

Panamá, 15 de septiembre de 1998.

Su Excelencia
Miguel Heras Castro
Ministro de Hacienda y Tesoro.
E. S. D.

Señor Ministro:

He recibido su Nota N°.101-01-548 DMHyT, fechada 12 de agosto de 1998, acogida en nuestras oficinas el día 18 de agosto del presente. El contenido de su Consulta versa sobre el siguiente asunto:

“Requerimos determinar si las indemnizaciones laborales que se otorgan a los funcionarios de una determinada empresa, así como otros gastos incurridos en el proceso de privatización o de participación privada en empresas públicas, pueden ser sufragados con el producto de otra privatización.”

CONSIDERACIONES GENERALES

La definición de lo que se ha dado en llamar proceso de privatización da una idea clara de que se trata de un proceso global, y que los procedimientos y decisiones afectarían a las instituciones privatizadas en su conjunto.

La legislación vigente sobre la materia consultada, señala que el producto del proceso de privatización debe ingresar al Fondo Fiduciario para el Desarrollo, previa deducción de los gastos que genere el proceso aunque, es necesario señalar que dichos gastos se producen antes de que la totalidad de los dineros recaudados resultantes de la privatización, ingresen al Tesoro o Fondo.

En el caso de una privatización por concesión administrativa, el canon anual que debe pagar el concesionario no alcanzaría para sufragar todos los gastos ocurridos por la privatización, por lo menos no en el período de tiempo en que el pago de dichos gastos debe efectuarse, de allí la redacción del artículo 1° de la Ley 20 de 15 de mayo de 1995 al establecer el Fondo Fiduciario y excluir de este "las sumas utilizadas para sufragar los gastos que genere el proceso de privatización ...".

Antes de abordar la respuesta a la pregunta objeto de su consulta, nos abocaremos en primer lugar, a explicar el concepto amplio y restringido de Privatización; sus principios y fines; posteriormente haremos un análisis de las normas que regulan la privatización para concluir con nuestro criterio.

CONCEPTO

1. Privatización: La Doctrina alude a este concepto, para referirse a cualesquiera de las formas de privatización, sea total o parcial, pudiendo comprender tanto a una empresa como a un establecimiento, bien o actividad determinada. (Cf. CASSAGNE, Juan Carlos, La Intervención Administrativa, 2da. de, Edit. Abeledo-Perrot, Argentina, 1994, p. 136). Este concepto guarda estrecha relación con las transferencias de bienes, acciones, propiedades de las empresas estatales al sector privado.

En sentido amplio, "el concepto *Privatización* comprende toda medida de reforma de las actividades de la administración, tanto en el orden a la prestación de bienes y servicios, como en orden a la reducción sustantiva de la actuación ordenadora, reguladora en la especie, sin precisar si tanto aquellas como éstos conducen a una mayor participación del sector privado o bien, a que la administración guíe su gestión de acuerdo a los imperativos que resultan de los modelos de actuación privada." (Cf. RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo J. Privatización de la Empresa Pública y Post Privatización 1era. de., Edit. Abeledo-Perrot, Argentina, 1993, págs.,86-87.)

En sentido restringido, "la privatización consiste en la transferencia de la titularidad o de la gestión pública de actividades o bienes al sector privado. Ello implica la transferencia de la actuación prestacional del Estado al sector privado, distinguido de un lado, la privatización de la provisión y de otro, la producción, la ejecución del servicio." (Op. Cit. p. 86)

PRINCIPIOS QUE NORMATIZAN LAS OPERACIONES PRIVATIZACIONALES

1. Principio de Transparencia: Este principio evita los actos ocultos o encubiertos, es decir, las desviaciones de poder que puedan venir de los Gobernantes o Funcionarios involucrados en dicho proceso. Sus aplicaciones

son más evidentes en la tasación previa como base de la licitación o concurso, criterios objetivos para la adjudicación.

2. Principio de Publicidad. Pretende estimular la máxima concurrencia de los interesados en las diferentes operaciones de la privatización, mediante difusión pública, se procura la utilización de procedimientos que permitan la mayor participación privada y una adecuada tutela de los derechos de los particulares.

3. Principio de Igualdad. Este principio de igualdad hace alusión directa al acceso o concurrencia de los oferentes en iguales condiciones de participación en el proceso de privatización, durante la tramitación, y adjudicación. Igualdad frente a la Ley, administración y cargas públicas. (V. CASSAGNE, Juan Carlos, p.133)

FINES DE LA PRIVATIZACIÓN

En la doctrina los fines de la privatización pueden dividirse en dos grupos, el primero trata sobre los fines jurídicos-políticos; y segundo los fines económicos-financieros. En Panamá, la Ley 16 de 14 de julio de 1992 "**Por la cual se establece y regula el proceso de privatización de empresas, bienes y servicios**" tiene como fin primordial el interés público y el bienestar social bajo la base de objetivos concretos tales como: Desarrollo y modernización de los servicios públicos y actividades comerciales prestados por el sector público; eficiencia en la prestación de los servicios y las actividades; transferencias a los particulares de acciones y titularidad de bienes de capital del Estado, con el objetivo de afianzar el derecho de propiedad y participación de éstos en los beneficios del crecimiento de las actividades económica y motivación al sector de los trabajadores y colonos agrícolas; disminución participativa del Estado en la gestión directa de las actividades económicas; mejoramiento de los recursos del Estado para evitar el déficit fiscal y la necesidad de recurrir al endeudamiento del gobierno; Fortalecer las funciones prioritarias para desarrollo nacional. (Cf. Artículo 2 de la Ley 16 de 1992)

ANÁLISIS NORMATIVO

La Ley 16 de 14 de julio de 1992 conceptúa en su artículo 1, párrafo segundo, el proceso de privatización como "la adopción de algunas de las modalidades establecidas en la Ley, por medio de las cuales el Estado transfiere a título oneroso, al sector privado, la propiedad de empresas, bienes, acciones o cuotas de participación; concede o cede a particulares, la administración o el ejercicio directo de las actividades económicas o la prestación de servicios."

A nuestro juicio, se desprenden tres elementos importantes del citado ordenamiento legal a saber: primero, la transmisión de los poderes públicos sobre los asuntos antes enunciados al sector privado, para su administración eficiente; segundo, las formas de traspasos, es decir, las modalidades contenidas en el artículo 4 de la Ley 16 de 1992, tercero, la transferencia de acciones, propiedades, administración o ejercicio directo de las actividades económicas o la prestación de servicios al sector privado.

Observamos entonces, de este análisis, que el proceso de privatización, afecta a todas las actividades estatales en su conjunto, tanto en la prestación de los servicios como en los mercados; ocasionando una real transformación de las empresas estatales en privadas. La reubicación funcional de la Administración Pública no podrá implicar indiferencia estatal si la liberación de las fuerzas sociales y económicas producida a partir del cambio emprendido es por sí sola insuficiente para garantizar el contenido ético del nuevo orden buscado. (V. COMADIRA, Julio R. Derecho Administrativo, 1era de. Edit Abeledo-Perrot, Argentina, 1996 p.220)

El artículo 22 de la Ley 16 de 14 de julio de 1992 ***“Por la cual se establece y regula el proceso de privatización de empresas, bienes y servicios estatales”*** señala que el Órgano Ejecutivo deberá asegurar que en el proceso de privatización se satisfagan las prestaciones a que tengan derecho los trabajadores. Veamos.

“Artículo 22. El Órgano Ejecutivo *deberá asegurar que el proceso de privatización se satisfagan las prestaciones a que tengan derecho los trabajadores*, a fin de evitar efectos negativos en ellos. Igualmente *deberá asegurar, en la medida de lo posible, que se satisfagan todos los pasivos de las empresas o entidades estatales que serán objeto de privatización. El remanente de la venta ingresará al Tesoro Nacional.*”

Se infiere de la citada norma, que es obligación del Ejecutivo asegurar el reconocimiento de los pasivos laborales y una indemnización, tendiente a aminorar los posibles efectos negativos de la transferencia, al sector privado, de actividades del Estado sujetas a privatización.

De igual forma, el artículo 22 de la Ley 16 señala que el Órgano Ejecutivo deberá asegurar, en la medida de lo posible, *que se satisfagan todos los pasivos de las empresas o entidades estatales que serán objeto de privatización.* ¿Cómo se puede lograr este saneamiento? de acuerdo al artículo 23 de la citada ley, esto se debe hacer mediante la compensación de créditos

de entidades autónomas entre sí y con el Gobierno Nacional, Capitalización de deudas que la empresa tenga con sus acreedores; aplicación de dación en pago; realización de ventas judiciales o remates públicos; cualquier otra medida que coadyuve al saneamiento financiero de la empresa a privatizar.

Aunque el Fondo Fiduciario no puede ser utilizado para el pago de indemnizaciones y gastos del proceso de privatización; no obstante, el artículo 26 de la Ley 16 de 1992, abre el marco para que antes de su depósito en él, los fondos puedan utilizarse para financiar los gastos que se genere en el proceso de privatización. Veamos:

“Artículo 26. Los Fondos provenientes del proceso de privatización no podrán ser utilizados para financiar gastos corrientes del estado, con la única excepción de los gastos que genere el proceso de privatización. Se establece que no menos del cincuenta por ciento (50%) de estos ingresos serán destinados a inversiones públicas.”

Finalmente reiteramos el criterio de que el Proceso de Privatización afecta todas las actividades que ejercen en forma general las diferentes entidades públicas; y debe entenderse que es un proceso global, por lo que es posible hacer frente a los gastos de la privatización de una empresa con remanentes de fondo de otra empresa, que esté en el mismo proceso y antes de que el producto de la privatización ingrese al Fondo Fiduciario.

Esperando haber contribuido a esclarecer el tema consultado me suscribo, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/hf.