

Entrevista a Enrique Bernales Ballesteros

Luego de la promulgación y publicación de la ley 24723 y de producirse la toma por el gobierno de los Bancos de Crédito y Wiese, junto con la de la Financiera de Crédito, pudimos entrevistar al Senador Enrique Bernales. El Dr. Bernales, maestro universitario de reconocido prestigio y, además, estudioso de las cuestiones sociales y constitucionales, ha publicado diversas obras, en torno a tales asuntos.

Se le considera como el vocero más autorizado del Partido Socialista Revolucionario (PSR) y es, indiscutiblemente, uno de los líderes al interior de la Izquierda Unida. Dentro de su Cámara, ocupa la Presidencia de la Comisión de Deporte y Recreación e integra las correspondientes a Constitución, Justicia y Familia y Población.

Thémis: Dr. Bernales, ¿Cree que la estatización del sistema financiero es inconstitucional?

Bernales: No. El artículo 125 de la Constitución no hace ninguna excepción en cuanto a la posibilidad de expropiar un bien —no importa cuál sea éste— si es que la ley cumple con tres requisitos: la declaración del interés social, el establecimiento de la necesidad del interés social y el pago previo en dinero de la indemnización justipreciada. No olvidemos, por otro lado, que en el art. 153 se establece claramente una limitación al sector privado, en cuanto a la posibilidad que pueda ejercer, de manera monopólica, la actividad bancaria. Más ésto no es así en cuanto al Estado; hay fuentes provenientes del debate en la Constituyente que establecen esa posibilidad. E, inclusive, le puedo dar un dato adicional que se menciona poco: ya en el año 1931 nos encontramos que la Misión Camerer —que es la que sentó las bases para el establecimiento de los sistemas monetario, financiero y bancario en nuestro país— contemplaba en su dictamen la alternativa de que el Estado tuviese una intervención dominante, —y en determinados casos excluyente— en todo lo que se refiere a la actividad bancaria.

Thémis: El art. 152 enfatiza la función social que debe cumplir la banca, en apoyo a la economía nacional. ¿Piensa usted que el incumplimiento de dicha función constituiría una causal válida de expropiación? ¿Cree que las Compañías de Seguros se hallan en la misma situación?

Bernales: El art. 152 de la Constitución establece, en efecto, que las actividades bancaria y financiera cumplen una función de apoyo. Y es muy importante la forma como está presentado este artículo, porque cumplir no es ser. Hay un mandato que es de orden

constitucional y que exige que las referidas actividades se encuentren vinculadas a la economía del país y, en general, a la actividad de todos los sectores y de toda la población. De tal manera que su cumplimiento es de carácter obligatorio, es una especie de taxativa, de mandato, del cual no puede excusarse quien desarrolla la actividad bancaria. Tan cierto es ésto, que nadie podría decir que, en el Perú, dicha actividad es una de libre empresa, que pueda funcionar en los mismos términos, supuestos y condiciones jurídicas que cualquier otra empresa privada de los sectores agrario, industrial o de servicios. No, hay una serie de características que están dadas por la ley de Bancos, por el B.C.R., por la Superintendencia de Banca y Seguros —que es el órgano de control directo—; las que determinan ciertas exigencias —que al mismo tiempo son garantías—. El fin de éstas es que los bancos puedan cumplir, efectivamente, con el requisito de la función social por un lado y, al mismo tiempo, puedan ser entidades que, al trabajar con fondos públicos, no vayan a causar situaciones que ocasionen una penalidad para aquéllos que hayan depositado su dinero.

Por lo tanto, pienso que, el no cumplimiento de la función social —que se constata por las vías del análisis económico, sociológico y político— puede ser una causal legítimamente invocable para proceder, bien a una intervención transitoria o temporal del sistema financiero, o bien para que se tome alguna decisión de mayores proyecciones en el tiempo.

Thémis: En su opinión, ¿tendrían los Poderes Legislativo y Ejecutivo la atribución de determinar el incumplimiento de la función social?

Bernales: No. Yo diría que el Ejecutivo, lo más que puede tener en esta materia, es iniciativa; al ejer-



quorum

COMO TARJETA DE CREDITO: Usted puede comprar en más de 5 mil establecimientos afiliados, incluyendo grifos, y pagar al crédito hasta en 10 meses.

COMO BANCO: Puede retirar efectivo en establecimientos comerciales.

Puede operar nuestra red de cajeros automáticos de Lima y Provincias.

Puede girar nuestro CHEQUEEFFECTIVO, el cheque garantizado por el Banco Latino.

Todo totalmente gratis. Venga al Latino...y llévese el banco en el bolsillo.

Latino
TARJETA BANCO

cerla, tiene a su cargo —de algún modo— las probanzas económica, política y jurídica, que determinan el incumplimiento de la función social. El Parlamento declara el interés social, por razones que competen al conjunto del país.

Yo creo que ésto es de la mayor importancia porque una de las objeciones que se ha esgrimido es que no se ha demostrado, jurídicamente, el interés social. Pero éste —al igual que el interés nacional— no es demostrable jurídicamente. La probanza se da en el campo de los hechos, en la dinámica de la relación social, cuya observación y estudio están remitidos a otras disciplinas: la Economía, la Ciencia Política y la Sociología.

Con respecto a la función social que deben cumplir los seguros, ésta se encuentra en su propia definición: se trata de una entidad que no está en el sector de lucro, en la medida que constituye la previsión de un riesgo posible; su finalidad misma es atender necesidades y situaciones de riesgo de personas y empresas. En dicha cobertura está dada su función social.

Thémis: El Dr. Valle Riestra sostenía que la diferencia entre estatizar la banca y estatizar los seguros estriba en que aquélla constituye una necesidad de gran parte de la población —tanto para el que ahorra como para el que invierte—. Por el contrario, los seguros son opcionales, no todo el mundo necesita asegurarse —debiendo distinguirse, en ese caso, la seguridad social de lo que es el seguro de riesgo—. Por lo tanto, para el Dr. Valle Riestra, la Banca cumple una función social mucho mayor que los seguros.

Bernales: Esa es la situación actual, pero la realidad es perfectible. Yo pienso que deberíamos marchar hacia una organización social, en donde todos tengan la posibilidad de acceder a un seguro de vida y a cubrir una serie de situaciones de riesgo. No entiendo la distinción por la cual, unas personas sí están en estas situaciones y otras no; evidentemente, ello hace alusión a que aquí muy pocos son propietarios.

Entonces, el concepto apunta a una constatación de hecho, la que me lleva a una conclusión de necesidad: crear condiciones en las cuales todos tengamos acceso a cubrir una serie de riesgos, los que a su vez están determinados por la necesidad de que crezca el número de propietarios, es decir, el número de peruanos que tienen un auto u otra clase de bienes que requieren de alguna protección.

Thémis: Dr. Bernales, de acuerdo con la Constitución de 1979, la planificación de la actividad económica puede ser indicativa o concertada, más no centralizada. En el hipotético caso que el Plan de Desarrollo se hubiera concertado con los empresarios, ¿cree usted que, ante su incumplimiento, procedería la expropiación del sistema financiero?

Bernales: El art. 111 de la Constitución es bas-

tante completo. En primer lugar esta planificación, en lo que se refiere al sector público, rige para el conjunto de este. Toda la política económica y social tiene que adscribirse a planes de desarrollo, puesto que la acción gubernamental en el Perú está determinada por éstos. Lo que sucede es que la vida de un país como el nuestro deja —felizmente— un amplio margen para la actividad privada, la cual debe concertarse con la planificación estatal. De tal manera que, una vez concertada, adquiera un carácter obligatorio. Por tanto, son dos los elementos sustantivos que están previstos en el referido artículo constitucional.

Lo que hay que lamentar es que, hasta el momento, no hayamos dado una ley que traslade al Derecho positivo esta prescripción. Y por esta situación —anómala, a mi juicio— nos encontramos con instrumentos de planificación que, desgraciadamente, no tienen la eficacia que debieran en lo que se refiere al sector público; además de no existir —real y prácticamente— planificación alguna en el sector privado. Hay situaciones en la vida económica del país que son en verdad demostrativas de lo que estoy refiriendo. Por ejemplo, la importación de insumos para producir bienes que son de carácter suntuario significa gastos excesivos de un recurso que poseemos de manera escasa: la divisa extranjera. Sin embargo, no hay forma de decirle al importador —o directamente al productor— que al país no le interesa, en verdad, un ejercicio libérrimo de importación de insumos industriales, que nos descapitalice con relación a otras necesidades que sí deben ser provistas.

Creo que hay que buscar alguna fórmula: Congreso Económico, Consejo Económico Social, una estructura participativa de empresarios y trabajadores, con alguna instancia de deliberación y proposición. El país requiere de un mecanismo que, efectivamente, tienda a la planificación democrática y a la formalización de la concertación con carácter obligatorio.

Thémis: Insistiendo en este punto, Senador, hay quienes dicen que la expropiación no sería válida, puesto que en el Plan de Desarrollo no se hace referencia a la función social que deben cumplir la banca y los seguros. ¿Cree que éste es un argumento válido para cuestionar la ley?

Bernales: No, porque la función social está determinada por mandato constitucional. De tal manera que, el hecho de que tengamos un vacío en el Derecho positivo respecto de cómo se hacen los conciertos económicos y financieros, no exime a la banca de cumplir con su función social.

Thémis: En "Constitución y Sociedad Política", libro que usted escribió conjuntamente con Marcial Rubio, se hace la siguiente afirmación: "Por lo tanto, debe entenderse que la parte final del art. 152 es una norma especial que limita fuertemente, por la misión especial que cumplen las instituciones financieras y

bancarias, la libertad de industria y comercio y la aplicación de los criterios de la economía de mercado a la decisión sobre los recursos financieros. Como es lógico, ello implicaría que **para las instituciones financieras, la planificación no actúa bajo concertación, sino que les fija márgenes de obligatoriedad**".

Bernales: Es evidente que en ésto, como en el conjunto de la normatividad jurídica, hay que atender no sólo a la naturaleza de las cosas sino a la naturaleza de las actividades. Ya he señalado con anterioridad que una empresa bancaria tiene características singulares, que la diferencian de empresas que actúan en el campo de actividades como la industrial, comercial o de servicios; aquí estamos frente a empresas de naturaleza especial, a las que ahora la ley ha definido como de servicio público, precisando más su concepto y ubicando su actividad en el campo donde —correctamente, a mi juicio— deben de estar.

Por lo demás, y en abundancia de lo que Marcial y yo hemos señalado en ese libro, hay que recordar que, mientras todo lo que se refiere a la actividad empresarial está consignado en el Capítulo IV del Título III del Régimen Económico, los bancos tienen un tratamiento por separado, se encuentran en el Capítulo IV. Si la Constitución hubiese querido que no existiera ninguna diferencia entre las empresas bancarias y el resto, las hubiera tratado conjuntamente en un mismo capítulo; pero si las distingue es porque quiere precisar, justamente, que ellas tienen una naturaleza específica y, por lo tanto, las somete a un tratamiento jurídico también diferente. Así, el art. 152 establece un conjunto de obligaciones que no incluyen, solamente, a la función social de apoyo a la economía del país, sino también el sometimiento de la actividad bancaria a planes de desarrollo que tienen que ver con las necesidades de los distintos sectores productivos de la población. En otras palabras, ¿con qué trabaja la banca? con el recurso financiero, ¿qué cosa es la banca? un agente de crédito y, como tal, tiene la obligación de poner este recurso al servicio de las distintas necesidades que requieren un financiamiento. La ley simplemente establece determinados requisitos —que se llaman garantías— para que se dé cumplimiento de la actividad bancaria, pero éstos mismos nos demuestran que no estamos en el mundo de la libertad empresarial absoluta y discrecional.

Thémis: ¿En su opinión, los planes de desarrollo en lo que respecta a la banca serían obligatorios, sin requerir de concertación?

Bernales: Lo uno no excluye lo otro, porque dentro de la actividad bancaria hay aspectos —tal vez los esenciales— que están directamente vinculados a los planes de Desarrollo. Pero hay otros —como su expansión en cuanto a diversas líneas de servicios, fortalecimiento de su patrimonio, etc.— que pueden perfectamente entrar dentro del plano de la concertación. No olvidemos que ésta, una vez formulada, es de carácter

obligatorio. De manera que yo no encuentro contradicción entre una cosa y otra. En el caso de la banca, la planificación tiene un carácter obligante previo que no excluye —en el conjunto más amplio de las actividades que puede desarrollar— que se entre también en la línea de la concertación.

Thémis: ¿Qué sectores de la Economía no podrían ser expropiados, según nuestra Constitución?

Bernales: De suyo —si nosotros hacemos una lectura atenta de la Constitución— podemos perfectamente sostener que no hay ninguno que no pueda ser intervenido, ni tampoco expropiado. Toda actividad económica configurada como empresa generadora de bienes —sean éstos muebles o inmuebles— es expropiable. Es más, yo haría la siguiente reflexión: si una casa —que es un bien inmueble que otorga la seguridad de la vivienda a quien la tiene como propiedad— es expropiable, ¿cómo no va a serlo una actividad lucrativa? Si un bien tutelado especialmente como la vivienda es expropiable por razón del interés social, tenemos claramente que deducir que también las actividades empresariales, económicas, generadoras de una utilidad y, al mismo tiempo, ubicadas en algún sector de la producción, son también expropiables. Lo esencial es que, en todos los casos, se respete esta regla: la existencia de un interés social —es decir, superior— que el Estado se vea precisado a declarar, para poder atender a una necesidad social mayor.

Thémis: ¿No se estaría cambiando de régimen económico? ¿No alteraría ésto el concepto mismo de una Economía Social de Mercado?

Bernales: No, porque justamente el concepto del interés social introduce allí un punto de obligatorio cumplimiento. No olvidemos que el principio genérico es que la propiedad es inviolable y que sólo por razón del interés social, declarado por ley, se puede proceder a la expropiación. Pero el principio es la inviolabilidad y corre por cuenta del Estado la carga de la prueba. Cuando se da ley, tiene que sustentar y probar en sus fundamentos el interés social.

Thémis: ¿Considera que el interés social ha sido probado en esta ley?

Bernales: Si, aunque desgraciadamente la dimensión de debate político que tomó el asunto, desde que fue anunciado el propósito por el Presidente de la República, ha impedido que exista la calma y el desasosonamiento que eran realmente necesarios para hacer el análisis de la situación económica, referida al sistema financiero nacional. De haber existido esos elementos se habría verificado, ciertamente, un estado abusivo y negatorio de la Constitución; lo que ha existido en el país ha sido una concentración del sistema crediticio y una asignación de crédito terriblemente arbitraria y discriminatoria.

Yo no quisiera agotarlos con una descripción muy pesada en el análisis de este tipo de probanza, tan sólo mostrarles un dato que, a mi juicio, es muy relevante para demostrar lo que estoy diciendo. Fíjense ustedes, en el país —de acuerdo al informe estadístico del I.N.E.— hay 339,314 empresas formalmente registradas en los sectores de comercio, servicios, minero, agrícola, industrial, etc. En el área industrial —que es la más importante, porque da mayor valor agregado a su producción— tenemos un total de 11,977 establecimientos divididos entre pequeñas, medianas y grandes empresas. En cualquier país, el principal sujeto de crédito es la empresa —cualquiera que ella sea— porque ésta no sólo requiere trabajar con capital propio, sino que su proceso productivo necesita de crédito adicional para cubrir sus costos y expandir su mercado. Ahora bien, si la banca en el Perú cumpliera adecuadamente su función de servicio al desarrollo del país, teóricamente estas 339,314 empresas deberían ser sujetos de crédito. En el supuesto que no lo sean, podríamos pensar en la mitad de ellas. Y si no logran cubrir la mitad, deberíamos por lo menos aspirar a que las empresas industriales —que son las que mayor riqueza producen para el país, las que generan más empleo, etc.— las 11,977 existentes, tuviesen acceso al crédito. Sin embargo, lo terrible, lo trágico, es que la estructura del crédito en el Perú nos demuestra que apenas hay 500 grupos prestatarios, los que suman un total de 2,680 sujetos de crédito significativo y que absorben el 33.8 o/o de éste. Al 30 de junio, en el total del sistema —incluyendo a las personas naturales jurídicas— los sujetos de crédito que tiene el Perú ascienden a 96,437. La variabilidad de éstos cambia de mes a mes, pero el padrón o registro de deudores de la Superintendencia de Banca y Seguros es de 220,000. O sea que unos cancelan su deuda, se entran otros, pero esos otros que entran nunca son nuevos, están siempre registrados en el padrón. Eso se llama pobreza y se llama concentración del crédito. ¿Pueden ustedes, entonces, suponer qué hacen aquellas empresas que trabajan sin crédito? ¿Creen que pueden sostenerse, ser realmente productivas, contratar y absorber mayor empleo? Entonces, ¿a quién sirve la banca en el Perú?

Más allá del momento en que se anunció la estatización, de los defectos que pueda tener la ley y de una medida que, evidentemente, tuvo todos los visos de ser improvisada, a mí lo que me interesa es la justicia de ésta con relación al servicio que prestaba la banca y con relación a las necesidades objetivas del país. Y yo llego a una conclusión de pleno y absoluto convencimiento respecto de su necesidad. Ahora, dentro de cincuenta años a lo mejor este país crece, se desarrolla, adquiere tal estabilidad económica, que puede llegar a ser necesario que el Estado no tenga el control del sistema crediticio. Yo no soy un estadista por convicción —en esto me diferencio de otros que sí creen que la única solución posible es la estatización— pero pienso que ahora, en estos momentos y debido a las circunstancias históricas que vive el Perú,

la democratización del crédito exige la nacionalización y estatización de su sistema financiero. Definitivamente.

Thémis: Dr. Bernales, ¿ha habido diferencias, en el tratamiento dado a los deudores, entre la banca asociada y la privada?

Bernales: Ha habido diferencia, pero a mi juicio no es muy significativa. Fíjense ustedes, el total de lo que la banca asociada ha prestado al sector privado constituye el 36 o/o de su crédito. Para mí, ésto es excesivo, la banca asociada —por su propia naturaleza— ha debido estar más vinculada con el apoyo a empresas públicas o de carácter asociativo. Sin embargo, el 36 o/o de su crédito ha estado asignado a los propios grupos empresariales que tienen el mayor acceso y la mayor participación en el crédito privado. Por eso, yo he sostenido que la banca asociada requiere también una reforma de los criterios con los cuales asigna sus recursos, porque si sigue pidiendo como garantía principal la propiedad, —en un país donde casi nadie es propietario—, evidentemente siempre serán más los que no accedan al crédito, que los que tengan participación en él.

Thémis: De acuerdo con las estadísticas que usted ha mencionado, tanto la banca privada como la asociada han sido igualmente incapaces de democratizar el crédito. ¿Qué es, entonces, lo que lo lleva a la convicción de que con la expropiación la banca asociada va a cumplir con una función social que, en todos los años que tiene de existencia, no ha tomado en cuenta?

Bernales: ¿Sabe quién dió la mejor respuesta a esa objeción? Dionisio Romero, cuando dijo en la televisión: “nos han afectado tremendamente, porque nos han quebrado el espinazo”; con eso, lo dijo todo. El problema de la estructura del sistema bancario no estriba en que la banca privada tenga “x” porcentaje y la asociada el resto. El problema es de poder. Los grupos que giraban en torno a la banca privada controlaban, al mismo tiempo, la producción industrial, el comercio, la exportación, la importación, la pesquería, la minería, etc.; hacían sistemáticamente frente a la banca asociada, lo que recién ahora han oficializado: el chantaje, “o me prestas, o no produzco”. Como tenían este inmenso poder, la banca asociada terminaba siendo, finalmente, una entidad o sistema vinculado a criterios de funcionamiento similares a los de la privada, cuyos propietarios eran, en su mayor parte, los mismos dueños de la estructura productiva del país. Es evidente que, al unificarse el sistema bancario, el Estado va a tener una mayor independencia frente a la presión de estos grupos que, en un gran porcentaje, poseen empresas que funcionan con un carácter oligopólico. La independencia del crédito es una garantía para poder asignarlo sin que se vea sometido a una presión de poder. Es decir, el Estado va a tener mayor libertad para decir “muy bien, yo a tí te

asigno este crédito, pero me interesa también que esta empresa asociativa produzca y compita contigo”.

Thémis: ¿Sería entonces necesaria una ley que reforme el sistema bancario?

Bernales: Justamente nosotros tuvimos una iniciativa, en el sentido de darle un plazo al Poder Ejecutivo para que presentase el proyecto de Ley. Desgraciadamente, el Apra no aceptó y ha decidido que sea el propio Ejecutivo el que —vía delegación de facultades a través de un Decreto Legislativo— dé el instrumento correspondiente. La verdad es que yo tengo mis dudas de que puedan hacerlo con la profundidad y la proyección de eficacia que ésto requiere, pues estoy absolutamente convencido de la necesidad de reformar el sistema financiero.

Thémis: Volviendo a una pregunta anterior, si decimos que, constitucionalmente, toda actividad privada es expropiable, ¿no iríamos en contra de la idea de un Estado promotor del acceso a la propiedad en todas sus modalidades y del pluralismo económico que la sustenta?

Bernales: Yo no creo que haya oposición. El Estado peruano —de acuerdo con nuestra Constitución— es un Estado de promoción, pero también de intervención, sea para regular o para producir, cuando las circunstancias lo aconsejan. Entonces, el principio es la propiedad, la excepción es la expropiación. En varias ocasiones, puede darse el caso de que el Estado tenga que expropiar un bien concentrado, para poder promover un mayor acceso a la propiedad; de manera que no hay ninguna contradicción entre una cosa y otra. La finalidad de la promoción es crear un país donde se extienda la propiedad y, si ésta se encuentra concentrada, habrá que hacer una reforma en ese campo para permitir un mayor acceso de la población al bienestar.

Thémis: ¿Considera que la compra de acciones por los trabajadores del Banco de Crédito es un ejemplo de cómo promover el acceso de la población a la propiedad?

Bernales: No quiero caer en subjetividades, porque aparentemente hay mucha discusión en torno. Yo creo que, si los trabajadores del Banco de Crédito han sido adquirentes de buena fe; si no se han prestado a lo que se llama el fraude en la ley —y que, entre peruanos, se conoce como “sacar la vuelta”—; si su conducta no expresa una especie de desplazamiento que les hace perder sus convicciones y condición de trabajadores independientes, para convertirse en testaferros de quienes, mediante esta maniobra, han disfrazado su control verdadero y persistente en la propiedad de ese banco; si ninguna de estas cosas han sucedido y, efectivamente, ha habido una voluntad real de que sea un colectivo de trabajadores el que ejerza con plena independencia la propiedad, no habría absolutamente

nada que objetar. Pero un trabajador, cualquiera sea su situación respecto del contratista, patrón, o como quieran ustedes llamarle, no puede nunca jamás renunciar o degradar su condición de tal. Para mí se trata de una exigencia implícita y demandable en la conducta de toda persona que tenga situación laboral y jurídica.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la sustancia misma del Proyecto y de la Ley, busca que el accionariado difundido sea una promoción desde el Estado hacia el acceso a la propiedad mediante colocaciones que no vayan más allá del 30 o/o, tratándose de la banca con sede en Lima que tiene un carácter nacional, y del 70 o/o como máximo, en el caso de la banca regional. Creo que el espíritu de la ley no puede distorsionarse, no sería correcto.

Thémis: Como usted señaló, la posibilidad de una intervención transitoria de la actividad económica por parte del Estado, es claramente excepcional. Una vez salvada la situación de emergencia deberá de regresarse, en la medida de lo posible, al estado anterior. ¿No sería éste un argumento más para insistir en que la Constitución busca evitar que el Estado acapare la actividad económica?

Bernales: Si, pero la intervención tiene su propia lógica. Aquí se ha tratado de vincular una cosa con otra ¿no es cierto? Yo creo que es necesario ser muy claros en este punto: no se requiere que un bien sea expropiado para que se produzca una situación de emergencia. No un estado, sino una situación, que se presenta por una contingencia imprevista, por un accidente. Supongamos que este problema que ha habido el lunes pasado en Wall Steet hubiera tenido repercusiones internacionales de pánico colectivo, como sucedió en 1929, de tal manera que la reacción aquí en el Perú —olvidémonos, por un instante, que hay una ley de expropiación— hubiera creado el riesgo de una quiebra bancaria en cadena ... ¿Qué debería hacer el Estado? Aplicar el art. 132; y eso no implicaba, para nada, afectar la propiedad. El bien mayor era evitar los efectos del pánico en el conjunto del país, por lo que el Estado debía intervenir y tomar medidas transitorias. Evidentemente, el Directorio del banco tendría que suspender sus actividades, porque la necesidad nacional obligaba a atender la situación emergente con una medida de intervención. Los días anteriores, estos bancos eran boyantes, no pasaba nada, pero el lunes tenían que ser declarados en emergencia —o constatarse que ésta se había producido—.

Podría citar ejemplos en otros sectores de la actividad económica, de manera que no se puede decir que la intervención es un atentado contra la propiedad. Además, el art. 127 refuerza esa idea, porque dice: “La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condi-

ción o ubicación". En este caso es evidente que, si hubiera existido menos tensión, menos pasión, tal vez la transferencia de la propiedad decretada por la ley se hubiera producido sin necesidad de intervención alguna, porque no se había producido una situación de emergencia. Pero aquí, el hecho real es que la reacción de los banqueros fue de tal naturaleza que, ellos mismos, —no por razón de la expropiación, sino de su actitud— crearon una situación de descalabro bancario, pusieron en emergencia sus propios bancos. Hay que ver nomás las corridas auspiciadas por los dueños de los bancos Latino y Mercantil. Nadie me puede decir que éste último no tenga una situación de emergencia, comenzando por su propio Presidente, quien es el primero que está en emergencia —médica, por supuesto—. Entoncés, frente a eso, ¿qué queda?

Si estamos viendo las maniobras que se han hecho para "sacarle la vuelta" a la ley, ¿Acaso se pretendía que, cuando finalmente el juez ordenara la transferencia de la propiedad, el Estado se encontrara con que dentro de los bancos sólo quedaba una ventanilla? ... si es que todavía estaba allí.

Ustedes saben que hay principios fundamentales del Derecho que cautelan y tutelan los bienes adquiridos, o por adquirir. El único derecho que tiene el expropiado es el pago, nada más.

Thémis: En el caso de Wall Steet, la situación de emergencia surge de un factor extrínseco a la intervención misma. Por el contrario, la ley de expropiación es la que crea la emergencia y decide que ésta terminará cuando los bancos pasen a manos del Estado. ¿No la considera algo arbitraria?

Bernales: Tengan en cuenta que el art. 7o. no declara la emergencia, sino que la constata: "Por razón de interés nacional y habiéndose provocado situaciones de emergencia ...".

Además, tú has dicho bien, bastaba con el art. 1o. para que el Estado solicitase la posesión provisoria, de acuerdo al art. 61 del Dr. Leg. 313. Claro, ésto habría sido posible si la expropiación se hubiera producido en un clima de tranquilidad —relativa, si quieres, pero tranquilidad al fin y al cabo—, pero no (permítame la licencia) cuando se ha generado un auténtico despelote. O sea, si queremos ubicarnos en el terreno de la dialéctica, el Estado tiene que responder a las situaciones sociales que se le plantean, en tanto retos. Aquí ha habido, desde el comienzo, un enfrentamiento sistemático y es evidente que nadie, en su sano juicio, puede pretender el desarme legal y la impotencia del Estado. De producirse éstos, tendríamos que preguntarnos si una sociedad sin Estado no es, acaso, aquélla en anarquía, donde prima la ley del más fuerte.

Thémis: Dr. Bernales, ¿qué entiende usted por servicio público?

Bernales: ¡Vaya! Yo creo que toda definición es siempre provisional; además voy a darla a pesar de no tener a mano ningún texto de Doctrina al cual referirme. Pero hay un elemento, un dato, que me parece importante señalar o rescatar: el servicio público está determinado por la necesidad social y por el acceso garantizado al público; su esencia es el público.

Thémis: ¿Para usted, el sistema financiero y la actividad de seguros se encuentran ubicados dentro de esta definición?

Bernales: La misión Camerer lo dice sin ningún problema, y la menciono porque fue ella la que organizó el sistema bancario en el Perú.

Por lo pronto, trabaja con fondos públicos. En segundo lugar, está remitida a la necesidad de emplear el crédito, en vinculación directa y subordinada a las actividades económicas y, por último, a las necesidades de la planificación. Aquí hay tres elementos, más que suficientes, para entender la naturaleza pública del servicio que presta la banca.

Thémis: ¿Y los seguros?

Bernales: Por lo mismo, porque están dentro del sistema financiero. Además, trabajan también con fondos públicos.

Thémis: ¿Existe contradicción en el hecho que, por un lado, la banca y los seguros son un servicio público y, por el otro, se permite un accionariado difundido, que puede llegar al 70 o/o en el caso de la banca regional?

Bernales: No, porque ustedes saben perfectamente —de acuerdo a la Doctrina y a la Teoría del Derecho— que el servicio público se puede prestar de manera directa o indirecta; que puede tener carácter ordinario o extraordinario; hay distintas modalidades. El servicio público no necesariamente lo tiene que prestar el Estado, también lo puede delegar a particulares. La educación, ¿es un servicio público? ¿La presta el Estado, exclusivamente, o también los particulares? ¿Y qué cosa es la salud si no un servicio público? y la prestan el Estado y los particulares.

Thémis: Dr. Bernales, ¿qué opina del Decreto Supremo que ordenó la intervención de la Banca y de las acciones de amparo que se interpusieron contra éste?

Bernales: El Decreto No. 158 era realmente lamentable; yo creo que se justificaba cualquier tipo de amparo frente a una norma tan mal redactada y que pretendía para el Estado un derecho que éste no tiene. No se puede disolver la Junta de Accionistas —que es la titular de la propiedad— mientras no sea transferida ésta. Solamente eso era causal más que suficiente para presentar acciones de garantía con relación al decreto, aunque no con relación al debate de la ley.

Thémis: ¿Cabría una acción de amparo contra la ley?

Bernales: No pues, ni hablar. Eso no tiene ni pies ni cabeza.

Thémis: El Diputado Borea sostiene que los jueces pueden contradecir judicialmente la determinación de necesidad y de utilidad públicas, basándose en un criterio de razonabilidad. ¿Está de acuerdo con esta afirmación?

Bernales: Que lea, y que aprenda lo que ha escrito.

Thémis: El Senador Valle Riestra —a quien entrevistamos no hace mucho— nos decía que la opción de la ley no había sido absolutamente clara, puesto que debió de haber establecido que, la transferencia de propiedad a manos del Estado, se producía desde el momento en que consignaba lo que consideraba como justiprecio, y no después de seguido el procedimiento judicial. En su opinión, el justiprecio en el Perú —a diferencia de otras legislaciones— no es el judicial sino el que se fija administrativamente. Para él esto habría evitado que, en un momento dado, se pudiera alegar la existencia de un derecho constitucional porque lo único que poseían los antiguos propietarios era una simple acreencia frente al Estado, es decir, un derecho obligacional y no un derecho de propiedad. ¿Qué piensa usted?

Bernales: Es evidente que la vía que sugiere el doctor Valle Riestra legalmente es posible, pero yo no sé si, en el contexto socio—político del debate, era lo mejor. En todo caso, lo que sí es cierto, es que la ley es terriblemente ambigua, confusa, híbrida; no me gusta la ley. Creo que se debió hacer un esfuerzo de claridad, de mejor concepción en la arquitectura jurídica de la misma; va a ser sumamente difícil de aplicar.

En todo caso, para ustedes —que son estudiantes de Derecho— lo sucedido debe constituir el mejor testimonio, la mejor reflexión, de cómo no se debe discutir ni aprobar una ley tan compleja. Hacer concesiones por buscar la conciliación, no hace otra cosa que llenar de oscuridades la norma; en ese sentido, lo que ahora está sucediendo en casos como el de la compra de acciones, proviene, justamente, de sus ambigüedades, vacíos y presuntas concesiones.

Pudo haberse fijado la fórmula del justiprecio en la misma ley, pero entendamos que éste es el pago justo. ¿Pago justo es el valor de las acciones en libros? No, por una razón muy sencilla: porque en una venta forzosa hay daños y perjuicios, hay expectativas de ganancias que son eliminadas —me estoy refi-

riendo a un criterio estrictamente jurídico— y, en ese sentido, es evidente que no se puede expropiar sólo con el pago referido al valor en libros, sino que hay que incorporar al concepto de justiprecio, aquellos derechos expectatios que son eliminados por razón de la venta forzosa. Ahora, es evidente que ese pago puede hacerse luego de una serie de deducciones y depreciaciones sobre el bien administrado: la ganancia acumulada, etc.; porque esos también constituyen criterio de justicia.

Thémis: Otras dos razones para discutir la constitucionalidad de la ley son, por un lado, la discriminación frente a la banca extranjera y, por el otro, que el art. 7o. que aparece en ésta no fue el mismo que el Senado aprobó. ¿Qué impresión le merecen estos argumentos?

Bernales: Bueno, voy a plantearles una pregunta: supongamos que mañana la Superintendencia de Banca le cancela la licencia de funcionamiento al City Corp y éste tiene que irse, junto con todas las demás sucursales extranjeras que tienen autorización para funcionar en el país. Una vez que se han ido, se presenta una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. ¿Qué podría resolver éste, si las sucursales han cerrado sus oficinas y se han ido? Ya no existiría banca extranjera en el Perú. Lo fundamental que ustedes tienen que entender, es que debe tomarse en cuenta la naturaleza de las cosas. Si las bancas extranjera y nacional estuvieran en igualdad de condiciones en el Perú y la ley sólo toca a la nacional, habría una discriminación. Pero las sucursales extranjeras funcionan con una autorización, no tienen capital social —sólo de trabajo—, no tienen Junta de Accionistas; dependen, simplemente, de una autorización que se da a nivel administrativo.

En lo que respecta al art. 7o. éste, verdaderamente, no es el que se aprobó en el Senado; por error se aprobó el artículo que nosotros presentamos, pero se aprobó. Sin embargo, ustedes saben que —de acuerdo con la Teoría del Acto Jurídico— el error de forma no anula el acto, se supera haciéndole las necesarias correcciones, porque no es un vicio absoluto de la voluntad. Definitivamente se ha actuado mal en esto, no se puede rectificar en vía administrativa lo que ha sido una decisión del Senado. Si el Presidente de la República encontró que habían errores en la autógrafa que se le enviaba, debió devolverla al Congreso para su rectificación.

Thémis: ¿Qué opinión le merecen las contradictorias resoluciones judiciales que se han dado?

Bernales: No hay respuesta jurídica para lo que está sucediendo en el Poder Judicial. Algunos jueces merecerían tener un capítulo especial en la historia de la picaresca por su actuación en este asunto.