

# Editorial

ANÍBAL ZÁRATE<sup>1</sup>

La propiedad accionaria de la Nación en entidades a través de las cuales adelanta actividades industriales y comerciales en competencia con particulares, en mercados regulados o en situación de monopolios públicos<sup>2</sup>, es significativa. Al término de 2017, el valor de los activos de las empresas con participación accionaria mayoritaria de la Nación equivalía a 254 billones de pesos<sup>3</sup>. Un aumento frente a los 240 billones (32% del producto interno bruto) en que se valoraban en 2014 los activos de las participaciones accionarias del Gobierno Nacional en empresas estatales de ese orden<sup>4</sup>. Asimismo, en algunos mercados la firma dominante es una empresa con participación pública, como ocurre en el sector de la producción de petróleo, mercado en el que Ecopetrol tiene una cuota o participación equivalente al 63%<sup>5</sup>. La actividad empresarial del Estado incluye por lo demás sectores tan estratégicos como los de la producción de gas y petróleo, minería, financiero y asegurador, generación y distribución de energía, fondos de pensión, salud, industria militar, transporte, telecomunicaciones y agricultura. A nivel local, las empresas controladas por entidades territoriales son principalmente compañías que proveen servicios públicos

1 Doctor en derecho, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), París, Francia. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5453-9464>. Para citar el artículo: ZÁRATE, ANÍBAL, "Editorial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 22, 2019, pp. 3-6. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.01>.

2 Situación que determina el régimen jurídico aplicable (por ejemplo, artículo 87, Ley 489 de 1998; artículo 93, Ley 1474 de 2011). Bajo el modelo de economía social de mercado, los monopolios públicos y la titularidad pública de los servicios constituyen la excepción (artículos 336 y 365 C.P.). Esto, por el alcance de la restricción que comportan a las libertades económicas y a la iniciativa privada.

3 Según cifras del Ministerio de Hacienda, son 109 empresas en las que la Nación tiene participación directa, con inversiones que superan los 70 billones de pesos, de acuerdo con su valor patrimonial. Estas empresas generaron en 2017 ingresos por 76 billones de pesos; Ministerio de Hacienda, *Reporte anual de empresas de la Nación 2017*, Bogotá, 2018, p. 12. Las empresas en las que la Nación tiene una participación empleaban en 2017 a unas 27.844 personas, de los cuales el 39,2% son mujeres.

4 CONPES 3851, "Política general de propiedad de empresas estatales del orden nacional", Bogotá, 2015, p. 3.

5 OCDE, *Colombia: Assessment of Competition Law and Policy*, OCDE, 2016, p. 12.

domiciliarios y de telefonía fija<sup>6</sup>. A pesar de la importancia de la propiedad e inversiones públicas en estas estructuras industriales y comerciales, "la capacidad de generar valor de estas empresas se encuentra afectada por debilidades en el gobierno corporativo de las mismas, y rigideces en el complejo y disperso marco normativo que les aplica"<sup>7</sup>.

Las reglas de gestión y representación de las participaciones de la Nación establecen que estas inversiones deben perseguir la corrección de fallas y distorsiones de mercado o la participación en sectores clave para el desarrollo, la economía o la seguridad del país<sup>8</sup>. Están también aquellas que buscan favorecer una rentabilidad financiera mayor a la tasa social de descuento (TSD) y al costo de capital para el Estado como inversionista<sup>9</sup>. Ahora bien, en el marco del proceso de incorporación de Colombia a la OCDE, el Gobierno Nacional recibió un listado de recomendaciones encaminadas a fortalecer y adecuar a la competencia económica y a las buenas prácticas empresariales el ejercicio de su rol como propietario de empresas y participaciones accionarias. Para la OCDE, "el Estado colombiano carece de una política clara, consistente y explícita sobre los objetivos que pretende cumplir a través de sus participaciones accionarias"<sup>10</sup>.

Entre estas recomendaciones se destacan: a) el desarrollo de reformas legales que permitan a las empresas estatales competir en igualdad de condiciones con sus pares del sector privado; b) mejorar las prácticas de gobierno corporativo y de revelación de información que contenga los objetivos de política pública de las empresas y los costos relacionados para su logro; c) fortalecer el ejercicio de propiedad a través de la creación de una entidad que centralice las empresas de la Nación; d) la implementación de un proceso transparente, estructurado y basado en el mérito para la nominación de miembros de junta directiva; y e) que las juntas tengan un rol más activo en la nominación, evaluación y remoción de los gerentes/presidentes de las empresas<sup>11</sup>. Además de asegurar una mayor autonomía y transparencia en el manejo de las participaciones estatales, estas dos últimas recomendaciones buscan disminuir el riesgo de conflicto de interés que la presencia de los ministros en las juntas directivas de estas empresas busca causar. Para el organismo, "los procesos encaminados a la nominación de miembros de junta directiva no tienen el nivel de formalidad y estructura

6 *Ibíd.*, p. 12.

7 CONPES 3851, *óp. cit.*, p. 3.

8 *Ibíd.*, p. 3.

9 CONPES 3927, "Estrategia de gestión del portafolio de empresas y participaciones accionarias de la Nación", Bogotá, 2018, p. 2.

10 OCDE, *Boards of Directors of State Owned Enterprises: An Overview of National Practices*, París: OCDE Publishing, 2013.

11 OCDE, *Review of the Corporate Governance of State Owned Enterprises: Colombia*, París, 2013.

idóneo<sup>12</sup>. Estas influencias verticales apuntalan no solo los efectos que la definición constitucional del mercado tiene sobre la actividad administrativa, sino que responden también a un conjunto de deberes, principios y garantías constitucionalmente reconocidos en beneficio de los particulares y necesarios para materializar los fines del Estado. La *buena administración* es de este modo presupuesto para el respeto de la igualdad entre competidores públicos y privados. Sin embargo, el remedio del gobierno consistente en reemplazar a los ministros por viceministros o por un delegado no cambia radicalmente la situación actual. El ministro continúa siendo, al menos *de iure*, juez y parte del juego económico, y su presencia simultánea en juntas o colegios de empresas reguladas y órganos reguladores podría derivar en conductas que atenten contra la igualdad de los oferentes en el mercado.

Mientras que el Gobierno Nacional expedía el CONPES 3851 y anunciaba que los ministros saldrían de las juntas directivas de las empresas del Estado, se afirmaba a renglón seguido que "los viceministros o las personas que los ministros designen podrán pertenecer a las juntas directivas"<sup>13</sup>. Sin desconocer los esfuerzos adelantados para dar mayor autonomía a las juntas directivas de las empresas estatales, particularmente en materia de aprobación de presupuestos y vigencias futuras<sup>14</sup>, y que serían reconocidos por el capítulo de gobierno corporativo y empresas empresariales de la OCDE<sup>15</sup>, nos preguntamos cómo el nombramiento de viceministros o de delegados de los ministros en estas juntas disminuye el riesgo de conflicto de interés, sobre todo porque estos mismos funcionarios, que son de libre nombramiento y remoción y que representan los intereses del ministerio, también pueden hacer parte, como delegados suyos, en las juntas y colegios de órganos reguladores<sup>16</sup>. Aunque varias normas autorizan esta delegación<sup>17</sup>, en el momento en el que se expidieron tales disposiciones no se tenía en cuenta la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico a los estándares de la OCDE. Se insiste en un mecanismo de representación de las participaciones accionarias de la Nación que elimine cualquier posible escenario *de iure*, de ruptura de la igualdad entre competidores

12 Ibid.

13 *El Espectador*, "Ministros saldrán de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado: Santos", 23 de noviembre de 2015.

14 Artículo 8, Ley 1837 de 2017.

15 En abril de 2016, Colombia obtuvo el visto bueno en el capítulo de gobierno corporativo y empresas estatales por parte de la OCDE, tras haber creado la dirección general de participaciones estatales al interior del Ministerio de Hacienda y la desvinculación gradual de los ministros de las juntas directivas de las empresas. ¿Será que este capítulo sí conoce cuál es el alcance del término delegación en derecho administrativo colombiano?

16 Véase, por ejemplo, artículo 20, Ley 1341 de 2009; y artículo 4, literal a, Ley 1507 de 2012.

17 Artículos 6 y 7, Decreto-Ley 128 de 1976; artículos 75, 89 y 99, Ley 489 de 1998; y artículo 24 de la Ley 819 de 2003.

públicos y privados. Se recuerda esta tarea, aún pendiente, sin perjuicio de la conveniencia de los procesos internos de selección (un comité de designación conformado no obstante por el ministro y sus subalternos) y de los programas de entrenamiento, autoevaluación y capacitación para los representantes del Ministerio de Hacienda en las juntas de empresas del orden nacional, que informa ha implementado la dirección de participaciones de esa cartera<sup>18</sup>.

Conscientes de la necesidad de que en el país exista claridad en cuanto a los mecanismos de gestión de los bienes públicos, el presente número contiene una primera parte monográfica dedicada al tema de los bienes públicos y a las reglas necesarias para su adecuada gestión. A través de la participación de autores nacionales e internacionales, algunos de los cuales integran la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP), queremos ofrecer a nuestros lectores reflexiones alrededor de las principales problemáticas actuales relacionadas con las reglas de uso y aprovechamiento de estos bienes. Bajo la orientación científica del profesor Julián Pimiento, hemos querido destacar la actividad de la Red, que desde su creación en 2012 ha contribuido al estudio de los bienes públicos desde distintas perspectivas, recogiendo trabajos sobre el dominio público, el patrimonio cultural, el patrimonio natural, la expropiación forzosa y las infraestructuras públicas.

Al lado de estas reflexiones alrededor del régimen de los bienes públicos, el número que hemos preparado incluye contribuciones sobre derecho administrativo sancionatorio y ordenamiento territorial, y a propósito de ciertas áreas específicas de actuación de la administración como es el campo de las energías renovables. Los artículos en estas secciones ofrecen, por lo demás, una mirada a desarrollos y transformaciones recientes del derecho administrativo en países como España, México y Chile.

¡Una provechosa lectura!

18 Véase sobre estos programas el *Reporte anual de empresas de la Nación 2017*, del Ministerio de Hacienda, precitado. Varias de las dificultades al momento de diseñar e implementar los controles de organismos principales sobre las participaciones estatales derivan de un indebido acercamiento entre la participación accionaria y el concepto de entidad estatal en la jurisprudencia constitucional. Suponer que la participación pública en la composición accionaria de una sociedad la vuelve entidad del Estado, con las implicaciones jurídicas y el alcance que tiene el control fiscal sobre la gestión del respectivo ente, desconoce el hecho de que los recursos públicos están representados en acciones, y no convierten todo lo que haga la sociedad en público, sobre todo allí donde la participación es minoritaria. Es por esto que los controles que sobre estas empresas recaigan deberían estar adecuados a su naturaleza y a los resultados, en razón del porcentaje que la Nación detente, y bajo una lógica de gobierno corporativo.