obligaciones presentes o futuras que sean asumidas por el deudor frente a la entidad crediticia; la única condición radica en que esta extensión de la garantía se plasme de manera expresa en el contrato.

Asimismo, cuando la garantía es constituida por un tercero no deudor esta sólo se extiende a las obligaciones y deudas señaladas expresamente en el contrato. Es decir, la intención en ambos escenarios es el mismo, posibilitar la prolongación *in extenso* del respaldo brindado por las garantías ya se una hipoteca, garantía mobiliaria, warrant, etc.

- *La inaplicabilidad de la caducidad de hipotecas dispuesta mediante ley 26639*: Se ha previsto que la hipoteca y gravámenes en general no tengan una prolongación en el tiempo, entiéndase vigencia, superior a los 10 años desde su inscripción, salvo en caso de renovación. La ley 26639 en su artículo 3 se ha cuidado de que este periodo de vigencia de 10 años luego del cual se entiende que la garantía ha caducado, no afecte de igual forma aquellos gravámenes que respalden créditos; por esa razón el artículo mencionado en su último párrafo establece que el cómputo de los 10 años se realizará considerando la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado y no de la inscripción de la garantía. Ahora, ¿quiere decir que, transcurrido los 10 años del vencimiento de los créditos otorgados por las empresas del sistema financiero, la hipotecas y gravámenes constituidas a favor de estas caducan? La respuesta a esta interrogante se encuentra en la comúnmente conocida y ya mencionada ley de bancos (ley 26702) que señala en el artículo 172 que la liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3º de la Ley N° 26639, Ley Precisan

aplicación de plazo de caducidad previsto en el Artículo 625 del Código Procesal Civil no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa del sistema financiero.

Es claro que mantener al margen de la extinción de las hipotecas y otros gravámenes a las empresas del sistema financiero busca que estas tengan una amplia posibilidad de ejecución en el tiempo de las garantías constituidas a su favor en caso de incumplimiento de las deudas y obligaciones asumidas por sus deudores ya sea que estas garantías hayan sido constituidas por los propios deudores o terceros garantes. Recordemos el carácter persecutorio, en particular, de las hipotecas que no discriminan quien sea el titular o propietario del inmueble materia de ejecución; el acreedor hipotecario siempre tendrá la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional para hacer valer su derecho respecto de dicha garantía. Recordemos que uno de los requisitos de validez de la hipoteca es que esta se inscriba en el registro de la propiedad inmueble (art. 1099 código civil), lo que a su vez en base al principio de publicidad se presume que toda persona tendrá conocimiento de ella (art. 2012 Código Civil).

- Hipotecas sábana: Sobre esta garantía resulta concluyente lo establecido por la Resolución Casatoria N° 2850-2013-La Libertad que ha señalado lo siguiente:

*“la hipoteca sábana otorgada a favor de una entidad bancaria, respalda todas las deudas y obligaciones directas o indirectas, existentes y futuras, asumidas para con ella por quien las afecte en garantía o por el deudor. Estando a que la garantía alcanza a*

*todo tipo de deudas u obligaciones, resulta evidente que también cubre las sucesivas renovaciones, novaciones de un crédito primigenio”.*

Como puede apreciarse, el sistema de protección del ahorro en la gestión de garantías constituidas a favor de empresas del sistema financiero es de vital importancia pues posibilita la recuperación del crédito. Si bien, las entidades financieras no tienen como objetivo la ejecución de garantías no puede desconocerse que contar con hipotecas, garantías mobiliarias, certificados bancarios y cualquier otro tipo de elemento pignoraticio, fortaleza la posición de las empresas en la recuperación de sus acreencias; lo que, como se ha mencionado al inicio de este párrafo, deriva en la una mejor protección del ahorro.

- Fondo de Seguro de Depósito: El Fondo de Seguro de Depósito es una persona jurídica de derecho privado que tiene por objeto proteger a quienes realicen depósitos y/o imposiciones en las empresas del sistema financiero, así lo ha establecido el Congreso de la República (1996). Ley 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, art. 144.

Precisándose, además, Ministerio de Economía (1999). DECRETO SUPREMO N.º 0081-99-EF, Reglamento del Fondo de Seguro de Depósitos:

Artículo 2, que tiene la forma jurídica de una asociación de naturaleza especial. En cuanto a la cobertura en el artículo 18º del Reglamento se señala que el Fondo, una vez producida la

disolución y liquidación de una empresa miembro del Fondo, pagará a los depositantes las imposiciones aseguradas hasta el límite permitido.

Por otro lado, se ha establecido tanto en el Reglamento como en los Estatutos del Fondo que esta asociación podrá realizar una contribución con la finalidad de facilitar la transferencia de activos y pasivos durante el régimen de intervención de alguno de sus miembros. La contribución mencionada será el equivalente al 60% de las imposiciones respaldadas por el Fondo y considerando el máximo de cobertura, de acuerdo con lo establecido en el artículo 153 de la Ley 26702 con el ajuste correspondiente según los alcances del artículo 18 de este último cuerpo normativo.

Ahora bien, una pregunta que cae de madura es ¿de dónde obtiene sus recursos el Fondo? Pues bien, los recursos del Fondo provienen, entre otros, de las primas que abonan las empresas del Sistema Financiero; de los aportes del Banco Central de Reserva del Perú, de aquellos depósitos, títulos valores, u otros bienes, que permanezcan en las empresas del Sistema Financiero durante 10 años sin que se hayan realizado nuevas imposiciones ni se retire parte de ellas o de sus intereses y sin que medie reclamación durante ese lapso; el rendimiento de sus activos; el dinero, los valores y los demás activos depositados en el Banco de la Nación en calidad de remanente de los procesos de liquidación, si transcurren cinco (5) años sin que sean reclamados; los ingresos que por multas impongan la Superintendencia o el Banco Central de Reserva del Perú; líneas de

crédito del Tesoro Público aprobadas por Decreto de Urgencia; los bienes de los patrimonios fideicometidos que al término del fideicomiso no hubiesen sido entregados según lo dispuesto en el artículo 270º de la Ley General; y, los demás que obtenga con aprobación del Consejo de Administración. (Decreto Supremo N° 081-99-EF, Reglamento del Fondo de Seguro de Depósitos)

Un tema importante que considerar es que el Fondo de Depósito de Seguro sólo respalda las siguientes imposiciones en el Reglamento del Fondo de Seguro de Depósitos, Decreto Supremo N° 081-99-EF:

- a. Los depósitos nominativos, bajo cualquier modalidad, de las personas naturales y personas jurídicas privadas sin fines de lucro;
- b. Los intereses devengados por los depósitos referidos en el literal precedente, a partir de sus respectivas fechas de constitución o de su última renovación. Estos intereses se devengan hasta la fecha que el Fondo de por recibida la relación de los asegurados cubiertos; y,
- c. Los depósitos a la vista de las demás personas jurídicas, claro está, sin fines de lucro.

Asimismo, se excluyen de la cobertura -como beneficiarios- a las personas vinculadas a las propias empresas del sistema financiero, a aquellas personas naturales que se hayan desempeñado como directores o gerentes de esta durante los 2 años previos a la disolución

y liquidación de la empresa, personal de confianza, accionistas, entre otros.

Como se puede apreciar el Fondo y la cobertura que brinda, tiene por finalidad la protección del ahorrista de las futuras y eventuales consecuencias negativas que puedan resultar de la mala gestión de las empresas del sistema financiero, brindando seguridad a los ahorristas de que sus imposiciones se encontrarán respaldadas, y evitar que ante la disolución y liquidación de estas pueda derivar una crisis financiera generalizada con el consecuente pánico bancario y reacción en cadena lo que traería graves consecuencias para la economía en su conjunto pero siempre teniendo en cuenta los límites de cobertura del fondo que para el periodo setiembre - noviembre 2022 asciende a la suma de S/ 124,428.00.

- Compensación de deudas: Las entidades del sistema financiero cuentan con la facultad de compensar acreencias a su favor con cargo a los activos que posean de sus deudores. Esto es, si una empresa del sistema financiero tiene uno o varios derechos de crédito respecto de sus deudores y estos a su vez tienen saldos a su favor o algún otro activo, por ejemplo: un certificado bancario endosado en la misma empresa, esta última podrá legalmente cobrarse con cargo a este.

No obstante, lo mencionado, debe tenerse en cuenta que este derecho de compensación, como casi todo en la vida, tiene límites y son aquellos activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos del derecho de compensación, así ha sido establecido expresamente en el artículo 132° numeral 11 de la ley 26702. Esto

último es importante, pues en la práctica se ha visto que, sobre todo en los bancos, se compensan créditos a favor con cargo a las denominadas y ampliamente conocidas cuentas sueldos. Sin embargo, algunos pronunciamientos de la Corte Suprema\* han establecido que las empresas del sistema financiero no deben compensar las deudas de sus clientes con cargo a sus cuentas sueldo siempre que estas no excedan 10 Unidades de Referencia Procesal (URP), pues son inembargables; y en lo que exceda de las 10 URP sólo podrá compensarse 1/3 del exceso. No obstante, debe tenerse en cuenta que este pronunciamiento del órgano jurisdiccional no es vinculante por lo que debemos mencionar que algunos bancos han manifestado su negativa a acatar este fallo como una línea de conducta señalando que seguirán compensando con cargo a las cuentas sueldos, pues alegan que una vez que la remuneración ingresa a la cuenta de ahorro pierde el carácter de remuneración siendo posible tal compensación.

Más allá de los debates u opiniones, no cabe duda de que la compensación de los créditos a favor de los bancos contra los activos de sus clientes-deudores constituye una de las herramientas, sino la más importante, para la recuperación del crédito. Esta facultad legal permite sincerar los números y estimar con mayor exactitud el importe deudor, y el efecto que ello pueda tener en la constitución de provisiones generales y específicas.

- Warrant y Título de Crédito Hipotecario Negociable: Los títulos valores conocidos como Warrant y Título de Crédito Hipotecario Negociable (TCHN) han sido considerados como formas de atenuar los riesgos

para los ahorristas en la medida que permiten su ejecución preferente cuando el acreedor garantizado es una empresa del sistema financiero. Esta preferencia se evidencia en la medida que, más allá de ser el último endosatario del documento cambiario, la norma establece expresamente que la empresa del sistema financiero verá prosperar la ejecución incluso con exclusión de cualquier tercer acreedor del constituyente, ya sea que este se encuentre sometido algún procedimiento concursal o no (numeral 8, art. 132, ley 26702).

Recordemos que el Warrant incorpora derechos de crédito y de garantía en el título valor respecto de bienes muebles que se encuentran en custodia de los Almacenes Generales de Depósito; este documento se transfiere mediante endoso lo que implica el traspaso de los derechos de garantía y, ante incumplimiento, la consecuente facultad de ejercer el derecho de ejecución y subasta de pública de los bienes para satisfacer sus acreencias. El formulario mediante el cual se materializa el Warrant es aprobado por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS). La utilización de estos formularios es de obligatorio cumplimiento y a su vez busca que el título valor no se vea perjudicado por vicios en la consignación de los requisitos legales que pueden ser estandarizados. Esto último tiene como efecto inmediato una mayor seguridad jurídica en el tráfico mercantil de estos títulos valores.

Por su parte el TCHN es un título valor cuya emisión está a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), y que procede únicamente a solicitud del titular registral del predio que será

objeto de hipoteca, o por tercero en representación del propietario el cual deberá contar con poder expreso para contratar y solicitar la emisión de TCHN y constituir hipoteca. Ahora bien, la rogatoria de emisión de TCHN requiere de escritura pública pues, tal como lo ha señalado Castellares, Rolando (2020) el hecho que en el caso del TCHN siempre se tenga que cumplir la formalidad de la escritura pública para pedir su emisión se explica por el interés de revestir este acto y decisión de gravarlo con la mayor seguridad posible y evitar confusiones del propietario.

- Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado: Uno de los instrumentos legales más importantes para la protección de los intereses de los ahorristas del sistema financiero es el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado aprobado mediante Resolución SBS N° 3274-2017. Este instrumento jurídico emitido por la Superintendencia establece una serie de normas de conducta de las empresas del sistema financiero desde una adecuada interacción con los usuarios, correctas prácticas de negocio respecto de las ofertas de productos y servicios hasta una adecuada gestión de los reclamos presentados por los usuarios debida a insatisfacciones en la atención o prestación del servicio financiero.

Asimismo, ha establecido como una de las obligaciones de las empresas del sistema financiero la capacitación del personal que tiene relación con los usuarios; sobre este aspecto, el oficial de conducta de mercado debe diseñar un plan anual para cumplir con este objetivo. En cuanto al oficial de conducta de mercado, señala el reglamento, que

este deberá presentar un informe de gestión relacionado al seguimiento de las actividades realizadas durante el primer semestre del año, teniendo en cuenta las responsabilidades y funciones señaladas en el artículo 9 del instrumento normativo materia objeto de comentario con la finalidad de que las empresas del sistema financiero tomen acción.

Finalmente, un último aspecto que consideramos importante resaltar es la facultad otorgada a las empresas del sistema financiero de resolver unilateralmente los contratos celebrados, comunicando al respecto a sus clientes, conforme a las cláusulas de resolución que para tal efecto se pacten. Este aspecto resulta de especial interés pues como se ha visto a lo largo de la investigación, esta facultad no puede ser interpretada de manera aislada y de espaldas al ordenamiento jurídico en conjunto.

Acabamos de mencionar sólo algunos de los mecanismos que se han establecido mediante normativa sectorial para proteger las imposiciones realizadas por los ahorristas. Estas medidas en líneas generales son adecuadas para lograr el objetivo principal establecido en el artículo 87 de la Constitución Política el que consiste en que el Estado fomente y garantice el ahorro; sin embargo, consideramos necesario dejar sentado que se requieren algunos ajustes a determinadas atribuciones otorgadas a las entidades financieras sobre todo aquellas vinculadas a la recuperación del crédito -que es entendida como una de las formas de proteger el ahorro.

Sobre los ajustes queremos referirnos puntualmente a aquel que brinda la posibilidad de resolver los contratos por incumplimiento de las obligaciones del deudor financiero. Esta facultad debe ser considerada dentro del marco

nuestro modelo económico, pues si bien las entidades financieras tienen plenas posibilidades de, en mérito a la libertad contractual, configurar los alcances de las relaciones contractuales esta configuración tiene como límite el orden público, particularmente, el económico; es decir, todos aquellos valores y principios que inspiran y regulan las relaciones particulares y derechos económicos como veremos en el siguiente apartado.

En esa línea resulta de especial preocupación el artículo 132 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros puntualmente lo establecido en el numeral 10 que otorga la posibilidad de dar por vencidos los plazos de las obligaciones, vencidas y no vencidas, de un deudor ante un caso de incumplimiento; cabe resaltar que la norma bajo comentario no ha acotado el término incumplimiento, dejándolo abierto de manera indeterminada pudiendo calzar dentro de dicha causal cualquier clase de incumplimiento sea este poco relevante, medianamente relevante o muy relevante, siendo suficiente la discrecionalidad -incluso arbitrariedad- de la entidad financiera. Sin embargo, pese a la indeterminación de la norma, consideramos que la resolución por incumplimiento debe ser de especial relevancia para la relación contractual que exija que el vínculo contractual se rompa como causa *sine qua non*, la relación comercial sería insostenible.

### 13.2 3La protección del ahorro en armonía con el Orden Público Económico

La protección del ahorro es fundamental para el desarrollo económico, para promover la inversión, para dar seguridad a los inversionistas, para que el Perú se vuelva atractivo de cara a los mercados internacionales, para que el Estado pueda conseguir una mejor calificación como sujeto de crédito, y

lograr el objetivo trazado hace ya varios años de ser miembro parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Esa protección, sin embargo, debe ser evaluada de manera integral en el marco de una economía social de mercado y tomando en cuenta los valores y principios que integran el orden público económico. Esto es, si bien la protección del ahorro es fundamental debe ser analizada considerando además el impacto que dicha protección tiene o podría tener en la economía.

Ahora bien, tal y como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo de investigación el orden público económico debe ser considerado cuando el Estado toma la decisión de regular determinado sector; ya que muy rara vez los particulares evalúan el alcance de sus decisiones sobre todo cuando se trata de aspectos eminentemente económicos donde el fin de lucro se superpone a cualquier otro interés ajeno al rentista. Es decir, que incluso en aquellos casos en los que el rentista tiene pleno conocimiento de que sus decisiones, estrategias de negocio, diseños contractuales, y cualquier otra herramienta empleada para obtener ganancias tienen efectos nocivos para la economía, sus expectativas económicas, sus deseos de lucro (*animus lucrandi*), sus objetivos de rentabilidad siempre se superponen a cualquier consideración del bien público, del interés social, esto es la microeconomía de las empresas es puesta en un lugar muy superior a las consideraciones macroeconómicas como el desempleo, el déficit público, entre otros.

Lo anterior quiere decir que debe ser el Estado quien tome medidas correctivas para corregir estas distorsiones propias de un mercado que cada día crece más, en el que las transacciones comerciales se dan a una velocidad

insospechada hace tanto solo unos años y que los avances tecnológicos ocasionan que las distancias entre regulación y situaciones de hecho queden desfasadas con tanta promiscuidad que evitan un eficaz control de los agentes económicos y sus conductas en el plano comercial. Aunque lo dicho hasta aquí parezca estar cargado de una fuerte dosis de resignación debe, por el contrario, generar en el operador jurídico el deseo de reevaluar conceptos, actualizar los alcances de las instituciones jurídicas, y estudiar con mayor rigurosidad las medidas adoptadas por todos los que realizan funciones legislativas en el sentido amplio de la aceptación, entendiendo como tales a todos aquellos que legislan ya sea desde el poder legislativo mediante la función clásica de emitir leyes o a través de instituciones administrativas como la SBS, INDECOPI u otro mediante la emisión de resoluciones.

En esa línea, la Cláusula Anticoncursal muestra una clara afectación al Orden Público Económico que, si bien, es sólo potencial mientras no se concrete la resolución y adelantamiento de pago de las cuotas de los créditos; no por ello disminuye la preocupación que se debe tener sobre ella y el impacto en los diversos agentes económicos involucrados no sólo entre acreedor financiero (empresa del sistema financiero) y deudor sino además a los trabajadores de las empresas concursadas, a los proveedores, al fisco, al sistema previsional, al seguro social, entre otros. Considero que impedir que una empresa pueda someterse a un procedimiento concursal implica una clara afectación al sistema económico; por un lado se le niega al deudor la posibilidad de acceder a un sistema que le permita reestructurar sus deudas; ojo, y hacemos hincapié en ello, hemos dicho reestructurar, no incumplir, no olvidar, no condonar (al menos no inicialmente), no desconocer deudas sino

que, poniéndolo en términos gráficos, brindarle la posibilidad de entrar en cuidados intensivos, administrarle oxígeno, y salvarle la vida. Esto no sucede actualmente, ya que el deudor financiero se encuentra, prácticamente sentenciado a muerte, a una muerte traumática, irracional, ineficiente en términos económicos, y con el dolor irreparable de aquellos agentes relacionados (stakeholders) que paradójicamente muy probablemente también sean deudores de la empresa financiera, o incluso ahorristas -lo que incrementaría la dimensión de la paradoja- que tienen vínculos vigentes. El trabajador que recibe su salario a través de una cuenta sueldo y que mantiene con un crédito personal, el proveedor que ha solicitado créditos de capital de trabajo, todos ellos también se verían muy afectados. Las estadísticas arrojadas durante la pandemia ponen en evidencia que la economía está extremadamente interrelacionada y que la caída de una empresa -dependiendo de su dimensión- afectaría en mayor o menor medida la cadena de pagos de varias otras personas jurídica o naturales; sólo basta recordar que el Decreto Legislativo 1455 que creó el “*Programa Reactiva Perú*” señala en su artículo 1 que:

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto promover el financiamiento de la reposición de los fondos de capital de trabajo de las empresas que enfrentan pagos y obligaciones de corto plazo con sus trabajadores y proveedores de bienes y servicios, a efectos de asegurar la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional.

Los efectos de las crisis cualquiera sea origen, en este último caso fue ocasionada por una emergencia sanitaria, tienen consecuencias que van más

allá de la esfera patrimonial de los directamente afectados (deudores) y se extienden a los sujetos vinculados.

La norma mencionada ha entendido que la afectación de la cadena de pagos tiene singular importancia para el caso de los empleados y el pago de sus salarios, teniendo en cuenta que el salario se constituye en el principal ingreso económico del trabajador y que está destinado al sostén personal y, muy probablemente, de los miembros de su núcleo familiar; cortar estos ingresos implicaría que el trabajador y su familia tengan que enfrentar situaciones de precariedad. Además, el Perú es uno de los países con una clase media débil que a raíz de la pandemia por Covid-19 ocasionó que una gran parte de esta volviera a la pobreza; según cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el 2020 la pobreza en el Perú ascendió al 30%, registrándose un incremento del 10% respecto del 2019; todo como consecuencia de la crisis económica y la alta tasa de informalidad, situación que ha tratado de ser paliada justamente con la emisión del Decreto Legislativo 1455. La norma también ha considerado dentro de sus objetivos que las empresas puedan hacer frente a sus obligaciones de corto plazo frente a sus proveedores ya que estos a su vez deben dar respuesta a sus obligaciones económicas, financieras, laborales, previsionales, entre otras. Otra de las medidas implementadas por el Estado para reducir el impacto de las graves consecuencias de la crisis ha sido la posibilidad de la reprogramación de deudas, así el Congreso de la República (2020). Ley 31050 - Ley que establece disposiciones extraordinarias para la reprogramación y congelamiento de deudas a fin de aliviar la economía de las personas naturales y las MYPES como consecuencia del COVID-19, se establecen:

*Medidas extraordinarias de reprogramación de pagos de créditos de personas naturales y MYPES afectadas económicamente por el estado de emergencia nacional a consecuencia del COVID-19, bajo el otorgamiento de garantías del Gobierno Nacional a través del Programa de Garantías COVID-19.* Como es evidente, el Estado ha centrado sus esfuerzos en evitar una cesación de pagos que derive en la recesión de la economía peruana como consecuencia del incumplimiento de obligaciones financieras.

Además de los instrumentos normativos mencionados se diseñaron y ejecutaron otras medidas tales como la creación del Fondo de Apoyo Empresarial a las Micro y Pequeñas Empresas (FAE Mype) mediante Decreto de Urgencia N° 029-2020; la aprobación del otorgamiento de subsidios para el pago de planillas de empleadores orientado a la preservación del empleo mediante Decreto de Urgencia N° 033-2020; la aplicación de medidas para flexibilizar la suspensión perfecta de labores mediante Decreto de Urgencia N° 038-2020; de igual forma, algunas medidas sectoriales como el otorgamiento de crédito capital de trabajo para pescadores artesanales y acuicultores mediante Decreto de Urgencia N° 036-2020.

Entonces; una crisis económica siempre tiene un impacto en la respuesta de las obligaciones de los deudores lo que puede originar un efecto en cadena que altere y ocasione un trauma económico con una proyección más general. Si bien, he recurrido al ejemplo que nos ha facilitado la pandemia que responde a un caso extremo y excepcional, resulta bastante gráfico para el análisis del efecto cruzado de las crisis económicas. En esa línea, el Sistema Concursal ha sido diseñado para que estas crisis tengan el menor impacto

posible en la situación económica de las empresas, ya sea reestructurando las deudas y obligaciones del deudor o determinando la salida del mercado del deudor mediante un procedimiento ordenado y eficiente que tenga el menor impacto posible, no solo en el propio deudor sino en sus acreedores.

Tal es la importancia del Sistema Concursal para la economía del país que durante la pandemia se ha configurado un procedimiento particular *sui generis* con el objetivo de que los deudores puedan negociar con sus acreedores un Plan de Refinanciación Empresarial, con la finalidad de que reprogramen sus obligaciones y evitar su insolvencia. Es así que el Poder Ejecutivo (2020). Decreto legislativo N° 1511 - Decreto Legislativo que crea el Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (“PARC”) para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del COVID-19:

Tiene como objeto la creación del Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal que, ante el impacto del COVID-19, permita a las Entidades Calificadas *-deudores-* celebrar con sus acreedores el Plan de Refinanciación Empresarial con la finalidad de proteger a la empresa, reprogramar sus obligaciones impagas, evitar su insolvencia, la pérdida de negocios y fuentes de empleo y, con ello, asegurar la recuperación del crédito y la continuidad en la cadena de pagos en la economía nacional a todo nivel. No es materia del presente trabajo de investigación entrar al desarrollo minucioso del presente instrumento normativo, sin embargo, resulta gráfico y con efectos prácticos poder advertir que el Sistema Concursal, si bien se activa a pedido de parte, se erige como una herramienta de singular relevancia para la salud financiera del deudor y que sus alcances rebasan la esfera privada.

Esto es, el Sistema Concursal tiene connotaciones eminentemente públicas en el marco de una economía social de mercado.

Estas consideraciones previas, permiten identificar con meridiana claridad que la Cláusula Anticoncursal estipulada en los contratos de préstamo bancario niega la importancia del Sistema Concursal y desconoce los alcances que tiene este sistema en la vida pública del país. Evitar el acogimiento de un deudor al sistema concursal mediante el adelantamiento de las cuotas del préstamo y la resolución del contrato, no hace sino anular cualquier posibilidad de reestructuración o salida ordenada del mercado, con el único fin de que el acreedor financiero vea satisfecha sus acreencias, sin embargo es probable que tal la satisfacción de las acreencias no se logre y que no sean íntegramente honradas por el deudor generándose ineficiencias económicas que terminarán afectando a los *stakeholders*, al mercado en general, y a la economía en su conjunto.

Por lo indicado en el párrafo anterior si bien debería ser una aspiración lograr que las entidades privadas realicen una justa consideración de los valores y principios económicos públicos que pudieran verse afectados en el diseño de sus estrategias de negocios, este es un ideal que aún se encuentra muy lejos de materializarse; por ello es necesario que el Estado tome cartas en el asunto y logre encaminar este ideal. Para ello, la Superintendencia de Banca y Seguros debe diseñar una estrategia que permita evaluar la cláusulas generales de contratación que se incorporan en aquellos contratos dirigidos no sólo a los consumidores, sino también a los clientes empresariales, aquellos que solicitan créditos a las empresas del sistema financiero con la finalidad de atender el pago de bienes, servicios o gastos relacionados con la

actividad empresarial es decir aquellas actividades de producción, comercialización de bienes o prestación de servicios.

La Cláusula Anticoncursal vulnera los principios y valores económicos vinculados al orden público, impide que las empresas puedan reestructurarse o salir ordenadamente del mercado afectando también los derechos económicos de otros agentes como son los trabajadores y proveedores de la empresa a la que se le impide ingresar a los procedimientos concursales regulados por la normativa vigente. Esos trabajadores y proveedores también forman parte del sistema financiero, muchos de ellos con créditos vigentes a los que deben hacer frente y quienes tienen como única o al menos como principal fuente de ingresos los provenientes de la empresa impedida de ser sometida a concurso.

No obstante, esta nueva interpretación de la relaciones comerciales implica un reto pero es un reto acorde con las reformulaciones que deben realizarse a los conceptos jurídicos, en este caso las cláusulas generales de contratación ya no pueden ser sólo evaluadas por las autoridad administrativa financiera cuando estén relacionadas a créditos de consumo o créditos hipotecarios sino que los tiempos actuales exigen y demandan que esta evaluación se haga extensiva a todo tipo de contrato de crédito pues en estos se reduce considerablemente el poder de negociación y la contra parte se ve expuesta a cláusulas que no son evaluadas actualmente y que son estipuladas libremente por las entidades financieras; sin reparar que incluso estas podrían convertirse en gen se propia destrucción, tal y como ha sido analizado a lo largo de la presente investigación.

## **CAPÍTULO XIV: ¿CÚAL ES LA FUNCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUIDAS A FAVOR DE LOS ACREEDORES DE DEUDORES CONCURSADOS?**

La respuesta aunque obvia resulta ser de especial importancia dentro de los procedimientos concursales pues si bien la principal función de una garantía es servir de respaldo ante un eventual incumplimiento de obligaciones por parte del deudor; sin embargo, en caso de sometimiento del deudor a concurso, esta garantía se relativiza pues como veremos, la protección del patrimonio del deudor una vez publicado y difundido el concurso impide que dichas garantías -hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares- sean ejecutadas por el acreedor, o que, habiéndose iniciado el proceso de ejecución, este sea suspendido.

El artículo 42 de la Ley General del Sistema Concursal (Ley 27809) establece que los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor gozarán del tercer orden de prelación en caso se decidiera la disolución y liquidación concursal del deudor. Sobre la hipoteca señala Sara Taipe Chavez en Beaumont, et al. (2014) que:

Es un derecho real constituido sobre el inmueble de un deudor o de un tercero en seguridad del cumplimiento de una obligación asumida por el primero, que sin desposeer al constituyente permite, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la realización pública del bien, satisfaciéndose con su precio en forma preferencial a quien la tenga registrada. (p. 294)

Un aspecto a resaltar de acuerdo a lo señalado por el autor es que la hipoteca no implica desposesión del bien inmueble. Respecto de la garantía mobiliaria Ricardo Beaumont Callirgos en Beaumont, et al. (2014) nos recuerda que:

La Ley define a la garantía mobiliaria como la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación. Puede darse con o sin desposesión. En caso de desposesión puede pactarse la entrega del bien mueble afectado en garantía al acreedor garantizado o aun tercero depositario. (p. 98)

La nota característica de esta definición es la no obligatoriedad de la desposesión del bien afectado por la prenda. Por su parte la anticresis según Vasquez Rios (2007 en Beaumont, et al., 2014) citados por Jackeline Bravo Joaquín y Erika Rospigliosi Caso:

Es el derecho real concedido al acreedor por el deudor o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble y autorizándole a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito que son debidos, y en caso de exceder, sobre el capital solamente si no se deben intereses. (p. 340)

Como se puede apreciar la anticresis sí implica la desposesión del inmueble siendo esta una característica fundamental de este tipo de garantía.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 18.6 de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, declarada la situación de concurso y difundido el procedimiento no procederá la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del deudor afectados por garantías. Esta norma se encuentra directamente relacionada con el marco de protección legal del patrimonio del deudor ya que

de no existir la imposibilidad de ejecución de las garantías sería más que probable que la decisión de la junta de acreedores se dirija única y exclusivamente hacia la disolución y liquidación del deudor, con lo cual se desincentivaría la utilización de los procedimientos concursales como un fuero para la mejor toma de decisiones sobre la viabilidad o inviabilidad del deudor concursado.

No obstante, el artículo mencionado debe ser analizado de manera sistemática con lo establecido en el artículo 42, ya que, si bien las garantías se relativizan dentro de los procedimientos concursales, los acreedores garantizados gozan de un nivel de preferencia distinto al de aquellos acreedores quirografarios quienes a diferencia de los primeros no tuvieron la suficiente diligencia en el otorgamiento de sus créditos como para hacerlos respaldar con algún tipo de garantía. Así, la norma mencionada establece que los acreedores garantizados gozarán del tercer orden de preferencia por debajo de los acreedores laborales y alimentista, pero por encima y de manera preferente a los acreedores quirografario y tributarios, en caso se decidiera finalmente por la disolución y liquidación del deudor. Es decir, cobrarán antes que el Estado.

Un aspecto que debemos destacar es lo relacionado a las garantías otorgadas por el deudor en respaldo de obligaciones -no propias- sino de terceros; así como aquellas garantías otorgadas por terceros a favor de lo deudor concursado.

Respecto al primero de los supuestos mencionados en el párrafo anterior se debe advertir lo señalado en el artículo 18.6 que establece que el

marco de protección legal del patrimonio implica, entre otros, que una vez declarada la situación de concurso no procederá la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes otorgados por el deudor en garantía de sus propias obligaciones; no obstante, establece como salvedad que si los bienes del deudor concursado hubieran sido otorgados como garantía en respaldo de obligaciones de terceros estos podrán ser ejecutados sin ningún impedimento, al menos ninguno relacionado al marco de protección legal del patrimonio concursado. Como lo ha señalado Schemerler en Espinoza (2013):

“En este caso, la excepción se presenta en aquellos casos en que, con anterioridad a la difusión del concurso, aquél que ocupa la situación jurídica de acreedor en una relación jurídica patrimonial, tuvo la diligencia de diversificar el riesgo de la respectiva operación crediticia consiguiendo que un tercer agente, distinto a su deudor, constituya a su favor garantía real en respaldo de las obligaciones contraídas por el deudor original.

Si posteriormente el garante fuese declarado en situación de concurso y el sujeto deudor no honra en la oportunidad correspondiente su compromiso de pago, el acreedor, en aplicación del supuesto excepcional del artículo 18°.6, estará en posibilidad de dirigirse contra el garante y actuar respecto a su patrimonio, pese a encontrarse tal garante en situación de concurso”. (p. 235)

Sobre el segundo supuesto, la norma concursal en su artículo 17.3 establece que los acreedores cuyos créditos se encuentren respaldados por garantías de terceros podrán ejecutarlas sin ningún tipo de restricción

relacionada al concurso. Esta solución resulta razonable, pues los bienes no corresponden a la masa patrimonial del deudor y la eventual ejecución de la garantía no significará un deterioro en los activos del deudor concursado; es más, resulta ser más eficiente la ejecución de estas garantías pues se afectan bienes -en su mayoría- cuya titularidad corresponde a sujetos que no se encuentran sometidos a concurso. Asimismo, la realización de dichas garantías ayudará a reducir la cantidad de créditos que deberán honrarse durante el procedimiento, ya sea de reestructuración o liquidación. Al respecto Schemerler en Espinoza (2013) señala que:

“Si, posteriormente, el deudor principal fuese declarado en situación de concurso, bajo la regla general del artículo 17°.1 de la norma concursal peruana, normalmente el acreedor se vería impedido de actuar de forma individual frente a ese agente, iniciando una acción de cobro; pero, en cambio, en el supuesto excepcional del artículo 17°.3, cuando exista respaldo respecto de las obligaciones del concursado otorgado en forma de garantía real o personal por un tercer sujeto, el acreedor sí mantiene su opción inmediata de cobro. En tal caso, lo que sucederá es que el acreedor podrá actuar frente al tercero garante y cobrarle, dando por satisfecha sus expectativas, subrogándose en consecuencia, de pleno derecho el hasta entonces garante en la situación jurídica del acreedor saliente, estableciéndose así una relación jurídica de acreedor-deudor entre el ex garante y el concursado [...]”. (p. 226)

Si bien, en líneas generales, coincidimos con Schemerler, debemos precisar que la acción de cobro mediante la ejecución de la garantía no es un

cobro inmediato, por el contrario, podría verse entorpecido y dilatado por factor procesales; pero sí convenimos que la diligencia tomada por el acreedor al hacer garantizar sus acreencias por terceros resulta en una protección reforzada de sus créditos.

Como nota final de este apartado, y a manera de conclusión, el tema de las garantías resulta de especial interés ya que los acreedores garantizados gozan de preferencia en caso de disolución y liquidación pues ocupan el tercer lugar en el orden de prelación. También debemos tener en cuenta que las entidades del sistema financiero cuentan con políticas de riesgo que exigen la constitución de garantías en respaldo de las obligaciones asumidas por sus deudores, sobre todo en aquellas facilidades crediticias de importes considerables; por tanto si bien el interés de resolver y adelantar las cuotas de los contratos de préstamo es lógico para una empresa del sistema financiero, este interés no puede sobreponerse al interés general de la sociedad, el mercado, el orden público económico, y el régimen de economía social de mercado tutelado por el sistema concursal. Asimismo, en no pocas ocasiones las empresas del sistema financiero cuentan con garantía de terceros las que son totalmente inmunes a las acciones de ineficacia o ejecución y suspensión de ejecución de garantías, tal y como se ha repasado en párrafos anteriores.

## **CAPÍTULO XV: RESULTADOS**

### **15.1 Colocaciones del Sistema Financiero al Sector Privado**

En el Perú la mayoría de las empresas inician sus operaciones con capital propio es decir con capital aportado por sus socios o accionistas para el desarrollo de su actividad empresarial; sin embargo, y pese a lo anterior,

otra de las principales fuentes de capital fresco para la continuación de la actividad industrial, comercial y empresarial provienen de la Banca Múltiple, principalmente del Sector Bancario. Este sector tal y como lo muestran las gráficas al final de este apartado han experimentado un crecimiento del 6.4% de octubre de 2021 a octubre de 2022 y del 4.9% de octubre de 2020 a octubre de 2021. Asimismo, según información de la propia Superintendencia de Banca y Seguros, los créditos directos colocados a nivel nacional ascienden, a octubre de 2022, a S/ 362,939,726,000.00 soles siendo las MYPE's las que se han visto beneficiadas con cerca de un 10% de dichas colocaciones. Es decir, este sector muestra gran dinamismo, el mismo que se materializa con el desarrollo de las actividades económicas, generación de empleo, e incremento del PBI.

Si bien el término crédito directo engloba todos los financiamientos que, bajo cualquier modalidad, las empresas del sistema financiero otorguen a sus clientes, originando a cargo de éstos la obligación de entregar un monto de dinero determinado; los préstamos bancarios de mediano plazo resultan ser los grandes protagonistas. En esa línea, el diseño contractual de estos préstamos tendrá repercusión en el eventual cumplimiento o incumplimiento de los compromisos asumidos por los deudores. A lo largo de este trabajo de investigación hemos sostenido que las cláusulas generales de contratación específicamente aquella denominada Clausula Anticoncursal, tendrá un impacto directo en la recuperación de los créditos otorgados al sector empresarial ante un eventual escenario de crisis financiera del deudor.

Dado que los deudores, a quienes se les limita el acceso al sistema concursal, no podrán ser evaluados económica y financieramente por sus

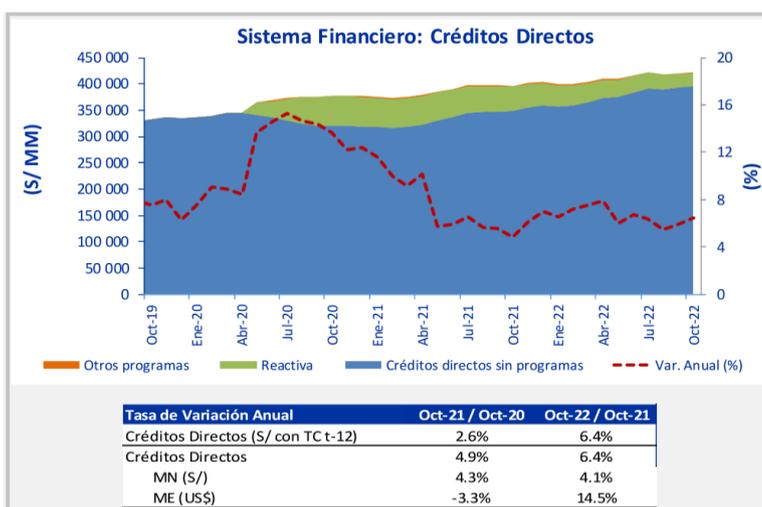
acreedores en el desarrollo de un procedimiento concursal, la recuperación de las acreencias lo único que ocasionará será la toma de decisiones ineficientes, ineficiencias tanto para el deudor que no podrá recuperarse de la crisis incluso siendo potencialmente viable una reestructuración ya que su patrimonio, aunque deteriorado, así lo permite; como para el mercado que verá reducida la oferta de los productos o servicios ofrecidos por el deudor así como la eliminación de puestos de trabajo, todo ello sin tener como base un análisis de eficiencia previa, sino por la depredación -entendible- de los activos por parte de los acreedores hambrientos de recuperar sus créditos en un escenario extraconcursal; y finalmente también tendrá efectos nocivos para los acreedores financieros, aquellos acreedores que habiendo establecido la Cláusula Anticoncursal lo único que consiguen es minar el propio sistema financiero, pues la imposibilidad de someter a sus deudores a un sistema concursal implicará que no exista una adecuada gestión de crisis de empresas lo cual eleva el costo de recuperación de las acreencias que a su vez derivará en un incremento del costo del crédito que finalmente será trasladado a los futuros o potenciales clientes financieros. Esta fórmula en términos económicos está más que comprobada, que, si el precio de la oferta sube, la demanda baja.

Lo que se busca con el presente trabajo de investigación es que se lleve a cabo un profundo trabajo de reflexión sobre el impacto de la Cláusula Anticoncursal ubicándola en una justa dimensión que comprenda todo el bosque (sector financiero, mercado, deudores, acreedores, y todos los stakeholders). Esta podría ser una aspiración casi utópica si es que el requerimiento de toma conciencia estuviera dirigida al sector financiero, pero

lo que buscamos es que quienes detentan el poder legislativo entendido como el poder de legislar estructuren un marco contractual considerando que el sistema concursal del pasado, no será el mismo en el futuro y que si bien deben mantenerse las bases y fundamentos sobre los que se construyó, la perspectiva de su ratio de acción trascenderá, como lo hemos sostenido a lo largo de toda la investigación, la esfera privada.

FIGURA 1

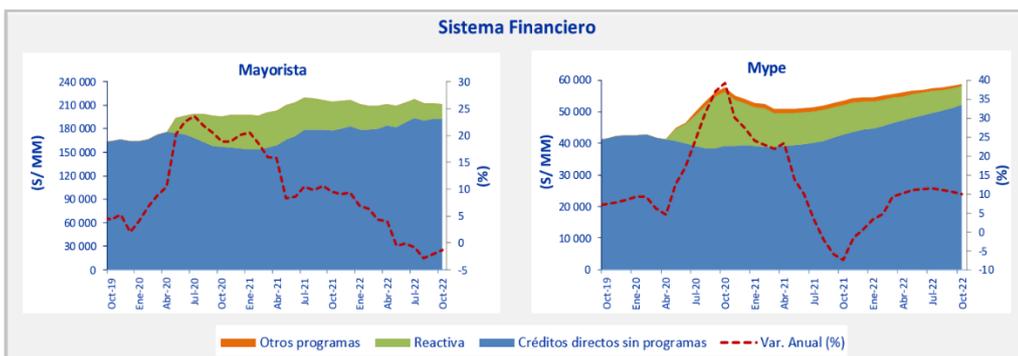
*Sistema Financiero: Créditos Directos*



Fuente SBS

FIGURA 2

*Sistema Financiero: Mayorista-Minorista*



Fuente SBS

## 15.2 La Morosidad en el Sistema Financiero como posible necesidad de acceder al Sistema Concursal

Debemos tener claro que los procedimientos concursales son mecanismos residuales y/o excepcionales, es decir, no se espera que todas las empresas que operan en el mercado peruano tengan la necesidad de acudir al sistema concursal pues como acertadamente nos lo recuerda el profesor Lozano (2015) las decisiones empresariales se fundamentan siempre en perspectivas económicas y financieras positivas; ya que lo contrario sería creer que los empresarios exponen su dinero y bienes en negocios que les darán pérdidas, lo que es inadmisibile desde cualquier perspectiva. En ese sentido, el sistema concursal resulta ser un mecanismo de última ratio en el que el empresario o sus acreedores deciden someterlo a un procedimiento concursal dado el deterioro del patrimonio concursado (p. 121.).

Ahora bien, en el apartado anterior hemos mencionado la dinámica en cuanto a la colocación de créditos directos por parte del sector financiero asimismo el impacto que estos tienen el desarrollo de la actividad empresarial por parte de las MYPE's y demás clientes empresariales; pero cabe ahora preguntarnos ¿todos estos créditos colocados son honrados por los deudores?

Respondiendo a la pregunta anterior, la cifras de morosidad publicadas en el portal web de la Superintendencia de Banca y Seguros muestran que la tasa de morosidad en el caso de deudores mayoristas asciende al 4.46% a octubre de 2022 mostrando una tendencia a la alza en relación al histórico de

los últimos 12 meses; es decir la cartera de créditos mayoristas se ha deteriorado en el este último año. En relación a la cartera de créditos directos vinculados al sector Mype a lo largo del 2022 ha mantenido una tasa de morosidad del 7.44%. Si bien estas cifras no señalan que estos clientes, necesariamente, lleguen a un estado total de cesación de pagos si nos evidencia que eventualmente podrían presentar serias dificultades para el honramiento de sus créditos lo que derivará en la necesidad de acceder a un sistema de gestión de crisis empresarial que les permita reorganizar sus deudas con sus acreedores mediante el establecimiento de un adecuado plan de reestructuración empresarial que se ajuste a los distintos tipos de negocios o que en su defecto se realice su salida -no traumática- ordenada y eficiente del mercado peruano.

Si bien se deben considerar estos números con relativo cuidado por los efectos que la COVID 19 tuvo en la economía mundial, debemos recordar que el sistema concursal responde justamente a un escenario de crisis financiera empresarial que puede tener como origen diversos factores, al respecto Lozano (2015) señala correctamente que por factores exógenos o de cualquier otra índole, pueden tener resultados nefastos desde una perspectiva puramente económica. Por ello, así como la COVID 19 generó caos e incertidumbre económica; el día de mañana, esperemos Dios no lo permita, podrían ser los estragos de una guerra o un desastre natural los que irremediablemente activen la necesidad de recurrir al Sistema Concursal, por ello el cuidado y fortalecimiento de este es de vital importancia y que se tomen las decisiones políticas para realizar los ajustes que corresponda en esta materia.

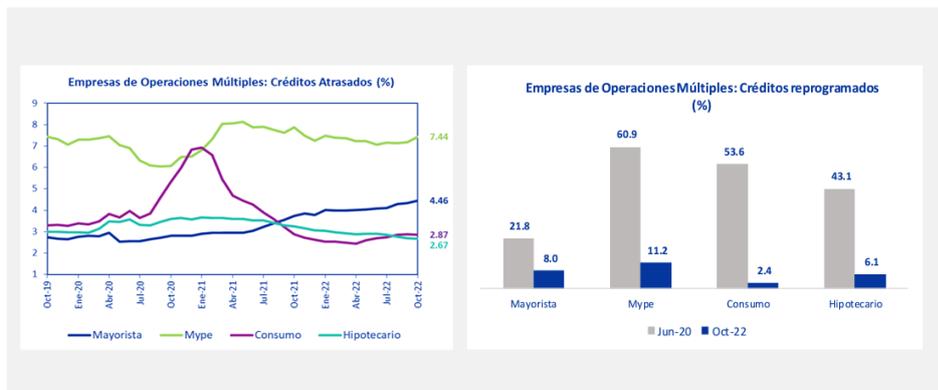
Si no empezamos a poner el foco de atención en las posibles consecuencias de la deconstrucción de todo lo andado en material concursal y permitimos que mediante una Cláusula Anticoncursal se petardee un sistema que con sus limitaciones y oportunidades de mejora ha demostrado funcionar o al menos servir como herramienta para una salida ordenada del mercado bajo reducidos costos de transacción, se terminará afectando el interés social. Claro que la protección del sistema concursal no debe perder de vista la protección de los intereses privado, es decir debe realizarse una gestión equilibrada de los intereses. Nuevamente citamos a Lozano (2015) quien precisa que:

“[...] consideramos que si bien es cierto que cuando se presenta una situación concursal es posible que intervenga el derecho público por la característica de interés colectivo que se genera a partir de la declaración de estado concursal de un deudor cualquiera y que por este simple hecho se justifique trascender la esfera privada. [...] es necesario tener el criterio adecuado para manejar estas situaciones excepcionales con manos de neurocirujano que nos permita garantizar la integridad de los derechos fundamentales de los actores empresariales [...]” (p. 35).

### FIGURA 3

*Morosidad de cartera mayorista*

**Morosidad de cartera mayorista se ha elevado y la de consumo disminuido con respecto a nivel pre-pandemia. Aun se observa porcentaje importante de reprogramados en carteras MYPE y mayorista, principalmente de programas de gobierno**



La SBS facultó a las empresas a modificar las condiciones contractuales de los créditos al día a la fecha de declaratoria de emergencia COVID sin que se afecte la clasificación crediticia del deudor y a suspender hasta ago-20 el conteo de días de atraso de los créditos que al 29.02.2020 presentaban incumplimiento.

Fuente SBS

### 15.3 Niveles de Inversión Privada en el mercado peruano

La mejor forma de arrancar este apartado es haciendo mención a lo sostenido por Natividad (2022) quien señala que las ganancias empresariales en el Perú han constituido hasta ahora un misterio para el observador externo (p. 19). Y ¿por qué arrancamos este apartado hablando de las ganancias si el título está relacionado a la inversión? La respuesta es muy sencilla, si el mercado no ofrece los retornos estimables por los inversionistas o empresarios sencillamente la inversión se detiene o simplemente no se realiza. En esa línea, Natividad (2022) señala que las ganancias interesan a todos porque, con los ajustes necesarios, ellas son la base para determinar el valor de una compañía (p. 23). Con lo cual podemos afirmar que las ganancias esperadas por los inversionistas determinarán en gran medida su participación en la actividad económica nacional.

Ahora bien, a lo largo de los últimos 3 años la inversión privada representó el 15.4% del PBI en el 2020, 17.3% del PBI en el 2021 y 20% del PBI en el III trimestre de este 2022; es decir en términos porcentuales respecto del PBI, la inversión privada tiene una marcada línea progresiva de crecimiento. Sin embargo, en cuanto a variación del porcentaje real se refiere, la inversión privada arrojó un 0% esto debido a la guerra entre Ucrania y Rusia y su impacto global pero también a factores internos de inestabilidad política.

En ese sentido resulta importante que el mercado peruano se convierta en un mercado atractivo para las inversiones privadas tanto nacionales como extranjeras. Un adecuado sistema de gestión de crisis empresarial, que permita tener cierto nivel de certeza de recuperación de los créditos por parte de la masa de acreedores que podrían verse involucrados en un procedimiento concursal dinamizará la economía nacional reduciendo los niveles de incertidumbre, lo que tendrá como correlato una reducción del costo del crédito directo, es decir una menor tasa de interés. Esto permitirá la expansión de la actividad empresarial posibilitando el desarrollo de la industria y comercio en el mercado peruano.

En definitiva, el fortalecimiento del Sistema Concursal tendrá un impacto directo en la actividad financiera y bancaria permitiendo la colocación de más préstamos a tasas mucho más atractivas.

#### FIGURA 4

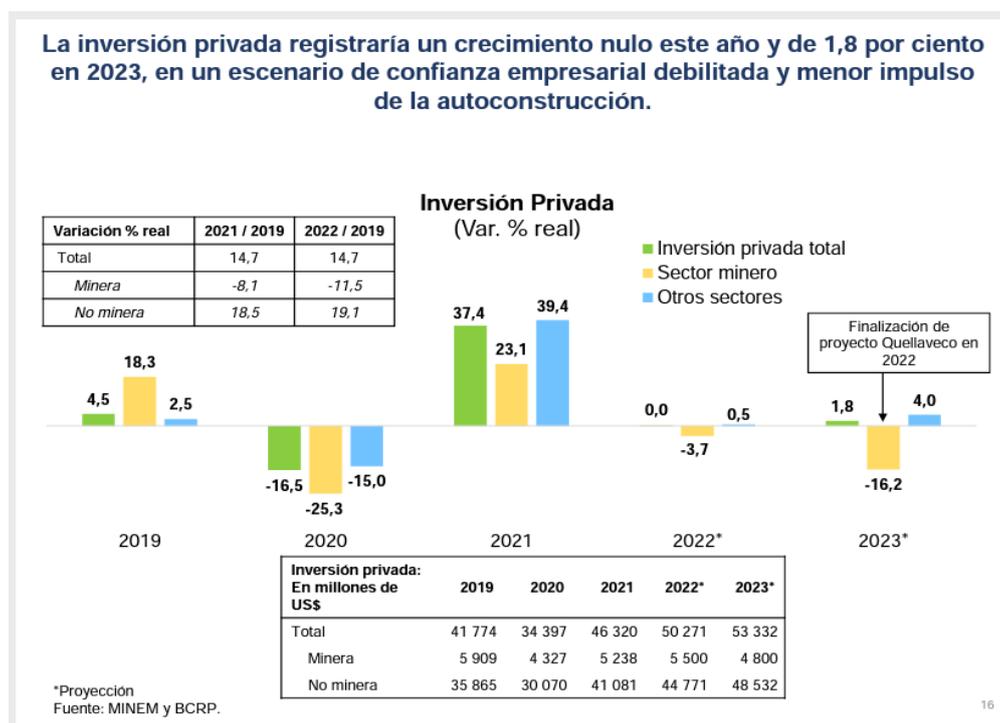
##### *Información General*

INFORMACIÓN GENERAL					
	2020	2021	2022		
			I Trim	II Trim	III Trim
<b>Porcentaje del PBI</b>					
<b>Ahorro - Inversión</b>					
- Ahorro nacional	20,9	19,7	12,3	16,8	19,2
Público	-3,9	2,8	7,8	7,9	2,9
Privado	24,8	16,9	4,5	8,9	16,3
- Ahorro externo	-1,2	2,3	6,6	3,5	6,0
- Inversión total	19,7	22,0	18,9	20,3	25,2
Pública	4,3	4,7	3,2	4,4	5,2
Privada	15,4	17,3	15,8	15,9	20,0
<b>Comercio exterior de bienes</b>					
- Exportaciones 3/	20,9	28,0	29,9	26,5	26,1
- Importaciones	16,9	21,4	22,8	23,3	24,6

Fuente: BCRP

FIGURA 5

### Inversión privada



Fuente: MINEM y BCRP

#### 15.4 Los Procedimientos Concursales en el período 2018 – 2021

Para concluir con la estructura de los resultados de la presente investigación, analicemos los números arrojados por el INDECOPI en relación a los procedimientos concursales durante el periodo comprendido entre los años 2018 – 2021. El cuadro que se muestra al concluir en el presente apartado es de elaboración propia pero robustecida por la información proporcionada por el INDECOPI. Es importante adelantar que con fecha 12 de abril de 2019 el Consejo Directivo del INDECOPI liderado, en aquel entonces, por Ivo Gagliuffi Piercechi publicó el Documento de Trabajo Institucional denominado “Propuesta de mejoras normativas a la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal”; documento de especial relevancia pues tiene como finalidad reforzar la participación de la autoridad concursal así como volver más atractivo los procedimientos concursales para que aquellos deudores que se encuentren en un crisis puedan acogerse o ser sometidos de manera oportuna a alguno de estos procedimientos, sin esperar el colapso financiero y empresarial del agente económico.

Como se puede apreciar en el cuadro infra, en el año 2018 se registraron un total de 3 solicitudes de acogimiento al sistema concursal, todos ellos bajo la figura del procedimiento concursal ordinario, en el año 2019 la cifra se disparó alcanzando un total de 53 solicitudes de las cuales 51 fueron procedimientos concursales ordinarios mientras que 2 fueron concursos preventivos. En el año 2020, época de pandemia y con un procedimiento concursal especial denominado Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (decreto Legislativo N° 1511), se registraron un total de 35 procedimientos concursales de los cuales 2 estuvieron relacionados al

procedimiento concursal especial aprobado a raíz de la pandemia. Finalmente, el año 2021 cuando los estragos de la pandemia fueron más notorios para la economía nacional dado que el deterioro empresarial comenzó a agudizarse el número de solicitudes ascendió a 53 de los cuales sólo 4 estuvieron relacionados con el acogimiento al procedimiento concursal especial.

Como se ha mencionado los procedimientos concursales tienen un carácter residual o si se quiere un carácter excepcional dado que sólo aplica para las empresas que se encuentran en crisis. Adicionalmente es de tener en cuenta que difícilmente un deudor querrá ser despojado del control de su empresa por lo que las expectativas de acogimiento se reducen aún más y sumado a ello una vez que los acreedores toman conocimiento de la situación financiera de su deudor, es más que probable que este haya realizado todos los actos -culposos y/o dolosos- que imposibiliten la recuperación de la empresa.

Partamos por analizar el último procedimiento concursal especial aprobado por el Decreto Legislativo N° 1511, este fue diseñado, según lo señala el propio decreto, dado que la COVID-19 ha originado el paro forzoso e intempestivo de la actividad de empresas de diversos sectores de la economía nacional, generando en ellas una grave crisis de liquidez para atender sus obligaciones y, con ello, afectando a la generalidad de sus acreedores, trabajadores, proveedores, clientes y, en general, a todos aquellos agentes económicos relacionados con la actividad económica de dichas empresas; y que, ante la situación descrita se torna necesario establecer un régimen concursal excepcional y transitorio que permita a las

empresas afectadas con la crisis de liquidez ocasionada por el Estado de Emergencia Sanitaria evitar su inminente insolvencia y quiebra, mediante su acogimiento a un procedimiento concursal célere y expeditivo con el objeto de refinanciar con sus acreedores la totalidad de sus obligaciones. Como se puede apreciar esta norma fue hecha a la medida, o al menos esa fue la aspiración, para que las empresas que atravesaran una crisis financiera puedan evitar su insolvencia, sin embargo, como se puede apreciar, las cifras muestran que en el año 2021 sólo 4 se acogieron a este régimen excepcional; esto evidencia que el diseño de la norma no fue el ideal.

Por otro parte, consideramos que los procedimientos concursales si bien son escenarios de excepción deben y tienen que ser atractivos para los deudores, pues estos tienen un mejor conocimiento y mayor información sobre la situación real de la empresa y pueden determinar que los procedimientos concursales se conviertan en verdaderas herramientas de eficiencia para evitar la insolvencia y futura quiebra del agente económico, y no ser sólo un mero tránsito y la prolongación de la agonía que irremediablemente terminará en disolución y liquidación del aparato empresarial.

La mejora del sistema concursal pasa entonces por prestar atención a las recomendaciones hechas el INDECOPI en el Documento de Trabajo Institucional denominado “Propuesta de mejoras normativas a la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal”, que ha sido desarrollado en el presente trabajo de investigación; pero por sobre todo por cuidar todo lo avanzado y evitar que las Cláusulas Anticoncursales impidan el acceso de los deudores a los procedimientos concursales que los que se decida bajo

reducidos costos de transacción si la empresa debe o no continuar realizando actividades económicas, caso contrario será necesaria su disolución y liquidación, siempre bajo reducidos costos de transacción en la negociación y discusión por parte de los acreedores.

FIGURA 6

*Procedimientos Concursales por año*



Fuente: Elaboración propia con recursos (datos) de INDECOPI

**CAPÍTULO XVI: DISCUSIÓN**

16.1 Economía Social de Mercado y Orden Público Económico:

De acuerdo a los resultados arrojados en el presente trabajo de investigación se evidencia que el Perú ha hecho como suyo el modelo económico denominado Economía Social de Mercado que tiene como base y fundamento la Doctrina Social de la Iglesia, así como los estudios llevados a cabo por economistas, abogados y pensadores alemanes de la Escuela de Friburgo. Este modelo económico, también conocido como Ordoliberalismo, trajo consigo el replanteamiento de fórmulas económicas superadas como el

liberalismo económico y su famoso “laissez faire, laissez passer”; así como la planificación estatal de la economía que propugnaba la participación del Estado, de forma más que activa, en el mercado impidiendo la formación natural de precios y distorsionando el intercambio económico.

El acogimiento constitucional de la Economía Social de Mercado como modelo económico implica que sea el propio mercado el que desarrolle el papel de protagonista en la formación de precios, participación de los agentes económicos, diseño de reglas económicas naturales; y que el Estado tenga una participación de supervisor de que aquellas actividades, entre otras, se lleven a cabo sin distorsiones, evitando el abuso de posiciones dominantes y conductas anticompetitivas, eliminando barreras burocráticas en la medida que el Estado de manera inconsciente o consciente pueda generar trabas al libre intercambio de bienes y servicios, así como regulando y supervisando el desenvolvimiento de los agentes económicos que desarrollan actividades en mercados altamente sensibles para la economía peruana, propiciando incluso los monopolios naturales.

En sintonía con lo expresado, Gutierrez (2013) señala que la economía social de mercado:

“[...] parte de dos convicciones; por un lado, la creencia de que el mercado es el mejor invento para el desarrollo y funcionamiento de la economía; la segunda, referida a que, si bien el mercado puede ordenar la economía, no crea necesariamente justicia. Una economía totalmente libre sin límite alguno creará más desigualdades y agudizará las existentes, generará centros de poder económico que muy pronto

falsearán la competencia y harán de las libertades económicas de los más débiles meras declaraciones legales. De ahí que una economía social de mercado postule que en situaciones de desigualdad el Estado deberá regular la libertad de mercado.”

Asimismo, Kresalja Rosselló, B., y Ochoa Cardich, C. (2020) coinciden con los resultados de esta investigación al considerar que

“[...] el Estado busca evitar el caos en el mercado, puesto que dejado a su suerte generaría conductas anárquicas o aquellas que busquen el privilegio personal a unos pocos. Es así como, en una Economía Social de Mercado, la vigencia de los derechos fundamentales se alza en contra de conductas abusivas. Esta es la razón de la existencia de un conjunto numeroso y variado de autoridades y organismos reguladores como el INDECOPI, la SBS, entre otros.”

Finalmente, otra de las coincidencias con los resultados presentados - contra todo pronóstico- es la posición sostenida por Lourdes Flores Nano (2015) (citada en Kresalja et al. 2020): quien, aunque mencionándolo en tercera persona y dada sus preferencias liberales al entender que la Economía Social de Mercado sería prima hermana del liberalismo, señala que:

Empero, reconociéndose que el ejercicio en libertad genera perturbaciones que impiden la competencia, los defensores de la tesis de la competencia perfecta estiman que el Estado y el ordenamiento jurídico son los llamados a garantizar el real funcionamiento del mercado y la competencia. (p. 448)

En cuanto al orden público económico, los resultados a los que hemos arribado confirman que es el conjunto de valores, principios, y normas que regulan la organización económica del país. Si bien carece de un reconocimiento expreso en la Constitución Política del Perú, situación que consideramos debe darse en el corto plazo; es importante resaltar que tal y como se ha demostrado a lo largo de este trabajo de investigación su reconocimiento se ha dado en el plano jurisprudencial a través de pronunciamientos del máximo intérprete de nuestra carta fundamental. En esa línea, el orden público económico constituye el pilar sobre el que se construye nuestro modelo económico de economía social de mercado, erigiéndose como límite infranqueable que debe ser tomado en cuenta en el desarrollo normativo infraconstitucional.

Asimismo, el orden público económico tiene un rol fundamental en la delimitación, alcance y protección del sistema concursal, ya que es la piedra de toque que pone de relieve la importancia de los procedimientos concursales para la salud de la economía nacional dado que estos procedimientos van más allá de la protección de intereses privados.

Al respecto y coincidiendo con esta posición, Kresalja Rosselló, B., y Ochoa Cardich, C. (2020) señalan que:

“[...] el orden público económico es una materialización del orden público en la vida económica de la Nación. Emerge en el siglo XX como un contrapeso a los excesos del liberalismo clásico del siglo XIX. Se señala al destacado jurista Georges Ripert (1880-1958) como su autor, quien afirmó que “junto a la organización política del Estado

hay una organización económica tan obligatoria como la otra. Existe, en consecuencia, un orden público económico” (Ripert, 1951; citado por Avilés Hernández, 1998, p. 194).”

Por su parte, Gutierrez Camacho, W. (2013), de acuerdo a los resultados obtenidos en el desarrollado de la investigación expresa que:

El orden público económico está compuesto por reglas básicas que inspiran y gobiernan la organización y funcionamiento económico de cada país. El orden público económico refleja el concepto de libertad económica que tiene una sociedad y que contiene su constitución. Regula, por lo tanto, las relaciones de mercado entre los particulares, y entre estos y el Estado. En tal virtud, el propósito de todo orden público económico es hacer posible el intercambio económico, generando confianza y seguridad a los actores del mercado, tratando que dicho intercambio se haga en lo posible en un escenario de equilibrio en las relaciones entre las personas, y entre estas y el Estado. (p. 19)

Finalmente, otro de los antecedentes que encaja perfectamente como pieza de lego hecha a la medida, son las aproximaciones bastante precisas realizadas por el Lozano Hernandez, J. (2015), quien al vincular el derecho público cuyo concepto está estrechamente vinculado al de orden público económico:

“[...] consideramos que si bien es cierto se presenta una situación concursal es posible que intervenga el derecho público por las características del interés colectivo que se genera a partir de la declaración de estado concursal de un deudor cualquiera y que por este

simple hecho se justifique trascender la esfera privada, lo que importa aceptar, como se hace, que se regule esta situación “excepcional” [...]” (p. 35).

#### 16.2 Libertad de Contratación:

Conforme a los resultados arrojados en el desarrollado de la investigación se concluye con un nivel de certeza absoluta que la libertad de contratación particularmente la libertad contractual tiene límites en su ejercicio. Recordando que ningún derecho, ni siquiera los reconocidos constitucionalmente, es absoluto se parte de la premisa que la libertad contractual tiene como uno de sus límites al orden público económico pues la libertad contractual no debe sobrepasar el contenido protegido por otros derechos fundamentales. En sentido contrario, la libertad contractual irrestricta propiciaría un escenario de abuso en el que aquellas empresas que gocen de posiciones dominantes y que diseñen sus contratos bajos cláusulas generales de contratación establezcan pactos lesivos para los intereses de la sociedad en aras de incrementar sus beneficios particulares.

Coincidiendo con lo anterior el Tribunal Constitucional peruano en la STC Exp. 001-2005/PI, ha señalado que:

La libertad de contratación no puede ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de los otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de las Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libertad de

contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora.

Por su parte Monge (2022) también concuerda en que:

“La libertad contractual permite configurar el contenido de los contratos. Y a esto añadiríamos, siempre que no se vulneren normas imperativas, y aquellas que tengan que ver con el orden público tal y como ha sido consagrado en el artículo 2 numeral 14 de la Constitución de 1993 y que ha sido reforzado a través del art. V del Título Preliminar del Código Civil que señala que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.”

De acuerdo a los resultados las cláusulas que impidan el acceso al sistema concursal de manera arbitraria contravienen el orden público económico lo que a su vez excede y sobrepasa los límites impuestos a la libertad contractual tal y como lo ha entendido nuestro supremo intérprete constitucional.

### 16.3 Las Cláusulas Generales de Contratación

Las cláusulas generales de contratación, como se muestra en los resultados, nacieron de la mano con la necesidad de regular las relaciones comerciales cada vez más rápidas. Esta rapidez instó a que el estudioso del derecho diseñara nuevas formas, más dinámicas, de contratar y que respondieran a los desafíos que impone el mercado en un contexto en el que los avances tecnológicos y los constantes procesos de innovación hace de la contratación un escenario cada día más retador.

Esta nueva configuración de las relaciones contractuales se da en el marco de la famosa producción en masa y contratación en serie en el que los

periodos muy largos de negociación entre las partes o los costos excesivos que esta negociación implica podrían generar que los acuerdos se tomen muy tarde o que simplemente no se tomen. Así las cosas, los contratos por adhesión y la contratación en base a cláusulas generales -de la que nos hemos ocupado de manera detallada a lo largo de esta tesis- se muestran como extraordinarias alternativas a efectos de reducir considerablemente los costos de información y de negociación entre las partes. En esa línea, las cláusulas generales de contratación son aquellas redactas de manera previa y por una de las partes con la finalidad de regular una serie indefinida de contratos; que responden a las necesidades del mercado actual.

En ese sentido, el maestro de la Puente y Lavallo, M. (2017) coincide con el investigador al manifestar que:

“[...] se requiere de un instrumento jurídico que contemple los dos requisitos de este tráfico, que son su carácter masivo y su celeridad. Este instrumento debe ser el contrato, dados los efectos que legalmente produce, pero no el contrato tradicional, cuya negociación adolece de una lentitud que lo hace inadecuado sino un nuevo sistema de contratación que permita reducir al mínimo las tratativas sin perder un margen indispensable de flexibilidad. Considero que, por las razones que más adelante se exponen, contratación a base de cláusulas generales de contratación representa una respuesta audaz e inteligente a dicho requerimiento” (p. 559).

Ahora bien, dentro de todo el conglomerado de las cláusulas generales de contratación están aquellas que resultan ser abusivas, insoportables e intolerables por el sistema jurídico, o como la doctrina también las llama,

cláusulas vejatorias. Estas buscan poner a una de las partes en una ventaja considerable frente a la otra, si bien esta ventaja no está referida a la condición y/o posición económica que posea una frente a la otra, puede ser tomado en cuenta como uno de los factores que podrían influir en la estipulación de este tipo de cláusulas. Habitualmente las cláusulas vejatorias tienen cabida en aquellas negociaciones en que una de las partes tiene información privilegiada que no es conocida por la contraparte o que pudiendo conocerla es de difícil obtención. Los resultados del presente trabajo de investigación también señalan que no puede alegarse falta de información cuando la parte afectada no ha llevado a cabo actos de debida diligencia en la búsqueda o solicitud de información a efectos de poder tomar una decisión informada.

En línea con lo indicado, Messineo, F. (1986) (citado en De la Puente y Lavalle, M., 2017), señala que:

Pueden ser llamadas “vejatorias” porque están dirigidas a mantener a la contra parte en condiciones de inferioridad jurídica o, peor, a agravar esta inferioridad. Estas cláusulas, dan realce igualmente a aquella disparidad de situaciones entre las partes. Puede acogerse la calificación de “subrepticia” atribuida a la cláusula en examen (p. 636).

#### 16.4 Sistema Financiero peruano

Los resultados nos muestran, en líneas generales, que el sistema financiero lo componen el conjunto de instituciones públicas y privadas que tienen como finalidad realizar operaciones de intermediación financiera de aquellos que tienen excedentes de recursos monetarios hacia quienes necesitan capital para el desarrollo de sus actividades personales y/o empresariales. Asimismo, su marco normativo está conformado por el

conjunto de normas que lo regulan desde aquellas establecidas en la Constitución hasta los diversos dispositivos legales emitidos por el órgano supervisor, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, entre las que podemos encontrar circulares, resoluciones, directivas. La superintendencia tiene dentro de sus principales funciones reconocidas constitucionalmente la de ejercer el control de las empresas bancarias, esto es regular el comportamiento dentro del mercado financiero.

Sobre ello señala Camacho Zegarra, M. (2019), ha señalado que en el Perú:

“(...) está integrado por la suma de instituciones bancarias, financieras y demás empresas e instituciones de derecho público y privado, encargadas de a circulación del flujo monetario, cuya finalidad es la de canalizar el ahorro, hacia quienes desean hacer inversiones productivas, dichas unidades pueden ser públicas o privadas.

A partir de la expedición de la Ley N° 26702, en diciembre de 1996, se establece el marco de regulación y supervisión a las empresas del sistema financiero, así como las de seguros incluyendo a las empresas que realizan actividades vinculadas o complementarias a esta, cuya finalidad no es otra que fortalecer el sistema, otorgándole las posibilidades de solidez, competitividad y confiabilidad deseable” (p. 183-184).

La investigación ha arrojado como resultado la necesidad de regulación de aquellas cláusulas generales de contratación que tengan como objeto regular las relaciones contractuales entre los bancos y los clientes que no sea calificados como consumidores. Esto en la medida que de acuerdo con el

Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero aprobado mediante resolución SBS N° 3274-2017 se dispone que sólo serán objeto de aprobación obligatoria previa aquellas cláusulas relacionadas a productos pasivos tales como crédito hipotecario y crédito de consumo; es decir, aquellos productos que tienen como destinatario a clientes consumidores, sin embargo quedan excluidos de dicha aprobación obligatoria aquellos clientes que desarrollan y realizan actividad empresarial; lo que nos permite concluir que se deja de lado un sector extremadamente importante para el desarrollo de la economía nacional.

En relación a lo anterior Garcia Amigo (citado en de la Puente y Lavallo, M., 2017) señala que:

La empresa o empresas predisponentes que gocen de una posición monopolística o dominante en el mercado: en tal caso, es claro que puede haber y hay realmente el peligro de abusos por parte de las empresas, pues unidos el natural egoísmo de los sujetos económicos en régimen de economía capitalista, al poder económico de los mismos en dichas situaciones tienen como clara consecuencia la explotación de la clientela -adherente a sus condiciones generales de contrato, leoninas muchas veces – para aumentar precisamente su margen de beneficio. (p. 582)

Complementado la cita anterior, los especialistas financieros Alva Gómez, J., y Rivas Gómez, F. (2012) precisan que:

“(…) la transparencia de información constituye un importante factor para la promoción de la competencia en el mercado constituyen

igualmente motivos para detenidas reconsideraciones y que -a nuestro criterio-, podrían justificar el paso a un reordenamiento del sistema bancario: Los casos de contratos con cláusulas vejatorias, cláusulas leoninas y cláusulas abusivas que han generalizado los bancos; las administraciones dolosas y las quiebras de ciertas entidades como el Banco Latino, el Banco Wiese, el Banco de Lima, el Banco Nuevo Mundo, el Banco República que han quedado libres de responsabilidad y pérdidas en la impunidad; el dispendio del Fondo de Seguro de los Depósitos que ampara la política de la “Moral Hazard” en la erogación de los créditos vinculados y la concentración crediticia”(p. 233).

Otra de los resultados arrojados durante el desarrollo de este trabajo de investigación es que las entidades financieras deberían autorregularse a efectos de que se evite la emisión excesiva de normativa financiera que genere obstrucciones en la negociación privada de productos y servicios financieros. En consonancia con lo resuelto, López Raygada, P. S., Bezada Alencastre, J. A., & García Tipismana, O. M. (2021) ha propuesto que:

“[...] si se pretende evitar (como si eso fuera posible) el surgir de regulaciones excesivas, desproporcionadas o carentes de razonabilidad es necesario que se vuelva los ojos a la responsabilidad que embarga a los entidades financiera en la prestación de servicios y que estos, sin desconocer claro está el afán de lucro de las empresas en cuestión, cree un adecuado ecosistema que concilie el desarrollo de la tecnología y el resguardo así como el pleno respeto de los derechos de consumidores y usuarios” (p. 33-35).

López Raygada, P. S., Bezada Alencastre, J. A., & García Tipismana, O. M. (2021):

La aprobación administrativa previa de cláusulas generales de contratación constituye un mecanismo preventivo de protección de los derechos de los consumidores, que contribuyen con asegurar el equilibrio contractual en los contratos bancarios que presentan estipulaciones contractuales redactadas unilateralmente por las empresas bancarias.

Específicamente, el Código establece que “[e]n el caso de los contratos de consumo celebrado por empresas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación corresponde a dicha entidad, conforme a la ley de la materia.

En consecuencia, la aprobación administrativa previa de cláusulas generales de contratación correspondientes a contratos bancarios se encuentra a cargo de la SBS, la cual ha determinado que deben someterse a aprobación administrativa previa las cláusulas generales de contratación (y sus modificaciones) relacionadas a las operaciones y servicio que se muestran en el siguiente cuadro” (p. 47-48).

Como se puede apreciar, el rol de la superintendencia en la contratación bancaria y específicamente en la aprobación de cláusulas generales de contratación resulta ser de suma importancia para la protección de los clientes, quienes encontrándose en una situación de desventaja tanto económica como informativa frente a su contraparte requieren y demandan de

la tutela por parte del Estado el que considerando las características especiales de esta parte de la economía permitirá una mejor calidad en el diseño contractual frente a aquellos clientes que sin ser consumidores exigen una adecuada protección en sus derechos por su impacto en el mercado y en el modelo económico.

#### 5.5 El Análisis Económico del Derecho aplicado al Sistema Concursal

El análisis económico del derecho es una herramienta que sirve para analizar el alcance de los dispositivos legales desde la óptica de la eficiencia con la finalidad de evitar que estos se conviertan en “obras literarias” y tenga los efectos prácticos para los cuales fueron diseñados. En esa línea, los costos de transacción, la eficiencia y las externalidades que generan nuestras decisiones deberán ser puestas a prueba teniendo en cuenta preceptos utilizados en la economía.

En concordancia con lo anterior Bullard (2019) apunta lo siguiente:

“¿Y en qué se diferencia el método del AED del método tradicional? Sin duda la respuesta tiene que ver con las herramientas que utiliza. Para el AED lo importante -más que la estructura de las normas y su lógica formal- son las consecuencias. El AED se orienta a identificar las consecuencias de las normas, sean estas constitucionales, legales, términos contractuales, estatutos, etcétera” (p. 41).

Añade el mismo autor que:

“Si un sistema de predicción de conductas (la economía) se junta con un sistema de regulación de conductas (el derecho) la ventaja es

obvia. Si quiero regular la conducta, saber cómo las personas se comportarán me permite generar mejores normas, estén éstas contenidas en una ley, en un estatuto o en un contrato. Un abogado con capacidad de predicción será un mejor abogado” (p. 19).

Durante el desarrollo de la investigación se ha logrado determinar que el sistema concursal es un sistema residual, de excepción y de ultima ratio al que acceden los deudores sea por voluntad propia -en menor medida- o al ser sometidos por sus acreedores quienes ante la insatisfacción en el honramiento de sus créditos a favor se ven en la necesidad de utilizar los procedimientos concursales como una forma para, a través del despojo del deudor en la administración de la empresa, lograr el cobro de sus acreencias.

Ahora bien, el sistema concursal, tal como lo ha establecido la norma especial, busca que los acreedores recuperen sus créditos creando espacios de diálogo en el que, bajo reducidos costos de transacción, puedan decidir sobre el destino del deudor, decisión que podrá consistir en reestructurar la empresa o en su defecto su disolverla para finalmente liquidarla, pero siempre de una manera eficiente; es decir, reduciendo los costos de transacción, eliminando o buscando eliminar las asimetrías informativas, y generando sinergias en las que cada acreedor sea considerado como parte de un conjunto; poniendo el todo por encima de cada parte independiente.

Al respecto, los resultados descritos se condicen con lo señalado por Salazar (2005) quien afirma que:

“Una manera diferente de aquellas a las que estamos acostumbrados a pensar el Derecho y que resulta sumamente

interesante por sus alcances la trae el Análisis Económico del Derecho. Reflexionar sobre cualquier área del Derecho desde la perspectiva económica es muy útil, pues la economía brinda una teoría científica que trabaja con modelos que nos permiten predecir razonablemente en el agregado como se desenvolverá el comportamiento humano en el futuro. Nos orienta en la distribución de recursos escasos, otorga información valiosa al legislador y a todos los operadores jurídicos ya que una vez que se vislumbran parámetros objetivos facilita la toma de decisiones sobre cómo deben satisfacerse necesidades determinadas” (p. 92).

Por su parte, Ezcurra et Solís (2002) complementan lo anterior al señalar que:

“El derecho concursal es uno de los casos paradigmáticos de costos de transacción elevados. Una empresa en crisis normalmente tiene una gran cantidad de acreedores, cada uno con un interés particular y legítimo en obtener el cobro de su crédito de acuerdo con el pacto suscrito con el deudor. Los tiempos en crisis, sin embargo, se caracterizan por la ausencia de recursos suficientes para pagar a todos los acreedores de acuerdo con lo estipulado en los contratos de préstamo.

[...] En estas circunstancias, lo que busca el derecho concursal es reducir los costos de coordinación existentes, estableciendo un orden y un mecanismo de cobro para los acreedores. El derecho concursal es,

fundamentalmente, un instrumento para reducir los costos de transacción” (p. 153).

## **CAPITULO XVII: CONCLUSIONES**

1. El Orden Público Económico está constituido por el conjunto de reglas, principios, y valores relacionados con los derechos económicos fundamentales. Estos se erigen como los parámetros mínimos sobre los que se desenvuelven los derechos económicos constitucionales, es por ello que no podemos entender una sociedad democráticamente organizada sin la noción de Orden Público aplicado al plano económico. En esa línea, el ejercicio de las libertades por parte de los individuos dentro de una sociedad no puede llevarse adelante de espaldas a estas reglas, principios y valores debiendo tomarse muy en cuenta.
2. En un Estado de Derecho la libertad contractual debe ser plenamente garantizada sin embargo esto no implica que la misma no se encuentre sujeta a límites, por el contrario toda libertad de respetar el marco constitucional vigente y la interpretación del alcance de los derechos realizada por el supremo intérprete, así mismo se debe tener en cuenta que el Orden público Económico, tal y como se mencionó en el punto anterior, constituye un límite infranqueable al ejercicio de los derechos económicos reconocidos por nuestra carta fundamental.
3. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP el órgano que ejercer el control respecto de la actividad bancaria en el Perú, en se sentido es el organismo encargado de emitir la normativa correspondiente y regular los alcances y límites en la contratación de los productos y servicios financieros. En ese sentido, tiene una función tuitiva del cliente consumidor

en la medida que aprueba las cláusulas generales de contratación bancaria que serán incorporadas en determinados productos activos tales como los préstamos hipotecarios y los créditos de consumo. Esta aprobación debe hacerse extensiva a los productos activos ofrecidos y contratados con clientes personas jurídica cuya necesidad de capital no está dirigida a la satisfacción personal de sus necesidades sino al cumplimiento de determinados objetivos empresariales. El mundo y la economía han cambiado sustancialmente a lo largo de todos estos años, los avances tecnológicos y las innovaciones constantes que se llevan a cabo de manera disruptiva hacen que se reformulen ciertos postulados en los que sólo amerita una especial protección a los consumidores quienes se encontraría en una situación de sustancial desventaja, la realidad hoy en día también evidencia que los clientes personas jurídicas se encuentran en una posición de dominados frente a los cada vez más fuertes y bien posicionadas empresas bancarias.

4. Por su parte el Test de Proporcionalidad aplicado al presente trabajo de investigación demuestra la viabilidad jurídica sobre la implementación de restricciones a la voluntad de las partes de incorporar la denominada Cláusula Anticoncursal. Esta imposibilidad encuentra sustento en la medida que el sistema concursal tiene matices que versan sobre bienes de interés y relevancia pública que exigen una participación estatal en la configuración normativa y legal relacionada con el Derecho Concursal.
5. Desde la óptica del Análisis Económico del Derecho (AED) el sistema concursal genera eficiencias en la toma de decisión sobre el destino del deudor ya sea que se decida por una reestructuración o la salida ordenada

del mercado mediante un procedimiento de disolución y liquidación. Esta eficiencia, se da en la medida que los procedimientos concursales constituyen espacios en los que los acreedores, sobre la base de su participación crediticia, negocian e intercambian información bajo reducidos costos de transacción y se hacen cargo de las consecuencias de sus propias decisiones. En el plano externo, y siguiendo la mirada del AED, el sistema concursal constituye una de las herramientas que ha demostrado su utilidad en la percepción empresarial ya que un adecuado sistema de gestión de crisis incentiva a invertir en suelo peruano, pues el empresario tiene la certeza que más allá de los vaivenes naturales de la actividad empresarial cuenta con un marco normativo que propicia y tiende a conseguir la recuperación de su crédito y no al proteccionismo irrestricto de la unidad económica. En línea con lo anterior, podemos concluir que un adecuado sistema de gestión de crisis generará que el sistema crediticio sea dinámico, se reduzcan los costos de la oferta, y se logre tan desea inclusión financiera.

6. La protección del ahorro se encuentra garantizada por las acciones llevadas a cabo por el Estado a través del ente supervisor legitimado para ello, esto es la Superintendencia de Banca Seguros y AFP quien tiene a su cargo la emisión de los dispositivos legales que buscan la reducción del riesgo de pérdida de los fondos depositados por los ahorristas en las empresas del sistema financiero, para ello se establecen límites y prohibiciones para asegurar la diversificación del riesgo, así como limitar el crecimiento de las empresas del sistema financiero, el establecimiento de un fondo de seguro de depósitos, la posibilidad de compensación de

deudas, las exigencias de capital mínimo para la constitución de empresas bancarias, aquellas vinculadas a la extensión de las garantías, hipotecas sábanas, inaplicabilidad de la caducidad de hipotecas constituidas a favor de empresas del sistema financiero, entre otros.

7. La Cláusula Anticoncursal debe ser objeto de repudio y expulsión del sistema financiero pues va en contra del Orden Público Económico y genera ineficiencias en el mercado las que afectan el modelo económico de Economía Social de Mercado.

## **CAPÍTULO XVIII: RECOMENDACIONES**

1. Al ser el Orden Público Económico el conjunto de valores, principios y reglas que rigen el ejercicio de los derechos y libertades económicas se debe buscar su consagración en el plano constitucional introduciendo dicho concepto dentro de lo que en doctrina se conoce como Constitución Económica, reservado al establecimiento de los principios básicos que regulan el régimen económico.
2. La evolución de las prácticas mercantiles, los avances tecnológicos y las constantes innovaciones deben propiciar la ampliación del abanico de productos activos, en el sector financiero, cuyos contratos estén sujetos a control previo de las cláusulas generales de contratación; pasando de un esquema reducido a uno en el que se consideren también aquellos productos activos dirigidos al sector empresarial.
3. Expulsar y/o excluir del sistema contractual cualquier cláusula que impida, limite o restrinja el acceso, directa o indirectamente, al sistema concursal por lo que se recomienda una modificación a la ley concursal actual en el sentido de establecer que cualquier Cláusula Anticoncursal

establecida por las partes contratantes será nula de pleno derecho por ir en contra del Orden Público Económico.

## REFERENCIAS

- Agurto Isla, R. (2017). A 25 años de su creación: Comentarios a la relación entre Indecopi y el Poder Judicial en el marco de los procedimientos concursales. *THEMIS Revista De Derecho*, (72), 159-170. <https://doi.org/10.18800/themis.201702.008>
- Alva Gómez, J. A., & Rivas Gómez, F. V. (2012). *El Reordenamiento del sistema Bancario Peruano*. Lima: Fondo Editorial.
- Bardier, E. A. (2008). *Contratación Bancaria*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Palma.
- Beaumont Callirgos, R., & Palma navea, J. E. (2002). *Comentarios a la Nueva Ley General del Sistema Concursal: Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Beaumont Callirgos, R., Gonzales Barrón, G., Guerra Cerrón, M., Hurtado Reyes, M., Luperdi Gamboa, C., Mejorada Chauca, M., Meneses Gomez, A., Montoya Castillo, C., Ronquillo Pascual, J., Rospigliosi Caso, E., Sevilla Agurto, P., Taipe Chavez, S. y Vargas Cabellos, S. (2014). *Las Garantías Reales*. Gaceta Jurídica S.A.
- Blossiers Mazzini, J. J. (2016). *Para Conocer El Derecho Bancario*. Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Bullard Gonzalez, A.J. (2018). *Análisis Económico del Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2022.
- Bullard Gonzales, A. J. (2020). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. 2da Edición*. Palestra Editores. Lima

- Camacho Zegarra, M. A. (2019). *Derecho Económico, Financiero y Bancario*. Lima: Grijley.
- Castellanos Sánchez, L. (2009). Las mil y una noches del derecho concursal. Unos objetivos y principios del cuento. THEMIS Revista De Derecho, (57), 199-226. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9155>
- Castillo Freyre, M. (2021). *Tratado de los contratos Típicos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Centurión, F. R. (2011). *El constitucionalismo peruano en el siglo XX : evolución y análisis crítico. (Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú)*.
- Coase, Ronald H. (1960). *El problema del costo social*. The Journal of Law and Economics, 3, 1-44.
- Contreras Carranza, C. (2021). *Historia Económica del Perú: desde la conquista española hasta el presente*. Lima: Instituto de estudios Peruanos.
- Curso de la Colina, R., & Agurto Isla, R. (2015). Agenda Pendiente en Temas Concursales en el Perú. *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*(51), 260-272.
- Dasso Ariel, A. (2011). El derecho concursal en la crisis global. *Revista de investigación de la Facultad de Derecho, I*(2), 173-206.
- Dasso, A. A. (2007). *Derecho Concursal Comparado*. Lima: Palestra.

- De la Puente y Lavalle, M. (2017). *El Contrato en General* (3era ed., Vol. I). Lima: Palestra.
- de Trazegnies Granda, F. (2018). La idea de Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX. Lima: Grijley.
- Espinoza Espinoza, J., & Atoche Fernández, P. (2011). *Ley General del Sistema Concursal*. Lima: Rodhas .
- Espinoza Espinoza, J. (1998). *La cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente*. *THEMIS Revista De Derecho*, (38), 141-162. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10316>
- Ezcurra Rivero, H., & Solís Visscher, G. (2002). El estado contraataca. La "múltiple personalidad" de un sistema concursal de ciencia ficción. *Revista de Derecho*(45), 149-163.
- Ezcurra Rivero, H. (2002). *La nueva Ley general del sistema concursal ¿Hacia dónde va? ¿Avance o retroceso?* *Advocatus*, (007), 409-421. [,https://doi.org/10.26439/advocatus2002.n007.2402](https://doi.org/10.26439/advocatus2002.n007.2402)
- Flint Blanck, P. (2004). *Tratado de Derecho concursal* (Vol. I). Lima: Grijley.
- Flint Blanck, P. (2004). *Tratado de Derecho Concursal* (Vol. II). Lima: Grijley.
- Gómez, D. C. (2016). El control de las cláusulas abusivas en el sector bancario. *Revista Derecho Privad: Universidad de los Andes*(55).
- Gomez-Salvago Sánchez, C. (2012). *Las Cláusulas de la Exigibilidad Anticipada del Crédito en los Contratos Bancarios*. Valencia: Tirant lo blanch.

- Graziabile, D. J., & Rubín, M. E. (2018). *Efectos Concuriales sobre las obligaciones y los contratos*. Buenos Aires: Astrea.
- Gutierrez Camacho, W. (2013). *La constitución Comentada* (2da ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Hernández Díaz-Ambrona, M. D. (2015). *Consumidores Vulnerables*. Madrid: Reus.
- Kresalja Rosselló, B., & Ochoa Cardich, C. (2020). *Derecho Constitucional Económico: Recursos naturales, servicios públicos y régimen financiero* (2da ed., Vol. II). Lima: Fondo Editorial.
- Kresalja Rosselló, B., & Ochoa Cardich, C. (2020). *Derecho Costitucional Económico: Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales* (2da ed., Vol. I). Lima: Fondo Editorial.
- Lazarte Álvarez, C., Juárez Torrejón, Á., & Moretón Sanz, M. F. (2016). *Manual sobre la Protección de Consumidores y Usuarios*. Madrid: Dykinson.
- Lizárraga Vera Portocarrero, A. (2012). Actos perjudiciales contra la masa concursal. *Revista de Derecho Administrativo*(11), 367-379.
- López Raygada, P. S., & Ballón , F. (2017). Síntesis de la defensa de la libre competencia en el Perú. Contenido y aplicación del Decreto Legislativo N° 1034. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA). *Revista de Derecho*, 18, 10-13.

- López Raygada, P. S., Bezada Alencastre, J. A., & García Tipismana, O. M. (2021). *Manual del Derecho del Consumo Aplicado a los Servicios Bancarios*. Lima: Palestra.
- Lozano Hernandez, J. C. (2015). *Tratado de Derecho Concursal en el Perú*. Lima: Instituto Pacífico.
- Martín Mato, M. A. (2010). *Mercado de Capitales: una perspectiva global*. Buenos Aires: Cengage Learning Argentina.
- Martínez Espín, P. (2012). Cláusulas abusivas en contratos bancarios. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*(4), 51-69.
- Martínez Espín, P. (2013). No todas las cláusulas son abusivas en contratos bancarios. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*(5), 96-102.
- Marthans León, J. J. (2006). La historia de la supervisión y regulación financiera en el Perú como parte de los actos conmemorativos por los 75 años de creación de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS).
- Mayorga Toledano, M. C., & Mora Lima, P. (2008). Protección del cliente en los contratos bancarios y de seguros. *Cuadernos de ciencias económicas y empresariales. Papeles de trabajo*(36).
- Messineo, M. (1971) *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Messineo, F. (1973). *Il contratto in genere*, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano.
- Mogrovejo, J. (1995). La Reforma Financiera Peruana: El Rol de la Regulación Prudencial y de la supervisión Bancaria.

- Monge Morales, G. J. (2022). *Derechos Económicos y Ambientales: propiedad, libertad de contratación, libertad de empresa, libre competencia y ambiente*. Palestra Editores.
- Montiel Fuentes, C. M. (2019). *La Teoría de los Principios y Los Principios del Derecho Concursal*. Universidad Externado de Colombia.
- Natividad, G. (2022). *La empresa en el Perú. Análisis cuantitativo y estrategia económica, 1era ed.* – Lima : FCE, Universidad de Piura.
- Ochoa Cardich, C. (2020). *El Estado Social en la Constitución de 1993: evolución, interpretación y proyección garantista en el Perú*. Palestra Editores.
- Postigo Bazán, R. (2000). *Cambiando estructuras: cultura empresarial y reestructuración patrimonial. Mesa redonda con Douglas G. Baird, Alfredo Bullard y Gonzalo de las Casas*. *IUS ET VERITAS*, 10(21), 286-300. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15977>
- Quiroz, A. (2019). *Historia de la Corrupción en el Perú*. 3era. Ed. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Rodriguez Espitia, J. J. (2021). *Insolvenca empresarial, derecho concursal y pandemia*. Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Velarde, J. (1995). *Los Contratos Bancarios Modernos*. Lima: Grijley.
- Rojas Leo, J. F. (2002). *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*. Lima: Ara Editores.

- Rojo-Fernández Rio, A., & Beltrán Sánchez, E. (2010). *Los Acreedores Concursales*. Navarra: Civitas.
- Rousseau, J.J. (1772). *El Contrato Social*. EDIMAT LIBROS S.A.
- Rubio Correa, M. A. (2015). *El Título preliminar del código civil*. 11ª ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Rubio Correa, M. A. (2018) – *El test de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. 2da ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Sainz Moreno, F. (1977). Orden público económico y restricciones de la competencia. *Revista de administración pública* (84), 597-644.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1098114>
- Salazar Campos, E. (2005). *Las sanciones impuestas por la declaración de quiebra en la Ley General del Sistema Concursal peruana a partir de una aplicación del análisis económico del derecho*. *IUS ET VERITAS*, 15(31), 90-101. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12410>
- Tantaleán Odar, R. M. (2006). Aproximación al objetivo del sistema concursal. *Derecho y Cambio Social*(8).
- Tassano Velaochaga, H. E. (2016). *Competencia y regulación*. *Revista de la Facultad de Derecho*(76), 105-121.
- Vargas Mamani, Y. B. (2006). *La desprotección del Crédito garantizado del sistema concursal peruano y el orden de prelación de créditos*. Arequipa.

Álvarez Miranda, E. (2014). *El modelo económico de la constitución peruana*. IUS ET VERITAS, 24(48), 256-269. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11921>

## NORMATIVA

Constitución Política del Perú (1993).

Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Decreto Legislativo N° 295, Código Civil.

RESOLUCION SBS N° 3274-2017, Aprueban Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero y modifican el Manual de Contabilidad para las empresas del sistema financiero y el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito

Ley 26123, Ley Órgánica del Banco Central de Reserva del Perú.

Ley 26702, Ley General del sistema Financiero y del Sistela de Seguros y Órgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal

STC Exp. 3283-2003-AA/TC (Sentencia del Tribunal constitucional)

STC Exp. 3283-2002-AA/TC (Sentencia del Tribunal constitucional)

STC Exp. 001-2005/PI

STC Exp. 3315-2004-AA/TC (Sentencia del Tribunal constitucional)

STC Exp. 0008-2003-AI/TC (Sentencia del Tribunal constitucional)

STC Exp. 00034-2004-A/TC (Sentencia del Tribunal constitucional)

STC Exp. 07339-2006-PA/TC (Sentencia del Tribunal constitucional)

STC Exp. 0003-2006-PI/TC (Sentencia del Tribunal constitucional)

STC Exp. 7320-2005-PA/TC (Sentencia del Tribunal constitucional)

Casación N° 2850-2013 – La Libertad

Resolución N° 2413-2017/CSD-Indecopi

Resolución S.B.S. N° 0657-99, Fondo Seguro de Depósito