

Los alcances del Decreto Legislativo 1031, que promueve la eficiencia en la actividad empresarial del Estado y su impacto en las CMAC

Por: María del Pilar Vilela Proaño

Con fecha 24 de junio de 2008 el gobierno publicó el Decreto Legislativo 1031, Ley que promueve la eficiencia en la Actividad Empresarial del Estado. Sobre esta norma haremos un breve análisis para establecer los alcances de la nueva ley, en el marco normativo que regula a las CMAC, con la finalidad de determinar si tales empresas conforman o no la actividad empresarial del Estado.

I. ANALISIS JURIDICO

Mediante la Ley 24948 (1988) se reguló la actividad empresarial del Estado. Esta norma fue modificada por la Ley que creó el FONAFE, y actualmente ha sido derogada por la ley bajo comentario¹.

La nueva Ley de Actividad Empresarial del Estado (en adelante LAEE) señala en su Art. 2 que la misma es aplicable a las empresas que se encuentran bajo el ámbito del FONAFE.

No obstante, la Primera Disposición Complementaria, señala que algunos artículos de dicha ley serán de obligatorio cumplimiento a las empresas de propiedad de los gobiernos regionales y locales, pese a no estar comprendidas en el ámbito del FONAFE.

¹ El nuevo marco legal contenido en el Decreto Legislativo 1031 regirá al día siguiente de la publicación de su reglamento, el mismo que deberá ser elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas en un plazo de 90 días calendario, computable desde el día siguiente de la publicación de la Ley (25 de junio de 2008).

En ese sentido, dado que las CMAC constituyen empresas de propiedad del gobierno local, se hace necesario examinar si tales normas también le serían aplicables.

En efecto, el Art. 3 de la Ley bajo comentario, está referido a la **definición de actividad empresarial del Estado (en adelante AEE)**. La norma contempla tres elementos característicos de dicha actividad estatal, a saber: i) Subsidiariedad²; ii) Autorización: por Ley del Congreso; y iii) Sustento: por razones de alto *interés público* o *alta conveniencia nacional*³.

Seguidamente analizaremos si esas tres características *¿son aplicables a las CMAC o a las empresas municipales propiamente dichas?* Veamos:

La Ley Orgánica de Municipalidades vigente distingue entre empresas municipales y la Banca Municipal. Así, el Art. 35 de la citada ley municipal señala que las **empresas municipales** se crean por ley⁴, además, tienen por finalidad prestar un *servicio público*; es decir, se crean con un *fin subsidiario* y por *alto interés público o conveniencia de la colectividad*, salvo que el propio gobierno local decida concesionar el servicio a un privado.

² Criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma. Ver: Diccionario de la Real Academia Española (RAE).

³ La Actividad Empresarial del Estado (AEE) de acuerdo al Art. 60° de la Constitución, sólo puede darse de manera subsidiaria, directa o indirectamente, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. En esa línea, el Art. 58 de la citada norma suprallegal, señala que el Estado actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Es más, la delimitación del *carácter subsidiario de las actividades económicas* que pretenda desarrollar el Estado, se sujetan a los criterios siguientes:

"Artículo 4°.- En la delimitación del alcance de la actividad empresarial que con carácter subsidiario desarrolla el Estado, FONAFE deberá tomar en cuenta lo siguiente:

a) las condiciones de competencia en el mercado;

b) la situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate;

c) la subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el suministro de los bienes y/o servicios.

Estas condiciones sólo se verifican con la existencia de la Ley que autoriza la(s) actividad(es) que desarrollan las empresas bajo el ámbito de FONAFE o con el desarrollo de actividades de servicio público y/o explotación de infraestructura pública.

FONAFE podrá solicitar un informe al INDECOPI y al titular del sector al que se encuentra adscrita la empresa de que se trate.

Dichas entidades, dentro del ámbito de sus funciones, deberán emitir un informe en un plazo no mayor de sesenta (60) días a partir de la fecha de presentación de la solicitud."

Art. 4 del DS 034-2001-PCM, modificado mediante DS 11-2002-PCM

⁴ Por ley, según el propio Tribunal Constitucional debe entenderse como norma legal expedida por el Congreso o por norma de igual rango expedida en mérito a facultades delegadas, por ejemplo, los decretos legislativos.

En cambio, el Art. 71 de la ley municipal citada, cuando se refiere a la **Banca Municipal**, le otorga un tratamiento legal diferenciado, al señalar que dichas *empresas* se crean por una o más municipalidades provinciales o distritales y *funcionan con estricto arreglo a la legislación especial sobre la materia*.

Ahora bien, la legislación especial aplicable a las CMAC, se circunscribe al DS 157-90-EF (Ley de Cajas Municipales); a la Ley 26702 (norma que regula los servicios financieros) y sus modificatorias; así como a las normas reglamentarias expedidas por la SBS. En esa línea, por aplicación de la ley municipal, las CMAC *en estricto no tendrían la naturaleza jurídica de "empresas municipales"*; siendo más bien *empresas de propiedad (o titularidad) municipal*.

¿Qué características elementales reconoce la norma especial a las CMAC? El Art. 1 del DS 157-90-EF define a las Cajas Municipales como *empresas con personería jurídica propia de derecho público que tienen autonomía económica, financiera y administrativa, con las limitaciones que establece dicha norma*.

Asimismo, el Art. 2 del citado texto legal señala que la constitución de tales empresas *es autorizada por la SBS-AFP*, y en el Art. 3º, se menciona que tales empresas *están sujetas al control y supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y a la regulación monetaria y crediticia del Banco Central de Reserva del Perú*.

Además, el Art. 7 de la Ley 26702 que regula los servicios financieros, *prohíbe expresamente la participación del Estado en la intermediación financiera*, salvo la participación que tiene en COFIDE, Banco de la Nación, Agrobanco y el Fondo Mi Vivienda; es decir, la norma citada guarda estricta coherencia con la nueva LAEE, ya que sólo permite la participación del Estado como *banca de fomento o subsidiaria*, la cual opera más bien como segundo piso⁵.

En ese sentido, podemos concluir, a la luz del propio Art. 3 de la nueva LAEE que *las CMAC no forman parte de la Actividad Empresarial del Estado*, pues, caso contrario, las CMAC no podrían competir en igualdad de condiciones con la banca privada, sino más bien, tendrían que operar únicamente ahí donde la

⁵ Esta postura, creemos, encuentra su razón de ser en el hecho que la actividad de intermediación financiera *no es un servicio público*, sino más bien, constituye *una actividad de interés público*; donde si bien el Estado interviene para regularla y supervisarla, se hace necesario que exista libre competencia para evitar un monopolio pernicioso en desmedro no sólo de los usuarios del sistema, sino de la economía en su conjunto. De ahí, que las experiencias vividas antaño han servido de ejemplo demostrativo de la ineficiencia de la participación del Estado como agente económico en la actividad financiera.

oferta crediticia fuere nula o mínima, otorgando subsidios o beneficios que promocionen el acceso al crédito; rol que en todo caso, corresponde cumplir al Banco de la Nación, así como a COFIDE como banco de segundo piso, cumpliendo más bien un rol de banca de desarrollo; o a Agrobanco, en el sector rural; y finalmente, al Fondo Mi Vivienda, a través de los programas de financiamiento a la vivienda social que administra.

Entonces, si las CMAC no forman parte de la AEE, podemos concluir que las mismas constituyen empresas estatales ajenas al Sector Público propiamente dicho, y por lo mismo *no les resultan aplicables las normas que regulan a las empresas del Estado* ni aquellas que rigen a los "sistemas administrativos⁶", *tales como las leyes de presupuesto, contrataciones y adquisiciones, así como bajo el control gubernativo ejercido por la Contraloría General de la República.* siéndoles de aplicación *únicamente las normas que rigen a la actividad de intermediación financiera* mencionadas líneas arriba.

Así, estamos ante una situación muy peculiar donde *titularidad estatal* no es sinónimo de *gestión pública*, que es lo usual en las empresas y entidades del Estado, a través de las cuales -el propio Estado- lleva a cabo una actividad económica subsidiaria o presta un servicio público. En cambio, la propiedad que ejerce el gobierno local como accionista de las CMAC no convierte a estas últimas en empresas de gestión pública y por lo mismo, no pueden confundirse con las empresas municipales propiamente dichas, *manteniéndose una nítida independencia entre accionista y empresa.*

En ese sentido, para determinar el estamento normativo que debiera aplicarse a las CMAC es preciso atenerse a lo señalado en el Art. 76 del Código Civil, el cual señala que las empresas de derecho público interno se rigen únicamente por su ley de creación. Por tanto, las CMAC sólo se sujetan a las normas especiales que regulan su actividad, conforme lo señalado líneas arriba, encontrándose sometidas al control y supervisión de la SBS, así como a la regulación monetaria y crediticia del Banco Central de Reserva del Perú.

⁶ Los sistemas administrativos son el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos que regulan la utilización de recursos en las entidades de la administración pública y que a la vez promueven la eficiencia en su uso. Entre los principales sistemas de la administración pública peruana figuran los de adquisiciones y contrataciones, personal, inversión pública, presupuesto, contabilidad, tesorería, entre otros.

En consecuencia, una vez que la ley en cuestión entre en vigencia, *será irrefutable la tesis que venimos sosteniendo sobre el estatus jurídico especial o sui generis de las CMAC*, las cuales son ajenas a la actividad empresarial del Estado y por lo mismo se rigen únicamente por sus leyes especiales.

Sería importante que el Reglamento de la citada Ley recoja los principios contenidos en esta última, es decir, que no los distorsione ni tergiverse; sino todo lo contrario, los desarrolle prolijamente para evitar confusiones a futuro en desmedro de la operatividad de las CMAC.

Por ello, corresponde al Sistema de Cajas Municipales, representados por la FPCMAC impulsar un acercamiento oficial ante el MEF, el cual tenga por finalidad exponer y sustentar la exclusión tácita del Sistema de CMAC de los alcances de la nueva LAEE, y la importancia que ello se consolide en la reglamentación de dicha ley.

II. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Las CMAC constituyen empresas de propiedad municipal ajenas a la actividad empresarial del Estado, ya que esta última se presenta bajo *el principio de subsidiariedad* y por lo mismo debe obedecer a un alto interés público o conveniencia nacional.
2. En la actividad de intermediación financiera, por mandato legal, la actividad empresarial del Estado *se limita a la banca de fomento o subsidiaria*, la cual alcanza a COFIDE, Banco de la Nación, Agrobanco y Fondo Mi Vivienda.
3. Una vez que la ley en cuestión entre en vigencia, será irrefutable la tesis que venimos sosteniendo sobre el estatus jurídico especial o sui generis de las CMAC, las cuales son ajenas a la actividad empresarial del Estado y por lo mismo se rigen únicamente por sus leyes especiales, siendo importante que el Reglamento de la citada Ley recoja los principios contenidos en esta última, es decir, que no los distorsione ni tergiverse; sino todo lo contrario, los desarrolle prolijamente para evitar confusiones a futuro en desmedro de la operatividad de las CMAC.
4. En ese sentido, se recomienda que el Sistema de Cajas Municipales impulse desde la FPCMAC un acercamiento oficial ante el MEF, el cual

tenga por finalidad exponer y sustentar la exclusión tácita del Sistema de CMAC de los alcances de la nueva LAEE, y la importancia que ello se consolide en la reglamentación de dicha ley.

%%

Netbankdes