

POLÍTICAS PRIVATIZADORAS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN COLOMBIA Y EN DERECHO COMPARADO

*Gustavo Penagos**

RESUMEN

La crisis del estado bienestar originada en la corrupción, el despilfarro del erario público, en políticas equivocadas y en la multiplicación de entidades estatales dio origen a las privatizaciones.

Se han expuesto las diversas categorías de privatización del Estado, con la finalidad de lograr mayor eficacia en la prestación de los servicios públicos, por medio de las privatizaciones indirectas, funcionales y con la desnacionalización.

El Estado social de derecho que alcanzó un éxito y esplendor después de la Segunda Guerra Mundial ha venido en decaimiento con las nuevas etapas de recesión, entrando en situación de crisis por la sobrecarga y el déficit de financiación, pues en ocasiones el gasto público puede ser favorable a determinados intereses corporativos en detrimento del bienestar de la colectividad.

Fecha de recepción: 10 de febrero de 2004

* Doctor en ciencias jurídicas de la Universidad Javeriana. Estudios de especialización en derecho público Universidad de París, Universidad Católica de Lovaina y Universidad de Roma. Profesor e investigador de derecho administrativo durante 30 años en las universidades, Santo Tomás de Bogotá, Cúcuta, Medellín, Bucaramanga y Tunja, Universidad Católica de Bogotá, Ibagué y Neiva, Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá y Colegio Mayor del Rosario de Bogotá, y Escuela Superior de Administración Pública. Autor de 44 obras de derecho público. Magistrado de tribunales Superior y Administrativo. Procurador agrario y fiscal durante 20 años. Abogado consultor.

El Estado colombiano en la Constitución de 1991 permite la privatización la cual encuentra en la Ley 226 de diciembre 20 de 1995 su mejor mecanismo de aplicación, estableciendo los principios de democratización, igualdad, transparencia, protección del patrimonio público, publicidad y libre concurrencia.

No obstante el auge que han tenido las privatizaciones en varios países, especialmente en los países llamados industrializados, se está operando un regreso a la oficialización de los servicios públicos y de sus entidades prestadoras.

No existen fórmulas mágicas para sacar a los estados de la crisis económica y social, originadas en la corrupción, el despilfarro del erario público, en el exceso de trámites y burocracia, etc. Lo cierto es que los estados modernos deben prescindir del exceso de entidades y burocracia que no consulten sus fines y fortalecer los controles. La experiencia de varios países (Inglaterra y México) nos demuestra que algunas empresas y actividades estatales han tenido que regresar al sector oficial.

Se recomienda por los expertos, reforzar la autonomía de la administración frente a los cambios del personal político. Reducir el grado de colegialidad de los órganos administrativos, con la finalidad de hacerlos más efectivos en el cumplimiento de sus funciones, con la personalización de las responsabilidades de los entes administrativos en un titular o administrador.

Se enfatiza en una administración más ágil, fundamentando su operatividad en los medios electrónicos.

La doctrina moderna se orienta por un ponderado estudio de la llamada ilegalidad de los actos administrativos, con la finalidad de hacer prevalecer el derecho sustancial, sobre meros trámites o formalidades que no inciden en el fin propuesto por la norma; sumado a lo anterior la innovación de las técnicas probatorias en el contencioso administrativo.

Palabras clave: acto administrativo, Estado social de derecho, Estado bienestar, privatización, Estado colombiano, crisis económica del Estado, administración pública, doctrina moderna.

ABSTRACT

The crisis of the well-being State originated in the corruption, in the squandering of the public treasury, in political mistaken and in the multiplication of state entities is the cause of the privatizations.

There have been exposed the diverse categories of privatization of the State, with the purpose of achieving major efficacy in the public services, by means of the indirect, functional privatizations and with the denationalization.

The Social State of Right, that reached a success and splendor after the second world war, has come in decay with the new stages of recession, entering in crisis situation by the surcharge and the deficit of financing, since in occasions, the public expenditure can be favorable to certain corporate interests with the detriment of the well-being of the community.

The Colombian State in the Constitution of 1991 allows the privatization which finds in the law 226 of December 20/1995 his best mechanism of application, establishing the principles of democratization, equality, transparence, protection of the public patrimony, publicity and free concourse.

Nevertheless the heyday that the privatizations have had in several countries, especially in the called industrialized countries, is occurring a return to the nationalization of the public services and of his entities loaners.

Magic formulae do not exist that allow the States come out of the economic and social crisis, originated in the corruption, the squandering of the public treasury, the excess of steps, the bureaucracy, etc. The true thing is that modern States must do without the excess of entities and bureaucracy that do not consult his ends and strengthen the controls. The experience of several countries (England and Mexico) demonstrates us that some companies and state activities have had to return to the official sector.

The experts recommend reinforcing the autonomy of the administration opposite to the changes of the political personnel. To reduce the grade of collegiality of the administrative organs, with the purpose of making

them more effective in the fulfillment of his functions, with the individualization of the responsibilities of the administrative entities in a holder or manager.

One emphasizes a more agile administration, basing his operation capacity on the electronic resources.

The modern doctrine it's orientated by a pondered study of the so called illegality of the administrative acts, with the purpose of making to prevail the substantial right, on mere steps or formalities that do not affect the end proposed by the norm; added to previous it's the innovation of the evidential techniques in the contentious administrative.

Key words: *administrative act, Well-being State, social State of right, privatization, denationalization, Colombian State, economic crisis, public administration, modern doctrine.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. EL DEBATE SOBRE LAS PRIVATIZACIONES

1. El Estado bienestar camino de las privatizaciones
2. El debate sobre la privatización enmarca la redefinición del Estado en la economía
3. La crisis del Estado social de derecho y las privatizaciones
4. La privatización en la Carta Política

CAPÍTULO SEGUNDO. LAS TÉCNICAS DE PRIVATIZACIÓN

1. Las técnicas de privatización
2. La desregulación y la desmonopolización: camino de la subsidiariedad
- 2.1. Conexión entre las privatizaciones y la subsidiariedad

CAPÍTULO TERCERO. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS PRIVATIZACIONES

1. Principios fundamentales que rigen las privatizaciones
2. Conveniencia de las privatizaciones
3. Las privatizaciones deben fortalecer la inversión social
4. La errónea aplicación de las privatizaciones conduce al neoliberalismo

CAPÍTULO CUARTO. INCONVENIENCIA Y ERROR DE LAS PRIVATIZACIONES

1. Inconveniencia de las privatizaciones
2. Desplazamiento del derecho administrativo por el derecho privado
3. El error de las privatizaciones
4. Recomendaciones para lograr una administración eficiente

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La crisis económica del Estado, originada por la corrupción, el exceso de trámites y de burocracia, la duplicidad de funciones, la multiplicación de las entidades prestadoras de servicios públicos, sumando a lo anterior el despilfarro y el robo del erario público ha conducido a los estados a enajenar sus bienes y empresas prestadoras de servicios públicos a los particulares, con la creencia de lograr en forma eficiente los cometidos estatales.

Los expertos han categorizado las privatizaciones:

- a) Indirectas, las cuales incluyen la desregulación de algunos sectores o mercados de la economía. Acuerdos privados alternativos en materia tradicional de responsabilidad pública, por ejemplo, en materia pensional.
- b) La privatización funcional, mediante la cual se transfiere la gestión de los servicios a entidades privadas, utilizando la técnica de la concesión.
- c) La desnacionalización o privatización, esta categoría implica la enajenación de todos o parte de los activos de una empresa pública a un particular.

Se ha discutido a nivel mundial, la conveniencia o inconveniencia de las privatizaciones. La verdad es que el Estado no puede ni debe desentenderse de servicios básicos para la comunidad, pues perdería su razón de ser.

Más que privatizar, los estados modernos deben pensar en racionalizar sus instituciones prestadoras de servicios públicos, seleccionar debidamente los funcionarios que deben estar al frente del aparato estatal y establecer controles efectivos para lograr los fines señalados en la Constitución y las leyes.

I. EL DEBATE SOBRE LAS PRIVATIZACIONES

1. El Estado bienestar camino de las privatizaciones

El Estado bienestar, que tuvo plena vigencia en la Europa de “entre guerras”, es un concepto político que, en realidad, fue una respuesta a la crisis de 1929 y a las manifestaciones más agudas de la recesión, que hicieron su transformación en un Estado fuertemente intervencionista en detrimento de las libertades del hombre¹.

Observa con mucha precisión el profesor español JAIME RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ² que las causas del Estado bienestar se manifiestan:

- a) Se está recuperando una nueva forma de entender lo público, no como algo propio del Estado, sino como algo en lo que tiene que participar el ciudadano.
- b) Se está rompiendo el monopolio que hasta ahora se pensaba que tenía el Estado frente a los intereses públicos (artículos 57 y 60 de la Constitución Nacional).
- c) El ser humano, la persona, es el centro del sistema; el Estado está a su servicio y las políticas públicas, por tanto, también.
- d) En este contexto surge espontáneamente el principio de subsidiariedad y se justifica que el Estado sólo debe actuar cuando así lo aconseje el bien común.
- e) El Estado debe hacer posible una sociedad más fuerte, más libre, más capaz de generar iniciativas y con mayor capacidad de responsabilidad política.

La muerte del Estado fuertemente intervencionista y del llamado *Welfare State* es la muerte de un sistema que había terminado por asfixiar y narcotizar al ciudadano, con el imperativo del consumismo, la corrupción, la ineficiencia, la permanente alza de impuestos, condujeron al Estado social y a la privatización de la empresa.

1 PENAGOS, GUSTAVO, *Derecho administrativo*, t. II, parte especial, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D.C., 1995.

2 RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, JAIME, “Crisis del Estado bienestar”, profesor de derecho administrativo, Universidad de Coruña, publicación de la revista *Tapia*, Madrid, octubre de 1994, págs. 13-19.

PENAGOS, GUSTAVO, *Entidades descentralizadas*, Ediciones Librería del Profesional, Modernización – Privatización, Bogotá, D.C., 1996.

2. El debate sobre la privatización enmarca la redefinición del Estado en la economía

La crisis del Estado originada en la corrupción, el despilfarro del erario público, las políticas equivocadas en materia de gasto público e inversión social, necesariamente han obligado al Estado a una redefinición del papel que debe jugar en la economía, lo que implica como observan los profesores españoles PEDRO GONZÁLEZ DE LA FE y ROBERTO RENDEIRO MARTÍN- CEJAS³:

“El debate sobre la privatización se enmarca en el más amplio tema de la redefinición del papel del Estado en la economía, lo que implica la consideración de políticas como la liberalización, la desregulación o la subcontratación con empresas privadas de actividades realizadas tradicionalmente por el sector público...”.

La observación anterior tiene fundamento en la realidad económica y social de los estados modernos, pues con la implantación del Estado social de derecho que pretende asegurar mínimos vitales a la población en general, ha generado la necesidad de encontrar nuevas fuentes de ingresos para que el Estado cumpla con su finalidad social.

El término privatización, como lo observa el profesor JAVIER BILBAO UBILLOS⁴:

“Como primera aproximación a la noción de privatización nos será útil recurrir al esfuerzo conceptualizador de algunos autores pioneros en el estudio de este fenómeno. Así, para HARTLEY y PARKER (1991:11), la privatización abarcaría, en su acepción más laxa, “la desnacionalización o venta de propiedades estatales, la desregulación (liberalización), y la tendencia a la competitividad, junto con la introducción de propiedad privada y acuerdos de mercado en los estados sociales” (1991:11). Por su parte, ZANK (1991) define la privatización como la transferencia de una función, actividad u organización del sector público al privado”.

Más adelante el autor citado observa como categorías básicas de privatización:

1. “Privatización indirecta.

“En esta categoría se incluyen toda las decisiones públicas orientadas a:

-
- 3 GONZÁLEZ DE LA FE, PEDRO, y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, ROBERTO, *Políticas de privatización*, Editorial Dykinson SL., Madrid, 2003, pág. 10.
 - 4 BILBAO UBILLOS, JAVIER, “La privatización: concepto, objetivos y procedimientos”. citado por GONZÁLEZ DE LA FE, PEDRO, y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, ROBERTO, *Políticas de privatización*, cap. Primero, Editorial Dykinson SL., Madrid, 2003, págs. 13 a 18.

La desregulación de determinados sectores o mercados de la economía.

La incentivación de instituciones o acuerdos privados alternativos en materias de tradicional responsabilidad pública (p. ej., el supuesto de los planes privados de pensiones en materia de protección social).

- La apertura de los monopolios a la competencia.
- La pérdida de privilegios de las empresas públicas en el tráfico mercantil.
- La introducción en la gestión de las empresas públicas de objetivos y fórmulas propias de las empresas privadas”.

2. *La privatización funcional*

La privatización funcional consiste en la transferencia de la gestión a entidades privadas, por ejemplo, por medio de la concesión. El Estado ejerce un control sobre la gestión para que cumpla los fines sociales señalados por la Constitución y la ley.

3. *La privatización o desnacionalización*

La privatización o desnacionalización en sentido estricto como observa el profesor JAVIER BILBAO UBILLOS⁵:

“...esta tercera categoría de privatización implica la efectiva enajenación de todos o parte de los activos de una empresa del sector público a un agente privado. En el primer supuesto, hablamos de privatización total, y el agente privado deviene titular a todos los efectos, de la empresa; en el segundo, se trataría de una privatización parcial y los operadores privados y públicos comparten la titularidad de la empresa en las condiciones correspondientes a la presencia relativa en el capital social”.

Cabe observar que las razones que se encuentran detrás de la decisión del legislador para privatizar, se encuentran como observa el profesor ANTONIO TRONCOSO REIGADA⁶:

5 BILBAO UBILLOS, JAVIER, “La privatización: concepto, objetivos y procedimientos”. citado por GONZÁLEZ DE LA FE, PEDRO, y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, ROBERTO, Políticas de privatización, cap. Primero, Editorial Dykinson SL., Madrid, 2003, pág. 17.

6 TRONCOSO REIGADA, ANTONIO, *Privatización, empresa pública y constitución*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 49 y 50.

“...básicamente, la convicción de que la buena marcha de determinadas actividades públicas de carácter económico requiere de unas organizaciones con cierta economía, que se rijan por criterio de tipo empresarial y que se responsabilicen directamente de los resultados de su actividad”⁷.

“El uso del derecho privado por la administración es, por tanto, una consecuencia del aumento de sus funciones, y, en especial, de la asunción por parte del Estado de la iniciativa en la actividad económica con la finalidad de crear un tejido industrial o para la prestación de servicios públicos. Esto ha obligado a modificar la forma y el régimen jurídico de la administración para adaptarla a sus nuevas funciones. El ordenamiento jurídico privado parece *a priori* el más apropiado a la figura del operador público que realiza una actividad económica”.

3. La crisis del Estado social de derecho y las privatizaciones

El pensamiento administrativista a nivel continental ha sido influido por las corrientes ideológicas dominantes a partir de la Revolución francesa de 1789, como observa el profesor español ENRIQUE LINDE PANIAGUA⁸:

“...liberalismo y conservadurismo se disputarán la influencia durante todo el siglo XIX, que sólo compartirán con las ideologías socialistas desde el primer tercio del siglo XX. En el derecho administrativo occidental estarán presentes las ideologías dominantes, que darán lugar a nuevas modalidades organizativas y nuevas técnicas jurídicas que alcanzarán mayor o menor prestigio pero que, en general, llegarán hasta nuestros días. Cuando está apunto de iniciarse un nuevo siglo, seguimos siendo tributarios del gran pacto ideológico que se fraguó en la segunda posguerra mundial entre las ideologías liberal y socialista, que da origen al Estado social y democrático de derecho”.

El Estado social de derecho que tuvo un éxito y expansión entre la Segunda Guerra Mundial hasta los años setenta, comenzó a desmoronarse con una nueva etapa de recesión como observa la profesora EVA DESDENTADO DAROCA⁹:

“...a partir de 1974 comienza una nueva etapa de recesión, incremento del desempleo y aumento del peso relativo de los costes de las prestaciones y servicios sociales. El Estado

7 TRONCOSO REIGADA, ANTONIO, *Privatización, empresa pública y constitución*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, citando a GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I. 6ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 385.

8 LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, *El derecho del poder. Una reflexión sobre el derecho administrativo*, Editorial Colex, Madrid, 1999, pág. 23.

9 DESDENTADO DAROCA, EVA, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 67.

social se encuentra así en una situación de crisis caracterizada, fundamentalmente, por la sobrecarga y el déficit de financiación.

“Esta desproporción entre la demanda creciente de provisiones materiales de la sociedad y la incapacidad del sistema para hacer frente a las mismas se traduce en una situación de “ingobernabilidad”, que no tiene un carácter coyuntural, sino que, por el contrario, responde a elementos estructurales del propio Estado social y democrático de derecho. Por un lado, el surgimiento del Estado social ha ido acompañado de la conversión de las sociedades occidentales en sociedades de expectativas, que esperan que el Estado confiera efectividad a los derechos materiales mediante las correspondientes prestaciones y en las que predomina la idea de que, siguiendo un criterio de igualdad compensatoria, aquel que tiene menos ha de obtener más del Estado.

Todo ello determina una clara dependencia al gasto público que las sociedades democráticas no se encuentran capacitadas para frenar. Es más, el sistema democrático parece también coadyuvar al incremento del gasto y del déficit público”.

Lo anterior puede predicarse del trasnochado Estado social de derecho implantado en Colombia por la Carta Política de 1991, crisis que se ha acentuado con la implementación de políticas de corte neoliberal, el crecimiento del Estado, la ineficiencia de los organismos estatales, la corrupción, unido a lo anterior la falta de resultados en lo económico, en lo político y social.

El funcionamiento del sistema, como observa la profesora EVA DESDENTADO DAROCA¹⁰:

“...no sólo tiende al gasto público sino que además ese gasto puede ser favorable a determinados intereses corporativos incluso en detrimento del bienestar de la colectividad. Por otro lado, la resolución del problema del déficit se ve también dificultado por la “miopía” inherente al proceso político esto es por el hecho de que, debido a la preocupación de los partidos políticos y de los gobiernos por la maximización de los votos se prefiere la adopción de medidas de corto plazo, rechazando aquellas decisiones cuyos efectos positivos se manifestarían a más largo plazo, ya que ello no contribuye en forma inmediata a la deseada reelección”.

Finalmente, las privatizaciones irreflexivas han conducido además, a una grave crisis del derecho administrativo como observa el profesor JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA¹¹:

10 DESDENTADO DAROCA, EVA, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 71.

11 SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO, *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, pág. 2.

“En efecto la crisis grave del derecho administrativo se está produciendo por el abandono, con cierto desprecio incluso, de los añejos y bien consolidados principios generales que regía el actuar de nuestras administraciones incluso del concepto mismo de administración pública”.

“El poder ha descubierto otras maneras de actuar. Maneras que desde luego, no pasan por el derecho administrativo, que no sólo era el derecho pensado para la administración, sino también el derecho de la garantía del administrado, vía del sometimiento y sujeción de la administración a derecho”.

4. LA PRIVATIZACIÓN EN LA CARTA POLÍTICA

La Constitución de 1991 permite la privatización en varios de sus artículos. Y como complemento la posibilidad de pasar a entidades privadas determinados servicios públicos, previa autorización y regulación legal.

Se ha especulado sobre el término —privatización—, en general se considera que puede significar algo tan amplio según las necesidades del Estado, o restringido como la supresión de un número limitado de empleados públicos por trabajadores privados.

Enseña el magistrado de la Corte Constitucional ÁLVARO TAFUR¹²:

“Evidentemente, la privatización no encierra un concepto unívoco; por el contrario, recubre un conjunto de fenómenos que abarcan desde la desregularización o desmonopolización de ciertos sectores de la economía, hasta la efectiva “desnacionalización” o transferencia de propiedad de activos del Estado y las entidades públicas a particulares, pasando por la introducción de mecanismos y procedimientos de gestión privada en el marco de las empresas y demás entidades públicas, la promoción de la prestación y gestión de servicios públicos por los particulares y el abandono de actividades por el Estado”.

“Ahora bien en los distintos países la noción de privatización se emplea de ordinario con dos significados: uno amplio, conforme al cual la privatización sería “una técnica o conjunto de técnicas económicas dirigidas a disminuir la intervención del Estado y del resto de los poderes públicos en la vida económica” y uno estricto o restrictivo, que entiende por tal “sólo las transferencias de propiedad pública al sector privado”.

12 DONAHUE, JOHN, citado por el profesor ÁLVARO TAFUR G., en la obra *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1993, págs. 185 y 186, cita al pie de página.

JOHN DONAHUE, desde la perspectiva del régimen de Estados Unidos de América, y en armonía con lo que viene de afirmarse, expresa:

“Privatización no es sólo un término poco elegante; es asimismo lamentablemente impreciso. Puede significar algo tan amplio como la restricción del bienestar social, como una simultánea promoción de la autoayuda y el voluntarismo, o algo tan limitado como el sustituir un equipo de empleados públicos por un poco menos que idéntico de trabajadores privados para llevar a cabo una determinada tarea. Una de las principales fuentes de confusión proviene de la diferencia entre lo que significa privatización en Estados Unidos y en la mayor parte del resto del mundo”.

“En otros países, privatizar ha consistido fundamentalmente en vender parte de un abundante *stock* de bienes públicos”.

Y acota que:

“en síntesis, la mayoría de las actividades que tienden a funcionar mal en el sector público, como tristemente tuvieron que aprenderlo tanto los países industrializados como los del tercer mundo durante décadas de posguerra, en Estado Unidos se mantuvieron dentro del sector privado desde el comienzo. De la misma manera, mientras los demás países analizaban o buscaban su propio modelo de privatización —entendida como el cortar los nexos gubernamentales con diversos sectores de la economía comercial— en los Estados Unidos la privatización tenía un significado muy diferente. Más allá de un número estrictamente limitado de ventas de activos, privatizar significaba (y aún significa) reclutar energías privadas para mejorar el funcionamiento de tareas que, en cierto sentido, seguirían siendo públicas”. *La decisión de privatizar. Fines públicos y medios privados*, Paidós, Barcelona, 1991, pág. 296.

II. LAS TÉCNICAS DE PRIVATIZACIÓN

1, Las técnicas de privatización

La Constitución Política de Colombia, en varios de sus artículos permite la privatización de las entidades estatales, y la prestación de servicios públicos por entes privados, regulados por la ley (arts. 57, 60, 63, etc. de la CN).

El Estado moderno, ante el crecimiento de la población, las necesidades de diversa índole, ha encontrado solución a la crisis en la privatización, como señala el profesor TAFUR¹³ que ha pasado a ser fórmula cuya connotación “ideológica y

13 TAFUR GALVIS, ÁLVARO, *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano. La participación. La colaboración convencional. Las empresas públicas. La privatización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1993, págs. 183 y sigs., y citas al pie de página.

política” se atenúa y así es utilizada, de manera pragmática, en todas las latitudes y estadios de desarrollo, y citando a RAYMOND VERNON, enseña:

En 1988 durante los últimos diez años un buen número de países ha anunciado en todo el mundo su intención de deshacerse de algunas de las compañías que poseen, ya sea vendiéndolas al sector privado en ciertos casos o liquidándolas en otros. Dichos países son de toda índole, grandes y pequeños, desde los más maduros e industrializados como el Reino Unido o Francia, por ejemplo, hasta aquellos que luchan por mantener en pie sus economías como Bangla Desh y Sri Lanka... el mismo número de países implicados en él (proceso de privatización), tan distintos unos de otros, sugiere que esta tendencia es algo más que una epidemia de niños exploradores. Por otra parte los datos indican que ya han sido dado pasos sustanciales hacia la privatización en algunos lugares tales como Chile, Bangla Desh, la Gran Bretaña y Francia, y que están por ser lanzados muy ambiciosos programas en Turquía, Filipinas, Nueva Zelanda y muchas otras naciones. Por lo demás en varias otras, entre ellas México, Ecuador, Italia y Senegal, los gobiernos han transferido en modesta escala varias de las acciones que poseen”. (“La promesa y el reto de la privatización”, traducción publicada en *Privatización una alternativa para el desarrollo*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1989, pág 19.)

A la enumeración anterior es pertinente agregar procesos más recientes como muy amplio adelantado en la Argentina (JOSÉ ROBERTO DROMI, en la obra *Reforma del Estado y privatizaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1991) y el de Venezuela, particularmente en el ámbito de las telecomunicaciones.

“Normalmente —puntualiza RODRÍGUEZ ARANA— en los países llamados industrializados, la privatización opera a través de transferencia de propiedad pública a manos privadas, a través de la venta de acciones como medida general. En los países de raíz socialista o que siguen economías de planificación centralizada, el fenómeno ha surgido a través de individualizar el sistema económico, es decir, permitiendo un cierto derecho de propiedad privada, en muchos casos incipientes, sobre actividades económicas que, con ciertas limitaciones, puede dirigir y controlar el propio particular.

“Y en los países en vía de desarrollo se ha producido una mezcla de posibilidades sin que la transferencia de propiedad pública al sector privado haya cobrado especial intensidad. Más bien, en estos países se viene produciendo fenómenos de reprivatización: es el caso de Bangla Desh o Chile”¹⁴.

14 RODRÍGUEZ ARANA, JAIME, *La privatización de las empresas públicas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 72 y 73.

2. La desregulación y la desmonopolización: cambio de la subsidiariedad

Al permitir la Constitución Política la privatización, necesariamente se opera el fenómeno de la desregulación de entidades oficiales que pasan al sector privado, y es el camino de la aplicación del principio de la subsidiariedad consagrado en la Carta Política en el artículo 288, inciso segundo.

El principio de subsidiariedad, se orienta a reconocer independencia y autonomía al individuo capaz de ser responsable de su destino y de asumirlo. Refiriéndose a la génesis del principio de subsidiariedad el profesor JOSÉ MANUEL BANDRÉS¹⁵, expone lo siguiente:

“El término subsidiariedad evoca en su raíz latina, *subsidium*, de *sub* y *sedere*, la traducción por los significados de socorro, soporte, ayuda, auxilio extraordinario”.

“ARISTÓTELES en su obra *Política* traza los elementos filosóficos del principio de subsidiariedad al señalar las relaciones de independencia y autonomía que se establecen entre el hombre individual, capaz de ser responsable de su destino y de asumirlo, y la autoridad del Estado que no está legitimado para limitar las acciones que pueda desarrollar el ciudadano”.

Más adelante agrega el profesor BANDRÉS:

“En la noción original y primario del principio de subsidiariedad emerge la referencia al valor ético de la persona, el derecho de autodeterminación del individuo, cuya primacía, en base al reconocimiento de su dignidad, se establece frente al Estado, de modo que los poderes públicos se encuentran vinculados a no penetrar en el círculo de acción que pertenece a la soberanía de los individuos”.

La doctrina en general considera que el

“principio de subsidiariedad fortalece la idea de democracia, al intensificar la participación de los ciudadanos en la esfera pública más cercana y favorecer el control inmediato, en clave de proximidad, del ejercicio de las responsabilidades por los actores públicos”¹⁶.

15 BANDRÉS, JOSÉ MANUEL, *El principio de subsidiariedad y la administración local*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A., Madrid, 1999, pág. 12.

16 BANDRÉS, JOSÉ MANUEL, *El principio de subsidiariedad y la administración local*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A., Madrid, 1999, págs. 15 y 16.

Conforme a lo anterior, se observa que los principios de desregulación y desmonopolización tienden a poner en manos de particulares bienes del Estado, y es en el fondo un reconocimiento de lo que ARISTÓTELES explica en su obra *Política* al señalar:

“la independencia y la autonomía del hombre capaz de ser responsable de su destino y de asumirlo”.

En cuanto a la desmonopolización, es una técnica muy efectiva, para llegar a la privatización, eliminando monopolios de algunas empresas públicas. El inciso 7° del art. 336 de la Constitución expresa:

“El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de la eficiencia en los términos que determine la Ley”.

Tanto la hipótesis contemplada en el artículo 336, inciso 7° de la Constitución, como el artículo 365, se debe indemnizar a quien resulte afectado por la privatización. Sobre el particular es pertinente la observación, como lo anota HAYEK¹⁷ que:

“La argumentación liberal... no niega, antes bien, afirma, que si la competencia ha de actuar con ventaja, requiere una estructura legal cuidadosamente pensada”, —agregando que— “se ha desatendido, por desgracia, el estudio sistemático de las instituciones legales que permitirían actuar eficientemente al sistema de la competencia” (HAYEK, FRIEDRICH, *Camino de servidumbre*; tr. esp., Alianza, Madrid, 1967, cap. III).

Enseña el profesor CASSAGNE, a propósito del tema anterior¹⁸:

“Como técnicas de reversión del estatismo la desregulación y la desmonopolización de actividades y de servicios ocupan un lugar predominante, junto a la privatización. Sin embargo, la importancia de la corriente que tiende a desregular y desmonopolizar, no debe inducir a confusión acerca del papel que cumple el Estado como realizador del bien común y principal organización jurídica que reglamenta los derechos e intereses privados, con el propósito de armonizar el ejercicio de éstos con el interés público.

17 ZANOTTI, GABRIEL J., *Economía de mercado y doctrina social de la iglesia*, Buenos Aires, 1985, págs. 52 y 53.

18 CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Las técnicas de reversión del estatismo en el proceso de reforma del Estado*, op. cit., págs. 219 y 220.

Citas al pie de página:

- GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª edición, Madrid, págs. 61 y 62.
- El propio KEYNES dijo que todo político suele ser esclavo de algún economista difuso.

“El estudio de estas técnicas carecería de sentido si el Estado no hubiera asumido la plenitud del poder regulatorio o el establecimiento de monopolios, especialmente a favor de las empresas nacionalizadas o creadas por el propio Estado”.

“Las causas que han provocado los abusos y desviaciones de la acción interventora del Estado son de variada laya. Desde el impulso irresistible de una burocracia, carente de directivas, que busca justificar su actuación —o aumentar su poder— hasta las ideologías políticas que se apoyaron en las ideas de KEYNES, el Estado de nuestro tiempo histórico ha padecido toda clase de males. Inclusive, ha ocurrido con frecuencia la utilización del mecanismo regulatorio para satisfacer fines privados provocando la disociación del interés público respecto del obrar administrativo, que aparece sustituido por los intereses personales de los funcionarios o de los políticos. Pero más grave aún son los efectos que ocasiona la utilización abusiva o creciente del poder regulatorio en la vida social y económica, al cercenar las iniciativas particulares y la libre competencia que son condiciones indispensables para la fortaleza y el crecimiento de una determinada comunidad”.

2.1. Conexión entre las privatizaciones y la subsidiaridad

“Según el principio de subsidiariedad toda economía cae, en primer término, en el ámbito de la autorresponsabilidad y de la libre actividad del individuo, siendo éste un principio ordenador que, junto al derecho de propiedad privada, configura el ordenamiento básico del mercado o bien, para emplear palabras textuales de MESSNER “de la economía social en su ámbito de tráfico o de competencia”.

“Hay, pues, una conexión entre subsidiariedad y desregulación o desmonopolización porque lo que se persigue con estas técnicas no es el establecimiento de una situación nihilista en materia regulatoria, sino remover los obstáculos que se oponen a la iniciativa privada y a la libre concurrencia al mercado. Este es, precisamente, el sentido que adquieren las técnicas de reversión del estatismo pero, al mismo tiempo, es el que justifica las regulaciones del “Estado subsidiario”, con el objeto de instaurar la estructura legal indispensable para la realización de las libertades económicas y sociales, cosa que nunca ha desconocido la llamada escuela austríaca de economía”.

“En el actual proceso de transformación, el Estado debe desregular y desmonopolizar, con el objeto de instituir un sistema de control eficaz de la actividad privada que emane de las propias fuerzas del mercado, para lo cual hay que eliminar las barreras que se oponen a la libre actividad industrial y comercial, suprimir subsidios y privilegios, al par que liberar el comercio exterior, con una reducción razonable de aranceles y la supresión de trabas y prohibiciones a la importación”.

“En nuestro sistema constitucional tanto la desregulación como la desmonopolización constituyen una necesidad insoslayable habida cuenta de que si la mayor parte de las regulaciones y monopolios han afectado o impedido sustancialmente el conjunto de

libertades y demás derechos individuales reconocidos en el artículo 14 de la Constitución Nacional, su subsistencia obsta a la garantía de razonabilidad prescrita en el artículo 28 de la CN al tenor de la cual tales derechos no pueden ser “alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

b) Técnicas utilizadas para la derogación de regulaciones y de monopolios.

La derogación de las normas que estatuyen regulaciones o consagran monopolios se viene llevando a cabo mediante diferentes técnicas.

“En primer lugar, por el principio del paralelismo de las formas, si la regulación o el monopolio han sido instituidos por ley formal o material, su extinción, en principio, corresponde a una norma de idéntica naturaleza. Esta es la fórmula tradicional y ortodoxa. Sin embargo, las leyes (argentinas) de reforma del Estado y de emergencia económica 23.696 y 23.697, han articulado distintos mecanismos de delegación para proceder a la derogación de normas que afectan la iniciativa privada y el principio de la libre concurrencia. Lo han hecho no sólo por seguir una tendencia que se acentúa en el derecho comparado, hacia la transferencia de ciertas funciones normativas al poder ejecutivo, sino, fundamentalmente, porque en el momento del diseño de las políticas de transformación del Estado, ni los legisladores ni el poder ejecutivo disponían de tiempo para analizar las regulaciones, privilegios y monopolios existentes en los distintos sectores de la economía, cuya subsistencia resultaba incompatible con los principios del “Estado subsidiario”.

III. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS PRIVATIZACIONES

1. Principios que rigen las privatizaciones

Cada sistema jurídico debe expedir las normas fundamentales que rijan la privatización. En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, se sentaron las bases esenciales de la privatización. Corresponde al legislador el desarrollo de los preceptos de la Carta.

La Ley 226 de 1995, en el artículo primero dispone¹⁹:

“ARTÍCULO PRIMERO. CAMPO DE APLICACIÓN. La presente ley se aplicará a la enajenación, total o parcial a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa.

19 Ley 226 de diciembre 29 1995, *Diario Oficial*, n° 42.159, de 21 de diciembre de 1995, “Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización”.

La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o participaciones sociales estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del tesoro público...”.

En cuanto al procedimiento de enajenación, el artículo sexto de la Ley 226 de 1995 establece:

“El gobierno decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, a que se refiere el artículo primero de la presente ley, adoptando un programa de enajenación, diseñado para cada evento en particular, que se sujetará a las disposiciones contenidas en esta Ley”.

La doctrina ha señalado como principios básicos que rigen la privatización los siguientes:

1. La transparencia, con fin de evitar actos ocultos, privilegiados, tráfico de influencias, lo cual depende de un buen control.
2. La publicidad y libre concurrencia. Se pretende informar a la población de las entidades que serán objeto de privatización, con el propósito de lograr la mayor concurrencia de personas en el proceso.

El principio anterior encuentra fundamento jurídico en el artículo noveno de la Ley 226 de 1995 que preceptúa lo siguiente:

“La enajenación de la participación accionaria se hará utilizando mecanismos que contemplen condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia.

Cuando se utilice las operaciones de martillo se realizarán de conformidad con los reglamentos de funcionamiento de los martillos de las bolsas de valores y las reglas para su operación fijadas por la Superintendencia de Valores”.

3. La igualdad. La Constitución Política en varios artículos proclama el principio de igualdad, por ejemplo el artículo 13 preceptúa:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

El artículo catorce de la Ley 226 de 1995 garantiza y desarrolla el principio de la igualdad que debe regir las privatizaciones y establece:

“el programa de enajenación que para cada caso expida el gobierno dispondrá las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten los principios generales de esta ley...”.

4. Privatización en las entidades territoriales. Consideramos que las entidades territoriales pueden utilizar el mecanismo de las privatizaciones, con la finalidad de modernizar y prestar mejor los servicios públicos a su cargo, bien sea suprimiendo entidades y burocracia, o simplemente traspasándolas a los particulares para que las administren directamente, o enajenando la propiedad de las mismas.

La Ley 226 de 1995 en el artículo diecisiete dispone:

“Las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan enajenar la participación de que sean titulares, se regirán por las disposiciones de esta ley, adaptándolas a la organización y condiciones de cada una de éstas y aquéllas.

Los concejos municipales o distritales o las asambleas departamentales, según el caso autorizarán, en el orden territorial las enajenaciones correspondientes”.

Refiriéndonos a los anteriores principios, observa el profesor JUAN CARLOS CSSAGENE²⁰:

“Hay dos principio básicos que recoge la ley argentina 23.696: el de transparencia y publicidad. El primero tiende a evitar los actos ocultos o encubiertos, es decir, las desviaciones de poder en que puedan incurrir los gobernantes o funcionarios de turno. Sus aplicaciones más notorias son los preceptos relativos a la necesidad de tasación previa como base de la licitación o concurso (artículo 14, inciso, B, Ley 19.549) y el establecimiento de criterios objetivos para la adjudicación.

“Con el segundo principio. El de la publicidad, se pretende estimular la máxima concurrencia de interesados en las diferentes operaciones de privatización. Mediante la difusión pública se procura la utilización de procedimientos que permitan la máxima participación privada y una adecuada tutela de los derechos de los particulares”.

“Pero el gran principio, que en cierto modo aglutina a los dos anteriores es el de la igualdad, tanto en el acceso o concurrencia de los oferentes al proceso privatizador como durante su tramitación y adjudicación. Su vigencia, implícita en el sistema de la ley, deriva de un principio general del derecho, el de igualdad jurídica cuyo alcance (si bien está concebido por nuestra Constitución como igualdad ante la ley y las cargas

20 CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Las técnicas de reversión del estatismo en el proceso de reforma del Estado*, las leyes citadas corresponden a las privatizaciones en Argentina.

públicas —artículo 16 de la Constitución Nacional— comprende también la igualdad ante la administración”.

“La influencia de este principio se refleja, a su vez, en los principales procedimientos de selección adoptados por la LRE (licitación pública, concurso, remate público y venta de acciones en bolsa y mercados de valores), (artículo 18, Ley 23.696) en la limitación de la contratación directa a supuestos excepcionales y sólo cede, relativamente, en aquellos supuestos en que, con el objeto de estimular la generación de iniciativas privadas, se otorga a éstas el derecho de preferencia en caso de igualdad, o bien, para participar en una nueva puja, en el caso de que hubiera otra oferta mejor a la de quien presentó la iniciativa (artículo 58, Ley 23.696)”.

2. Conveniencia de las privatizaciones

Se ha observado en el presente estudio, que las privatizaciones se han originado en causas económicas, sociales, políticas y en técnicas de organización del Estado.

Realizados los estudios técnicos sobre conveniencia de las privatizaciones, el Estado tiene la obligación de proteger el patrimonio público, y así lo dispone el artículo cuarto de la Ley 226 de 1995 que establece lo siguiente:

“La enajenación de la participación accionaria estatal se hará en las condiciones que salvaguarden el patrimonio público. El recurso del balance en que se constituye el producto de esta enajenación, se incorporará en el presupuesto al cual pertenece el titular respectivo para cumplir con los planes de desarrollo, salvo en el caso de que haga parte de los fondos parafiscales, en cuyo evento se destinará al objeto mismo de la parafiscalidad”.

El artículo trece de la Ley 226 de 1995 establece:

“...el gobierno excluirá del programa de enajenaciones los derechos que tal entidad posea sobre fundaciones, obras de arte y en general bienes relacionados con el patrimonio histórico y cultural.

Tales bienes y derechos serán transferidos a favor de la nación o de la entidad pública de carácter nacional que el gobierno determine”.

La privatización ofrece la ventaja de abandonar el estatismo y el anquilosamiento del Estado, y requiere para tal efecto el consenso de los gobernados y la firmeza en la ejecución de las políticas debidamente diseñadas, que no sean fruto de la improvisación. No es conveniente privatizar empresas estatales que se encuentren bien administradas y rindiendo beneficios sociales y económicos; una sana política de privatización iría en contravía en estos casos.

Observa el autor mexicano RENÉ VILLAREAL²¹:

“Lo verdaderamente trascendente es buscar el nuevo papel del Estado en la economía, tanto en su acción indirecta de política económica como en su intervención directa a través de las empresas públicas, fortaleciendo el núcleo actual; racionalizar la participación del Estado y orientar el enfoque de cambio estructural, de concentración en lo estratégico y prioritario para la modernización es lo fundamental. Ello significa a su vez rechazar los enfoques ideológicos de privatización y desmantelamiento del Estado. La empresa pública ha jugado un papel de fundamental importancia en la política económica y contribuido al logro de los objetivos del desarrollo económico y social durante los últimos decenios.

La importancia del sector ha sido siempre su papel de palanca estratégica para la economía del país”.

3. Las privatizaciones deben fortalecer la inversión social

La privatización tiene como finalidad, como lo enseña el profesor ÁLVARO TAFUR²², la democratización de la propiedad del capital empresario, promover la acción de los particulares otorgándoles o restituyéndoles el protagonismo en el mercado. Restablecer la competencia entre distintos agentes económicos. Reencauzar la inversión pública, para asegurar la “inversión social” que permita la eficaz promoción de los derechos fundamentales.

4. La errónea aplicación de las privatizaciones conduce al neoliberalismo

Ante el fracaso del gigantismo estatal y de la exagerada intervención del Estado en todas las actividades de la vida económica, social y política, se ha requerido una revisión en el manejo del aparato burocrático, dando como resultado la aplicación de las tesis del neoliberalismo, cuyas exageraciones tendrán que ser rectificadas en corto tiempo²³.

Aunque es cierto que el Estado debe frenar el excesivo intervencionismo, no debe entregar toda su responsabilidad a los particulares, predicando la no

21 VILLAREAL, RENÉ, *Mitos y realidades de la empresa pública. ¿Racionalización o privatización?*, Ed. Diana, México, 1988, págs. 150 y 151.

22 TAFUR GALVIS, ÁLVARO, *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano. La participación. La colaboración convencional. Las empresas públicas. La privatización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1993, págs. 183 y sigs., y citas al pie de página.

23 VON MISES, LUDWING, *Teoría del dinero y el crédito*, Nueva York, 1934.

intervención como lo enseña el profesor alemán LUDWIG VON MISES, considerado como el inspirador del neoliberalismo. Compartimos las enseñanzas expuestas del profesor TAFUR apoyado en JHON DONAHUE, al expresar²⁴:

“En el debate sobre la privatización existe una buena porción de dislate. A los partidarios de la privatización les encanta invocar la eficiencia que caracteriza a las empresas bien manejadas dentro de los mercados competitivos y luego, sin tomarse la molestia de dar algún paso lógico intermedio, pregonar a bombo y platillo la conclusión de que las empresas privadas habrán de sobresalir así mismo en los proyectos públicos.

“Pasar de la observación de que las empresas privadas tienden a hacer su tarea mejor de lo que lo hacen los organismos públicos, a la afirmación de que tales empresas deberían tomar a su cargo las obligaciones de estos organismos, se parece más bien a observar que los clientes de los gimnasios para espásticos son, en promedio, más saludables que los de los hospitales y concluir, por consiguiente, que los entrenadores de discapacitados deberían tomar el lugar de los médicos. Las tareas públicas son diferentes y la mayor parte de las veces, más difíciles”.

“Al mismo tiempo, sería perverso, rechazar la privatización por el simple hecho de que algunos entusiastas la favorezcan por razones equivocadas. Aun para aquellos que creen en el gobierno —tal vez, especialmente para aquellos que creen en el gobierno— cualquier oportunidad de servir más eficientemente al interés público merece una consideración respetuosa. Los gobiernos de los Estados Unidos destinan aproximadamente medio billón de dólares anuales al pago de los empleados públicos para que éstos entreguen bienes y servicios en forma directa. Si sólo un cuarto de este total resultara adecuado para la privatización, con un ahorro promedio de, digamos, un 25 por ciento —y ninguna de esas cifras es imprudentemente optimista— el sector público ahorraría más de 30 mil millones de dólares. La perspectiva de que el gobierno disminuya tanto su gasto, o sea capaz de hacer tanto más, debería atraer a los norteamericanos, sean cuales fueren sus inclinaciones políticas”.

IV. INCONVENIENCIA Y ERROR DE LAS PRIVATIZACIONES

1. Inconveniencia de las privatizaciones

El Estado social de derecho, no se puede desprender de sus obligaciones, argumentando en el derecho de privatizar consagrado en la Constitución.

24 DONAHUE, JOHN, *La decisión de privatizar – Fines públicos y medios privados*, Barcelona, Ediciones Paidós, 1991, págs. 295 y 296, citado por el profesor ÁLVARO TAFUR G., en la obra *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1993, pág. 205.

Existen deberes que son inherentes al Estado. La comunidad se vería desprotegida con la transferencia de obligaciones y servicios propios del Estado, en manos particulares, asuntos que antes eran de la competencia de la jurisdicción administrativa, garante de los derechos de los administrados, por obra de la privatización pasan a la órbita del derecho privado, quedando ausentes los principios de legalidad propia de la administración, prohibición de la arbitrariedad, la imparcialidad, la actuación a través de procedimientos.

2. Desplazamiento del derecho administrativo por el derecho privado

Refiriéndose al tema del desplazamiento del derecho administrativo por el derecho privado, enseña el profesor español RAMÓN PARADA²⁵:

“Obviamente, cuando la administración escapa del derecho administrativo, disfrazándose de sociedad anónima o ente público sujeto al derecho privado, no deja de ser administración y debería, en consecuencia, estar sujeta a los mismos principios constitucionales. Sin embargo, el derecho privado no sirve para garantizar que, efectivamente, dichos principios (igualdad, mérito y capacidad, objetividad, neutralidad, prohibición de arbitrariedad) se cumplen, y no sólo porque son irrelevantes en el derecho privado, sino también porque al faltar en éste la exigencia de un procedimiento previo, justificador y legitimador de los actos jurídicos, como se impone para las administraciones públicas por el artículo 105.3 (Constitución española), se impide que los tribunales ordinarios puedan controlar que la actuación de la administración con arreglo al derecho privado se ajuste a aquellos principios (DEL SAZ)”.

“Por otro lado, hay que desmitificar la creencia en la mayor eficacia de la administración, cuando actúa sujeta al derecho privado y que se confunde de ordinario con la mayor eficacia del sector privado sobre el público. Pero la presunta mayor eficacia de la empresa privada rigiéndose por el derecho privado sobre las administraciones públicas rigiéndose por el derecho público, lo es porque los resultados de la gestión de aquélla repercute céntimo a céntimo en el patrimonio del empresario. Pero la administración cuando actúa en régimen de derecho privado, no está condicionada por el riesgo empresarial, porque también en estos casos dispara con “pólvora del rey” que es, dinero de los ciudadanos, de los presupuestos públicos, una financiación ilimitada que genera los impuestos protectores impenitentes de los riesgos de la quiebra empresarial”.

“Es por ello injustificable que existan organizaciones públicas, que ni están controladas por las inexorables leyes del mercado, ni por los procesos de impugnación de acuerdos

25 PARADA, RAMÓN, *Derecho administrativo*, t. I, parte general, cuarta edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 27 y sigs.

sociales ante el juez civil (dado que no existe en ella más que un solo socio: la administración pública estatal, autonómica o local), ni por los cautelosos procedimientos del derecho público y la justicia administrativa. Por ello, en el fondo, la huida al derecho privado de las administraciones públicas es la huida de todo el derecho y de toda jurisdicción, en suma, de todo control”.

“Por otro lado, la tendencia privatizadora, en cuanto busca la contratación discrecional, comporta un fraude a las directivas comunitarias (Directiva 71/305/CE del 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y la Directiva 77/62/CE del 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, posteriormente modificadas y complementadas por otras), directivas que imponen a los estados miembro, y con la finalidad de impedir trato discriminatorio entre nacionales y extranjeros, y asegurar la libre competencia, la obligación de acomodar su derecho a los procedimientos públicos de selección de contratistas que en aquéllas se diseñan. Por ello, el legislador español, estatal y autonómico, mientras con una mano acomoda su legislación al derecho comunitario con la otra desfigura y enmascara con fórmulas privadas a sus administraciones públicas, para eludir las obligaciones que se derivan de esa misma normativa”.

3. El error de las privatizaciones en el derecho comparado

Fuera de las connotaciones de carácter económico de privatizar empresas rentables para el Estado, que ofrecen seguridad administrativa y social, la doctrina suele reconocer que la tendencia privatizadora, pone de manifiesto, la garantía externa de los particulares contra la administración, descuidando, a veces, la responsabilidad de prestar óptimos servicios públicos. La experiencia de varios países (Inglaterra y México) nos demuestra que algunas empresas y actividades estatales han tenido que regresar al sector oficial.

Observa el profesor español RAMÓN PARADA²⁶:

“La preocupación por la eficiencia, ha llevado no sólo a una huida hacia el derecho privado —escape, en definitiva, del control que del derecho administrativo de la jurisdicción administrativa—, sino también a una alternativa de derecho público al régimen administrativo tradicional al que se injertan unos remedios milagrosos, salvíficos, como son la descentralización y la participación ciudadana directa en la gestión de los entes y servicios públicos (como es el caso de los centros educativos universitarios,

26 PARADA, RAMÓN, *Derecho administrativo*, t. I, parte general, cuarta edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 29 y 30.

medios y primarios) y que evidencian la influencia de los modelos organizativos anglosajones, y, más concretamente norteamericanos.

“Sin embargo, la verdad es que el injerto de estas nuevas técnicas no ha supuesto ninguna mejora en la eficacia de la administración, pues la descentralización está llevando a la valcanización o medioevalización de la administración pública con un aumento considerable de sus costos, como demuestran los crecientes déficit de la comunidades autónomas y de los municipios. En cuanto a las técnicas de participación —tan escasamente utilizadas, por otra parte, por sus beneficiarios—, aparte de suponer una incidencia desvirtuadora del proceso general de representación democrática, implican una mayor complejidad y lentitud en los procedimientos de toma de decisiones y la oportunidad de nuevos motivos de infracción y de causas de invalidez de los actos administrativos. Por ejemplo, los consejos escolares, previstos en la LODE, son un ejemplo paradigmático de cómo esa huida del control del poder político democrático en favor de la gestión directa por usuarios y funcionarios puede provocar la peor gestión de la escuela pública (con el mismo fracaso se saldó la reciente experiencia autogestionaria de la escuela francesa)”.

“Los fracasos de esas técnicas que se están evidenciando en países, como Italia, que van por delante de nosotros en estas experimentaciones in vivo, ha llevado a GUARINO a postular el mantenimiento del modelo clásico de derecho administrativo, un ordenamiento administrativo rígido. Este sería el único camino, capaz, además, de conjurar los peligros que engendra una clase política profesionalizada, que demanda más y más cargos protagonizando una dinámica de crecimiento vertiginoso, sin confín alguno, encaminada a apropiarse de todas las áreas de poder disponible la multiplicación primero de las administraciones públicas a través de la descentralización (las regiones italianas y francesas, las comunidades autónomas españolas) y, mediante la patrimonialización, después, en su beneficio del máximo de aparatos públicos y administrativos. Sólo, pues, con el derecho administrativo tradicional, el “Estado podría resistir cualquier tentativa de apropiación”. Las selecciones de personal fundadas en procedimientos objetivos, los comportamientos sujetos a la observancia de reglas complejas verificadas en el curso y después de la selección de las opciones, el posible control judicial de anulación y el régimen de responsabilidades ponen en guardia frente a intrusiones y procuran hacerlas emerger en alguna de las muchas fases de esas complicadas relaciones”.

Frente a los dos procesos de apropiación que sufren las administraciones públicas —una por la clase política y otra por el sector privado, conjugadas ambas a través de fórmulas negociables que permiten marginar el empleo de servicios propios y de la clase funcionaria— GUARINO advierte sobre la insuficiencia de las reformas administrativas tradicionales que ponen el acento sobre simples reformas orgánicas y competenciales o que centran todas las esperanzas en acrecentar los controles de legalidad —la magnificación fetichista de la ley, en expresión de NIETO—, pero, sobre todo, previene contra el peligro de una reforma administrativa que suponga la huida sin paliativos del derecho administrativo y del consiguiente tratamiento de la administración como una unidad empresarial vinculándose todo su

funcionamiento a presuntos cánones de eficiencia con máxima aplicación del derecho privado.

“Esta solución —dice GUARINO— es absurda y supone el desperdicio de una preciosa experiencia. Ignora precisamente la parte de las raíces históricas del derecho administrativo que se substancian en la protección del interés público precisamente contra los administradores, que ahora son cada vez más, miembros de la clase política, o están subordinados a ella mediante variadas fórmulas de clientelismo. En definitiva, la solución privatizadora equivaldría, “a derribar las murallas de la ciudad cuando el ejército enemigo se está aproximando con grandes fuerzas”.

4. Recomendaciones para lograr una administración eficiente

Las reformas que en Italia propone GUARINO, para autonomizar la administración frente a la clase política y, en general, aumentar su eficiencia, son las siguientes:

- a) Institución de un secretario general, como figura profesional autónoma en los ministros, regiones y municipios, como forma de reforzar la autonomía de la administración frente a los cambios del personal político.
- b) Reducción del grado de colegialidad de los órganos administrativos, ya que el colegio es “el vehículo de la *lottizzazione* y por tanto de penetración de los intereses de parte”.
- c) Personalización de las responsabilidades de los entes administrativos en un titular o administrador para cada sector o subsector, evitando precisamente la disolución de aquéllas en todo el colectivo burocrático.

En Colombia para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios que hayan dado lugar al detrimento al patrimonio del Estado, o quienes en su calidad de servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, la Constitución modificada por el referendo estableció pérdida de derechos políticos. Dice el texto completo del único artículo que fue aprobado del referendo y que entró en vigencia la siguiente:

“Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya

dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

- d) Reducción drástica de la importancia del documento escrito en la gestión administrativa para agilizar ésta y su control.
- e) Reforma del contencioso administrativo conforme al criterio de modificar la operatividad automática de las nulidades administrativas, de forma que para decretar se precise:
 - 1) Que la ilegalidad haya influido en el resultado;
 - 2) Que la nulidad lleve a un resultado más ventajoso para el interés público. En los casos en que se excluyera la oportunidad de la nulidad se otorgaría, si procede, una indemnización (canon de exclusión judicial de la anulación).
- f) Facultad al juez para dictar actos en sustitución de los anulados según criterios de oportunidad (canon de sustitución de la actividad administrativa).
- g) Innovación de las técnicas de pruebas en el contencioso administrativo, aceptando la normalidad de las pruebas no documentadas (audiencia de las partes, interrogatorio de funcionarios), etc.
- h) Reforma correlativa de la organización judicial para su adaptación a las nuevas tareas.
- i) Desregulación de aquellas áreas en las que el derecho administrativo se ha mostrado inessential o ineficiente, liquidando las participaciones estatales en sociedades o empresas privadas, cuando su titularidad pública no tenga ninguna justificación objetiva.
- j) Revisión cuidadosa de los programas privatizadores, con la finalidad de evitar el traspaso a manos particulares, de los bienes y empresas del Estado que le son rentables.

BIBLIOGRAFÍA

BANDRÉS, JOSÉ MANUEL, *El principio de subsidiariedad y la administración local*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A., Madrid, 1999.

- BILBAO UBILLOS, JAVIER, "La privatización: concepto, objetivos y procedimientos". citado por GONZÁLEZ DE LA FE, PEDRO, y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, ROBERTO, *Políticas de privatización*, cap. Primero, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2003.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Las técnicas de reversión del estatismo en el proceso de reforma del Estado*, las leyes citadas corresponden a las privatizaciones en Argentina.
- DESENTADO DAROCA, EVA, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 67.
- DONAHUE, JOHN, *La decisión de privatizar – Fines públicos y medios privados*, Barcelona, Ediciones Paidós, 1991, págs. 295 y 296, citado por el profesor ÁLVARO TAFUR G., en la obra *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1993, págs. 185 y 186, cita al pie de página.
- GONZÁLEZ DE LA FE, PEDRO, y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, ROBERTO, *Políticas de privatización*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2003.
- Ley 226 de diciembre 29 1995, *Diario Oficial*, n° 42.159, de 21 de diciembre de 1995, "Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización".
- LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, *El derecho del poder. Una reflexión sobre el derecho administrativo*, Editorial Colex, Madrid, 1999.
- PARADA, RAMÓN, *Derecho administrativo*, t. I, parte general, cuarta edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 27 y sigs.
- PENAGOS, GUSTAVO, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Parte Especial, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D.C. 1995.
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, JAIME, "Crisis del Estado bienestar", profesor de derecho administrativo, Universidad de Coruña, publicación de la revista *Tapia*, Madrid, octubre de 1994.
- RODRÍGUEZ ARANA, JAIME, *La privatización de las empresas públicas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991.
- SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO, *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, pág. 2.
- TAFUR GALVIS, ÁLVARO, *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano, La participación. La colaboración convencional. Las empresas públicas. La privatización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1993, págs. 183 y sigs., y citas al pie de página.
- TRONCOSO REIGADA, ANTONIO, *Privatización, empresa pública y constitución*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, citando a GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I. 6ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 385.

VILLAREAL, RENÉ, *Mitos y realidades de la empresa pública. ¿Racionalización o privatización?*, Ed. Diana, México, 1988, págs. 150 y 151.

VON MISES, LUDWING, *Teoría del dinero y el crédito*, Nueva York, 1934.