

Comentarios Legislativos

COMENTARIOS SOBRE LA LEY DE PRIVATIZACION

Luis A. Ortiz Alvarez

Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo

Universidad Central de Venezuela

Universidad Católica Andrés Bello

Desde hace algunas décadas asistimos al Estado —anunciado tempranamente por Forsthoff— del *Daseinvorsorge* o Estado de procura existencial, caracterizado por ser un Estado intervencionista y prestacional (*Leistungsstaat*) y que para sus fines administra, planifica, dirige y subvenciona a través de una *Leistungsverwaltung* o Administración directora (vid. sobre el problema el fino estudio —todavía de gran vigencia— de L. Martín Retortillo, “La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de «Daseinvorsorge», *Rev. de Administración Pública*, Madrid, 1962, Nº 38, pp. 35 y ss.). En efecto, hoy día, y Venezuela no es la excepción, el Estado está metido en todo y difícilmente va a dejar de estarlo a pesar de los movimientos de neoliberalismo, economía de mercado y privatizaciones. Es justamente este último movimiento el que ahora nos interesa resaltar: la privatización.

Como resultado de una necesidad de renovación y de “respiración” del sector público, la Administración Pública venezolana ha entrado en una etapa de privatizaciones. Se trata de una tendencia moderna y actualmente común a muchos países del mundo, incluso de aquellos en donde la Administración Pública ha relativamente alcanzado —a diferencia de la Administración venezolana— altos *standards* de efectividad en la realización de servicios públicos (*exempli gratia*, puede señalarse que recientemente Francia se encuentra imbuida en un proceso de privatizaciones, proceso masivo y paradigmático que se inicia con la Ley del 12 de julio de 1986, la cual ordena la transferencia al sector privado de la “propiedad de las participaciones mayoritarias detentadas directa o indirectamente por el Estado” en 65 empresas, y que continúa con la Ley del 19 de julio de 1993, la cual ordena la privatización de otros 21 entes del sector público, vid., René Chapus, *Droit administratif général*, París, 1994, pp. 305 y ss. y también A. Bizaguet, *Le secteur public et les privatisations*, París, 1992; L. Rapp, “*Les lois de privatisation et la «respiration» du secteur public*”, *Rev. française de droit administratif*, 1987, pp. 153 y ss.).

En Venezuela, tal proceso de desnacionalización o despublificación ha comenzado recientemente con la promulgación de la Ley de Privatización, originalmente del 19 de febrero de 1992 (Gaceta Oficial Nº 4.397, Extraordinario de 10 de marzo del mismo año), reformada en fecha 11 de agosto de 1993 (Gaceta Oficial Nº 4.634, Extraordinario del 22 de septiembre de 1993) y cuya última versión es del 30 de junio de 1995 (Gaceta Oficial Nº 4.927, Extraordinario de la misma fecha). Veamos, pues, la estructura que presenta la vigente Ley de Privatización (I), para luego hacer algunos comentarios sobre sus perspectivas (II).

I. ESTRUCTURA DE LA LEY DE PRIVATIZACION

Ab-initio hay que decir que la política de privatizaciones instaurada por Ley de Privatización de 1993, tiene por objetivos “la libre competencia y el desarrollo de la capacidad competitiva de las empresas; la democratización y ampliación del

régimen de propiedad de los bienes de producción de capital de la tenencia accionaria; el estímulo a la conformación de nuevas formas de organización empresarial, cooperativa, comunitaria, cogestionaria o autogestionaria; y la modernización de la actividad o servicio; transferencia de tecnología y su dotación de equipos, bienes o recursos que incidan favorablemente en la eficiencia de la producción y administración (artículo 6).

A tal efecto, "esta Ley regula el proceso derivado de la política de privatización de bienes o servicios del sector público, mediante la reestructuración de los entes con fines de privatización, incluyendo la modificación de marcos regulatorios, transferencia de acciones propiedad del sector público al sector privado, concesión de servicios públicos, cualquier otro mecanismo que permita alcanzar los objetivos de esa política, así como diversos contratos o actos de cualquier naturaleza que implique la participación de los particulares" (artículo 1). Como se ve, la Ley ha tomado un concepto amplio de privatización, pues por ésta no ha de entenderse solamente la enajenación de bienes y servicios públicos a los particulares, sino que también es posible privatizar los modos de gestión. En este sentido, es posible privatizar utilizando las figuras del arrendamiento, la concesión, las cuentas en participación y cualquier otro tipo de contrato que permita la gestión privada de bienes y servicios públicos, tales como el contrato administrativo de gestión interesada o *gestion en régie intéressée* (sobre este tipo de contrato, así como de otros similares, vid., Alain-Serge Mescheriakoff, *Droit des services publics*, 1991, pp. 343 y ss. Hay que mencionar también que la doctrina comparada ya se ha encargado de demostrar que existen múltiples técnicas de privatización, a saber, *ad exemplum*, por un lado, en España, Martín Mateo —*Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración*, Madrid, 1988, pp. 40 y ss.— habla de privatización o despublificación fáctica, de disociación de titularidad y gestión, de desnacionalización, de suspensión de monopolios y de desregulación; por otro lado, en Francia, Didier Truchet —notas sobre la materia *Contentieux économique interne* en el post-grado de *Droit public interne*, en la Universidad de París, II, 1992— se refiere a privatizaciones orgánicas, materiales, de los bienes y del personal; también Roland Drago —"Peut-il y avoir des privatisations implicites?", *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, París, 1991, p. 87— hace mención del fenómeno de las "privatizaciones silenciosas" o "privatizaciones implícitas").

La aplicabilidad de la Ley de Privatización de 1993 alcanza a todo el "sector público". Así, de conformidad con el artículo 2 de la Ley, se entiende por sector público: "La República; los institutos autónomos y demás personas de derecho público en las que los entes antes mencionados tengan participación; las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refiere este Artículo tengan participación igual o mayor al 50% del capital social; las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el Ordinal anterior tengan participación igual o mayor al 50%; y las fundaciones constituidas o dirigidas por algunas de las personas referidas en este Artículo o aquéllas de cuya gestión pudieren derivarse compromisos financieros para esas personas".

La realización de las operaciones de privatización a que se refiere la Ley *in commento*, está sujeta al control *a posteriori* de la Contraloría General de la República. No obstante, estas operaciones quedan exceptuadas del cumplimiento de la autorización prevista en el Ordinal 2º del artículo 150 de la Constitución y de la autorización previa de la Contraloría General de la República, prevista en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional (artículo 4 de la Ley de Privatizaciones).

En lo que toca a la ejecución de la política de privatización, el artículo 9 de la Ley dispone que ella "estará a cargo del Ejecutivo Nacional por órgano del Fondo de Inversiones de Venezuela", y, "a tal efecto, siempre que sea posible,

el bien, empresa o actividad de que se trate, será transferido al Fondo de Inversiones de Venezuela, mediante la modalidad más conveniente”.

De conformidad con el artículo 10 *ejusdem*, los procesos de privatización se iniciarán con la aprobación, mediante acto motivado del Presidente de la República en Consejo de Ministros, el cual deberá ser publicado en *Gaceta Oficial*, dentro de los 3 días continuos siguientes a su aprobación. Dentro de los 10 días continuos siguientes a dicha publicación, el Fondo de Inversiones de Venezuela solicitará de las Comisiones Permanentes de Finanzas del Senado y de la Cámara de Diputados del Congreso, o en su defecto de la Comisión Delegada, la autorización para llevar a cabo dichos procesos. La autorización antes referida será otorgada en sesión conjunta, dentro de los 15 días continuos siguientes de haberse dado cuenta de la solicitud en reunión ordinaria, salvo que dichas Comisiones en forma conjunta decidan prorrogar el plazo indicado, atendiendo a la complejidad del asunto, por un término no mayor de 30 días continuos. Transcurrido el plazo de 15 días sin haberse otorgado la prórroga o vencido el término de ésta, si lo hubiere, sin que haya obtenido respuesta, se entenderá concedida la autorización. Una vez obtenida la autorización en cuestión o transcurrido el plazo sin respuesta, el Ejecutivo Nacional procederá a publicar en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela la decisión de continuar el proceso.

En lo que respecta a los recursos provenientes de la privatización, la Ley establece ciertos límites. Por una parte, si se trata de la privatización de bienes o empresas pertenecientes a personas jurídicas descentralizadas con patrimonio distinto al de la República, los ingresos netos provenientes de dicha privatización deberán ser invertidos en “amortización de capital y recompra de su deuda o de la deuda de cualquier otra empresa, en la que tuviere participación; procesos de reestructuración de otras empresas en las que tuviere participación; y en activos propios o de cualquiera de las empresas en que tuviere participación” (artículo 12). Por otra parte, si se trata de ingresos netos provenientes de la privatización de bienes, o servicios pertenecientes a la República, así como sus beneficios, utilidades y rentas, sólo podrán ser dispuestos anualmente previa aprobación del Congreso de la República, a cuyos efectos el Ejecutivo Nacional incluirá en el Proyecto de Ley de Presupuesto anual el monto de esos ingresos efectivamente devengados en los ejercicios anteriores, que pretendan invertir en el curso del ejercicio presupuestario correspondiente” (artículo 20). En todo caso, “los ingresos netos provenientes de la privatización de bienes, empresas o servicios pertenecientes a la República, podrán ser utilizados en el mismo ejercicio fiscal en el cual se produzcan, mediante la tramitación de un crédito adicional, cuya consiedración se efectuará de conformidad con lo establecido en la ley que regula la materia y además su asignación se regirá por lo dispuesto en el artículo 18 de esta ley” (parágrafo único, artículo 20). Dentro de esta perspectiva de los recursos provenientes de la privatización, la ley establece también que “se crea en la Tesorería Nacional, una cuenta separada cuya titularidad corresponde a la República, en la que ingresarán los fondos provenientes de las actividades de privatización cumplidas en relación a bienes o servicios de la República, así como aquellos beneficios, utilidades o rentas que ellos produzcan, los cuales sólo podrán ser destinadas al fin señalado en el artículo 18 de esta ley. Esta cuenta será administrada por el Fondo de Inversiones de Venezuela, según instrucciones del Ministerio de Hacienda y de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y en esta ley” (artículo 19).

Es menester sealar también, que la Ley de Privatización establece una serie de preferencias y de normas relativas a la participación y protección de los trabajadores (artículos 13 y siguientes). En este sentido, si bien el procedimiento escogido para la privatización debe ser público y debe garantizar las mismas oportunidades y trato a quienes participan en él, es posible establecer derechos preferentes

a favor de los trabajadores y jubilados del ente o servicio a privatizar, quienes podrán adquirir acciones o cuotas de participación en igualdad de condiciones a los otros adquirentes. Asimismo, podrán tener derechos de preferencia las personas que presenten planes de organización cooperativa, comunitaria o cogestionaria, en especial aquellas que produzcan la materia prima esencial para el desenvolvimiento del sector agroindustrial, así como las personas domiciliadas en la entidad federal donde se encuentre el bien o actividad a ser privatizada, siempre y cuando no se constituyan en forma de asociaciones cuyas condiciones y proporcionalidad desvirtúen el carácter local. Hay que mencionar también, que, de conformidad con el artículo 17, los trabajadores que con motivo de la privatización queden cesantes, serán sometidos a un proceso de reentrenamiento a fin de prepararlos para reincorporarlos preferentemente a empresas de sectores afines a su trabajo original o, en caso contrario, a otras áreas o actividades económicas, todo lo cual queda bajo la responsabilidad del Fondo de Inversiones de Venezuela.

Debe finalmente resaltarse el hecho de que, dentro de esta política privatización o desestatificación, hay otra serie de leyes que habrá que "combinar" con la Ley de Privatización de 1993. En efecto, y en términos generales, puede decirse que también habrá que utilizar el Decreto-Ley N° 138 de Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales del 20 de abril de 1994 (*Gaceta Oficial* N° 4.719, Extraordinario, del 26 de abril de 1994), si es que se van a utilizar concesiones de explotación de obras o servicios públicos. Asimismo, habrá que tomar en cuenta la Ley de Licitaciones de 1990 (*Gaceta Oficial* N° 34.528 del 10 de agosto de 1990), si es que se van a utilizar procedimientos de ventas de activos del ente a privatizar (en este sentido, la misma Ley de Privatización en su artículo 3 establece expresamente que "las enajenaciones de acciones o cuotas de participaciones en empresas, que se efectúen en ejecución de esta Ley, se realizarán mediante licitación pública"). Y en fin, y en combinación con la última Ley mencionada, también habrá que tomar en cuenta la Ley Orgánica que Regula la Enajenación de Bienes del Sector Público no Afecto a las Industrias Básicas (*Gaceta Oficial* N° 3.951, Extraordinario, del 7 de enero de 1987), en lo que no colide con la Ley de Privatizaciones, la cual, tal como expresamente lo dispone su artículo 30, tiene preferencia.

II. PERSPECTIVAS DE LA LEY DE PRIVATIZACION

Puede decirse que es de esperar una utilización constante y positiva de la normativa que regula —y estimula— las privatizaciones en Venezuela. En muchos otros países, la política de privatizaciones ha tenido una gran intensidad, y un cierto éxito (incluso en países en donde la Administración Pública muestra altos niveles de normalidad funcional tal como, *ad exemplum*, ha sucedido en Francia; no obstante, no es de extrañar que en países desarrollados con Administraciones Públicas eficaces algunos sectores —no todos— tiendan a reaccionar afirmando que, dado el buen servicio llevado a cabo por el Estado no hace falta privatizar, pues pueden darse los casos —y de hecho parece haber algunos casos, aunque pocos ciertamente, en que una vez privatizados ciertos servicios éstos han pasado a funcionar con menos efectividad que cuando eran del Estado, tal como al parecer ha ocurrido en Inglaterra, país donde no obstante se siguen apoyando las privatizaciones con cierta aceptación general—; en todo caso se trata de una situación menos pensable en países menos desarrollados donde la Administración Pública funciona —si es que funciona— con gran ineficacia, pues en estos casos las privatizaciones tienen mayores posibilidades de arrojar buenos resultados; vid. R. Drçmi, *Reforma del*

Estado y Privatizaciones, Astrea, Buenos Aires, 3 tomos, 1991; también Petar Sarcevic, *Privatization in Central and Eastern Europe*, London, 1992).

Tal fenómeno de privatizaciones entra sin duda dentro de lo que algunos han llamado expresivamente la "huida del Derecho Administrativo" (Del Saz), lo que apartando la exagerada visión de alarma dada por algunos al problema, puede considerarse algo positivo y normal —y de hecho se trata de un fenómeno común a muchos países; no es el primer, ni el último, tema del Derecho Administrativo donde puede detectarse la presencia de un verdadero *ius commune* y de "tendencias comunes". No se trata ya sólo de que la Administración acuda, por medio de la descentralización funcional, a formas jurídicas de Derecho Privado (fundaciones, asociaciones civiles, sociedades civiles y empresas) que siguen siendo "del Estado" orgánica y funcionalmente, sino que se trata ahora, con las privatizaciones, de ir un poco más allá, de realmente desestatificar y llegar con más profundidad a los terrenos de los particulares, para tratar darle efectividad a algunas tareas que tradicionalmente han venido realizando en muchos casos sin justificación las Administraciones Públicas, las cuales, por querer estar metidas en todo, han terminado por quedar desbordadas.

Es justamente contra esta "asfixia" contra lo que viene a reaccionar el movimiento de privatización. No es un misterio el hecho de que, en general, los particulares son mejores empresarios y gerentes que las Administraciones públicas subdesarrolladas.

Sin embargo, no hay que exagerar. No puede tampoco propugnarse una privatización total, lo que en vez de mejorar las cosas podría empeorarlas. Hay que privatizar, sin duda, pero hay que hacerlo con inteligencia. La "huida del Derecho Público" hacia el Derecho Privado nos parece que refleja una tendencia natural de los nuevos tiempos. Concretamente en el caso de Venezuela, nos parece que tal movimiento apenas ha comenzado y en cierta forma debe seguir impulsándose, aunque con prudencia y poniendo límites, pues es claro que es necesario que exista un "esqueleto administrativo" —que tiene rango constitucional, por cierto— el cual responda a ciertas tareas esenciales que no siempre pueden dejarse en manos de los particulares. Quizás debemos aprovechar que en Venezuela estamos todavía en el flanco en que aún la huida del Derecho Público está en su génesis y su utilización puede traer resultados positivos. El otro flanco, el cual constituye la frontera del anterior, es el de los países en que tal escape hacia el Derecho Privado ha adquirido magnitudes exageradas (*ad exemplum*, en España, donde con o sin razón —probablemente sea más cierto esto último— pueden escucharse algunas voces de alarma. Así, puede verse el trabajo de Silvia Del Saz, recogido en el libro que agrupa tres estudios de tres administrativistas españolas *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 99 y ss. y también puede verse el prólogo de García de Enterría a este libro, en donde, al comentar el trabajo de Del Saz, hace alusión a una huida del Derecho Público "descarada" y "ya casi desbandada". *Ainda mais*, resulta que, cuestión meditable y probablemente verificable también en nuestro país, la profesora Del Saz llega a plantear la existencia de una verdadera "reserva de Administración" de rango constitucional, la cual se opondría a un escape masivo hacia el campo privado, pues las Administraciones públicas tienen constitucionalmente impuestas una serie de tareas y principios connaturales que no pueden eludir y delegar *in toto* en los particulares —esto último, sin duda, pone en contacto, como bien lo destaca el mismo García de Enterría, con un tema capital llamado a pasar a primer término del debate teórico y quizás jurisprudencial—).

En definitiva, puede sostenerse que, al menos en Venezuela, esa "fuga del Derecho Público" hacia el Derecho Privado a través de las privatizaciones es algo deseable y necesario, dado, entre otras cosas, lo difícil que actualmente se le hace respirar a nuestra Administración Pública. En este sentido, puede decirse que, en

general, los países extranjeros que han realizado movimientos de privatización han obtenido resultados positivos. Muchos son los entes públicos que en Venezuela podrían entrar en la mira de la Ley de Privatización. No hace mucho el ente encargado de la recolección de la basura, el IMAU, fue objeto de una especie de privatización de los modos de gestión, y al parecer el servicio ha mejorado notablemente. Recientemente también, la CANTV fue objeto de un proceso de privatización, y si bien hasta el momento no han habido mejoras sustanciales en la prestación del servicio telefónico ya empiezan a sentirse algunos cambios positivos (al parecer hay motivos para esperar un mejor servicio telefónico; de hecho ya pueden empezar a verse algunos resultados; hay, pues, que comprender que las privatizaciones requieren una etapa de "trasción"; no es posible, salvo querer ser irrealista, esperar cambios de un día para otro, hay que ser paciente, sobre todo cuando se utiliza para rescatar a entes públicos demasiados desastrosos y golpeados, algunos que incluso han alcanzado niveles de "vergüenza nacional": la privatización es un proceso jurídico y fáctico que requiere paciencia, la privatización no es magia). Es sabido también que la Administración venezolana está estudiando la privatización de otros entes públicos tales como el Instituto Nacional de Hipódromos, algunas Empresas de la CVG, etc. . . . No puede ocultarse que esto es sólo la punta del iceberg, pues muchos son los entes públicos que requieren —algunos con urgencia— cambios profundos, y dentro del *ranking* de los cambios y soluciones posibles la privatización puede ocupar en algunos casos posiciones destacadas.

Quizás es cierto que, como dice el profesor francés Roland Drago, la experiencia ha demostrado que *il est plus facile de nationaliser que de privatiser* (es más fácil nacionalizar que privatizar). Sin embargo, la experiencia muestra también, y de ello Francia es testigo, que es posible llevar a cabo procesos de privatizaciones organizados y efectivos. Y en Venezuela, donde la Administración se ha revelado incapaz para manejar con eficiencia muchas tareas y muchos servicios públicos, es aún más patente la necesidad de buscar la intervención de los particulares a través de privatizaciones.

Es deseable entonces que esta vez sí aprendamos de la experiencia del Derecho Comparado, pues si de sabios es disentir de lo malo, la misma sabiduría se demuestra en coincidir con lo bueno. Entre esos países de nuevas tendencias y el nuestro, hay, es cierto, un océano de distancia. No obstante, hoy no puede alegarse que atravesar el mar toma demasiado tiempo para así justificar el retraso en la recepción de las nuevas tendencias, pues resulta que tales tendencias son actualmente bien conocidas.

* * *

Es claro que la Administración Pública venezolana actual, tan directora, intervencionista y prestacional, necesita "respirar" y entrar en una nueva etapa de renovación. Indudablemente la Ley de Privatización de 1993 es un excelente instrumento que puede y debe utilizarse en este sentido. Sin duda, esta Ley, manejada sesudamente, con decisión, firmeza y prudencia, puede dar destellos de luz a este cuadro de la renovación, a este nuevo horizonte. . . .