

Informalidad, riesgo empresarial y la superación de la pobreza

Enrique Pasquel Rodríguez(*)

“El Padre Nuestro tiene 66 palabras, el discurso de la batalla de Gettysburg 286, hay 1,322 palabras en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, pero la norma estatal que regula la venta del repollo tiene 26,911 palabras”.

National Review

1. Introducción

Una de las razones por la que los países en vías de desarrollo no logran salir de la pobreza es la dificultad que tiene la mayoría de sus empresas para aumentar su eficiencia y productividad al operar en el sector informal.

El sistema legal sirve para reducir el riesgo empresarial, lo que a su vez permite la creación de más negocios, más sociedades, mayor acceso a capital, una producción más especializada y el aumento de las redes de proveedores y clientes. Las empresas informales no gozan de estas ventajas, por lo que su eficiencia y productividad es menor y los países con mayores tasas de informalidad tienen menos capacidad de crear riqueza y trabajo. Y precisamente, dicha tasa es mayor en los países subdesarrollados, como se aprecia en los ejemplos del siguiente cuadro.

País	Tamaño de la economía informal como % del PBI promedio entre 1990 y 1993
Japón	8-10%
Estados Unidos	
Austria	
Suiza	

Gran Bretaña	13-23%
Alemania	
Francia	
Irlanda	
Dinamarca	
Noruega	
Suecia	
Colombia	25-35%
Paraguay	
Brasil	
Venezuela	
Costa Rica	
Guatemala	40-60%
México	
Perú	
Panamá	

Fuente: Schneider y Enste⁽¹⁾

La economía informal en los países pobres es tan importante que gracias a ella se soluciona buena parte de las necesidades de los habitantes del tercer mundo. En Perú, las empresas informales sostienen a ocho de cada diez trabajadores⁽²⁾. En Egipto, han solucionado el problema de escasez de viviendas construyendo 92% de ellas⁽³⁾. En India, fabrican entre 60% y 70% de las computadoras personales, un mercado que se ha desarrollado más que en la mayor

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

(1) SCHNEDIER, Friedrich y Dominik ENSTE. *Shadow Economies: Size, Causes and Consequences*. En: *Journal of Economic Literature*. Volumen 38. Número 1. 2000. pp. 77-114.

(2) Fuente: Encuesta Nacional de Hogares 2002.

(3) INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA-THE EGYPTIAN CENTER FOR ECONOMIC STUDIES. *The extralegal economy where the majority of egyptians live and work. What the government can do to integrate them into the mainstream economy and substantially reduce poverty and increase economic development. Executive Summary*. Julio 2003. p. 7.

parte del mundo. Asimismo, gestionan los colegios informales en los que se educa casi 50% de los niños más pobres de las áreas urbanas de este país⁽⁴⁾. En China, el sector informal provee 75% del financiamiento al sector privado⁽⁵⁾. Y estas situaciones se replican -con sus particulares matices- en todos los países subdesarrollados. No es casual que -según cifras de la OIT- el 85% de los nuevos empleos a lo largo del mundo sean creados en el sector informal⁽⁶⁾.

Sin embargo, al desaprovechar el sistema legal estas empresas solo son un medio de supervivencia, cuando podrían ser una herramienta para superar la pobreza. En las siguientes páginas explicamos qué ventajas pierden las empresas informales, por qué operan en la informalidad y cómo esto es una barrera para el desarrollo.

2. El Derecho: un sistema para reducir el riesgo empresarial

El riesgo de que las cosas salgan mal es el temor de todo empresario. Es lo que no los deja dormir en las noches o de lo que tratan las pesadillas que los despiertan. Reducir lo más posible su riesgo es su obsesión. Y es que si las personas tienen algo en común a lo largo del mundo es que a nadie le gusta perder dinero.

El sistema legal puede ser visto como un conjunto de herramientas para reducir el riesgo en los negocios o en todo caso identificarlo y medirlo más acertadamente. Como luego explicaremos con más detalle, sin estas herramientas legales el sistema económico tiene:

a) Menos empresas; los potenciales empresarios inician menos negocios porque corren el riesgo de perder su inversión y en algunos casos hasta el resto de sus activos, incluyendo los bienes familiares.

b) Menos sociedades; los potenciales socios de un negocio corren el riesgo de que sus asociados los estafen o gestionen mal el negocio generando pérdidas para todos. Debido a este riesgo, muchas personas prefieren hacer negocios solas y pierden las oportunidades que puede generar combinar el capital, conocimiento, experiencia y trabajo de varios individuos. Se pierde, por ejemplo, la oportunidad de empezar un negocio con mayor financiamiento, más contactos comerciales, *know how*, trabajo especializado, etcétera.

c) Menos capital; los inversionistas externos corren el riesgo de que la empresa no pague sus deudas. Por eso, pueden no animarse a prestar el capital que necesitan los socios para empezar un negocio o ampliar sus operaciones.

d) Producción menos especializada; los socios también corren el riesgo de que sus trabajadores los engañen, estafen, roben, o simplemente de que hagan un mal trabajo que dañe de alguna manera a la empresa. Por esto, muchos empresarios prefieren trabajar solos, con su familia o con conocidos, a pesar de que eso limite su posibilidad de delegar labores en trabajadores especializados que puedan producir más, a menor costo, en menor tiempo y logrando una mayor calidad.

e) Menores redes de proveedores y clientes; toda empresa quiere comprar los insumos de mayor calidad a menor precio. También vender la mayor cantidad posible en la más amplia gama de nichos de mercado. Para esto, es indispensable llegar a todos los proveedores y clientes posibles. Pero siempre hay el riesgo de que el proveedor, la empresa o el cliente no cumpla lo acordado.

En buena cuenta, mientras más riesgo se enfrente habrá menos empresas, empresas más pequeñas o simplemente menos productivas. Y cuando esto sucede hay menos inversiones, ganancias, puestos de trabajo, capacidad de consumo, competencia y productos. En buena cuenta, le irá peor a los empresarios, a los empleados, a los desempleados y a los consumidores. También le irá mal, evidentemente, a las familias de todos ellos. E incluso le irá mal al Estado, quien recaudará menos impuestos.

En las siguientes páginas veremos cómo es que el sistema legal ofrece distintas herramientas para reducir o por lo menos identificar más claramente los distintos riesgos a los que los empresarios se enfrentan. Estas no surgieron de un momento a otro ni fueron invento de un iluminado. Nacieron de a pocos, a menudo gracias a prácticas comerciales que fueron reconocidas por la ley debido a la presión de grupos empresariales. También veremos cómo la gran mayoría de empresarios de los países en vías de desarrollo se encuentran excluidos de esas herramientas, lo que reduce tremendamente su capacidad de producir riqueza y de sacar de la pobreza a sus países.

(4) MITRA, Barun. *Grassroots Capitalism Thrives in India*. En: *Heritage Foundation. 2006 Index of Economic Freedom*. pp. 41-43.

(5) GONZALEZ, Michael. *Informal Finance: Encouraging the Entrepreneurial Spirit in Post-Mao China*. En: HERITAGE FOUNDATION. *2006 Index of Economic Freedom*. p. 49.

(6) ILO/UNAIDS. *HIV/AIDS and the World of Work in Latin America and the Caribbean: Opportunities and Challenges. Meeting on AIDS and the World of Work in Latin America and the Caribbean*. En: http://www.ilocarib.org.tt/oldwww/infosources/hiv_aids/Opportunities%20and%20challenges%20_final_.pdf. p. 3.

3. La protección de la propiedad

Uno de los primeros riesgos que enfrenta todo empresario es que alguien le arrebate sus bienes, ya sea el Estado o un privado. Por eso el sistema legal tiene distintos mecanismos para proteger la propiedad y reducir el riesgo de perderla. La lógica es sencilla, cuando las personas saben que su propiedad se encuentra bien protegida pueden invertir -y en general vivir- con mayor tranquilidad.

En los países tercermundistas, por el contrario de lo que dicta la lógica, los gobernantes se empeñan en no respetar las leyes que protegen la propiedad, con consecuencias funestas para el desarrollo de los negocios, incluyendo los de los más pobres. La historia de las expropiaciones en el tercer mundo es testimonio de ello⁽⁷⁾.

Un buen ejemplo es lo que sucedió hace diez años en Zimbabwe. Por un tiempo Zimbabwe parecía una historia de éxito en África. Durante los ochenta y noventa tuvo un considerable y sostenido crecimiento económico y superaba a su países vecinos en infraestructura y educación. En 1997, el presidente Mugabe anunció la expropiación de 1,471 granjas de las 4,500 existentes. En el 2000 empezaron las expropiaciones y el Estado pasó a ser el propietario de esas tierras.

Los empresarios eran concientes que el sistema legal dejó de protegerlos frente al riesgo de perder sus bienes y su reacción fue inmediata. Entre 1998 y el 2001 la inversión extranjera cayó en 99%. El valor de la tierra cayó en 53 mil millones de dólares (242 veces la ayuda externa entregada a Zimbabwe por el Banco Mundial desde su independencia). Cerraron 4,000 granjas y 700 empresas vinculadas y entre 2002 y 2003 la producción agrícola se contrajo en 90%. A raíz de esto, mientras que en 1997 se vendieron mil seiscientos tractores, en el 2002 solo se vendieron ocho. Zimbabwe terminó convirtiéndose de un exportador agrícola en un importador⁽⁸⁾. Evidentemente, quienes más sufrieron fueron los pobres.

En muchos países, sin embargo, el ataque a la propiedad no es a través de expropiaciones directas, sino a través de regulaciones. Las regulaciones restringen el uso de la propiedad llegando en algunos casos a privarle de prácticamente todo su valor económico. Un ejemplo de ello es cuando se cambia

la zonificación de un predio en el que hay una fábrica para que su uso se restrinja solo a viviendas de un piso. A pesar que se respeta el título del propietario, se le priva de valor económico al bien. Por esto es que en el *Common Law* y en el Derecho Internacional se ha desarrollado la figura conocida como expropiaciones regulatorias o indirectas. Lamentablemente, dentro de los países subdesarrollados esta protección no suele extenderse a los nacionales, especialmente a los más pobres cuya propiedad se encuentra más en riesgo⁽⁹⁾.

Otro constante ataque a la propiedad viene por el lado de la tributación. Parafraseando a Winston Churchill, con las expropiaciones se buscaba quitarnos la vaca. Con la tributación nos dan la excusa de dejarnos la vaca, pero nos quitan la leche. Mientras mayor sea lo que se tributa y mientras más inestable sea el marco tributario, más riesgo asumen los empresarios, especialmente los más pobres que no pueden mudar sus empresas a otro país.

La relación es clara y simple. Cuando las personas tienen seguridad de que conservarán sus bienes y los frutos de su trabajo, están dispuestas a invertir más. Cuando hay un gran riesgo de ser expropiado, de que una regulación reste valor a la inversión o que las ganancias se esfumen en el pago de tributos, los incentivos de los ricos y de los pobres para hacer empresas son muy pocos.

Lamentablemente, incluso los países en vías de desarrollo cuyos gobiernos respetan la propiedad no logran que sus pobres progresen porque formalmente solo una minoría goza de tales derechos de propiedad.

En el 2006 el Instituto Libertad y Democracia (ILD) realizó un estudio sobre la economía extralegal en doce países latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Perú y República Dominicana. El ILD calculó que, en conjunto, en estos países 65% de los predios urbanos y 76% de los predios rurales son informales⁽¹⁰⁾. Es decir, la enorme mayoría de personas en estas naciones no recibe ninguna protección estatal porque para la ley no son propietarios.

Buena parte de la explicación de la gran tasa de propiedad informal es que el sistema legal de los países subdesarrollados suele tener sistemas

(7) Sobre la lógica económica de las expropiaciones y de sus límites, véase PASQUEL, Enrique. *Expropiación. Una visión económica alternativa*. En: *Themis*. Número 48. pp. 123-132.

(8) RICHARDSON, Craig. *Learning from failure: Property rights, land reform and the hidden architecture of capitalism*. En: *American Enterprise Institute for Public Policy Research. Development Policy Outlook*. Número 2. 2006. RICHARDSON, Craig. *How the loss of property rights caused Zimbabwe's collapse*. En: *CATO Institute Economic Development Bulletin*. Número 4. 14 de Noviembre de 2005.

(9) Para mayor detalle sobre este problema véase PASQUEL, Enrique. *Tomando la propiedad en serio. Las expropiaciones regulatorias o indirectas*. En: *ius et veritas*. Número 31. pp. 114-126.

(10) Fuente: Instituto Libertad y Democracia (ILD). En: <http://www.ild.org.pe/eng/country.htm>.



absurdamente costosos de acceso a la propiedad. En Bolivia, por ejemplo, convertirse en propietario de un terreno cuesta US\$ 3,439 y demora 397 días. En Haití cuesta US\$ 4,152 y demora 862 días. En Ecuador cuesta US\$ 8,086 y demora 825 días. Y en Guatemala cuesta US\$ 9,312 y demora 4,307 días⁽¹¹⁾.

El riesgo que enfrentan los propietarios informales al utilizar sus bienes para hacer negocios es mucho mayor que el que enfrentan los privilegiados que sí tienen derechos de propiedad. En primer lugar, porque al no ser legalmente propietarios el Estado u otro privado pueden despojarlos de sus posesiones. Por ejemplo, luego del tsunami que azotó Asia en el 2004, en Nam Khem, un pueblo de pescadores en Tailandia, los pobladores sufrieron los problemas de no contar con propiedad legal. Aprovechando la tragedia y la desorganización que el desastre causó entre las 50 familias que vivían ahí, el dueño de la compañía Far East envió hombres armados para apropiarse violentamente de sus tierras para construir un complejo turístico⁽¹²⁾. Los pescadores de Nam Khem tuvieron pocas posibilidades de acudir a las autoridades porque legalmente no eran propietarios. Como ellos, el resto de propietarios informales de los países pobres sabe que invertir para utilizar sus casas o el resto de sus bienes para hacer negocios es muy riesgoso, porque alguien más fuerte que ellos siempre podrá quitárselos.

En segundo lugar, como señala De Soto⁽¹³⁾, los propietarios informales no pueden utilizar legalmente

sus bienes como garantía que les permita acceder a capital. En otras palabras, prestarle dinero a las personas será más riesgoso y los prestamistas les cobrarán tasas de interés más altas o simplemente no les darán crédito. Así, no podrán empezar nuevos negocios o expandir los que tengan en marcha.

También perderán muchas oportunidades de generar rentas arrendando sus bienes o entregándolos como capital para una empresa porque al ser no ser legalmente suyos siempre corren el riesgo de que el arrendatario o el socio se los quede y que ellos no tengan como reclamarlos.

Finalmente, en algunos casos de propiedad predial informal, las personas ni siquiera cuentan con una dirección que colocar en un contrato. Por eso, mucha gente simplemente no querrá hacer negocios con ellos, pues lo mínimo que quiere un acreedor es saber dónde vive a quien hay que cobrarle.

De esta forma, la gran mayoría de personas en el tercer mundo, al no ser legalmente propietarios, no pueden utilizar plenamente sus activos para hacer negocios. Los riesgos que enfrentan estos empresarios son mayores que los que enfrentan sus pares del mundo desarrollado, pues el sistema legal no les permite reducirlos.

Este hecho es todavía más grave cuando nos damos cuenta de la magnitud del valor de esos bienes que se encuentran fuera del sistema legal. Según el estudio del ILD de los doce países latinoamericanos, el valor de sus activos informales asciende a 1,215 miles de millones de dólares. Es decir, tres veces y media la inversión extranjera que recibieron juntos entre 1970 y 2003 y casi doce veces la suma de sus reservas monetarias⁽¹⁴⁾. El problema es que la posibilidad de usarlos para hacer negocios o para reducir el riesgo en los mismos es mínima al encontrarse fuera del sistema legal.

4. El Derecho Corporativo

El Derecho Corporativo agrupa una serie de instituciones legales que ayudan a reducir el riesgo de hacer empresa, como por ejemplo la personalidad jurídica, la responsabilidad limitada o las normas de protección de accionistas minoritarios, entre otras.

Evidentemente, para beneficiarse de tales herramientas para reducir el riesgo en un negocio es necesario formar legalmente una empresa. Las empresas informales simplemente no gozan de tales ventajas.

(11) *Ibid.*

(12) MYDANS, Seth. *Devastated by Tsunami, Villagers Fight Builder for Land*. En: *The New York Times on the Web*. 12 de marzo de 2005.

(13) DE SOTO, Hernando. *El Misterio del Capital*. Lima: El Comercio, 2000.

(14) Fuente: ILD. En: <http://www.ild.org.pe/eng/country.htm>.

En los países subdesarrollados la mayoría de empresas son informales. En Perú, por ejemplo, solo 9% de las empresas son formales, mientras que en Bolivia solo lo es 2%. En ambos países la mayoría de empresas no utilizan el Derecho Corporativo por lo que su capacidad de reducir el riesgo de los negocios es bastante limitada⁽¹⁵⁾.

¿Por qué tantas empresas optan por la informalidad si eso dificulta que reduzcan sus riesgos para iniciar más negocios, asociarse, acceder a capital, especializar su producción o expandir su red de proveedores y clientes? En muchos casos eligen ser informales porque el sistema legal es demasiado costoso.

En Argentina, por ejemplo, cumplir con todos los requisitos legales para iniciar una empresa demora 54 días de trámites y cuesta US\$ 3,299.00, casi 90% del ingreso bruto *per cápita* de ese país⁽¹⁶⁾. Por otro lado, si un mexicano quiere abrir una pequeña panadería, gozando de las ventajas de una forma corporativa y contando con todos los permisos y licencias, tendría que enfrentar un procedimiento que toma 123 días y cuesta US\$ 7,535.00, equivalentes a casi 1.2 veces el ingreso nacional bruto *per cápita*⁽¹⁷⁾. En el caso de la sociedad anónima, además, el capital mínimo que debe poner un pequeño comerciante mexicano es de alrededor de US\$ 5,000, cifra que representa unas 46 veces el salario mínimo general mensual. Otros países del tercer mundo sufren una suerte bastante peor. En Egipto, constituir legalmente una panadería supone realizar trámites por 500 días, aplicar 315 leyes y atravesar por 29 instituciones públicas. Para cumplir con estas formalidades, además, hay que invertir veintisiete veces el salario mínimo mensual. Y luego, habrá que invertir la misma suma cada año para renovar los permisos y licencias correspondientes⁽¹⁸⁾.

Pero no solo es costoso iniciar legalmente un negocio. También lo es operarlo dentro de la ley. En México, por ejemplo, los costos que hay que enfrentar para operar la empresa luego de constituida superan las posibilidades de la mayoría de empresarios de bajos recursos. En este país, los costos impuestos por la regulación laboral son enormes. Según las investigaciones del ILD, en el caso de un restaurante, aumentan el costo de la planilla en 48%. Si se trata de una tortillería, 49% y si se trata de una tienda de abarrotes el costo de la planilla puede elevarse hasta 64%⁽¹⁹⁾.

Los tributos suelen ser otro gran problema a considerar. En Brasil, por ejemplo, la carga tributaria que enfrentan las empresas es el doble que en los Estados Unidos. Pero como dice Lewis, la situación es todavía peor que lo que esta comparación sugiere. Si queremos ofrecer a las empresas de nuestros países un ambiente de negocios similar al del primer mundo, deberíamos compararnos no con el ambiente que hoy ofrecen estos países ricos, sino con el que ofrecían cuando su economía tenía el mismo tamaño que la nuestra. De esta manera, ofreceremos las mismas condiciones que permitieron despegar a sus empresas en la época en que ellos fueron países pobres. En el caso de Brasil, habría que compararlo con la situación de Estados Unidos en 1913, cuando su PBI era equivalente al del Brasil de hoy. Si hacemos esa comparación, encontramos que los tributos en Brasil desaniman a cualquier pequeño empresario racional de optar por la formalidad. La carga tributaria que soportan hoy las empresas en Brasil es siete veces más alta que la que soportaban las empresas en Estados Unidos cuando su economía era del mismo tamaño⁽²⁰⁾.

Finalmente, otros problemas que desaniman a constituir una empresa formal son las enormes barreras para salir legalmente del mercado. Todo empresario sabe que eventualmente las cosas pueden ir mal y que en ese momento lo más conveniente será cerrar el negocio, pagar las deudas, rescatar el capital que todavía no se haya perdido, separarse de los socios y empezar de nuevo. Si realizar este proceso legalmente es tremendamente largo y costoso, tendrá menos incentivos para ser formal. A fin de cuentas, cuando un empresario tiene que cerrar un negocio lo último que desea es seguir perdiendo dinero en trámites y tener los activos que le quedan inmovilizados sin poder utilizarlos para empezar otro negocio.

Lamentablemente, eso es lo que suele suceder en el tercer mundo. Si se trata de un negocio en Haití, por ejemplo, son necesarios más de cinco años y medio de trámites para cerrar legalmente un negocio, a diferencia del promedio de la OECD que es de menos de año y medio. Asimismo, mientras que en los países de la OECD este proceso de salida legal del mercado permite recuperar 74 centavos de cada dólar del capital restante de la empresa, en Haití solamente se recuperan cuatro centavos⁽²¹⁾.

(15) *Ibid.*

(16) ILD. *Evaluación preliminar de la economía extralegal de 12 países de Latinoamérica y el Caribe*. Reporte de la investigación en Argentina. Resumen Ejecutivo. En: <http://www.ild.org.pe/eng/country.htm>.

(17) *Ibid.*

(18) Instituto Libertad y Democracia. *Programa de incorporación de los activos empresariales a la formalidad en México*.

(19) *Ibid.*

(20) LEWIS, William. *The Power of Productivity*. The University of Chicago Press, 2004. p. 274.

(21) Fuente: *Doing Business*, 2006.

Por estas razones (los costos de entrada, operación y salida) la mayoría de empresarios de los países del tercer mundo escoge hacer negocios en la informalidad sin los beneficios que trae utilizar el sistema legal.

En las siguientes líneas analizamos algunas herramientas del derecho corporativo para reducir el riesgo y aumentar la productividad que estas empresas pierden al hacer negocios en la informalidad.

4.1. La personalidad jurídica

Imaginemos que A, B y C son socios en un negocio, constituyen la sociedad anónima XYZ S.A. y van al banco a pedir un préstamo. El banco analiza el patrimonio de XYZ S.A. y el riesgo del negocio y decide entregar el préstamo. ¿Habría tomado una decisión distinta si no hubiese existido una persona jurídica y si A, B y C se hubieran acercado a pedir un préstamo como personas naturales? Probablemente, pues - como hemos señalado en otro lado⁽²²⁾- un prestamista o inversionista quiere saber que el pago de su crédito solamente depende de que a la empresa le vaya bien. No quiere asumir el riesgo personal de los socios. Si le presta a los socios en vez de prestarle a la empresa, su crédito depende del patrimonio de ellos y se mezclará con sus deudas y acreedores personales. El prestamista o inversionista no quiere estar consiguiendo información sobre la situación patrimonial y el riesgo de cada socio. A la persona que invirtió en una empresa le basta saber que ella tiene un buen negocio entre manos. Pero no quiere preocuparse de cómo afectará el patrimonio de cada socio la deuda que asumió para comprar su casa, su auto, para viajar a Europa, para satisfacer sus vicios personales o cómo lo hará cualquier otra potencial deuda que pueda asumir. Eso supone obtener y manejar demasiados riesgos. Al permitir constituir personas jurídicas distintas de los socios, el sistema legal logra limitar el riesgo que los inversionistas manejan. Solo tendrán que evaluar el riesgo de la empresa y ya no el riesgo personal de los socios, pues este no tiene como afectar legalmente al del negocio⁽²³⁾. Esta enorme ventaja la pierden las empresas que se ven forzadas a trabajar en la informalidad.

4.2. La responsabilidad limitada

Una forma en la que el sistema legal ayuda a los empresarios a lidiar con los riesgos es, sencillamente, permitiendo que ellos decidan cuánto

de su patrimonio están dispuestos a arriesgar. La ley permite constituir lo que se conoce como empresas con responsabilidad limitada. En ellas, si el negocio sale mal, los socios solamente perderán lo que invirtieron en él. Si pusieron mil dólares, esto es lo máximo que perderán. Pueden dormir más tranquilos sabiendo que si la empresa quiebra solo perderán esa suma, pero nadie les quitará la casa en la que vive su familia, el automóvil en el que manejan al trabajo o los ahorros para la universidad de sus hijos -salvo que ellos voluntariamente hayan querido arriesgarlos.

Esta es una de las herramientas legales más valiosas de todas las que permiten y fomentan que los individuos hagan negocios. Gracias a ella, las personas tienen menos miedo al momento de considerar si empezar un negocio -especialmente los más pobres que no pueden darse el lujo de perder los pocos recursos que tienen. Por esto mismo, la responsabilidad limitada puede traer beneficios más allá de la empresa. Con la mayor seguridad que brinda la responsabilidad limitada las familias de los empresarios pueden planear a largo plazo, sabiendo que los bienes familiares pueden ser protegidos de las deudas de la empresa. Ellas pueden, por ejemplo, invertir en mejorar sus hogares sin el miedo de perderlos por un mal negocio. Asimismo, pueden explorar otras posibilidades financieras de largo plazo como invertir en la educación de sus hijos o ahorrar para la vejez.

La responsabilidad limitada, no obstante, no siempre fue una herramienta a disposición de cualquiera. Es recién en el siglo XIX que en los países del primer mundo empieza a dejar de ser un privilegio que el Estado concedía a unos pocos.

En EEUU, por ejemplo, la concesión del derecho de cualquier persona a formar una corporación con responsabilidad limitada fue un proceso largo. No fue simultáneo en todos los Estados, ni se permitió desde un inicio para todas las actividades. El primer Estado en hacerlo fue New York en 1811, cuando autorizó la creación de corporaciones sin permiso estatal para la manufactura de mercancías de lana, algodón o lino. En 1836 y 1837, Pennsylvania y Connecticut, respectivamente, promulgaron *General Incorporation Acts*, que convirtieron a la responsabilidad limitada en una herramienta a la que podía acceder cualquier ciudadano. La ley de 1837 de Connecticut, concretamente, permitió la creación de corporaciones para toda industria, mediante un procedimiento simplificado que fue copiado

(22) PASQUEL, Enrique. *Por qué Google no es peruano. Historias sobre derecho y desarrollo económico*. En: *Revista de Economía y Derecho*. Número 14. p. 12.

(23) Esto es explicado con detalle por HANSMANN, Henry y otros. *Law and the rise of the firm*. European Corporate Governance Institute. Law Working Paper. Número.57. 2006.

posteriormente por otros Estados y que consistía simplemente en brindar cierta información a una oficina estatal.

En la década de 1840 seis Estados adicionales permitieron la creación libre de este tipo de empresas para casi toda industria. En la década de 1860 catorce Estados promulgaron *General Incorporation Acts*. Y para 1875 cuarenta y cuatro de los cuarenta y siete Estados ya contaban con este tipo de legislación.

No obstante, durante el siglo 19 se establecieron varias restricciones para constituir dichas corporaciones: tipo de acciones, capital máximo, restricción de derechos de votación, prohibición de crear una "holding", etcétera. Asimismo, hasta el siglo XX algunos Estados reservaron el privilegio del Congreso de crear corporaciones para algunas industrias específicas, con la finalidad de controlar ese sector económico o de establecer privilegios para determinadas empresas⁽²⁴⁾.

En Francia e Inglaterra se desarrolló un proceso similar. En 1807 Francia creó una nueva forma legal de establecer una sociedad: la sociedad en comandita por acciones. Al igual que la sociedad anónima de ese momento contaba con responsabilidad limitada, pero a diferencia suya no tenía que ser autorizada por el Estado. En 1863 Francia dio un paso más y permitió la creación sin necesidad de un permiso estatal de sociedades anónimas con responsabilidad limitada, siempre que el capital no excediera de 20 millones de francos. Cuatro años más tarde este límite fue levantado y se permitió el acceso generalizado a la sociedad anónima⁽²⁵⁾.

Por su parte, en 1840 en Inglaterra se promulgó la *Joint Stock Company Act*, que permitió crear una corporación sin autorización legal, aunque sin responsabilidad limitada. En 1855 -con la *Limited Liability Act*- se le permitió a las sociedades anónimas acceder a responsabilidad limitada, siempre que cumplieran con varias restricciones de capital. Un año después -con la *Joint Stock Company Act* de 1856- se levantaron esas restricciones⁽²⁶⁾.

Los resultados de este proceso -que en los países hoy desarrollados demoró varias décadas- fueron copiados en el tercer mundo. Por ejemplo, hasta donde sabemos, en toda Latinoamérica las leyes permiten a cualquier persona crear algún tipo de empresa con responsabilidad limitada. Pero, a diferencia del primer mundo, en nuestros países se mantuvieron numerosos obstáculos que impiden a

los más pobres constituir este tipo de empresas para poder dormir más tranquilos mientras hacen negocios.

Eso ha llevado a que, por ejemplo, en el Perú, solo 2% de las empresas haya escogido ser una empresa formal con responsabilidad limitada. En Argentina, por su parte, solo el 10% de las empresas operan con responsabilidad limitada, mientras que en México solo lo hace el 9%. En el caso de Bolivia solo 0.8% gozan de responsabilidad limitada y algo similar sucede en Haití donde no más del 1% de las empresas han limitado legalmente su responsabilidad⁽²⁷⁾.

Que no establezcan una empresa con responsabilidad limitada no significa que estos empresarios informales no valoren esta herramienta legal. De hecho, en las investigaciones que hemos realizado en el Instituto Libertad y Democracia hemos encontrado varias estrategias que utilizan los informales para limitar su riesgo. En México, por ejemplo, descubrimos varios de estos mecanismos para separar patrimonios y gozar en alguna medida de responsabilidad limitada. Uno de ellos es el adelanto de herencia a los hijos. Efectivamente, como es tan costoso obtener la responsabilidad limitada por la vía formal, buena parte de los empresarios entrevistados relató cómo la forma en la que logra proteger sus activos personales de los acreedores de su empresa es mediante el adelanto de los mismos en calidad de herencia. Por ejemplo, transfieren a sus hijos sus viviendas para asegurarse que las mismas no correrán ningún riesgo frente a los acreedores de su negocio. Otra estrategia es el matrimonio por separación de bienes. Como el empresario o empresaria no quiere arriesgar todos sus bienes y constituir una sociedad es demasiado caro, le transfiere todos sus bienes a su cónyuge. De esta forma, si es que el negocio fracasa, los acreedores impagos no podrán ejecutar los bienes familiares, porque estos son formalmente del esposo que no participó del negocio.

Evidentemente, ese es un mecanismo imperfecto si lo comparamos con la constitución de una empresa con responsabilidad limitada. Primero, porque supone perder la titularidad del bien. El empresario tendrá que preocuparse ahora de que sus hijos o su cónyuge no dispongan del mismo o que no contraigan alguna deuda que lo ponga en riesgo. Segundo, porque si los hijos o el cónyuge del empresario desean realizar negocios por su cuenta, tendrán que buscar otra manera de proteger dicho

(24) HAMIL, Susan. *From special privilege to general utility: a continuation of Willard Hurst's study of corporations*. En: *American University Law Review*. Número 49. p 81. HESSEN, Robert. *In Defense of the Corporation*. p. 29.

(25) MICKLETHWAIT, John y Adrian WOOLRIDGE. *The Company: A short history of a revolutionary idea*. Modern Library, 2003.

(26) *Ibid.*

(27) ILD. En: <http://www.ild.org.pe/eng/country.htm>.

activo. Con ello, probablemente, alejarán más el mismo de la esfera patrimonial del primer empresario.

Muchas personas, sin embargo, ante la imposibilidad de utilizar la responsabilidad limitada para reducir el riesgo de hacer negocios, prefieren no arriesgar los bienes de los que depende su familia. Por esto, nuestros países pierden potenciales empresarios que terminan optando por buscar trabajos que a menudo solo califican como subempleo.

4.3. Normas de protección de minorías

La ley establece un menú de protecciones para accionistas minoritarios, como derecho de veto sobre ciertas decisiones, a cuestionar judicialmente acuerdos societarios, la imposibilidad de vender los activos más importantes de la empresa sin su consentimiento, etcétera.

Estas reglas permiten reducir los riesgos y costos de asociarse para empezar un negocio. Sin estas normas, los socios que tienen el control pueden aprovecharse de su posición y perjudicar al resto, lo que eleva los costos y riesgos de asociarse. Con ellas también se reduce el riesgo que asumen quienes invierten en la empresa comprando acciones, lo que facilita a la empresa el acceso a mayor capital.

Evidentemente, quien se encuentra fuera del sistema legal no se beneficia de todos estos mecanismos legales de reducción del riesgo de los negocios. La gran informalidad y el mal diseño de algunos de estos mecanismos en los países subdesarrollados puede ser uno de los factores que explique el bajo número de sociedades que se crean en ellos.

En EEUU 28% de las empresas son sociedades y en Alemania y en el Reino Unido 36%. En Argentina solo son sociedades 10% de las empresas, en México 9%, en Guatemala 7%, en Ecuador y Honduras 4%, en Perú 3% y en Haití, Bolivia y República Dominicana 1%⁽²⁸⁾.

5. Normas de responsabilidad de trabajadores

El ejemplo más famoso de Adam Smith tiene que ver con un alfiler. Con él describió perfectamente cómo aumenta la producción de una empresa si el trabajo se especializa y divide entre varios obreros. Smith decía que si en una fábrica de diez personas le encargamos a cada trabajador que fabrique un alfiler, en el mejor de los casos podrá fabricar uno al

día. Pero imaginemos que dividimos el proceso de fabricación de alfileres en varias partes. Un trabajador se dedica a fabricar alambres de metal, otro le da la forma correcta, un tercero lo corta, un cuarto le saca punta, un quinto lo golpea para hacer la cabeza y, así, se termina dividiendo el trabajo de fabricar un solo alfiler entre diez personas. Esto permite que la productividad de esta empresa se multiplique varias veces.

La lógica es sencilla. Nadie puede hacer bien todas las distintas tareas de una empresa. Si, por el contrario, las tareas se dividen entre varias personas que se especializan en cada una de ellas, la producción se puede multiplicar varias veces.

Pero dividir y especializar el trabajo dentro de una empresa supone riesgos, pues implica delegar funciones y perder el control directo de los distintos recursos y procesos productivos. Los empleados pueden producir mal, robarle a la empresa, apropiarse del *know how* y crear una empresa competidora o simplemente cambiar de trabajo y llevarse a la clientela.

Los riesgos de delegar son muchos. Por eso, es importante contar con mecanismos que permitan limitar esos riesgos. Por un lado, existen mecanismos como la responsabilidad limitada o los seguros, que limitan el riesgo de que los errores de los trabajadores comprometan el patrimonio de la empresa o del empresario. Por otro lado, existen las instituciones legales que permiten hacer cumplir los contratos de trabajo y sancionar las conductas prohibidas, con la finalidad de crear incentivos para que los trabajadores actúen sin perjudicar a la empresa. Junto a estos mecanismos existen normas supletorias y estándares jurisprudenciales de responsabilidad. Estos permiten establecer responsabilidades cuando no se previó alguna contingencia y determinar claramente cuándo el empleado se porta deslealmente, comete fraude, o simplemente incumple una de sus obligaciones.

Las empresas informales carecen de estas herramientas. Sin responsabilidad limitada ni seguros el dueño asume todos los costos de la negligencia o fraude de los trabajadores. Y sin reglas formales que delimiten responsabilidades y permitan hacer cumplir los contratos, las relaciones laborales se basarán en la pura confianza. Todo esto hace que sea más difícil y costoso delegar el trabajo, por lo que se vuelve más complicado dividirlo, especializarlo y volver más productiva la empresa.

En efecto, el número de personas en las que se tiene plena confianza suele ser muy limitado, por lo

(28) En el caso de EEUU, Alemania y el Reino Unido se tomaron las cifras de los últimos censos disponibles a pesar que son de diferentes años (1997, 2006 y 2001, respectivamente). Sin embargo, la tendencia histórica de años anteriores fue que la cifra no variara mucho. Fuentes: US Census, Federal Statistical Office of Germany, UK Small Business Service y Performance and Innovation Unit (véase http://www.cabinetoffice.gov.uk/strategy/downloads/seminars/small_business/briefing.pdf), ILD En: <http://www.ild.org.pe/eng/country.htm>.

que la empresa informal tiene pocas oportunidades de escoger entre un abanico grande de talentos y habilidades para volver más eficiente el negocio. Por lo general, la empresa informal contratará básicamente a los familiares del dueño.

Ello no solo lleva a que se pierda especialización y que la empresa se tenga que limitar a rubros que no requieren una fuerza de trabajo demasiado grande. Además, cuando se mezcla la familia con los negocios las jerarquías empresariales y profesionales se subordinan a las familiares. Esta mezcla de jerarquías reduce la eficiencia de los negocios pues el respeto paterno, el cariño entre hermanos o las amistades cercanas se confunden con las relaciones profesionales y hacen más difícil concentrarse en las actividades productivas.

Esto, por ejemplo, es un problema particularmente grave en México, donde la dificultad de acceder a las herramientas legales que permiten contratar trabajadores fuera de la familia hace que el 58% de los negocios se componga exclusivamente de trabajadores miembros del hogar⁽²⁹⁾. En este país las razones por las que no se contrata empleados fuera del hogar no solo es la dificultad de acceder a responsabilidad limitada para reducir el riesgo de contratar extraños o el alto costo de hacer cumplir los contratos. Además, la ley permite que al contratar familiares no se aplique la tremendamente compleja legislación laboral. En México, solo la Ley Federal del Trabajo contiene más de 1010 artículos y existen cuatro leyes federales adicionales y once reglamentos aplicables. A estas fuentes hay que sumar la Constitución -que contiene numerosas disposiciones a este respecto-, la abundante jurisprudencia y los sesenta y seis Convenios vigentes de la OIT. La normativa es tan complicada que se vuelve indispensable contar con un contador y un abogado para establecer las obligaciones de una empresa. Con ello, pequeños empresarios que no pueden asumir esos costos se ven imposibilitados de cumplir con tales obligaciones legales y no les queda más que contratar a sus familiares a los que esas leyes no se les aplican.

Esta situación se replica a lo largo de todos los países pobres. Según cifras de la OIT el 85% de los nuevos empleos a lo largo del mundo son creados en el sector informal⁽³⁰⁾. Estos trabajadores difícilmente se incorporarán al mercado como una fuerza laboral entre la que se divida y especialice su trabajo para hacerlo más productivo, pues las empresas que los emplean no cuentan con las herramientas legales para hacerlo.

6. Mecanismos para hacer cumplir los contratos

Contratar siempre supone el riesgo del incumplimiento. Y el sistema legal tiene diversos mecanismos para reducir ese riesgo. Básicamente, las normas supletorias que establecen responsabilidades cuando las partes no las determinaron, las que ofrecen remedios cuando se incumplen los contratos, los procedimientos judiciales para hacerlos cumplir por la fuerza y el resto de mecanismos legales de solución de controversias. Todos estos mecanismos reducen el riesgo de contratar, facilitan los negocios, permiten que las empresas accedan a capital, amplíen su red de proveedores y de clientes, entre otras cosas.

El informal que no puede utilizar la ley para hacer cumplir los contratos solo puede recurrir a una mezcla de violencia y confianza. Quienes recurren a la violencia tienen que hacer justicia por mano propia o buscar “padrinos”. En el mejor de los casos, los informales se apoyan en la fuerza de organizaciones comunales como rondas o dirigencias vecinales. El inconveniente es que depender de estas organizaciones requiere sujetar los negocios a la estabilidad de las relaciones personales con el resto del grupo. Los asuntos de la familia o vecinos se entremezclan con los de la empresa, lo que resta parcialidad, profesionalidad y predictibilidad a este tipo de mecanismos de solucionar conflictos. El día que el comerciante tiene un problema personal con uno de los dirigentes puede olvidarse de contar con un mecanismo imparcial para hacer cumplir los contratos. El sabio dicho de “nunca hay que mezclar familia y negocios” no se respeta en estos ámbitos.

En todo caso, quienes hacen empresa apoyándose en la violencia o en la confianza viven en un mundo donde la posibilidad de hacer negocios alcanza hasta donde llega la fuerza o los lazos familiares y amicales. Fuera de estos ámbitos o de los círculos de conocidos con los que ya se ha hecho negocios muchas veces, la posibilidad de hacer negocios es remota. Un ejemplo surge de una encuesta realizada por el Instituto Apoyo a pequeñas y microempresas peruanas, donde 48% señaló que el principal mecanismo utilizado para reducir el riesgo de incumplimiento consistía en trabajar con clientes y proveedores conocidos, mientras que 11% indicó que el principal mecanismo empleado era celebrar contratos con comerciantes de reconocida trayectoria⁽³¹⁾. Es tal la dependencia de estos mecanismos que 30% de las micro y pequeñas empresas encuestadas señaló que no se

(29) Encuesta Nacional sobre Niveles de Vida de los Hogares (ENNViH, 2002).

(30) ILO/UNAIDS. *HIV/AIDS and the World of Work in Latin America and the Caribbean: Opportunities and Challenges. Meeting on AIDS and the World of Work in Latin America and the Caribbean*. En: http://www.ilocarib.org.tl/oldwww/infosources/hiv_aids/Oportunities%20and%20challenges%20_final_.pdf. p. 3.

(31) EYZAGUIRRE, Hugo y Carlos CALDERÓN. *Poder Judicial y micro y pequeña empresa. Impacto y posibles soluciones*. Lima: Instituto Apoyo. p. 58

encontrarían dispuestas a cambiar de proveedor aun cuando les ofreciese precios más baratos, mientras que 48% exigiría por lo menos un 25% de descuento. Estas cifras tienen también un correlato en las medianas y grandes empresas, ya que una encuesta realizada por el Banco Mundial en nuestro país determinó que un tercio de los empresarios no cambiarían de proveedor por uno más barato debido al temor de incumplimiento⁽³²⁾.

Las oportunidades de estos empresarios de acceder a mejores insumos a mejores precios se reducen de la misma forma que lo hace su número de clientes. Además, se encoge su capacidad de reducir los costos unitarios por volumen de producción. Es más difícil especializarse, diversificar la producción para reducir riesgos, y acceder a *know how* o tecnología ajena.

Asimismo se reducen las posibilidades de hacer negocios conjuntamente o asociarse para comprar en mejores condiciones. Muchas veces las empresas pueden reducir sus costos formando asociaciones o consorcios para desarrollar una serie de actividades que beneficiarían a todos. Por ejemplo, pueden compartir costos para llevar a cabo investigaciones que beneficien a todas las empresas, para importar tecnología, para comprar insumos de manera conjunta con la finalidad de obtenerlos a menor precio, para acceder a crédito o para poder abastecer pedidos de mayor magnitud. Como muestra, según un estudio del Instituto Apoyo, en Perú solo 2% de micro y pequeños empresarios entrevistados señalaron haber utilizado la modalidad de compra conjunta de insumos o bolsas de adquisiciones, básicamente debido a que temen que existan problemas con el pago o la entrega de los mismos. Por otro lado, solamente el 17% señaló que se asociaba con otros para satisfacer picos de demanda, debido a que tenían temor a conflictos posteriores al establecimiento del acuerdo⁽³³⁾.

¿Por qué los informales solo se pueden apoyar en la confianza de los conocidos y en la violencia para hacer negocios? Pues porque en los países pobres los sistemas formales para hacer cumplir contratos son muy costosos o ineficientes.

De acuerdo al Banco Mundial, en Corea del Sur, Finlandia, Suecia, Islandia, Dinamarca y los Estados Unidos, hacer cumplir un contrato en una corte cuesta entre 5.5% y 7.7% de la deuda. Pero en Paraguay,

Kenia, Nigeria, Bangladesh, Panamá y Tanzania cuesta entre 40% y 45%, mientras que hay países como Cambodia, Indonesia o Mozambique donde utilizar la corte costaría más que el total de la deuda⁽³⁴⁾. En otras palabras, en los países pobres es más costoso hacer cumplir formalmente un contrato que en los países ricos. Por eso, la mayoría de los ciudadanos de los países del tercer mundo prefieren contratar al margen del sistema legal.

El caso de Perú no es distinto. Según Henderson, el costo de rematar judicialmente un vehículo para pagar una deuda de US\$ 10,000 es de US\$ 3,150. Es decir, 32% de la deuda. Para los pequeños negocios este es un costo demasiado alto⁽³⁵⁾. Una cifra similar se encuentra en los estudios de *Doing Business*, donde se indica que en el mejor de los casos para hacer cumplir un contrato en Perú se debe invertir una suma equivalente al 35% de la deuda⁽³⁶⁾.

Asimismo, en Perú, según la encuesta del Instituto Apoyo entre pequeños y micro empresarios, 80.8% consideró que se necesitaba del apoyo de una institución que les ayudara a resolver conflictos con otros individuos, como proveedores, clientes u otros empresarios⁽³⁷⁾. Sin embargo, en los últimos seis meses, solamente el 6.6% de ellos había recurrido al Poder Judicial para solucionar dichos conflictos⁽³⁸⁾. La razón más evidente es que el 93% de los entrevistados considera que su funcionamiento es entre regular y muy malo.

Los resultados anteriores no sorprenden para nada si se tiene en consideración que por década y media ha existido entre 70% y 80% de desaprobación y desconfianza del Poder Judicial peruano en toda la ciudadanía⁽³⁹⁾.

Otros estudios confirman la misma apreciación. De acuerdo con una investigación realizada por el Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima por encargo de ProJusticia, entre 71 gerentes de empresas radicadas en Lima, el 84.5% le otorgaba poca confianza a la Corte Suprema. Asimismo, el 90.2% le otorgaba poca credibilidad a la Corte Superior. Por último, el 64.8% le otorgaba poca credibilidad a los Juzgados Especializados, mientras el 33.8% señalaron que no les merecían confianza alguna.

El mal funcionamiento de los mecanismos legales para hacer cumplir los contratos es un gran impedimento para hacer negocios a nivel mundial.

(32) MESSICK, Richard. *Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues*. En: *The World Bank Research Observer*. Volumen 14. Febrero de 1999. p. 7.

(33) EYZAGUIRRE, Hugo y Carlos CALDERÓN. *Op. cit.*; pp. 72 y 73.

(34) *Doing Business* 2007.

(35) HENDERSON, Keith y otros. *Regional Best Practices: Enforcement of Court Judgements. Lessons Learned from Latin America*. En: *IFES Rule of Law White Paper Series*. IFES, 2004. p.12.

(36) *Doing Business* 2007.

(37) EYZAGUIRRE, Hugo y Carlos CALDERÓN. *Op. cit.*; p. 50.

(38) *Ibid.* p. 49.

(39) COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Acceso a la Justicia y Defensoría del Pueblo*. Lima: CAJ, 2001. p. 167.

En una encuesta realizada por el Banco Mundial entre 3,600 empresas de 69 países distintos, más del 70% señaló que un Poder Judicial impredecible era un problema de mayor relieve en sus operaciones comerciales⁽⁴⁰⁾. Y esto es sin duda una carga mayor mientras más pequeña sea la empresa. Por eso tantas empresas optan por hacer cumplir sus contratos mediante mecanismos informales.

7. Libertad de contratar

Muchas veces las empresas toman la decisión de contratar informalmente no solo porque el derecho no hace cumplir efectivamente los contratos, sino porque desde un comienzo impide celebrarlos. Muchas veces el sistema legal -paternalistamente- impide celebrar los acuerdos que los empresarios necesitan. Por ejemplo, como lista Bullard, en nuestro sistema no se permite contratar la prohibición de enajenar un bien, existen limitaciones arbitrarias para establecer cláusulas penales, se prohíbe limitar la responsabilidad en contratos de adhesión, hay límites de tiempo para los arrendamientos y contratos de opción, prohíbe los acuerdos por el que el acreedor se queda con la garantía si no se cancela la obligación, entre otras cosas⁽⁴¹⁾. Asimismo, como señala Pizarro, nuestro sistema legal absurdamente impide pactar la ejecución extrajudicial de hipotecas, establecer un plazo máximo para poderes irrevocables y limita la posibilidad de pactar la capitalización de intereses de una deuda⁽⁴²⁾. Y a esto hay que sumar una enorme cantidad de prohibiciones contenidas en normas sectoriales y leyes especiales, así como la multiplicidad de formalidades que se exigen para hacer valer un contrato.

Algunos grupos de bastante influencia -como suele suceder con los bancos- logran que se dicte legislación especial que los libera de muchos de estos obstáculos. Pero para la mayoría de peruanos la ley es más un problema que una ayuda. Para escapar de estas trabas legales varias empresas prefieren contratar en la informalidad, a pesar que eso signifique perder muchas oportunidades de negocios.

Es interesante ver que esta situación que hoy se vive en los países pobres se vivió hace siglos en los países hoy desarrollados. En la Europa de hace varios siglos solo unos pocos pueden comprar, vender y hacer negocios sin mayores restricciones. El libre

comercio era privilegio de la minoría. Por ejemplo, en el siglo XVII, en el pueblo francés de Valenciennes, setenta y siete personas fueron ahorcadas, cincuenta y cinco torturadas en el potro y más de seiscientas enviadas a las galeras por violar la prohibición de importar tejidos estampados⁽⁴³⁾.

Las prohibiciones al comercio eran impuestas - con la venia de la Corona- por los gremios que sobrevivieron al medioevo y que decidían quién podía hacer negocios, qué podía vender y dónde, cómo debía organizar su taller y qué características.

Las prohibiciones eran increíblemente rigurosas. Por ejemplo, Jean Baptiste Colbert -el Ministro de Finanzas de Luis XIV- decretó que la tela fabricada en Dijon y Selangez debía contener mil cuatrocientas ocho hebras, las hechas en Auxerre y Avallon mil trescientas setenta y cinco y las de Chatillon mil doscientas sesenta y uno. Y luego de su muerte, el gobierno francés publicó más de mil de estas regulaciones, algunas de las cuales tenían hasta doscientos artículos⁽⁴⁴⁾.

En Inglaterra las cosas no eran distintas. Por ejemplo, a pedido de los gremios se crearon leyes que establecían los pesos, dimensiones, procesos de secado y lavado de las telas. Y quienes no cumplían con ellas eran multados, les era confiscada la mercancía o recibían un castigo incluso más fuerte. Incluso, los funcionarios portuarios podían desnudar a una dama que se atreviese a llegar al puerto con un vestido de lino⁽⁴⁵⁾.

Gracias a estas prohibiciones los gremios tenían un enorme poder. Impedían que nuevos empresarios entren a competir con ellos y evitaban que sus productos tuviesen rivales. El costo lo asumían los pobres a los que se les impedía salir adelante haciendo empresa, los desempleados a los que se les prohibía trabajar para alguien no autorizado por el gremio y los consumidores que no tenían más opción que comprar los productos caros y de mala calidad producidos por los agremiados.

Como sucede siempre que a las grandes masas se les excluye, la gran presión social llevó a una revolución. En Inglaterra fue una revolución pacífica. En 1813 se derogó la Ley de Aprendices de 1563 que regulaba el número de obreros y aprendices. Y durante esa misma época se derogaron varias otras leyes que convertían al comercio en privilegio de unos pocos. En Francia la revolución fue violenta. Primero, las masas pidieron las cabezas de la monarquía.

(40) MESSICK, Richard. *Loc. cit.*

(41) BULLARD, Alfredo. *Sobre el Código Civil y los Dinosaurios*. En: *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001. pp. 25-51.

(42) PIZARRO, Luis. *El Código Civil Peruano y la Contratación Actual*. En: *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001. pp. 53-71.

(43) ROUGIER, Louis. *El Genio de Occidente*. Unión Editorial, 2001. p. 204.

(44) *Op. cit.*; pp. 204-205.

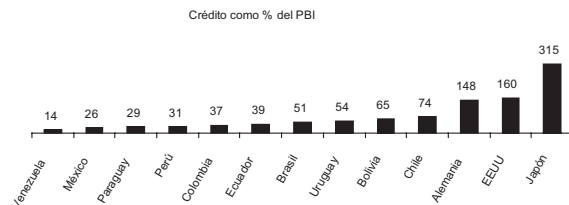
(45) *Ibid.*

Luego, la Asamblea Constituyente emitió una ley que estableció que a partir de 1791 todo ciudadano tendría libertad para ejercer cualquier profesión o practicar cualquier oficio⁽⁴⁶⁾.

Conforme se fueron levantando los privilegios que unos pocos tenían para contratar y hacer negocios, esta parte de Occidente empezó a avanzar hacia el desarrollo. La revolución industrial -junto con la libertad económica de la mayoría- permitió la creación de empresas tremendamente productivas que sacaron a sus pueblos de la pobreza. Pero en nuestros países, la revolución industrial llegó solo para unos pocos privilegiados, pues las grandes masas siguen soportando prohibiciones que les impiden hacer crecer sus negocios y generar más riqueza.

8. Sistema de garantías

En los países pobres el acceso al crédito es menor que en los desarrollados. El siguiente cuadro describe el crédito otorgado en distintos países como porcentaje de su PBI. Como se puede ver, en los países más desarrollados el acceso al crédito es considerablemente superior⁽⁴⁷⁾.



Uno de los motivos que explican este fenómeno es el mal funcionamiento del sistema de garantías en los países en vías de desarrollo.

El sistema de garantías permite reducir el riesgo en los negocios, facilitando su celebración y el acceso al crédito. El siguiente cuadro elaborado por el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) muestra cómo un mayor riesgo supone una mayor tasa de interés. El cuadro describe cuáles fueron los componentes de la tasa de interés bancaria en nuestro país para enero de 2002⁽⁴⁸⁾. Como se puede observar, la prima que se cobra en cada sector guarda relación con el riesgo que la empresa representa. Como indica el BCR, las empresas ubicadas en el sector "Corporativo" tienen un extenso historial crediticio, amplia cultura empresarial, un acervo de referencias comerciales, avales y garantías. Por el contrario, las empresas que pagan una mayor prima

de riesgo -como las micro y pequeñas empresas- son las que cuentan con menos garantías, de las que existen menos información en el sistema financiero y a las que es más difícil cobrar⁽⁴⁹⁾.

	Tasa de interés	Costo de fondos	Riesgo de crédito	Costos operativos	Utilidad
Corporativo	6,8	2,3	0,2	1,0	3,2
Mediana Empresa	10,7	2,3	5,0	3,6	-0,3
Pequeña Empresa	16,7	2,3	13,0	8,8	-7,4
Consumo alto-medio	20,4	2,3	6,2	8,8	3,1
Microfinanzas	58,6	12,0	9,0	30,0	7,6
Hipotecario	13,6	4,1	1,0	4,6	3,9

A menudo, el mismo sistema legal dificulta o imposibilita que se utilice la amplia gama de garantías que pueden crear las personas para reducir el riesgo de una transacción. Esto lleva a que menos negocios se celebren o que el costo del crédito sea mayor para poder compensar el mayor riesgo. Y los principales perjudicados suelen ser las pequeñas y micro empresas. Es decir, los más pobres.

Las maneras en las que el derecho impide el acceso al sistema de garantías suelen ser varias. Como vimos en la sección 3 la mayor parte de personas en el tercer mundo no son legalmente propietarios, lo que de por sí impide que utilicen sus bienes como garantía.

Pero por otro lado, a menudo el sistema legal simplemente impide que algunos tipos de garantías específicas se constituyan. Por ejemplo, es común que los mismos sistemas legales no permitan que cualquier empresario constituya garantías sobre patentes, marcas, carteras de créditos, cuentas por cobrar, inventarios rotativos, bienes futuros, garantías flotantes, garantías globales, bienes accesorios, bienes transformables, etcétera.

Otro problema común es que constituir una garantía sea demasiado oneroso y engorroso. De acuerdo al ILD, por ejemplo, constituir una hipoteca en México toma 225 días, 55 pasos burocráticos y cuesta US\$ 5,770, lo que hace inviable para muchos empresarios utilizar su propiedad predial como mecanismo de acceso al crédito.

Asimismo, otro problema usual es que el sistema legal no establece claramente el rango del acreedor garantizado. En Perú, por ejemplo, existían veinte tipos de garantías y diecisiete registros públicos, con reglas particulares de cada régimen. Esto, además de hacer muy complejo el sistema, permitía que un mismo bien pudiese estar inscrito

(46) *Op. cit.*; p. 205.

(47) WEBB, Richard. *El Costo del Crédito en el Perú*. Presentación del Presidente del Banco Central de Reserva. Junio de 2002.

(48) BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *El costo del crédito en el Perú*. Noviembre de 2002.

(49) *Ibid.*

como garantía en varios registros, lo que hacía muy complicado determinar el rango de prioridad de un acreedor⁽⁵⁰⁾. En México sucede algo parecido. Un mismo vehículo, por ejemplo, podría estar inscrito como prenda mercantil en el registro de comercio y como respaldo de otro crédito en el registro vehicular.

También suele suceder que el sistema crea muchas excepciones a la preferencia del acreedor garantizado. Es común encontrar que determinados créditos -como laborales o tributarios- tienen prioridad en el cobro en un escenario de insolvencia, con lo que la garantía supone un respaldo menor.

Finalmente, muchos empresarios se desaniman a contratar o cobran una tasa de interés alta porque ejecutar una garantía es demasiado largo y oneroso. Cuando demora mucho ejecutar una garantía los gastos de la ejecución suelen ser mayores, se dejan de percibir los ingresos que produciría el capital que aun no se recupera y la misma garantía se deprecia. Como compensación de ese riesgo se cobra una tasa de interés más alta, como describe el siguiente cuadro elaborado con información de la SBS⁽⁵¹⁾.

Meses	Puntos % que se añaden a la tasa de interés por la demora en la ejecución
6	0.45%
12	0.91%
18	1.38%
24	1.87%
30	2.38%
31	2.47%
36	2.91%
32	3.46%
48	4.03%

En Perú un proceso judicial de garantía puede demorar entre 18 meses y tres años⁽⁵²⁾. En los EEUU, Inglaterra o Francia, en cambio, rara vez demora más de un año⁽⁵³⁾. Esto, en parte, explica por qué en nuestro país hay menos crédito y menos negocios.

Un mecanismo para evitar la lentitud de un proceso judicial de ejecución es que las partes acuerden liquidar la garantía extrajudicialmente a través del procedimiento que más les convenga. También se puede permitir que el acreedor se quede con la garantía y se entienda saldada la deuda (el llamado pacto comisorio). No obstante, este tipo de pactos suelen estar prohibidos, lo que dificulta la

ejecución de las garantías y, en consecuencia, el acceso al crédito y la contratación.

En el mejor de los casos, a la mayoría de empresarios solo le queda buscar crédito en el mundo informal. Esto, sin embargo, supone varios problemas. Las fuentes de crédito a las que acceden los informales suelen ser muy limitadas. Por ejemplo, en México, donde existen varias restricciones para obtener crédito formal, el 86% del financiamiento de micronegocios -que por lo general son informales- proviene de la familia⁽⁵⁴⁾. La gran mayoría de negocios solo puede acudir a sus familiares o a unos cuantos conocidos para obtener crédito, con lo que su posibilidad de empezar un negocio o expandir sus actividades es tremendamente reducida.

Algo similar sucede en Perú, donde solamente el 7% de las pequeñas y medianas empresas accede al crédito formal. Y se calcula que en el mercado informal en promedio son sumamente altas: para un crédito a 30 días entre 10% y 30%, para un crédito a 45 días 56% y para uno a 60 días 81%⁽⁵⁵⁾.

9. Conclusiones

El sistema legal ofrece numerosas herramientas para reducir el riesgo de los negocios, algunas de las cuales hemos descrito en este trabajo. Gracias a ellas, se pueden crear más empresas, más gente se asocia, hay mayor acceso a capital, la producción se especializa y aumentan las redes de proveedores y clientes. En otras palabras, el sistema legal permite que las empresas se vuelvan más eficientes y productivas, que creen más puestos de trabajo y generen más riqueza.

Estas ventajas no son aprovechadas por las empresas informales. Por eso, las enormes tasas de informalidad en el tercer mundo son uno de los factores que impiden que se genere la riqueza necesaria para sacar a millones de personas de la pobreza.

Tenemos que retirar los obstáculos que el mismo sistema legal impone a los pobres que quieren hacer empresa, de la misma forma que lo hicieron en el pasado los países que hoy son desarrollados. En el tercer mundo el derecho discrimina a las personas de menos recursos, excluyéndolas del desarrollo, dificultándoles beneficiarse del mercado e impidiéndoles generar riqueza. Y esta es una de las peores formas de discriminación que existe en nuestros países. Ξ

(50) Véase para una explicación más extensa: CANTUARIAS, Fernando. *Robin Hood Reloaded: Quitándole al Rico para Robarle al Pobre*. En: [http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Fernando%20Cantuarias%20\(Final%20Spanish%20Version\)%20v%201.0.pdf](http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Fernando%20Cantuarias%20(Final%20Spanish%20Version)%20v%201.0.pdf).

(51) BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *Op. cit.* p. 10.

(52) ARRIETA, Alejandro y Manuel LUY. *Tiempo de ejecución de garantías y su impacto en el mercado crediticio*. Superintendencia de Banca y Seguros. Documento de Trabajo 01/2002. p.8.

(53) BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *Op. cit.* p. 98.

(54) Encuesta Nacional de Micronegocios 2002.

(55) Fuente: CONGRESO DE LA REPÚBLICA, citado por CANTUARIAS, Fernando. *Op. cit.*; p. 13.