

# Conjeturas sobre algunos aspectos generales del funcionamiento y la regulación de las empresas públicas peruanas

Adolfo Céspedes Zavaleta\*

*La regulación de la que son objeto las empresas públicas tiene, qué duda cabe, una directa incidencia en su funcionamiento y competitividad en el mercado. La peculiar amplitud de dicha regulación es el tema del presente artículo, el cual contiene un detallado análisis de las normas que componen este ordenamiento y sus efectos en la actividad empresarial del Estado.*

## 1. ASPECTOS GENERALES DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS PERUANAS

### 1.1. Órganos de Dirección de las empresas del Estado

En cumplimiento estricto de la Ley General de Sociedades, las empresas públicas de accionariado único y con accionariado privado se constituyen bajo la forma de Sociedades Anónimas, tal como lo señala el artículo 60° de la Constitución Política del Perú, puesto que la actividad empresarial pública recibe el mismo tratamiento que la privada. Por tanto, la forma en la cual se organizan las empresas públicas peruanas se regula por la Ley General de Sociedades en todo lo referido a sus órganos de administración, los procedimientos para la realización de Juntas Generales de Accionistas, inscripciones registrales, acuerdos de Directorio, escisiones, fusiones, etc.

De esta manera, las empresas públicas peruanas se rigen, en principio, por la Ley N° 24948, la Ley N° 27170 y las normas que en general regulan la actividad empresarial del Estado (en las cuales se encuentran comprendidas las Directivas emitidas por Acuerdo de Directorio del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) y los acuerdos de Concejo en el caso de las empresas municipales), incluyendo los sistemas administrativos transversales a toda la administración pública<sup>1</sup>. Luego, se rigen por las disposiciones previstas en sus leyes de creación, sus estatutos y, supletoriamente, por la Ley General de Sociedades y demás normas que rigen a cualquier empresa privada.

Por estas razones, su funcionamiento legal es bastante complejo de entender en la práctica, ya que en numerosas ocasiones existirán conflictos de interpretación cuando las normas aprobadas por el Congreso que repercutan en las empresas públicas

\* Director Ejecutivo del Instituto Desarrollo y Descentralización ([www.grupoidd.org](http://www.grupoidd.org)), miembro del Gabinete de Asesores del Gobierno Regional del Callao, profesor de la Maestría en Derecho de la Universidad de Piura y del curso Derecho Municipal de la Universidad de Lima. El autor fue asesor legal de FONAFE durante agosto de 2005 a abril de 2007.

1 Entre las más importantes normas que afectan la actividad empresarial del Estado peruano se encuentran las siguientes: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, Ley N° 27658 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2002-PCM, Ley de promoción de la inversión privada de las empresas de Estado, Decreto Legislativo N° 674, sus modificatorias y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 070-92-PCM, Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley N° 27815 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, T.U.O de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, Ley Marco del empleo público, Ley N° 28175, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 y sus modificatorias, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, Ley N° 28112, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento, Ley N° 28563, Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, Ley N° 27245, y sus modificatorias, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, Ley N° 27293, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 157-2002-EF, y las Directivas emitidas por el MEF, Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, que establece procedimientos mediante los cuales FONAFE delimita y autoriza el desarrollo de actividades empresariales que realiza el Estado y sus modificatorias, Reglamento general de procedimientos administrativos de los bienes de propiedad estatal, aprobado por Decreto Supremo N° 154-2001-EF, Decreto de Urgencia N° 020-2006, por las cuales dictan normas de austeridad y racionalidad en el gasto público, todas las Directivas emitidas por FONAFE, incluyendo el Código Marco del Buen Gobierno Corporativo en las empresas del Estado, aprobado por Acuerdo de Directorio N° 001-2006/004-FONAFE y Lineamientos para el desempeño del Estado como propietario, aprobado mediante Acuerdo de Directorio N° 001-2006/004-FONAFE.

colisionen con disposiciones de la Ley General de Sociedades, normas tributarias, o demás, hecho que no sucede en el caso de las empresas privadas. Constituye, por tanto, otro mito jurídico el pensar que la mayoría de normas que emite el Congreso tiene por finalidad otorgar preferencias a las empresas públicas en detrimento de las privadas, cuando en la mayoría de casos se comprueba que éstas más bien constituyen cargas difíciles de sobrellevar, tales como los sistemas de contrataciones y adquisiciones, las normas de inversión pública, las normas de control, las normas presupuestarias y similares.

En cuanto a los Directores de las empresas del Estado del nivel central de gobierno (cinco por empresa) éstos son designados por FONAFE, mediante acuerdo de su Directorio, lo cual incluye a las empresas con participación mayoritaria del Estado (o que hemos denominado empresas públicas con accionariado privado) tal como lo disponen las normas vigentes sobre el tema<sup>2</sup>.

Las propuestas para la designación de los Directores de las empresas públicas son formuladas por el Ministerio bajo el cual se encuentran adscritas<sup>3</sup> las empresas en cuestión y por el Ministerio de Economía y Finanzas. Los requisitos para ser Director de una empresa del Estado se encuentran detallados en el artículo 25° del Reglamento de la Ley de FONAFE, siendo los más importantes los siguientes:

«Para ser considerado apto para la designación como miembro del Directorio de una empresa en la que FONAFE participa como accionista, se requiere ser una persona honrada y capaz, reconocida por su trayectoria profesional y solvencia ética y moral, familiarizada con el giro propio del negocio que realiza la empresa, poseedora de una amplia experiencia en la toma de decisiones estratégicas y de gestión empresarial. Adicionalmente, para ser designado como director se debe

cumplir y acreditar documentadamente, los siguientes requisitos:

- a) Contar, por lo menos, con un grado académico universitario y/o tener el registro hábil del Colegio Profesional correspondiente; y,
- b) Tener un mínimo de cinco años de experiencia gerencial o como director de empresa en caso que cuente con un grado académico universitario, y en caso que solo cuente con el registro en el Colegio Profesional respectivo, deberá tener un mínimo de diez años de experiencia profesional.

Para efectos del cumplimiento del literal a) del presente artículo, entiéndase como grado académico universitario aquéllos, regidos por la Ley N° 23733, o norma que la sustituya, estando comprendidos, además, los títulos otorgados a nombre de la Nación por las Escuelas Superiores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, la Academia Diplomática del Perú, la Escuela Nacional de Marina Mercante «Almirante Grau» y la Escuela Nacional de Control».

Asimismo, se incluye el artículo 25-A° en el Reglamento de la Ley de FONAFE, según lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 085-2006-EF, cuyo texto es el siguiente:

«Artículo 25-A.- Prohibiciones para ser designado como Director

No puede ser designado como Director en una empresa en la que FONAFE participa como accionista, bajo ninguna excepción, aquél que:

- a) Haya sido destituido por falta administrativa y/o disciplinaria en alguna entidad, organismo o empresa.
- b) Este incurso en las causales previstas en el artículo 161° de la Ley General de Sociedades<sup>4</sup>.

2 Artículo 5° de la Ley N° 27170.- «Los Directorios de las Empresas en las cuales el Estado es el único accionista, estarán constituidos por 5 (cinco) miembros designados por FONAFE. Los Directorios de las Empresas con participación mayoritaria del Estado deberán contar con 5 (cinco) miembros designados por FONAFE, rigiéndose la designación de los otros integrantes representantes de los accionistas minoritarios conforme a la Ley General de Sociedades - Ley N° 26887». Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 24° del Reglamento de la Ley de FONAFE: «las designaciones deberán ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano e instrumentadas en Junta General de Accionistas, de resultar aplicable, conforme a las instrucciones que imparta FONAFE. En el caso de las empresas de economía mixta, deberá garantizarse el ejercicio de los derechos de los accionistas minoritarios, de acuerdo a lo establecido en la Ley General de Sociedades y en el Código Marco de Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado. En el caso de las empresas con participación minoritaria del Estado la designación de los directores se realizará conforme a lo establecido en la Ley General de Sociedades. A tales efectos, los representantes, según instrucciones de FONAFE, propondrán en Junta General de Accionistas a los directores a ser designados».

3 Más adelante se explica con exactitud a qué se refiere este término.

4 Las cuales son: ser incapaces (civilmente), quebrados, que por razón de su cargo o funciones estén impedidos de ejercer el comercio, los funcionarios y servidores públicos, que presten servicios en entidades públicas cuyas funciones estuvieran directamente vinculadas al sector económico en el que la sociedad desarrolla su actividad empresarial, salvo que representen la participación del Estado en dichas sociedades, los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes o estén sujetos a acción social de responsabilidad iniciada por la sociedad y los que estén impedidos por mandato de una medida cautelar dictada por la autoridad judicial o arbitral; y los que sean directores, administradores, representantes legales o apoderados de sociedades o socios de sociedades de personas que tuvieran en forma permanente intereses opuestos a los de la sociedad o que personalmente tengan con ella oposición permanente. Para un mayor análisis sobre el contenido de estos supuestos, recomendamos: BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, «Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades», Gaceta Jurídica, Séptima Edición, Lima, 2007, p. 408-409.

- c) Tenga antecedentes penales o policiales por delitos vinculados a actividades empresariales, para lo cual debe presentar los certificados respectivos,
- d) Haya sido revocado o removido del Directorio de una entidad, organismo o empresa.
- e) Sea parte en procesos judiciales pendientes de resolución con la empresa del Estado donde ejercerá sus funciones.
- f) Esté comprendido en alguna de las prohibiciones e incompatibilidades que establecen la Ley N° 27588 y el Decreto Supremo N° 019-2002-PCM, o desempeñe algún cargo en empresas o entidades privadas del mismo sector económico.
- g) Tenga denuncias pendientes presentadas por FONAFE o haya sido sentenciado en virtud de una denuncia presentada por FONAFE.
- h) Otras establecidas en normas especiales o por acuerdo del Directorio de FONAFE.

La persona que sea propuesta para ser designada como Director en una empresa del Estado deberá acreditar no encontrarse incurso en alguna de las prohibiciones antes referidas, mediante la presentación de una Declaración Jurada, en el formato que establezca FONAFE. De comprobarse el incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, el Director de la empresa del Estado será revocado de inmediato.»

Sobre el tema de la designación de Directores en las empresas privadas en las cuales existe accionariado estatal, la propuesta que llevan los representantes del Estado a las Juntas Generales de Accionistas correspondientes son canalizadas mediante instrucciones escritas de FONAFE. Obviamente, la elección final de los Directores dependerá del porcentaje de acciones que hayan votado por los candidatos propuestos, por lo que el Estado no tiene el control del resultado último de estas designaciones que se basan por lo estipulado en la Ley General de Sociedades.

En cuanto a la Gerencia General, ésta es designada por el Directorio de la empresa, pero también existen lineamientos para la designación de los mismos que han sido aprobados mediante Acuerdo de Directorio de FONAFE. Esto se condice con los principios del Buen Gobierno Corporativo de las Empresas del Estado enunciados por la *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD). Lo que se trata, en el fondo, de obtener con este tipo de medidas es evitar, en lo posible, la excesiva injerencia

política en la designación de los órganos de dirección de las empresas del Estado o de existir ésta que los candidatos propuestos políticamente, sean personas idóneas para el cargo.

## 1.2. Adscripción sectorial de las empresas públicas peruanas

Las empresas públicas peruanas se encuentran adscritas o vinculadas técnicamente a un determinado sector<sup>5</sup> (como sabemos los ministerios pueden tener uno o más sectores a su cargo). Esta disposición no se encuentra contenida en ninguna norma constitucional o legal, pero cada ley por la que se crean las empresas públicas peruanas consigna en su articulado a qué sector se encuentra adscrita la referida empresa.

Del mismo modo, las normas que regulan la organización y funciones de los ministerios consideran a las empresas públicas adscritas a sus sectores como parte de su estructura orgánica.

La adscripción sectorial de las empresas públicas significa, sobre todo, una relación o vinculación técnico-funcional con el Ministerio correspondiente, por lo que no existe una dirección o conducción efectiva, ya que no son accionistas, por parte del Ministerio con relación a la empresa pública en cuestión (salvo en el caso de PETROPERU, donde el Ministerio de Energía y Minas, por disposición legal, asume funciones similares al Directorio de FONAFE frente a esta empresa pública).

Las implicancias de la adscripción sectorial de las empresas públicas se manifiestan especialmente en la propuesta de candidatos para los miembros del Directorio de las referidas empresas por parte de los Ministerios, así como para el tema de las inversiones públicas que decidan efectuar las empresas adscritas a determinado sector, ya que dependiendo del monto de las mismas, estos Proyectos de Inversión Públicas (PIPs) deberán ser evaluados por la Oficina de Programación e Inversiones (OPI) del sector correspondiente, lo que genera un sinnúmero de problemas para las empresas públicas.

Estos problemas se grafican en el hecho que los funcionarios de las OPIs sectoriales desconocen la realidad empresarial pública, por lo que la declaración de viabilidad o no de los referidos proyectos no toma en consideración aspectos de importancia referidos al giro de negocio, la proyección de utilidades empresariales y similares. Ello sin considerar los posibles celos de los empleados públicos ministeriales con relación a los trabajadores de las empresas del Estado adscritas a su sector.

5 Sector se define como el ámbito político que se genera por desconcentración funcional de las competencias ejecutivas del Gobierno Nacional.

### 1.3. Bienes pertenecientes a las empresas estatales peruanas

El Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal, aprobado por Decreto Supremo N° 154-2001-EF (en adelante el Reglamento de la Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN)), y las normas de la materia, establecen el régimen jurídico de los bienes de propiedad estatal, los privilegios, restricciones y obligaciones que tiene el Estado respecto de su saneamiento, adquisición, disposición y administración, así como los procedimientos para el ejercicio de atributos que le confiere el dominio sobre las mismas.

Una interpretación literal de la norma nos lleva a la conclusión que la misma es de aplicación exclusiva a las entidades públicas, concepto cuyo contenido se encuentra detallado en su artículo 2°, considerando en consecuencia como tales al Poder Ejecutivo incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados, Poder Legislativo, Poder Judicial, Gobiernos Regionales, organismos públicos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía, y las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas.

Tal como se podrá apreciar, puede sostenerse que la referencia a entidades públicas no incluye a las empresas o entidades que conforman la Actividad Empresarial del Estado y, de manera específica, a las empresas o entidades bajo el ámbito de FONAFE, debido a la peculiar naturaleza jurídica de las mismas.

Sin embargo, en diversas secciones de la norma antes señalada se hace referencia a las empresas públicas, expresión que de acuerdo a lo establecido en la Octava Disposición Final del Reglamento de la Ley N° 24928, Ley de la Actividad Empresarial del Estado, debiera entenderse que se encuentra referida de manera estricta a las empresas de derecho público, es decir, a aquellas que son creadas por ley y gozan de atributos propios de la Administración Pública<sup>6</sup>.

En ese sentido, una interpretación sistemática de esta norma nos permite concluir que únicamente los extremos en que el Reglamento se refiera a «empresas de derecho público» serán de aplicación para las dos únicas empresas de derecho público existentes, de acuerdo a las normas peruanas vigentes, FONAFE y el Banco de la Nación.

En consecuencia, tanto a FONAFE como al Banco de la Nación, solo les serán de aplicación las normas del Reglamento de la SBN, y similares, que hacen expresa referencia a empresas públicas o al «organismo responsable de la conducción de la actividad empresarial del Estado», toda vez que no pueden ser asimiladas a los conceptos que el artículo 2° del Reglamento de la referencia señala como ámbito de aplicación. De esta manera, los bienes de propiedad del resto de las empresas del Estado no se someten a las disposiciones generales de la SBN<sup>7</sup>, por lo que no tienen la categoría de bienes de uso público o de propiedad estatal, sino que conforman el patrimonio de las empresas públicas constituidas como sociedades anónimas.

Las únicas excepciones a esta regla están constituidas por disposiciones mediante las cuales se califique de bienes de dominio público a bienes que actualmente figuren como activos de las empresas públicas. Tal es el caso de lo sucedido con la aplicación de las disposiciones de la Ley del Sistema Portuario Nacional que califica a los puertos y terminales portuarios como bienes de «dominio público portuario». En dichas situaciones, como es evidente, las empresas del Estado constituidas bajo la forma de sociedades anónimas no pueden contar entre sus activos a bienes de dominio público, por lo que deben regularizar dicha situación debidamente.

### 1.4. El destaque de trabajadores de las empresas públicas

Los trabajadores de las empresas públicas peruanas están sujetos a posibles destaques con entidades públicas. Tal hecho se corrobora con lo dispuesto mediante Decreto Supremo N° 206-86-EF, el cual establece lo siguiente:

«Artículo único.- Aclarar que los funcionarios de las entidades de propiedad estatal directa o indirecta que sean destacados a entidades del Gobierno Central para prestar servicios, inclusive en función ejecutiva, pueden continuar prestando su concurso profesional en las instituciones de origen, a tiempo parcial, cuando existan razones de servicio que lo ameriten, lo autorice el Jefe del Sector y no represente una remuneración adicional.»

Si bien las normas citadas con anterioridad no hacen referencia expresa a los trabajadores de las empresas del Estado, la expresión «entidades de propiedad estatal, directa o indirecta», por su carác-

6 Esta disposición resulta contradictoria en relación con distintas normas presupuestales, donde se emplea el término empresas públicas para incluir a todas las empresas del Estado. Esta es una confusión que consideramos debería ser aclarada convenientemente en una nueva Ley Marco de la Actividad Empresarial del Estado peruano donde se utilicen ambos términos como equivalentes y así evitar confusiones como las que se suscitan en este ámbito.

7 Decimos generales, porque existen disposiciones específicas (esencialmente procedimentales) en estas normas que simplemente corroboran el hecho de la distinta naturaleza que poseen los bienes de las empresas del Estado con relación a los bienes estatales.

ter genérico, es posible de comprender a las entidades que integran la actividad empresarial del Estado<sup>8</sup>. Esto trae como consecuencia que el término funcionarios pueda a su vez incluir al personal que desempeñe labores en las mismas, con independencia del nivel o categoría correspondiente a los cargos desempeñados. Por tanto, se puede concluir que no existe impedimento legal para realizar destakes de personal de las empresas del Estado a otras entidades de la administración pública<sup>9</sup>.

En cuanto al período del destake, el artículo 80° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM dispone que «el destake no será menor de treinta días, ni excederá el período presupuestal». Esta norma se aplica para los destakes de funcionarios públicos entre entidades de la administración pública. Para el caso de destake de un trabajador de una empresa del Estado a una entidad de la administración pública o viceversa, no existe una norma que regule expresamente por cuanto tiempo puede efectuarse. Sin embargo, consideramos que se debe seguir un criterio análogo al empleado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, es decir, que el destake no sea menor de treinta días, ni exceda el período presupuestal.

### 1.5. Disolución y Liquidación

De acuerdo a lo establecido en el artículo 33° del Reglamento de la Ley de FONAFE, la disolución y liquidación de las empresas del Estado, bajo su ámbito, se dispone mediante Acuerdo del Directorio, excepto cuando se trate de empresas sujetas al Proceso de Promoción de la Inversión Privada, en cuyo caso se aplicarán las normas correspondientes.

Asimismo, el artículo 34° de la misma norma establece que la disolución y liquidación de una empresa del Estado debe autorizarse por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas. Por su parte, el artículo 35° del mismo dispositivo señala que la disolución y liquidación se perfecciona por acuerdo de la Junta General de Accionistas.

Para el caso de las empresas públicas fuera del ámbito de FONAFE se deberán aplicar las disposiciones previstas en la ley de la actividad empresarial del estado que aún se encuentren vigentes, o las que consideren sus normas de creación, y en caso de no existir nada regulado al respecto, se aplicará directamente lo que haya establecido la Ley General de Sociedades al respecto.

Es necesario precisar que la liquidación final de las empresas del Estado constituye un proceso bastante tedioso y prolongado, no ajeno a intervenciones políticas, durante el cual la Junta de Liquidadores, designada según las normas societarias, asume el control de lo que queda de la empresa.

## 2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS PERUANAS

### 2.1. Sistemas normativos que afectan la gestión de las empresas públicas peruanas

En el Estado Peruano existe un marco regulatorio excesivo empresarial público, aparte del ya mencionado que dirige FONAFE, que no permite, en muchos sentidos, simplificar y hacer eficientes las prácticas operativas de las Empresa del Estado; esto las conduce a generar excesivos costos que les resta competitividad.

Actualmente, este marco regulatorio excesivo se ve reflejado por el gran número de normas, pertenecientes a sistemas administrativos que inciden directa e inevitablemente en la gestión de las empresas del Estado, algunos de los cuales mencionaremos a continuación<sup>10</sup>.

#### 2.1.1. Sistema Nacional de Endeudamiento

El endeudamiento público tiene como fin principal el cubrir parte de los requerimientos de financiamiento del sector público al más bajo costo posible. Mediante la Ley General del Sistema Nacional de En-

- 8 En efecto, el artículo 1° del Decreto Supremo N° 505-85-EF, al regular el destake de personal entre las entidades que integran la actividad empresarial del Estado, identifica a las mismas con la siguiente expresión: «empresas de derecho público, empresas de derecho privado y de economía mixta, de propiedad directa o indirecta del Estado». De otro lado, conviene advertir que el derogado Reglamento del Decreto Legislativo N° 216 sobre la Actividad Empresarial del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 375-82-EFC recogía en su artículo 15° las categorías relacionadas con la propiedad directa o indirecta para establecer una subclasificación de las empresas estatales de derecho privado, de acuerdo a lo que se detalla a continuación: a) La propiedad directa se da cuando el Estado es titular de las acciones de la empresa; b) La propiedad indirecta se da cuando las acciones de la empresa pertenecen a una o varias de las empresas de derecho público o estatales de derecho privado.
- 9 A pesar de lo señalado precedentemente, es preciso destacar que no existe norma específica que establezca qué entidad debe hacerse cargo de las remuneraciones del trabajador destacado. Al respecto, los Decretos Supremos N° 505-85-EF y N° 005-90-PCM establecen criterios disímiles. El primero de ellos señala que quien se hace cargo del pago de las remuneraciones del trabajador, es la empresa que ha requerido su apoyo, mientras que el segundo precisa que la entidad de origen deberá seguir pagando las remuneraciones. La práctica estatal que se impone consiste en que la empresa del Estado asuma la remuneración del trabajador, siguiendo el criterio establecido en el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y teniendo en consideración que las entidades de la Administración Pública tienen mayores limitaciones presupuestales.
- 10 Las afirmaciones que siguen son, en su gran mayoría, fruto de la colaboración proporcionada por los juristas Pablo Cueto y Mario Huapaya, funcionarios de la Gerencia Legal de FONAFE, y fueron presentadas al II Congreso Nacional de Derecho Administrativo, realizado en el año 2006 en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

deudamiento, Ley N° 28653, se busca que estas operaciones de endeudamiento se realicen bajo los principios de eficiencia, prudencia, responsabilidad fiscal, transparencia y credibilidad, capacidad de pago y centralización normativa, y descentralización operativa.

Lamentablemente, este procedimiento constituye una barrera que afecta el libre accionar económico de las empresas del Estado (como personas jurídicas de derecho privado), toda vez que ven limitada su capacidad de endeudamiento a períodos mayores a un año –aun cuando éstas generan sus propios recursos– ya que requieren opiniones previas del Ministerio de Economía y Finanzas (Dirección Nacional de Endeudamiento Público) y de la Contraloría General de la República, con la finalidad de no exceder la meta fiscal. Esto implica pues, un impedimento de la captación de recursos a través de entidades financieras, para un desarrollo eficiente de la actividad económica que constituye el objeto social de las empresas del Estado.

De igual manera, en el caso de las empresas sujetas al proceso de promoción de la inversión privada, para que éstas puedan asumir deudas, esto deberá ser aprobado mediante Decreto Supremo, a propuesta de PROINVERSIÓN y con la opinión favorable de la Dirección Nacional del Endeudamiento Público del MEF. Estas aprobaciones se encuentran sujetas también a factores ajenos a la propia empresa como lo es la meta fiscal<sup>11</sup> y los límites de endeudamiento sectoriales (en función a los niveles de deuda pública sostenibles).

### 2.1.2 Sistema Nacional de Presupuesto

La Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece los principios, procesos y procedimientos que regulan el Sistema Nacional de Presupuesto al que hace referencia el artículo 11° de la Ley N° 28112 – Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público. En el numeral 5 del artículo 2° de la presente Ley se dispone que ésta alcanza tanto a FONAFE como a las empresas bajo su ámbito, pero sólo cuando lo señale expresamente.

En tal sentido, existen diversas disposiciones de esta Ley que contrastan con las normas que regulan la actividad empresarial del Estado, como es el caso del primer numeral de la Segunda Disposición Transitoria, el cual establece que mediante Resolución del Titular de la Entidad (entiéndase de las empresas públicas para este caso) se aprobarán las propuestas de modificación al Presupuesto Analítico de Personal (PAP), el cual difiere con lo dispuesto, tanto

por la Ley N° 27170 como por su Reglamento, toda vez que para el caso de las empresas del Estado es FONAFE quien aprueba sus respectivos PAP's.

En otro supuesto, en el literal a) de la Tercera Disposición Transitoria se establece que el ingreso de personal sólo se efectúa cuando se cuenta con la plaza presupuestada, siendo nulas de pleno derecho las acciones que contravengan esta disposición. Al respecto, cabe señalar que esta disposición difiere con lo dispuesto por la Directiva para la Aprobación del Cuadro para Asignación de Personal de las Empresas bajo el ámbito de FONAFE, ya que ésta contempla que se podrá incluir cargos sin presupuesto hasta un límite del 10 % del total de cargos ocupados.

Finalmente, cabe señalar que el marco normativo presupuestal general del Estado en el que se encuentran inmersas las empresas públicas, constituye una limitación al manejo de sus recursos, menoscabando directamente aspectos esenciales de su gestión, como lo es la reinversión de recursos para elevar la calidad, tanto de los servicios brindados por estas empresas, así como de su propia infraestructura.

### 2.1.3. Sistema Nacional de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Las compras y adquisiciones que efectúan las empresas públicas peruanas están reguladas por normas con marcos poco flexibles y trámites sumamente engorrosos, que elevan significativamente los costos de transacción<sup>12</sup>. Dichas normas son el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (29 de Noviembre de 2004).

Esto no es exclusivo del Perú, ya que la misma situación sucede en legislaciones como la española, donde se ha intentado asegurar un mínimo de disciplina en la actividad contractual de las empresas públicas

«La adscripción sectorial de las empresas públicas significa, sobre todo, una relación o vinculación técnico-funcional con el Ministerio correspondiente»

11 La meta fiscal es el factor que considera el Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección Nacional del Endeudamiento Público para determinar el nivel de endeudamiento al que pueden tener acceso las diversas entidades del Estado, dentro de las que se encuentran las empresas bajo el ámbito de FONAFE. Esto implica un impedimento a la gestión financiera eficiente de las empresas del Estado.

12 Salvo el caso de PETROPERU S.A., debido a lo dispuesto en la Ley N° 28840.

obligándola a ajustar su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios<sup>13</sup>.

Las normas del Sistema de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establecen los lineamientos que deben observar las entidades del Sector Público en los procesos de adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios u obras. Las empresas del Estado bajo el ámbito de FONAFE se encuentran dentro del alcance de la presente norma, de acuerdo a lo dispuesto por el literal i) del artículo 2º del TUO de la Ley.

Estos trámites previos a la adquisición de bienes o servicios implican procesos sumamente extensos y de excesiva tramitación, los mismos que producen un gran perjuicio a las empresas públicas en lo que respecta a su competitividad en relación a las empresas privadas de su rubro. Ello se debe al producirse un retardo entre el nacimiento de la necesidad y su final satisfacción al término de un largo procedimiento de adjudicación. Al mes de mayo de 2005, por ejemplo, el 15 % del monto de inversiones atrasadas en las empresas públicas se explica por la aplicación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones.

Cabe destacar que estas normas fueron concebidas para entidades clásicas de la Administración Pública, y por tanto no se adecua necesariamente a la lógica de holding empresarial que busca optimizar la inversión y los resultados económicos, por lo que sería conveniente su reformulación con respecto a las empresas del Estado, a fin de implementar mejores y más ágiles procesos de contratación y adquisición de bienes o servicios, que permitan satisfacer a tiempo las necesidades de las empresas del Estado. Una reforma en este ámbito es imprescindible para reestructurar la forma en la que se viene operando la gestión de las empresas públicas peruanas.

#### 2.1.4. Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP)

La Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), Ley N° 27293 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 157-2002-EF, así como las Directivas y Resoluciones Directorales emitidas por la Dirección General de Programación Multianual del Sector Público tienen por finalidad optimizar el uso de los recursos públicos destinados a la inversión, mediante el establecimiento de principios, procesos, metodologías y normas técnicas relacionados con las diversas fases de los proyectos de inversión pública o PIPs.

En las empresas del Estado, los PIPs se sujetan a las fases de: Preinversión (que comprende la elabora-

ción del Perfil, del Estudio de Pre-factibilidad y del Estudio de Factibilidad), Inversión (que comprende la elaboración del Expediente Técnico detallado y la ejecución del proyecto) y la fase de Post inversión (que comprende los procesos de control y evaluación ex post). Estas fases son aplicables a cualquier PIP que fuera presentado por los distintos organismos que conforman la Administración Pública, entre los que las normas del SNIP incluyen a las empresas públicas.

El SNIP pone énfasis en la fase de Preinversión, para la declaración de viabilidad de los PIPs formulados por las distintas entidades que conforman la Administración Pública peruana. Esto requiere, una alta especialización por parte de la empresa pública que propone el estudio, y elabora el perfil y el expediente técnico del PIP, capacidad técnica que debe mejorar en las empresas públicas peruanas, y en los sectores, debido a la presentación de PIPs que no suelen ser aprobados por el Sector al cual la empresa pública se encuentra adscrito y, peor aún, por el mismo MEF.

No obstante la capacitación técnica requerida, el proceso en sí mismo es lento, concebido para otro tipo de entidades, distinto a las empresas públicas. De esta forma, la excesiva demora en el proceso de análisis de los proyectos de inversión puede ocasionar la pérdida de oportunidades comerciales o empresariales importantes, lo cual significa un costo para las empresas del Estado al competir con privados, quienes ejecutan sus inversiones sin tantos requisitos o procedimientos rigurosos a los cuales obedecer.

Inclusive se afirma que en muchos casos se distorsiona el objetivo real del SNIP, utilizándolo como una especie de controlador de ejecución de la meta fiscal. Es decir, a pesar de que no es éste su objetivo, ni su función, existen proyectos cuya autorización es detenida, no por factores técnicos, sino por apuntar al logro de la meta fiscal a la que está sujeto el país.

En ese sentido, consideramos acertada la discusión que se viene sosteniendo en diversos foros, respecto de la posibilidad que FONAFE se convierta en la gran Oficina de Programación de Inversiones (OPI) de las empresas públicas bajo su ámbito. Es decir que los PIPs de las referidas empresas sean declarados viables o no por el Directorio de FONAFE y no primero por el sector al que está adscrito la empresa y luego por la OPI del MEF, tal como sucede con las OPIs de los Gobiernos Regionales y Locales en la actualidad<sup>14</sup>. De esta manera, FONAFE podría evaluar y al mismo tiempo cooperar de una mejor y más

13 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. «Curso de Derecho Administrativo I», Civitas, Décima Edición, Madrid, 2000, p. 420.

14 Para una mejor ilustración respecto de la necesidad de contar con un SNIP descentralizado, lo cual puede reflejarse en la necesidad de implementar un SNIP empresarial, recomendamos nuestro artículo «La exigencia de un SNIP descentralizado: importancia de los proyectos de inversión pública con enfoque territorial». En: «Actualidad Jurídica», Gaceta Jurídica, No. 155, Lima, Octubre 2006, p. 39.

directa forma con las empresas en este delicado tema, ya que conoce mejor el negocio en el que se desenvuelven las mismas, a diferencia de los sectores o del propio MEF.

### 2.1.5. Sistema Nacional de Control

El Sistema Nacional de Control es el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos—estructurados e integrados funcionalmente— destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada.

Su actuación comprende las actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanza al personal que presta servicios en ellas, independientemente del régimen que las regule<sup>15</sup>.

El ejercicio del control gubernamental por el Sistema Nacional de Control en las entidades públicas, que para estos fines incluyen a las empresas del Estado, se efectúa bajo la autoridad normativa y funcional de la Contraloría General de la República, la misma que establece los lineamientos, disposiciones y procedimientos técnicos correspondientes a su proceso, en función a la naturaleza y/o especialización de dichas entidades; las modalidades de control aplicables y los objetivos trazados para su ejecución. Dicha regulación permite la evaluación, por los órganos de control, de la gestión de las entidades y sus resultados<sup>16</sup>.

Lamentablemente, el excesivo nivel de control ejercido por los órganos de auditoría interna, así como el nivel de sanciones que se imponen por las diversas faltas cometidas por trasgresiones a cualquier formalidad jurídica, desalientan, en las gerencias de las empresas públicas, la respectiva toma de decisiones arriesgadas, pero a la larga beneficiosas para las empresas públicas. De esta forma, es más conveniente no hacer, de manera que no se genere posibilidad de error, que hacer algo que luego podría ser observado por algún aspecto no contemplado originalmente.

Somos partidarios de la necesidad de ejercer un control adecuado en las empresas públicas, debido a que en última instancia las empresas son propiedad

del Estado y por consiguiente de todos los peruanos y las utilidades que generan, así como los fondos que utilizan deben ser adecuadamente administrados, asumiendo los directivos las responsabilidades legales que ello conlleva. Por ello mismo, se debe diseñar un manual de control interno de las empresas públicas que se adapte a la naturaleza de las mismas, tal como lo explicamos en el Capítulo I del presente trabajo, y que sin descuidar los aspectos vitales de la supervisión del control de las normas por parte de las empresas públicas, permita también recompensar la toma de decisiones acertadas por éstas que benefician al país en su conjunto. En esa línea de ideas una administración por resultados, o gestión por objetivos<sup>17</sup>, antes que una administración por formas es lo que requieren las empresas públicas peruanas en el momento de ser evaluadas, tanto por los órganos de control, como por FONAFE<sup>18</sup>, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, respectivamente.

### 3. LA REDUCCIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO PERUANO

Tal como hemos podido apreciar, el nuevo régimen empresarial del Estado peruano, que fuera establecido en la Constitución de 1993 determinó un cambio radical en la regulación del marco normativo sobre la materia. Este cambio tuvo como uno de sus principales fundamentos la grave situación de ineficiencia, corrupción y burocratización en el que se encontraban la gran mayoría de empresas públicas peruanas a principios de los noventa, así como la denominada barrera de acceso a las inversiones privadas que constituía la abrumadora presencia estatal en diversos sectores de la economía<sup>19</sup>.

Es así que, durante los años noventa, se produjeron importantes procesos privatizadores que significaron la transferencia al sector privado de muchas empresas del Estado. Asimismo, la privatización significó la liquidación, siguiéndose para ello los procedimientos establecidos normativamente, de una buena parte de las empresas estatales que tenían problemas de sostenibilidad económica<sup>20</sup>.

De esta manera, el Estado peruano entró en un proceso de retroceso en lo que respecta a su actividad

15 Artículo 12° de la Ley N° 27785.

16 Artículo 14° de la Ley N° 27785.

17 Estos conceptos conforman lo que se ha tenido a bien denominar como «nueva gestión pública». Cf. VVAA. «Reforma y Modernización del Estado: Módulo avanzado de formación política». Ágora Democrática, Lima, 2005, p. 20-23.

18 Los convenios por resultados, que hasta el año 2006 celebraba FONAFE con las empresas públicas bajo su ámbito, por los cuales las empresas públicas que recortaban su gasto administrativo total podrían repartir entre su personal parte de los ahorros logrados, constituyen una buena muestra del avance del holding estatal hacia una gestión por objetivos. Lástima que dichos convenios medían aspectos que no necesariamente reflejaban un acertado manejo de los intereses comerciales de las empresas públicas y al final tuvieron que ser eliminados. Cf. VVAA, Op. Cit., p. 25-26.

19 Recomendamos sobre el particular: GUTIÉRREZ C., Walter, «Derecho Constitucional de la inversión». En: Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, No. 164, Lima, julio 2007, p. 165.

20 Al respecto, recomendamos revisar: RODRIGUEZ- FARGE RICETTI, Marco. «Sobre la actividad empresarial del Estado y la compra-venta de empresas de su propiedad. Cuestiones y problemas que suscitan». En: THEMIS – Revista de Derecho, No. 16, Lima, 1990, p. 57-60.

empresarial, avocándose a los aspectos referidos a su salida del mercado, antes que a mantener la eficiencia de sus operaciones comerciales. Más aún, aprovechándose de la percepción colectiva de principios de los noventa, en el sentido que la intervención empresarial del Estado atentaba contra los postulados clásicos del liberalismo económico, el Gobierno de turno encontró una oportuna justificación para retirar grandes cantidades de dinero líquido de las empresas que en dicha época, aún se mantenían bajo el dominio estatal.

Así, la retirada del Estado peruano, de su rol de empresario produjo un conjunto de hechos contradictorios, reflejados en diversas acciones tomadas por el Poder Ejecutivo y principalmente por el Legislativo, orientadas a extraer el máximo provecho de las empresas estatales, antes de su privatización, las cuales se encontraban prácticamente sentenciadas a desaparecer<sup>21</sup>.

Con esos antecedentes, no solo se realizaron importantes reducciones de capital con el objeto de retirar los saldos de caja de las empresas públicas, sino que mediante normas como la Ley N° 27357, que creó el Impuesto a las Acciones del Estado, se gravó a éstas con una obligación tributaria equivalente al 5 % del valor de sus patrimonios. De esta manera, miles de millones de dólares del patrimonio de las empresas públicas fueron a parar al Tesoro Público, determinándose la imposibilidad de ejecutar proyectos de inversión, e incluso acciones mínimas de mantenimiento, afectando a la larga, la sostenibilidad operativa de las mismas.

En otras palabras, se descapitalizó a las empresas públicas, con la excusa de su inminente privatización, tornándolas en empresas desfinanciadas e inoperativas, y acrecentando los graves problemas de gestión que se venían arrastrando de años anteriores<sup>22</sup>. Este tipo de acciones, sin lugar a dudas, se contraponen a los mecanismos esenciales que de-

ben implementarse en un Estado antes de proceder a la ordenada privatización de sus compañías públicas, tal como hemos expuesto en el caso de legislaciones como la sudafricana.

Como consecuencia de ello, el Estado peruano, hoy en día, cuenta con importantes empresas públicas como ENAPU, CORPAC, SERPOST Y SEDAPAL<sup>23</sup> que, de acuerdo a las cifras que maneja FONAFE<sup>24</sup>, con bastante esfuerzo pueden cumplir con el mantenimiento físico de sus activos y con la atención de su gasto corriente y los servicios de la deuda a su cargo, lo cual las pone en una complicada situación de riesgo financiero, de cara al futuro inmediato.

#### 4. CARGAS LEGALES IMPUESTAS A LAS EMPRESAS PÚBLICAS PERUANAS. ¿EQUILIBRIO ENTRE CONTROL Y AUTONOMÍA?

En adición a los casos señalados en el numeral 2.5, cabe mencionar que se han venido aplicando a las empresas públicas del Estado peruano toda clase de imposiciones legales que no resultan exigibles a las empresas privadas, lo cual ha determinado severos costos adicionales en sus diarias operaciones, los mismos que se reflejan, con claridad, en los estados financieros de este tipo de empresas.

Un ejemplo de esto lo constituye la Ley N° 27719, mediante la cual se impuso a las empresas del Estado la obligación de asumir la carga pensionaria de todos sus ex-trabajadores, comprendidos en el régimen del Decreto Ley N° 20530, debiendo cada empresa crear un fondo previsional con sus propios recursos. Así, una obligación de pago originalmente prevista como cargo del Tesoro Público ha sido transferida a las empresas del Estado, sin el correspondiente correlato de recursos financieros, a pesar de que en su oportunidad tales empresas trasladaron los recursos pertinentes al, hoy quebrado, Sistema Nacional de Pensiones<sup>25</sup>.

21 De alguna manera, coincidimos, en este aspecto puntual, con lo señalado por MARTÍNEZ, Juan José. «Entendiendo la reforma del Estado a través del problema de la agencia». En: Revista de Derecho Administrativo, No. 1, Lima, 2006, p. 385.

22 Todas estas afirmaciones se pueden corroborar fácilmente con los recortes periodísticos de los años 1993 hasta 1998, correspondientes a los diarios nacionales más importantes vinculados al tema empresarial, como Gestión y El Comercio, o artículos de revistas de enfoque político como Caretas.

23 Respecto del tema en concreto de la situación de las empresas públicas prestadoras de servicios de saneamiento, recomendamos revisar: SOTOMARINO CACERES, Roxana, «La problemática de las entidades prestadoras de servicios y el acceso a los servicios de saneamiento». En: Actualidad Jurídica, Tomo 151, Gaceta Jurídica, Lima, Junio 2006, p. 190.

24 Simplemente basta con ingresar a la página Web de FONAFE: [www.fonafe.gob.pe](http://www.fonafe.gob.pe), o a las propias páginas Web de las empresas públicas antes mencionadas, para comprobar estos datos.

25 Este controversial tema se refleja con bastante claridad en el caso de las tarifas por la explotación de infraestructura portuaria de uso público (Tarifas que incluyen servicios de carga, a la nave y pasajeros) propuestas por la Empresa Nacional de Puertos (ENAPU SA) que fueron cuestionadas y rechazadas en su casi totalidad por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte (OSITRAN), aunque este es un tema, que a la fecha de publicación del presente trabajo, aún no se resuelve por completo en el ámbito judicial. Las mencionadas tarifas incluían en la fórmula de cálculo, propuesta por ENAPU, el costo que representa el pago de las pensiones adeudadas a los ex trabajadores de dicha empresa pública (costos que ascienden a casi US \$ 190 MM), puesto que fueron indebidamente cargados a ENAPU tal como lo expresamos líneas arriba. Sin embargo, este hecho no fue reconocido por el OSITRAN como procedente, ya que se argumentó que tal factor no afectaba a las empresas privadas del rubro, por lo que se estaría produciendo una diferenciación en detrimento del sector privado empresarial. Ambas posiciones son discutibles, pero reflejan lo difícil que constituye para las empresas públicas el competir en mercados donde las restricciones o cargas que se imponen a las mismas son mucho mayores que aquellas de las cuales gozan

También resulta ilustrativo citar las disposiciones de la Ley N° 27803 y sus ampliaciones, mediante las cuales se han determinado que las empresas del Estado deben recontratar a gran parte de los miles de trabajadores cesados durante la década de 1990, como consecuencia, precisamente, de los grandes procesos privatizadores a los que se vieron sometidos las referidas empresas. Sobre el particular, al margen de valoraciones sociales o de tipo moral que puedan o no haber justificado la emisión de esta ley, es necesario destacar el impacto de este tipo de decisiones del Estado en la competitividad de las empresas públicas peruanas. Con la publicación de normas como la antes mencionada, se reafirma la convicción de los representantes, tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo, de considerar a las empresas públicas, como una fuente casi inagotable de recursos a las que se puede recurrir en cualquier momento. Esto constituye un mito o prejuicio jurídico con relación a la conducción de las empresas públicas que debe ser interpretado correcta y adecuadamente, caso por caso.

En efecto, el impacto de tales disposiciones en las empresas públicas no solo se produce por el sobre costo que implica recontratar a personal que ya no es requerido dentro de los nuevos organigramas de estas empresas, sino que además se trata de personas cesadas hace más de diez años y que, en muchos casos, hoy en día, ya no cumplen con los perfiles requeridos para los puestos de trabajo respectivos. A esto se adiciona el hecho que los puestos señalados ya se encuentran ocupados por personal que ha obtenido sus derechos laborales correspondientes y al cual no se puede simplemente despedir sin indemnizar adecuadamente, ello sin contar con los efectos que tales situaciones ocasionan en el normal funcionamiento de las empresas públicas.

Otro aspecto relevante y de directa incidencia en la competitividad de las empresas del Estado peruano es la ya mencionada imprecisión legal del concepto constitucional de subsidiariedad, al que hemos hecho referencia con amplitud. Como se ha mencionado anteriormente, la participación estatal peruana en los sectores empresariales tiene como uno de sus requisitos que dicha actividad sea subsidiaria. Por estas razones, algunas empresas del Estado han debido cerrar ciertas unidades productivas por mandatos judiciales, derivados de procesos iniciados precisamente por sus competidores privados. Sobre el particular, inclusive cabe referir la existencia de un proyecto de ley que buscaría establecer un nuevo procedimiento administrativo ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la

«Las empresas del Estado se encuentran entonces, hoy en día, sumergidas en una grave crisis económica, cargando con ineficiencias operativas y administrativas que les impiden alcanzar niveles competitivos aceptables»

Propiedad Intelectual (INDECOPI), mediante el cual dicha institución podría revisar las solicitudes de salida del mercado de empresas públicas, bajo la causal de no cumplir con el principio de subsidiariedad.

Sin embargo, en algunos casos específicos el criterio de subsidiariedad no se cumplía a cabalidad para justificar la existencia de empresas públicas peruanas. Tal fue la situación que se produjo con la empresa Transportes Aéreos Nacionales de Selva (TANS PERU), empresa que nace originalmente para realizar rutas no comerciales, pero que desde 1998 empezó a brindar servicios de transporte aéreo de pasajeros y carga a nivel nacional<sup>26</sup>. Sin embargo, al dedicarse a vuelos en rutas comerciales, compitiendo con actores privados se desnaturaliza la esencia de TANS como empresa pública, lo cual en última instancia condujo a su liquidación mediante la emisión de un Decreto Supremo.

Luego de revisar rápidamente esta serie de acciones, normas y decisiones tomadas sobre las empresas públicas peruanas, como una de las principales reflexiones sobre el presente tema, podemos afirmar que a fines de los noventa nuestro Estado decidió retirarse de la actividad empresarial, perdió interés en fomentar la eficiencia y competitividad de sus empresas, y les impuso tantas cargas legales como le fue posible con el objeto de sacarles el máximo provecho, antes de su venta al sector privado.

Ello destruye uno de los mitos más extendidos acerca de las empresas públicas, referido al hecho que éstas gozarían de mayores privilegios por parte del gobierno en distintos sectores productivos, tributa-

las empresas privadas. Esto sucede muy por el contrario de lo que se piensa normalmente, en el sentido que algunos autores afirman, en muchas ocasiones sin el sustento adecuado, que las empresas públicas, a diferencia de las privadas, gozan de variadas prerrogativas, para diversos temas como relaciones con los organismos reguladores, el pago de impuestos, fijación de tarifas más adecuadas, condiciones laborales más relajadas o «rescates financieros vía endeudamientos o similares».

26 Para un mayor detalle del caso recomendamos VVAA., «Economía y Competitividad: Módulo avanzado de formación política». Ágora Democrática, Lima, 2005, p. 19.

rios y organizativos en detrimento de sus competidores privados. Al menos, tal mito queda desvirtuado con los ejemplos legales que se han mostrado y si es que existen este tipo de privilegios, en algunos temas concretos, los mismos se producen de forma extra jurídica, en situaciones muy puntuales y excepcionales, apelando a la noción que el «Estado nunca quiebra», hecho que tampoco se puede negar en su totalidad y que en todo caso debe analizarse en cada situación concreta en que esto parezca evidenciarse.

## 5. LA PRIVATIZACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS PERUANAS. ¿ES CONVENIENTE CONTINUAR CON DICHO PROCESO?

### 5.1. Situación financiera actual de las empresas públicas peruanas

El problema que se presenta hoy en día, con relación a la privatización que se inició en la década de 1990 de las empresas públicas peruanas, surge cuando nos damos cuenta que, a la fecha, muchas de las empresas estatales más importantes no han sido privatizadas por diversas razones<sup>27</sup>, y que habiendo pasado casi quince años desde de la entrada en vigencia de la Constitución, el Estado aún sigue participando directamente, como empresario, en una parte importante de la economía del país.

Tal como ya lo precisamos, actualmente el Estado peruano, en su nivel central de gobierno, representado por FONAFE, es el accionista mayoritario de treinta y cinco (35) empresas públicas de derecho privado (operativas y no operativas)<sup>28</sup>, cuenta con dos (02) empresas de derecho público, tiene empresas en proceso de liquidación y es accionista minori-

tario en dieciséis (16) empresas privadas (operativas y no operativas)<sup>29</sup>.

Son precisamente estas empresas las que han sufrido en carne propia las consecuencias de la aplicación a ultranza de la política económica liberal de la década de los noventa, reflejada en la legislación emitida y que relegó la gestión empresarial del Estado, reemplazándola por un irresponsable desinterés en sus empresas, así como las decisiones apresuradas de un Congreso que no evaluó el impacto de las leyes que aprobaba.

Las empresas del Estado se encuentran entonces, hoy en día, sumergidas en una grave crisis económica, cargando con ineficiencias operativas y administrativas que les impiden alcanzar niveles competitivos aceptables. A eso se aúna que muchas de estas empresas prestan servicios públicos y administran infraestructura pública, la cual es necesaria no solo para satisfacer necesidades básicas como el suministro de luz o agua, sino que además constituyen piedra angular del desarrollo económico del país, como es el caso de los puertos y aeropuertos.

Como si esto fuera poco, las empresas sobrevivientes de un proceso de privatización actualmente suspendido, y en profundo cuestionamiento político y social, se encuentran sometidas a un severo régimen legal que regula en forma bastante drástica prácticamente todos sus aspectos operativos.

Existen normas sobre endeudamiento, compras y adquisiciones, control institucional, inversiones públicas, entre otras, las cuales obligan a las empresas a aventurarse en la burocracia estatal para poder

27 Para un análisis de los inicios de la privatización de empresas públicas en el país recomendamos: INDACOCHEA, Alejandro. «Privatizar la privatización y reflexiones sobre el nuevo orden económico mundial». Esan/Ide, Lima, 1992, p. 39.

28 Según la información consignada en la página Web de FONAFE, [www.fonafe-gob.pe](http://www.fonafe-gob.pe), a julio de 2007, las empresas operativas son las siguientes: Banco Agropecuario - AGROBANCO, Banco de la Nación - BANNAC, Banco de Materiales S.A.C. - BANMAT, Compañía de Negociaciones Mobiliarias e Inmobiliarias S.A. - CONEMINSA, Corporación Financiera de Desarrollo S.A. - COFIDE, Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. - CORPAC, Empresa Activos Mineros S.A.C., Empresa Concesionaria de Electricidad de Ucayali S.A. - ELECTRO UCAYALI S.A., Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. - ADINELSA, Empresa de Generación de Energía Eléctrica del Centro S.A. - EGECEN, Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. - EGASA, Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A. - EGESUR, Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. - EGEMSA, Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. - SAN GABAN, Empresa de Servicio Público de Electricidad del Nor Oeste del Perú S.A. - ELECTRONOROESTE, Empresa de Servicio Público de Electricidad Electro Norte Medio S.A. - HIDRANDINA, Empresa Nacional de la Coca S.A. - ENACO S.A., Empresa Nacional de Puertos S.A. - ENAPU S.A., Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. - EDITORA PERU, Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad de Puno S.A.A. - ELECTROPUNO S.A.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Centro S.A. - ELECTROCENTRO S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. - ELECTRONORTE, Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A. - ELECTRO ORIENTE S.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Sur Este S.A.A. - ELECTRO SUR ESTE S.A.A., Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Sur S.A. - ELECTROSUR S.A., Fondo Mivivienda - MIVIVIENDA, Inmobiliaria Milenia S.A. - INMISA, Perupetro S.A. - PERUPETRO, Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL, Servicios Postales del Perú S.A. - SERPOST S.A., Servicios Industriales de la Marina Iquitos S.R.L. - SIMA IQUITOS S.R.L., Servicios Industriales de la Marina S.A. - SIMA PERÚ S.A., Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. - SEAL y Electricidad del Perú - ELECTROPÉRU S.A. Las empresas no operativas son: Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. - ETECEN S.A.

29 Las empresas operativas son las siguientes: Agroindustrial Pomalca S.A., Clínica Internacional S.A., Club de La Banca y Comercio, Edegel S.A.A., Empresa Agraria Chiquitoy S.A., Empresa Agraria Ganadera Salamanca S.A.A., Empresa Agrícola La Unión S.A., Empresa Agrícola Sintuco S.A., Empresa Agroindustrial Cayaltí S.A., Empresa Agroindustrial Tumán S.A., Empresa Agropecuaria Chiclín y Anexos S.A.A., Norsac, Relapasa (Empresa en la que se mantiene una Acción Dorada), Transacciones Plurales S.A. - Transplural S.A. Las empresas no operativas son las siguientes: ZIPESA y AEROPERU S.A.

realizar hasta las operaciones más sencillas. Por ejemplo, buena parte de las inversiones en infraestructura que deben realizar las empresas se vuelven lentas y costosas, resultan inoportunas e incompletas y muchas veces simplemente no se llevan a cabo por complicaciones burocráticas<sup>30</sup>.

Evidentemente, a ojos del ciudadano, que desconoce las razones de fondo que determinan la ineficiencia operativa de las empresas públicas, el rol empresarial del Estado constituye una especie de excusa para malgastar el dinero de los contribuyentes, y beneficiar a unos pocos funcionarios. De esta forma, no contentos con haber conducido a las empresas del Estado debido a las regulaciones existentes, a una situación de insostenibilidad económica, se les exige eficiencia, buen desempeño, trato más que justo a sus sindicatos, atención excesiva en lo que respecta a la responsabilidad social de la empresa, pago oportuno de sus distintas obligaciones y se les impone cargas tributarias y financieras como si tuviesen recursos excedentes, esperando de ellas, luego de aplicar todas estas medidas, un rol ejemplar de las mismas dentro de la sociedad peruana.

Sin embargo, desde la perspectiva de la OECD y de la Unión Europea, el consenso respecto del nuevo rol empresarial del Estado ha evolucionado. De acuerdo a ello, se comienzan a poner en práctica iniciativas audaces respecto de un rol más activo del Estado y su intervención en la economía, en conjunción con lo que una serie de legislaciones a nivel mundial han realizado sobre el particular.

En nuestra realidad, tenemos como ejemplos de este cambio de rumbo, a las empresas Agrobanco y Fondo Mivivienda, nuevas empresas públicas creadas en el presente siglo; la autorización para la iniciativa legal de los Gobiernos Regionales en la creación de empresas regionales establecidas en las normas que rigen el proceso de Descentralización, los cambios de visión organizacional y de conducción de las empresas públicas contenidos en el Plan Estratégico de FONAFE, las directivas emitidas acerca del Buen Gobierno Corporativo en las empresas públicas, entre

otras muestras de un creciente interés por parte de los actores públicos y privados en promover la competitividad de las empresas del Estado, antes que su mera privatización.

En el caso de las empresas del Estado de propiedad del Gobierno Nacional, es decir aquellas que se encuentran bajo el ámbito de FONAFE, resulta aún más evidente la intención de llevarlas a niveles operativos eficientes, a la manera sudafricana.

A estas medidas, ciertamente de avanzada, se contraponen la falta de coherencia y de fundamento dogmático en la labor legislativa, derivada de los numerosos proyectos de ley, sobre empresas públicas, que han sido presentados, en su mayoría, durante el gobierno de Alejandro Toledo. De esta manera, se han presentado iniciativas legislativas destinadas a conferir total autonomía a ciertas empresas públicas, excluyéndolas del proceso de privatización y de los sistemas públicos de inversiones y compras y adquisiciones, a fin de que puedan volverse competitivas, así como otros proyectos que buscaban liquidar a las empresas públicas, sin mayor sustento.

Entonces, como una de las conclusiones del presente ensayo, podemos mencionar que las empresas del Estado, si bien es cierto no son imprescindibles, son necesarias en nuestra realidad, ya que se requiere de su existencia para la satisfacción de una serie de necesidades sociales que por una u otra razón no son atendidas en su totalidad por el sector privado, y que para ello se requiere dotar a tales empresas de los recursos necesarios para alcanzar niveles óptimos de eficiencia económica y social.

Es decir, mientras el Estado se comporte como empresario deberá tratar a las empresas públicas, con el correspondiente marco legal y regulatorio, no solo como personas jurídicas destinadas a cubrir espacios de la economía con fines prioritariamente públicos sino que deberá considerar en sus decisiones que éstas han sido constituidas como Sociedades Anónimas y no como organismos públicos descentralizados. CA

30 Estos comentarios son un aporte de Pablo Cueto y Mario Huapaya, a quienes agradezco por su colaboración en el presente artículo y fueron expuestas en su trabajo ya mencionado.