

**DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS PROCESOS DE
PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS**

LINA MARÍA ENRÍQUEZ CAICEDO

JUAN CAMILO BERNATE ROZO

INVESTIGACIÓN DIRIGIDA POR:

Dr. IGNACIO LONDOÑO

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

FACULTAD DE DERECHO

AGOTO DE 2003

**DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD EN LOS PROCESOS DE
PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS**

INDICE

I.	Introducción	3
II.	PRIVATIZACIÓN	7
	A. ¿Qué es la privatización?	
	B. ¿Cuál es la finalidad de la privatización?	
	C. ¿Qué puede ser objeto de privatización?	
	D. Alternativas legales para la privatización	
III.	DEMOCRATIZACIÓN	48
	A. ¿Qué se entiende por democratización?	
	B. El concepto de la democratización en la Constitución Política de Colombia de 1991.	
	C. El concepto político y económico de la democratización en el artículo 60 de la Constitución Política de 1991.	

IV.	Beneficiarios de la democratización del artículo 60 de la Constitución Política	85
	A. Los trabajadores.	
	B. El sector solidario.	
V.	La democratización en los procesos de privatización en Colombia	99
VI.	La experiencia comparada	139
	A. Experiencias de democratización en la privatización en otros países de América Latina.	
	B. Casos específicos.	
VII.	Conclusiones y propuesta	165

INTRODUCCIÓN

No es nueva la preocupación acerca de los problemas de la justicia social, la equidad, la redistribución del ingreso o las dificultades a las que un Estado, dentro de la coyuntura del subdesarrollo, debe enfrentarse para intentar materializar estos clamores sociales. Tampoco han sido pocos los estudios que se han ocupado de los conceptos de privatización y democratización y de la relación medio-fin que entre estos dos procesos se ha venido trenzando, precisamente, como herramienta a la que los Estados han recurrido con miras a alcanzar mayores niveles de igualdad para sus ciudadanos.

Nuestra Constitución Política de 1991, dentro del marco que crean las preocupaciones, estudios, medios y fines que acabamos de comentar, estatuye en su artículo 60º que siempre que el Estado, en cumplimiento de su obligación de promover el acceso a la propiedad, siempre que enajene su participación en una empresa, deberá democratizar la titularidad de sus acciones y, en virtud de ello, ofrecer a sus trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. Pues bien, la preocupación por si los procesos de privatización de empresas públicas en el país observan realmente ese principio de democratización ha reclamado en los últimos tiempos la atención que el asunto merece, pero son bastante pocos, casi exiguos, los estudios que se hayan dedicado al análisis profundo del tema.

Por ello, reconociendo que el asunto de las privatizaciones democráticas en Colombia es hoy un problema de dimensiones nacionales y que merece se le dediquen líneas juiciosas de

análisis, realizamos esta investigación, bajo la dirección del Dr. Ignacio Londoño, con la intención de hacer un modesto aporte académico en relación con este importante tema.

Para hacerlo así, presentamos a continuación de este introito los seis capítulos de estudio que componen el análisis :

Capítulos II. Privatización y III. Democratización. En estos primeros capítulos se busca dar una base conceptual mínima de los conceptos fundamentales que son los ejes alrededor de los cuales gravita el presente análisis: la “privatización” y la “democratización”.

En relación con estos dos capítulos, deseamos advertir que cuando un estudio, cualquiera que sea su naturaleza, se enfrenta a la tarea de dar contenido a los conceptos que sirven de fundamento a sus tesis o postulados principales, puede contar con la comodidad metodológica de que el concepto a definir se trate de uno tan técnico que no exista más de una acepción posible que le corresponda o que de las varias posibles, sea tarea fácil escoger aquella que más convenga a sus intereses académicos, como ocurre con la definición del concepto de privatización. Pero también puede ocurrir, por el contrario, que el mismo estudio deba enfrentarse con la ardua labor de darle el mejor significado a ideas que, en tanto vacías, vagas y generalmente manipuladas, se identifican con muchas y muy disímiles nociones; ocurre así cuando se pretende definir conceptos como los de justicia, equidad, democracia o *democratización*. Así, los Capítulos II y III de esta investigación presentan al lector los dos conceptos ejes que permiten todos los giros, desarrollos y conclusiones que se exponen en las siguientes líneas, son éstos el concepto de Privatización (Capítulo II) y el

concepto de Democratización (Capítulo III), haciendo especial énfasis, en ambos casos, en la forma que adquieren dentro del ordenamiento colombiano, sus implicaciones y la relación jurídica, política, económica social que entre ambos conceptos se ha venido tejiendo.

Capítulo IV. Beneficiarios de la democratización del artículo 60 de la Constitución Política.

En este capítulo se hace un análisis de aquellas personas o sectores que el artículo 60° de la Constitución Política eleva a la calidad de beneficiarios de las condiciones especiales de adquisición de la propiedad estatal, siendo ésta, quizás la sección más importante del presente trabajo de investigación, pues en ella se empieza a formular una de las conclusiones más significativas de nuestra tesis, que, queremos dejar planteada aquí mismo, tal vez como incitación al lector y según la cuál el artículo 60° de la Carta, al estatuir a los trabajadores de la empresa privatizada y al sector solidario como únicos beneficiarios de las mencionadas garantías de compra, contraría el discurso democrático e igualitario que supone orientar todo nuestro ordenamiento.

Capítulo V. La democratización en los procesos de privatización en Colombia. En este aparte se estudiará el régimen legal que gobierna actualmente los procesos de privatización en el país y, para completar este estudio y poder aportar verdaderas conclusiones prácticas, se presentarán finalmente varios análisis de casos de privatizaciones de empresas públicas ya celebradas dentro del territorio nacional.

Capítulo VI. La experiencia comparada. Aquí, abandonando el perjuicio que sugiere que lo foráneo, sólo por el hecho de no fraguarse en la propia Patria, no merece serios y detenidos

estudios y la imperdonable creencia en que el determinismo social nos condena a ser un país sin mejores destinos e incapaz de adoptar y superar los buenos ejemplos, presentamos, de forma bastante sintética y práctica, los procesos de privatización que se surten en otras latitudes de América Latina con el fin de que sirvan para dar luces en la transformación y perfeccionamiento que, creemos, requiere urgentemente nuestro modelo de privatizaciones y para reconocer errores sobre los que no se nos permite volver a pisar.

Capítulo VII. Conclusiones y propuesta. Damos cierre a esta investigación con la exposición de las conclusiones y propuestas que, a través de ella fuimos cociendo, con la intención, no sólo personal de satisfacer una preocupación intelectual, sino general de que pudiera llegar a ser de utilidad a quienes quieran dedicar un esfuerzo mental y práctico al asunto de la democratización de la propiedad en la privatización de empresas públicas.

CAPÍTULO I

PRIVATIZACION: ¿Qué es?, ¿Cuál es su finalidad?, ¿Qué puede ser objeto de privatización?

Introducción:

Las relaciones de tipo económico, político, social o de cualquier otra índole que se desarrollan dentro del marco estatal, han venido sufriendo un cambio radical fruto del fenómeno conocido como “globalización”. Las naciones, al encontrarse cada vez menos delimitadas por fronteras nacionales, se convierten en bloques regionales que modifican el papel del Estado Nacional y que, proyectándose en el tiempo, se convierten en el bloque mundo.

Consecuentemente, las relaciones económicas se han venido caracterizando en los últimos años por la insistencia en la supresión de las barreras comerciales y en el fortalecimiento de corrientes transfronterizas de capital, lo cuál, lejos de tener incidencia exclusiva en el ámbito de las relaciones entre particulares, también ha causado un trastocamiento del modelo de infraestructura estatal, transformando con ello todo el paradigma de la función prestadora de servicios públicos.

Así es como hoy, el generalizado sistema de economía libre y principios irreductibles como la iniciativa privada o la libre competencia, imponen a los Estados una necesidad de modernización inaplazable que exige, entre otras cosas, una redefinición de la función

económica del Estado, es decir, de la forma en que éste interviene en el libre flujo mercantil para garantizar no sólo los derechos y libertades de los agentes del comercio, sino además, una justa redistribución de ingresos como fuente de bienestar social.

Dentro de este nuevo paradigma los Estados debieron optar por expulsar de su organización todas aquellas actividades y funciones que no produjeran rendimientos robustecedores del tesoro público y a aquellas que, dado su poder regulador, representaran una amenaza para la libertad y autonomía que exige el mercado moderno. Con miras a lograr tales fines, aparece en el escenario de las políticas públicas (*policy*) del Estado una herramienta de modernización de cuya definición y alcance se ocupará el presente capítulo, la PRIVATIZACIÓN.

A. Que es la privatización?

La privatización nace en Inglaterra a mediados de los años setenta como un fenómeno político-económico que buscaba dar un giro completo a la infraestructura económica de la época -no adecuada para el sistema de libre mercado que venia imponiéndose a gran velocidad- y sentar las bases para una modernización estatal constante y exitosa que no trajera consigo efectos secundarios negativos.

El Estado, preocupado por tener que encarar una serie de presiones internas acentuadas e impulsadas por el fenómeno de la “globalización” se vio en la necesidad de cambiar el

modelo y las herramientas que le permitían intervenir en los asuntos económicos de la nación. En esa tarea, los problemas básicos a los que se ve enfrentado son:¹

- Recursos: La presión por aliviar los déficits fiscales nacionales, combinada con las decisiones políticas de reducir impuestos, han estrechado los recursos disponibles para la inversión en el mejoramiento y productividad de las empresas prestadoras de servicios públicos propiedad del Estado, y especialmente en su capacidad de adaptación al mundo moderno;
- Eficiencia: Parcialmente, como resultado de la falta de inversiones e ingresos, pero también por razones asociadas con la estructura y métodos históricos de organización del sector público, ciertos segmentos de este sector han utilizado ineficazmente sus escasos recursos;
- Efectividad: Por las mismas razones, gran parte del sector público, específicamente, la que se dedica al desarrollo de actividades empresariales con fines sociales, no ha conseguido alcanzar sus objetivos de forma efectiva, lo que ha desencadenado la insatisfacción popular y exigencias por una mayor calidad en la prestación de servicios públicos;
- Parasitismo: En algunos países, las organizaciones del sector público han sido usadas sistemáticamente como fuente de financiamiento o impulsión de intereses privados desde las curules de los cargos de elección pública o dentro de la misma estructura

¹ PSI, *Problemas extraídos de PSI. Las raíces de la Privatización. El sector público y debates de actualidad*. 1997, pg. 4.

organizacional de las empresas estatales, haciendo de la corrupción un defecto endémico que fustiga la estabilidad del Estado.

- Demografía: Especialmente donde ancianos y niños representan una creciente proporción de la población, la demanda de más servicios públicos ha ido aumentando, mientras que la proporción de personas que los financian con sus impuestos sobre la renta ha ido disminuyendo, relación que evidentemente dificulta la función prestadora de servicios públicos y exige niveles mucho más altos de eficiencia y justicia social para lograr dar respuesta a las intrincadas relaciones socio-económicas.

Estos problemas, combinados entre sí y sumados a otros producto de fenómenos como la “globalización”, el aumento desenfrenado de las tasas de desigualdad social, la pérdida generalizada de gobernabilidad, entre otros, terminaron por “persuadir” a los gobiernos nacionales a reducir la carga que representan ciertas empresas de propiedad estatal para la hacienda pública, optando por venderlas o liquidarlas de tal manera que se liberalizaran recursos estatales y dando con ello vida al concepto y práctica de la privatización.

La figura tiene dos acepciones, una simple que la define como vender o transferir al sector privado empresas y/o servicios públicos, quedando asociado el término con la transferencia de activos del sector público al privado en términos de propiedad, gestión, finanzas o control. Pero, la concepción no sólo se reduce a la operación de venta de activos públicos al sector privado, sino que también se ha vinculado con la reducción de la función de regulación del

Estado en relación con las políticas de liberalización y de desreglamentación, tal como se indica a continuación.

El segundo concepto planteado, quizás más complejo pero al mismo tiempo más adecuado y útil, al menos para los intereses de esta investigación, define la privatización como “un cambio de propiedad de partes del proceso productivo, el arrendamiento de la empresa o la contratación de la prestación de un servicio público por parte de una entidad privada.”² Como puede verse, a diferencia de la primera acepción del término, ésta no incluye como elemento de la esencia de la privatización la transferencia de propiedad sobre los bienes o servicios que se ofrecen al sector privado, sino que involucra más bien diversos mecanismos de gestión o producción alternativa que no implican desvinculación estatal vía transferencia de su propiedad sobre activos públicos.

Expuesto lo anterior, es posible arrojar una primera conclusión conceptual que defina el término del que nos hemos venido ocupando de manera que se integren todos los elementos ofrecidos. Así, en adelante sugerimos al lector entender la privatización como un proceso mediante el cual las funciones, competencias, bienes, u objetivos estatales son transferidos al sector privado, bien sea acompañadas de títulos de propiedad sobre los activos que ofrece el

² Fedesarrollo, *Privatización y crecimiento económico ¿Por qué?, ¿Qué es?, ¿Para que?, ¿Cómo?*. Fedesarrollo, pg. 11.

Estado o desprovistas de éstos³. Sin embargo, esta formulación conceptual quedaría inconclusa si no se advierte que para entender su real trascendencia y para que quien lea estas líneas alcance los objetivos que ellas proponen, se debe tener presente que la introducción de la privatización al escenario estatal con sus incidencias políticas, económicas y sociales, representa un cambio en el tradicional orden que trazaba una línea infranqueable entre la esfera pública y la privada, permitiendo que hoy ambas se mezclen en una sola zona gris, que lejos de ser un espectro penumbroso o de poca claridad y orden, hace posible el reconocimiento de que lo público, en tanto es de todos, pertenece a cada uno de los individuos que conforman la esfera privada y lo privado, con todas sus necesidades y complejidades, no puede dejar de ser tarea de quienes dirigen lo público.

Ahora bien, entendida la privatización como un concepto amplio que no sólo se refiere a la transferencia de títulos de propiedad pública, tenemos que ésta se vincula a otros mecanismos de acción modernizadora como “la *subcontratación*⁴ de servicios en que los funcionarios públicos actúan como administradores de servicios; los acuerdos *de mercado interno*⁵ en que la compra de servicios está separada de su prestación; las *tasas de los usuarios* en que los gobiernos imponen cargas por el uso de servicios que siguen siendo

³ fco.polanco@codetel.net.co. La privatización (Tesis).

Barra, R.C., *La Concesión de Obra y de Servicios Públicos en el Proceso de Privatización*. Revista de Derecho Administrativo, No. 6, Buenos Aires, Enero – Abril, 1991, pg. 28, citado por: Rodríguez, Eduardo, *Privatización de la Empresa Pública y Post-privatización*, Análisis Jurídico. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pg. 88.

⁴ Figura por medio de la cual el administrador público actúa como contratista de una empresa privatizada teniendo como objetivo la administración únicamente.

suministrados por el sector público, y la *liberalización* que consiste en la eliminación de las disposiciones reglamentarias que impiden a las empresas del sector privado participar en los mercados del sector público”.⁶

Esta variedad de acciones indica que la privatización se define cada vez de una forma más amplia para incluir todos los esfuerzos que fomentan la participación del sector privado en la prestación de servicios que otrora se encontraban en manos del Estado. Sin embargo, la amplitud y ambigüedad del término «privatización», o el alcance y nivel de desarrollo que pueda dársele en diferentes escenarios estatales, ha complicado la interpretación y entendimiento del concepto, causando además una dificultad en el estudio comparado, pues al tratar de analizar la práctica de la privatización en diferentes países, se evidencia que no en todas las latitudes se adopta un concepto unívoco del término.⁷

B. Cuál es la finalidad de la privatización?

La determinación de los fines que persigue la privatización se ve sujeta a una variable, de tipo analítico que consiste en establecer si el análisis parte del carácter filosófico o teleológico de la privatización o de su carácter real o práctico.

⁵ Mecanismo que hace referencia a servicios públicos en donde vía acuerdo intraempresarial se divide la prestación de la compra del servicio entre un organismo privado y uno público.

⁶ Programa Alianzas Estratégicas para el Desarrollo Local en América Latina. Universidad de Texas. Estudios sobre privatización. 1997.

⁷ *Ibidem*.

Desde el punto de vista dogmático, la privatización se sostiene sobre un sustrato ideológico cuya premisa más radical y principal afirma que el Estado no debe tener ninguna función ni poder de intervención en las relaciones económicas, salvo la de garantizar la existencia de mecanismos que permitan el cumplimiento de los acuerdos comerciales y mantener la seguridad dentro de los límites nacionales. Un segundo momento de la teoría que estructura la privatización, sin abandonar su tesis primigenia, reconoce que el mercado contiene fallas inmanentes y que en aras de corregirlas y de asegurar principios sociales como el bienestar común o la equidad, el Estado puede dotarse de algunas herramientas de intervención o regulación que no alteren las leyes naturales del mercado pero que sí aseguren mayores niveles de justicia social. Es alrededor de este desarrollo teórico, propio del carácter dogmático de la privatización, que se giran las siguientes ideas:

- El financiamiento de las empresas y de los servicios públicos, debido a la ineficacia e ineficiencia administrativa del Estado, se convierte en una carga muy grande y uno de los principales, sino el principal factor del crónico déficit fiscal y por eso debe suprimirse como tarea a cargo del Estado.
- El Estado en materia de actividad económica comercial, competitividad, productividad y eficiencia carece de las herramientas o aptitudes de las que sí se encuentra dotado el sector privado, por lo que le resulta difícil reaccionar rápida y

certeramente a condiciones de mercado que por naturaleza son contingentes y a diario cambiantes.

- La administración o gestión de naturaleza privada cuenta con una ventaja frente a la pública que le permite ser, en principio, más eficiente. Se trata del interés privado que, movido por el reparto efectivo de ganancias entre los asociados empresariales, actúa como motor impulsador de acciones productivas y eficientes.

Así, en términos generales, la teoría de la privatización considera al aparato estatal, como un administrador de recursos empresariales poco operativo e ineficiente, que resulta peligrosamente proclive a traicionar los principios rectores de la gestión administrativa y que, en cuantiosos casos (salvo aiosas excepciones como las empresas públicas de Medellín E.E.P.M e ISA en Colombia o el caso EMBREAR en Brasil), se convierte en foco de corrupción, despilfarro de los bienes públicos e inequidad social.

Ante este panorama, la dogmática de la privatización propugna por una modernización estatal dirigida a lograr un cambio en su modelo de operación que adquiere hoy carácter urgente, ya que cuestiones tales como la insuficiente cobertura, la poca calidad de algunos de los servicios públicos cuya prestación se encuentra a cargo del Estado, la deficiente concepción y ejecución de proyectos de inversión y el clientelismo y corrupción que

empobrecen las arcas públicas, hacen insostenible la economía de un país y lenta la marcha hacia la búsqueda de una mayor justicia social.⁸

Así, la privatización aparece y se ofrece como medio y fin del proceso de modernización estatal, recibiendo variadas justificaciones en casi la totalidad de los países liberalizados del mundo, dependiendo éstas de las condiciones de desarrollo de los mismos, así:

La procesos de privatización se justifican por:

Países desarrollados	Países en desarrollo	Colombia
<ul style="list-style-type: none"> • Mejorar los niveles de bienestar de la población en general ya que el mercado por sí solo no garantiza la repartición equitativa del ingreso • Reducción del tamaño del Estado y desmonte del mal llamado Estado de Bienestar. 	<ul style="list-style-type: none"> • Inducir procesos de industrialización por la vía privada con el fin de satisfacer la demanda interna de bienes y servicios y estimular la aparición de nuevos sectores de producción. • Tendencias divididas de emulación a los países desarrollados pero de manera forzada dada la internacionalización el llamado sistema mundial. Ej: Chile, México, Bangladesh. • Superación de crisis fiscales y reducción del tamaño de la deuda. 	<ul style="list-style-type: none"> • Poco éxito del IFI y su política de creación empresarial. • Sistema descentralizado de desmonte vía apertura al sector privado. • Ajuste económico fomentado por la banca multilateral. • Aporte a un sistema de valores incipiente. • Obligación constitucional de democratización de propiedad accionaria estatal.

Como lo muestra la tabla, la fines que se fijan a la privatización quedan determinados directamente por la concepción dogmática o meramente teórica que de la misma se tenga y

⁸ PERRY, Guillermo, *Modernización o Subasta*. Revista Estrategia Económica (Febrero de 1993), pg. 10.

ésta no es otra que la búsqueda afanosa de vías de modernización del Estado, pero su real dimensión, es decir, la que determina las finalidades de los procesos de privatización a partir de su carácter práctico, adquiere entidad cuando éstos han tenido lugar en países poco desarrollados o en vía de desarrollo. Así, mientras en países con altas tasas de desarrollo la concepción de la privatización se acomoda a sus postulados teóricos, es decir, PRIVATIZAR PARA MODERNIZAR, en países en vía de desarrollo los fines de la privatización son aparentemente dos y no siempre coinciden con la dogmática que le subyace. El primero de dichos fines, si bien es el de la búsqueda de modernización estatal, se fija como un objetivo programático hacia el que se ha avanzado, en la mayoría de los casos, con paso lento y, por otro lado, el segundo de los fines o justificaciones, más real en tanto se ajusta a las necesidades inmediatas de dichos países, consiste en servir de mecanismo para atraer o liberar fondos líquidos inmediatos que sirvan de alivio a las difíciles situaciones fiscales por las que atraviesan estos países, de manera que puedan ser reinvertidos en el cubrimiento de otras necesidades estatales; es decir, se trata de PRIVATIZAR PARA OBTENER LIQUIDEZ INMEDIATA. Desde ya cabe anotar que esta forma de concebir los procesos de privatización y sus alcances resulta poco afortunada y más bien, a mediano y largo plazo, aún más dañina para las economías nacionales, pues aunque permite obtener fondos de inversión a corto plazo, atrasa de manera muy clara la finalidad y requerimiento superior de modernización del Estado.

Sin embargo y pese a sus diferencias, ambas finalidades comparten una orientación ideológica, según la cual el mercado debe ser tenido como el principal y único agente

asignador de recursos y por lo tanto, son sus fuerzas las que deben distribuir los bienes y servicios entre la población que lo conforma. “Desde esta perspectiva lo que se busca es la reducción de la intervención del estado (sic) en la economía y en la prestación de servicios públicos. Este último tema es el que genera mayores controversias, pues tradicionalmente la previsión social, la salud y la educación fueron y han sido responsabilidad del Estado”⁹. Frente a este planteamiento se levanta una crítica que no sólo ataca las tesis estructurales de quienes sostienen lo anterior, sino, específicamente las justificaciones que puedan hallársele a la privatización, pues fundamenta que el simple mercado, regido por intereses particulares, no resulta perfecto a la hora de asegurar justicia y equidad social.

Ahora, lo dicho hasta aquí acerca de las finalidades teóricas y prácticas de la privatización, puede ser resumido a través de tres enfoques expuestos durante la II Conferencia de América Latina y el Caribe sobre Privatización promovida por la universidad de Texas:

- Privatización como fin en si mismo: Fin económico, centrandó su evaluación en los fines macroeconómicos de las experiencias en términos de los éxitos alcanzados y los fracasos. Asimismo busca reformular procesos de reestructuración en la economía y beneficios fiscales para el país. El objetivo principal de la privatización bajo esta perspectiva es buscar la nueva división del trabajo entre los sectores público y privado, buscando aumentar la eficacia y la eficiencia de ambos y

⁹ Ibidem.

reservando para el sector privado su acción en el ámbito económico y para el Estado la posibilidad de atención y respuesta a las necesidades sociales.

- Privatización social: destaca los aspectos sociales y políticos del proceso de privatización, vinculando ésta con los aspectos políticos y sociales de una sociedad determinada. Se deben tener en cuenta las características socioculturales de cada sociedad y asumir que ésta es sólo un medio para alcanzar un fin mucho más amplio que es el desarrollo y bienestar de la población.
- Privatización teórica conceptual: Analiza metodologías de aplicación en la instrumentación del concepto en los actores de producción, enfocándose en la necesidad de separar conceptual y metodológicamente las tendencias hacia el aumento de la participación del sector privado en un sector como el público que ha estado hasta el momento fuera de su esfera de intervención. Los procesos de privatización según este enfoque son modelos de delimitación de acciones mediante las cuales las relaciones de propiedad, control o usufructo, o todas ellas según sea la modalidad del convenio, pasan a manos de entidades jurídicas o personas naturales privadas con una clara intención de modernización estatal.

C. Que debe ser objeto de privatización?

La pregunta por el qué debe ser privatizado, sólo puede responderse desde un enfoque realista que comprenda los asuntos de conveniencia política y económica que le son inherentes, pues como podrá concluirse al final de este acápite, exceptuando aquello que no

hace parte de lo privatizable y que se identifica con los conceptos de soberanía y seguridad nacional, lo restante, que sí puede constituirse en objeto de privatización, se ve envuelto en la arena de las políticas públicas, en donde juegan los análisis de costos y beneficios que determinan el nivel de conveniencia política, económica o social que revestiría cualquier proceso de privatización, siendo esto, en última instancia, lo que determina qué es privatizable y qué no. Para hacerlo más claro, las siguientes líneas.

El Estado, en sí mismo, como ideario y construcción teórica de las revoluciones liberales y capitalistas, representa una organización que adquiere forma, poder de manifestación y fuerza frente a sus asociados y frente a otros Estados, a través de una red institucional compuesta por entidades, representantes, procedimientos, y funciones que permiten, no solo su funcionamiento, sino que también lo dotan de una identidad propia que actúa como cohesionante social y productor de la ficción “Nación” que hoy sirve como referente de reconocimiento mundial.

Dentro de esa organización institucional, la primera función importante del Estado, es el manejo del gasto público. A través de políticas de Estado, se determinan las prioridades estratégicas de la Nación y se determinan las áreas importantes en donde se deben invertir los recursos comunes de los ciudadanos. En términos generales, esas áreas son:

- **Defensa y seguridad nacional:** Representado en el financiamiento del ejército, la policía y las entidades dedicadas a la protección de la ciudadanía y a la conservación del orden en general.
- **Regulación de la actividad económica:** Función que se compone de:
 - 1. La política monetaria:** Consiste en el manejo de la moneda y las variables clave de la economía a través de un banco central. La política monetaria busca impulsar el crecimiento económico a través del manejo de variables como: tasa de interés, masa monetaria (cantidad de dinero en la economía), emisión de dinero (con respaldo) etc.
 - 2. La política fiscal:** Es el manejo de los tributos y los impuestos de la nación.
 - 3. La política de regulación:** Consiste en garantizar la libre competencia y evitar abusos en la actividad económica general. Comprende las áreas de control de las empresas, regulación anti - monopolios, defensa de los consumidores, auditoría del Gobierno etc.
- **Justicia:** Consiste en garantizar la existencia de medios y procedimientos idóneos para resolver en justicia las disputas que se presenten entre los ciudadanos sobre la base de los principios generales y de los derechos fundamentales que el orden estatal debe proteger.
- **Sanidad, Seguridad Social y Educación:** Aunque estas funciones no son necesariamente públicas, los gobiernos generalmente utilizan parte de sus presupuestos en la financiación del bienestar social de sus ciudadanos.

- **Infraestructura básica y manejo energético:** Esta es otra función que no necesariamente debe ser cubierta de manera pública, pero en general, las naciones fijan estándares y políticas encaminadas a garantizar el desempeño económico mediante la facilitación de infraestructura y energía a las empresas y a los ciudadanos.

De éstas, las dos primeras, defensa / seguridad y justicia, de acuerdo a las teorías nacionalistas del Estado, hoy predominantes a pesar de la fuerza de atracción que concentra un mundo cada vez más globalizado, no deben ser objeto de privatización, ya que ellas son la manifestación necesaria de uno de los pilares más fuertes de la institucionalidad estatal, es decir, como ya lo habíamos dicho, de la soberanía nacional. Sin embargo, se trata de una mera parcialidad, pues las empresas de seguridad privadas (defensa/seguridad), por un lado y la atribución a particulares del poder de impartir justicia a través de las figuras de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el Arbitramento (justicia), parecen sugerir que el concepto de soberanía, si bien puede conservar su función de servir como referente social, no marca una zona prohibida a los intentos de privatización.

Ahora bien, ¿Quiere esto decir que, lejos de la teoría del Estado, es posible hoy privatizar la seguridad nacional o la justicia? Creemos que afirmarlo así sería poco acertado, pues en el caso de la defensa, por un lado, las empresas prestadoras de seguridad privada no cuentan con el monopolio de la fuerza y no pueden más que hacer labores de protección privada y

vigilancia bajo ciertas circunstancias específicas y reguladas por el orden estatal y, por otro lado, en el caso de la justicia, mecanismos tales como el arbitramento centran su funcionalidad en la concepción de alternatividad y cesión de facultades jurisdiccionales, pero no reemplazan a la justicia estatal que no es alternativa y siempre esta facultada para ejercer sus funciones sin necesidad de que requiera un otorgamiento previo del poder de impartir justicia.

La tercera función referida es la de regulación económica, función que las teorías del capitalismo social excluyen de la canasta de privatizaciones pues se requiere que el Estado, como agente superior y garante del bien común, regule las actividades económicas privadas y maneje el tesoro público con miras a asegurar condiciones de igualdad a todos los individuos, requisito de un sistema liberal y capitalista pero que garantiza equidad y justicia social. Pese a ello, esta posición también resulta parcial, pues, si la teoría sugiere que en la medida en que las condiciones de igualdad de los individuos aumenten, el Estado debe disminuir en proporción su función de regulación económica, pues en tanto más iguales los particulares pueden ser más libres para autorregular sus transacciones comerciales, qué representa eso sino la privatización de la función económica reguladora del Estado.

Finalmente, las funciones estatales que se ocupan de la sanidad, seguridad social, y educación, por un lado e infraestructura básica y manejo infra-estructural por el otro, al no guardar una relación directa con los fundamentos estructurales de la organización estatal, y

al tratarse de actividades de naturaleza empresarial, pueden ser, en teoría y práctica, objeto de privatización.

Como puede verse, aparecen aquí dos conceptos diferenciables que en un análisis superficial tienden a confundirse. En principio, tanto la seguridad nacional como la prestación del servicio de salud son FUNCIONES (primer concepto) en cabeza del Estado, pero cuando se hace posible que una de ellas sea ejecutada por un particular, la FUNCIÓN pasa a convertirse en una ACTIVIDAD (segundo concepto) que entra a formar parte del libre comercio del sector particular y el Estado, que se despoja de la función prestadora, adquiere una nueva que consiste en regular y vigilar la ejecución de dicha actividad para garantizar su justa y eficiente prestación, pues, queda claro, ser garante de la prestación de un servicio no implica para el Estado la obligación de ser dueño del mismo. Así las cosas, concluimos que realmente no existe un catálogo de objetos privatizables, sino que más bien la privatización es un dispositivo que puede transformar cualquier función del Estado en una actividad, es decir, se trata de una posibilidad, de una facultad que puede ser usada hasta donde la empuje las conveniencias políticas, económicas y sociales que coyunturalmente se caldean en los diferentes gobiernos nacionales.

Pero bien, ¿Cuándo esa posibilidad o facultad se convierte en un deber? Se sugieren dos respuestas que guardan relación con el acápito en el que se estudiaron las finalidades de la privatización.

PRIMERA. La facultad de privatizar se convierte en un deber cuando la empresa estatal, prestadora del servicio público, por ejemplo de agua y alcantarillado, ha alcanzado niveles de improductividad, ineficiencia, deuda y conflictividad laboral, tan altos que es necesario vender la empresa a un particular que pueda capitalizarla y salvarla de su crisis, y con ello, se logre aliviar el déficit fiscal que el mal funcionamiento de la misma le causó al Estado. [RESULTADO: Finalmente, un inversionista estratégico compra la empresa a bajo precio. el Estado resuelve sus problemas más inmediatos de iliquidez que en la mayoría de los casos se trata del pasivo pensional y salarios caídos de los trabajadores de la empresa recién privatizada y una vez resueltos éstos, el dinero que obtuvo con la venta se ha extinguido. Al inversionista, ahora propietario de la empresa, le tomó muchos años sacarla a flote y obtener rentabilidad.]

SEGUNDA. La facultad de privatizar se convierte en un deber cuando el Estado, después de haber aplicado altos niveles de gestión pública en estructurar y poner en marcha una empresa prestadora de servicios públicos, debe pasar su administración al sector privado, no sólo porque éste es por naturaleza e interés un mejor administrador de bienes y servicios, sino porque el órgano estatal ha entendido que debe ocuparse de las funciones que le son realmente propias, dejando a los particulares la tarea del manejo óptimo de unos recursos bien posicionados y la posibilidad de, a través de ello, redistribuir más equitativamente los ingresos de la Nación y asegurar mayores niveles de igualdad y equidad social. [RESULTADO: La empresa logra venderse a su precio real, son varios los particulares que pueden acceder a su propiedad o administración, el órgano estatal no sólo adquirió

cuantiosos recursos destinables a nuevas inversiones, sino que adicionalmente se desprende de una actividad gerencial que no hace parte de su esencia y garantiza que el servicio se preste en condiciones de eficiencia quedándole disponibilidad, recursos y capacidad para dedicar a las funciones que sí le son inmanentes.]

Entonces, ¿Hay alguna respuesta equivocada? No es posible afirmarlo. Como ya lo habíamos expuesto, las respuestas son el resultado de las coyunturas y condiciones de desarrollo por las que atraviesan las naciones que emprenden procesos de privatización, por ello, es razonable que un Estado en crisis económica requiera buscar fuentes de recursos líquidos ágiles y halle en la privatización una buena herramienta para obtenerlos. Sin embargo, lo que sí es posible concluir es que es aún más razonable y aconsejable convertir en deber la privatización de empresas en óptimas condiciones económicas y administrativas pues con ello no sólo se cubren huecos fiscales, sino que además se cumple con la misión de modernizar el Estado y se ofrece un medio para asegurar mayor bienestar social.

Siendo así, se repite, no hay una respuesta incorrecta, sí coyunturas poco ventajosas, por lo que se requiere que los Estados emprendan una transformación de las mismas para puedan finalmente optar por la respuesta más aconsejable al momento de decidir qué será objeto de sus privatizaciones. Por ello, entre muchas otras cosas, las naciones aún no desarrolladas deben recordar en sus planes de gobierno que para sanear las finanzas públicas existen muchos otros y más adecuados mecanismos, como los recortes al gasto público, el recaudo de mayores ingresos fiscales y la optimización de las inversiones y manejos del tesoro público, que pueden ser puestos en práctica antes de utilizar indebidamente una herramienta

como la privatización, que de ser utilizada en el momento y en las coyunturas oportunas, produciría muchos más beneficios que si se contempla únicamente como proveedor de dinero rápido ante una difícil situación fiscal . Para lograrlo se sugieren innumerable modelos, uno de ellos se estructura así:

1. Acciones sobre el Gasto Público:

- Reducir los que se consideren improductivos
- Reformar y restringir los incentivos (desmonte de subsidios)
- Racionalizar la inversión

2. Acciones sobre los Ingresos Fiscales:

- Impuestos
- Ingresos habituales o excepcionales
- Regalías

D. Alternativas legales para la privatización:

La privatización es un proceso de reestructuración muy complejo que involucra una gran cantidad de elementos económicos, financieros, sociales y políticos. Por ello, por su propia complejidad y por las diferencias en las condiciones iniciales de cada país, en el mundo se han venido ensayando, bajo el nombre genérico de privatización, procesos y técnicas muy disímiles entre sí, como:

- Privatizar ha sido vender total o parcialmente las empresas públicas;

- Ha consistido en ceder gratuitamente a la población parte de la propiedad de empresas públicas;
- Privatizar ha sido desregular y desmonopolizar la actividad de la empresa pública;
- En otros casos adoptar, criterios de gestión privada en la empresa pública (conocida como privatización organizativa);
- Privatizar ha sido ceder al sector privado la gestión de una actividad pero sin transferir su propiedad, etc.

Esta parte de la investigación se propone presentar las diversas alternativas que permiten privatizar una empresa estatal y para hacer más sencillo el entendimiento de las mismas se describirán, agrupándolas en tres métodos generales: traspaso de intereses, delegación, o desplazamiento. Finalmente se introducirán los mecanismos más utilizados en Colombia, cómo se ejecutan y, empezando a introducir el muy importante aporte que el Derecho hace al tema bajo estudio, la legislación que les es aplicable.

E. S. Savas, defensor estadounidense de la privatización y director de la Organización para la Investigación de la Privatización, del Baruch College de la Universidad de Nueva York, describe a grandes rasgos los procedimientos concretos que sigue cada una de dichas alternativas.

1. Traspaso de intereses:

El traspaso de intereses implica la enajenación de empresas o bienes. Esto requiere una acción estatal directa y positiva, que suele producirse con carácter exclusivo. Una empresa o un bien se vende o se cede como negocio en marcha, o puede liquidarse, es decir, la empresa se cierra y se venden los bienes remanentes. Se presenta en varias modalidades:

a. Traspaso por venta: “La venta de una empresa estatal puede ser parcial o por etapas, cuando el Estado vende sólo una parte de sus tenencias en un determinado momento. (Algunos alegan que a menos que el Estado ceda la propiedad o el control mayoritario, dicha venta no constituye privatización, sino, sencillamente, una forma de recaudar capital). Sea cual fuere la forma específica que adopte la venta, la tasación del bien es, por lo general, un problema espinoso”¹⁰.

El traspaso por venta puede adoptar cinco modalidades diferentes:

- Venta negociada de la empresa (o bien) a un solo comprador
- Venta al público mediante la emisión y venta de acciones
- Venta a sus administradores
- Venta a sus empleados
- Venta a sus usuarios o clientes.

¹⁰ E. S. Savas, *Policy Studies Organization, A Taxonomy of Privatization Strategies*. Publicado con permiso de *Policy Studies Review*. 1990.

b. Traspaso de intereses por transferencia libre: El traspaso no requiere la venta de una empresa, se puede ceder a los empleados, los usuarios o clientes, o al público en general.

c. Traspaso de intereses por liquidación: Finalmente, el traspaso se puede efectuar mediante la liquidación de una empresa que tenga un desempeño deficiente; es decir, se venden sus activos si no se puede hallar un comprador y si las perspectivas de hacer de ella una empresa rentable son pocas.

2. Delegación:

El segundo método o alternativa general de privatización es la delegación. A diferencia del traspaso de intereses, que se trata de una acción que se ejecuta en una sola vez, la delegación requiere una actividad estatal activa continua. Cuando se recurre a la privatización por delegación, la administración pública delega en el sector privado parcial o totalmente la producción de bienes o servicios, pero se reserva la función de supervisar los resultados. La delegación se efectúa mediante contrato, licencia, subvención, cupones o mandato¹¹.

a. Delegación por contrato: La administración pública puede privatizar una actividad al celebrar un contrato con una organización privada para que desempeñe una determinada función u obligación.

b. Delegación por licencia: Con arreglo a una licencia o permiso, la administración pública otorga a una organización privada el derecho (a menudo exclusivo) de

vender un servicio o un producto al público. La empresa privada generalmente paga a la administración pública una cuota sobre el valor de las utilidades. Un ejemplo de este tipo de privatización es la llamada **concesión**.

c. Delegación por cupones: La delegación también se puede hacer mediante la distribución de cupones a beneficiarios elegibles de servicios anteriormente prestados por la administración pública. Los cupones se pueden usar para conseguir alimentos, vivienda, servicios de educación, atención de salud, guarderías y transporte. (Privatización existe aquí solo cuando se encarga a una organización privada de la administración del sistema de cupones)

d. Delegación por mandato: La última forma de privatización por delegación es un mandato estatal que exige a entidades privadas prestar un servicio a cargo de dichas entidades. El seguro de paro es un ejemplo de dicho mandato; los patronos privados prestan este servicio a sus empleados.

3. Desplazamiento:

“El desplazamiento es un proceso que conduce a la sustitución más o menos gradual del Estado por el sector privado a medida que los mercados se desarrollan para atender a las necesidades del momento. El desplazamiento se produce por incumplimiento, retirada y liberalización”¹².

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

a. Desplazamiento por incumplimiento: Cuando el público se percató de que el servicio que presta el Estado es inadecuado, y el sector privado reconoce la demanda y se apresta a satisfacerla, se presenta un desplazamiento por incumplimiento. Gradualmente, el público empieza a acudir al sector privado en busca del servicio.

b. Desplazamiento por retirada: Mientras que el incumplimiento no es intencional, en el desplazamiento por retirada, la administración pública puede despojarse de responsabilidades como la prestación de algún servicio de manera deliberada, por ejemplo, una vez constatada su falta de eficiencia u operatividad en dicha actividad.

c. Desplazamiento por liberalización: Las empresas y actividades estatales a menudo existen sólo porque disfrutaban de la condición de monopolio y porque al sector privado le está prohibido competir con ellas. La liberalización es un método de privatización si se permite al sector participar y competir en un área que hasta entonces se encontraba bajo el monopolio del Estado.

Ahora, sin perjuicio de que más adelante se vuelva sobre este tema con mayor detenimiento, y a manera de paréntesis conviene analizar aquí cómo se encuentran reglamentados los procesos de privatización en nuestro País. En Colombia, la ley 226 de 1995 se promulgó con el fin de desarrollar el mandato constitucional contenido en el artículo 60° de la Carta Política de 1991 y dictar una normatividad aplicable a los procesos de privatización de empresas públicas. En su artículo 1° se circunscribe el campo de aplicación de la misma "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, en su participación en el capital social de cualquier empresa.

“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.

“Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa.

“En este sentido, en los casos en que el Estado enajene a los particulares su participación accionaria, bonos obligatoriamente convertibles en acciones o cualquier forma de participación en el capital social de cualquier empresa, sea ésta de carácter público, privado o mixto, e independientemente del porcentaje que represente debe aplicarse el procedimiento especial establecido en de dicha ley”¹³.

Ya habiendo establecido que el Estado debe siempre ceñirse a la ley 226 de 1995 cuando se proponga enajenar propiedad estatal, tratándose de enajenación a particulares, debemos pasar a estudiar una de los elementos esenciales que, por orden del Estatuto Superior, debe hacerse presente en todo proceso de privatización. Así, “(E) en desarrollo del mandato

13 Pagina Web de la Superintendencia de Valores. Link
http://www.supervalores.gov.co/preguntas_privatizacion.htm#1

constitucional del artículo 60 de la Constitución Política, el Estado debe promover el acceso a su propiedad accionaria, teniendo en cuenta que los trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores”¹⁴, deben ser destinatarios de condiciones especiales dentro de los procesos de privatización.

Los destinatarios de condiciones especiales, como lo dispone el artículo 3° de la ya citada Ley 226, son:

- Los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria;
- Los ex trabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde ésta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono;
- Las asociaciones de empleados o ex empleados de la entidad que se privatiza;
- Los sindicatos de trabajadores, federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores;
- Los fondos de empleados, y
- Los fondos mutuos de inversión; los fondos de cesantías y pensiones y las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa”¹⁵

¹⁴ Constitución Política Nacional. Art. 60.

¹⁵ *Ibíd.*

Antes de volver sobre la ley 226, su filosofía y el proceso detallado de privatizaciones que regula, se hace útil exponer y explicar brevemente cuáles son las alternativas o métodos de privatización mayormente utilizados en Colombia:

1. Venta de acciones: (*Traspaso por venta*)

Aunque los procesos de venta de acciones pura y simple siguen, en términos generales los lineamientos legales fijados por la normatividad constitucional, su desarrollo normativo y el Código de Comercio, en el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos vale la pena aclarar ciertos aspectos:

- Autorización legal a entidades privadas como prestadoras de servicios públicos:

LEY 142/94 (Quién puede prestar servicios públicos)	Constitución de sociedades (Empresa de servicios públicos)
<p>Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos: 15.1. Las empresas de servicios públicos.</p>	<p>Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado</p>
<p>Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos. Son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.</p>	
<p>Artículo 18. Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.</p>	

Parágrafo. Independientemente de su objeto social, todas las personas jurídicas están facultadas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos. En el objeto de las comunidades organizadas siempre se entenderá incluida la facultad de promover y constituir empresas de servicios públicos, en las condiciones de esta Ley y de la ley que las regule.

Art. 19.Num 15. En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.

- Procedimiento de venta: La oferta de acciones al público debe seguir dos etapas:
 1. Oferta de las acciones al sector solidario.
 2. Oferta de acciones a terceros.

El Estado está autorizado por la Constitución para enajenar su participación societaria pero está obligado a tener como principio rector de la venta aquel referente a la publicidad y a la democratización de la propiedad de conformidad con en el artículo 60 de la Constitución Política y su desarrollo legal.

La oferta de las acciones se debe realizar de acuerdo con lo establecido por la Ley 226 de 1995, así como las normas del derecho privado.

GENERALIDADES	PRINCIPIOS
<p>Artículo 1. 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.</p>	<p>Artículo 2. Democratización. Todas las personas, naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. En consecuencia, en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria. La Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación</p>
<p>La titularidad de la participación estatal está</p>	

<p>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.</p>	<p>accionaria.</p> <p>Artículo 3. Preferencia. Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales a los sectores</p>
<p>MARCO DE PROCEDIMIENTO CODIGO DE COMERCIO</p>	<p>MARCO DE PROCEDIMIENTO LEY 226/95</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Obtener las autorizaciones internas que de acuerdo con las leyes aplicables, la ley de creación respectiva o los estatutos de cada entidad se requiera para la venta de sus propios activos • Art. 403 y ss del Código de Comercio 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 6¹⁶ • Art. 7: El Ministerio titular, o aquél al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación estatal, debe diseñar en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el programa de enajenación respectivo. Programa que deberá corresponder igualmente a lo establecido por los <u>artículos 10 y s.s</u> que en resumen establecen como etapas
<p>ETAPAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las etapas en que se realizará el procedimiento de enajenación. • Las condiciones especiales en que se ofrecerán las acciones al sector solidario, de acuerdo con lo señalado por el artículo 11 de la Ley 226 de 1995. • Forma y condiciones del pago de las acciones. Precio mínimo de las acciones que en desarrollo del programa de enajenación no sean adquiridas por el sector solidario. • El Ministro del ramo respectivo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público deben presentar el programa de enajenación a consideración del Consejo de Ministros. • Una vez obtenido el concepto favorable del Consejo de Ministros, el programa de enajenación debe ser remitido al gobierno para su posterior aprobación. 	

Así, las regulaciones constitucionales o legislativas a las que quedan sujetas las privatizaciones de empresas públicas en Colombia, someten dichos procesos a la

obligación de observar estrictos criterios y requisitos de venta y compra que son ajenos al régimen comercial privado. Entre algunos de ellos se encuentra:

Restricciones frente a la Democratización para venta de acciones o bonos convertibles en acciones de propiedad estatal¹⁷	Sustento Legal De Dichas Restricciones
➤ Pueden establecerse límites máximos de adquisición de acciones por persona	➤ Artículo 16 Ley 226 /1995: “En el programa de enajenación que para cada caso se adopte, el gobierno determinará el órgano encargado de otorgar las autorizaciones relacionadas con la adquisición de un porcentaje determinado de las acciones ofrecidas en venta y de las condiciones que deba reunir cada potencial adquirente.
➤ Restricción de la negociación de las acciones que se adquieran por parte de compradores del sector solidario por un lapso determinado ¹⁸	➤ Artículo 14 Ley 226 /1995: (...) “el programa de enajenación que para cada caso expida el gobierno, dispondrá las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten contra los principios generales de esta ley. (...)la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales
➤ Establecimiento de restricciones financieras tales como la posibilidad de que la oferta de las acciones sólo se hará cuando establecimientos oficiales de crédito hayan establecido líneas de crédito para los compradores. ¹⁹	
➤ Autorizaciones especiales ²⁰ .	

¹⁶ 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

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de Febrero 10 de 1995, C. P. Dr. Libardo Rodríguez.

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de Febrero 10 de 1995, C. P. Dr. Libardo Rodríguez.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-461 de 1994 M P Dr. José Gregorio Hernández, y Corte Constitucional, Sentencia T-462 de 1994 M P Dr. José Gregorio Hernández.

OBLIGACIONES ESTATALES EN EL CASO DE VENTA

- Ofrecer en primer término todo el paquete accionario y de manera exclusiva a los trabajadores de la empresa respectiva y a las organizaciones solidarias y de trabajadores
- Las acciones que no se hayan enajenado, se pueden ofrecer a terceros, pero en condiciones diferentes²¹.
- Las condiciones especiales en que se ofrezcan las acciones deben ser definidas por el Congreso de la República. La Ley 226 de 1995 estableció un marco general para las condiciones especiales para la venta al sector solidario: (Art. 11)
- Se fijará a las acciones ofrecidas al sector solidario y a los trabajadores un precio accionario fijo.
- La ejecución del programa de enajenación se iniciará cuando el titular, o una o varias instituciones, hayan establecido líneas de crédito o condiciones de pago para financiar la adquisición de las acciones en venta a favor de los beneficiarios de las condiciones especiales del proceso.
- Cuando los adquirentes en condiciones especiales sean personas naturales, podrán utilizar las cesantías que tengan acumuladas.

2. Venta de activos: (*Traspaso de intereses por liquidación*)

La venta directa de activos a inversionistas privados ha surgido como una alternativa de privatización. En una venta directa, se subasta la totalidad o parte de una empresa, ya sea a una empresa existente (nacional o extranjera) o a un grupo de inversionistas. Producen un significativo ingreso para el gobierno; con frecuencia inyectan nuevas tecnologías y experiencia ya que el sector privado al inyectar dinero a una empresa lo hace con el fin de que sea rentable, y actualmente el atraso tecnológico no colabora con este objetivo; razón por la cual le dan gran relevancia a este asunto en la operación de las empresas. Igualmente resuelven los problemas de vigilancia que crea la atomización de la propiedad

²¹Corte Constitucional, Sentencia C-37 del 3 de febrero de 1994, M P Dr. Antonio Barrera Carbonell; y en el mismo sentido la Corte Constitucional, Sentencia C-211 del 28 de Abril de 1994 M P Dr. Carlos Gaviria Díaz.

En Colombia se establece que: (...)“Así mismo, la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones sólo se sujetará a las reglas generales de contratación”²²(...)

Con ello, la ley 226 de manera taxativa establece la posibilidad de efectuar una venta de tipo estatal diferente a la enajenación de acciones o bonos convertibles en acciones e indica de manera muy clara que dicha actividad se regulará por las reglas generales de contratación y por el derecho privado que en este caso será el Código de Comercio.

La venta de activos tiene tres posibilidades:

- (a) La venta de activos con oferta preferencial al sector solidario
- (b) Venta de activos sin oferta preferencial al sector solidario
- (c) Fórmula mixta

El artículo 20 de la Ley 226 de 1995 establece que:

“La enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales no se ajusta al procedimiento previsto en esta ley, sino que para este efecto, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes. Así mismo, la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, sólo se sujetará a las reglas generales de contratación.”

²² Ley 226/95 Artículo 20.

Habiendo hecho estrecha lectura, el artículo anterior parecería establecer que en el caso de enajenación de activos estatales distintos a acciones o bonos convertibles, no cabría el concepto de democratización que allí mismo se establece; pero esto no debe observarse de una manera tan superficial ya que este artículo hace estricta referencia a enajenaciones intraestatales de activos y no se indica nada referente a enajenación de activos fuera del ámbito publico. Para esto, deberán analizarse los principios y objetivos de la ley misma y especialmente la siguiente norma:

“Artículo 1. 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.²³ (Ley 226 de 1995. Negrillas y subraya fuera del texto)

- “La enajenación de propiedad accionaria tiene una naturaleza y efectos jurídicos distintos de la liquidación de activos de una empresa, puede ocurrir que mediante ésta se vulnere el espíritu del artículo 60 de la Constitución Nacional y, por lo tanto, cuando se enajenen activos de empresas en las cuales el Estado tenga participación, debe promoverse también el acceso del sector solidario”²⁴.

²³ Ibídem.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-074 del 25 de febrero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

Ya que aunque existen conceptos de la Corte Constitucional que hacen referencia al principio de democratización tal y como el concepto anterior; también es cierto que la ley 226 no indica trámite alguno para el caso de la enajenación de activos diferentes a acciones y bonos de propiedad estatal por lo que deberá seguirse el trámite de la ley 226, teniendo en cuenta sus principios de aplicación ya mencionados.

Igualmente y como la misma ley 226 lo indica; deberá sujetarse a las reglas generales de contratación que son la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios. De acuerdo con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la venta de los activos mencionados se tendría que adelantar mediante licitación pública. Para ello, se tendrían que observar los principios y procedimientos establecidos por esta misma ley; teniendo en cuenta claramente el principio de selección objetiva que establece el artículo 29 de dicha Ley, y seguir el procedimiento de selección que establece el artículo 30 de la misma.

3. Programa de cupones: (Delegación)

En una privatización masiva por medio de cupones o vales, a los ciudadanos del país les son entregados cupones que pueden cambiar por acciones de la empresa que está siendo vendida.

Este método fue muy usado en Europa del Este y Europa Central a mediados de los 90 pero con un éxito limitado²⁵ a pesar de sus dos ventajas evidentes: la rapidez de su proceso y el hecho de servir como medio para obtener equidad social: en cinco años o menos se

²⁵ SHEEHAN, Deidre, *Initiative for Policy Dialogue*. Antecedentes de Privatización 2000, pg.3.

privatizaron literalmente miles de empresas, y la naturaleza no discriminatoria de estos programas de distribución de cupones aseguró su popularidad. Esta popularidad tenía el atractivo agregado de hacer que la privatización fuera irreversible, porque en cada país un elevado porcentaje de la población se había convertido en capitalista de las empresas privatizadas²⁶, por lo que los cupones también son valorados como una forma de acercar a la gente al mercado bursátil al transformarlas automáticamente en accionistas.

A pesar del hecho de que los programas de cupones probablemente constituyeron el único método de privatizar las economías de algunos países a principios de los años noventa, éstos presentaban varias debilidades serias, y probablemente no sigan siendo tan importantes en ventas futuras de empresas. Los principales inconvenientes fueron:

- Los programas de cupones no permiten que el gobierno o las empresas obtengan recursos líquidos.
- Las privatizaciones mediante cupones no se traducen en una infusión de nuevas tecnologías y experiencia gerencial.
- Los cupones no permiten establecer un mecanismo efectivo de vigilancia de las nuevas empresas privatizadas, y la estructura de propiedad que resulta generalmente tiene numerosos defectos.
- Los cupones reducen la cantidad de dinero que recibe el gobierno por la venta de una compañía. Además, debido a que la empresa termina siendo controlada por

²⁶ MEGGINSON, William, *El impacto de la Privatización*, Universidad de Georgia, 1999.

miles de individuos, se difumina el control y resulta proclive a perder en eficiencia, permaneciendo el riesgo de que los antiguos gerentes de la empresa sigan en sus funciones sin que se hagan los cambios necesarios para que la empresa se renueve.

4. Concesión: (Delegación)

“A veces el gobierno no cede la propiedad de una empresa, especialmente en los casos de monopolios naturales como el servicio de agua, electricidad o desarrollo de infraestructura. En cambio, vende los derechos para operar una empresa por un determinado período de tiempo. Este método busca darle a los inversores la libertad que necesitan para ganar dinero, mientras protege a los consumidores de las exorbitantes alzas en las tarifas. También puede ser una forma de mantener la propiedad de un activo nacional vital”²⁷.

No se busca presentar a la concesión como un mecanismo claro de privatización pero, pudiese entenderse como tal en atención a los efectos y alcances que la figura tiene. Para mostrar con más claridad las semejanzas y diferencias entre ambas instituciones, se presente el siguiente paralelo conceptual:

CONCESIÓN	PRIVATIZACIÓN
Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a un particular, llamado concesionario, <u>la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; o la construcción, explotación o conservación d euna obra o bien destinado al servicio de uso público, así como aquellas actividades necesarias pára la adecuada</u>	La figura tiene dos acepciones; la radical que la define como <u>vender o transferir al sector privado empresas y/o servicios públicos y la segunda más compleja y adecuada contempla “un cambio de propiedad de partes del proceso productivo, el arrendamiento de la empresa o la contratación de la prestación de un servicio publico por parte de una entidad privada”</u> ²⁹

²⁷ SHEEHAN, Deidre, Op.cit.

<p><u>prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia o control de la entidad contratante.</u> Esto se hace a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración o en la participación que se otorgue sobre la explotación del bien o ya sea en una suma periódica, única o porcentual y en general cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.²⁸</p>	<p>La privatización es un <u>proceso mediante el cual las tareas son transferidas del sector público al sector privado.</u> Este proceso permite a los actores no gubernamentales intervenir cada vez más en la financiación y prestación de servicios asistenciales y conlleva la introducción de cambios en las funciones y responsabilidades públicas y privadas³⁰.</p>
--	--

Si tenemos en cuenta los conceptos antes desarrollados llama mucho la atención lo subrayado en ambas columnas ya que sin ningún problema puede la concesión ser utilizada como mecanismo de participación ya que su finalidad es la misma. La única diferencia se daría en el marco de la propiedad ya que según la definición radical de privatización, esta figura implicaría transferencia de propiedad sobre los bienes de producción, cuestión claramente obsoleta ya que precisamente sería una obligación contraria a su misma finalidad de eficiencia, toda vez que la transferencia de propiedad no implica siempre una mayor y mejor adecuación a un sistema eficiente de administración y producción.

Sin embargo, cabe aclarar que la nota más distintiva entre ambas figuras se encuentra en el concepto de reversión que hace parte de la esencia de la concesión, según lo reglamenta el artículo 19 de la ley 80 de 1993. En virtud de él “(E) en los contratos de explotación o

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 1996.

²⁹ FEDESARROLLO, *Privatización y crecimiento económico ¿ Por qué?, ¿Qué es?, ¿Para que?, ¿Cómo?*, Op. cit., pg.12.

concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”³¹.

Dicha diferencia no es facultativa, sino que surge de la ley que rige el contrato, la cual dispone la reversión (a título gratuito) del campo concesionado con todas sus anexidades, como obligación a cargo del contratista una vez extinguida la concesión. Esta obligación tiene por objeto permitir el desarrollo futuro de la prestación y se fundamenta en razones de utilidad pública y en que el beneficiario de la concesión ya ha obtenido el rédito suficiente a lo largo del desarrollo del objeto contractual.

A nivel de características, es igualmente importante contrastar los dos conceptos tratados para analizar la viabilidad de uno como mecanismo del otro, es decir, de la concesión como alternativa de privatización:

CONCESIÓN (Art. 32 Ley 80/93)	PRIVATIZACIÓN
<ul style="list-style-type: none"> • <u>Es un contrato</u>. Consecuencias en relación con su régimen jurídico: • El concesionario puede ser cualquiera persona según la ley, sin embargo, en lo que respecta a servicios públicos domiciliarios, sólo podrán serlo personas jurídicas privadas o públicas, o una empresa mixta³². 	<ul style="list-style-type: none"> • No es un contrato en estricta definición. • El concesionario es el sector privado en cualquier modalidad.

³⁰ fco.polanco@codetel.net.do. La privatización (Tesis).

³¹ Ley 80 de 1993.

³² Artículo 55 de la Ley 143 de 1994.

<ul style="list-style-type: none"> • El concesionario asume la “prestación, operación, explotación, organización o gestión” de un servicio público o “la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio”³³. • La actividad se realiza por cuenta y riesgo del concesionario. Al recibir la concesión, el concesionario asume los riesgos comerciales inherentes a la actividad económica respectiva, a cambio de una expectativa de retorno de su inversión³⁴. • La entidad concedente conserva la inspección y vigilancia de la actividad del concesionario. Dicha actividad de inspección y vigilancia debe estar encaminada, de acuerdo con el mandato constitucional, a garantizar la continuidad y la calidad del servicio público respectivo³⁵. • La remuneración del concesionario puede consistir en “derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.” • Temporalidad³⁶. 	<ul style="list-style-type: none"> • Básicamente la privatización busca exactamente lo mismo sobre estándares de eficiencia y rentabilidad. • En su medida mas radical implica cambio de propiedad y debido a esto la actividad también se realiza por cuenta y riesgo del concesionario. • NO implica que la entidad concedente conserva la inspección y vigilancia de la actividad del concesionario aunque dependiendo de la actividad a efectuar puede existir correlación • No existe remuneración entre las partes por la actividad prestada. • NO existe el concepto de temporalidad.
---	---

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de agosto de 1993. M.P Alvaro Rocha.

³⁴ Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

³⁵ Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

³⁶ Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

CAPÍTULO II

DEMOCRATIZACIÓN

A. ¿Qué se entiende por democratización?

Para responder a la pregunta que encabeza este acápite, diremos que la *democratización*, al menos en el sentido que aquí se prefiere, puede ir desde un concepto específico y simple hasta la formulación de otro más general y complejo. Veamos como. La definición de democratización arranca identificándose con manifestaciones específicas concretas como participación en los asuntos públicos, garantía de justicia social, equidad, libertad y todas las demás manifestaciones con que se identifican los regímenes democráticos. Ahora bien, son precisamente esas expresiones particulares las que sirven de base para proponer un concepto más general y complejo, según el cual, la democratización es el proceso mediante el cual se abastece a un sistema democrático de contenidos democráticos concretos.

Esta escueta definición, lejos de ser tautológica o contradictoria, revela el verdadero sentido del término bajo estudio pues implícitamente contiene las tres premisas que le son inmanentes y fundamentales:

PRIMERA. Un sistema democrático que se expresa a través de postulados generales deontológicos (principios, valores) que no son sino aspiraciones o deseos sociales;

SEGUNDA. La necesidad de materializar esos postulados generales democráticos a través de contenidos (normas del ordenamiento jurídico) concretos que se traducen en deberes, derechos y mecanismos sustantivos eficaces a favor del ciudadano y

TERCERA. La idea de ciudadano como nuevo soberano de los destinos sociales, pues el proceso de democratización lo enviste con la facultad de participar y tomar decisiones en todo cuanto se refiera a la *res pública*, es decir, en el escenario de los asuntos públicos que anteriormente constituía monopolio de la figura estatal.

Conviene ahora analizar en extenso el contenido de cada una de las premisas expuestas, para lograr finalmente una comprensión global del concepto de *democratización*.

Para hacerlo así, se debe partir de un reconocimiento esencial: existe hoy, en las sociedades democráticas un amplio abismo entre los ideales de la democracia y la “democracia real”³⁷, de forma tal que el surtido decálogo de principios y valores del que hacen gala las Constituciones democráticas queda reducido a una simple victoria formal cuando se le compara con las ostensibles y crudas realidades sociales, económicas y políticas que en nada son expresión de los buenos deseos democráticos. Ocurrió que cuando las naciones del mundo, casi en unánime consenso, escogieron la democracia como mejor modelo de

³⁷ BOBBIO, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, México, 1997, pag. 28.

gobierno, sociedad e individuo, con renovado entusiasmo emprendieron la tarea de construir la base fundamental requisito de todo sistema democrático, en la que debían tener lugar una serie de principios y valores que se consideran condiciones de posibilidad de la democracia (vida, libertad, igualdad, equidad, propiedad, solidaridad, participación ciudadana, entre muchos otros). La formalización de estos postulados, su positivización como directrices inviolables de las nuevas sociedades, representó sin duda un triunfo del nuevo paradigma humanista y libertario en contra de los poderes absolutos y regímenes totalitarios que por lustros habían reprimido el espíritu democrático.

Sin embargo, el sabor de esa victoria fue efímero y su única prueba de existencia quedó plasmada en las líneas de las estrenadas constituciones democráticas, como meros anhelos aplazados de sociedades que aspiraban la consecución de los promisorios ideales de la democracia. Mientras los ordenamientos normativos proclaman la igualdad, libertad y participación de todos los individuos, la realidad de las calles y del mundo perceptible, en eterna negación, solo muestra la agudización de la pobreza; la concentración de los recursos en unas pocas manos; la imposibilidad de acceso de gran parte de la población a garantías fundamentales como salud, educación, vivienda o alimentación y los inconfesables intereses de grupos políticos que hacen de lo público fuente de satisfacción de sus necesidades privadas, entre otras perversidades de un sistema, cuya laboriosa construcción, se detuvo irresponsablemente cuando se hubieron ganado pírricas victorias formales.

A pesar de que aquí se ha venido discutiendo acerca de la oposición que existe entre democracia formal y democracia sustancial, entre forma y contenido, entre ideales y

realidad, no se ha querido sugerir con ello que el concepto de *democratización* prescindiera de todo aporte de la democracia formal, entendida esta como conjunto de valores, principios y procedimientos no sustanciales, sino que más bien acepta que, aunque es imposible considerar la existencia de un verdadero sistema democrático sin un sustrato formal que le sirva de base, éste debe entenderse sólo como uno de los pasos dentro de todo el proyecto de construcción de una democracia, que como sistema completo y desarrollado en su máxima escala, no “se contenta sólo con garantías constitucionales y jurídicas”³⁸.

En medio de este desencanto democrático, se ha pensado que “la crisis de la democracia es que no es lo suficientemente democrática”³⁹, es decir, que en ella misma, como mero esqueleto formal, no se encuentran contenidos democráticos, tesis bastante afortunada, pues, como lo hemos venido exponiendo, el proyecto democrático se abandonó cuando solamente se había sentado su base formal, omitiéndose la construcción de toda la estructura que debía edificarse sobre ella; puesto en otros términos, diremos que los planificadores del sistema democrático olvidaron que éste requería de una infraestructura que lo pusiera a andar. Como cualquier empresa requiere de una maquinaria, la democracia requiere también de instituciones, prácticas, actividades, de una atribución clara de derechos y obligaciones, en breve, de unos contenidos democráticos concretos que sirvan a la ejecución de los principios y valores formales democráticos, es decir, que finalmente permitan el funcionamiento EFECTIVO de la democracia.

³⁸ TOURAINE, Alain, *¿Qué es la Democracia?*, Fondo de Cultura Económica, Montevideo, 1995, pag. 32.

De ahí, que en los círculos académicos más recientes se afirme que “la prueba de validez de las democracias es la existencia de *contenidos* democráticos, no el simple enunciado de formas o leyendas constitucionales o legales”⁴⁰ y se enfrente el problema aludiendo a la necesidad de “democratizar la democracia”, fórmula que exige por lo menos los siguientes requisitos o contenidos democráticos concretos:

Reconocimiento de la existencia de situaciones no privilegiadas que demandan la intervención material y efectiva del aparato estatal para lograr su mejoría en nombre de la equidad y la justicia.

Imposición de cargas adicionales u otorgamiento de privilegios especiales a grupos que por sus condiciones puedan aportar en mayor cuantía al bienestar social o deban ser protegidos por medio de beneficios particulares.

Mecanismos efectivos y expeditos que permitan al ciudadano común participar en la administración de la esfera pública, lo cual no se refiere exclusivamente al arbitrio de hacer parte de las contiendas políticas para tener acceso finalmente a la dirección del aparato estatal, sino también a la posibilidad de que el ciudadano, actuando como particular, pueda ejercer funciones y prestar servicios otrora en cabeza del Estado y beneficiarse de las utilidades que ellas reporten.

³⁹ GIDDENS, Anthony, *The Third Way*, Polity, Londres, 1998, pag. 45.

Plena correspondencia de todos los entes e instancias estatales con la norma constitucional de tal forma que sus actuaciones correspondan y materialicen los propósitos privilegiados por la Constitución democrática.

Ahora bien, la experiencia de democratización ha dejado constancia de que existe una amplia gama de contenidos democráticos. Así, como si se tratara de un gran catálogo de productos a disposición de un comprador, los agentes democratizadores escogen, determinan y dan forma a los contenidos democráticos con los que abastecen sus democracias. Esta facultad de elección, tipificación y materialización, se traduce, en otros términos, en la posibilidad de limitar o ampliar los contenidos democráticos de una democracia y de ahí, que los diferentes procesos de democratización emprendidos puedan clasificarse de moderados a intensivos, según el grado, cantidad o fuerza de los contenidos democráticos escogidos. En este orden de ideas una democratización moderada se ocuparía de garantizar libertades políticas y garantías sociales y económicas como sistemas solidarios de salud o cuotas de favorabilidad para grupos desprotegidos, mientras que un proceso democratizador intensivo, agregaría a dichos contenidos otras cargas adicionales como la expropiación de, por ejemplo, un parque privado para permitir su uso y goce al público en general.

La Constitución de 1991 y en especial el procedimiento que prescribe para llevar a cabo la privatización de empresas con participación pública, representan un intento de

⁴⁰ VALLEJO, Mejía César, *Democratización de la Economía colombiana*, Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado colombiano, Bogotá, 1991, pag. 11.

democratización del Estado y su economía, como más adelante se expondrá. Si fue exitoso o no, será un cuestionamiento que se atenderá en estas mismas líneas.

B. El concepto de la democratización en la Constitución Política de 1991.

“Es claro que instituciones y constituciones no pueden hacer milagros. Pero difícil será que tengamos buenos gobiernos sin buenos instrumentos de gobierno. Entonces, ¿por qué hemos de prestar tan poca atención a la forma en que funcionan o no funcionan las estructuras políticas, y si se las puede mejorar?” **Giovanni Sartori.**⁴¹

Habiendo ya expuesto, en el acápite anterior, la sustancia, elementos y requisitos que componen el concepto de democratización, y habiendo también puesto en evidencia que las fórmulas constitucionales vacías, impracticables y ajenas a las realidades sociales, políticas y económicas son una preocupación común en las naciones modernas y en los ordenamientos internacionales, se intentará ahora dar respuesta a una pregunta esencial para este estudio: ¿La Constitución de 1991, como eje del ordenamiento nacional, adoptó en su formulación el concepto de democratización como principio rector?

Disreguemos nuestro análisis en dos momentos. El primero: el artículo 1º de la Constitución define a Colombia como un Estado social de derecho organizado en forma de

⁴¹ En: Ingeniería Constitucional Comparada. *Una Investigación de Estructuras, Incentivos y Resultados*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pg. 8.

república democrática (...). El segundo: la Constitución de 1991, después de enunciar su ideario axiológico, se dota de contenidos democráticos, se democratiza.

Colombia: Estado social de derecho y república democrática.

Éste que describimos como un primer momento de nuestro análisis, puede llegar a identificarse con aquello que hasta aquí hemos calificado como ideales político-sociales, fórmulas programáticas, descripción ontológica o enunciados meramente formales que nutren y direccionan un ordenamiento jurídico, pues se trata de cualidades o juicios de valor que el conglomerado social ha querido imprimirle a la estructura del Estado colombiano. Sin embargo, sería un error grosero considerar que dichas fórmulas son “una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado”⁴², pues de lo que se trata es de la elección que una nación hace del tipo de vestidura con la que se quiere cubrir e identificar ante sus asociados, vestidura que una vez adoptada impone a quien se enviste de ella una serie de obligaciones y requisitos, que deben ser cumplidos como si se tratara, vélgase la simplista explicación, de hacer digno al cuerpo estatal de ostentar los apellidos de social y democrático. Así, llega nuestro segundo momento, cuando de la fórmula se hace paso obligado a la materialización, cuando del simple enunciado formal de Estado democrático, debe pasarse a la real democratización.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.

Democratización de la Constitución de 1991.

Sería impropio e injusto afirmar que el proceso mediante el cual se busca abastecer a la fórmula democrática colombiana de contenidos democráticos (democratización) inició en 1991, pues con ello echaríamos al olvido todo un recorrido de historia constitucional, cuyo punto de partida se remonta a los tímidos intentos demócratas y libertarios de nuestras primeras constituciones nacionales, intentos que quizás encontraron su primer momento de madurez y consolidación en la promulgación de la Constitución de 1936, cuyas disposiciones fueron medio de expresión de ávidos intentos de democratización, tales como el establecimiento de la función social de la propiedad, la expropiación sin indemnización y un amplio catálogo de derechos económicos y sociales. Sin embargo, la aspiración de concreción que se reserva esta investigación, obliga a hacer breve el estudio de nuestra historia constitucional, por lo que se dedicará exclusiva atención a la coyuntura y logros democráticos de la Constitución de 1991, no sólo en razón a su vigencia en el tiempo, sino principalmente, por que dicho texto constitucional representó un avance sin par en el intento de democratizar el Estado colombiano pues, como ninguna otra, nuestra Carta Política, no sólo se desarrolló en un ambiente ampliamente democrático sino que se ocupó de democratizar todas las esferas en que se desarrollan las relaciones del ciudadano con sus pares y de éste frente al Estado. Veamos:

1. Preferir un modelo estatal (la democracia) sobre otros y trabajar por darle entidad real y efectiva (democratización) representa todo un proceso con un punto de origen histórico determinado al cual es necesario volver. “En este caso, debemos recurrir al

proceso constituyente mismo, entendido como un proceso de negociación entre diversos actores con variados intereses y diferentes capacidades de presión.”⁴³ “La composición misma de la Asamblea Nacional Constituyente significó un viraje histórico en cuanto a la representación política en Colombia. Por primera vez, los partidos tradicionales no lograron monopolizar la capacidad de decisión con relación al futuro político de los colombianos. La histórica coalición bipartidista no operó en esta Asamblea. Por primera vez, también tuvieron acceso a un órgano de decisión de primera importancia tanto los movimientos de izquierda como algunas minorías secularmente excluidas del debate nacional. De tal suerte, la Asamblea resultó ser un cuerpo integrado por una multitud de minorías donde ninguna fuerza, por numerosa que pareciera, logró imponer un proyecto político unilateral y excluyente. El hecho de que ninguna fuerza política lograra el control absoluto de esta asamblea, dio lugar a que se generalizara entre los movimientos y partidos ahí presentes una dinámica de transacciones, alianzas y coaliciones cambiantes, poco usual entre quienes se consideraban entonces enemigos irreconciliables.”⁴⁴ Así, podemos concluir que el concepto de democratización en la constitución de 1991 empieza a desarrollarse y a manifestarse desde la propia integración de la Asamblea Nacional Constituyente, pues en ella, la idea de un consenso amplio y libre de monopolizaciones, como materialización del principio de democracia participativa y del derecho a tomar en las decisiones públicas, se hizo evidente en la variada gama

⁴³ BEJARANO, Ana María, *La Constitución de 1991: Un Proyecto de Construcción Institucional*. Universidad de los Andes, Bogotá, 1998, pg. 6.

⁴⁴ *Ibíd.*, pg. 10.

de ideologías y colores partidarios que tomaron asiento en su seno, como en la consecuente ampliación de la dinámica de negociaciones, “saldo favorable del proceso constituyente”.⁴⁵

2. Los acalorados debates que se sostuvieron dentro de la Asamblea Nacional Constituyente dan fe de que los delegatarios, autores de la Carta Política, guardaban conciencia de que el proceso en el que estaban inmersos, era uno que debía culminar en un texto constitucional que, lejos de reducirse al tradicional dogmatismo preliminar, debía sobretodo dotarse de instituciones y estructuras que facilitaran la realización de los principios y valores normativos de la Constitución, cuya materialización ya era reclamada por la ciudadanía de tiempo atrás. Para demostrarlo, basta un ejemplo. La Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente, se ocupó, entre otros temas, de redactar las normas constitucionales referentes a la propiedad, escenario en donde tuvo papel protagónico el tema de la economía solidaria⁴⁶. Al respecto, uno de los delegatarios de dicha Comisión se expresó de la siguiente manera: “Si queremos ir más allá de los engaños y ejercer un mandato de las mayorías, las nuevas normas constitucionales deben permitir el acceso a la propiedad para todos (...). Sólo así dejará de darse la concentración

⁴⁵ CEPEDA, Manuel José, *La Constituyente por dentro, Mitos y Realidades*, Bogotá, Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1993.

⁴⁶ Concepto que se analizará con mayor profundidad más adelante.

⁴⁹ Gaceta Constitucional No. 58.

nacional de riquezas; sólo así se dará el paso a una verdadera democracia participativa.”⁴⁹

3. Ha de considerarse como primer aporte para la democratización del orden constitucional democrático que propugna la Constitución de 1991, la norma contenida en el artículo 4° del texto constitucional, a cuyo tenor: “La Constitución es norma de normas. (...)”. Así, proponiendo una lectura poco común e innovadora de esta norma constitucional, es posible concluir que el artículo 4° de la Carta no sólo delinea el esquema jerárquico del ordenamiento jurídico colombiano, sino que además, con una connotación bastante relevante para el proceso de democratización, dota de carácter normativo a todas las disposiciones de la Constitución, queriendo decir con esto que sus normas, no expresan un simple querer social programático o un deber ser anhelado, sino que ellas mismas tienen pleno valor normativo y por ende conceden derechos e imponen obligaciones con fuerza jurídica vinculante.

4. Uno de los requerimientos de todo proceso de democratización, como se expuso en el título anterior, es el de hacer posible la participación de los particulares, en la planeación, ejercicio o veeduría, de los asuntos públicos y en esto la Constitución de 1991 representa un avance gigantesco. Así lo reconoce la Corte Constitucional: “Con respecto al ejercicio del poder político y social por parte de las personas, la Constitución de 1991 representa la transferencia de extensas facultades a los individuos y grupos sociales. El derecho a la igualdad, la libertad de expresión, el

derecho de petición, el derecho de reunión, el derecho de información o el derecho de acceder a los documentos públicos, entre otros, permiten a los ciudadanos una mayor participación en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas. Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales - entre los cuales se destaca la acción de tutela (CP Artículo 86) -, por su parte, han obrado una redistribución del poder político en favor de toda la población, con lo que se consolida y hace realidad la democracia participativa”.⁵⁰

5. La Constitución de 1991 también se ocupó de democratizar la política electoral y para ello instauró mecanismos de participación directa que permiten al ciudadano una real toma de lugar en la “conformación, ejercicio y control del poder político” (votaciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, legitimación amplia para presentar iniciativas legislativas, revocatoria del mandato, voto programático, entre otros)⁵¹, con lo cual se imprime contenido tangible al ideal de participación democrática.

6. “Mención especial merece la proyección de la democracia participativa en el campo de los servicios públicos. Al Estado, con la participación de los particulares y de la comunidad, le ha sido confiado el incremento progresivo de la cobertura de la seguridad social (CP Artículo 48) y la prestación del servicio público de la salud (CP Artículo 49). La participación de la comunidad educativa en la dirección de las

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

instituciones de educación (CP Artículo 68) y el fomento de las prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación (CP Artículo 41), son signos distintivos del servicio público de la educación. En general, la gestión y fiscalización de las empresas estatales de servicios públicos deberán ser determinadas por ley (CP Artículo 369), de manera que se haga realidad la participación de los miembros de la comunidad en las decisiones que más directamente los afectan.”⁵²

7. La democratización de la función pública también se extiende a la administración de justicia. “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de esta función en condición de conciliadores o árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad (CP Artículo 116). Cabe resaltar la expansión de los mecanismos de participación ciudadana en los procesos de constitucionalidad. Estos no se limitan ya exclusivamente al ejercicio de la acción pública de inexecutable sino que se mantienen y refuerzan permitiendo la intervención de cualquier ciudadano en los procesos promovidos por otros o en aquellos adelantados por la Corte Constitucional en ejercicio de las funciones a ella confiadas (CP arts. 241 y 242).”⁵³

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

8. Por otro lado, la Constitución de 1991 pretende una democratización extensiva, no sólo en cuanto a la cantidad de asuntos que trastoca sino, además, en cuanto a la extensión del territorio nacional. Así, “en lo que respecta al régimen territorial, la Constitución extiende el principio democrático a la órbita departamental y municipal, mediante la elección directa de alcaldes y gobernadores (CP arts. 303 y 314), la realización de consultas populares a iniciativa de los respectivos jefes del ente territorial (CP Artículo 105), la participación ciudadana en los asuntos públicos de carácter local (CP Artículo 314), la participación de las juntas administradoras locales en los planes y programas municipales de desarrollo económico y social, y la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas en la conformación y el gobierno de sus territorios, especialmente en lo que se refiere a la explotación de los recursos naturales (CP arts. 229 y 230).”⁵⁴

9. Pero el esfuerzo democratizador de la Constitución de 1991 no se reduce a la esfera pública, sino que también buscó equipar de contenidos democráticos a toda la serie de relaciones y situaciones jurídicas que tienen lugar en la órbita privada de los individuos. Así, por ejemplo, “en cuanto a la democratización de las organizaciones privadas, la Constitución exige de los colegios de profesionales, de los sindicatos y de los gremios una estructura interna y un funcionamiento acordes con los principios democráticos (CP arts. 26 y 39), y asimismo obliga a las organizaciones

⁵⁴ *Ibíd.*

deportivas a adoptar una estructura y propiedad democráticas (CP Artículo 52).”⁵⁵ Adicionalmente, impone el deber al Estado de contribuir a la creación de instituciones democráticas que operen dentro de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, con la finalidad de que pueda ejercerse control a las actividades públicas emprendidas por ellas.

10. Continuando con la penetración de la democratización en la vida privada, la Carta Política de 1991, “eleva al status de deber constitucional de la persona y el ciudadano la participación en la vida política, cívica y comunitaria del país (CP Artículo 95-5). Adicionalmente, el Estado y la sociedad deben garantizar la participación activa de los jóvenes, en los organismos públicos y privados que tengan a su cargo la protección, educación y progreso de la juventud (CP Artículo 45).”⁵⁶

11. Y finalmente, en materia económica, presupuestal y de planeación; siendo el asunto que más interesa a este estudio, también operó un fenómeno de introducción de contenidos democráticos que implicó la consagración de una constitución económica⁵⁷ amplia, no excluyente de uno u otro modelo económico y, hasta donde

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ La “Constitución económica”, como concepto jurídico e histórico, es una institución que surge en 1919, con la promulgación de la Constitución alemana de Weimar, la cual, junto con la Constitución mexicana de 1917, inician la tradición de incorporar, al Texto Fundamental, la llamada *cláusula del Estado social*.

lo permite la técnica legislativa, bastante precisa. A continuación, dada su importancia, dedicaremos a este particular un análisis más detenido.

Ha de aceptarse aquí el concepto de constitución económica como el cúmulo de normas constitucionales que, en primer lugar, reconocen que el advenimiento del Estado social de derecho apareja la intervención del ente estatal en procura de condiciones de igualdad y justicia que garanticen la materialización de los derechos individuales que hasta entonces habían sido reducidos a letra muerta de simples declaraciones constitucionales y, segundo, consecuentemente, establecen los principios básicos, facultades, límites y procedimientos dentro de los cuales el Estado podrá efectivamente intervenir en el orden económico.⁵⁸

En ese orden de ideas, la Carta Política de 1991, contiene una constitución económica cuyas características y disposiciones, como se verá a continuación, favorecen la democratización del orden económico (y en consecuencia, social) del Estado colombiano.

Así, lo primero que debe rescatarse es que dicha constitución económica recibe una doble calificación: por un lado, es flexible, pues no se casa con un modelo económico determinado, sino que permite la expresión de las diferentes ideologías y posturas económicas (así, por ejemplo, prescribe la libertad de empresa y a la vez, concede ciertas facultades al Estado para intervenir en las actividades mercantiles de los particulares). La segunda característica que reviste la normatividad económica de la Constitución consiste en

⁵⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Reflexiones sobre las Privatizaciones* en: Revista de Administración Pública, No. 144, Madrid, 1997, pg. 30 y sgs.

su no neutralidad.. La Corte Constitucional, contrario a lo que aquí se postula, ha sostenido que “(...) el constituyente ha preferido, antes que adoptar una decisión de fondo, conceder al legislador un margen amplio de preferencias, en el marco de las alternativas constitucionales que se incorporan en la Carta como repertorio libre y neutral de instrumentos para el cambio social y económico.”⁵⁹ Sin embargo, debe notarse respetuosamente que en esta ocasión dicha Corporación confunde el concepto de neutralidad con el de flexibilidad, siendo a este último al que parece realmente referirse en la consideración transcrita, pues, por su misma definición, ninguna intervención, en este caso en el orden económico, puede ser neutra, ya que si se decide intervenir es porque a priori se ha considerado que existen valores, bienes o necesidades que deben primar sobre un estado de cosas y así, precisamente, nuestra Constitución y particularmente sus disposiciones de carácter económico, al establecer los móviles de la intervención estatal, toman una opción por el bienestar social y la igualdad de sus asociados como obligación o fin esencial del Estado, razón suficiente para que aquí se considere que dicha constitución económica no tienen un carácter neutro. Y es que debe ser así, pues dicha falta de neutralidad se esgrime como una característica que, además, favorece ampliamente las pretensiones de democratización que la Carta Política de 1991 se fijó, pues como ya se había expuesto en el título anterior, el proceso de dotar de contenidos democráticos a una democracia parte del reconocimiento de que situaciones de desigualdad exigen la intervención material y efectiva del Estado en pro de rescatar ciertos principios que se privilegian en el orden constitucional, tales como la igualdad, la justicia y el interés general.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-006 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ahora bien, como se había dicho ya, la constitución económica contenida en la Carta Política de 1991, se compone de disposiciones que guardan en sus textos el propósito de hacer más real la fórmula democrática con la que formalmente se identifica el Estado colombiano, o mejor, para no olvidar el concepto de democratización propuesto en el título anterior, disposiciones que pretenden democratizar la democracia. Así, para hacer efectivos los principios de igualdad, libre acceso a la propiedad, libertad de empresa, solidaridad, bienestar general y justicia social, la Constitución de 1991 dispone, entre otras cosas, que:

- El legislador nacional está facultado para establecer estímulos y medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas (C.P. Artículo 57).
- La propiedad (C.P. Artículo 58) y la empresa (C.P. Artículo 333) responden a una función social. En virtud de ello, se establece como mecanismo de realización el de la expropiación y se faculta al legislador para que limite el alcance de la libertad económica en nombre del interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.
- Es deber del Estado proteger y promover las formas asociativas y solidarias de propiedad. (C.P. Artículo 58)
- **El Estado, por su parte, en los procesos de privatización de las entidades en las que tiene participación, deberá tomar las medidas conducentes para democratizar la titularidad de las acciones (C.P. Artículo 60).**

- Igualmente, es deber del Estado promover el acceso de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra (C.P. Artículo 64).
- Se tendrá como criterio para la distribución del gasto público y la participación en los ingresos corrientes de la Nación, aquél que tiene en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas (C.P. Arts. 350 y 357).
- “Por su parte, el Legislador es responsable de la determinación de los procedimientos conforme a los cuales se hará efectiva la participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo (CP Artículo 342). A su vez, diversos sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales integrarán, junto con representantes de las entidades territoriales el Consejo Nacional de Planeación, organismo de carácter consultivo y foro para la discusión del plan nacional de desarrollo (CP Artículo 340)”⁶⁰.
- El artículo 4º, al garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, implica también asegurar la supremacía y efectividad de las normas económicas constitucionales. De esta forma, la constitución de 1991, haciendo importante aporte al proceso de democratización, se aseguró de que las normas económicas no quedaran reducidas a meros principios programáticos sin eficacia jurídica.
- Adicionalmente, debe tenerse en cuenta un importante aporte jurisdiccional al proceso de democratización. La Corte Constitucional, sentado un criterio interpretativo, ha dicho: “La interpretación constitucional encuentra en el principio

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994, op cit.

democrático una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que puedan surgir al examinar o aplicar un precepto. En efecto, a la luz de la Constitución la interpretación que ha de privar será siempre la que realice más cabalmente el principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito.”⁶¹ Con este pronunciamiento, la Corte Constitucional favorece la democratización de la Constitución, pues se fija como parámetro de lectura del texto superior el del principio democrático.

Con todo lo que hasta aquí se ha expuesto, se consideran satisfechos los cuestionamientos con los que se introdujo este título, de manera tal que se cree posible formular una respuesta o premisa categórica:

La Constitución de 1991, como eje del ordenamiento nacional se compone a la vez de un conjunto de principios y fórmulas dogmáticas, por un lado, y por otro, de disposiciones de carácter concreto que orientadas por el principio democrático, pretenden dotar al texto constitucional de contenidos democráticos más cercanos a la materialidad y efectividad. Es decir, la constitución de 1991, representa un claro intento de democratizar la democracia nacional, siendo posible en consecuencia afirmar que en nuestra Carta Política reconoce e interioriza el concepto de democratización.

⁶¹ *Ibíd.*

Sin embargo, se dejaría inconcluso este análisis si antes de cerrarlo no se hace una advertencia final. Que una Constitución como la nuestra, haya iniciado la empresa de hacer potencialmente materializables sus principios rectores y postulados dogmáticos, no asegura directa e indefectiblemente el éxito del proceso de democratización de un Estado pues, como ya se había establecido bajo el primer título de este capítulo, “democratizar la democracia”, como proceso complejo que es, requiere, además de los esfuerzos por crear un texto constitucional más cercano a las realidades sociales, toda una infraestructura que permita su adecuado funcionamiento, infraestructura que permanecerá inacabada si no cuenta, principalmente con los siguientes elementos:

1. Textos constitucionales y legales coherentes y completos, pues una cosa es el abastecimiento de normas con pretensiones de democratización (a lo que nos hemos referido a lo largo de todo este título) y otra, más exigente, es que dichas normas puedan leerse y articularse como parte de un cuerpo normativo coherente que corresponda a los principios rectores de la Constitución Nacional.
2. Todo un engranaje de instituciones, prácticas, actividades y cultura de democratización que cumplan con la función de ejecutar debidamente los propósitos ordenados por la norma superior.
3. Plena correspondencia de todos los entes e instancias estatales con la norma constitucional, de tal forma que sus actuaciones coincidan con los mandatos de la Carta Política y no actúen bajo motivaciones que escarnezcan el terreno ya ganado.

Lo que a continuación sigue es la comprobación de si el proceso de democratización en Colombia, también cumple con el lleno de estos requisitos o si por el contrario, se trata de

un objetivo parcialmente cumplido, pues cuando el traslado del texto a la ejecutividad exige una marcha firme y rauda, muchos no han podido dar más que un paso flaqueante.

Para hacerlo así, se procede a hacer un análisis del concepto de democratización en cuanto a su relación con el artículo 60° de la Constitución Política, pues esta norma, como se mostró más arriba, es expresión de la intención democratizadora de la Constitución de 1991 y, de manera especial, constituye el eje normativo que en primera medida motivó la realización de el estudio que aquí se presenta.

C. El Concepto Político y Económico de la Democratización en el Artículo 60 de la Constitución Política de 1991.

Artículo 60°- “El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

Siendo que esta investigación encuentra su punto de partida en el texto del artículo 60 de la Constitución Nacional, “Democratización de la Propiedad”, resulta de indiscutible interés indagar, en las proposiciones, debates y ponencias que tuvieron lugar en la Asamblea

Nacional Constituyente⁶²; por los elementos, fines, intenciones y verdadero sentido que los Delegatarios quisieron imprimir a esta norma constitucional, esto, para lograr finalmente establecer la relación que existe entre el concepto de democratización y el texto normativo recién referido. De las consideraciones que a continuación se expondrán, se espera hallar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿La promulgación del artículo 60 de la Constitución Política de 1991 corresponde a un intento de democratización? ¿El texto del artículo 60 de la Constitución Política de 1991 y sus efectos directos coinciden con el concepto de democratización? ¿La norma constitucional contenida en el artículo 60 de la Constitución Política de 1991 cuenta con la infraestructura, instituciones, prácticas, cultura y agentes de ejecución requeridos para que represente un exitoso proceso de democratización de la propiedad estatal?

El tema de la “PROPIEDAD” fue analizado y formulado por la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente⁶³ * ⁶⁴. De las discusiones e informes presentados por ésta, pueden extraerse las siguientes consideraciones relevantes para el tema que nos ocupa:

Sobre el **concepto y fines de la propiedad**, los Delegatarios ponentes expusieron que:

⁶² La fuente bibliográfica en donde se obtuvo la información que aquí se presenta fueron las Gacetas Constitucionales que reposan en la Biblioteca de la Presidencia de la República.

⁶³ Hacían parte de esta Comisión: Rodrigo Lloreda (Presidente), Angelino Garzón, Carlos Lemos Simmonds, Carlos Ossa Escobar, Ivan Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benitez, Tulio Cuevas, Guillermo Guerrero, entre otros.

⁶⁴ Cabe resaltar, por ser relevante para futuras conclusiones que precisamente uno de los Delegatarios que hacían parte de la Comisión que redactó el hoy artículo 60 de la C.N., el Doctor Guillermo Perry, fue, posteriormente, el mismo Ministro de Hacienda que presentó a consideración del Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 150 de 1995, que una vez aprobado y sancionado terminó convirtiéndose en la ley 226 de 1995 que hoy regula los procesos de privatizaciones de empresas públicas.

- “La propiedad es un sistema de ordenamiento económico para crear riqueza y extenderla en bien de toda la sociedad⁶⁵ .. Es una forma de organizar y aplicar la riqueza social para que genere desarrollo económico”.. (G.C. Abril 15 de 1991)

De manera especial, los Constituyentes hacen referencia a la importancia del concepto y reconocimiento constitucional de la **economía social o solidaria** y sus diversas expresiones. Si bien en un principio varios Delegatarios optaron por considerarla como una forma más de propiedad privada, la propiedad solidaria, dadas las amplias diferencias que mantiene frente a las formas privadas y públicas de propiedad, terminó adquiriendo entidad propia y autónoma, contándose desde entonces tres formas diversas de propiedad: privada, estatal y solidaria. Con relación a esta última se dijo:

- “La reforma constitucional registra la propiedad sin ánimo de lucro que consolidan personas en forma colectiva para acceder a bienes y servicios o para producirlos en beneficio del interés común. Este beneficio de los asociados no se materializa mediante la distribución de utilidades sino en el mejoramiento directo de su calidad de vida. Esta es una forma peculiar de propiedad distinta de la privada que actúa en función del lucro monetario directo.” (G.C. Abril 15 de 1991) “Dado que la propiedad solidaria es sin ánimo de lucro, en ella se habla de excedentes y no de utilidades. Los excedentes se dedican a actividades de tipo educativo y fortalecimiento del propio sector.” (G.C. Junio 14 de 1991)

Con relación a la importancia y fines de la propiedad solidaria, se enfatizó:

⁶⁵ Todas las subrayas son de los autores.

- “La proyección esencial de la propiedad solidaria es la de servir de mecanismo que permita la materialización del ambicioso proyecto de la democratización, pues a través de ella, sectores que antes no tenían forma de acceder al sistema de propiedad imperante, podrán hacerlo por medio de organizaciones asociativas, cooperativas y otras afines.” (G.C. Junio 14 de 1991)

Reconocida la importancia que dentro del marco constitucional tiene esta forma de propiedad solidaria, los Designatarios de la Asamblea destacaron la **necesidad de darle rango constitucional y de imponer al Estado la obligación de promoverla**. Se lee en la Gaceta Constitucional el siguiente texto:

- “Desde hace varios años las más variadas iniciativas han propuesto otorgar garantías constitucionales a las formas de propiedad y economía solidaria. (...) Lo que ahora se busca es, pues, darle carta de ciudadanía en la nueva constitución, al menos en igualdad de condiciones con otras formas de organización económica destinadas también a satisfacer necesidades sociales. (...) Pero no basta con reconocer su igualdad formal, sino que necesita del apoyo estatal para superar la condición de debilidad en que, con frecuencia, concurre al mercado frente al vigoroso desarrollo de la empresa privada y estatal.” (G.C. Abril 15 de 1991)

Estos propósitos del Constituyente quedaron plasmados en los artículos constitucionales números 58, inciso 3º y 333, inciso 3º de la actual Carta Política.

Dicho lo anterior, se siguen las consideraciones hechas por los constituyentes con relación al **proceso de enajenación de la propiedad del Estado**. Debe entenderse aquí que la

forma como se concibió el mecanismo de enajenación de la propiedad del Estado, sus reglas y exigencias, según los debates constituyentes, responden a un fin propio. Al respecto se dijo:

- Su fin es el de asegurar “que los eventuales procesos de privatización que puedan ocurrir en el futuro, no favorezcan en forma injusta e inequitativa a particulares que puedan obtener privilegios en las transacciones correspondientes a costa del interés colectivo”... (G.C. Abril 15 de 1991)

El proceso de privatización de la propiedad del Estado, viene aparejado desde su ideación de unos privilegios para ciertos **beneficiarios** que se considera no podrían acceder a dicha propiedad si no es por la intervención del Estado. En cuanto a este particular se resalta un aspecto interesante, toda vez que en un principio, quienes se conciben como titulares de dichos privilegios de adquisición son solamente las organizaciones solidarias. Así consta en las actas de la Asamblea:

- “El proyecto propone un sistema de competencia comercial para estas operaciones (las de enajenación de propiedad estatal), el cual coloca en condición de privilegio a las organizaciones solidarias que de por sí tienen un interés social y no abrigan ánimo de lucro. No puede olvidarse que en estos casos se enajenan bienes que le pertenecen a toda la sociedad. (G.C. Abril 15 de 1991)

En el mismo orden de ideas, el primer proyecto de articulado que terminaría siendo el hoy artículo 60 de la Constitución, estatuyó:

- “Enajenación de propiedad del Estado. Cuando se enajenan participaciones estatales en empresas, tienen preferencia las ofertas de organizaciones solidarias.” (G.C. Abril 15 de 1991)

Con posterioridad a este primer pronunciamiento, otros Delegatarios empezaron a introducir en el proyecto de norma la idea de que los trabajadores, considerados singularmente y no solamente como asociados de una organización solidaria, debían estatuirse como beneficiarios de las condiciones especiales de enajenación y con prioridad frente a las organizaciones solidarias. Así, se lee:

- “El Delegatario Angelino Garzón sostuvo que la propiedad solidaria se constituye como una de las mejores formas para que los trabajadores puedan acceder a la propiedad y por ese camino a un proceso real de democratización o participación de ella.” (G.C. Junio 14 de 1991)
- “El Constituyente Jesús Pérez Gonzáles afirmó que en la enajenación de las propiedades del Estado tienen preferencia los trabajadores sobre las organizaciones solidarias.” (G.C. Junio 14 de 1991)

Los Constituyentes Juan Carlos Esguerra y Álvaro Cala, disidentes del articulado aprobado por la mayoría, sostuvieron:

- “Finalmente, como quiera que la reforma constitucional en trámite está llamada a asegurar la vigencia del principio de igualdad entre los colombianos, no es dable privilegiar a un grupo reducido de trabajadores cuando se trate de enajenar la participación que el Estado tenga en una empresa. Nadie duda de la importancia de democratizar la propiedad de dichas empresas, pero tal democratización, implica

justamente por esencia, la igualdad de oportunidades y no privilegios.” (G.C. mayo 25 de 1991)

Finalmente, en la Gaceta Constitucional del 25 de mayo de 1991, consta cómo en la sesión conjunta de las Comisiones 1º y 5º, se decidió por 15 votos contra 8 que se incluyera en el texto del artículo la frase: “Sus trabajadores”. En virtud de lo dicho se elaboró un nuevo proyecto de norma, según el cuál:

- “Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar su propiedad, y ofrecerá a *sus trabajadores*, las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia. (Gaceta Constitucional No. 109, página 5 y Gaceta Constitucional No. 136, página 5. Aprobado el 14 de Junio de 1991. Afirmativos: 66. Negativos: 0. Abstenciones: 1.)⁶⁶

Este fue el texto aprobado por los Constituyentes en segundo debate en plenaria, con excepción de la expresión: “*tomará las medidas conducentes a democratizar su propiedad, y ofrecerá a sus trabajadores*”, que fue modificada posteriormente por la Comisión de Estilo por: “*tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores*” según consta en la versión oficial publicada en la Gaceta número 127.

⁶⁶ Es un alto número de votos en comparación con los que obtuvieron (48, 50, 59) los demás artículos que hacían parte del proyecto de articulado referido al tema de PROPIEDAD. Pese a esto, en el informe que las minorías, que no aceptaron la totalidad del texto normativo, presentaron para ser publicado en la Gaceta Constitucional se expresa que: “Como quiera que la reforma constitucional en trámite está llamada a asegurar la vigencia del principio de igualdad entre los colombianos, no es dable privilegiar a un grupo reducido de trabajadores cuando se trate de enajenar la participación que el Estado tenga en una empresa.” En virtud de lo dicho, este grupo de Delegatarios minoritario (Juan Carlos Esguerra y Alvaro Cala) proponen un proyecto de norma en el que figuren como únicos beneficiarios de las condiciones especiales de enajenación: “las organizaciones solidarias y de trabajadores. (G.C. Mayo 25 de 1991)

Ahora bien, con relación al texto aprobado del hoy artículo 60, los comentaristas de la Carta coinciden en sostener que éste no tiene equivalente en la Constitución de 1886. Sin embargo, el escudriño realizado a través de esta investigación sugiere que, si bien la Constitución anterior no tiene un texto exacto o similar al del artículo 60 de la Carta Política actual, el anterior artículo 32⁶⁷ si sentaba desde entonces las directrices y principios que hoy se ven plasmados en el artículo que motiva este estudio, de tal manera que podríamos sostener que la norma comprendida en el artículo 60, lejos de ser una disposición nueva, desconocida y de difícil reconocimiento e implementación, es, muy por el contrario, una disposición que ya tiene tradición constitucional, en otros términos, un querer social que ya había sido reconocido constitucionalmente, varios años atrás y que por tal motivo, hoy en día, la obligación de traer a la realidad dicha norma no debería asumirse como una recién nacida prestación a cargo del Estado, sino como una deuda vencida cuya muy añeja mora conculca abincadamente los principios de democracia e igualdad.

Habiendo hecho ya este recorrido por la historia constituyente que arrojó como resultado el hoy artículo 60º constitucional, una primera conclusión se hace evidente. La promulgación del artículo 60º de la Constitución de 1991, correspondió a un intento de democratización de

⁶⁷ El artículo 32 de la Constitución de 1886, reformado por el Acto Legislativo No. 1 de 1968, disponía en su segundo inciso: "Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cuál el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular." Apoya esta tesis el siguiente pronunciamiento: "Los trabajadores reclaman participación en las ganancias. Eso no es novedoso. En la reforma de 1968 ya lo planteaba la política de ingresos y salarios (artículo 32, Constitución Nacional de 1886). Lo que se debe es desarrollar como experiencia." (Informe Ponencia para primer debate en plenaria. G.C. Mayo 25 de 1991) (Las subrayas son de los autores).

la Carta Política. Para demostrarlo, basta con analizar el texto de la mencionada disposición constitucional. En él se evidencian dos contenidos normativos diferenciables:

Así, el primer inciso consagra una cláusula programática y ontológica, según la cual todas las personas tienen derecho a acceder a la propiedad, por lo cual el "Estado está obligado a promover, fomentar y posibilitar el real acceso, de conformidad con la reglamentación que para el caso expida la ley"⁶⁸. Y de otro lado, el inciso segundo establece un mandato específico en los casos de enajenación de la participación del Estado en una empresa, pues señala que en tales eventos, y conforme a la ley, el Estado "tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria".

Y es precisamente, la estructura del texto del artículo 60º constitucional, la que sirve para sostener todo lo que hasta aquí se ha dicho, pues, frente a una norma que "opera como un principio o como un mandato que el Estado debe intentar realizar en la medida de sus posibilidades jurídicas y fácticas"⁶⁹ (inciso 1º), se dicta otra norma (inciso 2º) de carácter categórico que busca establecer un procedimiento y atribuir derechos y facultades, de tal modo que el mandato ontológico del primer inciso pueda traerse a escenarios reales o como lo hemos dicho a lo largo de este estudio, pueda materializarse.

⁶⁸Corte Constitucional, Sentencias C-211/94. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz y C-392 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-392 de 1996, op cit.

Así, los constituyentes, interpretando el clamor popular que pedía que se diera contenido real y efectivo a la vacía fórmula constitucional que consagra el derecho de propiedad, decidieron verter en el texto del artículo 60° dos contenidos democráticos, en otras palabras, dos mecanismos o instituciones que permitirían democratizar la democracia colombiana, en sus manifestaciones económicas-sociales. Dichos dos contenidos de democratización son:

Primero, dar rango constitucional a la economía y propiedad solidaria como “mecanismo que permita la materialización del ambicioso proyecto de la democratización, pues a través de ella, sectores que antes no tenían forma de acceder al sistema de propiedad imperante, podrán hacerlo por medio de organizaciones asociativas, cooperativas y otras afines.” (G.C. Junio 14 de 1991). Y, segundo, radicar en cabeza del Estado la obligación de democratizar la titularidad de sus acciones cuando enajene su participación en una empresa, con el fin de hacer de ésta una vía para la materialización del principio de acceso generalizado a la propiedad y promoción de la participación de todos en la vida económica, con preferencia de ciertos sectores, tradicionalmente desposeídos de poder adquisitivo.⁷⁰ Sobre este segundo mecanismo, la Corte Constitucional ha sostenido: “la obligación impuesta al Estado de fomentar el acceso a la propiedad, constituye un cometido específico, que debe llevar al terreno de las realidades; es así como la Constitución lo autoriza para promover el acceso de los trabajadores a la propiedad empresarial (C.P. Artículo 60, inc. 2), lo cual corresponde indudablemente, al fenómeno de la

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-632 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

democratización económica, cuyos alcances tienen el sentido de una opción real, de una posibilidad seria y efectiva para que los trabajadores y organizaciones solidarias logren participar de las ventajas que el desarrollo económico.”⁷¹

Por lo anterior y haciendo eco de otro pronunciamiento de la Corte Constitucional, es posible afirmar que el artículo 60º de la Carta Política hace suyo y aplica el concepto de democratización, como “una estrategia del Estado en desarrollo de la cual, se busca facilitar, dentro de los procesos de privatización, el acceso de los trabajadores y organizaciones solidarias, al dominio accionario de las empresas de participación oficial, otorgándoles para tal fin, "condiciones especiales" que les permitan lograr dichos objetivos. Como resultado de tal estrategia tiene que alcanzarse el crecimiento y consolidación de las organizaciones solidarias, multiplicar su participación en la gestión empresarial nacional, y por contera, reducir el tamaño de la concentración del dominio empresarial, que tradicionalmente ha constituido una forma de obstaculizar la democratización de la propiedad. Las medidas conducentes, que deben adoptarse a través de la ley, necesariamente han de estar dirigidas a que efectivamente se cumpla el designio democratizador de la norma que, a juicio de la Corte, apunta a eliminar la concentración de la riqueza, lo que naturalmente supone que las acciones han de quedar en manos del mayor número de personas.”⁷²

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell

⁷² *Ibíd.*

Ahora bien, ese concepto de democratización de la propiedad empresarial del Estado, en tanto mecanismo al servicio de la materialización de postulados constitucionales dogmáticos, es una concepción política y económica.. Lo primero, porque ha sido utilizado como estrategia para “acercar y mejorar las relaciones entre el trabajo y el capital y lograr la mutua cooperación en el fortalecimiento y desarrollo de la actividad de las empresas del sector privado, suponiendo la coparticipación de los trabajadores en la dirección y administración de las industrias reconociéndoles de esta forma su significación como elemento determinante y vital en el proceso de producción.”⁷³ Y, por otro lado, también se trata de un concepto político, en la medida en que se trascienden los propósitos de la simple gestión, para “permitir a los trabajadores su participación en la propiedad de la misma empresa y, por supuesto, en los rendimientos de la gestión económica, apuntando como primer intento, a superar las desigualdades económicas y sociales que se evidencian entre los trabajadores y los empresarios, pero también, a insertar a aquellos, por intermedio de sus representantes, en la estructura de poder de la organización, de manera que se les permita influir en el control administrativo y económico de la empresa.”⁷⁴

Habiendo llegado a este punto, conviene dar un paso más adelante en el escudriño del texto normativo del artículo 60º para determinar si éste, ya no como mero intento de democratización (bastante loable por cierto), sino como producción final de una Asamblea Nacional Constituyente y entendidos los efectos y alcances del texto a través del cual se

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.*

expresa, se acompasa o no con el concepto de democratización alrededor del cuál ha girado toda la exposición que aquí se presenta.

Para terminar y con relación al texto finalmente aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente correspondiente al artículo 60, caben varias anotaciones que coinciden en considerar que la forma en como se positivizó el propósito de democratización de la Constitución de 1991, o en más sencillos términos, el cuerpo y elementos que se le imprimieron a partir de su consignación en el artículo 60° de la Carta Política, anulan en gran parte el propósito de dotar de contenidos reales a la fórmula dogmática expresada en el primer inciso del mencionado artículo, es decir, anulan el intento de democratizar la democracia económica del Estado colombiano, consideraciones a las que se volverá en más amplio análisis en el transcurso de esta investigación:

1. Una democratización bien entendida, comprende el concepto de generalidad como sinónimo de igualdad y en ese orden de ideas, cuando se propone garantizar el acceso de sus individuos a algo, establece canales de acceso amplios para permitir la entrada de todos ellos, sin olvidar dar un trato diferente a quienes se encuentren en situaciones diferentes pero nunca, reduciendo esa generalidad a unos pequeños grupos privilegiados sin que exista justificación real y sólida para hacerlo. Se hace necesario desarrollar un poco más esta premisa, pues resulta ser eje fundamental de esta investigación como podrá constatarse a lo largo de su desarrollo.

La fórmula de la igualdad, pilar fundamental de todo régimen democrático, establece que se debe dar un trato igual a quienes se encuentren en condiciones iguales y desigual

-entendiéndose aquí por desigual un trato privilegiado-, a quienes se encuentren en condiciones desiguales. Pues bien, cuando el Estado monopoliza una actividad o es propietario de un bien productivo, como lo es una empresa pública, existe para todos los ciudadanos la misma condición de igualdad: ninguno puede acceder a dicha propiedad estatal mientras permanezca estando en cabeza del Estado. Viene entonces un segundo momento, el Estado decide vender el bien que le pertenecía con el propósito y deber constitucional de garantizar que quienes no podían acceder a la propiedad estatal, puedan hacerlo ahora. Así, si es verdad –como lo es- que antes de la decisión de privatizar la empresa ningún ciudadano podía acceder a su propiedad, pues resulta de Perogrullo entender que ahora, cuando se ofrece en venta la empresa, esos mismos ciudadanos, es decir, TODOS, deben tener las mismas posibilidades de adquirir una porción de la propiedad que se ofrece en venta. ¿Dónde se presenta la desigualdad? En otro nivel. La desigualdad se presenta en la capacidad monetaria o capacidad de compra que cada uno de esos ciudadanos pueda tener frente a las acciones ofrecidas dadas sus condiciones socio-económicas particulares. Y entonces, ¿Qué debe hacer el Estado para cumplir su deber de garante de la justicia social y aliviar este nivel de desigualdad? ¿Conceder beneficios de compra a un grupo exclusivo constituido por los trabajadores de la empresa que se está privatizando? No es esa la solución, porque como puede concluirse del análisis que acaba de exponerse, hacerlo representa una acción que no sólo carece de sentido común, sino que además es abiertamente discriminatoria, pues con ella se privilegia a un grupo particular cuando todos los demás ciudadanos, no beneficiarios, se encontraban en las mismas condiciones del grupo favorecido. Pero entonces, debe repetirse la pregunta, ¿Qué debe hacer el Estado para garantizar que

todos puedan acceder en igualdad de condiciones a la propiedad estatal? El interés del lector sobre esta pregunta, creemos, será satisfecho a lo largo de las líneas que le restan a esta investigación y a través de las conclusiones y propuesta que sus autores formulan.

2. Sin detrimento de lo anterior, para acercarse más a una verdadera democratización, el artículo 60 de la Constitución Nacional no debió estatuir a los trabajadores, individualmente considerados como beneficiarios especiales de los procesos de democratización, sino que debió elevar a dicha categoría sólo a las asociaciones del sector solidario, en las cuales pueden incluirse trabajadores.
3. La tercera conclusión que se quiere dejar esbozada puede ser quizás un poco más pacífica. Sostiene que la inclusión, por parte de la Comisión de Estilo de la Asamblea Constituyente, de la expresión *“tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones”* en el texto del actual artículo 60 de la Carta Política, representa una significativa limitación a los procesos de democratización de la propiedad estatal, pues reduce la lista de bienes enajenables. En apoyo a esta conclusión, se cita: “Esta modificación restringe el concepto de la propiedad estatal que debe someterse a régimen especial para su enajenación, ya que solamente la circunscribe a la propiedad accionaria del Estado y la restringe a aquella propiedad que aunque no está representada en acciones, también es susceptible de enajenación.”⁷⁵

⁷⁵ LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y otro, *Constitución Política de Colombia. Origen, Evolución y Vigencia*, Tomo I, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1996, pg. 268.

CAPÍTULO III

BENEFICIARIOS DE LA DEMOCRATIZACIÓN DEL ARTÍCULO 60 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La democracia económica, "es hoy una filosofía, un modo de vivir, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno". **Burdeau**⁷⁶.

Como quedó expuesto en los capítulos anteriores, el artículo 60 de la Constitución Nacional crea una herramienta para que el Estado asegure el acceso a la propiedad, como instrumento que debe servir para dignificar la vida de los seres humanos, a quienes pudiendo administrarla con criterios de eficiencia y productividad, no podrían obtenerla dentro del escenario de una estricta competencia comercial de no ser por la intervención estatal, intervención que se materializa en la concesión de ciertas "condiciones especiales"⁷⁷ conducentes a hacer viable la concurrencia de dichos sectores económicos en el capital accionario de las empresas estatales. Ahora bien, ¿quiénes son los beneficiarios de tales prerrogativas? La respuesta se encuentra en la propia norma constitucional y en su desarrollo legal. Así, el segundo inciso del artículo 60 constitucional ordena que en lo procesos de enajenación de la propiedad accionaría estatal, el Estado

⁷⁶ BURDEAU, Georges, *La democracia*, Ediciones Ariel, 1.965, p. 19.

⁷⁷ Puede consistir en la creación de medios expeditos y favorables de financiación para la adquisición de las acciones, el establecimiento de condiciones financieras ventajosas de plazo, precio y financiación especial o cualquier otro incentivo que haga real el propósito del constituyente de democratizar la propiedad.

deberá ofrecer condiciones especiales para acceder a la misma a los trabajadores de la empresa a privatizar y a las organizaciones solidarias y de trabajadores.

Conviene ahora retomar algunas de las discusiones y textos normativos que resultaron de la Asamblea Nacional Constituyente, ya transcritos en el estudio del capítulo II. C, para entender cómo se llegó a lo que hoy estatuye el artículo 60 de la Carta Política con relación a los beneficiarios de los procesos de privatización de empresas públicas. En ese orden de ideas, resulta interesante observar cómo, en un primer intento de redacción constitucional, quienes se concibieron como titulares de dichos privilegios de adquisición fueron únicamente las organizaciones solidarias. Al respecto se dijo:

- “El proyecto propone un sistema de competencia comercial para estas operaciones (las de enajenación de propiedad estatal), el cual coloca en condición de privilegio a las organizaciones solidarias que de por sí tienen un interés social y no abrigan ánimo de lucro. No puede olvidarse que en estos casos se enajenan bienes que le pertenecen a toda la sociedad. (G.C. Abril 15 de 1991)

En el mismo orden de ideas, el primer proyecto de articulado que terminaría siendo el hoy artículo 60 de la Constitución, estatuyó:

- “Enajenación de propiedad del Estado. Cuando se enajenan participaciones estatales en empresas, tienen preferencia las ofertas de organizaciones solidarias.” (G.C. Abril 15 de 1991)

Con posterioridad a este primer pronunciamiento, otros Delegatarios empezaron a introducir en el proyecto de norma la idea de que los trabajadores, considerados

singularmente y no solamente como asociados de una organización solidaria, debían estatuirse como beneficiarios de las condiciones especiales de enajenación y con prioridad frente a las organizaciones solidarias. Así, consta:

- “El Delegatario Angelino Garzón sostuvo que la propiedad solidaria se constituye como una de las mejores formas para que los trabajadores puedan acceder a la propiedad y por ese camino a un proceso real de democratización o participación de ella.” (G.C. Junio 14 de 1991)
“El Constituyente José Pérez Gonzáles afirma que en la enajenación de las propiedades del Estado tienen preferencia los trabajadores sobre las organizaciones solidarias.” (G.C. Junio 14 de 1991)

Finalmente, en la Gaceta Constitucional del 25 de mayo de 1991, se lee cómo en la sesión conjunta de las Comisiones 1º y 5º, se decidió por 15 votos contra 8 que se incluyera en el texto del artículo la frase: “Sus trabajadores”. En virtud de lo dicho se elaboró un nuevo proyecto de norma, según el cuál:

- “Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar su propiedad, y ofrecerá a sus trabajadores, las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia. (Gaceta Constitucional No. 109, página 5 y Gaceta constitucional No. 136, página 5. Aprobado el 14 de Junio de 1991. Afirmativos: 66. Negativos: 0. Abstenciones: 1.)⁷⁸

⁷⁸ Representa un alto número de votos en comparación con los que obtuvieron (48, 50, 59) los demás artículos que hacían parte del proyecto de articulado referido al tema de PROPIEDAD. Pese a esto, en el informe que

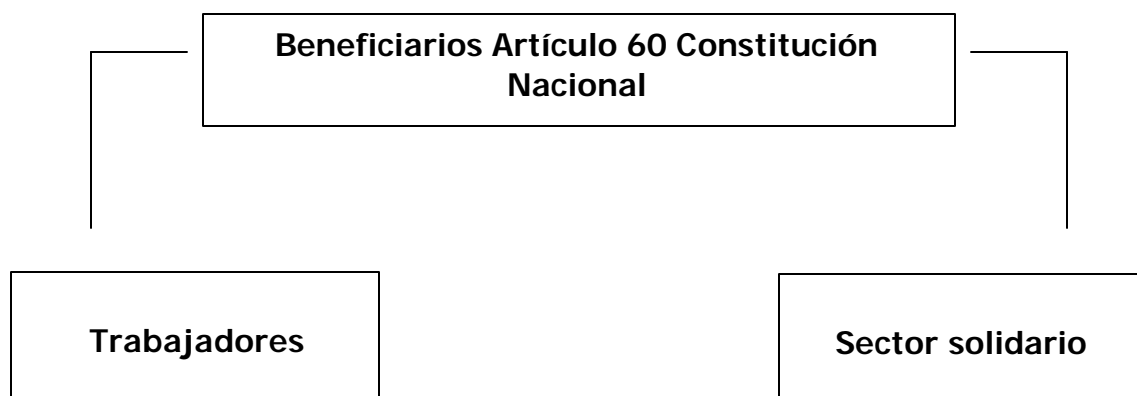
Este fue el texto aprobado por los Constituyentes en segundo debate en plenaria, con excepción de la expresión: *“tomará las medidas conducentes a democratizar su propiedad, y ofrecerá a sus trabajadores”*, que fue modificada posteriormente por la Comisión de Estilo por: *“tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores”* según consta en la versión oficial publicada en la Gaceta número 127.

Interpretando el texto del artículo 60, con especial detenimiento en lo que respecta a sus beneficiarios, la Corte Constitucional ha sostenido que: “ (...) es obligación del Estado cuando decida enajenar acciones de su propiedad, ofrecerlas en primer lugar a los trabajadores de la misma entidad, a las organizaciones solidarias y a las organizaciones de trabajadores, y sólo en el evento de que dichos grupos resuelvan no adquirir tales acciones o adquirir únicamente una parte de ellas, podrán ofrecerse las restantes, o todas, si es el caso, a personas distintas de las enunciadas. A los primeramente citados el Constituyente ordena que se les otorguen "condiciones especiales" para que puedan acceder en forma real y efectiva a dicha propiedad y que obviamente deben ser distintas y más ventajosas o favorables que las que se establezcan para el público en general. A todas ellas se les debe

las minorías, que no aceptaron la totalidad del texto normativo, presentaron para ser publicado en la Gaceta Constitucional se expresa que: “Como quiera que la reforma constitucional en trámite está llamada a asegurar la vigencia del principio de igualdad entre los colombianos, no es dable privilegiar a un grupo reducido de trabajadores cuando se trate de enajenar la participación que el Estado tenga en una empresa.” En virtud de lo dicho, este grupo de Delegatarios minoritario (Juan Carlos Esguerra y Alvaro Cala) proponen un proyecto de norma en el que figuren como únicos beneficiarios de las condiciones especiales de enajenación: “las organizaciones solidarias y de trabajadores. (G.C. Mayo 25 de 1991

otorgar las mismas condiciones especiales para que queden en igualdad de condiciones y de posibilidades con el fin de que puedan lograr el objetivo propuesto.”⁷⁹

Expuesta la norma constitucional y su interpretación jurisprudencial, se pretende ahora hacer un estudio más detenido y especializado acerca de las personas o entes que se consideran beneficiarios de la democratización de los procesos de privatización de la propiedad accionaría estatal. Así y a pesar de que generalmente se ha considerado que todos los beneficiarios de la norma constitucional bajo estudio se engloban dentro de la que se ha denominado “sector solidario”, para efectos de este estudio, consideramos más riguroso y acertado proponer una subclasificación de dichos beneficiarios en dos categorías:



⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

A. LOS TRABAJADORES.

Los trabajadores, como beneficiarios de las “condiciones especiales” en que deben ofrecerse las acciones estatales de las empresas en proceso de privatización, deben entenderse como aquellas personas que están o estuvieron en algún momento, vinculadas laboralmente con la misma, situación que, debe aclararse, requiere la existencia de un contrato de naturaleza laboral⁸⁰. En ese orden de ideas, la ley 226 de 1995, promulgada en desarrollo del artículo 60 de la Constitución Política, dispone en su artículo 3 que son trabajadores beneficiarios de las privatizaciones democráticas: “los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria y los ex trabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono.”

B. EL SECTOR SOLIDARIO.

El artículo 2 de la ley 454 de 1998, define la Economía Solidaria como el “sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía.” Y, precisamente ese “conjunto de fuerzas” al que se refiere el precepto recién citado es lo que constituye el sector solidario de la economía democrática instaurada en la Constitución de 1991 y que aquí se presenta como beneficiario

⁸⁰ Ilustra este punto el asunto Fernando Londoño Hoyos v. ECOPETROL.

de los procesos de privatización de la propiedad accionaria del Estado. Dicho sector se rige por unos determinados principios y fines, elevados a rango legal, a saber:

Ley 454 de 198. Artículo 4. Principios de la Economía Solidaria. Son principios de la Economía Solidaria:

1. El ser bueno, su trabajo y mecanismos de cooperación tienen primacía sobre los medios de producción.
2. Espíritu de solidaridad, cooperación, participación y ayuda mutua.
3. Administración democrática, participativa, autogestionaria y emprendedora.
4. Adhesión voluntaria, responsable y abierta.
5. Propiedad asociativa y solidaria sobre los medios de producción.
6. Participación económica de los asociados, en justicia y equidad.
7. Formación e información para sus miembros, de manera permanente, oportuna y progresiva.
8. Autonomía, autodeterminación y autogobierno.
9. Servicio a la comunidad.
10. Integración con otras organizaciones del mismo sector.
11. Promoción de la cultura ecológica.

Ley 454 de 1998. Artículo 5. Fines de la Economía Solidaria. La Economía solidaria tiene como fines principales:

1. Promover el desarrollo integral del ser humano.

2. Generar prácticas que consoliden una corriente vivencial de pensamiento solidario, crítico, creativo y emprendedor como medio para alcanzar el desarrollo y la paz de los pueblos.
3. Contribuir al ejercicio y perfeccionamiento de la democracia participativa.
4. Participar en el diseño y ejecución de planes, programas y proyectos de desarrollo económico y social.
5. Garantizar a sus miembros la participación y acceso a la formación, el trabajo la propiedad, la información, la gestión y distribución equitativa de beneficios sin discriminación alguna.

La ya citada ley 226 de 1995, en su artículo 3, se encargó por su parte de determinar con precisión quiénes o qué entes conforman el sector solidario de la economía colombiana. Estos son: las asociaciones de empleados o ex empleados de la entidad que se privatiza; los sindicatos de trabajadores, federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión; los fondos de cesantías y pensiones; y las entidades cooperativas definidas por la legislación cooperativa. A su vez, y bajo similares criterios, el parágrafo 2 del artículo 6 de la ley 454 de 1998, dispone que “tienen el carácter de organizaciones solidarias entre otras: las cooperativas, los organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad, las instituciones auxiliares de la Economía solidaria, las empresas comunitarias, las empresas solidarias de salud, las precooperativas, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas, las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, las empresas asociativas de trabajo y

todas aquellas formas asociativas solidarias que cumplan con las características mencionadas en el presente capítulo.”⁸²

A todas las anteriores asociaciones, fondos, cooperativas, etc., les deben ser comunes las siguientes características, que hacen parte de la naturaleza del sector solidario o del concepto de economía solidaria y que, para nuestro ordenamiento legal, han sido estatuidas por la Ley 454 de 1998⁸³:

“Artículo 6. Características de las organizaciones de Economía Solidaria. Son sujetos de la presente ley las personas jurídicas organizadas para realizar actividades sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios según el caso, son simultáneamente sus aportantes y gestores, creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general, observando en su funcionamiento las siguientes características:

⁸² “Dentro del sector solidario, el cooperativismo representa el 18 por ciento. Así lo demuestran sus casi cinco millones de afiliados directos. Según datos oficiales, el sector solidario lo conforman cerca de 60 mil organizaciones entre formas cooperativas, empresas solidarias de salud, asociaciones mutualistas, fondos de empleados, asociaciones gremiales agropecuarias, empresas comunales, empresas comunitarias y empresas asociativas de trabajo.” Fuente: www.planetapaz.org

⁸³ Estas características son las que explican por qué no es acertado incluir dentro de la categoría de “Sector Solidario”, a los trabajadores o ex trabajadores, individualmente considerados, a pesar de que también son beneficiarios de los procesos democráticos de privatización de empresas estatales.

1. Estar organizada como empresa que contemple en su objeto social, el ejercicio de una actividad socioeconómica, tendiente a satisfacer necesidades de sus asociados y el desarrollo de obras de servicio comunitario⁸⁴.
2. Tener establecido un vínculo asociativo, fundado en los principios y fines contemplados en la presente ley.
3. Tener incluido en sus estatutos o reglas básicas de funcionamiento la ausencia de ánimo de lucro, movida por la solidaridad, el servicio social o comunitario.
4. Garantizar la igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros sin consideración a sus aportes.
5. Establecer en sus estatutos un monto mínimo de aportes sociales no reducibles, debidamente pagados, durante su existencia.
6. Integrarse social y económicamente, sin perjuicio de sus vínculos con otras entidades sin ánimo de lucro que tengan por fin promover el desarrollo integral del ser humano.

PARAGRAFO 1o. En todo caso, las organizaciones de la economía solidaria deberán cumplir con los siguientes principios económicos:

1. Establecer la irrepartibilidad de las reservas sociales y, en caso de liquidación, la del remanente patrimonial.
2. Destinar sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrar a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real. (...)

⁸⁴ Numeral 1. declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-779-01](#) de 25 de julio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, "únicamente por los cargos analizados".

Por último, cabe anotar que la propia ley 226 de 1995, con lo dispuesto por su artículo 19, excluye expresamente del grupo de beneficiarios del artículo 60 constitucional a “los fondos parafiscales, los fondos agropecuarios y pesqueros, incluyendo los fondos ganaderos y el Fondo Nacional del Café.”

Hasta aquí, se ha expuesto cuáles son las características y quiénes componen los dos grupos de privilegiados en los procesos de privatización de empresas públicas, tal y como lo tiene regulado el artículo 60 de la Constitución Nacional y la ley 226 de 1995. Sin embargo, y pese a que aquí se ha reconocido que dicha norma constitucional representa un intento democratizador, se debe concluir, así lo consideramos los autores de esta investigación, que en cuanto a sus destinatarios o beneficiarios, representa un logro meramente parcial, conclusión que había quedado ya expuesta someramente en el título II.C.

Nos preguntamos: ¿Qué sentido tiene que los únicos beneficiarios de las condiciones especiales de enajenación de las acciones de una empresa pública sean sus trabajadores o quienes se hayan constituido en una de las formas que componen el sector solidario?

Algunos y entre ellos se cuentan los propios Delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente, justifican la existencia de dos grupos de beneficiarios por considerar que precisamente éstos son sectores tradicionalmente desprotegidos que, al encontrarse en desventaja material, difícilmente podrían acceder a la propiedad accionaria que se pretende enajenar en las privatizaciones de empresas públicas de no ser por la intervención del

estado. Adicionalmente, aducen que al tratarse de estos dos sectores se esta haciendo referencia a un grupo de la población bastante amplio, por lo cual se cree estar cumpliendo con los requisitos que impone la democratización económica y social.

Los argumentos que a continuación se exponen pretenden mostrar lo desafortunado que encontramos el anterior razonamiento y su total falta de razón cuando se trata de servir como justificación a unas disposiciones constitucionales y legales, que en términos democráticos, resultan incomprensiblemente limitantes.

- El concepto de democratización sólo encuentra expresión en normas y regulaciones que reconozcan el principio de igualdad y por lo tanto garanticen a todos sus destinatarios, en el concepto más amplio de generalidad, las mismas prerrogativas e impongan las mismas cargas, permitiéndosele, claro está, diferenciar en donde encuentre condiciones desiguales pero sin que eso signifique el sacrificio absoluto de las garantías a las tienen legítimo derecho quienes no se encuentren dentro de dichas condiciones especiales. Dicho de forma más clara, si el contenido democrático al que hemos venido haciendo referencia pretende otorgar condiciones especiales para garantizar el acceso a la propiedad estatal, esos beneficios no pueden, dentro del marco de una democratización bien entendida, ser concedidos a ciertos grupos específicos que excluyen al resto de los individuos que componen el conglomerado social pues éstos, al igual que los primeros, son titulares del derecho a la propiedad garantizado por mandato constitucional. Ahora, el hecho de que para algunos sea más difícil acceder a dicha propiedad, por la desigualdad de condiciones materiales o que la cantidad en que se accede por las mismas razones

sea desproporcional, es asunto diferente y puede atenderse, por ejemplo, garantizando a los que resulten accionistas minoritarios ciertas prerrogativas al momento de la toma de decisiones dentro del órgano social pero nunca, estatuyéndolos como ÚNICOS beneficiarios de unas condiciones especiales de enajenación, pues esto resultaría ser no sólo una inequidad ostensible, sino que además contraría toda real intención de democratización.

- El grupo de beneficiarios comprendido por los trabajadores y el sector solidario no es, ni está cerca de serlo, un grupo amplio, como lo argumentan sus defensores, pues los primeros sólo son aquellos que sostengan o hayan sostenido vínculo laboral con la empresa que se este privatizando y no todos los trabajadores del país que se encuentran igualmente desprotegidos y el segundo, es decir, el sector solidario, no se ha desarrollado en nuestro país con la suficiente fuerza o representación, en gran parte, por la falta de impulso estatal, como para ser considerado un grupo amplio que satisfaga los requerimientos de la democratización.
- La propiedad estatal, en tanto pública, es de todos los ciudadanos nacionales y por ello se encuentra nueva razón para rechazar que un propósito democratizador favorezca en el proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado sólo a esa pequeña porción de trabajadores que por alguna u otra razón resultaron laboralmente vinculados con la empresa que se pretende enajenar, cerrando el acceso a esta propiedad a todos los demás titulares del tesoro público.
- Resulta proverbial considerar que en una Nación como la colombiana, con una depresión económica extendida y que no diferencia sectores, grupos o individuos,

los únicos con dificultades materiales para acceder a un título de propiedad son los trabajadores de las empresas privatizables.

- Finalmente, el sector solidario, en tanto que representa una unión de fuerzas productivas, no debió ser considerado como beneficiario exclusivo de las condiciones especiales de enajenación, sino como un vehículo que permita un mejor posicionamiento a la hora de negociar la compra de acciones estatales, claro está sin restarle toda la promoción y apoyo estatal que requiere su contundente crecimiento y evolución.

CAPÍTULO IV

LA DEMOCRATIZACIÓN EN LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN EN COLOMBIA

Antes de introducir este capítulo y referirse a cuáles son los temas de los que se ocupará, se debe advertir que se encuentra fuera de su alcance, al menos para los fines de esta investigación, el debate acerca de qué tanta intervención debe permitírsele al Estado en la economía nacional o si el paradigma neoliberal que parece imponerse hoy en el mundo se acompasa o no con modelos de redistribución del ingreso y políticas sociales⁸⁵. En este capítulo en particular, hemos querido dejar atrás esas álgidas discusiones de la economía política moderna, para sugerir dos objetivos, quizás un poco más modestos, pero con seguridad más prácticos y útiles a la hora de evaluar cuáles han sido los efectos del propósito constitucional que obliga a democratizar los procesos de privatización de las empresas públicas.

El primero de esos objetivos consiste en analizar el proceso de privatización de empresas públicas, regulado por la Ley 226 de 1995, en desarrollo del artículo 60 de la C.N. que, a diferencia de cómo se trató este mismo asunto en uno de los primeros acápite de esta investigación, aquí se hará con mayor detalle y con especial énfasis en el principio de democratización que lo orienta. El segundo de los objetivos propuestos, sugiere un estudio de casos, esto es, se estudiarán algunos de los procesos de privatización más significativos

que hayan tenido lugar en Colombia desde 1991, con miras a determinar si tanto el marco legal como su aplicación práctica han permitido o no materializar los propósitos que subyacen a la democratización de la propiedad accionaria estatal.

Lo que comúnmente se ha venido conociendo como la oleada de privatizaciones colombiana o la feria de empresas estatales irrumpió en el panorama nacional a partir de 1991, pues fue la Carta Política promulgada en este año la que abrió de forma más clara el camino hacia una economía de mercado y hacia la liberalización de la prestación de servicios públicos. La inmersión de los procesos privatizadores a Colombia, como ocurrió en la mayoría de los países latinoamericanos, respondió a la necesidad de conjugar dos déficits nacionales: por un lado, “al comenzar el proceso de privatizaciones, el gasto público consolidado de Colombia era de aproximadamente el 28% del PIB, cifra que resultaba pequeña si la comparamos con la de países como Francia (52%), Gran Bretaña (48%) y Japón (33%)” y por otro, no sólo nuestro Estado era pequeño en términos de su incidencia directa en el gasto total de los ingresos, sino que también era un Estado supremamente ineficiente, tanto que desde la década de lo 80’s “la rentabilidad de las empresas del sector público había sido apenas una cuarta parte de las el sector privado, hecho que no se explica solamente por los bajos niveles gerenciales, sino también por los altos niveles de corrupción que generaban importantes pérdidas en el patrimonio público”⁸⁶.

⁸⁵ Estos asuntos fueron propuestos y desarrollados someramente en lo que concierne al tema objeto de estudio, en el Capítulo I de esta investigación, a pesar de que, como se dijo, supera los intereses específicos de la misma.

⁸⁶ LOBOGUERRERO, Ana María , *Las Privatizaciones en Colombia*, DNP, Bogotá, 1999, pg. 14.

Ante esta doble problemática, insuficiencia de gasto público por un lado e ineficiencia gerencial por el otro, debía crearse un procedimiento legal para llevar a cabo privatizaciones de empresas públicas que produjera resultados finales tanto en términos de eficiencia empresarial como en términos de democratización social. Una proeza de verdadero equilibrio.

Con miras a ello, el legislador nacional, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 60 superior, dio trámite al Proyecto de Ley No. 150 de 1995 presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público del Gobierno Samper, Doctor Guillermo Perry Rubio, quien había sido delegatario de la Asamblea Nacional Constituyente y precisamente participó en la redacción del artículo 60 constitucional.

Pero la producción legislativa no es un proceso que se surta exclusivamente en una única instancia del organigrama estatal, sino que recorre diferentes estadios. Los individuos expresan de diversas formas la necesidad de regulación de una determinada situación. En alguien recae o alguien se atribuye la obligación de elaborar una propuesta de regulación. El órgano competente para hacerlo, determina si tal propuesta es acertada e imprime las modificaciones o realiza las supresiones que considere necesarias. Finalmente, dentro del entramado estatal, a varios organismos determinados corresponderá la implementación de la normatividad legítimamente producida. Reconociendo esta realidad y ya habiendo estudiado los antecedentes constitucionales del artículo 60 de la Carta Política en el **Capítulo II**, corresponde ahora analizar la labor de quienes presentaron un proyecto de

regulación de dicho artículo constitucional (Ministerio de Hacienda del Gobierno Samper), de quienes tuvieron a su cargo la función de modificar y aprobar la iniciativa presentada (Cuerpo Legislativo) y de quienes finalmente implementan la normatividad sancionada (Análisis de casos de privatización de empresas públicas).

PROYECTO DE LEY No. 150 DE 1995:

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley presentado⁸⁷ para convertirse posteriormente en Ley por medio de la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se encuentran expresados los elementos estructurales de la norma de privatizaciones. Ellos son:

1. “Democratización de la propiedad accionaria. La transferencia de la propiedad estatal no significa simplemente el cambio de la titularidad de la propiedad accionaria, sino que debe ser entendida como un desarrollo de la democracia participativa.. Se retoma la tendencia universal del desarrollo del capitalismo con visión social. (...) La propiedad es uno de los soportes de los derechos de la persona y en tal sentido, su acceso debe ser promovido por el Estado. En vista de lo anterior el constituyente da una protección especial a aquellos sectores que no podrían acceder fácilmente a ella sino a través de la intervención del Estado. Este principio de democratización implica además la publicidad que debe ser connatural a la actuación administrativa que guíe el proceso de enajenación, como también la

⁸⁷ El texto completo del Proyecto de Ley No. 150 de 1995 puede leerse en el Anexo No. 1.

posibilidad de concurrir al mismo, a salvo las expresas prerrogativas de origen constitucional.

2. “Condiciones de Preferencia. Se consagra como principio general, la existencia de condiciones especiales de acceso a la propiedad accionaria que enajene el estado para ciertos sectores sociales. Con tales condiciones se pretende desarrollar el principio constitucional de igualdad real y efectiva, en la medida en que se propende por mecanismos que viabilicen el acceso a la mencionada propiedad. En efecto, sin la existencia de estos privilegios de acceso no sería posible la democratización de la propiedad pues sin ellos, las prácticas monopolísticas u oligopolísticas del mercado, por su propia naturaleza, darían al traste con la posibilidad de democratizar la propiedad. De otra parte, estas condiciones especiales no se traducen en la imposibilidad de acceso de otros sectores sociales, pues, intervendrían una vez los privilegiados hubiesen agotado su alternativa, en relación con las condiciones preferentes. El proyecto de ley comprende las siguientes prerrogativas a favor de los grupos privilegiados por la norma constitucional, con la intención de hacer posible la democratización de a propiedad:

- A. Se les ofrece de manera exclusiva la totalidad de las acciones en venta.

- B. La determinación de un precio único fijo de la acción que, a la vez, permita una facilidad en el acceso a la propiedad, al resultar más favorable que el precio ofrecido a los no privilegiados, y,

adicionalmente proteja al patrimonio público. Para tales efectos se establece un sistema de martillo cerrado en el cual no existe posibilidad de puja.

C. Creación de líneas de crédito para que los sectores beneficiados tengan los recursos necesarios para participar en el proceso. Así, en el proyecto de ley se supedita la iniciación del procedimiento de venta a que las entidades financieras creen dichas líneas con condiciones especiales (plazo, tasa de interés, periodo de gracia, garantías, etc.)

D. Posibilidad de utilizar las cesantías acumuladas que hacen parte del ahorro forzoso de los trabajadores.

3. “Protección del patrimonio público. Sin perjuicio de los principios ya indicados, se hace necesario proteger el interés público y el patrimonio afecto a éste. No puede perderse de vista que se trata de un proceso de enajenación donde rigen los principios de la función administrativa, entre ellos, la eficacia, la economía y la eficiencia, de otra parte, que lo que se pretende es que quienes participen en la adquisición lo hagan producto de un esfuerzo patrimonial. La protección del patrimonio público se concretiza tanto en la fijación del precio de la acción como, que no puede ser tal que vaya a deteriorar el valor de los recursos públicos, como en el avalúo que debe realizarse por medio de los estudios técnicos.
4. “Continuidad del servicio. El proyecto garantiza que la continuidad de la prestación de un servicio público no se vea afectada por la transferencia que

haga el estado a los particulares de la propiedad accionaria de que sea titular o de los recursos públicos expresados en acciones. Obliga al Gobierno a que tome las medidas necesarias para que los posibles adquirentes acrediten su idoneidad y posibilidades físicas y financieras.

5. “Procedimiento de enajenación. Comprende toda la serie de actos administrativos por medio de los cuales la propiedad accionaria del estado pasa a manos de los particulares. Deberá ser definido legalmente como ordena el artículo 60 de la C.N. dentro del procedimiento de enajenación deben resaltarse los siguientes aspectos:

- A. En el programa de venta merece destacarse el mecanismo de martillo en bolsas de valores como el sistema más corriente de enajenación y sobre el que no existe reparo de constitucionalidad alguno en la medida en que no atenta contra los privilegios que la Constitución prevé para los sectores que ella privilegia. El legislador no se encuentra atado por un mecanismo especial en el que se ejecute la venta, sino, por la serie de condiciones de preferencia que consagra la Constitución.

- B. Con el objeto de que se salvaguarde el patrimonio público y que el *quantum* de la enajenación no quede al arbitrio de la entidad oferente, es necesario que éste sea determinado por una entidad especializada en estos temas y con fundamento en criterios técnicos, entre los que se destacan: el valor de las acciones en el mercado, la situación de la entidad propietaria de las acciones enajenadas, el

estado de saneamiento en que se encuentre la entidad, la rentabilidad de la misma, el valor comercial de sus activos y pasivos y los apoyos de carácter público.

- C. El apoyo oficial. La posición del Estado no debe ser pasiva sino que debe contribuir, por medios de todos los organismos involucrados, a conducir a buen término el proceso de enajenación. El apoyo oficial se manifiesta mediante el público ofrecimiento de las acciones, así como a través de los estudios técnicos que se realicen.
- D. Transparencia. Pugna con el precepto constitucional toda una serie de prácticas de carácter especulativo que distorsionan el mandato y lo pervierten. El proyecto de ley prevé los correctivos que propenden por al transparencia de las operaciones que se realicen dentro del procedimiento de enajenación. Para tal efecto se establecen dos claras limitaciones: la primera, atinente al congelamiento de la propiedad accionaria durante un periodo determinado, la segunda, en relación con las facultades en cabeza del Gobierno Nacional para determinar los máximos que cada uno de los futuros accionistas puedan adquirir en cada caso concreto.”⁸⁸

⁸⁸ Proyecto de Ley No. 150 de 1995. Biblioteca del Congreso de la República.

LEY 226 DE 1995.

La ley 226 de 1995, aprobada por el cuerpo legislativo en cumplimiento del deber que le encargó el artículo 60 de la C.N., establece el procedimiento que debe seguir la privatización de empresas públicas con el fin de democratizar la propiedad del Estado⁸⁹, en términos de la propia ley, con el fin de que tanto personas naturales como jurídicas tengan acceso a la propiedad sobre acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones o cualquier forma de participación en el capital social de cualquier empresa que el Estado decida enajenar. (Artículos 1° y 2°)

El cuerpo normativo de esta ley parte de un tronco compuesto por los cuatro principios rectores del proceso de privatización democrática que fueron delineados en la propuesta y exposición de motivos del proyecto de ley 150 de 1995 y que el legislador plasmó casi intactos en el texto de la ley 226 de 1996. Dichos principios quedaron configurados legalmente como requisitos que debe reunir una privatización de propiedad accionaria estatal que se realice bajo el mandato del artículo 60 constitucional, así:

- 1. DEMOCRATIZACIÓN:** Según la ley 226 un proceso de privatización será democrático siempre que emplee mecanismos que garanticen amplia publicidad y

⁸⁹ De acuerdo con el artículo 1° de la ley 226, existe participación social del Estado en el capital de una empresa cuando las acciones o participaciones sociales estén en cabeza suya o cuando han sido adquiridas con recursos del erario público, independientemente del porcentaje accionario que represente o de la naturaleza pública, privada o mixta de la empresa.

libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria. (Artículo 2°)

2. PREFERENCIA: Este principio, elevado a rango legal, exige a una privatización democrática garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado a sectores que por condiciones de desigualdad material no podrían acceder a ella sino en virtud del otorgamiento de ciertas condiciones especiales como la creación de medios de financiación para la adquisición de acciones, condiciones financieras ventajosas de plazo, precio y financiación especial o cualquier otra prerrogativa que haga efectivo el propósito constituyente de democratizar la propiedad estatal. A renglón seguido y desarrollando el mandato del artículo 60 constitucional, la misma ley 226, en su artículo 3°, especifica quiénes son los beneficiarios de dichas condiciones especiales⁹⁰:

“Serán destinatarios exclusivos⁹¹ de las condiciones especiales: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los extrabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde

⁹⁰ Para mayor análisis, ver **CAPÍTULO III** de esta investigación.

⁹¹ El término “exclusivos” fue una modificación que se introdujo al proyecto de ley durante su debate en las cámaras legislativas. Al respecto se dijo: “En relación con el principio general de la *preferencia*, debe indicarse que con el sector trabajador y solidario se agrupa un porcentaje de la población mayoritario. Es, pues, dicha parte de la población la primera destinataria exclusiva de la totalidad de las acciones en condiciones especiales y así propongo que sea modificada la expresión “*preferentes*” por “*exclusivos*”, en la primera línea del inciso segundo del artículo 3° del proyecto.” Delegatario: Iván Marulanda Gómez.

esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o exempleados de la entidad que se privatiza; sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión: los fondos de cesantías y de pensiones; y las entidades cooperativas definidas, por la legislación cooperativa.”

Finalmente, de este grupo de titulares de las garantías de democratización, se excluyen por vía legal los fondos parafiscales, los fondos agropecuarios y pesqueros, incluyendo los fondos ganaderos y el Fondo Nacional del Café. (Artículo 19°)

3. PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO: Hasta aquí habíamos venido constatando cómo parecía que el desarrollo legislativo del artículo 60 constitucional era fiel al propósito democratizador de la propiedad estatal, ahora, con la introducción del principio de Protección del Patrimonio Público en la ley 226, que ordena que la enajenación de la participación accionaria estatal se haga en condiciones que salvaguarden el patrimonio público (Artículo 4°), se hace legible el enfrentamiento que hemos venido sosteniendo existe entre democratización y eficiencia empresarial, principios o fines que en la mayoría de los casos no pueden ir de la mano y que, por el contrario, hacen que las privatizaciones de la propiedad accionaria estatal en Colombia, se reduzcan a procesos incoherentes que se ven en la intrincada disyuntiva de optar o bien por redistribuir la propiedad y los ingresos

de una manera más equitativa o bien por privilegiar altos estándares de eficiencia gerencial y vender las acciones estatales a quien garantice una mayor optimización de los bienes empresariales y por ende, protección del patrimonio público.

4. CONTINUIDAD DEL SERVICIO: De nuevo, la ley 226 eleva a rango de principio rector de los procesos de privatización un concepto que como pasa con el de Protección del Patrimonio Público, exige que las enajenaciones de participaciones estatales no afecten la eficiencia y funcionamiento de las empresas que presten un servicio de interés público, debiéndose garantizar que el cambio de titularidad de las acciones otrora estatales no vaya a interrumpir la continuidad en la prestación de dichos servicios.

Para expresarlo de mejor manera, en este punto se ha hecho evidente la tensión que existe entre los principios de democratización (democratización y preferencia) y el de eficiencia (protección del patrimonio público y continuidad del servicio) y es esta pugna la que sirve de base rectora para los procesos de privatizaciones que regló la ley 226 de 1995.

Agotado el marco de principios que orientan la ley de privatizaciones, se establece el proceso que debe seguir toda venta de propiedad accionaria del Estado. La ley 226 ordena que debe tratarse de un procedimiento bifásico, esto es, en una primera fase que se destina exclusivamente a los trabajadores y al sector solidario con condiciones favorables de plazo y créditos y a precio fijo, se ofrecen la totalidad de las acciones; y en una segunda, destinada al público en general, se ofrece el remanente de las acciones y sus potenciales

compradores deben entrar en una puja cuyo precio base es el que se ofreció en la primera vuelta.

PRIMERA FASE

SEGUNDA FASE

DESTINATARIOS: Trabajadores y Sector solidario.
CONDICIONES ESPECIALES: Si.
ACCIONES OFRECIDAS: La totalidad de las acciones que el Estado quiera enajenar.
PRECIO: Fijo.
PLAZO MÍNIMO DE OFERTA: dos meses.

DESTINATARIOS: Público en general.
CONDICIONES ESPECIALES: No.
ACCIONES OFRECIDAS: Remanente que resulte de la primera vuelta.
PRECIO: No es fijo. El precio base es el de la primera fase.
PLAZO MÍNIMO DE OFERTA: No tiene.

Ahora bien, el desarrollo de este proceso bifásico de privatización requiere que se elabore con antelación un programa o proyecto de enajenación que previos los análisis y estudios necesarios determine el valor de las acciones o participaciones a enajenar, el número en que se ofrecerán a los compradores, las condiciones especiales de las que dispondrán los trabajadores y el sector solidario, la duración de cada fase del proceso, entre otras decisiones estratégicas (Artículo 10°), labor que la ley 226 encarga al Ministerio titular o a aquel al que estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Artículo 7°)

Elaborado el proyecto de programa de enajenación, éste se pondrá a consideración del Consejo de Ministros, cuerpo consultivo que deberá emitir concepto favorable para que finalmente el proyecto sea remitido al Gobierno para su aprobación.

Dentro de este proceso, una parte fundamental la constituye la valoración de las empresas. Existen varios métodos de valorización, siendo el de mayor uso en Colombia el de Flujo de Fondos Descontados, “este método utiliza los flujos de caja durante la vida útil de la empresa y los descuenta a una tasa que incluye el riesgo del país, del sector y de la compañía; al valor presente de la empresa se le resta la deuda con el fin de obtener el valor del patrimonio que es lo que finalmente se ofrece en venta. Como esta metodología utiliza una gran cantidad de supuestos a futuro, los resultados se valida posteriormente con otras técnicas (Transacciones comparables, Método de los múltiplos)”⁹².

Adicionalmente, la ley 226, contiene en su texto ciertas disposiciones que buscan proteger la integridad de los procesos de privatización y de los principios que deben guiarlos, para ello ordena que:

- ✓ El programa de enajenación puede incluir medidas como la limitación de la negociabilidad de las acciones a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por dos años a partir de la fecha de la enajenación, esto con la finalidad de que los sujetos titulares de dichas prerrogativas no sirvan como testaferros de intenciones oligopólicas que concentren aún más los bienes de producción en pocas manos. (Artículo 14°)
- ✓ Se sancione con la ineficacia del acto a toda enajenación de acciones que contravenga las disposiciones y principios de la ley. (Artículo 14°)

⁹² Ana María Loboguerrero, op. cit., pg. 15.

- ✓ Los cargos del nivel directivo de la entidad en el proceso de privatización, sólo podrán adquirir acciones por un valor máximo de cinco veces su remuneración anual. (Artículo 14°)
- ✓ En el plan de enajenación, el Gobierno podrá determinar el porcentaje de las acciones ofrecidas en venta “y las condiciones que debe reunir cada potencial adquirente, con el fin de preservar la continuidad del servicio”. (Artículo 15°)

Con esto termina un somero estudio de la reglamentación que el órgano legislativo hiciera del mandato constitucional contenido en el artículo 60 de la C.N. y que promulgó bajo el título de la hoy ley 226 de 1995⁹³. Ahora, como se anunció desde las primeras líneas de este capítulo, corresponde hacer un análisis de la implementación de dicha ley, a través del estudio de diferentes procesos de privatización que se han surtido en diferentes sectores de la economía nacional, con miras a determinar que tanto responden al propósito de democratización que se elevó a rango constitucional en 1991.

ANÁLISIS DE DIFERENTES PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN.

Con el objeto de realizar un análisis acerca de la manera como se ha implementado el proceso de las privatizaciones en Colombia, a continuación se exponen algunos casos concretos de enajenación de participaciones sociales del Estado, siguiendo una metodología

⁹³ El anexo No. 1 presenta una tabla en la que se compara el texto original del proyecto de ley 150 y el promulgado como ley 226, de forma tal que puede observarse qué cambios fueron introducidos durante el trámite legislativo. Adicionalmente, el mismo cuadro contiene una tercera columna en la que se identifican los

usada en varios de los estudios que han dedicado esfuerzos intelectuales a este mismo tema y que agrupa los diferentes casos bajo análisis sectoriales que corresponden a la producción de diversos bienes y servicios de la economía nacional. Este análisis hace énfasis, casi exclusivo, dadas las intenciones de esta investigación, en si dichos procesos de privatización se fijaron como objetivo lograr democratizar la propiedad estatal, qué prelación le dieron al mismo, si lograron cumplirlo y cómo éste entra o no en pugna con el principio eficientista y la necesidad de recuperación fiscal del Estado. Las conclusiones que este estudio permite extraer, serán analizadas al final de la exposición que representa el análisis de dichas privatizaciones, sin perjuicio de que durante su desarrollo se sugieran algunas deducciones.

SECTOR ELÉCTRICO:

Entre los años de 1982 y 1993 el país experimentó una serie de racionamientos de energía (dos importantes y de alcance nacional) que como era de esperarse no sólo deprimieron la calidad de vida y bienestar general de la población sino que tuvieron un costo económico bastante alto para el tesoro público. “Entre las razones más importantes que se señalaron como causantes de dichos racionamientos, estaban los problemas que presentaba el modelo eléctrico nacional con planes de expansión deficientes, mala administración, corrupción y la ausencia de marcos regulatorios bien definidos. Estos inconvenientes llevaron al

pronunciamientos constitucionales que se han proferido en virtud del examen que de la ley ha hecho la Corte Constitucional.

gobierno del entonces presidente César Gaviria a decidirse a vender parte de su participación en el negocio en busca de aumentar la eficiencia del sector y evitar así futuros racionamientos”⁹⁴. Entre 1996 y 1998 se llevaron a cabo las principales ventas de activos en el sector, con la privatización de varias empresas de generación de energía en diferentes regiones del país y las distribuidoras de la Costa Atlántica. Estas últimas se caracterizaban por registrar altos niveles de ineficiencia como por ejemplo los niveles de pérdida de energía que llegaron a ser superiores al 36%, mientras que en otras empresas como EPM este indicador se encontraba por debajo del 20%.

De acuerdo al Departamento Nacional de Planeación (DNP), el Estado colombiano fijó como objetivos o fines de estos procesos de privatización, los siguientes:

1. Vincular al sector privado en a la propiedad, operación y generación de las hidráulicas y térmicas de la Nación para lograr imprimir niveles de competencia en un sector, que por encontrarse monopolizado por la administración estatal, había perdido incentivos que garantizaran una prestación eficiente del servicio.
2. Apoyar el desarrollo de la empresa privada en el sector que, con capacidad financiera, lograra su capitalización e inversión en mejoras técnicas que garantizaran la continuidad del servicio y corrieran con los demás riesgos de inversión que el Estado ya no podía –ni debía⁹⁵- asumir.
3. Lograr eficiencia y calidad en la prestación del servicio eléctrico.

⁹⁴ CONFIS, “Privatizaciones y Concesiones de la Nación. 1990 - 2001”, Bogotá, 2001, pg. 2.

4. Promover la democratización de la propiedad.
5. Incentivar el desarrollo del mercado de capitales.
6. Aumentar los ingresos fiscales de la Nación.

Sobre si estos objetivos se alcanzaron o no, podrá concluirse después de analizar los procesos y resultados de las privatizaciones que tuvieron lugar en este sector. Entre las generadoras que fueron enajenadas están: Chivor, Betania, Termocartagena, Termotasajero, y Corelca. Fueron capitalizadas: Epsa, Emgesa, Empresa de Energía de Bogotá, Codensa, Tebsa y Corelca (Cepal, 2001)⁹⁶. Ahora, antes de entrar a analizar algunos de estos casos de manera individual, se ofrecen los siguientes datos y diagnósticos generales.

Los grandes inversionistas de estos procesos fueron: Chilgener, Endesa y Enersis, de Chile/España y Electricidad de Caracas y Houston Ind., de USA/Venezuela. Para el 2000 ENERSIS había comprado activos por 3,329 millones de dólares, y Houston Ind. 1,836 millones de dólares, de un total de 5,211; ello equivale al 33.9% de los activos de generación del país. Sólo \$19 millones de dólares fueron captados por el sector solidario. La Contraloría General de la República (CGR) calificó de “pírricos” los avalúos de los activos enajenados⁹⁷.

⁹⁵ Fuera del texto citado.

⁹⁶ Citada en www.rrojasdatabank.org

La venta de estas empresas le generaron recursos al gobierno por un valor cercano a US\$1.600 m, frente a una valoración total inicial de US\$1.552 m (Ver Cuadro No 1). Los recursos recibidos no fueron del todo para el gobierno nacional central ya que en ciertos casos fueron destinados a financiar otros sectores o actividades territoriales. Por ejemplo, recursos obtenidos por la venta de EPSA fueron destinados a cubrir las indemnizaciones que asumió la Corporación Autónoma del Valle del Cauca (CVC) al escindirse en EPSA y CVC, a cancelar deudas pensionales y financiar proyectos de inversión en los departamentos de Valle del Cauca y Cauca. Por otro lado, los recursos de las ventas de las otras cuatro generadoras fueron utilizados para realizar un prepago de deuda de Isagen y para financiar las cuentas fiscales de la Nación⁹⁸.

Hay que anotar que con la excepción de Termotasajero, todas las empresas fueron vendidas por encima del precio base, o mínimo que esperaba el gobierno. Así, Betania, Chivor y Epsa se vendieron respectivamente con una prima del 39%, 7% y 14% sobre el precio base establecido por el gobierno (Ver Cuadro No 1).

⁹⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Situación General de las Electricadoras del Interior*. Bogotá, 2001, pg. 7, 9, 11.

⁹⁸ *Ibidem*, pg. 3.

CUADRO No 1

Valoración y Precios de Venta de las Principales Privatizaciones en el Sector Eléctrico

Entidad	Precio Base US\$ Millones	Total Venta US\$ Millones	Prima Sobre Precio Base
Betania	300	506	39%
Chivor	600	641	7%
Tasajero	30	18	n.a.
Cartagena	15	16	3%
EPSA	547	622	14%
TOTAL	1.552	1803	16%

Fuente: Rafael Caballero, "Balance de la Reforma del Sector Eléctrico, Las Privatizaciones y el Marco Regulatorio, El Caso Colombiano", 1999, DNP.

A continuación se presentan algunos casos concretos de privatizaciones en el sector eléctrico:

Empresa de Energía del Pacífico – EPSA:

En este caso, la venta total de acciones resultó en un valor de US\$622.3 millones, de ellos, el consorcio conformado por Houston Industries Inc. y Electricidad de Caracas, pagó la suma de US\$495.7 millones, correspondientes al 56.7% de las acciones en venta. A su vez, el sector solidario y entidades gubernamentales regionales del Valle adquirieron por

US\$126.5 millones, esto es, el 27.2% del capital de la empresa durante la primera vuelta, el 16% restante de la compañía está en poder de la Corporación del Valle del Cauca.⁹⁹

GENERAR:

La enajenación de esta empresa, encargada de operar la hidroeléctrica del Río Piedras, representó un valor de \$US17 millones. Sus acciones fueron adquiridas, por el sistema de la Bolsa de Medellín, en un 50% por constructores, fondos de pensiones y de inversión, el 31.8% quedó en manos de 500 personas naturales y 18.5% en poder del IFI.¹⁰⁰

EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ (EEB):

Desde comienzos de la administración del Alcalde Antanas Mockus se tomó la decisión de convertir la EEB en una empresa industrial y comercial del Estado como mecanismo para salvarla de la crisis en que se encontraba. El Consejo de Bogotá aprobó la operación, ya que la quiebra de la empresa era inminente. Posteriormente, ante el incremento de la deuda de la empresa y del peligro de que a futuro no pudiera garantizarse la prestación del servicio, La Nación, el Distrito y la empresa, tomaron la decisión de convertirla en una sociedad de economía mixta por acciones. Así lo aprobó el Acuerdo 01 de 1996 del Concejo de Bogotá, previendo la posibilidad de vincular capital privado hasta un 49% del total del capital social. Adicionalmente, dicho Acuerdo, en correspondencia con el mandato de la Constitución Nacional, ordena al Distrito tomar las medidas conducentes a democratizar su propiedad, en caso de que decida vender su participación en la EEB.

⁹⁹ *Ibíd.*, pg. 16.

La Asamblea de Accionistas definió los parámetros que debía seguir el proceso de capitalización de la empresa y entre ellos, determinó que todos los inversionistas debían cumplir ciertos requisitos de precalificación, basados en criterios legales, técnicos y financieros. Finalmente se decidió hacer la emisión de acciones y se invitaron a inversionistas precalificados con experiencia en el sector eléctrico¹⁰¹. No se puso precio de base, aunque la EEB fijó un precio que se mantuvo en reserva y por debajo del cual no se podía realizar la venta: US\$610 millones para la parte de generación y US\$290 millones para la parte de distribución. La EEB no reveló estos precios hasta que no se entregaron las ofertas. Para la parte de la distribución ganó un consorcio de Endesa y Enersis (Chile) comprando el 48% de CODENSA por un valor de US\$ 1226 millones. Para la parte de generación, ganó un consorcio conformado por Endesa y Chilectra que compró a Emgesa por US\$951 millones. Este exitoso proceso de privatización, llevó a la EEB a pasar de tener un patrimonio negativo (déficit de US\$400 millones) a tener uno positivo de US\$2571 millones (la mayor empresa del país después de ECOPETROL). Con esta inyección de capital se cancelaron todas las deudas que tenía la entidad y resultó de ello un excedente de más o menos US\$936 millones, de los cuales el 51% le pertenece al Distrito, y fueron destinados a sufragar obras sociales que están incluidas en planes de desarrollo¹⁰².

TERMOTASAJERO:

¹⁰⁰ *Ibidem*, pg. 17.

¹⁰¹ Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP y Universidad Externado de Colombia. Historia de la Empresa de Energía de Bogotá No. III (1959 – 2000), 2000, pg. 331. Link: www.eeb.com.co

El proceso de privatización de Termotasajero, antigua Central Termoeléctrica de Tasajero, se realizó por el mecanismo de Oferta Pública y pretendiendo seguir los lineamientos que traza el artículo 60º constitucional y la ley 226 de 1995 para estos efectos. La operación concluyó con la enajenación del 56% de la participación accionaria de la Nación a ciertas organizaciones del sector solidario por un valor de US\$17 millones. Dicho proceso, sin embargo, enfrenta hoy dos grandes cuestionamientos, el primero, indaga por qué si la empresa fue avaluada en US\$130 millones y Central Eléctrica del Oriente ofreció en septiembre de 1995 la suma de US\$60 millones por ella, el 13 de septiembre de 1996 la empresa salió la mercado a un precio base de US\$30 millones. El segundo de los cuestionamientos que ha debido enfrentar esta enajenación accionaría se relaciona con el hecho de que “una cooperativa de una empresa papelera caleña, que nada tiene que ver con el Norte de Santander haya adquirido acciones de Termotasajero y más extraño aún, que hubiera pagado por el 56.64% de ellas, la suma de US\$15.5 millones y hubiera ofertado un tiempo después las mismas acciones por US\$31 millones. La Contraloría cuestiona si bajo el amparo del concepto de democratización de la propiedad, algunas personas han aprovechado los beneficios otorgados al sector cooperativo para manipular los procesos de privatización”.¹⁰³

CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE BETANIA:

La venta de la participación de la Nación en esta empresa se consideró exitosa, en tanto el consorcio liderado por Endesa – Chile y la Corporación Financiera del Valle adquirió las

¹⁰² *Ibíd*em, pg. 331.

¹⁰³ *Ibíd*em, pg. 18.

acciones ofertadas por un total de US\$ 495 millones. En cuanto al proceso de privatización de esta hidroeléctrica, bastante se ha criticado el por qué se vendió un activo eficiente cuando las privatizaciones se usan como medio para perseguir como fin (así quedó constancia en el documento elaborado por el DNP referido en líneas anteriores) el funcionamiento eficiente pero de empresas que no lo son. Esta central con 57 empleados, según el documento CONPES de julio 22 de 1996, “sería la única entidad del sector que podría transferir a la nación parte de sus excedentes, considerando que su negocio está consolidado y por tanto no requiere realizar cuantiosas inversiones en el futuro, como ocurre con gran parte del sector.”

Por otro lado, la Contraloría General de la República, realizando auditoría a estos procedimientos, concluyó que: “dentro del proceso de privatización el gobierno nacional ha cumplido un papel de juez y parte, juez porque es él quien diseña e implementa la política y parte porque actúa como miembro de las juntas directivas de las empresas. Todo esto le resta transparencia al proceso y causa deterioro al patrimonio de la Nación”.¹⁰⁴

INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. ESP – ISA:

En el año 2000, el gobierno decidió llevar a cabo la venta al público de acciones de ISA S.A. logrando capitalizar la empresa y vender parte de su participación accionaria. “Inicialmente se quería vender completamente la empresa a inversionistas del sector privado, pero factores tales como la caída en la actividad económica, la crisis financiera internacional y los ataques de la guerrilla al sistema de interconexión nacional, pudieron

¹⁰⁴ *Ibidem*, pg. 19.

haber disminuido el interés de los inversionistas en la empresa”¹⁰⁵, razón por la que se terminó ofreciendo las acciones al público general, constituyéndose hoy, paradójicamente, en un ejemplo al que se recurre frecuentemente cuando se quiere hablar de los procesos democráticos de privatización en Colombia o del capitalismo popular.

El proceso de emisión de acciones de ISA inició el 21 de noviembre de 2000 cuando se publicó el primer aviso de oferta de cien millones de acciones. Para diciembre, se hizo necesario aumentar el número de acciones que se ofrecían en venta en quince millones de acciones adicionales, dado el desmedida sobredemanda del público. Sin embargo, pese a esta adición, las acciones ofrecidas tuvieron que prorratearse pues no eran suficientes para satisfacer todas las ofertas de compra que se registraron en el proceso. Finalmente, se asignaron 80'500.000 acciones por un valor de 70.840 millones de pesos a personas naturales y jurídicas (70%) y 34'500.000 acciones, por 30.360 millones de pesos, a inversionistas institucionales (30%).¹⁰⁶

El éxito fue total. Para el 2001, ISA; la primera empresa de servicios públicos inscrita en la Bolsa de Valores y con el mayor número de accionistas en el país, recibió la categoría de alta bursatilidad para sus acciones y eso la llevó a realizar una segunda emisión de acciones en el año 2002. en ella participaron 47.746 inversionistas y se adjudicaron 12 millones de acciones por la suma de \$127,267 millones de pesos.¹⁰⁷

¹⁰⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, op. cit., pg. 5.

¹⁰⁶ ISA. Grupo Empresarial ISA. Generalidades. Link: www.isa.com.co

¹⁰⁷ *Ibíd.*

CORELCA:

La Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica tenía a su cargo la prestación del servicio de energía eléctrica en dicha zona, sin embargo, mediante su proceso de enajenación, se consideró oportuno dividir, o mejor, especializar la prestación del tal servicio prestado, de manera que en adelante éste estuviera a cargo, de forma distribuida, de cinco nuevas empresas, a saber: la Generadora de la Costa Atlántica S.A. ESP – Gendelca, Transelca S.A. ESP, Electrificadora del Caribe S.A. ESP, Electrificadora de la Costa Atlántica y San Andrés Power & Light Company S.A. ESP.

Para el proceso de privatización de estas empresas se invitó a inversionistas estratégicos que cumplieran con exigentes requerimientos técnicos y financieros pretendiendo garantizar con ello la continuidad, eficiencia y oportunidad en la prestación del servicio de energía eléctrica. Se previó además que los inversionistas que suscribieran acciones tuvieran la mayoría absoluta del capital (“todo o nada”) de éstas y con ello, el poder absoluto de administración y operación.

Como resultado del proceso, la Electrificadora del Caribe S.A. ESP y Electrificadora de la Costa S.A. ESP fueron adquiridas por un consorcio conformado por Houston Industries y Electricidad de Caracas a cambio de una suma cercana a los US\$617 millones para la primera y US\$433 millones para la segunda. Transelca S.A. ESP fue transferida a ISA por la suma de US\$185.747.790.

Los altos precios alcanzados en estas ventas se atribuyen a la estrategia manejada por las empresas privatizadas, en virtud de la cual, se guardó en reserva el precio mínimo por el que el Gobierno estaba dispuesto a venderlas (\$1.308.000.000,000), logrando con ello que

los inversionistas terminaran pagando por las empresas una suma que superaba a la mínima presupuestada en un poco más de trescientos ochenta y ocho mil millones de pesos (\$1.696.156.095.300).

CENTRAL TERMOELÉCTRICA DE CARTAGENA:

La Central Termoeléctrica de Cartagena fue propiedad exclusiva de la sociedad TermoCartagena S.A. ESP, empresa en la que el Estado era propietario del 99% del capital accionario a raíz de una dación en pago por parte de CORELCA. La Nación decidió enajenar sus acciones en Termocartagena de acuerdo con el mandato constitucional del artículo 60° de la Carta Política y sus leyes y decretos reglamentarios. El resultado del proceso fue la venta parcial de las acciones del estado a un grupo de extrabajadores de CORELCA por una suma que ascendía a los US\$15 millones.

PROMIGAS S.A.:

ECOPETROL y la sociedad Explotaciones Cóndor decidieron ofrecer el público la propiedad sobre las 32.579.459 acciones que poseían en PROMIGAS S.A. Este proceso siguió las dos fases de venta ordenadas por la ley 226 de 1995; la primera, dirigida al sector solidario y trabajadores y la segunda, al público en general, mediante martillo en las bolsas de valores del país. El valor base de las acciones ofrecidas fue de \$2.800. Finalmente, el sector solidario adquirió en la primera fase de venta 2.288.072 acciones, para un total de \$6.406 millones de pesos y en la segunda fase, una compañía filial de Enron Corporation adquirió 30.135.338 acciones por un valor de \$101.314.636.536 pesos.

SECTOR DE HIDROCARBUROS:

INVERCOLSA:

El caso de la privatización de Invercolsa representa quizás una de las mayores muestras de cuán polémicos pueden resultar los procesos de privatización. En efecto, mucho se ha discutido sobre la legalidad de la adquisición del 20% de las acciones de Invercolsa por parte del abogado y hoy Ministro del Interior y Encargado de Justicia, Fernando Londoño Hoyos. En diferentes instancias y foros judiciales y extrajudiciales se ha llegado a conclusiones contradictorias en cuanto a su derecho para constituirse como beneficiario de las condiciones especiales de enajenación. En nuestra opinión, ello pudo haberse debido a la deficiente reglamentación del proceso de privatización, y sin duda ha causado que la discusión sobre los resultados de los procesos de privatización en Colombia tengan una relevancia política de primer nivel. Para un sector de la opinión nacional, lo que ha sucedido en este caso puede haber contribuido a la pérdida de credibilidad en la transparencia y buenos propósitos de los procesos de enajenación de la propiedad social del estado¹⁰⁸.

GAS NATURAL:

“La firma española Gas Natural Latinoamericana venció a contrincantes como Promigas y la British Petroleum y se adjudicó el 54% del capital de Gas Natural Bogotá. El precio de base de la empresa fue de US\$50 millones y los españoles pagaron US\$160.4 millones.

¹⁰⁸ Ana María Loboguerrero, op. cit., pg. 19.

Esta venta se constituyó en la venta por mercado de valores más concurrida y donde se alcanzó la mayor puja por las acciones. En total ECOPETROL recibió por la participación en Gas Natural, US\$171 millones, ya que en la vuelta dirigida al sector solidario éste compró el 10.3%, siendo los fondos de pensiones y cesantías y algunos fondos mutuos los mayores compradores de estas acciones”.¹⁰⁹

CERROMATOSO:

La auditoria a la que se sometió el proceso de privatización de esta empresa registró dos hallazgos negativos:

- En primer lugar se denuncia el hecho de que solo el 1.1% haya sido otorgado a los trabajadores y al sector solidario.
- En segundo lugar, “no se entiende por qué si en febrero de 10 de 1995 el presidente del IFI comunicó a su Junta Directiva que el contrato de comercialización con Billinton se vencía al final del año y que la entidad no estaba dispuesta a prorrogarlo ya que lo encontraba desventajoso, a finales del mismo año se firmó un nuevo contrato con Billinton and Trading B.V. para la venta de todo el ferróníquel producido por la compañía. En octubre de 1996 fue firmado otro acuerdo con esta misma firma para una duración de cinco años. La pregunta que surge al respecto es la siguiente: ¿Pudo esta situación haber desmotivado a los potenciales compradores, dado que la información incluía la exclusividad en la venta del níquel a la firma Billinton?, y de ser así, ¿Cuál fue el costo que pudo generar el retiro de estos

¹⁰⁹ Ibidem. pg. 20.

oferentes? La realidad fue que Billinton, que era el socio mayoritario inicialmente, terminó adquiriendo el 47% restante de las acciones de la empresa”¹¹⁰.

SECTOR FINANCIERO:

BANCO DE COLOMBIA:

La venta del Banco de Colombia se realizó en 1993, con anterioridad a la promulgación de la ley 226, pero procurando seguir los mandatos del artículo 60° constitucional, que para entonces se encontraba reglamentado por la ley 35 de 1993. Por ello, este procedimiento de enajenación se surtió en dos etapas, de las cuales, la primera se dirigió a los trabajadores y sector solidario y en ella se ofreció en venta el 17% del capital social. La segunda etapa, al contrario, estaba dirigida a inversionistas estratégicos y en ella se ofrecieron las demás acciones de la sociedad. Al culminar el proceso, se habían vendido 30.000 acciones, de las cuales, el 0.1% permaneció en cabeza de los antiguos accionistas de la entidad, el 13.8% de dichas acciones pasaron a propiedad del sector solidario, el 11.2% fue adquirido por pequeños y medianos inversionistas y, finalmente, el 75% de las acciones restantes fueron suscritas por un grupo de inversionistas liderados por Isaac y Jaime Gilinski.

Este proceso de privatización ha sido motivo de varios cuestionamientos acerca de si se observó o se violó en él el principio de democratización. “Según algunos, el gobierno se encargó de impedir que cualquier aparecido llegara a la bolsa a comprar acciones. Para entrar al negocio, no sólo se requería de una gran capacidad económica que permitiera pujar

¹¹⁰ *Ibíd*em, pg. 20.

por el precio de las acciones, sino que también era esencial información en cantidades, a la que el común de los mortales nunca tuvo acceso. La más dura crítica que tuvo que enfrentar el proceso fue que los trabajadores y cooperativas del sector solidario, que adquirieron algunas de las acciones ofrecidas por el Banco, sirvieron de testaferros de otros intereses, pues ellos mismos revendieron a terceros las acciones compradas pocos días antes, quedándose las utilidades reales de la operación en el bolsillo de otros particulares”¹¹¹.

BANCO DEL COMERCIO:

El total de las acciones de propiedad del Estado en el Banco del Comercio se dividió, para su venta, en tres lotes. El primero de ellos estaba compuesto por el 71% de las acciones, esto con el fin de entregar la mayoría accionaria del Banco a manos con alta capacidad administrativa y financiera. Este paquete fue comprado por el Banco de Bogotá por un valor de 36.914 millones de pesos. El segundo lote o paquete de acciones se destinó a cumplir con el fin de democratización de la propiedad. Estaba compuesto por el 10% del capital social y fue vendido entre los trabajadores activos de la empresa, sus pensionados, cooperativas solidarias y fondos mutuos de inversión por la suma de 4.480 millones de pesos, precio que representó un éxito pues lo que esperaba ganar el Estado por esta venta eran sólo 3.000 millones de pesos. Finalmente, el tercer lote estaba compuesto por 314.976 acciones, es decir, el 15.11% del capital social y fue subdividido en tres paquetes que se ofrecieron consecutivamente en las Bolsas de Valores por el mecanismo de martillo.

¹¹¹ *Ibíd*em, pg. 21.

CORPAVI:

Para este proceso se ofreció el 100% de las acciones al sector solidario, que al final logró conseguir un 49% de ellas, frente a un 51% adquirido por el Grupo Colpatria, sin embargo no dejaron de levantarse múltiples críticas en contra del proceso ya que se puso en duda la transparencia del negocio al sugerir que se habían hecho esfuerzos por dejar a ciertos sectores por fuera del mismo¹¹².

BANCO POPULAR:

El valor base de cada una de las acciones que se pensaba privatizar fue fijado en \$53.50 pesos, para un avalúo total de la empresa que ascendía a los trescientos mil millones de pesos (\$300.000.000.000). De estas acciones, en la primera etapa, los solidarios adquirieron el 0.004%. El paquete mayoritario fue adquirido por la Organización Luis Carlos Sarmiento quien pagó por cada acción el valor de \$60.60 pesos.

La Contraloría General de la República formuló dos críticas a este proceso¹¹³:

- El hecho de que para efectos de su valorización se hayan omitido factores determinantes como la ventaja competitiva que tenía frente a otras entidades financieras o el costo monetario de sus sucursales.
- La falta de planeación estratégica, pues al saber con antelación que el Grupo Sarmiento tenía serias intenciones de adquirir la mayoría accionaria de la entidad, “el gobierno debió haber fraccionado la venta en más etapas, a la espera de pujas por parte de otros oferentes y de esta manera haber logrado un mejor precio final”.

¹¹² *Ibíd*em, pg. 21.

CORPORACIÓN FINANCIERA POPULAR – CFP:

La Junta Directiva de la empresa, dada la difícil situación económica por la que ésta atravesaba y la necesidad de aumentar la cobertura y eficiencia del servicio, aprobó la emisión de 50 millones de acciones a un precio base de \$100 cada una. De antemano, la junta determinó cuatro diferentes grupos a quienes iba a ir dirigida la oferta y los porcentajes de acciones que se ofrecería a cada uno de ellos, así:

- Banca multilateral y privada = 40%.
- Cámaras de Comercio y sus afiliados = 20%.
- Pequeños y medianos empresarios = 20%.
- Sector solidario = 20%.

El proceso de privatización y capitalización concluyó en 1992, según los analistas, con una completa consecución de los objetivos propuestos, es decir, habiendo logrado poner a la CFP en manos del sector privado y democratizando la propiedad que el Estado tenía en ella.

SECTOR TELECOMUNICACIONES:

El sector de las telecomunicaciones sufrió importantes cambios durante la década de los noventa impulsados en gran parte por el desarrollo de nuevas tecnologías, la apertura de los mercados y la globalización económica. Presionado por estos factores y con el objetivo de impulsar un desarrollo más rápido del sector, en términos de cobertura, eficiencia y niveles de inversión, el gobierno decidió otorgar en concesión la explotación de la telefonía móvil

¹¹³ Ibídem, pg. 22.

celular y de larga distancia internacional y nacional.¹¹⁴ Los resultados en ambos casos han sido satisfactorios, teniendo en cuenta la cantidad de usuarios cubiertos, el número de minutos consumidos, la reducción de las tarifas y el crecimiento de los ingresos de los operadores¹¹⁵.

En 1997 se inicio el proceso de apertura del servicio de larga distancia en el país, permitiendo la entrada de operadores privados al mercado de larga distancia nacional e internacional. En Colombia este proceso fue diferente al que se dio en otros países de América Latina, ya que no se vendió la empresa pública que operaba el mercado al entrar nuevos competidores. A partir de 1998, dos nuevas empresas entraron a competir con Telecom por el mercado de larga distancia nacional e internacional, ETB, empresa pública local, y Orbitel, empresa de carácter mayoritariamente privado. Las empresas cancelaron un total de US\$150 m, cada una, por los derechos a prestar este servicio.¹¹⁶

Además de ser una fuente de recursos para el gobierno, el impacto de esta concesión sobre la eficiencia en el servicio de telefonía de larga distancia se vio reflejado en un mejoramiento en la calidad del servicio y en una reducción de las tarifas para el usuario. Por ejemplo, el tiempo promedio de instalación de una línea nueva pasó de 80 días en 1996

¹¹⁴ Documento CONPES 3118, DNP, Junio 4 de 2001.

¹¹⁵ Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, “El Sector de las Telecomunicaciones en Colombia en la Década de los 90’s”, 2000.

¹¹⁶ *Ibíd.* Pg. 5.

a 46 en 1998, cifras por debajo del promedio en Latinoamérica. Por otra parte, las tarifas han registrado una caída cercana al 30% real entre 1998 y 2000¹¹⁷.

EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ (ETB):

“Hace tres años la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) llegó a convertirse en una verdadera papa caliente para el alcalde de ese entonces Enrique Peñalosa, debido a que su proceso de venta se frustró en dos ocasiones. Hoy las cosas son a otro precio. La ETB ya es vista con los ojos de la niña consentida, de la empresa rentable y de la ganadora -en compañía de su competencia Empresas Públicas de Medellín, EPM-, del llamado negocio del año en Colombia, la entrega de la licencia para la operación de los PCS”¹¹⁸. La última valoración que se hizo de la empresa fue de US\$2000 millones, pero aun esta no había incurrido en la operación de larga distancia.¹¹⁹

Hoy en día, la ETB emprende un proceso de democratización de acciones que en términos de sus propias directivas busca la expansión y participación en varios negocios, obligando a que la empresa se capitalice y por eso “queremos darle la oportunidad a la gente para que compre acciones de la compañía con base en la emisión. Se aspira que los nuevos accionistas de ETB sean los ciudadanos comunes y corrientes, los usuarios, los fondos de pensiones, los fondos de comisiones e instituciones.” Sin embargo, para evitar poner en peligro el control de la empresa, el plan de enajenación contempla una enajenación de

¹¹⁷ CONFIS, op cit., pg. 8.

¹¹⁸ La República, “Venta de Acciones de la ETB”, enero 13 de 2003.

¹¹⁹ LOBOGUERRERO, Ana María, op cit., pg. 27.

acciones pequeña con un límite de compra para cada oferente. El monto que se aspira a recoger se estima está entre los \$200.000 y \$300.000 millones.¹²⁰

Otro elemento interesante de este proceso de privatización que se encuentra hoy en marcha consiste en los mecanismos que se tendrán en cuenta para evitar que los particulares que pasarán a ser accionistas minoritarios de la ETB queden en estado de disolución¹²¹ o no sean tenidos en cuenta al momento de tomar decisiones determinantes para los destinos de la sociedad. Así, se ha establecido que cualquier decisión acerca de asuntos esenciales a la sociedad, que el Distrito como accionista mayoritario quiera tomar, deberá contar con la aprobación de un cierto porcentaje de los accionistas minoritarios¹²².

Finalmente, cabe anotar que la privatización de ETB y la de otra empresa como ISA, comparten una característica común que responde de mejor manera al objetivo de las privatizaciones democráticas, esto es, en ellas las acciones que el estado ha decidido enajenar no se han ofrecido en condiciones favorables exclusivamente al sector solidario o a los trabajadores, sino al público en general, permitiendo que el acceso a la propiedad sea ofrecido a la totalidad de la población y no a unos grupos cuyas condiciones de desprotección o desigualdad material merecerían hoy en día más de un cuestionamiento.

¹²⁰ La República, op cit.

¹²¹ Concepto fundamental en materia de derecho societario que hace referencia a cómo las mayorías abusivas dentro de los órganos sociales pueden imponer su voluntad decisoria haciendo nugatorios los derechos políticos y patrimoniales de los accionistas minoritarios de la empresa. Esta situación, para el caso que nos ocupa, contraría abiertamente los propósitos que los Constituyentes quisieron imprimir al artículo 60 de la C.N. pues no permite que el trabajador accionista alcance realmente un derecho de propiedad accionaria efectivo o real.

¹²² La República, “Gabela a los Accionistas Minoritarios”, Mayo 12 de 2003.

Finalmente, de todo lo dicho en este capítulo, pueden extraerse las siguientes conclusiones.

- ✓ Sin duda el órgano legislativo, quiso con la promulgación de la ley 226 responder al propósito de democratización de la propiedad contenido en el artículo 60 de la Carta Política, pero también es claro que en los vericuetos de dicha labor, el legislador descubrió la otra cara de Jano envuelta en este asunto: la necesidad de contar dentro de la economía nacional con empresas eficientes y productivas que no depriman el tesoro nacional y que no paralicen el funcionamiento y prestación de los servicios de interés público. Habría sido un error imperdonable hacer caso omiso a las demandas de la economía de mercado que impera en los sistemas económicos modernos y privilegiar la necesidad de democratización y de un reparto de ingresos más justo por encima de la eficiencia gerencial. Por ello, el legislador debió conciliar ambos principios dentro del proceso de privatizaciones. El resultado? Lo observado a lo largo de esta investigación permite sostener que las consecuencias de tal amalgama son negativas pues de ella resultó una ley incoherente, llena de vacíos y espacios peligrosamente abandonados a la libre interpretación, que son la causa, en gran medida, de las deficiencias que aquejan los actuales procesos de privatización, no sólo en términos de democratización, sino también de eficiencia. Por lo anterior, el sistema de privatizaciones de Colombia se agrieta a partir de su misma regulación, no pudiéndose esperar mejores resultados en la implementación que de ella se ha intentado en el país.
- ✓ El propósito de democratización parece ir en contravía de la venta del activo al máximo precio y de la necesidad de inyectar eficiencia a las empresas públicas. Se

presentan dos alternativas, privatizar solo empresas eficientes cuya sostenibilidad esté asegurada o contemplar la privatización sólo en términos de eficiencia pero como mecanismo indirecto de redistribución de ingresos y de mejoras sociales, así, una empresa de electricidad bien administrada, coincide con tarifas de cobro bajas y por esa vía en un mejoramiento de la calidad de vida del ciudadano. Al liberar recursos fiscales, antes asignados a estas inversiones, se pueden atender a otras necesidades sociales.

- ✓ Así, más allá de la crítica, se ofrece una alternativa de solución que, en este caso, tiene la ventaja de ser intrasistémica y respetar la regulación ya promulgada. Se trata de encontrar en el propio texto de la ley 226 una nueva clave de lectura de la norma de tal manera que la tensión entre eficiencia y democratización de la propiedad sea disuelta pero sin sacrificar del todo a ninguno de los dos extremos. Así, se propone tener como norma decisiva del espíritu de la ley 226 su artículo 4º en la parte que reza: “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 (...)”. De esta manera, los procesos de privatización de la propiedad accionaria del Estado, deben tener por regla general como principal principio rector el de la eficiencia de la gestión empresarial, pues ello garantiza un mejoramiento de las finanzas públicas y una optimización en la prestación de los servicios de interés general que de manera indirecta repercutirán en el bienestar social, el mejoramiento de la calidad de vida y una más justa repartición de los ingresos de la Nación, pues si sus ganancias se destinan a cumplir los proyectos de los planes de desarrollo de los diferentes entes territoriales, con ellos se satisfacerán

muchas de las necesidades de la población. Esta nueva lectura de la ley 226 no tiene por qué identificarse con el riesgo de la concentración de capitales en pocas manos o con visiones apocalípticas de una sociedad cada vez más injusta, pues ese riesgo se minimiza fácilmente si se cuenta con planes de enajenación que impongan justas limitaciones a los inversionistas estratégicos, como por ejemplo, con relación al porcentaje de acciones que podría adquirirse. Ahora bien, sin duda existen casos en que es posible poner a andar de la mano a la democratización y a la eficiencia, pero se cree que estos se limitan a empresas que cuenten con altas garantías de rentabilidad, eficiencia y funcionamiento continuo. El plan de enajenación de la ETB, parece ser un buen ejemplo de ello, habrá que esperar los resultados de su proceso de enajenación.

- ✓ El marco regulatorio de las privatizaciones impone ciertas restricciones al proceso como la prohibición de ofrecer las acciones a precio de mercado en la primera vuelta, puesto que en ella debe ofrecerse un precio fijo que podría repercutir en menores ingresos para la Nación.
- ✓ El principio de preferencias otorgado al sector solidario excluye a Fondos Institucionales de Inversión y a personas naturales que podrían contribuir a inyectar eficiencia al proceso y que, en términos del propósito de democratización, que por definición debe ser general e igualitario, no deberían ser excluidas de la etapa de venta preferente.
- ✓ El sistema, tal y como está planteado, podría convertirse en estímulo para operaciones irregulares, en las cuales miembros del sector solidario terminarían

realizando compras a nombre de terceros que no cuentan con los privilegios especiales que ofrece la ley al sector solidario.

- ✓ Sin duda, una de las grandes falencias de la ley 226 consiste en instituir al Gobierno, que ya es parte interesada de los procesos de privatización, en juez de los mismos, pues en él recae la obligación de aprobar o no los planes de enajenación de las empresas en que tiene sus acciones, facultad que le permite, por ejemplo, fijar condiciones o requisitos especiales para acceder a la propiedad estatal que en nada se acompañan con los propósitos de la democratización.
- ✓ El análisis de casos planteado en la última parte de este capítulo muestra una realidad absoluta: los procesos de privatización en Colombia se han visto en la mayoría (por no decir la totalidad) de los casos motivados por las crisis financieras que atraviesan las empresas estatales y no por el afán de permitir al “sector solidario” tener acceso a la propiedad de las empresas objeto de la privatización. Muestra de esto es el tan renombrado caso de la privatización de I.S.A. cuyas acciones sólo fueron ofrecidas al público en general después de haber comprobado la falta de iniciativa de compra de inversionistas estratégicos que se esperaba sacarían a la empresa de sus dificultades económicas.
- ✓ Actualmente, los procesos de privatización en Colombia se ven afectados por varios vicios: No se brinda a todos los compradores toda la información necesaria acerca de la venta de las acciones para asegurar el retiro de algunos potenciales compradores, se desestimula a los sectores que debería contar con condiciones especiales para acceder a la propiedad estatal, se celebran negociaciones privadas con inversionistas estratégicos aun antes de surtir la primera fase de los procesos de

privatización, la corrupción no deja de usar las enajenaciones estatales como medio de favorecimientos, entre otras.

- ✓ Un resultado consolidado permite concluir que son pocas las acciones o participaciones sociales que los trabajadores o el sector solidario han adquirido en estos procesos de enajenación y que en el mejor de los casos, cuando las adquieren, es minúsculo el poder de dirección o influencia que pueden ejercer cuando se trata de decidir los destinos de la empresa, quedando reducidos frente a los accionistas mayoritarios.
- ✓ Por las razones aducidas, pareciera que es posible tomar los casos de enajenaciones de propiedad estatal que han tenido lugar en el país y clasificarlos en dos grupos: bien el de los procesos de privatización o bien dentro del de los procesos de democratización siendo mucho más amplio el primero que el segundo.

CAPÍTULO V

LA EXPERIENCIA COMPARADA

A. Privatización en América Latina:

Durante las últimas décadas de la historia latinoamericana, la región se ha visto inundada por varios análisis referentes al hecho de que sectores claves de sus economías sean de propiedad del Estado y administrados por éste.

América Latina viene experimentando desde comienzos de la década de los 80 procesos de privatización masivos en respuesta a el ensanchamiento de las operaciones financieras, asentadas en el manejo del crédito, y una fuerte presión sobre los ingresos de la población y los recursos públicos que cada día venían siendo insuficientes. Debido a estos problemas de carácter fiscal, se le abren las puertas a la banca internacional pero especialmente a la multilateral que, como condicionamiento del crédito, exige se implemente la privatización.

El marco histórico de las privatizaciones se construye en América Latina en un período caracterizado por la fuerte expansión de la deuda. Los Estados enfatizan entonces las políticas monetarias y la independencia del capital con relación a otros factores, lo que lleva a dar énfasis a sus aspectos depredadores. La ola privatizadora forma parte y hasta

preside la entrada del llamado "capitalismo salvaje", que combina explotación extensiva e intensiva de todos los recursos humanos y naturales.¹²³

La introducción de las privatizaciones masivas en América Latina se facilita a partir del derrumbe de las experiencias desarrollistas, de crecimiento hacia adentro, con algún contenido socialista o nacionalista. Muy particularmente, vienen a operar en las revanchas que siguen a la detención de la Revolución boliviana, el ocaso de la experiencia allendista , peronista y velasquista. Es muy grande la importancia, en este sentido de la proyección que habría de tener el establecimiento de la dictadura pinochetista en Chile y su apego a los proyectos neoliberales que venían a tener un significado político, al dar con una consolidación de una base social y económica para esa dictadura¹²⁴.

Un empuje sobresaliente a este movimiento privatizador provendría de las nuevas características del sistema financiero internacional, que ha estado apoyando consistentemente el endeudamiento de América Latina y la penetración del sistema transnacional "privatizador", de acuerdo al "modelo poswestfaliano", que concede tanta importancia a la empresa por encima de los Estados.

¹²³ GARCIA, Federico, *Globalización, Revista Mensual de Economía, Sociedad y Cultura. Las Privatizaciones : Economía Política De La Subasta De América Latina*. Ensayo. Mayo 1998, pg.1.

¹²⁴ *Ibíd.*

Entre 1985 y el 2000 las naciones latinoamericanas han privatizado activos por un valor de casi 80 mil millones de dólares, las primeras privatizaciones en general han sido de empresas que se encuentran en sectores claves como energía, telecomunicaciones, puertos, carreteras, y empresas productivas, ya que son estas las que comúnmente desarrollan funciones redistributivas¹²⁵.

“La verdadera fiebre privatizadora que se ha visto en América Latina responde tanto al fracaso de las políticas de intervencionismo Estatal, como al estancamiento de la mayoría de estos países, como a los graves déficit fiscales que afrontan sus gobiernos.”¹²⁶

Las privatizaciones masivas en América Latina se lanzan coincidiendo con la entrada de un período contractivo de la economía capitalista, que fue encontrando soluciones parciales a través del ensanchamiento de las operaciones financieras, asentadas en el manejo del crédito, y una fuerte presión sobre los ingresos de la población y los recursos públicos. En este período se exagera la tendencia de los centros a drenar valor de sus periferias, particularmente la franja colonial, explotando el fuerte endeudamiento que deriva de la primera crisis de energía y de las ofertas de eurodólares. Situación que abre las puertas para las intervenciones de la banca y de las corporaciones internacionales a través del FMI y sus "cartas de intención" que dieron el último gran paso hacia la globalización.

¹²⁵ Departamento Nacional de Planeación DNP, Unidad de Análisis Macroeconómico, *Las Privatizaciones en Colombia*, Bogotá, 1999.

En la región, los gobiernos de turno han presentado el proceso de privatización como un modelo para reducir sus déficit presupuestales. Las empresas estatales ineficientes e inviables económicamente hablando han sido privatizadas con el objetivo y la ilusión de que las manos privadas logren hacerlas ganadoras en cuanto a rentabilidad y utilidades. Igualmente se han liquidado activos rentables con el único objetivo de obtener liquidez para financiar gastos. Es por lo anterior que resulta de gran importancia mantener equilibrada la balanza entre eficiencia, equidad y redistribución del ingreso, ya que el modelo privatizador no implica desde ningún punto de vista que la eficiencia debe afectar la equidad en la redistribución del ingreso.

El marco histórico se tiende a singularizar en cada país. Pero la orientación privatizadora es general, y es un proyecto que ha cobrado una gran velocidad pues parece atravesar por un vacío político, ya que sin contar con apoyos mayoritarios (nunca se solicitan), ni menos unanimidades, se sigue imponiendo con pocas objeciones, que las hay, como lo han demostrado grandes movilizaciones en contra de privatizaciones en Guatemala, Bolivia, Venezuela, Colombia, Brasil o Argentina. Pero todavía no es suficiente, el vacío existe, y por eso, sobre ese vacío, los Presidentes de este tiempo, hacen oír sus chillidos a favor del libre mercado.

Ya que la singularización de la tendencia privatizadora en América Latina existe; la propia definición del concepto a nivel local existe también. En Venezuela, una publicación establece que la privatización "es la venta de los bienes del gobierno a entes privados, o de servicios públicos por parte de las compañías privadas..."¹²⁷

En Chile, se ha dicho: "es un programa que reasigna activos de sectores públicos a sectores privados con la esperanza /sic) de que se le de un uso más eficiente...que eleve el nivel del producto en la economía"¹²⁸.

En Argentina este aspecto justificativo prosperó algo más, ya que se la definió, incluso en proyectos legislativos, como medida "para darle aire al gobierno", "para continuar el rumbo de..." y "salida de las crisis financieras" "que opera el rescate."¹²⁹

Con estas definiciones, se puede ver que a veces prima el concepto fiscal mas que el animo redistributivo del ingreso y la democratización de la propiedad estatal, definidos con anterioridad como epicentro del fin privatizador.

La privatización es un proceso de reestructuración muy complejo que involucra una gran cantidad de elementos económicos, financieros, sociales y políticos. Por la complejidad del proceso y las diferencias en las condiciones iniciales de cada país, en el mundo se han

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ Frase utilizada por Carlos Andrés Pérez en declaraciones al Diario El Nacional 1992.

¹²⁸ El Mercurio. Nota editorial.

¹²⁹ Proyecto legislativo 4874.

venido ensayando, bajo el nombre de privatización, medidas y acciones muy distintas que se describirán a continuación en tres países de la región .

A. Bolivia:

En Bolivia, la privatización fue denominada capitalización y fue concebida como una alternativa a otros métodos de privatización para resolver algunos de los problemas económicos más agudos de Bolivia. Como en muchos otros países en desarrollo, estos problemas han persistido desde hace décadas: una desigual distribución de los ingresos, la ineficiencia y la corrupción, crecientes déficit en las empresas estatales, mercados financieros subdesarrollados y un bajo nivel de inversiones. Para quebrar este círculo vicioso de estancamiento y subdesarrollo, el gobierno estableció la meta de incrementar la tasa de inversión a más del 20% del PIB, lo que sólo podría lograrse aumentando la inversión extranjera.

La táctica utilizada fue la “venta de acciones producto de una capitalización”. El capital original en manos del estado se transforma aquí en un "aporte de capital" al que se suma el capital fresco que concurre con supuestas modernizaciones y con una capacidad gerencial que lo coloca en la dirección de la empresa. La capitalización que queda todavía en manos del "socio" estatal, toma el rumbo del capitalismo popular, para beneficio de la tercera edad y los sectores mas desfavorecidos.

El programa de capitalización ha duplicado con creces el monto de la inversión extranjera directa recibida por el país en los quince años anteriores. Las inversiones se han dirigido a un conjunto diverso de sectores de infraestructura, entre ellos la electricidad, las telecomunicaciones, la aviación, los ferrocarriles y los hidrocarburos. Además, el programa ha permitido satisfacer las necesidades sociales del país canalizando inversiones a un amplio programa de pensiones para el pueblo boliviano. La capitalización está facilitando el logro de un acelerado desarrollo de la capacidad productiva de Bolivia, contribuyendo al mismo tiempo a desarrollar mejor los mercados financieros a través de la creación de fondos de pensiones administrados privadamente¹³⁰.

Esta reforma ya está ejerciendo un impacto sobre la población en general. Se han incrementado los flujos de inversión a los sectores capitalizados, y ha mejorado la provisión de servicios a los grupos de bajos ingresos y a las zonas rurales aisladas del país. Los bolivianos elegibles para recibir pensiones están comenzando a recibir los beneficios de la propiedad privatizada mediante pagos en efectivo que se realizan en el marco del nuevo sistema de pensiones.

¹³⁰ VALDEZ, José, *Capitalización: privatización al estilo boliviano*, Center for International Private Enterprise, pg. 1.

Fue necesario crear un amplio sistema regulatorio para proteger a los inversionistas y los consumidores. El Sistema de Regulación Sectorial (SIREST) está integrado por una superintendencia general y cinco superintendencias regionales de electricidad, telecomunicaciones, hidrocarburos, transporte y servicios de agua. El Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) está formado por una superintendencia general y cuatro superintendencias regionales que abarcan pensiones, reglamentaciones sobre valores y cambios, banca y seguros¹³¹.

El programa de capitalización difiere de otros métodos de privatización en varios aspectos clave. Sus principales elementos son los siguientes¹³²:

- El gobierno no vende las empresas de propiedad estatal, sino que crea "sociedades de capital mixto" (SCM) en las cuales un socio privado aporta el 50% de la inversión de capital.
- La contribución del socio privado permanece en la SCM, incrementando sustancialmente su valor.
- La SCM se transforma en una empresa privada durante este proceso, mientras que las tenencias del gobierno en la SCM se canalizan a un programa de pensiones que proporciona ingresos vitalicios a los ciudadanos bolivianos mayores de 65 años de edad.

¹³¹ CEPAL. Op. cit.

La selección se lleva a cabo mediante un proceso en tres etapas.

1. Fase de preselección: Las empresas interesadas presentan la documentación que describe su capacidad técnica, operativa, financiera y administrativa, de acuerdo con los requisitos detallados en los términos de referencia. Este proceso es supervisado por asesores estratégicos de bancos privados de inversión y firmas jurídicas especializadas.

2. Fase de licitación: Una vez que califican de acuerdo con los términos de referencia, se invita a los licitantes preseleccionados a que presenten sus ofertas para la adquisición de la nueva emisión de acciones de la empresa. El paquete accionario—equivalente al 50% del capital de la empresa capitalizada—se adjudica al mejor postor. La adjudicación se realiza el mismo día en que se someten las ofertas.

3. Fase de cierre: Después de completados todos los procedimientos legales y administrativos necesarios, el monto aportado por el adjudicatario se acredita en las cuentas de la empresa capitalizada, y las acciones del gobierno se transfieren a un administrador privado de pensiones, que invierte los recursos en nombre del pueblo boliviano. De esta manera, las nuevas empresas capitalizadas pasan a ser 100% privadas, con un 50% de las acciones en manos de inversionistas privados, y el restante 50% mantenido en un fideicomiso por los administradores de los fondos de pensiones encargados de pagar los beneficios en efectivo a los ciudadanos bolivianos.

¹³² El modelo de capitalización es el fruto coordinado del gobierno Boliviano con asistencia financiera y técnica del Banco Mundial y el Fondo Monetario internacional llamado programa coherente de capitalización

Todo el proceso de selección de los socios estratégicos se llevó a cabo mediante ceremonias públicas que se transmitieron en vivo a través de la radio y la televisión con la presencia de notarios, representantes de la prensa nacional y extranjera, trabajadores de las empresas y el público en general.

Debido a la forma en que se estructuró el programa de capitalización, las administradoras pudieron retener trabajadores. En otros métodos de privatización, las empresas deben recobrar el costo de compra, y con frecuencia lo hacen reduciendo el costo de la mano de obra. En Bolivia, estas empresas recibieron una inyección de capital que les permitió realizar las inversiones necesarias en capital físico y humano para volverse rentables rápidamente.

Además, el programa ha permitido a los empleados a convertirse en socios de sus propias empresas a través de la adquisición de acciones a precios y condiciones preferenciales hasta el límite de sus prestaciones sociales. En el marco del programa, los trabajadores pueden adquirir un número limitado de acciones a una tasa preferencial durante dos años. El 76% de los trabajadores de las empresas capitalizadas han optado por adquirir acciones de esta forma, y como resultado se han beneficiado del mayor valor de sus tenencias, que se cuadruplicó en el primer año de la capitalización de las empresas.

Cuando el programa de capitalización estuvo prácticamente completado, el antiguo sistema de pensiones con cargo a los ingresos corrientes se convirtió en un programa basado en los ahorros individuales. En el nuevo sistema, todos los bolivianos con un ingreso mensual superior a US\$30 pueden ahorrar para su jubilación y tienen acceso a un sistema más eficiente y sólido de prestaciones por incapacidad y muerte.

La nueva ley de pensiones creó un sistema de cuentas individuales en dos niveles: el Fondo de Capitalización Colectiva, integrado por las acciones gubernamentales de las empresas capitalizadas, y el Fondo de Capitalización Individual, formado por las contribuciones de los participantes al nuevo sistema de pensiones. Ambos fondos deben ser administrados por *Administradoras de Fondos de Pensiones*(AFP).

Todos los bolivianos que tenían más de 21 años al 31 de diciembre de 1995 (aproximadamente 3,4 millones de personas, o sea el 50% de la población total) son elegibles para recibir prestaciones de la porción gubernamental de las nuevas empresas capitalizadas. A todos los bolivianos de más de 65 años de edad se les paga el Bono de Solidaridad (BONOSOL), que equivale aproximadamente a \$250 anuales.

Después de aprobarse la nueva ley, se seleccionó a dos consorcios españoles como administradores del fondo de pensiones: Invesco Argentina y Banco Bilbao Vizcaya. A todos los beneficiarios se les asignó una de las dos AFP. Cuatro meses después de haber

sido seleccionadas, ambas AFP comenzaron a pagar los BONOSOL a más de 350.000 bolivianos de más de 65 años de edad¹³³.

PASOS DE LA CAPITALIZACIÓN
1. El valor de balance de la empresa a capitalizarse está determinado de acuerdo con normas contables y de auditoría nacional e internacionalmente aceptadas.
2. La empresa se convierte en una o más sociedades de capital mixto (SCM) con la participación del gobierno y los trabajadores, que aceptan la invitación gubernamental a suscribir acciones a su valor de balance.
3. La SCM incrementa su capital mediante una nueva emisión de acciones que se ofrece a posibles socios privados a través de una licitación pública internacional.
4. Después de un riguroso sistema de preselección, las nuevas acciones se adjudican al mejor postor, por un monto equivalente al 50% del capital de la empresa capitalizada.
5. El adjudicatario, después de pagar el monto en efectivo de su oferta, recibe los certificados de acciones y firma el contrato de suscripción de acciones y el contrato de administración.
6. Las acciones de propiedad del gobierno se transfieren a las administradoras de fondos de pensiones.
7. La transferencia de acciones a las administradoras de fondos de pensiones transforma la sociedad capitalizada en una sociedad administrada por el socio privado.

¹³³ Center for International Private Enterprise. Op cit.

B. Argentina: (Tomado de la ley 23.696 de Emergencia Económica y decretos complementarios).

Este país ha sufrido de claros síntomas de inestabilidad económica, producto de errores políticos que han llevado a las empresas a enfrentar grandes pérdidas que a largo plazo han sido el componente clave en el aumento del déficit fiscal. La crisis financiera Argentina que se viene prolongando desde la década de los 80's ha causado problemas de liquidez y solvencia que han obligado a implementar procesos estabilizadores a veces no muy claros¹³⁴.

En 1989, el gobierno argentino promulgó la Ley No. 23.696 de Emergencia Administrativa la cual se establece y se crea con el fin de que sea el instrumento básico del proceso de reforma y privatización de las empresas públicas en ese país.

En el Capítulo I de la Ley mencionada se declara en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económico-financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada. La Ley autoriza a disponer la intervención de todos los entes, empresas y sociedades estatales, con el objeto de proceder a su reorganización, reestructuración y/o transformación; la privatización de las empresas en los casos que así lo disponga el , y la modificación del status jurídico de las empresas que continúen como propiedad estatal.

El programa de privatizaciones, como instrumento de la reforma del Estado, constituye un aspecto trascendente de la Ley al disponer que corresponde al Poder Ejecutivo declarar a una empresa estatal como "sujeta a privatización", con aprobación por ley del Congreso Nacional Argentino. El término genérico de "privatización" empleado en la Ley abarca el conjunto de herramientas para la transferencia de actividades del sector público al sector privado.

La mencionada Ley se acompaña de otra, la No. 23.697 del 01-09-89, llamada "Ley de Emergencia Económica", que pone en ejercicio el poder de policía de emergencia del Estado, con la finalidad de superar la crisis socio-económica del país. Para ello se suspenden por un plazo determinado todos los subsidios o subvenciones que afecten al Tesoro Nacional, así como también se suspenden todos los regímenes de promoción económica y se impide la contratación de mano de obra en el sector público, declarándose en Estado de Emergencia el régimen presupuestario de la nación.

En este contexto se disuelve el Directorio de Empresas Públicas (encargado de la dirección de políticas estatales a nivel empresarial), mediante Decreto No. 831/89, por no haber cumplido los objetivos asignados y haberse convertido en un organismo burocrático cuyo mantenimiento atentaba contra la política de contención del gasto público.

¹³⁴ Departamento Nacional de Planeación, DNP, Op. cit.

Para conjugar la conducción de los procesos de reforma y privatización con el programa de estabilización económica (Plan de Convertibilidad), la Ley No. 23.390 de 1991 disolvió el Ministerio de Obras y Servicios Públicos y transfirió sus funciones al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

Las razones básicas para reestructurar las empresas según el gobierno de turno fueron¹³⁵:

- a) Promover la inversión productiva.
- b) Lograr una mayor eficiencia en el servicio.
- c) Reducir el déficit fiscal.
- d) Reconvertir y reformular sectorialmente los servicios de manera que lleguen a la comunidad mejorados y a bajo costo.

A dichos objetivos podría adicionarse, tal y como se ha venido mencionando como objetivo real de la privatización en gran parte de la América Latina; la necesidad de mejorar la situación financiera del país y su posición en las relaciones financieras internacionales, a través de la capitalización de la deuda externa en las operaciones de privatización.

La reestructuración de empresas públicas, entre otras cuestiones, supone un proceso de descentralización administrativa que busca dar mayor competencia a los niveles provincial y municipal y que tuvo como objetivos centrales diferentes ramas empresariales del país y en donde las medidas concretas tomadas por el gobierno han sido implementadas. Se abocan básicamente a las áreas de energía, comunicación, transporte y saneamiento.

Los criterios orientadores del proceso de privatización de los sectores ya mencionados son los siguientes¹³⁶:

- La privatización debe empezar por los núcleos centrales de la estructura del Estado, principalmente los sectores invadidos por el Estado, como la energía, el transporte y las comunicaciones.
- Lo primero a privatizar es aquello que el Estado tiene "prestado", ya sea por excesivo intervencionismo o por excesivo proteccionismo.
- Debe comenzar, al mismo tiempo, en empresas estatales prestadoras de servicios como en cientos de empresas privadas mantenidas, subsidiadas o administradas por el propio Estado.
- El Estado debe prestar, aún bajo déficit, los servicios esenciales, si son intransferibles. No debe proporcionar, aun con superávit, los servicios que pueden prestar los particulares.
- No puede haber privatización de servicios públicos y de actividades empresarias estratégicas del Estado sin reserva de los poderes de policía (control) y planificación (orientación).
- A partir de la cláusula de preferencia provincial que resguarda el federalismo, antes de transferir competencias a sectores no estatales, el Estado Nacional debe

¹³⁵ Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo CLAD. Concepto. *Privatizaciones Latinoamericanas*, 2002.

¹³⁶ Republica Argentina. Decreto No. 1757/90

verificar si las Provincias pueden, por sí o asociadas, o mediante "empresas públicas federativas", prestar esos servicios públicos.

- En el proceso de privatización debe privilegiarse la concertación y la compatibilización de intereses sectoriales.

Las unidades intervinientes en el proceso de privatización argentino son:

- **Poder Ejecutivo:** Está facultado para proceder a la privatización total o parcial, incluso mediante la concesión total o parcial de servicios, de prestaciones u obras cuya gestión se encuentre a su cargo; y para liquidar empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado Nacional. Sus funciones se ejercen a través de:
 1. El Interventor designado en cada empresa, cuyas funciones son las de administración y dirección del ente.
 2. El Ministro que fuere competente en razón de la materia, o los Secretarios en quienes aquél delegare su cometido.
 3. La Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía está encargada de elevar al Poder Ejecutivo, las propuestas tendientes a la transferencia a provincias mediante convenio, la reestructuración, la privatización y/o la disolución de los organismos de cuentas especiales y descentralizados encargados de la regulación de mercados de productos regionales.
 4. La Secretaría de la Función Pública de la está encargada de la revisión de todas las estructuras orgánicas de la administración con el fin de detectar la

obsolescencia de determinados entes y organismos públicos, así como de la elaboración de proyectos de fusión y supresión de estructuras.

- **Poder Legislativo:** Comisión bicameral que tiene como misión constituir la coordinación entre el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo a los efectos del cumplimiento de la Ley y sus resultados.
- **Tribunal de Cuentas de la Nación y Sindicatura General de Empresas Públicas:** Estas actúan como órganos de control externo, cumpliendo sus cometidos de acuerdo a su normativa específica. Según sus respectivas áreas de competencia, tienen intervención previa a la formalización de las contrataciones. La Sindicatura General de Empresas Públicas tiene por objeto ejercer el control externo sobre las empresas de propiedad total o mayoritaria del Estado Nacional y asesorar sobre la procedencia o conveniencia de actos de las empresas sujetas a su control
- **Organizaciones Sindicales:** A fin de evitar que las privatizaciones tengan efectos negativos sobre el empleo y el mantenimiento de los puestos de trabajo, las organizaciones sindicales representativas del sector correspondiente pueden convenir mecanismos idóneos con los eventuales adquirientes y con la Autoridad de Aplicación.
- **Subsecretaría de Privatizaciones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos:** Tiene como misión realizar la difusión del proceso de

privatizaciones mediante la publicación de informes mensuales sobre la marcha de los procesos de transferencia, de documentos que reúnen la descripción de las unidades de negocio en proceso de privatización, de reseñas de seguimiento y evaluación para los funcionarios de las áreas interesadas y de informes cursados a la Comisión Bicameral del Congreso. Se ha asignado también a esta Subsecretaría la función de asegurar el ejercicio de los derechos societarios de las participaciones accionarias que posea el Estado nacional.

La privatización en Argentina esta claramente detallada en cuanto a las posibilidades de procedimiento ya que el artículo 17 de la ley de emergencia económica prevé que estas podrán materializarse de las siguientes maneras:

1. Venta de los activos de las empresas, como unidad o en forma separada.
2. Venta de acciones, cuotas partes del capital social o, en su caso, de establecimientos o haciendas productivas en funcionamiento.
3. Locación con o sin opción a compra, por un plazo determinado, estableciéndose previamente el precio de venta.
4. Administración con o sin opción a compra, por un plazo determinado, estableciéndose previamente el precio de venta.
5. Concesión, licencia o permiso.

Además de estos métodos se crea la modalidad **denominada "Programa de Propiedad Participada"**, como una manera de incentivar la participación comunitaria, a través de la

incorporación de empleados, usuarios y productores al capital, conducción y administración de las empresas o haciendas productivas que sean de interés para aquellas. Específicamente, el Programa de Propiedad Participada dispone que el capital accionario de las empresas sujetas a privatización, puede ser adquirido por los siguientes sujetos:

- a) Los empleados de todas las jerarquías del ente a privatizar que tengan relación de dependencia. No podrán ser sujetos adquirientes el personal eventual, ni el contratado, ni los funcionarios o asesores designados en representación del gobierno o sus dependencias.
- b) Los usuarios titulares de servicios prestados por el ente a privatizar.
- c) Los productores de materias primas cuya industrialización o elaboración constituye la actividad del ente a privatizar.

Las empresas "sujetas a privatización" bajo la modalidad de Propiedad Participada de acuerdo a la Ley de Emergencia Administrativa deben ser constituidas de la siguiente manera:

- El ente a privatizar bajo esta modalidad deberá estar organizado como sociedad anónima.
- El capital de la sociedad anónima estará representado por acciones, todas con derecho a voto según las condiciones de su emisión. Todas las acciones serán del mismo tipo para todas las clases de adquirientes

- La proporción accionaria que le corresponde a cada uno de los entes, será determinada por el cálculo del "coeficiente de participación" elaborado por la Autoridad de Aplicación. Dicho coeficiente se realiza de acuerdo a los siguientes parámetros
 - a) Para el caso de los empleados adquirientes, el coeficiente deberá ser representativo de la antigüedad, las cargas de familia, el nivel jerárquico o categoría y el ingreso total del último año, actualizado.
 - b) Para el caso de los usuarios adquirientes, el coeficiente deberá ser representativo del valor actualizado de la producción del último año. Para el caso de usuarios individuales, el coeficiente deberá ser representativo de las cargas de familia. Para el caso en que el usuario sea una empresa, el coeficiente será representativo del total de salarios pagados durante el último año, actualizado.
 - c) Para el caso de productores adquirientes, la asignación del coeficiente deberá ser representativo de la producción actualizada del último año. Para el caso de productores individuales y de empresas, el coeficiente será calculado al igual que el de los usuarios.
 - d) El precio de las acciones será pagado por los adquirientes del modo en que se establezca en el Acuerdo General de Transferencia. El programa incluye asimismo la emisión de

- "Bonos de participación en las ganancias para el personal",
determinados en función de su remuneración, su antigüedad
y sus cargas de familia
- e) Como garantía del pago, los adquirientes constituirán una prenda sobre las acciones objeto de transacción, a favor del Estado vendedor o de la Autoridad de Aplicación, en su caso.
 - f) Para el ejercicio de los derechos políticos emergentes de las acciones objeto de un programa de propiedad participada, serán celebrados los "convenios de sindicación" en donde se establecerá la obligación para todos los adquirientes de gestionar colectivamente el conjunto de acciones sindicadas y adoptar las posiciones a sostener en las asambleas de la sociedad, con fuerza vinculante para todos.

C. Chile:

Tal vez uno de los casos más interesantes en cuanto a privatizaciones latinoamericanas se trata es el caso de Chile. En el inicio de la dictadura del general Augusto Pinochet se devolvieron a sus dueños las 259 empresas requisadas entre 1970 y 1973, y se privatizó la mayoría de las estatizadas durante el gobierno de la Unidad Popular. El Estado mantuvo en su poder casi todas las grandes empresas públicas creadas antes de 1970, y algunas que había estatizado el gobierno de Salvador Allende. La mayoría de los bancos estatizados durante el gobierno de la Unidad Popular fueron rápidamente privatizados. Estas reformas

junto con muchas mas que están fuera del objetivo del estudio tenían como objetivo dos puntos claros¹³⁷.

El primero de ellos era la liberalización y el segundo la privatización Ambos conceptos son distintos: “liberalizar” significa eliminar las barreras legales y de otro tipo que protegen las empresas de un sector determinado queden sujetos a los rigores que impone la competencia tanto interna como externa, lo que permite la operación del sistema de precios.“Privatizar” implica el traspaso de la propiedad de una empresa desde el Estado a un privado, pero no necesariamente la liberalización del sector. Durante la primera ronda de reformas las privatizaciones se limitaron a las empresas que habían sido ilegalmente tomadas durante el gobierno de Allende. Sin embargo, ello no impidió que se le eliminaran una cantidad enorme de regulaciones, restricciones a la competencia y prerrogativas discrecionales del Estado, que hacían imposible la operación del sistema de precios¹³⁸.

Después de haber liberalizado el mercado Chileno durante la primera reforma, comenzó a enfocarse el gobierno en la segunda gran reforma conocida como la privatización chilena.

En 1985, cuando la liberalización estaba siendo cuestionada y su futuro era incierto, una serie de reformas legales y autorizaciones gubernamentales le dieron nuevamente impulso a las reformas. Una de las autorizaciones fue precisamente cuando se autorizo a las AFP a

¹³⁷ Departamento Nacional de planeación DNP, Op. cit.

¹³⁸GALETOVIC, Alexander, *Desatando a Prometeo Reformas Microeconómicas en Chile 1973-1989*, Universidad de Chile.

invertir en acciones lo que talvez marco el principal fenómeno de privatización en América Latina¹³⁹.

Durante este periodo se busco disminuir el tamaño del Estado empresario; privatizando tres tipos de empresas¹⁴⁰:

- Instituciones financieras intervenidas durante la depresión de 1982 y 1984
- empresas del“área rara” ¹⁴¹(aquellas en manos del Estado a raíz de las intervenciones)
- empresas estatales (transporte aéreo, el acero, el salitre, las telecomunicaciones y las empresas de generación, transmisión y distribución eléctrica.

Con el objetivo de evitar la concentración de propiedad se utilizaron los siguientes mecanismos de venta:

1. Licitaciones nacionales e internacionales.
2. Ventas en la Bolsa .
3. Ventas a trabajadores y pequeños accionistas (capitalismo laboral y popular).

Buena parte de las empresas más grandes las compraron los fondos de pensiones ya que habían sido autorizados los fondos para hacerlo como se menciona anteriormente.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ Tipos obtenidos del Ministerio de Hacienda de Chile

¹⁴¹ Hachette y Lüders, *Estudios Detallados de las Privatizaciones*, 1992.

La privatización fomentó variadas críticas y ataques tanto en ese momento como lo es ahora ya que según los detractores:¹⁴²

- a. El objetivo de las privatizaciones de disminuir el tamaño del Estado empresario no era correcto, porque en Chile las empresas estatales eran eficientes y habían sido creadas con fondos públicos.
- b. Solo se puede privatizar si el que lo hace es un gobierno elegido.
- c. La privatización no fue transparente, en el sentido de que no se anunciaron los criterios utilizados para escoger en cada caso el mecanismo de venta, los compradores y el precio de venta.
- d. El Estado vendió sus empresas por menos de su valor en manos del sector privado, y el patrimonio público disminuyó.
- e. Los monopolios naturales (electricidad y telecomunicaciones) se privatizaron sin un marco regulatorio adecuado.

La justificación habitual de las privatizaciones es que las empresas estatales son ineficientes porque no enfrentan los incentivos correctos. Sin embargo, desde que fueron reformadas gran parte de las empresas públicas chilenas habían mejorado su rendimiento. La evidencia disponible no permite concluir categóricamente si las críticas son válidas o no aunque los estudios actuales muestran en cuanto a resultados que el modelo fue exitoso.

¹⁴² GALETOVIC, Alexander, Op. cit.

Cuando llegó nuevamente la democracia a Chile con Patricio Aylwin el modelo se mantuvo y el sector privado continuó siendo el motor del desarrollo económico Chileno. “Para 1991 menos de 50 empresas permanecían en manos del Estado. Desde ese momento en adelante, la manera de implementar el proceso de privatizaciones dio un pequeño giro: lo que se ha tratado de implementar actualmente es invitar al sector privado para que participe en inversiones de empresas que son propiedad del Estado o para que aplique para concesiones de trabajos en el sector publico.”¹⁴³

Como balance del proceso de privatización en este país, debe indicarse que casi todo esta privatizado, que las empresas han mostrado una buena tasa de retorno, que los fondos generados por la privatización del sistema pensional han contribuido enormemente al desarrollo del mercado de capitales chileno y han hecho posible la venta de importantes paquetes financieros en empresas estatales.

¹⁴³ Departamento Nacional de Planeación DNP, Op. cit.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

CONCLUSIONES:

- **SOBRE EL CONCEPTO DE PRIVATIZACIÓN.** Son varias las definiciones que se ajustan al término privatización y quizás todas ellas son acertadas, pero creemos dejar aquí comprobado que en tanto definiciones deben servir a un fin y tratándose de la necesidad estatal de servirse de ella para solucionar problemas nacionales como la ineficiencia en la prestación de servicios públicos, la falta de modernización del Estado, la desigualdad social, la crisis fiscal, entre otros, es necesario concebir la privatización como un concepto amplio; que no necesariamente implique la transferencia de la propiedad sobre bienes, servicios o facultades; que tiene la posibilidad de expresarse a través de muy diversas modalidades o procedimientos y que, ante todo, es un concepto inacabado, pues debe dejarse abierto para que sirva como una herramienta dúctil, renovable y ajustable a coyunturas, necesidades y finalidades de la forma en que le resulte más útil al Estado y a los particulares para satisfacer sus fines.
- **SOBRE EL ESTADO EMPRESARIO.** Los deberes del Estado por un lado y su esencia propia, por otro, son dos cosas completamente diferentes, que sólo al confundirse propician los descalabros empresariales que hoy parecieran connaturales a las empresas públicas. El Estado tiene la obligación constitucional de garantizar a todos los ciudadanos la prestación de los servicios públicos de manera

eficiente, ese es su deber, pero es bastante claro que no son deberes del Estado generar utilidades, expandirse o capitalizar empresas, actividades todas que contrarían su propia esencia. Ahora bien, sin detrimento de lo que acaba de exponerse, consideramos equivocadas todas las afirmaciones que de manera general sostienen que el Estado es simplemente un mal administrador de recursos o empresas, pues hoy ya son varios los casos, que mejor que cualquier argumento teórico, desmienten tales afirmaciones, sólo para citar algunos ejemplos, se encuentra el caso ISA en Colombia o el caso EMBREAR en el Brasil. ¿Cómo debe entonces resolverse este asunto? Sugerimos partir siempre del reconocimiento de que el Estado, si bien puede no ser un mal gestor empresarial, sí es en esencia ajeno a todas las actividades que demanda la administración eficiente de una empresa. Siendo así, consideramos que el Estado debe crear una empresa o tomar las riendas de una ya creada, bien cuando ningún particular este dispuesto a asumir los altos costos que implica iniciar una actividad empresarial que preste un servicio público o bien, cuando la gestión privada no cumpla con los requisitos de eficiencia, continuidad e igualdad en la prestación de servicios públicos que el Estado debe proteger. Pero y esto es lo más importante, una vez la empresa este funcionado y resulte rentable para el sector privado o cuando ésta haya sido saneada por la acción estatal y haya recuperado sus niveles de eficiencia, el Estado debe necesariamente “soltarla” y ponerla en manos de gestores particulares, pues sólo así éste habrá cumplido los deberes que se le confían, el sector particular alcanzará niveles de rentabilidad y productividad que permitan por esa vía redistribuir el ingreso y las empresas de servicios públicos no perderán la eficiencia que las economías

modernas y las necesidades sociales les demandan. Por estas razones, no compartimos, por ejemplo, las crítica que se hace al proceso de privatización de la hidroeléctrica de BETANIA, según la cual el hecho de haberse enajenado los activos de esta empresa, precisamente cuando se trataba de una entidad eficiente en la prestación del servicio energético, representa un síntoma de corrupción, de una política pública equivocada o del mal manejo del Estado sobre los bienes públicos. Muy al contrario, creemos que en el caso de la privatización de BETANIA; el Estado, no sólo cumplió con su deber de garantizar a los ciudadanos una adecuada prestación del servicio público en cuestión, sino que además fue, como en muy pocas ocasiones, responsablemente consiente de su naturaleza, de los límites de sus deberes y de los alcances de sus capacidades, tomando así la acertada decisión de entregar la gestión de BETANIA al sector privado y asegurando con ello que dicha empresa no perdiera la eficiencia que ya parecía haber ganado.

- **SOBRE EL DESARROLLO SOCIAL A NOMBRE DE LA EQUIDAD Y LA ECONOMIA DE MERCADO**

Los gobiernos han continuado las privatizaciones para paliar las pérdidas de empresas públicas, generar ingresos mediante la venta de activos, aumentar la eficacia o (como en los antiguos países comunistas) establecer la base de una economía de mercado. La mayoría de las evaluaciones sobre el éxito o el fracaso de la privatización se han hecho teniendo en cuenta estos objetivos. Sólo en algunas se

han examinado los efectos frente al real objetivo del concepto, es decir la adecuada redistribución de ingresos a la población.

La privatización debe ir acompañada de un proceso de democratización del capital, de la desmonopolización de los privilegios, y de la desregulación de las actividades productivas y comerciales con el fin de acercarse a esa meta; pero sin duda algunos países cuyos procesos de privatización han sido mencionados han fracasado en la consecución de esta meta.

La obsesión por el mercado no puede llevar al exceso de constitucionalizar políticas económicas de híbrida gestación. La búsqueda permanente del desarrollo social a nombre de la equidad, de la inclusión socioeconómica y de la vigencia de los derechos económico-sociales debe imponerse sobre los centros muchas veces invisibles del poder económico pero sin olvidar que debe existir una transición que debe incluir aspectos culturales y técnicos ya que la legislación por sí mismo no va a garantizar el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos.

Cuando la rentabilidad y la eficiencia económica se ponen por delante, pasan a segundo plano cuestiones como la salud pública, los derechos sociales, y las reglas del juego democrático, lo que sin desvirtúa la percepción de la privatización como mecanismo de desarrollo. Las políticas de privatización aunque deben buscar a eficiencia económica deben siempre hacerlo teniendo como eje de la transición mencionada dichas cuestiones.

- **SOBRE LAS FINALIDADES DE LA PRIVATIZACIÓN.** Reiteramos aquí una conclusión que ya habíamos expuesto en el primer Capítulo de esta investigación. Sostenemos que bien se trate de privatizar para modernizar al Estado, ganar mayor eficiencia en la prestación de servicios públicos y democratizar la propiedad pública o bien, de hacerlo simplemente para aliviar críticas situaciones fiscales, no es posible aducir que una u otra de dichas finalidades sea errónea o no pueda alcanzarse por la vía de los procesos de privatización. Sin embargo, lo que sí es posible concluir es que es aún más razonable y aconsejable hacer uso de la privatización de empresas públicas como un medio para lograr los fines de modernización estatal, prestación de servicios públicos eficiente y democratización de la propiedad, pues todos estos son fines que garantizan la estabilidad de la economía del Estado y un alto y sobretodo, perdurable, nivel de vida para los ciudadanos, mientras que, realizar privatizaciones con el único fin de satisfacer las demandas coyunturales de las maltrechas finanzas públicas, no sólo no permite pensar en un país estable a futuro, sino que por demás agota una importante fuente de ingresos y bienestar social como lo pueden ser los procesos de privatización si se aprende a explotar adecuadamente sus potencialidades.
- **SOBRE EL ARTÍCULO 60° DE LA C.N. Y EL PRINCIPIO DE DEMOCRATIZACIÓN.** Hacen parte de esta conclusión dos premisas fundamentales. La primera; la Constitución de 1991 representa, en términos generales, un significativo intento de democratizar el orden nacional, es decir, usando los términos en que se definió el concepto de democratización, de dotar a la democracia colombiana de contenidos democráticos. La segunda, dentro de ese

marco democratizador de la Carta Política de 1991, el artículo 60° no representa un contenido democrático válido. A continuación, los argumentos que sostienen esta última premisa:

- La esencia y fin de la democracia y por ende, de la democratización, es la IGUALDAD. Las acciones, procedimientos, y ritos de los regímenes democráticos deben dirigirse siempre hacia garantizar condiciones de igualdad a los individuos que conviven en sociedad. Adicionalmente, hoy, el fundamento de las economías liberales que promulgan el llamado capitalismo social, es también la igualdad, pues si no es deber del Estado intervenir en los flujos comerciales, sí lo es garantizar a todos los ciudadanos condiciones de igualdad (calidad de vida, educación, salud, en términos generales, bienestar social), para que sólo así pueda materializarse la libertad individual como requisito de existencia de un régimen democrático y capitalista.
- Igualdad, tratándose del acceso a la propiedad del Estado, no puede significar otra cosa que TODOS aquellos que, en principio no podían acceder a dicha propiedad por encontrarse bajo el monopolio estatal, puedan hacerlo ahora que, a través de la privatización , se ofrece en venta. Y ¿Quiénes son todos los que no podían acceder a ella? ¿Los

trabajadores? O, específicamente ¿Los trabajadores de la empresa que se encuentra en proceso de privatización? No, somos, realmente, todos, los trabajadores de todos los sectores y empresas, los desempleados, los estudiantes, las amas de casa, los profesionales independientes, el lector de estas líneas y todos quienes no sean incapaces jurídicos o se hallen en alguna causal de incompetencia para acceder a la propiedad estatal.

- Hasta ahí el principio de igualdad. Cosa distinta es que a través de la democratización de la propiedad accionaria del Estado quiera, adicionalmente, favorecer a grupos que, por sus condiciones económicas, no podrían acceder a dicha propiedad de no ser por la intervención del Estado. No nos oponemos a ello. Sin embargo, a lo que si nos oponemos, en estricto sentido democrático, es a que por beneficiar a grupos desfavorecidos, se cierre esa vía de acceso a la propiedad al resto de los ciudadanos comunes. Hacerlo así, representa un trato inicuo y, a todas luces, inconstitucional, pues con ello se niega a los no beneficiarios del artículo 60º, nada más y nada menos, que el sagrado derecho a la propiedad, garantía prístina por la que se encontró justificación a la creación del mismo Estado y que hoy, la teoría liberal que nuestra Carta acoge, considera esencial a la dignidad humana.

- Consideramos que el fin democratizador, entendido en su estricto sentido, es decir, como sinónimo de una igualdad irrestricta, no excluye la posibilidad de hacer uso de las privatizaciones democráticas para, adicionalmente, redistribuir el ingreso entre la población menos favorecida, ni, claro esta, viceversa. Proponemos que se tengan como potenciales adquirentes de la propiedad estatal a privatizarse y beneficiarios de una primera fase del proceso de privatización, a **todos** los ciudadanos jurídicamente capaces del país y, para asegurar con mayores garantías el acceso a dicha propiedad de sectores menos favorecidos, como titulares de ciertas condiciones especiales de adquisición, adicionales a las garantías generales de la primera fase (tal y como lo contempla el artículo 60º constitucional), ahí si, a los trabajadores y al sector solidario de la economía¹⁴⁴.
- Nótese que en la frase inmediatamente anterior se dice “los trabajadores” y no se hace referencia, como inexplicablemente sí lo hace el artículo 60º de la Constitución, a “sus trabajadores”, es decir, específicamente a los trabajadores de la empresa que está siendo privatizada. Esto, porque consideramos, de nuevo, en aras de la

¹⁴⁴ Para mayor ampliación y mejor entendimiento de esta conclusión, véase, al final de este documento, la propuesta general que los autores de esta investigación sugieren.

democracia entendida, desde su esencia, como igualdad, que no puede privilegiarse únicamente a los trabajadores que hacen parte de la compañía cuyas acciones se están enajenando o, ¿Acaso son éstos los únicos trabajadores del país que no cuentan con la capacidad económica que les permita adquirir sin dificultad la propiedad que el Estado enajena?

- Tampoco puede confundirse la democratización, adoptada por el artículo 60° constitucional, con el principio efficientista que aconseja preservar la continuidad laboral y, en ese sentido, dejar que la propiedad de las acciones sociales recaiga sobre los trabajadores de la misma empresa, pues, si bien es cierto que desde las primeras teorías de la administración de Fayol o Taylor, éste se considera como uno de los principios rectores de una eficiente administración, nos resulta más cierto que cuando nuestra Carta Política optó por ordenar que siempre que el Estado enajene sus participaciones accionarias debe hacerlo favoreciendo a los trabajadores de la empresa privatizada, lo hizo por un estricto sentido de redistribución del ingreso y justicia social – aunque distorsionado como lo mostramos en el punto anterior- y no con miras a preservar la eficiencia empresarial, pues de ello nada se dijo en los debates de la Asamblea

Nacional Constituyente, de ahí que, nuevamente, pierda asidero y carezca de fundamento, el mandato constitucional que obliga a otorgar condiciones especiales de enajenación, únicamente, a los trabajadores de la empresa que está siendo privatizada.

- En conclusión, el artículo 60° de la Constitución es doblemente antidemocrático. Primero, por no considerar a todos los ciudadanos comunes del país como legítimos titulares de un trato preferencial en la enajenación de empresas públicas y, segundo, por privilegiar en los procesos de privatización únicamente a un grupo demasiado específico de ciudadanos, a saber, los trabajadores de la empresa privatizada, otorgándoles condiciones especiales a la hora de comprar acciones, condiciones con las que el común de los mortales no contamos.
- **SOBRE LA TENSIÓN QUE EXISTE ENTRE LOS PRINCIPIOS DE DEMOCRATIZACIÓN Y DE EFICIENCIA.** Partimos del reconocimiento de que sí existe una tensión ente estos dos principios y que, quizás, donde más se hace evidente es el la reglamentación que contiene la ley 226 de 1995, pero, también, de que no es bajo ningún punto de vista insoluble, ni deba resolverse necesariamente con la exclusión de uno de los dos principios que legalmente rigen los procesos de privatización del país. Al contrario, consideramos, apoyados en casos concretos de la experiencia nacional y en las enseñanzas que deja el estudio comparado que en

líneas pasadas comentamos, que es posible realizar procesos de privatización que fijen, a los inversionistas estratégicos, altos niveles de capacidad técnica, financiera y gerencial, garantes de la eficiencia con que se va a prestar el servicio y, al mismo tiempo, garantizar el acceso a la propiedad estatal a quienes, primero, no cuentan con la capacidad financiera para acceder a grandes proporciones del capital social y, segundo, dadas sus mismas condiciones socio-económicas, tampoco pueden aportar a la empresa fuertes capitalizaciones o un plan de gestión y expansión altamente desarrollado.¹⁴⁵

- **SOBRE LA PRIVATIZACIÓN Y LA CONCESIÓN. SU RELACIÓN DE COMPLEMENTARIEDAD.** Ya que la legislación vigente que regula la institución de la concesión no indica si debe existir enajenación de la propiedad para efectuar la prestación contenida en el contrato y haciendo un análisis del artículo 32 numeral 4to de la ley 80 de 1993, parece existir más bien una desmembración que implica básicamente el usufructo de lo concedido, lo que puede sin ningún problema manejado vía privatización y si se privatiza vía concesión habrá sin lugar a duda que respetar los postulados del artículo 60 de la Constitución Nacional y por lo tanto preferir como concesionario al sector solidario o a los trabajadores para lo que habrá que crear un mecanismo especial.

¹⁴⁵ Para mayor ampliación y mejor entendimiento de esta conclusión, véase, al final de este documento, la propuesta general que los autores de esta investigación sugieren.

PROPUESTA GENERAL:

- SOBRE EL ARTÍCULO 60° DE LA C.N. Por todo lo ya dicho se hace obligatoria, a nuestro parecer, una reforma constitucional del artículo 60° con miras a que se conceda a todos los ciudadanos colombianos, que no entren a participar en los procesos de privatización como inversionistas estratégicos, la calidad de beneficiarios de la primera fase de enajenación dentro de dichos procesos y, a punto seguido, confiera la calidad de titulares de condiciones especiales de adquisición a los trabajadores –en términos generales, no excluyentes- y al sector solidario de la economía nacional. Por otro lado, la reforma constitucional también debe cambiar la expresión de la norma según la cuál cuando el estado decida enajenar su participación en una empresa, deberá tomar las medidas conducentes a democratizar “la titularidad de sus acciones”, toda vez que la misma limita la cantidad de bienes que pueden ser objeto de privatización, excluyendo otras fuentes de propiedad y de riqueza como los bonos, los activos fijos, etc.

- SOBRE LA LEY 226 DE 1995. Debido a que ésta ley, contiene en sí misma una tensión inevitable entre el principio eficientista y el democratizador y dado que sus regulaciones resultan en varios apartes poco claras y dejan abierto un gigantesco e irresponsable espacio a la imaginación jurídica, consideramos necesario introducir los siguientes cambios legales:
 - Los que se deriven de la reforma constitucional propuesta.

- La introducción de normas más fuertes, que incluyan sanciones aplicables a quienes hagan uso de las condiciones especiales de adquisición para servir como testafierros de otros intereses particulares. Se sugiere que el tiempo durante el cual el adquirente queda obligado a conservar para sí la propiedad de las acciones, no sea de sólo dos años, sino que se aumente a mínimo 5 –a pesar de lo arbitrarios que puedan ser estos números- y que para su re-venta, deban surtirse nuevamente las dos fases de enajenación que componen el proceso de privatización.
- Debido a la evidente tensión que existe entre los principios de democratización y eficiencia y a que ésta misma es de difícil disolución en la práctica, ocasionando que los diferentes Reglamentos de Venta y Adjudicación parezcan contrariar las orientaciones de la ley 226, precisamente, por lo difícil que resulta la interpretación de sus normas y la conciliación de dos principios que, a primera vista, parecen contrarios, sugerimos que se incorpore a la misma ley 226 un Reglamento modelo al que todos los procesos de privatización de empresas públicas deban acogerse. Dicha reglamentación debe realizarse por expertos en las diferentes áreas que se involucran en este asunto (financieros,

ingenieros, desde luego, abogados, etc.), pues debe resultar ser un cuerpo normativo suficientemente técnico y preciso, de tal forma que con la aplicación de ciertas fórmulas, las empresas puedan determinar un adecuado avalúo de la empresa, el justo precio de cada acción, el número de acciones que deben enajenarse en cada fase e, incluso, el número de paquetes accionarios que, como estrategia de venta, deben ofertarse. Igualmente, ésta reglamentación debe prohibir prácticas, comunes en las privatizaciones actuales, como la de mantener en secreto hasta último momento el valor asignado a cada acción, pues sólo impiden la consecución de una verdadera democratización accionaria.

- El proceso de privatización de empresas públicas, que sugerimos bajos estas consideraciones, si bien sigue estando compuesto por dos fases, presenta cambios fundamentales. Así, como ya lo hemos dicho, se consideran beneficiarios de la primera fase a todos los ciudadanos colombianos que no pretendan acceder a la propiedad estatal como inversionistas extranjeros y, dentro de este amplio y verdaderamente democrático grupo de beneficiarios, se concederán condiciones -aun más especiales- de adquisición a los trabajadores del país y al sector solidario de la economía. En la segunda fase del proceso, participan quienes tengan una

mayor capacidad técnica, financiera y gerencial, calificados como inversionistas estratégicos y podrán acceder a paquetes accionarios compuestos por porcentajes predeterminados de acciones, cuidando siempre que no se conformen mayorías demasiado imponentes que puedan excluir a los accionistas minoritarios de las decisiones sociales.

- Dentro del proceso de privatización debe pedirse a quienes participen en él como inversionistas estratégicos, aún antes de que se surta la primera fase del mismo, un “Plan de Administración” aplicable a la empresa que se esta enajenando y en donde deben constar claramente cuales serán las acciones y principios de inversión, capitalización, expansión, prestación del servicio y , en términos generales, de administración, que serán aplicados por el inversionista que pretende comprar determinado paquete accionario, esto con el fin de que, primero, se cuente con una planeación administrativa estratégica y la gestión de la empresa no pase de unas manos a otras repentinamente, sin que el Estado pueda garantizar qué tipo de administración se va a dar a la prestación del servicio de ahí en adelante y, en segundo lugar, con el fin de que los pequeños inversionistas, sepan qué calidades reúnen los posibles adquirentes mayoritarios de la empresa, qué tipo de gestión se va a dar a sus recursos y cuál

sería la composición de las Asambleas de Accionistas, pues sólo así se garantiza una compra e inversión verdaderamente informada, tal y como lo ordenan las justas leyes del mercado.

- Finalmente, debe entenderse que, en este caso, los procesos de privatización **no** culminan con la adjudicación y suscripción de acciones, pues tratándose de verdaderas privatizaciones con un contenido democrático, el proceso debe extenderse hasta la garantía y verificación de condiciones justas y equitativas para las accionistas que resulten minoritarios, dentro de los procesos de toma de decisiones sociales, de tal forma que no resulten reducidos a condición de disolución por parte de quienes ostentan las mayorías accionarias, pues, de lo contrario, nada se habrá garantizado si al poco tiempo de adquirir unas pocas acciones, su propietario se ve obligado a venderlas a los accionistas mayoritarios dadas las presiones que estos poderosos grupos pueden ejercer dentro del seno del órgano social. Con relación a este particular, debe seguirse de cerca el proceso de privatización de ETB, pues parece tener mucho que aportarle a la preocupante situación de las minorías dentro de las empresas recién privatizadas.

Dentro de la búsqueda y análisis bibliográfico que sustentaron esta investigación se halló la expresión: “La Constitución de 1991 no tiene “dolientes”¹⁴⁶, queriendo decir con ello, al menos así lo creemos, que nuestra Carta Política y sus buenos propósitos se ha convertido en un muerto que no tiene quien lo lamente. Nosotros, autores de esta investigación y de las conclusiones que la misma nos permitió extraer, quisimos levantar nuestra voz de duelo por una norma constitucional que no sólo se aleja del verdadero sentido democrático, sino que, además, no acerca al país a un cercano progreso que se deje acompañar del bienestar de sus ciudadanos. Esperamos que nuestro lamento encuentre eco en otros padres responsables de la Carta y de la Patria.

¹⁴⁶ BEJARANO, Ana María, op. cit., pg. 11.

ANEXO No 1

Este anexo presenta un cuadro dividido en tres columnas. La primera contiene el articulado del proyecto de ley No. 150 de 1995, que desarrolla el mandato del artículo 60 constitucional y que fue elaborado y motivado por el Ministerio de Hacienda del gobierno Samper. En la segunda columna se transcribe la normatividad aprobada por el Congreso de la República, previo análisis y discusión de la iniciativa gubernamental y que finalmente fue sancionada como Ley 226 de 1995. Finalmente, la tercera columna refiere los pronunciamientos jurisprudenciales que han modificado el texto legal aprobado.

CONVENCIONES :

- ✓ TEXTO AZUL: MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL CONGRESO AL TEXTO DEL PROYECTO ORIGINAL PRESENTADO POR EL MINISTERIO DE HACIENDA.
- ✓ TEXTO ROJO: TEXTO PRESENTE EN EL PROYECTO ORIGINAL QUE NO SE CONTEMPLA EN LA LEY 226 DE 1995.
- ✓ SUBRAYA: TEXTO REVISADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DECLARADO EXEQUIBLE, CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE O INEXEQUIBLE.

PROYECTO DE LEY	LEY 226 DE 1995	JURISPRUDENCIA
ART.1 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. 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	ART.1 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, <u>en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa.</u> La titularidad de la participación estatal está determinada bien por el hecho de que las acciones o <u>participaciones sociales</u> estén en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual	- Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia <u>C-1260-01</u> de 29 de noviembre de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Uprimny Yepes.

<p>éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público.</p> <p>Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa.</p>	<p>éstos hagan parte, o bien porque fueron adquiridas con recursos públicos o del Tesoro Público.</p> <p>Para efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a la propiedad accionaria o a cualquier operación que sobre ella se mencione, se entenderán incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones, <u>lo mismo que cualquier forma de participación en el capital de una empresa.</u></p>	
<p>ART.2 DEMOCRATIZACIÓN. Todas las personas naturales o jurídicas, podrán tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene. En consecuencia, en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria. La Ley 80 de 1993 no es aplicable a estos procesos de enajenación accionaria.</p>	<p>SE MANTIENE IGUAL.</p>	
<p>ART.3 PREFERENCIA. Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales a los sectores indicados en el siguiente</p>	<p>ART.3 PREFERENCIA. Para garantizar el acceso efectivo a la propiedad del Estado, se otorgarán condiciones especiales a los sectores indicados en el siguiente</p>	

<p>inciso, encaminadas a facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo al artículo 60 constitucional.</p> <p>Serán destinatarios preferentes de las condiciones especiales: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los extrabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o exempleados de la entidad que se privatiza; sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión: los fondos de cesantías y de pensiones; y las cooperativas.</p>	<p>inciso, encaminadas a facilitar la adquisición de la participación social estatal ofrecida, de acuerdo al artículo 60 constitucional.</p> <p>Serán destinatarios exclusivos de las condiciones especiales: los trabajadores activos y pensionados de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria; los extrabajadores de la entidad objeto de privatización y de las entidades donde esta última tenga participación mayoritaria siempre y cuando no hayan sido desvinculados con justa causa por parte del patrono; las asociaciones de empleados o exempleados de la entidad que se privatiza; sindicatos de trabajadores; federaciones de sindicatos de trabajadores y confederaciones de sindicatos de trabajadores; los fondos de empleados; los fondos mutuos de inversión: los fondos de cesantías y de pensiones; y las entidades cooperativas definidas, por la legislación cooperativa.</p>	
<p>ART.4 PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO. La enajenación de la participación accionaria estatal se hará en condiciones que salvaguarden el patrimonio público. El recurso del</p>	<p>SE MANTIENE IGUAL.</p>	

<p>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.</p>		
<p>ART.5 CONTINUIDAD DEL SERVICIO. Cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste servicios de interés público, se tomarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio.</p>	<p>SE MANTIENE IGUAL.</p>	
<p>ART.6 El Gobierno decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, a que se refiere el artículo 1º., 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.</p>	<p>SE MANTIENE IGUAL.</p>	
<p>ART.7 Corresponderá al Ministerio titular o a aquel al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público,</p>	<p>ART.7 Corresponderá al Ministerio titular o a aquel al cual estén adscritos o vinculados los titulares de la participación social, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público,</p>	

<p>diseñar el programa de enajenación respectivo, directamente o a través de instituciones idóneas, públicas o privadas, contratadas para el efecto según las normas de derecho privado.</p> <p>El programa de enajenación accionaria se realizará con base en estudios técnicos correspondientes, que incluirán la valoración de la entidad cuyas acciones se pretenda enajenar. Esta valoración, además de las condiciones y naturaleza del mercado, deberá considerar las variables técnicas tales como la rentabilidad de la institución, el valor comercial de los activos y pasivos, los apoyos de la Nación, que conduzcan a la determinación del valor para cada caso de enajenación.</p>	<p>diseñar el programa de enajenación respectivo, directamente o a través de instituciones idóneas, públicas o privadas, contratadas para el efecto según las normas de derecho privado.</p> <p>El programa de enajenación accionaria se realizará con base en estudios técnicos correspondientes, que incluirán la valoración de la entidad cuyas acciones se pretenda enajenar. Esta valoración, además de las condiciones y naturaleza del mercado, deberá considerar las variables técnicas tales como la rentabilidad de la institución, el valor comercial de los activos y pasivos, los apoyos de la Nación, que conduzcan a la determinación del valor para cada caso de enajenación.</p> <p>PARÁGRAFO. Los programas de enajenación de acciones cuya titularidad corresponda a las entidades territoriales, de las sociedades de economía mixta teleasociadas, en las cuales exista participación de capital de Telecom, sólo podrán ejecutarse a partir de 1º. de enero de 1998.</p> <p>Del diseño del programa de enajenación se enviará copia a la Defensoría del Pueblo para que ésta, si lo considera necesario, tome las medidas conducentes</p>	
---	---	--

	para garantizar la transparencia del mismo.	
ART.8 El ministro del ramo respectivo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público presentarán el proyecto de programa de enajenación a consideración del Consejo de Ministros. el cual, previo concepto favorable, lo remitirá al Gobierno para su posterior aprobación.	ART.8 El ministro del ramo respectivo y el Ministro de Hacienda y Crédito Público presentarán el proyecto de programa de enajenación a consideración del Consejo de Ministros. el cual, previo concepto favorable, lo remitirá al Gobierno para su posterior aprobación. PARÁGRAFO. El plan de enajenación anual en forma global con sus avalúos preliminares respectivos, debe ser presentado para su conocimiento al Congreso de la República durante los primeros 60 días del año. El Ministerio de Hacienda en un término de dos meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, presentará al Congreso una relación de las empresas estatales nacionales que pasan por un mal momento económico.	
ART.9 La enajenación de la participación accionaria se hará utilizando mecanismos que contemplen condiciones de amplia publicidad y libre concurrencia. Cuando se utilicen las operaciones de martillo se realizarán de conformidad con los reglamentos de funcionamiento de los martillos de las bolsas de valores y las reglas	SE MANTIENE IGUAL.	

para su operación fijadas por la Superintendencia de Valores.		
<p>ART.10 Además de lo establecido en las disposiciones legales, el contenido del programa de enajenación, en cada caso particular, comprenderá los siguientes aspectos:</p> <p>1. Establecerá las etapas en que se realizará el procedimiento de enajenación, teniendo en cuenta que, de manera privativa, la primera etapa estará orientada a los destinatarios de las condiciones especiales indicados en el artículo 3º., de la presente Ley.</p> <p>2. Incluirá las condiciones especiales a las cuales se refiere el artículo siguiente de la presente Ley.</p> <p>Dispondrá la forma y condiciones de pago del precio de las acciones.</p> <p>Fijará el precio mínimo de las acciones que en desarrollo del programa de enajenación no sean adquiridas por los destinatarios de las condiciones especiales, el cual, en todo caso, no podrá ser inferior al que determinen tales condiciones especiales.</p> <p>5. Indicará los demás aspectos para la debida ejecución del programa de venta.</p>	SE MANTIENE IGUAL.	
ART.11 La enajenación accionaria que se apruebe para cada caso	ART.11 La enajenación accionaria que se apruebe para cada caso	- Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional,

<p>particular, comprenderá las siguientes condiciones especiales, de las cuales serán destinatarios exclusivos los mencionados en el artículo 3º., de la presente Ley:</p> <p>1. Se les ofrecerá en primer lugar y de manera exclusiva la totalidad de las acciones que pretenda enajenarse.</p> <p>2. Se les fijará un precio accionario fijo equivalente al precio resultante de la valoración prevista en el artículo 7º., de la presente Ley, el cual tendrá la misma vigencia que el de la oferta pública, siempre y cuando, dentro de la misma, no hubiesen existido interrupciones. En caso de existir interrupción o transcurrido el plazo de la oferta, se podrá ajustar el precio fijo por parte del gobierno siguiendo los parámetros indicados en dicho artículo 7º.</p> <p>3. La ejecución del programa de enajenación se iniciará cuando el titular, o una o varias instituciones, hayan establecido líneas de crédito o condiciones de pago para financiar la adquisición de las acciones en venta, las cuales tendrán las siguientes características:</p> <p>a. El plazo de amortización no será inferior a 3 años;</p> <p>b. Tasa de interés inferior a aquella que cobren en la fecha de</p>	<p>particular, comprenderá las siguientes condiciones especiales, de las cuales serán destinatarios exclusivos los mencionados en el artículo 3º., de la presente Ley:</p> <p>1. Se les ofrecerá en primer lugar y de manera exclusiva la totalidad de las acciones que pretenda enajenarse.</p> <p>2. Se les fijará un precio accionario fijo equivalente al precio resultante de la valoración prevista en el artículo 7º., de la presente Ley, el cual tendrá la misma vigencia que el de la oferta pública, siempre y cuando, dentro de la misma, no hubiesen existido interrupciones. En caso de existir interrupción o transcurrido el plazo de la oferta, se podrá ajustar el precio fijo por parte del gobierno siguiendo los parámetros indicados en dicho artículo 7º.</p> <p>3. La ejecución del programa de enajenación se iniciará cuando el titular, o una o varias instituciones, hayan establecido líneas de crédito o condiciones de pago para financiar la adquisición de las acciones en venta, que impliquen una Financiación disponible de crédito no inferior, en su conjunto, al 10% del total de las acciones objeto del programa de enajenación, las cuales tendrán las siguientes características:</p>	<p>mediante Sentencia <u>C-342-96</u> del 5 de agosto de 1996, Magistrado Ponente Dr. Julio César Ortíz Gutiérrez.</p>
--	---	--

<p>aprobación del programa de enajenación, las entidades financieras; por los créditos ordinarios de libre enajenación, según certificación de la Superintendencia Bancaria, vigente al momento del otorgamiento del crédito;</p> <p>c. El período de gracia no inferior a seis meses;</p> <p>d. Serán admisibles como garantía las acciones que se adquieran con el producto del crédito. El valor de las acciones, para determinar la cobertura de la garantía, será el precio fijo, inicial o ajustado, de venta de aquéllas.</p> <p>4. Cuando los adquirentes sean personas naturales, podrán utilizar las cesantías que tengan acumuladas, con el objeto de adquirir estas acciones.</p>	<p>a. El plazo de amortización no será inferior a 5 años;</p> <p>b. La tasa de interés aplicable a los adquirentes destinatarios de las condiciones especiales no podrá ser superior a la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Bancaria, vigente al momento del otorgamiento del crédito;</p> <p>c. El período de gracia a capital no podrá ser inferior a un año. Los intereses causados durante dicho período de gracia podrán ser capitalizados, para su pago, junto con las cuotas de amortización a capital;</p> <p>d. Serán admisibles como garantía las acciones que se adquieran con el producto del crédito. El valor de las acciones, para determinar la cobertura de la garantía, será el precio fijo, inicial o ajustado, de venta de aquéllas.</p> <p>4. Cuando los adquirentes sean personas naturales, podrán utilizar las cesantías que tengan acumuladas, con el objeto de adquirir estas acciones.</p>	
<p>ART.12 Como consecuencia de la ejecución del programa:</p> <p>1. Se procederá a cambiar los</p>	<p>SE MANTIENE IGUAL.</p>	

<p>estatutos, si es del caso.</p> <p>2. Se perderán los privilegios y terminarán las obligaciones que la entidad tenía, por sustentar el carácter de pública, de acuerdo con el porcentaje de acciones que queden en manos de los particulares.</p> <p>3. Cesará toda responsabilidad originada en estas acciones por parte de los órganos públicos que sustentaban su titularidad, salvo aquella determinada por la ley o la que expresamente se haya exceptuado en el programa de enajenación.</p> <p>4. Se adoptarán las demás medidas que correspondan al cambio de titularidad de las acciones.</p>		
<p>ART.13 Cuando el Estado decida enajenar las acciones de una empresa, el Gobierno excluirá del programa de enajenación los derechos que tal entidad posea sobre fundaciones, obras de arte y en general bienes relacionados con el patrimonio histórico y cultural.</p> <p>Tales bienes y derechos serán transferidos a favor de la Nación o de la entidad pública de carácter nacional que el Gobierno determine.</p>	<p>SE MANTIENE IGUAL.</p>	
<p>ART.14 El programa de enajenación que para cada caso</p>	<p>ART.14 El programa de enajenación que para cada caso</p>	<p>- Inciso 1º. declarado CONDICIONALMENTE</p>

<p>expida el Gobierno dispondrá las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten los principios generales de esta ley. Estas medidas podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por 2 años a partir de la fecha de la enajenación: en caso de producirse la enajenación de dichas acciones antes de dicho plazo se impondrán multas graduales de acuerdo con el tiempo transcurrido entre la adquisición de las acciones y el momento de enajenación, dichas sanciones se plasmarán en el programa de enajenación.</p> <p>Sin perjuicio de las disposiciones penales que le sean aplicables, si en cualquier momento se determina que la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real, el negocio será ineficaz. Lo anterior se entiende sin perjuicio de que los terceros de buena fe ejerciten las acciones a que haya lugar y que el estado imponga las sanciones correspondientes.</p>	<p>expida el Gobierno dispondrá las medidas correspondientes para evitar las conductas que atenten los principios generales de esta ley. Estas medidas podrán incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por 2 años a partir de la fecha de la enajenación: en caso de producirse la enajenación de dichas acciones antes de dicho plazo se impondrán multas graduales de acuerdo con el tiempo transcurrido entre la adquisición de las acciones y el momento de enajenación, dichas sanciones se plasmarán en el programa de enajenación.</p> <p>Sin perjuicio de las disposiciones penales que le sean aplicables, si en cualquier momento se determina que la adquisición se realizó en contravención a estas disposiciones o a las que la reglamenten para cada caso en particular sobre el beneficiario o adquirente real, el negocio será ineficaz.</p> <p><u>Sin perjuicio de las limitaciones que se puedan imponer a los destinatarios de condiciones especiales, los cargos del nivel directivo de la entidad en el proceso de privatización, sólo podrán adquirir acciones por un valor máximo de 5 veces su</u></p>	<p>EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-384-96 del 22 de agosto de 1996, Magistrado Ponente, Dr. José Gregorio Hernández Galindo, “en el entendido de que las medidas que puede adoptar el Gobierno en virtud de ellas son de carácter puramente administrativo”.</p> <p>- Mediante Sentencia C-783-01 de 25 de julio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte Constitucional declaró estese a lo resuelto en la Sentencia C-384-96, “en el entendido de que las medidas que puede adoptar el Gobierno en virtud de ellas son de carácter puramente administrativo”</p> <p>- Aparte subrayado, declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-384-96 del 22 de agosto de 1996, Magistrado Ponente, Dr. José Gregorio Hernández Galindo, “siempre que se entienda que el único facultado por la Constitución para imponer las limitaciones en cuestión es el legislador”.</p>
---	--	--

	remuneración anual.	
	<p>ART.15 La nulidad absoluta de los contratos de compraventa de acciones de entidades estatales sólo podrá ser alegada por las partes contratantes o por el Ministerio Público. La nulidad relativa sólo la podrá alegar aquel en cuyo favor está establecida.</p> <p>En caso de ineficacia o de declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa de acciones, sólo habrá lugar a la restitución de las acciones cuando el órgano público vendedor así lo solicite. En todo caso, no habrá lugar a obtener la restitución de acciones que se encuentran en poder de terceros de buena fe. Cuando no haya lugar a la restitución sólo podrá haber lugar a las reparaciones pecuniarias correspondientes.</p> <p>Estas disposiciones, por ser de carácter procedimental, son de aplicación inmediata.</p>	<p>- Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, excepto los apartes tachados declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-343-96 del 5 de agosto de 1996, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández. La exequibilidad de este artículo se condiciona “a que la nulidad absoluta de los contratos previstos en la normas que se declaran exequibles, también podrá ser alegada por quien tenga un interés legítimo, que hubiere participado en el proceso de enajenación, o hubiere sufrido lesión o perjuicio dentro del mismo por violación de la normatividad constitucional aplicable”.</p> <p>- Mediante Sentencia C-783-01 de 25 de julio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte Constitucional declaró estése a lo resuelto en la Sentencia C-343-96.</p>
ART.15 En el programa de enajenación que para cada caso se adopte el Gobierno determinará el órgano encargado de otorgar las autorizaciones relacionadas con la adquisición de un porcentaje	ART.16 En el programa de enajenación que para cada caso se adopte el Gobierno determinará el órgano encargado de otorgar las autorizaciones relacionadas con la adquisición de un porcentaje	

determinado de las acciones ofrecidas en venta y de las condiciones que deba reunir cada potencial adquirente, con el fin de preservar la continuidad del servicio.	determinado de las acciones ofrecidas en venta y de las condiciones que deba reunir cada potencial adquirente, con el fin de preservar la continuidad del servicio.	
ART.16 Las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan enajenar la participación de que sean titulares, se registrarán por las disposiciones de esta Ley, adaptándolas a la organización y condiciones de cada una de éstas y aquéllas.	ART.17 Las entidades territoriales y sus descentralizadas, cuando decidan enajenar la participación de que sean titulares, se registrarán por las disposiciones de esta Ley, <u>adaptándolas a la organización y condiciones de cada una de éstas y aquéllas.</u> Los Concejos Municipales o Distritales o las Asambleas Departamentales, según el caso autorizarán, en el orden territorial las enajenaciones correspondientes.	- Aparte subrayado, declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, por no violar el artículo 150 numeral 1 de la Constitución, mediante Sentencia C-391-96 el 22 de agosto de 1996, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.
ART.17 Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, cuando se trate de la enajenación de participación del Estado o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en instituciones financieras o entidades aseguradoras, se aplicarán las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.	ART.18 SE MANTIENE IGUAL.	
ART.18 La Presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.	ART.19 No estarán incluidos dentro de los beneficiarios de condiciones especiales los fondos parafiscales, los fondos	

	agropecuarios y pesqueros, incluyendo los fondos ganaderos y el Fondo Nacional del Ca fé.	
	ART.20 La enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales no se ajusta al procedimiento previsto en esta Ley, sino que para este efecto, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes. Así mismo, la venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones sólo se sujetará a las reglas generales de contratación.	- Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-392-96 del 22 de agosto de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.
	ART.21 Con el propósito de facilitar los procesos de enajenación de la propiedad accionaria estatal y la intermediación de valores, las sociedades comisionistas de bolsa podrán tener agentes y mandatarios para el desarrollo de su actividad, sin perjuicio de que la Superintendencia de Valores determine las reglas que considere necesarias para su adecuado funcionamiento.	
	ART.22 La enajenación accionaria de los fondos ganaderos se hará conforme a lo dispuesto en la ley que regula la materia.	
	ART.23 El 10% del producto neto de la enajenación de las acciones o	

	<p>bonos obligatoriamente convertibles en acciones, con exclusión de las correspondientes a las entidades financieras, se invertirá, por parte del Gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen.</p>	
	<p>ART.24 Cuando se produzcan decisiones judiciales que declaren la nulidad de los contratos de compraventa de acciones enajenadas a particulares por hechos no atribuibles a los compradores, el Gobierno podrá adoptar las medidas que considere convenientes destinadas a mantener la estabilidad de la empresa vendida y podrá propiciar la continuidad de la participación privada en las mismas.</p> <p>El Gobierno podrá tomar medidas tendientes a brindarles confianza y seguridad a los adquirentes y que prevengan perjuicios derivados de la acción del Estado por los eventos previstos en el inciso anterior.</p>	<p>- Artículo declarado EXEQUIBLE, excepto los apartes tachados declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-343-96 del 5 de agosto de 1996, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández.</p>
	<p>ART.25 Las entidades vendedoras, directamente o a través de firmas especializadas, podrán realizar actividades de promoción de</p>	

	<p>programas de enajenación de que trata la presente Ley con el fin de facilitar y organizar la participación de los beneficiarios de condiciones especiales en dichos programas. Para garantizar el cumplimiento de este propósito, las ofertas que se realicen a los beneficiarios de las condiciones especiales deberán realizarse durante un plazo mínimo de dos (2) meses.</p>	
	<p>ART. 26 La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, entre otras, el parágrafo 3°. del artículo 311 del Decreto 663 de 1993.</p>	