

La importancia del marco legal de funcionamiento y racionalización de la actividad empresarial del Estado: El caso de la regulación integral propuesta en el período 1980-1985

Ana Lucia Camaiora

Tesis sustentada en diciembre de 1988 ante los Dres. Lourdes Flores Nano, Jorge Melo-Vega y César Valega. Sobresaliente.

En el Perú, el acelerado crecimiento de la actividad empresarial del Estado (AEE) desde 1968, ha carecido de un marco legal que contenga los criterios básicos que definan el rol del Estado en la economía y orienten su participación directa a través de empresas estatales, y que regule el funcionamiento de estas últimas de acuerdo a su particular naturaleza o función. No resulta extraño, por tanto, ni su desorganizado desarrollo –pasando de ser sólo 29 a fines de los años 60 a más de 230 en la actualidad–, ni sus lamentables consecuencias, deviniendo en un problema cuya magnitud, en términos de déficit económico –pérdidas anuales del orden de los US \$ 500 millones– y de costo social –deterioro de los servicios prestados– es innegable y debe ser soportada, en definitiva, por todos los ciudadanos.

Tomando en cuenta esta situación, la tesis que reseñamos relieves la importancia del marco legal –o más precisamente, institucional– como instrumento que proporciona el conjunto de incentivos que determina que los agentes económicos –públicos y privados– se comporten más o menos eficientemente. En este sentido, corresponde al Estado establecer, a

través del marco legal, los estímulos adecuados para que las decisiones que los agentes económicos, basados en la búsqueda de su ganancia individual, tiendan a coincidir con las necesidades de la sociedad en general.

El trabajo bajo comentario analiza el marco legal propuesto en el período 1980-1985 para el funcionamiento y racionalización de la AEE y su vigencia real, concluyendo que los estímulos establecidos en él no fueron los más adecuados para que las empresas estatales cumplan su rol principal de brindar a los ciudadanos la satisfacción de sus necesidades en la mejor forma posible.

La tesis ha sido estructurada en cuatro capítulos. El primero de ellos recoge los antecedentes de la AEE en el Perú, presentando las circunstancias que precedieron al período estudiado.

El segundo capítulo analiza la regulación integral expedida para el funcionamiento y organización de las empresas del Estado, conformada básicamente por el D.L. 206, a través del cual se crea CONADE e Inversiones COFIDE S.A., y el D.L. 216, que es la Ley de AEE; así como la profusa y contradictoria normatividad emitida posteriormente por distintos órganos del Estado, que terminó por neutralizar la regulación integral inicialmente expedida. Para explicar mejor las razones por las que se llega a tal situación, la autora estudia, a modo de ámbitos casuísticos, tres conjuntos de dispositivos: los relativos al Fondo de Inversiones y de Contrapartidas del Sector Público Nacional y el destino de las utilidades de las empresas; las medidas de

austeridad en el gasto público y su vinculación con el manejo de las empresas estatales; y la pugna entre CONADE y la Contraloría General de la República por el control de las empresas del Estado.

Tan importante como el marco legal de organización y funcionamiento de la AEE, son las normas que regulan la conformación de empresas estatales y su actuación dentro de la sociedad, que es el aspecto analizado en el tercer capítulo de la tesis. En él se exponen y analizan los distintos intentos de racionalización (privatización) de la AEE emprendidos durante el segundo Gobierno del arquitecto Belaunde, deteniéndose especialmente en el Proyecto de Ley de Constitución y Transferencia de Empresas del Estado (su contenido, opositores y debate en el Senado), haciendo patente la falta de unicidad de criterios a cerca de la AEE dentro del propio partido de Gobierno y, mas aún, dentro del mismo Poder Ejecutivo, impidiendo la adopción de cualquier decisión al respecto.

Por último, el cuarto capítulo contiene las recomendaciones generales de la autora para una propuesta de funcionamiento y racionalización de la AEE. En su opinión, las empresas estatales deben ser consideradas como un instrumento más que tiene el Estado para conseguir su objetivo fundamental de brindar a los ciudadanos la satisfacción de sus necesidades en la forma más eficientemente posible, pero, para determinar si ellas son el instrumento más adecuado (frente a una concesión, una asociación con particulares, subsidios directos, etc.), debe recurrirse necesariamente –y en cada caso– a un análisis técnico de costo/beneficio

antes que a la simple voluntad política.

Como correlato de ello, un análisis de costo/beneficio determinaría las empresas que, no cumpliendo con su rol, deban ser privatizadas. La privatización, no obstante, no es tratada como sinónimo de venta de empresas al capital privado ya establecido, sino como un proceso de transferencia de la toma de decisiones del Estado hacia los particulares, sugiriendo fórmulas tan variadas como la venta de la empresa; su transferencia a sus trabajadores; su concesión a particulares; romper el monopolio estatal sobre la actividad desarrollada por la empresa; sustituirla por subsidios directos, etc.

En suma, la tesis reseñada es un trabajo serio e interesante que combina en su análisis la interpretación jurídica y el razonamiento económico, abordando el tema de la AEE desde la perspectiva novedosa del Law and Economics. Resulta importante destacar que el trabajo se ve enriquecido por el conocimiento directo que tiene la autora de varios de los hechos que se analizan, en virtud de haber trabajado en CONADE e Inversiones COFIDE S.A., lo que permite una aproximación no sólo a las normas sino a las circunstancias que rodearon su gestación y vigencia real (Lourdes Flores-Nano).

La libertad de expresión en la Constitución de 1979 y en el nuevo orden mundial de la información y comunicación

Alfonso C. Espá Garcés-Alvear

Tesis sustentada en junio de 1988 ante los Dres. Marcial Rubio Correa, Miguel de la Lama Eggerstedt y Francisco Eguiguren Praeli. Sobresaliente.

El derecho a la información, definido en la Declaración Universal de Derechos Humanos como el derecho "a buscar, recibir e impartir información e ideas a través de

cualquier medio y sin consideración de fronteras", ha dado lugar a diversas interpretaciones. Por un lado, los Estados Unidos de América, consideran que se trata de un derecho amplio e irrestricto. Por otro lado, los estados del bloque soviético u oriental, sostienen la necesidad de establecer un sistema de regulación internacional que garantice "una información balanceada en el flujo Este-Oeste". Frente a estas distintas concepciones, surgió la posición de muchos Estados del Tercer Mundo, que plantearon el establecimiento de un nuevo orden informativo internacional, que superase lo que dichos Estados consideran "el monopolio de la información por un grupo de agencias internacionales que opera desde el mundo industrializado".

Las posiciones de los bloques occidental y soviético se vieron confrontadas, señala el autor, en la Conferencia de Seguridad y Cooperación :Europea de Helsinki de 1975. La Sección Tercera del Acta Final de la Conferencia intenta resolver controversias entre los Estados miembros de cada bloque, en lo referente al intercambio de noticias y a las condiciones de trabajo de los periodistas. La perspectiva era, por consiguiente, la de Este-Oeste. Posteriormente, en el seno del Movimiento de los Países No Alineados y luego al interior de la UNESCO, los países del Tercer Mundo lograron imponer su perspectiva Norte-Sur, iniciando un proceso que llevaría a la postulación del Nuevo Orden Mundial de la Información -NOMIC-.

En opinión del graduando, el NOMIC es un proceso evolutivo, acumulativo, heterogéneo, dinámico y aún no concluido ni definido integralmente, que presenta una multiplicidad de tendencias. De una parte, puede ser entendido como un nuevo orden jurídico que impone una normatividad sustancialmente distinta a la del "viejo orden producto de la hegemonía occidental de la post-guerra": Incorpora los conceptos de responsabilidad, intercambio con-

secuente y difusión de contenidos relevantes, objetivos y responsables. De otra parte, puede ser entendido como un objetivo de la comunidad internacional, de ampliar el flujo informativo a sectores privados del mismo, a través de la extensión de los derechos de difusión, información y recepción. Bajo cualquiera de estas concepciones, apunta el autor, queda aún por resolver cuál habrá de ser el énfasis al interior de este proceso: Si el mismo estará en la concepción de un libre flujo informativo, sobre bases de igualdad, beneficios mutuos y respeto de las diferencias culturales; o si el énfasis estará en la involucración de los Estados en los programas nacionales de comunicación, integrando los medios de comunicación de masas a los sistemas de planificación nacionales.

El autor examina diversos tratados y resoluciones adoptadas en el seno de los órganos plenarios de diferentes organizaciones internacionales. Los primeros constituyen normas de Derecho Internacional plenamente obligatorias para los Estados Partes en los mismos. Las segundas, si bien no obligatorias, pueden constituir la expresión de una opinión juris común, elemento subjetivo fundamental para la formación de nuevas normas consuetudinarias, que, como tales, devendrían en obligatorias. Analiza así mismo las posiciones adoptadas al interior de diversos Estados sobre el derecho a la información y el NOMIC, tanto de los que lo promueven -India; Túnez; Etiopía; Tanzania, Zambia, entre otros- como de los que no lo promueven -los Estados Unidos de América; el Reino Unido; Noruega, Suecia, La República Federal de Alemania, y otros-. El capítulo cuarto de la investigación está dedicado a examinar la posición de América Latina.

Sin embargo, la tesis no se agota en el marco internacional, el mismo que, según Espá Garcés-Alvear, establece determinados límites al derecho a la información:

El derecho de rectificación; la prohibición de toda propaganda en favor de la guerra; la proscripción de toda apología del odio, sea nacional, racial o religioso, que constituya incitaciones a la violencia. El trabajo reseñado aborda también la esfera del Derecho Interno Peruano; encontrando dos límites consagrados en la Constitución Política de 1979: El límite al ejercicio de la libertad de expresión; y el límite al poder regulador del Estado. Dentro del primer límite, el graduando incluye el derecho a la propia imagen; al honor; a la privacidad; la tipificación de delitos cometidos a través de medios de comunicación social; y la prohibición de determinadas prácticas empresariales. Dentro del segundo límite, incluye el rechazo al delito de opinión; a la autorización previa; a la censura.

Agrega el autor que la Constitución Política del Perú no establece una frontera entre "la información como recurso de desarrollo nacional" y "como recurso sujeto a límites legales y de mercado". Mientras que vincula la libertad de expresión con la libertad de empresa, al establecer que los derechos de informar y de opinar comprenden los de fundar medios de comunicación, exige a su vez a las empresas, eficiencia y contribución al bien común; precisando que la acción empresarial no puede ser contraria al interés social ni lesiva a la moral, la salud y la seguridad públicas; y exigiendo a los medios de comunicación social privados colaborar en la educación y la cultura. Desde un punto de vista genérico –y admitiendo ciertas relativizaciones específicas– en el marco constitucional peruano prevalece –en opinión del graduando– el derecho de la persona a ser informada –lo que supone el derecho a recibir y a negarse a recibir informaciones y opiniones– sobre la Soberanía del Estado, en virtud de la cual, el Estado podría impedir el ingreso de informaciones del exterior.

Al establecer las pautas para el ejercicio de la libertad de expresi-

sión en cuanto derecho de la persona, y la actividad del Estado a propósito de ella, nuestro ordenamiento constitucional –concluye Espá Garcés–Alvear– se condice con un Nuevo Orden Mundial de la Información que conlleve la ampliación de la información y comunicación mundiales. Sin embargo, los pronunciamientos de la República del Perú en la escena internacional a favor de la referida ampliación de la información y comunicación, deben encontrar un correlato interno que importe la extensión del derecho a la información a la sociedad en su conjunto; considerando y respetando las garantías y límites establecidos en la propia Constitución.

La tesis de bachillerato de Espá Garcés–Alvear constituye un exhaustivo análisis del derecho a la información, tanto a nivel del Derecho Interno Peruano –específicamente a través del examen del contenido, alcances y limitaciones que la Constitución Política de 1979 confiere a dicho derecho– como en la esfera del Derecho Internacional –principalmente a través de la revisión del proceso hacia el Nuevo Orden Mundial de la Información–. Tiene además, el notable mérito de intentar una articulación de nuestra normatividad constitucional sobre la materia, con la posición oficial que el Perú ha sostenido y debe sostener en el futuro en la escena internacional; proyectando así un sólido trabajo jurídico, a la esfera de las relaciones internacionales. Se trata, quizás, del más serio, extenso y profundo trabajo de investigación realizado en nuestro país sobre el tema. (Miguel de la Lama Eggers-tedt).

Régimen de nombramiento y remoción del Gerente de la sociedad anónima en el Perú

Juan Pazos Battistini.

Tesis sustentada en junio 1988 ante los Dres. Javier Neves Mujica, Jorge Ramírez Díaz y Lourdes Flores Nano. Sobresaliente.

El tratamiento del tema específico que constituye el objeto de esta tesis, anunciado en su título, supone su encuadramiento en un marco mayor: el de la reflexión sobre la naturaleza jurídica de la gerencia como cargo en la sociedad anónima y del vínculo jurídico que liga al gerente como persona que ocupa dicho cargo con tal sociedad. Juan Pazos emprende esta tarea acudiendo a la doctrina, la normativa comparada y nacional y nuestra jurisprudencia, tanto desde una perspectiva mercantil como laboral. La diversidad de especialidades utilizadas en el análisis, así como la pluralidad de fuentes sobre las que se elabora el estudio, le proporcionan un gran interés.

Respecto de la gerencia, el autor la ubica en nuestro ordenamiento entre los órganos de administración, representación y ejecución de la sociedad, al lado del Directorio, distinguiéndola en consecuencia de los órganos deliberantes (Junta General de accionistas), de un lado, y los de vigilancia, fiscalización o control (Consejo de Vigilancia), del otro. En el derecho comparado, Juan Pazos constata la presencia de muchas variedades en este campo. Sin embargo, éstas se producen sobre todo en el ámbito de las atribuciones de los órganos de administración, representación y ejecución, por cuanto en lo que toca a los otros órganos existen grandes similitudes.

Respecto del gerente, se estudia las principales teorías elaboradas para explicar la relación jurídica entre aquél y la sociedad: contractualistas, organicistas e intermedias. Las primeras buscaron una forma contractual típica que encuadrara dicha relación, creyendo encontrarla en diferentes tipos contractuales, como el mandato, la locación de servicios, el trabajo, etc. Las segundas sostuvieron que los administradores representan un órgano inherente a la sociedad y descartaron toda relación entre unos y otros. Las intermedias (del

órgano administrativo), por último, reconocieron la existencia de una relación entre el administrador y la sociedad, en virtud de la cual el primero cumple la labor que corresponde al órgano de la segunda.

Juan Pazos considera que en nuestra normativa no hay incompatibilidad entre las teorías contractualistas e intermedias, dado que el sujeto materializa la función del órgano, adquiriendo por ello derechos y obligaciones frente a la sociedad. Consecuentemente, trata de descubrir la figura contractual apropiada para regular tal vínculo, desechando cada una de las sugeridas por la doctrina y acogidas por la jurisprudencia, con mayor o menor énfasis según los casos (mandato, locación de servicios, factor y comisionista mercantil, gestor de negocios y trabajo), por no encuadrar con los elementos esenciales de la anotada relación. El estudio es completo y minucioso y seguramente también polémico, al descartar como figura el contrato de trabajo –bajo la modalidad del cargo de confianza– que es el preferido en nuestro medio.

El autor, como hemos dicho rechaza entonces la utilización del contrato de trabajo, para regular la relación entre el gerente –aclaración hecha, que se refiere al gerente general y no a los sub-gerentes o

gerentes especiales– y la sociedad, debido a que los elementos fundamentales de aquél no se producen en ésta: la prestación no corre necesariamente a cargo de una persona natural, porque puede haber delegación u ocupar el cargo una persona jurídica, la subordinación no aparece tan claramente y la remuneración no necesariamente debe existir, porque el contrato no es indispensablemente retribuido. Se reconoce, sin embargo, que tal exclusión no es rígida, pudiendo existir una relación laboral en algunos casos concretos, según los elementos que en ella se presenten. Al haber entre gerente y sociedad un contrato y no ser éste de trabajo ni otro de los típicos, debe buscarse uno distinto. Esto lo hace Juan Pazos, concluyendo en la existencia de un denominado contrato de administración –especial y no previsto en la legislación–, que supone un nombramiento por la Junta General o el Directorio, se perfecciona con la aceptación, surte efectos frente a terceros con su inscripción registral, es de ejecución sucesiva, libremente removible, personal, presuntamente oneroso, no formal, basado en la confianza y cuyo contenido es el ejercicio del cargo del gerente.

A la persona que desempeñe ese cargo, pese a no considerársele un trabajador desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, Juan Pa-

zos reconoce que deben otorgársele ciertos derechos laborales, que por su sentido no deben ser privativos de aquellos: sobre todo vacaciones y seguro social, y negársele otros sí exclusivos, como estabilidad laboral, compensación por tiempo de servicios, etc.

La tesis, en mi concepto, contiene un estudio muy bien fundamentado y desarrollado, que constituye un valioso aporte sobre el tema del gerente de la sociedad anónima, seguramente uno de los más necesitados de clasificación jurídica en nuestro medio, antes de la realización de esta investigación. A propósito de ella, aunque extendiendo la afirmación también a otros trabajos de este tipo, quiero decir finalmente que en mi opinión mucho de la mejor reflexión jurídica nacional se viene produciendo en el ambiente universitario –y especialmente nuestra Facultad de Derecho– justamente a través de trabajos de tesis como el comentado; y que, por ello, nuestra Universidad debería hacer el mayor esfuerzo para lograr la difusión de estos estudios, mediante su publicación y exposición en seminarios, etc. Así, trabajos de primer nivel no enriquecerían intelectualmente sólo a su autor, el jurado y asistentes a los exámenes de grado, sino a toda nuestra comunidad jurídica peruana. (Javier Neves Mujica)