

La Ley 24723 y su aplicación

Enrique Bernalles Ballesteros

Senador de la República. Profesor en las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de la PUC

El 9 de octubre de 1988 se cumplió un año de la promulgación de la ley 24723, que dispuso la reserva para el Estado de la actividad bancaria, financiera y de seguros, así como la expropiación de dichas empresas en funcionamiento al momento de la promulgación, salvo excepciones señaladas en el articulado de la ley. Pese al año transcurrido, poco o nada es lo que se ha cumplido de lo que en ella se dispone. Dificultades de orden político unas y jurídico las otras, han convertido dicho instrumento en el caso típico de una ley que rige pero no se cumple. Ningún análisis puede ignorar la discusión y el encono político que suscitó el anuncio por el Presidente de la República del proyecto de ley mediante el cual, se disponía la estatización de la banca. El debate parlamentario se produjo en medio de un fragor político inusitado, el mismo que trascendió a las calles, a las instituciones sociales más representativas y a los órganos de comunicación y opinión. Las posiciones encontradas y los intereses en juego contribuyeron a marcar una polarización que, a pesar del tiempo transcurrido, continúa.

El presente ensayo quiere poner el énfasis en los aspectos constitucionales y jurídicos de la ley 24723 y en los problemas que hacen que su cumplimiento sea, en la práctica, un imposible jurídico. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse el clima de apasionamiento político, de dudas y contradicciones que se produjeron durante su elaboración, pues varias de las oscuridades y errores notables que posee la ley 24723, provienen precisamente de condicionantes y concesiones políticas. Estas se otorgaron sacrificando la claridad y precisión de la ley, que nació así con vicios que luego generarían los conflictos que han impedido su aplicación hasta, literalmente, paralizarla y neutralizarla, que es su situación actual.

En esta condición, la ley 24723 no sólo revela sus errores, oscuridades y confusiones, sino que además ha devenido en un instrumento jurídico que el Poder Ejecutivo no sabe o no quiere aplicar. A pe-

sar de ello, es una ley vigente, lo que significa una situación jurídica irregular con respecto a un sistema financiero cuyo régimen de propiedad, organización y funcionamiento es diferente del que la ley manda. Las intervenciones bancarias han cesado, también irregularmente, los procesos expropiatorios están indefinidamente paralizados, no se sabe en qué situación se hallan las acciones de amparo promovidas para detener la aplicación de la ley, comisiones investigadoras parlamentarias pretenden interferir la autonomía del Poder Judicial para forzar resoluciones judiciales en torno a contenciosos bancarios anteriores a la 24723, pero incluidos de modo condicionado dentro del alcance de la ley; en fin, nada se sabe sobre el estado de las financieras y seguros. En síntesis, todo es confuso y, lo que es más grave, determinante de una situación de inseguridad jurídica, provocada principalmente por la ley 24723, su texto y su caótica aplicación.

En tal estado de cosas, el autor de este ensayo no duda en señalar, como le sugirió ya en enero de este año, la conveniencia de derogar la ley 24723 y su reemplazo por otra que, de manera clara, defina el estatuto jurídico del sistema financiero nacional, dentro de los lineamientos y alcances fijados por la constitución y el interés nacional. Quien suscribe estas líneas participó activamente en el debate senatorial que precedió a la aprobación de la ley 24723. Consta en actas y en el Diario de Debates, que la mayor parte de sus propuestas y el dictamen en minoría que suscribió conjuntamente con el Senador Rolando Ames, no fueron tomados en cuenta. Fueron planteamientos que pretendían situar la cuestión del sistema financiero, dentro de una perspectiva global de democratización del conjunto del Estado y la sociedad, entendiéndose al factor financiero como un instrumento de desarrollo nacional, de crédito disponible para la pluralidad empresarial, de democratización de la propiedad y viabilidad de las modalidades empresariales autogestionarias y de trabajadores, sin desmedro de la empresa privada.

El autor mantiene su punto de vista, pero con la experiencia aprendida, opina que una reforma sustantiva y democrática del sistema financiero nacional, debe surgir del diálogo, el acuerdo y las proposiciones convergentes de políticos, expertos, productores, empresarios y trabajadores.

1. LA CONSTITUCION Y LA ESTATIZACION DEL SISTEMA FINANCIERO

Uno de los principales argumentos esgrimidos en contra de la ley 24723 es acerca de su inconstitucionalidad. Este planteamiento fue sostenido desde el mismo momento en que el Poder Ejecutivo presentó el proyecto de ley de expropiación de las empresas bancarias, financieras y de seguros. Se sustentó en el carácter inviolable de la propiedad (art. 125 de la Constitución), en que no estaba probado el interés social que es la exigencia que señala el mismo artículo, en que se atentaba contra el pluralismo económico y empresarial dispuesto por el art. 112 de la Carta y en que se establecía un monopolio contraviniendo lo dispuesto por el art. 133.

Estas objeciones obligan a un análisis que precise los alcances de la Constitución en esta materia y las atribuciones legislativas del Parlamento cuando se presentan iniciativas que afectan la propiedad privada. Se trata, como es evidente, de un ejercicio de interpretación que permita al legislador una aplicación cabal y actualizada de la norma constitucional al caso concreto, de manera que la ley recoja en extenso los principios que desarrolla el modelo constitucional, evitándose así su violación y garantizándose la adecuada armonización entre el bien común y el individual. En el tema que nos ocupa, la interpretación no puede restringirse a una norma aislada del conjunto que la informa, determinando entonces su correcta aplicación a una realidad que, por compleja y mutante, demanda una permanente actualización de los conceptos político-jurídicos de base. Como señala la moderna doctrina alemana de interpretación constitucional (Konrad Hesse), cuando el legislador interpreta la Constitución, debe atender a la cambiante situación social, a los escenarios políticos y económicos en acción y, a partir de todo esto, asumir un "marco político y jurídico" comprensivo de los requerimientos del presente. Esta actitud legislativa permite reconocer en la Constitución elementos fundacionales que expresan, más que categorías jurídicas cerradas, orientaciones políticas y económicas de carácter general. Por ello y bajo esta perspectiva fundacional, tan precisamente descrita por Loewenstein, la interpretación de la Constitución debe ser siempre amplia, libre y creativa.

A este primer argumento en favor de un análisis interpretativo que ubique el asunto de la expropiación de las empresas financieras en el contexto del modelo constitucional de referencia y no en uno o

dos artículos aislados, añadimos el de la unidad y el del análisis sistemático. Metodológicamente, la interpretación constitucional demanda el reconocimiento de su unidad. Ninguna norma es más importante que otra; todas constituyen un cuerpo, se complementan, se integran y se precisan entre sí. No hacerlo así significaría, como lo señala Eliseo Aja, que se pudieran "juzgar anticonstitucionales ciertos preceptos de la constitución en virtud de otras consideraciones superiores". Así pues, es arbitrario y antijurídico el señalar que una norma vale más que otra. Lo importante es la articulación, precisar lo que da unidad y coherencia por encima de normas de procedencia heterogénea que provienen de los diversos consensos manifestados en el momento de la aprobación constitucional. Por lo tanto, la interpretación más correcta a nuestro juicio es la que se basa en una interpretación sistemática, desechando como dice Karl Schmidt la existencia de antinomias constitucionales. Esto no pasa de ser un despropósito.

Desde esta perspectiva de análisis y al margen de los vicios y defectos en sí de la ley 24723, que serán materia de este trabajo, sostenemos que desde el punto de vista constitucional, ella no tuvo en el momento de su formulación los vicios de inconstitucionalidad que se le imputaban. Basamos su constitucionalidad en el análisis sistemático de los artículos 42, 79, 80, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 124, 125, 133, 134, 152 y 153 de la Constitución. Del conjunto de estos preceptos, de otros que se conectan con ellos y del Preámbulo inspirador de todo el texto, se deduce que la orientación de nuestra Constitución es hacia el Estado social de derecho, antes que a un Estado privatista; no propicia el rentismo utilitario absteniéndose de todo control y regulación de la actividad productiva, sino que interviene en función del interés social, imponiendo también restricciones y obligaciones en aplicación de esos principios. Así, el art. 114 extrema su severidad al señalar que la ley, por causa de interés social o seguridad nacional, puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios.

El art. 79 de la Constitución precisa que el Perú es una República democrática, social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Este es, entonces, el sustento del Estado y el que regula la creación de riqueza, su distribución y la relación entre los peruanos. A mayor abundamiento, el art. 42 obliga al Estado a reconocer el trabajo como la base de la riqueza. Y es desde esta premisa que el art. 80 fija rigurosos deberes para el Estado: la plena vigencia de los derechos humanos, la promoción del desarrollo basándolo en la justicia, la eliminación de toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado.

La tesis del trabajo como eje del Estado y de las relaciones sociales, adquiere particular relevan-

cia al informar el articulado del Título III de la Carta sobre los caracteres del régimen económico. En efecto, el art. 110 dispone como fundamento de éste la justicia social y la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza.

Los artículos que le siguen, enlazan y desarrollan la proposición del art. 110, precisándose la forma cómo el Estado participa en la economía para que la sociedad se realice en el trabajo y en la justicia social. Nos encontramos así con un Estado que promueve (art. 110), planifica y concerta (art. 111), regula el pluralismo económico (art. 112), ejerce la actividad empresarial (art. 113) y reserva para sí actividades productivas por causa de interés social o seguridad nacional (art. 114).

¿Esta posibilidad de reserva, aplicada en la ley 24723, contradice la pluralidad económica y la inviolabilidad de la propiedad? No; la exigencia de responsabilidades estatales acordes con el interés social es una constante en la Constitución peruana, condicionando y, diremos mejor, iluminando el ejercicio de otros derechos a su observancia. Pluralismo económico y reserva por el Estado no son incompatibles en los términos que la Constitución los plantea. Las actividades promotoras, planificadoras, reguladores, empresariales, que tiene el Estado en materia económica son, junto con la posibilidad de reservarse actividades productivas y de servicios, potestades y, al mismo tiempo, obligaciones efectivas que el Estado peruano tiene para el cumplimiento de los objetivos nacionales y sociales que la Constitución le encarga de manera preminente. Es claro, sin embargo, que la reserva es el modo más complejo y difícil que el Estado tiene de asumir estas obligaciones. Por eso, sólo puede fundarse en el interés social o la seguridad nacional, siendo en tal caso el propio Estado el que asume directamente la actividad reservada.

Del mismo modo, con relación al derecho de propiedad y su inviolabilidad, establecidos en los arts. 124 y 125 de la Carta, es cierto que el Estado lo garantiza, pero no es menos cierto que no se trata de un derecho irrestricto. En efecto, la Constitución le impone la obligación de usarla en armonía con el interés social, pudiéndose dar la privación de tal derecho por causa, precisamente, del interés social o de necesidad y utilidad públicas, lo que indica que en materia de propiedad, lo social y público se antepone a lo privado. Desde luego, la regla general es la de la inviolabilidad de la propiedad que el Estado garantiza, siendo por tanto la expropiación una vía de excepción que requiere la motivación precisa antes indicada, que sea declarada conforme a ley y previo pago en dinero de indemnización justipreciada.

En síntesis, el Estado carece de facultad para expropiar discrecionalmente y sin invocación de cau-

sa mayor que lo justifique, pues la expropiación es una excepción limitativa de un derecho reconocido constitucionalmente; pero tampoco está jurídicamente desarmado e impedido de hacerlo si lo exige el interés social o la necesidad y utilidad públicas. A este respecto, es pertinente el comentario de Konrad Hesse cuando, en su ensayo sobre la interpretación constitucional, sostiene que "el contenido y alcance de la garantía jurídico constitucional de la propiedad, sólo puede ser determinado teniendo en cuenta la función social y económica de la propiedad en el moderno Estado social".

Ahora bien ¿En qué situación queda la economía social de mercado prescrita por el art. 115 de la Constitución, que también se invocó contra la reserva para el Estado de las empresas financieras? Aquí también nos encontramos con un uso distorsionado de la norma, al pretender su imposición jerárquica sobre otras normas y no su concordancia. En efecto, economía social de mercado no significa economía libre, sino su superación por un concepto más regulado del mercado. Según nuestra Constitución, la economía social de mercado se inserta o funciona de acuerdo a las reglas generales del modelo. En tal virtud, el propio art. 115 señala que el Estado reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social. Ahora bien, si el Estado reserva o expropia en razón del interés social, ello significa que la economía social de mercado debe aceptar la intervención del Estado en los términos y formas que, por razón de ese mismo interés, tiene él a su cargo de manera provisional, excepcional, principal o exclusiva.

En este sentido, la economía social de mercado tiene la obligación de adecuarse a un pluralismo económico que reconoce en el Estado, no sólo funciones de promoción, sino a un agente económico con atribuciones y obligaciones diferentes a los demás agentes económicos. Es decir, las funciones tuitivas del interés social y del bien común encarnan en el Estado una posibilidad de ejercer funciones y formas empresariales que no pueden ser, en modo alguno, extendidas a los demás agentes, porque ellos sólo responden por su interés particular, enmarcado o circunscrito por determinadas obligaciones sociales. Otros artículos que se refieren a la libertad de empresa y a la actividad financiera, precisan que su ejercicio no debe ser contrario al interés social y a su función social, respectivamente.

Como se puede apreciar, la clave que articula y fija el sentido de las normas constitucionales sobre el régimen económico y las relaciones en esta materia entre el Estado y los particulares, es el concepto de *interés social*. Este, lo mismo que los de libertad o justicia, tiene un alto grado de dificultad para lograr una definición clara y precisa que sea compartida por todos. Pero jurídicamente su significado se halla íntimamente ligado a los conceptos de bien común,

justicia social, orden y progreso, que son categorías vinculantes que le confieren al Estado atribuciones legales en la actividad social, en la económica y en los servicios, para lograr su plasmación en la realidad y su traducción como bienestar de la población. El interés social no puede invocarse arbitrariamente, requiere ser declarado por ley. Es pues el Poder Legislativo el que delibera, determina y declara la existencia de situaciones que, conforme a la Constitución, acompañan la actuación del Estado, por razón de interés social, para regular determinadas actividades y servicios o su participación directa sobre éstos.

Los argumentos constitucionales hasta aquí expuestos, son demostrativos de la capacidad, la posibilidad y la obligación que en algunos casos tiene el Estado para intervenir en la actividad económica, sea participando, regulando y, si es necesario, reservando parcial o totalmente una actividad, pudiendo declarar la reserva o expropiarla si está en manos de terceros. La Constitución autoriza este extremo si media el interés social. Esta posibilidad es perfectamente consistente con el pluralismo económico y la economía social de mercado. Refuerza este planteamiento el art. 133 de la Constitución, que prohíbe diversas prácticas propias del mercado libre, tales como los monopolios, oligopolios, acaparamiento, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y comercial. Se trata de una normativa general. Sin embargo, el texto constitucional atinadamente dispone como única limitación a la actividad del Estado, la prohibición de establecer monopolios sobre empresas, bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión, conforme al art. 134.

Cualquier duda sobre esta interpretación se despeja tras la lectura del art. 153 de la Carta, que expresamente prohíbe a los particulares o privados, no así al Estado, de constituir monopolio, directa o indirectamente, sobre la actividad bancaria, financiera y de seguros. En su versión original, este artículo se refería "a la prohibición de monopolios públicos y privados". No obstante, el debate de la Constituyente llegó a que, *por unanimidad*, se retirase la expresión "públicos", por cuanto, según se señaló, el Estado debe tener la posibilidad de controlar directamente la actividad financiera en situación de emergencia nacional. Así pues, tampoco esta figura de monopolio estatal financiero del Estado colisiona con el pluralismo económico ni con la economía social de mercado.

La referencia al art. 153 nos ha introducido en el análisis constitucional que directamente se refiere a materia bancaria, sin encontrar hasta ahora quiebre constitucional alguno en la ley que reserva para el Estado dicha actividad. Como argumento que refuerza lo señalado con relación al art. 153, habría que decir que, aún en el supuesto negado que el Estado

no pudiera constituir monopolio sobre la actividad bancaria, no sería aplicable al caso, porque el articulado de la ley establece excepciones a la reserva que permiten, bajo condiciones diferentes, el pluralismo económico de empresas bancarias, financieras y de seguros de diverso tipo. Este comentario lo ampliaremos al realizar el análisis de la ley. Lo que ahora más interesa destacar es el papel que otras actividades tienen para la economía del país.

En efecto, el art. 152 de la Constitución dispone que la actividad bancaria y financiera cumple función social de apoyo a la economía del país, en sus diversas regiones y sobre todos los sectores de la actividad y población, de acuerdo con los planes de desarrollo. Esta función social corresponde con el fomento y garantía que el Estado ejerce sobre el ahorro (art. 154), cuya captación y posterior asignación con sentido social, es medular de esta actividad. La Constitución pues, ha distinguido las actividades que se apoyan en el ahorro público, a las que asigna una función social, de cualquier otra relación económica entre particulares, basada en otras fuentes. Por lo demás, la actividad financiera está ligada con la asignación de recursos, debiendo por tanto conceder créditos en forma promocional y concordante con los sujetos sociales que, de acuerdo al pluralismo económico y empresarial, lo requieran. Esta asignación es la mejor probanza, sin lugar a dudas, del cumplimiento de lo preceptuado por el art. 152 de la Constitución.

En síntesis, de acuerdo con la pauta metodológica que ha guiado la interpretación constitucional de la ley 24723, ésta no presenta problemas en lo que a su constitucionalidad se refiere. No la tuvo en cuanto iniciativa del Poder Ejecutivo que proponía reservar y expropiar, aunque sí en los aspectos del procedimiento y, desde luego, tampoco la tiene en su versión final como ley promulgada. Una última objeción que queremos despejar es la relativa a la probanza del interés social. Contra lo que se ha argumentado, la prueba no es de naturaleza jurídica. El Parlamento que aprueba la ley, realiza una evaluación económica, financiera, política, social, cultural, de conveniencia nacional, etc. del elemento material que se expropia, atendiendo en cada caso a su naturaleza y a su particular vinculación con el conjunto social. Por encima de todo es un acto de imperio, mediante el cual el Parlamento decide si existen los elementos de juicio fundados para invocar la causalidad del interés social.

En conclusión, desde el punto de vista expuesto, la ley 24723 no tiene vicio de inconstitucionalidad. El Parlamento en deliberación autónoma y en ejercicio de las atribuciones constitucionales de que está dotado, declaró de interés social la actividad de servicio público bancaria, financiera y de seguros; reservó para el Estado su ejercicio y dispuso asimismo

la expropiación de las acciones representativas del capital social de las empresas privadas bancarias, financieras y de seguros en actual funcionamiento, con las excepciones señaladas en la propia ley. Desde luego, quedará siempre dentro de lo opinable, la conveniencia y la necesidad de proceder como lo hizo la ley, pero no el imperio y la legalidad de la decisión. Estas apreciaciones sobre la constitucionalidad de la ley 24723 no le salvan, sin embargo, de las críticas que suscita su articulado, la oscuridad y ambigüedad de sus disposiciones, así como las deficiencias de la técnica jurídica, provenientes de su contradictoria elaboración. Pensamos que es sobre estos aspectos que debe centrarse su análisis, para superar los problemas que su vigencia ha planteado.

2. LA LEY 24723

Esta ley tiene su antecedente principal en el anuncio que el Presidente de la República hizo en su Mensaje al Congreso el 28 de julio de 1987. Fue allí que condenó la especulación rentista y que calificó al sistema financiero como "el más poderoso instrumento de concentración de fuerza económica y por ende de influencia política y el mayor obstáculo a la democratización de la producción y la acumulación del excedente". Anunció entonces la nacionalización de los bancos y de todas las instituciones financieras y de seguros, reservando sus actividades al Estado. Fundamentó la decisión en el interés social y en "la democratización real de nuestra economía".

El proyecto de ley que el Poder Ejecutivo envió al Congreso estaba compuesto por 16 artículos; declaraba la reserva para el Estado y la expropiación de las empresas bancarias, financieras y de seguros, pero tenía vacíos y algunas deficiencias constitucionales. Así, no comprendía en el proceso a la banca extranjera, fijaba el precio de las acciones a expropiar con base al valor comercial de los activos y pasivos actualizados a la fecha de la expropiación, autorizaba el pago con bienes de propiedad del Estado, transfería —en contra de lo dispuesto por la Constitución— las acciones al Estado en la fecha de expedición de la Resolución que iniciaba el procedimiento expropiatorio y, finalmente, configuraba directorios muy restringidos. Estos asuntos requerían revisión y mejora en el tratamiento legislativo. Sin embargo, el proyecto era coherente con la finalidad de reserva para el Estado y no establecía *ninguna excepción* a la expropiación de acciones representativas del capital social de las empresas bancarias, financieras y de seguros.

Paralelamente y adelantándose discutiblemente a la ley, el Gobierno expedía el D.S. No. 158-87-EF, mediante el cual dispuso la intervención de las empresas bancarias, financieras y de seguros. La medida dió lugar a que los accionistas recurrieran ante el Poder Judicial en Acciones de Amparo, para cau-

telar sus derechos contra una intervención que no podía fundarse en el anuncio de una ley cuya discusión parlamentaria recién tenía inicio. La primera instancia judicial expidió autos precautorios a favor de los propietarios, lo que obligó al Gobierno a suspender la intervención, aunque no llegó a derogar en D.S. 158. La reacción ante este incidente es importante, porque la resistencia política contra la anunciada ley y la batalla judicial, influyeron decisivamente en el debate parlamentario.

La Cámara de Diputados, introdujo algunas modificaciones al proyecto del Ejecutivo, pero ninguna excepción a la reserva para el Estado de toda la actividad bancaria, financiera y de seguros, manteniéndose desde esa perspectiva la coherencia entre el propósito anunciado y el instrumento legal. Sin embargo, en su art. 13o, el proyecto autorizó al Estado para que una vez expropiado el cien por ciento de las acciones, pudiese ofertar hasta el 15% de éstas a pequeños inversionistas, sin que ninguno de ellos pudiese superar un valor total equivalente a 25 unidades impositivas tributarias. El accionariado difundido apareció, a su vez, en el art. 14o, pero no en relación al capital social de las empresas del sistema financiero, sino para las acciones de las empresas que forman parte del patrimonio de las empresas expropiadas, respecto de las que el Estado quedaba facultado para vender públicamente, "tendiendo, preferentemente, a un accionariado difundido".

La discusión en el Senado fue la que introdujo modificaciones sustantivas en el proyecto que, en varios aspectos, diluyeron el carácter de reserva para el Estado del sistema financiero. La introducción de excepciones a la expropiación, del accionariado difundido, de fijación de porcentajes diversos para la conformación de los paquetes de acciones no sujetos a expropiación, restaron claridad y eficacia al instrumento, haciendo que la ley adolezca, desde su origen, de contradicciones y dificultades insalvables. Como la Cámara de Diputados acordó la no insistencia en su proyecto y el Ejecutivo, a su vez, no observó el articulado, la ley 24723 tiene por texto el que finalmente aprobó el Senado. Esta ley es, por una parte, de reserva para el Estado de la actividad que comprende al sistema financiero; es, por otra parte, una ley de expropiación parcial de dichas empresas y es, finalmente, una ley de accionariado difundido. La suma de las tres cosas, más los problemas de falta de claridad y de aplicación en el tiempo que plantea, hace que en la práctica sea una ley de cumplimiento imposible. He aquí el análisis del texto.

2.1. Los conceptos de interés social, servicio público y la reserva estatal del sistema financiero

El art. 1o de la ley 24723 establece las premi-

sas de conformidad constitucional; esto es, declara el interés social, que es imprescindible para la reserva, a tenor del art. 114 de la Constitución. De esta forma, el art. 1 de la ley, preside y sirve de marco para la coherencia del conjunto del articulado y es referencia indispensable para su interpretación. Señala este precepto lo siguiente:

"Artículo 1o.- Declárase de interés social la actividad de servicio público de las empresas bancarias, financieras y de seguros, reservándose para el Estado su ejercicio en las condiciones que señala la ley".

Fluyen de su texto tres elementos determinantes de los alcances de la ley. El primero es la declaratoria del interés social; el segundo, la caracterización de la actividad financiera de las empresas como servicio público y, por último, su reserva para el Estado. Con relación al interés social, éste se declara para dar cumplimiento al art. 114 de la Constitución, puesto que se trata de reserva para el Estado, pero también porque en el caso de la ley, la reserva se materializa en la expropiación de las empresas bancarias, financieras y de seguros. Ahora bien, de acuerdo al art. 125 de la Constitución, el Estado garantiza la propiedad y sólo procede la expropiación "por causa de interés social". En este asunto, la ley procede entonces a establecer la relación indispensable entre la reserva y la expropiación, siendo el nexo entre ambas, el interés social. No insistimos aquí en los argumentos expuestos en la primera sobre el concepto de "interés social", pero vale reiterar que éste no requiere de probanza jurídica, sino que es el análisis legislativo de las condiciones económicas, financieras, sociales, culturales, en fin, políticas, en el sentido global del término, lo que determina el acto de imperio por el cual la ley declara el interés social.

En el caso concreto, los debates parlamentarios dan luces sobre las razones por las que se declaró de interés social la reserva. Estas fueron, la concentración del crédito, la existencia de circuitos financieros estranguladores de la economía nacional, la necesidad de que el Estado contase con la capacidad para democratizar el crédito; en síntesis, porque a juicio de la opinión mayoritaria en la Cámara de Diputados y del Senado, las empresas bancarias y financieras no cumplían con la función social que les señala el art. 152 de la Carta. Este dispositivo constitucional puede, en buena cuenta, invocarse también como fundamento del art. 1o de la ley 24723. Estas referencias a dispositivos constitucionales son de rigurosa exigencia jurídica dentro del Estado de Derecho, la declaración del interés social es imprescindible para que sea legítima y constitucional la reserva de una actividad económica en favor del Estado.

El segundo elemento es el carácter de servicio

público de la actividad de las empresas financieras. La Constitución no declara expresamente este extremo. Puede considerarse que utiliza un término equivalente al señalar, en el art. 142, que ella cumple una función social de apoyo a la economía del país en sus diversas regiones y a todos los sectores de la actividad y población, de acuerdo con los planes de desarrollo. Complementariamente, los arts. 154 y 155 se refieren a las obligaciones de esas empresas y al control que el Estado ejerce sobre ellas, en razón de que operan con fondos del público. Esto quiere decir que la finalidad no es el lucro, sino el fomento del ahorro y la distribución del crédito como estímulo de la economía del país. El carácter "público" está pues definido por la propia naturaleza del servicio y por su finalidad promocional ligada al desarrollo nacional, tal como lo precisa el texto constitucional.

El tercer elemento es la reserva, que es la principal finalidad de la ley 24723. En virtud de ella, el art. 1o de la ley orienta la regulación de esta actividad que, de ser privada, pasa a ser estatal, en las condiciones que señala la ley. Este elemento es clave para el entendimiento cabal de la ley. El articulado debió proceder al desarrollo de esta disposición, precisando las condiciones, tipos y organización de las empresas bancarias, financieras y de seguros reservadas para el Estado. No obstante, como veremos más adelante, la ley no se ciñe a este marco, sino que introduce modalidades empresariales que flexibilizan la reserva estatal del art. 1o y que han dificultado su aplicación. A pesar de las liberalidades en cuanto banca autogestionaria cooperativa, de trabajadores, regional y de accionariado difundido, no existe en la ley autorización para el funcionamiento futuro de banca privada, supuesto que se llevase a término el proceso expropiatorio de la actual banca privada. A su vez, la Superintendencia de Banca y Seguros no podría dar trámite y menos autorizar el funcionamiento de una nueva institución dedicada a la actividad financiera. A pesar de sus oscuridades y contradicciones, no hay nada en la ley que permita una situación semejante.

2.2. Alcances de la expropiación y excepciones

Dado que el objeto de la ley es la reserva en favor del Estado, en razón del interés social legalmente declarado, la ley dispone, invocando este mismo interés social, la expropiación de las acciones representativas del capital social de las empresas privadas bancarias, financieras y de seguros en funcionamiento al momento de la dación de la ley. Este artículo, que también es de vital importancia en tanto define el alcance de la ley: la expropiación, se cuida de observar lo señalado en el segundo párrafo del art. 125 de la Constitución, respecto del procedimiento a seguir para llevar adelante las expropiaciones. Este precepto dispone que "las expropiaciones deben sujetarse al procedimiento señalado en la presente ley

y, en lo no previsto y que sea aplicable, al procedimiento del Decreto Legislativo 313 y su reglamento". A pesar del énfasis que se coloca en la supletoriedad del Decreto Legislativo 313 (Ley General de Expropiación), luego del análisis de la ley se comprueba que en los aspectos fundamentales resulta plenamente aplicable.

Conviene precisar los alcances del art. 2o. bajo estudio, en particular respecto de las empresas a las que se deben expropiar las acciones de su capital social, dado que es aquí que se introduce el concepto de las "excepciones que se señalan en la ley". ¿Qué acciones y de qué empresas son las que se expropián?. Está fuera de discusión que se trata de las acciones representativas del capital social de las empresas privadas cuya actividad sea bancaria, financiera o de seguros. Pero no todas las acciones, sino sólo aquellas que tienen un valor superior a las 40 U.I.T. según precisa luego la excepción del art. 14o. Por lo tanto, la expropiación no es por el cien por ciento, sino por lo que resta luego de extraer las acciones pertenecientes a las personas cuyo monto total no exceda las 40 U.I.T. Como veremos más adelante, la combinación de los arts. 2o. y 14o. fue, precisamente, lo que evitó se considerase en la expropiación a los trabajadores del Banco de Crédito que adquirieron 40 U.I.T. cada uno, antes de la promulgación de la 24723. El otro elemento es el relativo al funcionamiento de las empresas al momento de la dación de la ley, que debe conjugarse con las excepciones que el artículo enunciado permite.

Así pues, son las posibilidades de excepción que contiene la propia ley, las que han propiciado su inaplicación para los casos de pequeños accionistas para el accionariado difundido, la banca regional, cooperativa e incluso la salida "autogestionaria" para el Banco de Crédito. Nótese sin embargo, que se trata de casos que están comprendidos dentro del campo de aplicación que establece el art. 2o. y que, merced a lo dispuesto por otros artículos del mismo texto legal, se les exceptúa de la aplicación de la 24723.

También dispone el art. 2o. la expropiación de las acciones de las empresas privadas del sector en *actual funcionamiento*. Aquí es fundamental conocer con precisión el alcance de este término, para establecer si una empresa está o no dentro del ámbito de aplicación de la norma. En otras palabras, no es que se le exceptúe de una ley que le es aplicable, sino que, sencillamente, se hallaría fuera de su campo de aplicación. Así, las empresas que dejaron de funcionar, al ser disueltas y cancelada su autorización de funcionamiento, no estarían afectadas por la expropiación. En cuanto empresas del negocio bancario han dejado de funcionar, aún cuando retengan personería jurídica y, en cuanto a los accionistas, sus acciones habrían dejado de ser relevantes para el giro

de la actividad bancaria, financiera o de seguros. Sin embargo, la ley plantea aquí un problema de concordancia con el art. 20o., que analizaremos posteriormente.

La importancia de este artículo es pues central en la ley, por ser el que manda la expropiación, el que precisa que las empresas expropiadas son las que están en funcionamiento actual y, por último, el que abre el camino a las excepciones. Ahora bien, el articulado de la ley establece luego tantas excepciones, que surge entonces un hecho por el cual la suma de ellas resulta mayor que la reserva, derivándose a una situación objetiva de imposibilidad de cumplimiento del art. 1o., que es el que establece la reserva como finalidad principal de la ley.

En efecto, el art. 12 introduce la modalidad de empresas financieras de propiedad de los trabajadores, del régimen cooperativo y autogestionario. El art. 13o. crea el accionariado difundido, obligando al Estado a ofertar hasta el 30% de las acciones que posee en los bancos comerciales que operan a nivel nacional, así como financieras y seguros, hasta un valor para cada accionista de 40 U.I.T. El art. 14o. exceptúa de la expropiación a los accionistas que, al momento de la promulgación de la ley, posean cada uno acciones que no superen el valor de 40 U.I.T. El art. 15o. exceptúa la banca, financieras y seguros regionales, les autoriza un control mayoritariamente privado e insiste en la fórmula de accionariado difundido. El art. 16o. retoma este criterio y lo hace igualmente aplicable a la venta del patrimonio expropiado constituido por acciones de empresas que no sean bancarias, financieras o de seguros. El art. 19 excluye de la reserva a las sucursales de la banca extranjera. El art. 24o. autoriza la creación de un banco privado en el Callao, también bajo la fórmula de accionariado difundido. Finalmente, el art. 25o. abre la posibilidad de que los seguros sólo sean expropiados hasta el 51% de las acciones representativas de su capital social, obligando a que el 49% restante sea retenido por los actuales accionistas, nuevamente bajo la fórmula del accionariado difundido.

¿Qué es más, lo que se reserva o lo que se exceptúa? La suma de unidades y del capital indicaría que lo que se exceptúa. Pero, si esto es así, la ley pierde su finalidad principal y se convertiría, en el mejor de los casos, en una ley de accionariado difundido de las empresas bancarias, financieras y de seguros.

2.3. El proceso expropiatorio

La ley formuló un procedimiento especial y sumario para la expropiación, modificando para tal efecto disposiciones del Título Séptimo del Decreto Legislativo 313; ley y título a los que sin embargo remitió el procedimiento expropiatorio en los aspectos

no modificados. El art. 8o. establece un trámite muy riguroso en cuanto a los plazos, que en su ejecución significa que en dos meses debe haber finalizado el proceso. En efecto, la demanda se presenta ante la Sala Civil de la Corte Superior, la que designa a uno de sus vocales para la diligencia. A partir de ese momento corren los plazos siguientes: ocho días para allanarse u oponerse a la tasación y designar peritos de parte; veinte días para presentar la pericia de parte; veinte días para que los peritos dirimientes presenten su tasación, contados a partir de la fecha de su designación; 24 horas para la notificación a que se refiere el art. 37 del D. Leg. 313 en caso de no presentarla; cinco días para interponer Recurso de Nulidad contra la sentencia de la Corte Superior, luego de notificada; cinco días para elevar los autos a la Corte Suprema, luego de la interposición del Recurso de Nulidad.

Como se puede apreciar, se trata de un procedimiento rápido, que pone de manifiesta la voluntad de la ley de facilitar la pronta toma de posesión de las empresas expropiadas por parte del Estado. Las Resoluciones Supremas que iniciaron el proceso expropiatorio se expidieron en la segunda quincena del mes de octubre de 1987, vale decir, que si se hubieran cumplido los plazos establecidos en la ley, el Estado hubiera estado expedito para asumir la titularidad de las acciones sujetas a la expropiación a fines de diciembre de 1987 o, a más tardar, enero de 1988. Es decir, que conforme al art. 6o. y una vez terminada la etapa judicial, el Estado habría quedado en condiciones de hacer efectivo el pago de la indemnización justipreciada, solicitando la verificación de dicho pago, previa realización de las deducciones establecidas en el mencionado art. 6o. Transcurrido un año de la promulgación de la ley y del inicio de los procesos expropiatorios, lo que se constata es que los plazos establecidos no han sido observados. Los procesos abiertos ante el Poder Judicial están literalmente paralizados, estableciéndose así una situación irregular, contraria a lo dispuesto por la ley 24723 o que, cuando menos, la distorsiona en relación a los objetivos que ella persigue.

2.4. La Intervención que ordena el art. 7o.

El art. 7o. de la ley 24723 es uno de los más polémicos y de los que ha suscitado mayores problemas, al punto de generar situaciones confusas, puesto que un sector de opinión ha entendido que la intervención significaba que el Estado entraba en posesión como propietario de las empresas financieras, olvidando que este hecho sólo puede producirse válida y constitucionalmente al término del proceso judicial y luego de verificado el pago de la indemnización justipreciada. La intervención generó resistencias durante el debate en el Senado e inclusive se produjo un impase al leerse y aprobarse un texto del artículo distinto de aquel que la Comisión,

por mayoría, había aceptado. Al margen de este hecho, el análisis del dispositivo señala que él obedece a una necesidad cautelatoria del derecho que, en virtud de la ley, adquiriría el Estado y para evitar que durante el proceso expropiatorio se produjesen acciones destinadas a evitar la transferencia efectiva de las acciones representativas del capital social a expropiar. La intervención del art. 7o. es, en este sentido, una garantía de la transferencia real de propiedad en favor del beneficiario de la expropiación, es decir, del Estado.

La justificación legal de la medida radica en el art. 132o. de la Constitución, invocado por la ley cuando señala en el primer párrafo del art. 7o. "que habiéndose provocado situaciones de emergencia que afectan la actividad económica bancaria, financiera y de seguros, y estando a lo dispuesto en el artículo 132 de la Constitución Política del Perú, el Poder Ejecutivo como medida de carácter extraordinario toma a su cargo provisionalmente y en forma directa la gestión y administración de las empresas dedicadas a dichas actividades". Si se habían provocado o no situaciones de emergencia que afectaban la actividad de las empresas financieras, en razón de la resistencia a la ley de expropiación es algo sujeto a discusión pero, en todo caso, la ley lo estableció así, disponiendo por tanto la intervención. Esta no quedaba sujeta a la libre decisión del Poder Ejecutivo, sino que era de cumplimiento obligatorio y, a través de Resoluciones Supremas del Ministerio de Economía y Finanzas, debía designarse los Comités de Administración con el fin de asumir las facultades, atribuciones y funciones que la ley y los estatutos de la sociedad confiaban al Directorio (art. 7o. segundo párrafo). Formalmente el M.E.F. expidió casi todas las resoluciones referidas a los bancos y financieras, no así con los seguros, entre el 13 y 29 de octubre de 1988. No obstante, sólo se instalaron y permanecieron los Comités de Administración correspondientes al Banco y Financiera de Crédito (R.S. 163-87-EF y R.S. 164-87-EF) y el Banco Wiese (R.S. 165-87-EF) y por algunos días en otras instituciones del sistema financiero. En la práctica, la medida de intervención dispuesta por el art. 7o. no se cumplió; los Comités de Administración no se instalaron unos y los otros, literalmente, se extinguieron en medio de una batalla judicial y política.

A tenor del art. 7o., la situación legal de las empresas sometidas a proceso expropiatorio es el de instituciones intervenidas y administradas por Comités Ad Hoc, mientras que los Directorios y Juntas Generales de Accionistas están suspendidas. Nada de esto se ha cumplido. Por otra parte, los Comités de Administración no culminan sus funciones sino al término del procedimiento de expropiación, sin que el Poder Ejecutivo ni la Superintendencia de Banca y Seguros tengan atribución legal para dar por finalizada la intervención y, menos aún, para reponer en

sus funciones al anterior Directorio. Hacerlo es una contravención a la ley 24723, porque es ella y no un acto discrecional o facultativo del Poder Ejecutivo, la que invoca el art. 132o. de la Constitución para intervenir las empresas sujetas a expropiación. En los hechos pues, el art. 7o. de la ley 24723 tampoco se ha cumplido, los Directorios y las Juntas de Accionistas de las empresas financieras han continuado en funciones. Esta situación es también resultado de la confusión que existe en torno a la aplicación de la ley, así como de la evidente incomodidad, las marchas y contramarchas y finalmente la lenidad del Poder Ejecutivo para no cumplir con lo que le ley dispone en esta materia. Como último argumento en favor de nuestra tesis, el propio art. 7o. precisa que las funciones del Comité de Administración cesan al término del proceso expropiatorio.

2.5. El pluralismo empresarial del Art. 12.

Este artículo es uno de los más importantes de la ley 24723 y el que en verdad constituye una innovación del sistema financiero. En cuanto a la creación del Banco de los Trabajadores que el Estado propicia, se inspira en lo dispuesto por el art. 53 de la Constitución. Pero en lo que se refiere a empresas bancarias, financieras y de seguros del régimen cooperativo y autogestionario, el art. 12 se ciñe a lo dispuesto en el art. 112 de la Carta, que los incluye dentro de las modalidades del pluralismo económico y, adicionalmente, a lo que ordena el art. 116, que obliga al Estado a promover, estimular y amparar el desarrollo y desenvolvimiento de las empresas cooperativas y autogestionarias. En la versión del dictamen en mayoría, este artículo se limitaba a la creación del Banco de los Trabajadores; la iniciativa, felizmente aceptada, de incorporar a las empresas del régimen cooperativo y autogestionario para que participen del sistema financiero, provino del autor del presente trabajo y del Senador Gral. E.P. (r) Jorge Fernández-Maldonado S.

La segunda parte del art. 12 establecía un plazo de 180 días para que el Ejecutivo dicte las medidas conducentes a proponer y concertar las normas que regulen la estructura y funcionamiento de estas empresas. Obsérvese que la ley no otorga facultades para crear directamente la banca de los trabajadores, la cooperativa y la autogestionaria. Lo que manda la ley, más bien, se descompone en tres etapas. En la primera, el Ejecutivo elabora dentro de los 180 días de plazo, las medidas conducentes a proponer y concertar las normas reguladoras de la estructura y funcionamiento de estos modelos empresariales. ¿A quién propone y con quién concerta? Esta es, evidentemente, la segunda etapa; propone a las organizaciones representativas de los trabajadores, a las empresas cooperativas y a los autogestionarios y es con ellos que concerta, de modo que sin esa concertación, que significa acuerdo y participación expresa

de las organizaciones concernidas en la negociación, no pueden crearse las respectivas empresas bancarias, financieras y de seguros, de los trabajadores, cooperativas y autogestionarias. La tercera etapa es la de la creación jurídica propiamente dicha, situación que es consignada en el art. 12 in fine cuando señala que la S.B.S. queda autorizada para ejercer sus funciones de supervisión "creadas que fueran estas instituciones".

Como puede apreciarse, la ley dispuso un procedimiento democrático que asegurase el libre consentimiento de los trabajadores, cooperativistas y autogestionarios, en la creación de sus empresas financieras. A un año de vigencia de la ley, el Estado no ha propuesto ni concertado con los trabajadores la creación de la banca. En lo que se refiere al régimen cooperativo, éste se ha creado con la participación de la Central de Cooperativas y, finalmente, en cuanto al régimen autogestionario, el Poder Ejecutivo ha expedido el Decreto Legislativo No. 467, que establece las normas para el funcionamiento del banco autogestionario, pero no ha concertado con las empresas autogestionarias y la única entidad que, por vía del Dec. Leg. 468, se ha creado - o más bien convertido - como banco autogestionario es el Banco de Crédito. En realidad, este banco pertenecía al sector privado; no había nada que concertar con él, tampoco por qué convertirlo en autogestionario, simplemente procedía su expropiación, con las excepciones resultantes de la recomposición de su accionariado, antes de la promulgación de la 24723.

La utilización del mecanismo dispuesto en el art. 12 de la ley fue, en realidad, una salida para el amparo interpuesto a raíz de la compra de un paquete accionario mayoritario por parte de los trabajadores, a razón de 40 U.I.T. por trabajador; por tanto, no fue porque en su estructura, funcionamiento y composición accionaria, dicho banco fuese susceptible de un tratamiento conforme al art. 12 de la 24723. Así pues, este interesante precepto no ha sido realmente aplicado en cuanto a sus potenciales beneficiarios se refiere, salvo y discutiblemente, para el régimen cooperativo y su utilización por el Ejecutivo no ha respetado la esencia y la letra del mandato.

2.6. El accionariado difundido y los arts. 13 y 14

Uno de los supuestos más controvertidos de la ley 24723 es el que aparece en los arts. 13 y 14, referidos, en el primer caso, al accionariado difundido y, en el segundo, a la excepción para los propietarios que tienen acciones por un valor que no supera a las 40 U.I.T., pasando a formar parte del accionariado difundido en cada institución del sistema financiero. El primer problema que se plantea es la compatibilidad entre la norma que dispone el art. 1o. de la ley y el accionariado difundido de los arts. 13 y 14, que puede llegar a sumar un porcentaje que impida la re-

serva.

Una dimensión importante del análisis es el debate parlamentario. En éste, consta en el Diario de los Debates, que uno de los criterios que se manejó para enervar la estatización fue, precisamente, el accionariado difundido que no fue consignado en el proyecto de ley que envió el Poder Ejecutivo, correspondiendo la iniciativa a la Célula Parlamentaria Aprista, que la propuso dentro del dictamen en mayoría. Del mismo temperamento fue el grupo de Acción Popular, que en su dictamen por minoría presentó un proyecto de ley sustitutorio que bajo el concepto de "peruanización del capital accionario de las empresas privadas bancarias, financieras y de seguros", declaraba de interés social difundir y popularizar la propiedad de las acciones de tales empresas, ordenando en el art. 2o. del proyecto que "las empresas mencionadas dispondrán de un plazo que vence el 31 de diciembre de 1987, para que los actuales tenedores de las acciones respectivas de su capital social procedan a su transferencia obligatoria exclusivamente a personas naturales peruanas". Disponía además que "ningún accionista podrá ser propietario de más del uno por ciento (1%) del capital accionario", excepto en las empresas regionales con no más del 2%. En el art. 9o. del proyecto se disponía que las empresas "se convierten en entidades de accionariado difundido". Las proposiciones del SODE giraron también en torno al proyecto de accionariado difundido. Esta fórmula fue finalmente la aprobada, tanto en los arts. 13 y 14, como en otras normas referidas a la banca regional, al banco del Callao, etc.

El alcance de los dispositivos 13 y 14 y otros que disponen igualmente el accionariado difundido es fundamental para comprender la naturaleza de la ley 24723, habida cuenta de la reserva de la actividad financiera en favor del Estado que establece el art. 1o. Así lo entendió el propio Ejecutivo, que llegó incluso al extremo de convocar a una Legislatura Extraordinaria para que el Parlamento interprete ambos preceptos, aunque cometiendo el error de pretender limitar el ejercicio interpretativo del Parlamento a esos dos artículos, con prescindencia de su vinculación con el resto del articulado de la ley.

La relación entre reserva y accionariado difundido demanda una comprensión global de la ley que determine la naturaleza y finalidad de ésta, para verificar su unidad o la existencia de contradicción y oscuridades que atentan contra su coherencia; el carácter y extensión de la reserva que se efectúa en el art. 1o. en favor del Estado; las excepciones a la expropiación de las acciones representativas del capital social de las empresas privadas del sector financiero que autoriza el art. 2o. y la ubicación de todas las excepciones que la ley contiene, para establecer a continuación si el número y la proporción de ellas

permiten el cumplimiento de la reserva señalada en el primer artículo de la 24723 o si, más bien, en determinadas instituciones se configurará un imposible jurídico de cumplimiento; la relación que puede existir entre lo que el Estado ofrece en accionariado difundido luego de haber expropiado y su disponibilidad real, considerando los porcentajes exceptuados de la expropiación; el triángulo de propiedad que la ley parece crear entre el Estado propietario, los pequeños accionistas y los del accionariado difundido, para determinar si se cumple con el objetivo de la reserva, que es control o dominio mayoritario, o si es simple participación minoritaria del Estado, a tenor de lo que dispone la ley de sociedades mercantiles.

En esta perspectiva, los arts. 13 y 14 tienen que ser analizados e interpretados en el contexto de toda la ley, particularmente los arts. 1 y 2 y no como si fuesen autónomos y compartimientos estancos. Si del análisis resulta que la ley es de reserva restringida y de accionariado difundido, ello no será en razón de una interpretación arbitraria, sino porque es la ley misma la que contiene complejidades, confusiones y contradicciones que son, precisamente, las que han dificultado su cumplimiento.

En efecto, el análisis de los arts. 13 y 14, conjugado con lo que disponen los arts. 1 y 2, establece las siguientes características de ley, que el autor de este ensayo sostuvo ya en su dictamen por minoría, suscrito el 25 de enero de 1988 conjuntamente con el Senador Rolando Ames, sobre la interpretación de la ley 24723:

A) A tenor de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 13o., la reserva para el Estado de las acciones representativas del capital social de las empresas bancarias, financieras y de seguros, no es en ningún caso absoluta. Así, en los casos en que puede expropiar el 100% de las acciones del capital social, está obligado a ofertar el 30% a personas naturales, con la finalidad de fomentar el accionariado difundido. Para la conformación de éste, ningún accionista podrá tener en cada institución, un número de acciones cuyo valor supere a las 40 U.I.T. y se considera como un solo accionista a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad.

B) El primer párrafo del art. 14o. pone en ejecución las excepciones autorizadas por el art. 2o. y deja al margen de la expropiación a los *actuales* pequeños accionistas de las empresas sujetas a expropiación. No coloca más requisito para acogerse a la excepción, que el no ser propietario individual de acciones cuyo valor sea superior a las 40 U.I.T., según la limitación establecida en el art. 13o. de la misma ley.

C) En virtud de la excepción no se expropia, en cada entidad sujeta a expropiación, el cien por ciento de las acciones representativas del capital social, sino únicamente lo que reste una vez deducidas las excepciones autorizadas. Si al momento de la promulgación de la ley, en un banco el cien por ciento estuviera conformado por accionistas individuales actuales, con acciones por un valor no mayor a las 40 U.I.T. cada uno, el Estado no podría expropiar ninguna acción. Allí la reserva será un imposible jurídico y el art. 1o., por ende, inocuo.

D) Los accionistas exceptuados tienen, en su origen, un paquete accionario diferente al que se forma en base a la oferta para el fomento del accionariado difundido. Esta proviene de lo que el Estado ofrece a personas naturales, hasta el 30% de las acciones representativas del capital social. Este 30% que vende el Estado en oferta pública forma parte del total que le correspondería tras expropiar y que, como ha quedado demostrado, no es necesariamente el 100% del capital social.

E) La ley 24723, en ninguno de sus dispositivos, fija un porcentaje rígido del capital social en favor del Estado. No lo hace porque expresamente la ley quiere que este porcentaje sea variable. En todo caso, el 70% es el máximo posible, dado que el 30% es necesariamente ofertado en accionariado difundido y siempre que no existan pequeños accionistas que puedan exceptuarse. Pero, si éstos últimos existiesen, el porcentaje disminuirá e inclusive puede no existir ninguna participación para el Estado. Esta posibilidad, aún cuando contradictoria con el art. 1o. de la ley, no sólo no está negada, sino tolerada por la conjunción de los arts. 2, 13 y 14 de la 24723, que neutralizan la reserva estatal de las empresas bancarias, financieras y de seguros.

F) Para una claridad definitiva sobre este problema de la ley 24723, bastaría con la lectura del Diario de los Debates del Senado. Consta allí que la mayoría aprista introdujo criterios de flexibilidad que, a su juicio, alejaban el riesgo del monopolio estatal de la propiedad de las empresas del sistema financiero, objeción que a su turno manifestó la Comisión de Constitución por mayoría. Se permitió así fórmulas de asociación en el régimen de propiedad que se abrían al accionariado difundido y a los pequeños accionistas. En tal sentido, la norma quedó neutralizada y la ley convertida en un híbrido.

El análisis practicado se ha sujetado a razones de integración y sistemática jurídica. No se refieren a la conveniencia o no del accionariado difundido. Esta modalidad tiene la ventaja de difundir la propiedad; es discutible, en todo caso, su aplicación a las empresas bancarias y financieras, dado que el art. 152o. de la Constitución señala taxativamente la función social de éstas, careciendo por tanto del fin de

lucro. Pero la objeción principal radica en la contradicción con el art. 1o., que reserva estas actividades inspirándose en el art. 114o. de la Carta; es decir, en el interés social. Si la ley fundó en esta causa la reserva, ella sólo puede ser general; en otras palabras, asumida en titularidad y exclusividad por el Estado y no por particulares, aunque se amplíe el número de accionistas. Estos no pueden arrogarse el interés social, que es siempre el límite al derecho de propiedad privada, tal como lo señala la Constitución. En síntesis, la ley 24723 es, según su primer artículo, de reserva para el Estado de la actividad bancaria, financiera y de seguros, pero el resto del articulado la convierte en una ley de accionariado difundido, lo que la pone en contradicción con el art. 114o. del texto constitucional. Este es, precisamente, uno de los aspectos que, a juicio del autor, hacen aconsejable la derogatoria de la ley 24723 y su sustitución por otra norma que resuelva definitivamente el régimen jurídico de las empresas del sistema financiero.

2.7. El pago de la indemnización justipreciada del art. 18o.

El art. 125o. de la Constitución exige como requisito de la expropiación, que previamente se haga efectivo el pago en dinero de indemnización justipreciada. Si no fuera así se estaría ante una confiscación, figura que nuestra Constitución no tolera. La indemnización justipreciada se fija dentro del procedimiento judicial y no por disposición unilateral del beneficiario de la expropiación.

En el caso de la 24723, el monto a pagar es cuantioso, pues se trata del capital social de poderosas empresas financieras. El Estado que dispuso la expropiación no tenía recursos para atender la obligación del previo pago en dinero. Para hacerlo acudió al endeudamiento, según aparece en el art. 18o., que autoriza al Poder Ejecutivo, por intermedio del M.E.F., a concertar endeudamiento interno con el Banco de la Nación, para solventar el pago. La ley fija asimismo que el crédito podía ser concertado hasta por el equivalente al 1% del PBI para 1987 y en igual porcentaje para 1988, devengando una tasa de interés del 1% y con un plazo de 10 años para la cancelación. Como se puede apreciar, se trata de un crédito inusual, absolutamente preferencial y que, por el interés y el plazo establecidos, configura un acto oneroso para el Banco de la Nación, vale decir, para el fisco. Desde luego la operación no se ha concertado, pero ello se debe a la demora en el proceso expropiatorio y a la situación de precaria vigencia de la ley 24723.

Es interesante observar que para cancelar el o los préstamos que otorgue el Banco de la Nación, la ley fija entre otros recursos el producto de la venta de las acciones a que se refiere el art. 13o.. Es decir, el 30% para accionariado difundido. La hipótesis de

que fue ésta una de las razones de dicha oferta, así como el exceptuar a pequeños accionistas, no es del todo descabellada. Hacer que la operación no fuese tan onerosa y tratar que disminuya el monto final para no sobregirar al erario público, fue en su momento una explicación de pasillos que cobró forma en el artículo analizado.

2.8. El caso de la banca extranjera

Bajo el numeral 19 aparece en la ley el tratamiento de la banca extranjera. Se establece en este caso, excepciones referidas a las sucursales de los bancos cuya sede se halla en otro país y a los bancos multinacionales. Fuera de esas situaciones, la ley prohíbe el funcionamiento de la banca extranjera en el Perú. Se entiende que se trata de una prohibición a futuro, pues al momento de la dación de la 24723 ya no funcionaba ningún banco extranjero en el Perú. La preservación de los bancos multinacionales obedece a que éstos se originan en acuerdos bilaterales o multilaterales. En cuanto a las sucursales, su mantenimiento se explica, en primer lugar, porque carecen de capital accionario expropiable en el Perú y, en segundo término, debido a que abrían líneas de crédito en favor de la banca estatal y que significan el doble de lo que captan.

En todo caso, la ley impone la prohibición de captar ahorros y de ser accionistas en empresas nacionales. Esta restricción, al ser limitativa de las actividades financieras de las sucursales, ha determinado que muchas de ellas cancelen su representación en el Perú. Actualmente sólo continúa funcionando el City Bank, con la correspondiente pérdida de líneas de créditos para el Estado.

2.9. El art. 20o. y las empresas bancarias en liquidación

La ley 24723 dispuso en su art. 20, que era extensiva a las empresas bancarias y financieras en liquidación, en lo que fuera aplicable. El autor de este ensayo sostuvo en el respectivo debate que el texto propuesto era inocuo y propuso una fórmula sustitutoria destinada a cautelar los adeudos que tales empresas en disolución tuviesen con el Banco Central de Reserva, precisando así los alcances de la extensión en caso que dichas empresas fueran comprendidas. La fórmula no fue aceptada, motivando ello que el autor votase en contra del artículo.

¿Por qué el texto del art. 20 puede considerarse inocuo? La respuesta es la siguiente. A tenor de lo señalado en el art. 2 y de la Resolución de la S.B.S. que disuelve, liquida y cancela la autorización de funcionamiento de las dos únicas empresas bancarias en tal situación al momento de la promulgación de la ley, no es que éstas queden exceptuadas, sino que na-

da de lo que dispone la ley les es aplicable, no siéndoles, en consecuencia, extensible lo dispuesto por la ley. En efecto, el art. 2 de la 24723 declara de interés social la expropiación de las acciones representativas del capital social de las empresas privadas bancarias, financieras y de seguros en "actual funcionamiento". Este dispositivo quiere decir que si el Banco Comercial y el Banco de la Industria de la Construcción hubieran estado en funcionamiento al momento de entrar en vigor la ley, indubitablemente hubieran sido comprendidos en el proceso expropiatorio. El Ejecutivo no expidió ninguna Resolución Suprema iniciando la expropiación; no podría hacerlo, porque la S.B.S. había procedido primero interviniendo dichos bancos y luego declarando su disolución para la liquidación definitiva de sus negocios, cancelándose la autorización de su funcionamiento (B.I.C.: Res. SBS No. 758-81-EFC/97-10 de 18 de noviembre de 1981; Res. SBS No. 002-82-EFC/97-10 de 5 de enero de 1982; Bancoper: Res. SBS No. 150-83-EFC/97-10); no estaban, por tanto, en "actual funcionamiento".

Se ha sostenido que por mérito de los arts. 132 y 133 de la ley 7159 (Ley General de Bancos), la institución intervenida y en liquidación sigue funcionando, porque no pierde capacidad para contratar y realizar una serie de operaciones. Esta interpretación es errónea. La liquidación no extingue la existencia legal de la entidad financiera, es decir, su personería jurídica, sino hasta su culminación, pero ello no significa que puede funcionar como empresa bancaria; en otras palabras, al carecer de autorización, su objeto como empresa financiera resulta imposible, pues no puede realizar operaciones de crédito, captar fondos y demás actividades que la ley autoriza a una entidad de este tipo en condiciones de normal funcionamiento. Esta autorización es precisamente la que la S.B.S. cancela cuando declara la disolución para liquidar forzosamente una empresa financiera, por no cumplir con los requisitos, obligaciones, garantías y limitaciones señaladas por la ley y la Constitución (arts. 153 y 154 de la Carta). De manera que los actos que los arts. 132 y siguientes de la ley de Bancos autoriza realizar al Superintendente en representación de las entidades en proceso de liquidación forzosa, no significan para estos efectos "funcionamiento"; se trata de actos realizados por la necesidad de liquidar la entidad; y en ese sentido, realizar el inventario patrimonial, el cobro de deudas, el pago de acreencias, las ventas, arrendamientos, transferencias, etc. pertinentes a la liquidación, pero ya no dirigidos al fin de la sociedad. Si el superintendente no tuviese estas atribuciones no se podría llevar a cabo la liquidación.

Para mayor abundamiento, es oportuno señalar que las dos empresas bancarias en liquidación al momento de promulgarse la ley, no lo estaban en razón de una liquidación voluntaria (art. 130 de la

ley de Bancos). En esta figura, una empresa solvente decide poner término a sus negocios, nombrando a un representante designado por los accionistas o propietarios para que la lleve a término. La empresa mantiene su funcionamiento en el sentido que pone de relieve Ulises Montoya Manfredi (Derecho Comercial, T. I., 1886, p. 341) "como se trata de una serie de actos complejos, los efectos de la disolución no pueden cumplirse en el mismo momento en que se presenta la causa de la disolución. La vida de la sociedad no se paraliza de golpe. Existen negocios en curso..." Un ejemplo de liquidación voluntaria lo encontramos en el procedimiento autorizado por la S.B.S. a la Cía. de Seguros "Los Andes" (Res. SBS No. 735-82-EFC/97-10 de 18 de noviembre de 1982).

Al momento de expedirse la ley 24723, no había entidad bancaria que estuviera dentro del supuesto de liquidación voluntaria, sino dos que se hallaban en liquidación forzosa, cuyas características son diferentes. En efecto, se trata de la segunda vía que contemplan los artículos 131 y siguientes de la Ley de Bancos. La liquidación forzosa se inicia por la intervención por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros, en virtud de la cual esta entidad asume la administración de los negocios y bienes de la sociedad. Se trata de empresas en situación irregular que han incurrido dentro de las causales señaladas en el artículo 128 de la ley de Bancos. Por tanto, una vez que la S.B.S. culmina la evaluación de la empresa irregular, puede declarar la finalización de la intervención o, en caso contrario, la "disolución para la liquidación definitiva de sus bienes y negocios, cancelándose, en consecuencia, la autorización de su funcionamiento". Esto es, precisamente, lo que dispuso la S.B.S.: la disolución y liquidación de las empresas bancarias, Banco de la Industria de la Construcción y Bancoper, así como las empresas financieras Andina y Comercial del Perú, afectándolas en su integridad para las resultas de los correspondientes procesos.

En consecuencia, las acciones representativas del capital social de las empresas bancarias, financieras y de seguros que, al momento de la entrada en vigor de la Ley 24723, habían sido declaradas en disolución, estaban en un proceso de liquidación y tenían cancelada su autorización de funcionamiento por la S.B.S., *no son materia de expropiación*, en el sentido de que la ley no les resulta aplicable.

Sobre el particular, Juan Klingenberger Lomeilini, ex-Superintendente de la Banca y Seguros, ("Supervisión Bancaria en el Perú", S.B.S., 1987, p. 32 y ss.) señala que por la situación de crisis internacional, así como por manejos imprudentes de entidades supervigiladas, dicha institución debió aplicar hasta sus últimas consecuencias las medidas de intervención, declaratoria de disolución, liquidación y cancelación de la autorización de funcionamiento en casos

como el Banco de la Industria de la Construcción, Financiera Andina, Banco Comercial del Perú, Financiera Comercial del Perú, etc.

Asumamos como ejercicio exploratorio que las empresas en liquidación fuesen comprendidas por la ley, aunque no estuvieran en funcionamiento. En esta forzada figura, la expropiación entraría en colisión con la liquidación. El precio de las acciones a expropiar, tal como lo señala el art. 4o. de la ley 24723, no se podría determinar, porque la liquidación en curso opera sobre los activos y pasivos y es el conjunto del patrimonio poseído por las acciones representativas del capital social, el que está respondiendo para los efectos de la liquidación. En este extremo, habría que esperar que termine la liquidación para que, en virtud del art. 20o. de la ley, se incluya en el proceso expropiatorio el saldo patrimonial que quedó a favor de los accionistas. Pero aquí surgen también problemas. Los dos bancos, al término de la liquidación quedarán disueltos, porque eso es lo que ordenó la correspondiente resolución de la S.B.S.; con mayor propiedad se podría decir que, simultáneamente, se van liquidando y disolviendo al punto que al finalizar el proceso liquidatorio ya no existen. Asumamos sin embargo que la S.B.S. los declara rehabilitados. Tampoco en esta hipotética y discutible situación podría volverse a funcionar como banca privada, porque expresamente lo prohíbe la ley 24723 en el art. 1o. al declarar la reserva y no ser posible tales entidades de ninguna de las excepciones que introduce la ley. Por lo tanto, la S.B.S. carecería de marco jurídico y de facultad para expedir resoluciones que autoricen el funcionamiento de un banco privado.

Así pues, si terminada la liquidación quedase un saldo a favor de los accionistas, ese patrimonio ya no sería representativo del capital social de las empresas bancarias, en tanto éstas han dejado de existir. En todo caso, si el Estado considerase necesario expropiar el remanente patrimonial, no podría hacerlo invocando el art. 20 ni ningún otro de la ley 24723. Para proceder así, tendría que expedirse otra ley; esta no es la aplicable. Al cabo de este análisis, queda en pie lo sostenido por el autor en el debate parlamentario; hubiera sido mejor añadir una cláusula precautoria que diera garantías al B.C.R. sobre el pago de los adeudos por razón de los recursos que proporcionó para honrar las obligaciones de los bancos declarados en liquidación. La ley no lo quiso así y sobre este asunto hay un juicio que se tramita ante el Poder Judicial y que en vía de apelación se encuentra en la Corte Suprema, no pudiendo por ello intervenir el Parlamento, porque expresamente lo prohíbe el art. 233 inciso 2 de la Constitución.

2.10. Las alternativas para las Compañías de Seguros

La ley introdujo otra excepción de las autorizadas por el art. 2o.; esta vez, en favor de las compañías de seguros. El art. 25 señala que también a ellas les es aplicable el accionariado difundido. Pero, sin que medie criterio jurídico justificativo, estableció una alternativa a los arts. 13 y 14 que, como se recuerda, fijan hasta en un 30% lo que se oferta para el accionariado difundido, una vez expropiado el saldo de las acciones que no superen los montos señalados (40 U.I.T.). Así, facultó al Poder Ejecutivo para que optase entre esa posibilidad o expropiar no menos del 51% del número total de las acciones, dejando el saldo en manos de los actuales propietarios, pero siempre que respeten el monto de las 40 U.I.T.; vale decir, creó la obligación de vender excedentes, lo que fijó en un plazo no mayor de 90 días, luego del cual, la compra era obligatoria para el Estado.

Al margen de la confusión que introdujo esta nueva flexibilidad, hay que señalar que el Poder Ejecutivo no ha optado por ninguna de las posibilidades. A un año de promulgada la ley, las empresas de seguros mantienen su status anterior a la ley. El Ejecutivo ha incumplido este dispositivo y como no ha fijado su opción, tampoco ha podido expedir la Resolución suprema que inicia el proceso expropiatorio. Este artículo, como otros tantos de la ley 24723, es letra muerta. No debiera sorprendernos, al cabo de un análisis que señala tantas contradicciones y oscuridades, bien puede sentenciarse que la ley 24723 es el caso de una ley que nació muerta.

3. LA CONVERSION DE LA C.C.C. DEL PERU EN EMPRESA BANCARIA COOPERATIVA

El pluralismo económico consagrado en el artículo 112o. de la Constitución se mantiene por la vía de las excepciones en la Ley 24723. El artículo 12o. es el primero en destacar el mandato del artículo 53o. de la Constitución respecto a la creación del Banco de los Trabajadores, agregando además empresas de tipo cooperativo y autogestionario. Seguidamente el artículo 13o. de la Ley permite el accionariado difundido hasta en un 30% del capital social de las empresas del sistema, y posteriores artículos aceptarán un accionariado difundido mayor en las empresas que funcionen en las regiones.

Se extendió el régimen a la banca cooperativa y autogestionaria en el artículo 12o. de la Ley, con la intención de incorporar al sistema a dos instituciones que venían trabajando en la colocación de créditos con un criterio más democrático y a sectores que usualmente no podían acceder al sistema financiero privado. Estas instituciones eran la Central de Crédito Cooperativo del Perú (C.C.C.), que venía demostrando un gran crecimiento con descentralización del crédito y el Fondo Nacional de Propiedad Social (FONAPS), intermediario financiero que mediante

la fórmula de fondos rotatorios canaliza el crédito, únicamente, hacia empresas de propiedad social, cooperativas y empresas administradas por sus trabajadores.

El Decreto Legislativo 461 es el primer Decreto que sale al amparo de la Ley 24723. En virtud de este dispositivo se reconoce a la Central de Crédito Cooperativo del Perú como empresa bancaria de régimen cooperativo, bajo la denominación de Banco Central de Crédito Cooperativo del Perú, otorgándole un plazo de 120 días para que regularice su situación administrativa.

Como vemos, esta norma al ser la primera que regula la Ley, no sienta las bases para un sistema de banca cooperativa como lo manda el artículo 12o., sino que convierte a la C.C.C. en banco para que pase a funcionar como un banco comercial más. El Banco C.C.C. puede cambiar la fórmula en su accionariado sin que exista regulación alguna que se lo impida, ya que su reconocimiento legal consta de dos artículos y una resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros que en un artículo regulariza su situación.

El Poder Ejecutivo no asumió de forma integral la problemática del sistema financiero, sino que, desarrolló salidas coyunturales a problemas concretos. No existe mejor constatación que revisar los decretos legislativos que al amparo de esta ley se dieron y verificar que no se dio ninguna norma para armonizar el sistema cooperativo, autogestionario y de banca de los trabajadores.

4. LA CONSTITUCION DE LA BANCA AUTOGESTIONARIA Y LA CONVERSION DEL BANCO DE CREDITO EN BANCO AUTOGESTIONARIO

El largo proceso de discusión de la Ley, permitió que se barajaran una serie de salidas para que no llegue a plasmarse la iniciativa de reservar para el Estado la actividad bancaria, financiera y de seguros. Durante el debate de la Ley en el Senado, se planteó que, para garantizar el pluralismo económico, para que el Estado no tuviera que realizar fuertes desembolsos de dinero en el proceso expropiatorio y además, para quebrar los denominados grupos de poder económico, no se expropiaran las acciones de los bancos, sino que se legislara para propiciar el accionariado difundido en las empresas del sistema.

Este planteamiento llegó a tener aceptación en algunos parlamentarios del APRA, pero fue desechado posteriormente por el propio Presidente de la República y los parlamentarios acataron la decisión.

Culminando el trámite de aprobación de la Ley

y previo a su promulgación, los accionistas del Banco de Crédito propusieron al gobierno, como última medida, que las acciones pasaran a poder de los trabajadores del Banco. Al parecer, el gobierno no desestimó la medida, pero promulgó la Ley 24723 el 9 de octubre de 1987. A partir de ese momento se conoció que los accionistas mayoritarios del Banco de Crédito habían vendido con fecha anterior a la dación de la Ley sus acciones expropiables a los trabajadores del Banco, operación solventada por la Financiera de Crédito.

El gobierno desconoció posteriormente esta transferencia utilizando una serie de mecanismos legales e incluso intervino en la operación bursátil con el fin de anularla. Esta situación duró 6 meses, tiempo durante el cual el Ejecutivo solicitó al Parlamento que interpretara los alcances de los artículos 13o. y 14o. de la Ley que regulan, precisamente, el accionariado que se encuentra exceptuado de la expropiación. El Parlamento no interpretó la Ley y el gobierno buscó la salida del entrapamiento mediante los Decretos Legislativos 467 y 468.

El Ejecutivo excedió sus atribuciones al momento de dar estos dispositivos, ya que recibió del Parlamento, por mandato del art. 17o. de la ley, delegación de facultades para que legislara, "*sobre el sistema Bancario, Financiero y de Seguros, con el propósito de asegurar su eficaz gestión y su contribución a la descentralización y regionalización del país, en armonía con los principios básicos de la presente Ley*". Sin embargo, el Ejecutivo en este caso no legisló para asegurar la eficaz gestión ni su contribución a la descentralización y regionalización del país, sino por el contrario, desnaturalizó lo prescrito en cuanto a la reserva del sistema para el Estado, excediéndose en varias precisiones que la Ley se cuidó en dejar claramente establecido. Es necesario recordar sobre este punto, que las medidas concernientes a la autogestión no son materia delegada, sino proposiciones que el Ejecutivo hace a los sectores cooperativo y autogestionario, para concertar con ellos las respectivas creaciones de sus empresas financieras. Es decir, que el Ejecutivo, a tenor del art. 12 de la ley, no tenía facultades legislativas para crear la banca autogestionaria. Hacerlo por vía del art. 17o. es, por lo menos, incorrecto.

En efecto, el primero de estos decretos, el Decreto Legislativo 467, constituye así Banco Autogestionario allí donde los trabajadores tuvieran más del 50% del accionariado. De este modo, y amparándose en el artículo 12o. de la Ley, que permite la creación del Banco de los Trabajadores y de instituciones cooperativas y autogestionarias, el gobierno justifica el Decreto Legislativo. Sin embargo, la opinión pública se percató rápidamente de que era un dispositivo con nombre propio y con el fin de superar la cuestión del Banco de Crédito. Entre las imperfec-

ciones del Decreto podemos señalar que no se trata de creación de empresas autogestionarias, sino que lo son únicamente de accionariado difundido, o de empresas en cogestión. La autogestión no se puede concebir con reglas de tipo bursátil en la que los trabajadores (dueños en la autogestión) tengan que recurrir a una Bolsa de Valores para acceder a la propiedad. La autogestión no se acepta con la presencia de terceros, que no trabajan en la empresa y que especulan con el beneficio que los trabajadores puedan generar.

Apreciamos en el dispositivo que el Ejecutivo no legisló sobre empresas bancarias, financieras y de seguros, como lo manda la Ley, sino únicamente sobre bancos; modificó los porcentajes no expropiables del 30% para permitir una salida expresamente prohibida por la Ley. Mediante tres Disposiciones Complementarias "solucionó" todos los contenciosos que habían con el Banco de Crédito. A esto habría que sumar, el hecho de que en el plazo otorgado para regularizar el sistema financiero, el Ejecutivo no se haya preocupado de legislar sobre el Banco de los Trabajadores, como lo dispone la Ley en el mismo artículo 12o. y lo manda la propia Constitución en el artículo 53o.; a la Banca Cooperativa no le dió una ley especial, como si lo hace con la Banca Autogestionaria, sino que únicamente autorizó el funcionamiento del Banco C.C.C. del Perú; y por último, al legislar sobre la Banca Autogestionaria, pensando en solucionar el problema del Banco de Crédito, se perjudicó al sistema autogestionario, ya que desnaturalizándose la esencia de la autogestión, las instituciones que se quieran formar bajo estos principios, encontrarán una Ley que no las contempla y que por el contrario las obliga a organizarse bajo los patrones del accionariado difundido.

El Decreto Legislativo 468 le pone nombre propio a las disposiciones que le quedaron pendientes del Decreto anterior. La norma se centra en reconocer la transferencia de acciones efectuada en el Banco de Crédito del Perú, por la que los trabajadores pasan a tener la mayoría absoluta del capital social. De este modo, el Banco de Crédito se convierte en Banco Autogestionario y pasa a regirse por lo señalado en el D. Legislativo 467. Así la Ley 24723 ya no rige plenamente para este banco, supera legislativamente el problema de la transferencia que se encontraba en el Poder Judicial, cesa el Comité de Administración nombrado por el Ejecutivo para llevar adelante el proceso expropiatorio, incumpliendo también lo dispuesto en el artículo 7o. de la Ley, ya que no se culmina con la expropiación de los paquetes accionarios como expresamente lo reconoce el artículo 3o. del D. Legislativo. Finalmente, la Disposición Complementaria autoriza a los procuradores públicos del Estado a desistirse de las acciones judiciales de nulidad de transferencia de acciones a los trabajadores del Banco de Crédito del Perú, con lo

que se satisface plenamente lo planteado por los sectores que se oponían a la expropiación de este banco.

Por lo demás, es evidente que todas estas decisiones legislativas del Poder Ejecutivo tienen más una justificación política que jurídica. Para evitar que el reconocimiento de la legalidad de las transferencias de acciones a los trabajadores del Banco de Crédito se considere como una derrota del Gobierno, se negoció y se pactó la conversión del Banco de Crédito en Autogestionario. Este, en esencia, no lo es, porque en realidad y una vez producida la transferencia de acciones por no más de 40 U.I.T. a cada trabajador, antes de la vigencia de la ley, éste en virtud de lo dispuesto por los arts. 13 y 14 de la ley 24723, se convirtió en un banco de accionariado difundido.

5. EL DECRETO LEGISLATIVO 469

La ley 24723 dispuso la delegación de facultades legislativas en favor del Poder Ejecutivo, con el fin de adecuar el sistema financiero a los principios y orientaciones de esta nueva norma legal. Los hechos que rodearon la expedición de los Decretos Legislativos, particularmente del Decreto Legislativo 469, evidenciaron una vez más la descoordinación e improvisación por parte del Gobierno y, desde una perspectiva jurídico-constitucional, su contenido fue señalado como violatorio de la ley y la Constitución. Por estas razones y por acuerdo del Senado del 12 de abril de 1988, se solicitó el pronunciamiento de las comisiones de Constitución y Justicia sobre la legalidad y constitucionalidad de los Decretos Legislativos expedidos al amparo de la delegación de facultades legislativas señaladas en el art. 17 de la ley 24723.

En este apartado centraremos nuestro análisis sobre el D. Leg. 469. El primer elemento de juicio a tomar en cuenta, ilustrativo del grado de desconcierto existente en el Poder Ejecutivo, es el relativo a la doble y diversa publicación oficial de la referida norma. En efecto, el 10 de abril fue publicado el tenor del D. Leg. 469 en el diario oficial y, sorpresivamente, el 26 del mismo mes se reiteró su publicación oficial, esta vez con un texto sustancialmente diferente. La corriente de opinión pública y política fue tan fuerte que el 3 de mayo, un comunicado oficial del Ministerio de Economía puso fin a esta situación irregular mediante un procedimiento también irregular, otorgando "validez legal" al texto publicado inicialmente.

Sostenemos que la solución presentada por el Ejecutivo es, cuando menos, irregular, porque el art. 188 in fine de la Constitución señala expresamente que "Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y

efectos, a las mismas normas que rigen para la ley". Todos sabemos que uno de los efectos de una ley posterior es que deroga a la anterior; sin embargo, un comunicado oficial zanjó el asunto en sentido contrario, pasando por encima de los principios generales del derecho y la propia Constitución. Más adelante retomaremos y explicaremos esta duplicidad.

En el art. 17 de la ley 24723 se señala con claridad la materia de la delegación y el plazo para su ejercicio, tal como lo exige el art. 188 de la Carta. Así, la facultad de legislar se circunscribe al sistema bancario, financiero y de seguros, fijando para el efecto 180 días de plazo. A estas precisiones restrictivas se deben añadir otras que también se desprenden del art. 17 de la ley. La primera es que la facultad delegada al Poder Ejecutivo posee un marco general: "los principios básicos de la presente ley" que, como hemos visto, se hallan señalados básicamente en los arts. 1 y 2 de la 24723. La segunda precisión es la referida al objetivo o propósito - que debe ser en todo momento evidenciado - "de asegurar su eficaz gestión y su contribución a la descentralización y regionalización del país".

En consecuencia, es dentro de este marco normativo, nítidamente descrito en el precepto autoritativo de la delegación de facultades legislativas, que el Poder Ejecutivo debía hallar su ámbito competencial para que, conforme al art. 188 de la Constitución, pueda válidamente asumir funciones legislativas que no le son propias.

No obstante, luego del estudio de las normas contenidas en el D. Leg. 469, podemos afirmar que el marco diseñado por la norma autoritativa ha sido transgredido por el Poder Ejecutivo. En los hechos, al aprobarse este decreto legislativo, el Ejecutivo ha legislado por encima del Parlamento y su autorización, atribuyéndose facultades que constitucionalmente no le son reconocidas y ejerciendo un poder que no le ha sido conferido. En síntesis, este decreto legislativo posee vicios que acarrearán su inconstitucionalidad, por no haberse ceñido a los presupuestos señalados, además de incurrir en un uso excesivo, distorsionado y vulnerador de la ley de referencia y la propia carta constitucional.

El Decreto Legislativo 469 excede en todo orden de cosas los linderos de la delegación, llegando a legislar in-extenso sobre todo el sistema mercantil en materia de banca, seguros y financieras, actividad normativa que inclusive ha pretendido modificar y derogar parcialmente la propia ley 24723, que contiene la norma autoritativa y los principios a los que, precisamente, deben ceñirse los decretos legislativos. No resiste ningún análisis la posibilidad de que mediante un decreto legislativo, cuya legalidad y constitucionalidad está basada en una ley autoritati-

va, se pueda modificar o derogar la norma que le da origen y que tiene la función de señalar sus objetivos, características y limitaciones. Un decreto legislativo de semejante naturaleza carece de sustento jurídico y político.

Los aspectos generales más relevantes del exceso incurrido en el Decreto Legislativo 469 pueden sintetizarse del siguiente modo: constituye, en rigor, una nueva Ley General de Bancos, al punto que en su texto menciona su derogatoria; invade terrenos que son totalmente ajenos a la materia señalada en la delegación, modificando de esta forma la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, el Código Civil (en lo relativo a la hipoteca popular: garantías y registros públicos); introduciendo formas delictivas no tipificadas en el Código Penal y las leyes conexas, modificando por ende la legislación penal; limitando las atribuciones de información e investigación que la Constitución reconoce para el Parlamento; restringiendo la personalidad jurídica de las instituciones bancarias, etc. En el dictamen en minoría que suscribiera con otros representantes de la oposición, evacuado conjuntamente por las Comisiones de Justicia y Constitución del Senado, se ha registrado hasta 26 leyes de especial relevancia (Decretos Leyes, Leyes ordinarias, Leyes Orgánicas, Códigos, etc.) que pretenden ser derogadas, total o parcialmente, por el Decreto Legislativo 469.

Asimismo, otro grupo de textos legales pasan a ser supletorios del mencionado Decreto Legislativo, en la medida que la norma específica prevalece sobre la genérica y la reciente sobre la anterior. Pasan a serlo, por ejemplo, la Ley General de Sociedades, el Código Civil (el Título I y II de la Sección Segunda del Libro I), la Ley General de Cooperativas, del B.C.R., de la Superintendencia de Banca y Seguros, en fin, la legislación sobre mutuales, administración de fondos colectivos, financieras privadas, seguros, cajas municipales de ahorro y crédito, etc.

De otro lado, la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo ha sido reconocida implícitamente por el propio Poder Ejecutivo, cuando el 26 de abril publica un segundo texto con una serie de enmiendas que se dirigen a morigerar los excesos de la publicación inicial. Finalmente también existió una discusión doctrinaria y bizantina en torno a la extensión y conclusión del mandato para las facultades delegadas. Buena parte del debate se refería al momento de expiración del plazo, señalando que éste vencía con la promulgación de la norma delegada. En este caso particular y ante la evidencia de la inconstitucionalidad del D. Leg. 469 juzgamos que este problema no arroja mayores luces sobre la materia ni tiene mayor gravitación.

Por todo lo anterior, se puede sostener con

sólidos fundamentos que el uso que el Poder Ejecutivo dió a la facultad autoritativa que contiene el art. 17 de la 24723, ha configurado una transgresión de los principios y el marco normativo de la delegación y, en consecuencia, presenta vicios insalvables de inconstitucionalidad. Atendiendo a las mismas consideraciones, nuestro dictamen en minoría concluyó afirmando que "procede su derogación inmediata sin que esto pueda afectar a las normas que pretendió alterar sin lograrlo por la inconstitucionalidad anotada y por el principio de la jerarquía normativa consagrada en el art. 87 de la Constitución".

6. EL ESTADO ACTUAL DE LA LEY 24723

Al cabo del análisis practicado, podríamos sostener que con la ley 24723 sucede lo que dice el aforismo "rige pero no se cumple". Nadie puede poner en duda su vigencia, pues no ha sufrido modificación parcial ni ha sido derogada. Pero, salvo discutibles decisiones emanadas de una interpretación más discutible aún de sus arts. 12 y 17, puede afirmarse con estricta veracidad que su estado actual es el de inaplicación. Las conclusiones que fluyen de esta constatación, según el ejercicio realizado en este trabajo, son las siguientes:

1) Los problemas principales que impiden la puesta en aplicación de la ley 24723 provienen de su propio texto. En efecto, existe contradicción fundamental entre el art. 1o., que por razón de interés social reserva para el Estado la actividad de las empresas del sistema financiero, y el art. 20. que, debiendo expropiar estas empresas para efectivizar la reserva antes enunciada, introduce sin embargo y en forma genérica, el concepto "excepciones permitidas por la ley".

2) Las excepciones autorizadas por la ley son de tal magnitud, que prácticamente neutralizan la reserva, que es la finalidad principal de la ley. Así, se exceptúan las entidades financieras de los trabajadores, cooperativas y autogestionarias; los accionistas de empresas privadas del sistema que posean acciones por un valor inferior a las 40 U.I.T.; un banco que se crea en el Callao y las compañías de seguros hasta por un 49%, si el Poder Ejecutivo opta por dicha fórmula.

3) La ley establece en cada excepción la fórmula del accionariado difundido. Los efectos prácticos de este tipo de participación en la propiedad de las instituciones financieras adquiere tales dimensiones, que también por este concepto deja de ser una ley que reserva la actividad financiera para el Estado, convirtiéndose en una ley, básicamente, de accionariado difundido y de reserva restringida. Los arts. 13o. y 14o. se remiten a una aplicación caso por caso y según ello, puede llegarse a situaciones en las

que el Estado no tenga nada que expropiar o que expropie un porcentaje minoritario. En cada uno de estos supuestos, lo que primará será una entidad jurídicamente conformada por accionariado difundido pleno y de participación minoritaria del Estado.

4) Si el articulado de ley contradice el art. 1o. que ordena la reserva, pierde fundamento la causa principal que se invocara para la dación de la misma ley. Para aprobar una ley de accionariado difundido no se requiere de la reserva para el Estado de toda la actividad financiera del país y, mucho menos, invocar el interés social del art. 114 de la Constitución. Este precepto constitucional sólo procede invocarlo en el supuesto de la reserva exclusiva para el Estado, pero no para transferir propiedad a terceros o para promocionar una relativa generalización de la misma.

5) Fluye de la comparación entre lo que la ley 24723 ordena y la realidad, que todos los procedimientos, plazos y medidas cautelatorias que ésta dispuso para asegurar su cumplimiento, no se han puesto en práctica. En esta situación existe responsabilidad del Poder Ejecutivo, de la Superintendencia de Banca y Seguros y del Poder Judicial. Así, se ha incumplido, total o parcialmente, los mandatos de los artículos siguientes: 3, 4, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 24, 25, la disposición transitoria y la disposición complementaria que se refiere al procedimiento especial respecto de acciones de amparo que se intenten contra los procesos expropiatorios.

6) Existe una situación de total irregularidad en lo que se refiere a la intervención que ordena el art. 7o.. Esta no es facultativa del Poder Ejecutivo, sino de cumplimiento obligatorio. En la actualidad y por mandato de la ley, todas las empresas bancarias, financieras y de seguros debieran estar intervenidas y a cargo de comités de administración. Estos, a su vez, sólo pueden poner fin a sus funciones al término de los procedimientos expropiatorios respectivos, dado que la emergencia ha sido declarada por ley, sin que el Ejecutivo tenga atribución legal para declarar que ella ha cesado. Es decir, que a tenor del art. 7o., la emergencia tiene la misma duración que el procedimiento expropiatorio. No obstante, en la actualidad ninguna de estas entidades está intervenida y todas funcionan con sus directorios y juntas generales de accionistas como si la 24723 nunca hubiese existido.

7) El Poder Judicial ha incumplido totalmente los estrictos plazos dispuestos por el art. 8o. de la ley. En la actualidad, los procesos expropiatorios están literalmente paralizados. No obstante, estos debieron terminar a más tardar la primera quincena del mes de enero de 1988, con lo cual el Estado habría tomado posesión en calidad de propietario de los pa-

quetes de acciones que, en cada caso, le correspondiese. El incumplimiento del Poder Judicial respecto de este artículo ha motivado que se genere, objetivamente, una situación de inseguridad jurídica.

8) El Poder Ejecutivo ha desconocido en todos sus efectos lo que ordena el art. 12o. de la ley. El Banco de los Trabajadores no se ha creado; se ha dejado correr el plazo de 180 días dentro del cual debía proponer las medidas conducentes a concertar con las entidades beneficiarias, la creación del Banco de los Trabajadores, así como las empresas bancarias, financieras y de seguros de régimen cooperativo y autogestionario. En lugar de esto, el Ejecutivo ha procedido directamente a expedir decretos legislativos no autorizados por el art. 12o., mediante los cuales ha creado un banco cooperativo, ha dado normas sobre la banca autogestionaria que desnaturaliza la autogestión y finalmente, sin ser necesario, ha convertido el Banco de Crédito en autogestionario, en lugar de ser simplemente de accionariado difundido, que es lo que real y jurídicamente corresponde declarar.

9) El mandato del art. 15o., que se refiere a la banca, financieras y compañías de seguros regionales, no ha sido puesto en práctica. Ello puede deberse a que en el país aún no se concluye el proceso de regionalización, pero es evidente que sin perjuicio de ello, existían bancos regionales al momento de expedirse la ley, los mismos que, por lo tanto, debieron adecuarse a lo dispuesto en el art. 15o. en cuanto su configuración, dentro del plazo de 180 días establecido en la disposición transitoria.

10) El Poder Ejecutivo ha hecho uso incorrecto de la delegación de facultades legislativas otorgadas en el art. 17o. de la ley. Allí se otorgaba la facultad para que el sistema bancario, financiero y de seguros, funcionase eficazmente respecto de la descentralización y regionalización del país. En lugar de ello, el Ejecutivo ha utilizado las facultades delegadas para convertir el Banco de Crédito en autogestionario y para dar el Decreto Legislativo 469 que, excediendo la propia materia delegada, modifica la propia ley 24723, deroga la Ley General de Bancos y entre otras arbitrariedades, interfiere las funciones que autónomamente le confiere la Constitución al Parlamento, Banco Central de Reserva y Superintendencia de Banca y Seguros.

11) El art. 20o. de la ley, tal cual fue previsto en el debate parlamentario, ha resultado inocuo. Nada de lo que la ley dispone en materia de reserva, expropiación y accionariado difundido les es aplicable a las empresas bancarias y financieras en liquidación, pues éstas no estaban en funcionamiento al promulgarse la ley 24723 sino, más bien, en liquidación, con el claro y categórico objetivo de su disolución como

consecuencia del proceso liquidatorio. Por lo demás, la Superintendencia de Banca y Seguros había expedido entre 1982 y 1983 las resoluciones que cancelaban la autorización de funcionamiento de tales entidades.

12) El Poder Ejecutivo ha incumplido lo dispuesto en el art. 24o., que se refiere a la creación del Banco de la Provincia Constitucional del Callao. El plazo improrrogable para su creación era de 180 días, el mismo que venció en la primera quincena de abril.

13) Otro incumplimiento cuya responsabilidad es imputable al Poder Ejecutivo es el relativo al art. 25o. de la ley. Las compañías de seguros existen y funcionan como si la ley no se hubiera referido para nada a ellas. El Ejecutivo no ha ejercido la opción otorgada por el art. 25o. y según la cual debía iniciarse el procedimiento expropiatorio de estas empresas, señalando previamente si expropiaba todo y luego ofrecía en venta el 30% de las acciones o si sólo expropiaba el 51%.

14) Con posterioridad a la dación de la ley 24723, el Parlamento se ha ocupado varias veces de lo referente a su aplicación, sin haber acertado a precisar correctamente los términos de su intervención. En noviembre de 1987, la Cámara de Diputados nombró una Comisión Investigadora de los remates de la liquidación de los bienes del Banco de la Industria de la Construcción y Bancoper. Independientemente del discutible nombramiento de una comisión que en sus actos interfería un proceso judicial pendiente aún de solución definitiva y respecto del cual, constitucionalmente, el Parlamento no tiene competencia, la Comisión Investigadora concluyó en su recomendación que debían expropiarse las acciones de una de estas entidades por estar comprendida en la ley 24723, lo que excede los alcances del art. 20o. de la ley y cuando, en todo caso, lo que debió hacer es proponer la modificatoria respectiva.

También el Parlamento fue convocado en Legislatura Extraordinaria, para interpretar los alcances de los arts. 13o. y 14o. de la ley, pero el hecho concreto es que dicha Legislatura Extraordinaria acabó sin que el Parlamento pudiese aprobar la ley interpretativa que el Ejecutivo le solicitaba. Por último, ambas cámaras acordaron emitir opinión sobre la validez del Decreto Legislativo 469 y la legalidad en el uso de las atribuciones delegadas por el art. 17o. de la ley, al expedir dicho instrumento legal el Ejecutivo. A pesar del tiempo transcurrido, no hay pronunciamiento parlamentario al respecto. En general puede sostenerse que el Parlamento no ha fiscalizado el cumplimiento de la ley, cosa a la que está obligado, a pesar de la responsabilidad que le alcanza por las deficiencias de la ley.

Al término de este trabajo, no queda otro planteamiento a formular que el de la inevitable derogatoria de la ley 24723. La distinción que media entre su formulación inicial, el texto mismo de la ley y su aplicación es insalvable. La intención de modernizar el sistema financiero nacional, de democratizarlo y convertirlo en un instrumento eficiente para el desarrollo del país, es plenamente compartida por el autor de este ensayo y fueron esos los lineamientos que orientaron sus intervenciones en el correspondiente debate parlamentario. Pero esos propósitos no son, precisamente, los que se recogen en la ley; ella es más bien confusa, contradictoria, al punto de ofrecer problemas de interpretación insolubles sobre la extensión de la reserva, las excepciones y el accionariado difundido. Lo más grave es, sin lugar a dudas, la situación de incertidumbre, de inseguridad jurídica y de limbo en el que literalmente se halla el sistema financiero nacional. Todo esto hace aconsejable un esfuerzo de convergencia que permita sentar las bases mínimas para que una nueva iniciativa legislativa supere los problemas y deficiencias existentes y el país pueda contar con un sistema financiero expresivo del interés nacional y en verdad eficiente, moderno y democrático.