



Universität Konstanz
Fachbereich Rechtswissenschaft



Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben in Deutschland und in Kolumbien

**La Privatización de funciones públicas en Alemania y en
Colombia**

**Diplomarbeit im Öffentlichen Recht im Rahmen der Kooperation zwischen den
Universitäten von Konstanz und Santo Tomás**

Tesis de grado en Derecho Público en el marco de la cooperación entre las
universidades de Constanza y Santo Tomás

Bei Prof. Dr. Martin Ibler

Bearbeitet von: Engler Julián Quintero Beltrán

2005

Einleitung.....	1
A. Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben in Deutschland.....	2
I. Begriff und Arten der Privatisierung öffentlicher Aufgaben in Deutschland.....	2
1. Begriff der Privatisierung in Deutschland.....	2
a. <i>Privatisierungsobjekt</i>	5
b. <i>Privatisierungssubjekt</i>	5
2. Arten der Privatisierung in Deutschland.....	6
a. <i>Formelle Privatisierung</i>	6
b. <i>Materielle Privatisierung</i>	6
c. <i>Funktionale Privatisierung</i>	8
II. Beispiele der Privatisierung öffentlicher Aufgaben in Deutschland.....	10
1. Bundesbahn.....	10
a. <i>Restrukturierung</i>	11
b. <i>Trennung von Infrastruktur, Betrieb</i>	12
2. Privatisierung von Bundesfernstraßen.....	14
3. Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen in Deutschland:	
Wasser und Abwasser.....	16
4. Weitere Beispiele: Postreform II, Deutsche Telekom AG, Lufthansa AG..	18
5. Der Stand der Privatisierung im Westen.....	19
6. Der Stand der Privatisierung im Osten.....	21
III. Rechtsfragen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben in Deutschland	
am Beispiel der Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung.....	23
1. Herkömmliche öffentlich-rechtliche Organisationsformen	
kommunaler Entsorgung.....	22
2. Formelle Privatisierung.....	24
3. Materielle Privatisierung.....	25
4. Geltung des Abfallrechts.....	25
5. Geltung des Abwasserrechts.....	26
B. Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben in Kolumbien.....	27
I. Begriff und Arten der Privatisierung öffentlicher Aufgaben in Kolumbien.....	28
1. Begriff der Privatisierung in Kolumbien.....	28
a. <i>“Sistema de provisión” von staatlichen Gütern</i>	29
b. <i>“Sistema de provisión” von staatlichen und privaten Gütern</i>	30
2. Arten der Privatisierung in Kolumbien.....	31
a. <i>„La tercerización”, sogenanntes Outsourcing</i>	31
b. <i>“Publicitación”, sogenanntes Konzessionsmodell</i>	32
c. <i>“Contratación externa”, sogenanntes contracting out</i>	32
II. Beispiele der Privatisierung öffentlicher Aufgaben in Kolumbien.....	33
1. Öffentliche Unternehmen: Energienutzung, Gas und Kohle.....	33
a. <i>“Empresa de Energía del Pacífico S.A – EPSA”</i>	33
b. <i>“Empresa de Energía de Bogota EEB”</i>	35

c.	“Interconexion Electrica – ISA”	37
d.	“Carbon de Colombia S.A. – Carbocol”	38
e.	Die Aktien von „ECOPETROL”	39
2.	Privatisierung der “BANCO DE COLOMBIA”	39
3.	„Telecom“: Telekommunikation in Kolumbien.....	41
III. Rechtsfragen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben in Kolumbien am Beispiel der „Empresas con Participación Estatal“ (Unternehmen mit staatlicher Beteiligung).....		44
1.	Demokratisierung im Prozess der Privatisierung.....	44
2.	Die Demokratie in der Verwaltung und im Eigentum der staatlichen Unternehmen.....	45
3.	Die Demokratie in der Industrie.....	45
4.	Die wirtschaftliche Demokratisierung.....	46
5.	Die Privatisierung und Demokratisierung des unternehmerischen Eigentums.....	46
6.	Die Bedeutung der staatlichen Demokratisierung.....	49
C. Zusammenfassende und vergleichende Bewertung: Die Lehren aus der Erfahrung mit der Privatisierung.....		50
I. Deutschland		
1.	Resümee über den Begriff der Privatisierung in Deutschland.....	50
2.	Die Lehren aus der Erfahrung mit der Privatisierung.....	51
3.	Vergleich der Privatisierung in Deutschland und in Kolumbien.....	52
II. Kolumbien		
1.	Der “Estado comunitario” als Modell der wirtschaftlichen Globalisierung.....	54
2.	Die Zusammenfassung der Privatisierungsprozesse.....	56
3.	Zukunftsperspektiven.....	59
4.	Abschiessender Vergleich.....	60

A. Introducción.....	25
B. La Privatización de funciones públicas en Alemania.....	2
I. Concepto y modelos de Privatización de funciones públicas en Alemania.....	2
1. Concepto de Privatización en Alemania.....	2
a. Privatización Objetiva.....	5
b. Privatización Subjetiva.....	5
2. Modelos de Privatización en Alemania.....	6
a. Privatización Formal.....	6
b. Privatización Material.....	6
c. Privatización Funcional.....	8
II. Ejemplos de Privatización de funciones públicas en Alemania.....	10
1. La Privatización en el ferrocarril Aleman “DEUTSCHEN BAHN”.....	10
a. Reestructuración.....	11
b. Separación de Infraestructura Empresarial, Privatización.....	12
2. Privatización en las Carreteras y Autopistas.....	14
3. Privatización de empresas de servicio público de agua en Alemania.....	16
4. Otros casos de Privatización (Postreform II, Deutschen Telekom AG, Lufthansa AG).....	18
5. El modelo de Privatización en el Oeste de Alemania.....	19
6. El modelo de Privatización en el Este de Alemania.....	21
III. Cuestiones Jurídicas sobre la Privatización de funciones públicas en Alemania: empresas de agua y tratamiento de agua.....	23
2. Formas de organización pública común y autodeterminación de tareas públicas.....	22
2. Privatización formal.....	24
3. Privatización material.....	25
4. Validez Jurídica de las empresas de tratamiento de agua.....	25
5. Validez Jurídica de las empresas de acueducto.....	26
C. La Privatización de funciones públicas en Colombia.....	27
I. Concepto y modelos de Privatización de funciones públicas en Colombia.....	28
1. Concepto de Privatización en Colombia.....	28
a. Sistema de provisión de bienes y servicios estatales.....	29
b. Sistema de provisión de bienes y servicios privados y estatales.....	30
2. Modelos de Privatización en Colombia.....	31
b. La tercerización (outsourcing).....	31
b. Publicitación (Publicization).....	32
c. Contratación externa (contracting out).....	32
II. Ejemplos de Privatización de funciones públicas en Colombia.....	33
1. La Privatización en las empresas de explotación energética.....	33
e. Empresa de Energía del Pacífico S.A – EPSA.....	33

f.	<i>Empresa de Energia de Bogota EEB.....</i>	35
g.	<i>Interconexion Electrica – ISA.....</i>	37
h.	<i>Carbon de Colombia S.A. - Carbocol.....</i>	38
e.	<i>Los activos de ECOPETROL.....</i>	39
2.	La Privatización en Bancos y Compañías de Financiamiento.....	39
3.	La Privatización en el servicio de telecomunicaciones “TELECOM”	41
III. Cuestiones jurídicas sobre la Privatización de funciones públicas en Colombia		
“Empresas con Participacion Estatal”		44
1.	El concepto de democratizacion en los procesos de Privatización.....	44
2.	La democracia en la administración y en la propiedad de las empresas estatales.....	45
3.	La democracia industrial.....	45
4.	La democratizacion economica.....	46
5.	La Privatización y democratizacion de la propiedad empresarial.....	46
4		
6.	Alcance de la democratización accionaria estatal.....	49
 D. Valoracion, resumen y comparacion:		
Lo aprendido en las experiencias de Privatización.....		50
I. Alemania		
1.	Resumen y conclusion sobre el concepto de Privatización.....	50
2.	Experiencias sobre Privatización.....	51
3.	Comparación de la privatización en Alemania y Colombia.....	52
II. Colombia		
1.	El “Estado comunitario” como modelo de la globalización económica.....	54
2.	El balance de los procesos de Privatización.....	56
3.	Las perspectivas hacia el futuro.....	59
4.	Conclusión final en Alemania y Colombia.....	60

Literaturverzeichnis

- | | |
|----------------------------|--|
| - Agudelo Hernando | Una Réplica al Neoliberalismo,. E. Servicios Cooperativos Siglo XXI, Bogotá 1993 |
| - Ansorge, Fritz | Redemanuskript zur Bilanzpressekonferenz der Autobahn Tank § Rast Ag vom 29, Juni 1995. (zitiert: <i>Ansorge</i>) |
| - Bauer, Harmut | Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1994), S.243 ff. (zitiert: <i>Bauer</i>) |
| - Benadives, J. y Fainboim | Análisis de la regulación y los contratos de concesión de infraestructura en Colombia. En: Hacia el rediseño del estado. Compiladores: Miguel Gandour Purdominsky, Luis Bernardo Mejía Guinand. Departamento Nacional de Planeación (1997) Colombia. Tercer Mundo Editores |
| - Bresser, L. C | Reforma estatal en los noventa: lógica y mecanismos de control. En: Hacia el rediseño del estado. Compiladores: Miguel Gandour Purdominsky, Luis Bernardo Mejía Guinand. Departamento Nacional de Planeación Colombia (1999). Tercer Mundo Editores |
| - Brüning, Cristoph | Steht das alte Rechtsinstitut der Beleihung vor einer neuen Zukunft ?; in SächsVBl. 1998, S. 201 (zitiert: <i>Brüning</i>) |
| - Bucher, Annegret | Privatisierung von Bundesfernstraßen / von Annegret Bucher. - Berlin: Duncker & Humblot, 1996 - 213 S. |
| - Bull, Hans Peter | Privatisierung öffentlicher Ausgaben, VerwArch 1995, S. 625 ff.(zitiert: <i>Bull, Hans</i>) |
| - Bull, Hans Peter | Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz; 2. Auflage, Kronberg/ Taunus 1997 (zitiert: <i>Bull</i>) |
| - Burdeau, Georges | La democracia, Ediciones Ariel, 1965, p. 19 |
| - Burgi, Martin | Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik – Phänomenologie Verfassungsrecht / Martin Burgi - Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. - XIV, 487 S. (zitier: <i>Burgi</i>) |

- | | |
|---------------------------------------|---|
| - Claussen, Bernd | Die Teilprivatisierung kommunaler Sparkassen?, 1990 (zitiert: <i>Claussen</i>) |
| - Cohen | Marco conceptual para delegar la responsabilidad y las funciones del gobierno al sector privado. En: Revista de Economía Institucional, No. 4. Primer Semestre 2001. Pontificia 137 Universidad Javeriana |
| - Contraloria General Colombia | Contraloría General de la República (2001) Informe de auditoria integral al Instituto Nacional de Vías–Invías |
| - Departamento Nacional de Planeacion | Documento CONPES 2929 de 1998 “Balance de los procesos de Privatización en Colombia” |
| - Díaz Cayeros, A. | Un análisis institucional del papel del Estado en América Latina Capítulo II de “Estado y economía en América Latina: Por un gobierno efectivo en la época actual”. Rolf Lüders, Luis Rubio Editores.1999 CINDE CIDAC |
| - Di Fabio, Udo | Privatisierung und Staatsvorbehalt in: JZ 1999, SS 585 ff. (zitiert : <i>Di Fabio</i>) |
| - Ewers, Hans- Jürgen | Dem Verkehrsinfarkt vorbeugen: zu einer auch ökologisch erträglicheren Alternative der Verkehrspolitik unter veränderten Rahmenbedingungen, 1991 S. 9 (zitiert : <i>Erwers, Hans – Jürgen</i>) |
| - Fernandez, J. | Apuntes para una teoría jurídica de las actividades del Estado. En: Revista Jurídica: Boletín mexicano de Derecho comparado. No. 99 |
| - Gablers | Wirtschaftslexikon III, S.1000. 12 Auflage Band IV, Bremen & Oldenburg 1994. (zitiert: <i>Gablers</i>) |
| - Gern, Alfons | Kommunalrecht des Landes Baden- Württemberg, 6. Auflage, Rdnr. 410, in: Köning, VewArch 1990, S. 436 f.; siehe auch Bremeier, ZögU 1997, S. 213 f. (zitiert: <i>Gern</i>) |
| - Hendry, J | El costo del outsourcing, en: Revista Estrategia V1 No. 2, mar-abr 1996, pag. 116 a 123. Tomado de European Management Journal |

- | | |
|--|---|
| - Huber, Jürgen | Neue Wege für Planung und Finanzierung des Straßenbaues?, Straße + Autobahn 1994, S.763 ff. (zitiert: <i>Huber, Jürgen</i>) |
| - Kalmanovitz, S. | Las instituciones, la ley y el desarrollo económico. Borradores semanales de economía, Banco de la República, 1997 No. 69 |
| - Kaufert, Erich | Theorie der öffentlichen Regulierung / von Erich Kaufert. - München: Vahlen, 1981. – Band XIV, 181 S. : graph. Darst. (zitiert: <i>Kaufert</i>) |
| - Kämmerer, Jörn Axel | Verfassungsstaat auf Diät? Typologie, Determinanten und Folgen der Privatisierung aus verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, in: JZ 1996, S. 1042 ff. (zitiert: <i>Kämmerer</i>) |
| - Klofat, Hans Jörg | Einschaltung Privater Beim Verkehrswegebau, in: Blümel, Willi (Hrsg.), Einschaltung Privater beim Verkehrswegebau – Innenstadtverkehr, 1993, S. 9 ff. (zitiert: <i>Klofat</i>) |
| - Koenig, Christian | Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung. Grund und Grenzen einer Deregulierung am Beispiel der Vergabe von Konzessionen, Kontingenten und Genehmigungen zur unternehmerischen Nutzung öffentlich verwalteter Güter; Berlin 1994 (zitiert: <i>Koenig</i>) |
| - Krause, Günther | Privatisierung der Autobahn?, Wirtschaftsdienst 1993, S 115 ff. (zitiert: <i>Krause</i>) |
| - Kröls, Albert | Deregulierung als Zwillingschwester der Privatisierung, GewArch 1995, S. 129 ff. (zitiert: <i>Kröls, Albert</i>) |
| - Kummer, Heinz- Joachim / Giebsters, Ludger | Rechtsfragen der Privatisierung kommunaler Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung in NVwZ 1996 S. 1166 ff. (zitiert: <i>Kummer</i>) |
| - Lindow, Yvonne | Die Privatisierung öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung der notwendigen Anpassungen im Bereich der Rechnungslegung: eine Darstellung anhand von Beispielen aus Großbritannien, Frankreich und der Bundesrepublik Deutschland / vorgelegt von Yvonne Lindow. - , 1998. – Band XI, 416 S. (zitiert: <i>Lindow</i>) |

- | | |
|---|--|
| - Mauer, Harmut | Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, 1994 §23, Rn 59. (zitiert: <i>Mauer, Harmut</i>) |
| - Morales, Jhon Jairo | Manual de Derecho Economico Constitucional 4a. Edicion. Ediciones Gutavo Ibañez. 2002. |
| - Nisipeanu, Peter | Privatisierung der Abwasserbeseitigung Optimierung der kommunalen Abwasserbeseitigung durch Umorganisation und Neukonzeptionierung / Peter Nisipeanu (Hrsg.). - Berlin: Parey, 1998. - XXXIX, 236 S. |
| - Osterloh, Lerke | Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1994), S. 204 (210). (zitiert: <i>Osterloh</i>) |
| - Penagos, Gustavo | “La privatización en Colombia,, Ediciones el Profesional. 1. Edición – Bogotá- 2001 |
| - Püttner, Günter | Öffentliche Unternehmen als Instrumente der Politik, in: DÖV 1983, S. 193 ff. |
| - Püttner, Günter | Die öffentlichen Unternehmen, 1. Auflage, Bad Homburg/BerlinMünchen/Hannover 1985 |
| - Püttner, Gunter | Privatisierung, in: LKV 1994, S 193 ff. |
| - Quinlan J.M., Thomas, C.W.
Y Gautreaux | The privatization. Chapter 10 of Ballati, D., Privatizing govermental functions, Law Journal Press |
| - Reichel, Thorsten | Privatisierung der kommunalen Abwasserbeseitigung - ein Vorteil? Eine Untersuchung der Organisationsformen der Abwasserbeseitigung mit finanzwirtschaftlichen und steuerrechtlichen Schwerpunkten / Thorsten Reichel. - 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 1998. - 264 S. |
| - Reyes, J.D | Impacto económico de las garantías de la Nación en proyectos de infraestructura, Departamento Nacional de Planeación. Archivos de Economía No. 184, Bogotá, 15 de abril 2002 |
| - Rozo | Participación privada: ¿un riesgo bien asumido? Contraloría General de la República, Documento desinfra 100105 |
| - Savas, Ernest | Privatization, New Jersey, Chathan House Publisher, 1989. Citado por Cohen, S. (2001) Marco conceptual |

- para delegar la responsabilidad y las funciones del gobierno al sector privado. Revista de Economía Institucional, No.4. Primer Semestre. Pontificia Universidad Javeriana.
- Schink, Alexander Organisationsformen für die kommunale Abfallwirtschaft, in: VerwArch 85 (1994), S.251 ff.
 - Schmidt/Assmann Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Auflage 1995, Tz. 122; Seewald, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 1311, S. 125; siehe auch Stober, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, § 75 I. (zitiert: *Schmidt, Assmann*)
 - Schoch, Friedrich Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: DVBl. 1994, S1. (zitiert: *Schoch*)
 - Selmer, Peter Juristische Kurzenexpertise zur Studie „Privatisierung der Bundesautobahnen“, 1995, S. 123 ff. (zitiert: *Selmer*)
 - Steiner, Udo Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975 S. 109, Fn. 466 (zitiert : *Steiner, Udo*)
 - Stober, Rolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 10. Auflage, § 2 VIII 2 b und § 41 (zitiert: *Stober*)
 - Stolovich, L. La tercerización ¿con qué se come? Biblioteca virtual, sala de lectura. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clasco). <http://www.clasco.org>
 - Tilly, Richard Vom Zollverein zum Industriestaat. Die wirtschaftlich- soziale Entwicklung Deutschlands 1834 bis 1930. München 1990, S. 50 ff. (zitiert: *Tilly*)
 - Universidad Nacional de Colombia Observatorio Colombiano de Energía Estructura y estado del sector eléctrico en Colombia. Boletín No. 1, marzo 2001
 - Wellenstein , Andreas Privatisierungspolitik in der BRD, 1992 S.1 (zitiert: *Wellenstein , Andreas*)

Einleitung

Im Verlauf der Jahre kann man in der Gesellschaft und der Wirtschaft verschiedene Phasen der Entwicklung erkennen, in denen der Staat einen großen Teil zur sozialen und juristischen Verantwortung beitrug und als Wohltäter im Leben des modernen Menschen auftrat.

Um den Begriff des Staates zu verstehen, muss man einen Blick auf dessen Geschichte werfen. Insbesondere sind das Mittelalter und die Zeit der Aufklärung zu beachten. Die rationalen Denker der Aufklärung suchten nach dem Inhalt des Staatsbegriffs und führten die bisherigen Erkenntnisse zusammen.

Heute verstehen unter dem Begriff des Staates eine juristische und politische Person, die in sich ein einheitliches Staatsgebiet mit seiner Bevölkerung vereint, Souveränität besitzt, von einer Regierung geführt wird und mit einem System von Recht und politischer Ordnung ausgestattet ist, welches von seiner Bevölkerung anerkannt wird. Dieser Begriff des Staates, der Ausgangspunkt dieser Arbeit ist, bedeutet, dass der Staat eine wichtige Rolle in den großen wirtschaftlichen Prozessen und im Leben jedes einzelnen Menschen spielen muss. Dieser Staatsbegriff spiegelt sich auch im Bonner Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland und in der Verfassung Kolumbiens aus dem Jahre 1991 wider; beispielsweise bietet Art. 14 GG einen besonderen Schutz vor Eingriffen des Staates in das Eigentum. Jedoch verpflichtet das Eigentum gemäß Art. 14 II GG auch zum Gebrauch zum Wohle der Allgemeinheit und begründet damit eine soziale Verantwortung. Auch in Art. 15 GG findet die Sozialbindung des Eigentums seinen Niederschlag. Aus dem Eigentum des Einzelnen geht der Wohlstand des Staates hervor und ermöglicht diesem, seine sozialen Pflichten zu erfüllen.

In der gleichen Form ist in der kolumbianischen Verfassung in Artikel 334 festgeschrieben, dass der Staat die gesetzlichen Grundlagen schaffen muss, welche die Wirtschaftsform festlegen, dem Staat zur Verwirklichung der politischen und juristischen Ordnung verhelfen, die Entdeckung von Ressourcen fördern und die Herstellung, Verteilung und Nutzung öffentlicher und privater Dienstleistungen festschreiben. Dies dient der Verbesserung der Lebensqualität der Bevölkerung und soll eine Gleichverteilung der Entwicklungsmöglichkeiten herbeiführen. Die Privatisierung der öffentlichen Aufgaben hat ihren Ursprung in der heutigen Entwicklung der Wirtschaft und

wird in vielen Verfassungssystemen diskutiert. Der Staat von heute versucht immer mehr, sich aus wirtschaftlichen Tätigkeiten zurückzuziehen.

Ausgehend von diesem Problem wird sich diese Arbeit mit dem Thema der Privatisierung in Deutschland und in Kolumbien beschäftigen, beginnend mit der Begriffsbestimmung der Privatisierung. Weiterhin werden die verschiedenen dogmatischen juristischen und wirtschaftlichen Typen der Privatisierung besprochen. Ihr Ende findet diese Arbeit mit der Besprechung von Rechtsfragen anhand einiger Beispiele aus der Praxis sowohl in Deutschland als auch in Kolumbien.

A. Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben in Deutschland

I. Begriff und Arten der Privatisierung öffentlicher Aufgaben in Deutschland

1. Begriff der Privatisierung in Deutschland

Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben ist ein beherrschendes Thema des öffentlichen Rechts. Formen und Facetten sind vielfältig, sie fordern das Verwaltungsrecht und seine ordnungsbildende Kraft heraus. Dabei wird sichtbar, dass terminologische Streitfragen häufig ihre Ursache in unklaren Grundbegriffen oder unterschiedlichen Vorverständnissen finden. Einer der weichenstellenden Grundbegriffe der Privatisierungsdiskussion ist die *öffentliche Aufgabe* und ihr unklares Verhältnis zum Begriff der Staatsaufgabe¹.

Der Begriff *Privatisierung* ist unbestimmt und ihm kommt im rechtlichen Bereich keine konkrete, fest abgrenzbare Bedeutung zu. Nach Prof. Bauer hat der Begriff „... keine rechtsdogmatische, sondern lediglich heuristische Funktion...“². Dennoch handelt es sich durch die Neufassung des § 7 Bundeshaushaltsordnung (BHO)³ inzwischen um einen (unbestimmten) Rechtsbegriff (s.1.Teil G V.1).

¹ Di Fabio, Udo, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, SS 585 ff.

² Bauer, Harmut, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1994), S.243 ff.

³ (1) Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Diese Grundsätze verpflichten zur Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können. (2) Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. In geeigneten Fällen ist privaten Anbietern die Möglichkeit zu geben darzulegen, ob und inwieweit sie staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche

Mit *Privatisierung* lassen sich übergreifend verschiedene Formen der Aufgabenverlagerung des Staates auf Private mit unterschiedlicher Intensität bezeichnen⁴. Dabei ist der „Private“ eine juristische Person des Privatrechts oder eine natürliche Person, die nicht als Beamter oder sonstige in die Staatsorganisation eingegliederte Person tätig wird.

Insofern wird Privatisierung hier verstanden „als jede Form der Abgabe von Rechtsmacht durch den Staat zugunsten von Personen des Privatrechts, wobei unter diese natürliche Personen und jede Art von privatrechtlich organisierten Rechtssubjekten ohne Rücksicht auf den Anteilseigner fallen.“⁵ Das ist insoweit richtig, als in dieser Definition ein gemeinsamer Nenner aller Privatisierungsarten enthalten ist. Allerdings verschleiert diese Definition, dass die Machtverlagerungen oder Verselbständigungen je nach Privatisierung sehr unterschiedlich sind. Nicht jedes Privatrechtssubjekt wird als eigenständig anerkannt, sondern bei entsprechenden Einflussmöglichkeiten und Nähe zur öffentlichen Hand dieser zugerechnet.

Im Sinne dieser Definition ist unter Rechtsmacht die normativ konkretisierbare und befugnisbegründende Zuweisung bzw. Zuordnung einer Materie oder einer Rechtsposition zu einer, Rechtsträger zu verstehen. Das Rekurren auf diesen abstrakten Terminus ist unabdingbar, da, wie dargelegt, andere Größen (Wie „Aufgabe“ oder „Funktion“) als Privatisierungsgegenstand ausscheiden und Privatisierung keineswegs immer mit der Übertragung von Rechten einherzugehen braucht. Der auf ein Monopol verzichtende Staat entäußert sich eines Rechtes anderer Art als desjenigen, das Privaten nach Vorfall der monopolbedingten Grundrechtsbeschränkung zuwächst. Gleichwohl liegt – in der Gestalt der abstrakt verstandenen Rechtsmacht – ein Übertragungsgegenstand vor; ändert sich die rechtliche Zuweisung des vom früheren Monopol abgedeckten Handlungsgegenstandes.

In den Wirtschaftswissenschaften wird unter Privatisierung die „Verlagerung bestimmter bisher staatlicher Aktivitäten in den privaten Sektor der Volkswirtschaft“ verstanden, „um die

Tätigkeiten nicht ebenso gut oder besser erbringen können (Interessenbekundungsverfahren). (3) In geeigneten Bereichen ist eine Kosten- und Leistungsrechnung einzuführen.

⁴ Bull, Hans Peter, Privatisierung öffentlicher Ausgaben, VerwArch 1995, S. 625 ff.

⁵ Kämmerer, Jörn Axel, Verfassungsstaat auf Diät? Typologie, Determinanten und Folgen der Privatisierung aus verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, JZ 1996, S 1042 ff.

Allokation der Ressourcen durch den Markt erfolgen zu lassen“⁶. Allerdings ist die Privatisierung noch kein Garant für die Stärkung des Marktes. Dies hängt entscheidend von zusätzlichen Faktoren ab, wie z.B. die Auflösung faktischer oder rechtlicher Monopole bzw. marktbeherrschender Stellungen.⁷

Dem Begriff der Privatisierung steht der Begriff der Entstaatlichung nahe. Beide Worte beschreiben nicht einen Zustand, sondern einen dynamischen Prozess. Während jedoch „Privatisierung“ auf den Zielpunkt des Prozesses abstellt, markiert „Entstaatlichung“ den Ausgangspunkt⁸.

Im Zusammenhang mit der Privatisierung werden häufig auch Möglichkeiten der Deregulierung diskutiert.⁹ Unter den Begriff der Deregulierung fallen alle Maßnahmen der Marktöffnung, also der Belebung des Marktmechanismus. Dies sind vor allem der Abbau wettbewerbsbeschränkender bzw. – verzerrender Vorschriften, z.B. Preis, Mengen, Qualitäts- und Ladenschlussvorschriften. Hierdurch kann der Markteintritt Privater gefördert werden, so dass indirekt eine Privatisierung von Märkten erfolgt. Das ist „implizite Privatisierung“.¹⁰

Im Bereich der Erfüllung staatlicher Aufgaben oder Funktionen kommt es auch – Abgrenzung zur Privatisierung – zu „Beleihungen“, zu „Impflichtnahmen Privater“ und zur Einbindung des sog. „Dritten Sektor“. Das Rechtstitel der Beleihung ermöglicht die Einbeziehung Privater in den Verwaltungsaufbau. So gesehen stellt die Beleihung keine Form der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, sondern eine spezifische „Organisationsform“ staatlicher Verwaltung dar. Einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrecht werden hoheitliche Befugnisse übertragen. Die beliehene Person wird als Substitut für die Behörde im Außenverhältnis tätig. Der Beliehene ist in den Verwaltungsaufbau organisatorisch eingegliedert und ist Behörde i.S. des § 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).¹¹ Als Träger einer Verwaltungskompetenz

⁶ Gablers, Wirtschaftslexikon, S.1000.

⁷ Osterloh, Lerke, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1994), S. 204 (210).

⁸ Wellenstein, Andreas, Privatisierungspolitik in der BRD, 1992 S.1.

⁹ Kröls, Albert, spricht von der Deregulierung als Zwillingschwester der Privatisierung, GewArch 1995, S 129 ff.

¹⁰ Ewers, Hans- Jürgen, Dem Verkehrsinfarkt vorbeugen: zu einer auch ökologisch erträglicheren Alternative der Verkehrspolitik unter veränderten Rahmenbedingungen, 1991 S. 9.

¹¹ Mauer, Harmut, allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, 1994 §23, Rn 59.

könnte er sich seinerseits technischer Erfüllungsgehilfen bedienen¹². Bei der Privatfinanzierung von Infrastruktur spielt die Beleihung bei der Erhebung von Gebühren durch private Investoren und Bauträger i.R. des Betreibermodells eine Rolle.

a. Privatisierungsobjekt

Die folgende, in hohem Maße formalisierte Kategorisierung geht von der Prämisse aus, dass jeder Privatisierungsvorgang ein Bezugssubjekt und ein Bezugsobjekt im genannten Sinne hat, also unter zwei unterschiedlichen Blickwinkeln betrachtet werden kann. **Privatisierungsobjekt** ist kraft der angegebenen Definition allein die übertragene Rechtsmacht; im engeren Sinne, der eine Typisierung erlaubt, ist Privatisierungsobjekt des Bezugsgegenstandes, dem diese Rechtsmacht innewohnt. Er ist einfach zu bestimmen in Fällen der Vermögensübertragung, wo Rechtsmacht durch Rechte wie Besitz, Eigentümerstellung oder Inhaberschaft von Forderungen ausgedrückt wird. Difus ist das Privatisierungsobjekt wo Privatisierung sich auf Veränderungen im Aufgabenbereich beschränkt.

b. Privatisierungssubjekt

Auf Seiten des **Privatisierungssubjekts** kann die Unterscheidung zwischen Gesellschaften des privaten Rechts, deren Anteilseigner die Öffentliche Hand ist, und sonstigen Privaten aufrecht erhalten bleiben. Sie dient nicht der Abgrenzung von „echt“ und „unecht“ sondern ist Ausgangspunkt einer Typenanalyse, die Spezifika und Gemeinsamkeiten der einzelnen Privatisierungstypen ermitteln soll. Für die Subjektskategorien verwende die schlagwortartigen Attribute „organisationsprivat“ (für eine Wesenheit, die kraft der für sie gewählten Organisationsform „privat“ ist) und „popularprivat“ (Für einen Privaten oder eine private Wesenheit, die von „ quivis ex populo“, also einer natürlichen Person oder von natürlichen Personen geschaffen, juristischen Personen begründet wurde oder selbst zu diesen Kategorien zählt). Wenn im Folgenden von „Staat“ (und nicht auch anderen öffentlich- rechtlichen Funktionsträgern) die Rede ist, wird damit dem Bedürfnis nach Übersichtlichkeit der Darstellung Tribut gezollt; grundsätzlich gilt, was für den „Staat“ festgestellt wird, auch für die ihm

¹² Steiner, Udo, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975 S 109, Fn. 466.

eingegliederte mittelbare Staatsverwaltung, insbesondere die kommunalen Gebietskörperschaften.

2. Arten der Privatisierung in Deutschland

a. Formelle Privatisierung

Bei dieser "Privatisierungsvariante" werden öffentliche Aufgaben durch Kommunen lediglich in der Gestalt einer privatrechtlichen Rechtsform wahrgenommen. Aufgrund der alleinigen oder regelmäßig zumindest überwiegenden Beteiligung der Kommunen an der Gesellschaft handelt es sich um eine kommunale Eigengesellschaft. Eine solche Gesellschaft entbindet Kommunen in großem Umfang von den starren Formalien des Haushaltsrechts. Interne Rechnungslegung und externe Offenlegung tragen zur stärkeren Transparenz bei. Ökonomisches Denken, z.B. durch die Implementierung privatwirtschaftlicher Managementsysteme, kann in die kommunale Aufgabenerfüllung eingebracht werden. Anders als bei von Werksleitung geführten Eigenbetrieben, die aufgrund von Betriebssatzungen tätig sind, die der Rat beschließt, der sich wesentliche Entscheidungen selbst vorbehält, können Kommunen mittels kommunaler Eigengesellschaften freier agieren.

Bei dieser Privatisierungsform handelt es sich indes nicht um eine Privatisierung im eigentlichen Sinne, da sich die Kommunen lediglich der Form des Privatrechts zur einfacheren, effektiven und wirtschaftlicheren Aufgabenerfüllung bedienen. Private haben keinen entscheidenden rechtlichen Einfluss auf die Aufgabenerledigung¹³.

b. Materielle Privatisierung

Sie stellt Verlagerung der staatlichen Betätigung in den privaten Sektor dar.¹⁴. Die Leistungserbringung einer Aufgabe, die bisher von staatlicher oder kommunaler Seite

¹³ Schoch, DVBl 1994, 1(3).

¹⁴ Schmidt- Assmann, in: Schmidt- Assmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Auflage 1995, Tz. 122; Seewald, in : Steiner , Besonderes Verwaltungsrecht, I311, S125; siehe auch Stober, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, § 75 I.

wahrgenommen wurde, verliert dabei ihren im weiteren Sinne staatlichen¹⁵ Charakter. Sie wird dem Wettbewerb privater Anbieter im Markt überlassen.¹⁶ Die Entlassung staatlicher Aufgabenerfüllung in die Verantwortung nicht staatlicher Rechtssubjekte kann durch die Veräußerung eines öffentlichen Unternehmens oder andere Formen der Aufgabenüberlassung an Private, etwa die Auflösung eines öffentlichen Unternehmens zugunsten privater Aktivität, erfolgen.¹⁷ Abstrakt formuliert bedeutet materielle Privatisierung eine Verschiebung der tatsächlichen Grenzziehung zwischen Staat und Markt, zwischen staatlicher und privater Verantwortung, zugunsten des Privatsektors.¹⁸

Formen der sog. materiellen Privatisierung sind im Gegensatz zur bloßen formellen Privatisierung durch eine rechtliche Verlagerung der öffentlichen Aufgaben in den privaten Sektor gekennzeichnet. Die Beauftragung privater Dritter mit der bloßen Durchführung kooperativer Tätigkeiten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Übertragung originärer öffentlicher Aufgaben und Organisationsverantwortung (Beleihung/Delegation) sind zu unterscheiden. In Fällen der Beauftragung Dritter mit der Durchführung operativer Tätigkeiten der kommunalen Abfallentsorgung bzw. Abwasserbeseitigung bleiben die zuständigen Kommunen originär für die Erfüllung der Aufgabe verantwortlich. Bei Übertragung öffentlicher Aufgaben zur alleinverantwortlichen Erledigung auf private Dritte findet hingegen eine echte Aufgabenübertragung (Delegation) auf den privaten Betreiber statt, was zur rechtlichen Entlastung der Kommunen führt. Die Verantwortung der Kommunen beschränkt sich auf die ordnungsgemäße Auswahl, Überwachung und Kontrolle des privaten Dritten¹⁹. Solche Reinformen materieller Privatisierung, also die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private (Aufgabenprivatisierung), sind selten und im Bereich der Abfall- und Abwasserentsorgung bislang nicht bekannt. So ist die Einschaltung privater Dritter im Rahmen des § 3 II 2 AbfG keine echte

¹⁵ „Im weiteren Sinne staatlich“ meint unter Einschluss der Kommunalen Gebietskörperschaften, die zwar selbst keine eigene Staatsqualität besitzen, aber trotz der Selbstverwaltungsgarantie der Exekutive der Länder zugerechnet werden können.

¹⁶ Stern, DVBl. 1997, S. 309, S. 310; vgl. auch Schppert, DÖV 1995, S. 61, S. 767; Hofmann, VB1. BW 1994, S. 121, S. 122 f.; Möschel, Wm 1993, S. 93 f.

¹⁷ Gern, Kommunalrecht des Landes Baden-Württemberg, 8. Auflage, Rdnr. 410; Köning, VewArch 1990, S. 436, S. 437; siehe auch Breimeier, ZöGU 1997, S. 213 f.

¹⁸ Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 10. Auflage, § 2 VIII 2 b und § 41.

¹⁹ Schoch, DVBl 1994 (1) 3.

Aufgabenübertragung, da die Aufgabenverantwortung bei den Kommunen verbleibt und Private lediglich mit der Durchführung betraut werden²⁰.

c. Funktionale Privatisierung

Die Funktionale - Privatisierung ist gekennzeichnet durch die Ersetzung kommunaler Verwaltungseinheiten durch Eigengesellschaften oder so genannte gemischt-wirtschaftliche Unternehmen²¹. In jüngster Zeit hat die Beteiligung Privater in einer als Anstalt des öffentlichen Rechts organisierten Einheit im Fall der „Berliner Wasserbetriebe“ Schlagzeilen gemacht; den diesbezüglichen Problemschwerpunkt bilden die Fragen nach der demokratischen Legitimation²². Werden dagegen Private mit der „bloßen“ Vorbereitung (etwa im Planungsbereich) oder vor allem mit der Durchführung der betroffenen Aufgaben, die als solche in kommunaler Hand verbleiben, betraut, wird nicht nur die Organisationsstruktur, sondern die Verantwortungsstruktur verändert und man spricht dann von *funktionaler Privatisierung*, durch die eine so genannte Verwaltungshilfe hervorgebracht wird²³. Hierher gehören namentlich die Betreiber- und Betriebsführungsmodelle²⁴. Die funktionale Privatisierung ist im kommunalen Bereich weit verbreitet, nicht nur, weil der ihr allgemein innewohnende Vorteil des moderateren Weges zwischen dem völligen Rückzug und der vollständigen Beibehaltung der Aufgabenverantwortung besticht, sondern auch deswegen, weil zahlreiche der potenziell privatisierungsgerechten Aufgaben auf der kommunalen Ebene so genannte kommunale Pflichtaufgaben sind (wie etwa die

²⁰ Obwohl eine solche Einschaltung privatwirtschaftlicher Unternehmen als Erfüllungsgehilfen keine echte Privatisierung darstellt, wird häufig - unkorrekt - von materieller Privatisierung gesprochen.

²¹ Im Anschluss an eine Organisationsprivatisierung entsteht ein Fall der „Verwaltung in Privatrechtsform“ (vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984; Burgi [o. Fußn. 1], S. 76ff.; Bull, Allg. VerwR, 6. Aufl. [2000], Rdnr. 39).

²² Diese Fragen werden z.T. seit Jahrzehnten diskutiert (vgl. stellvertretend v. Danwitz, AöR 120 [1996], 606; Burgi [o. Fußn. 1], S. 316ff.). Mit dem Berliner Modell der Abwasser- und Wasserversorgung hat sich der *BerlVerfGH*, DVBl 2000, 51 (mit im Ergebnis positiver Beurteilung) auseinandergesetzt; vgl. hierzu von Bechtolsheim/Abend, LKV 2000, 337; Wolfers, NVwZ 2000, 765, sowie Mayen, DÖV 2001, 110 ff. Hier handelt es sich ferner deswegen um einen Sonderfall, weil die dem vorliegenden Beitrag zugrundeliegende Unterscheidung zwischen Land und Kommunen im Stadtstaat Berlin nicht gleichermaßen relevant ist.

²³ Osterloh, VVDStRL 54 (1995), 204(223); Schoch, DVBl 1994, 962(963); Burgi (o. Fußn. 1), S. 145ff. Die Verwaltungshilfe ist durch die Erbringung unselbständiger wie selbständiger Beträge (jedoch stets mit funktionalem Bezug zu einer staatlichen Agenda) gekennzeichnet.

²⁴ Sie sind insbesondere im Bereich der Abwasserbeseitigung auf der Grundlage des § 18 a III 3 WHG verbreitet (vgl. nur Kummer/Giesberts, NVwZ 1996, 1166[1169]; Brüning, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben, insbesondere der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung, 1996, S. 139ff.; Bauer, VerwArch 90 [1999], 561[567ff.]).

Aufgaben der Abwasserbeseitigung; vgl. z.B. § 53 I NWAssG), im Hinblick auf die sich eine vollständige Abgabe der kommunalen Verantwortung verbietet²⁵. Die Einschaltung privater Helfer ermöglicht es, jedenfalls im Grundsatz der Pflicht zu entsprechen und dennoch die vom Zukauf privater Handlungsrationalität erhofften Vorteile erlangen zu können.

Wird eine kommunale Aufgabe nicht nur zur Durchführung, sondern als solche an einen Privaten übertragen, hat man es mit einer *Aufgabenprivatisierung* zu tun. Unter bestimmten Umständen kann auch hier die kommunale Verantwortung (in verändertem Umfang) fortbestehen²⁶. Dies gilt namentlich bei nach einer Übertragung der Abfallbeseitigungspflicht gem. § 16 II KrW-/AbfG, welche ebenso wenig als Beleihung anzusehen ist wie die auf der Grundlage des § 18 a II a WHG mögliche Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht²⁷. Die hier tätigen Privaten kann man mit einem modernen, Europarechtlich beeinflussten Begriff des Konzessionärs erfassen, und zwar im Sinne der jüngst publizierten Mitteilung der EG-Kommission zu „Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht“, die hierunter diejenigen Privaten versteht, denen der Staat „Dienstleistungen überträgt, die grundsätzlich in seine Zuständigkeit fallen und für die der Dritte die Nutzung trägt“²⁸. Der Regulierungsspielraum der Gemeinden ist nach einer Aufgabenprivatisierung wesentlich geringer als nach einer funktionalen Privatisierung, weil sie hier nicht mehr die Verfolgung ihrer eigenen Zwecke durch einen privaten Helfer regulieren, sondern das autonome Tätigwerden eines privaten Konzessionärs betroffen ist.

Sowohl bei der funktionalen Privatisierung als auch bei der Aufgabenprivatisierung kann es geschehen, dass der eingeschaltete „Private“ eine Organisationseinheit ist, welche ihrerseits einer Gemeinde zuzurechnen, also nach Organisationsprivatisierung entstanden ist; dann handelt es sich

²⁵ Explizit *OVG Koblenz*, DVBl 1985, 176(177); vgl. ferner *Schink*, VerwArch 85 (1994), 251(258f.); *Schoch*, DVBl 1994, 962(971).

²⁶ Aufgabenprivatisierung *Burgi* (o. Fußn. 1), S. 86f.; *Bull* (o. Fußn. 19), Rdnr. 39.

²⁷ *Frenz*, in: *Ziekow* (Hrsg.), Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft, 2000, 137 (143ff. m.w. Nachw.), bzw. zur Abwasserbeseitigung *Nisipeanu*, NuR 1998, 467; *Brüning*, SächsVBl 1998, 201; a.A. *Kummer/Giesberts*, NVwZ 1196, 1170; *Gruneberg*, Der Gemeindehaushalt 1999, 179, sowie näher hierzu *Burgi* (o. Fußn. 3), V 2a. In beiden Fällen fehlt (vorbehaltlich anderslautender landesrechtlicher Regelungen; vgl. etwa § 9 NWAssG) die die Beleihung nach heutigem Verständnis kennzeichnende hoheitliche Rechtsstellung (vgl. allg. nur *Maurer*, Allg. VerwR, 13. Aufl. [2000], § 23 Rdnr. 56).

²⁸ Die Mitteilung ist unter dem Datum vom 12. 4. 2000 als Beil. III zu Heft 7 der NVwZ (Jahrgang 2000) publiziert worden, wobei sich die Definition auf S. 9 unter Nr. 2.4 befindet. Insoweit würde der Anregung *Schmidt-Aßmanns* gefolgt (in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* [Hrsg.], Öff. Recht und Privat als wechselseitige Auffangordnungen, S. 32), den Konzessionsbegriff „für Privatisierungsvorgänge dogmatisch zu relativieren“. Er wird bislang in Deutschland lediglich verwendet zur Bezeichnung eines Handlungsmittels der Verwaltung in Knappheitssituationen (vgl. hierzu *Wieland*, Die Konzessionsabgaben, 1991, S. 89ff., 124ff., sowie *Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, 1994, S. 100 ff.).

um eine unechte (*funktionale bzw. Aufgaben-)Privatisierung*. Die funktionale Privatisierung und die Aufgabenprivatisierung haben gemeinsam, dass ein Markt für die Übernahme der entsprechenden Tätigkeiten entsteht und sich u.U. vergaberechtliche Probleme stellen können. Eine weitere Gemeinsamkeit besteht darin, dass die vormalig alleinverantwortliche kommunale Stelle sich nicht spurlos aus der Aufgabenerfüllung zurückzieht, sondern ihrer fortbestehenden Verantwortung fortan durch „Regulierung“ gerecht zu werden versucht. An die Stelle der leistungserbringenden Kommunalverwaltung tritt so die regulierende Kommunalverwaltung²⁹.

II. Beispiele der Privatisierung Öffentlicher Aufgaben in Deutschland

1. Bundesbahn Privatisierung

In der Bundesrepublik Deutschland verwaltete der Staat bis 1993 durch die Deutsche Bundesbahn als öffentliches Unternehmen das Eisenbahnvermögen des Landes. Öffentliche Unternehmen, vorwiegend im Infrastrukturbereich, sind ein Instrument zur Bereitstellung staatlich angebotener Leistungen, z. B. Transportleistungen; dabei verfolgen sie zugleich sektorale und gesamtwirtschaftliche Zielsetzungen, z.B. der Raumordnungs- und der Verteilungspolitik.³⁰ Aufgrund von (tatsächlichen oder behaupteten) Branchenbesonderheiten unterschiedlicher Art unterliegen sie staatlicher Regulierung durch Fachaufsichtsbehörden und sind von den Vorschriften des GWB frei gestellt (Ausnahmehbereiche des GWB). Verträge der Deutschen Bundesbahn waren vom GWB freigestellt, wenn die auf ihnen beruhenden Entgelte oder Bedingungen durch Verkehrsgesetze festgesetzt oder genehmigt waren. Sie bedurften keiner kartellrechtlichen Kontrolle, da sie der Aufsicht einer anderen Behörde unterlagen, z.B. dem Bundesministerium für Verkehr (§99.1 GWB). Die Regulierung in Form öffentlicher Unternehmen und auf Dauer ausgerichteter Bereichsausnahmen vom Wettbewerb führte zu einer größeren politischen Einflussnahme und institutionellen Rigidität als im amerikanischen Fall der Kontrolle privatwirtschaftlicher Unternehmen durch Regierungskommissionen. Diese sind regierungstunabhängig, während die deutschen Fachaufsichtsbehörden gegenüber den Ministerien

²⁹ Im Anschluss an *Lerche*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand: August 2000, Art. 87f RdNr. 34f., u. *Ruffert*, AöR 124 (1999), 237 (246), können mit dem Begriff der Regulierung die für das Privatisierungsfolgenrecht typischen Handlungs- und Organisationsformen zusammengefasst werden.

³⁰ Zu den Zielen öffentlicher Unternehmen vgl. Grosseckler 1989. S 441 f.

weisungsgebunden sind. Die regulierten Branchen in den USA unterliegen dem Antitrustrecht und sind für den Wettbewerb durchlässiger.³¹

In Deutschland waren Eisenbahnen ursprünglich privatwirtschaftlich organisiert. Zusammen mit der Schwerindustrie bildeten sie einen „Führungssektor“³² der deutschen Industrialisierung (sog. Vorwärts – und Rückkoppelungseffekte)³³.

Am 1.1.1994 wurden mit dem Gesetz zur Neuordnung des Bahnwesens die westdeutsche Bundesbahn (DB) und die ostdeutsche Reichsbahn (DR) zusammengelegt und anschließend in einen öffentlichen und einen unternehmerischen Bereich geteilt. Der öffentliche Bereich besteht aus dem Eisenbahn-Bundesamt (EBA) und dem Bundeseisenbahnvermögen (BEV), das für die Personal-, Grundstücks- und Schuldenverwaltung zuständig ist. Der unternehmerische Bereich ist die Deutsche Bahn AG, deren Aufgabe die Verwaltung der Eisenbahnwirtschaft ist. Alleiniger Aktionär war zunächst die Bundesrepublik Deutschland. Die DB AG beschäftigt derzeit etwa 160.000 Mitarbeiterinnen.

a. Restrukturierung

1999 wurde die „DB AG“ umfassend entschuldet und von hoheitlichen Aufgaben entbunden. Sie wurde zu einer Unternehmensgruppe mit fünf Unternehmensbereichen umstrukturiert, die als betrieblich und finanziell selbständige Tochterunternehmen agieren:

1. Personenfernverkehr („DB Reise & Touristik): Betreibt über 1.400 Personenfernzüge, 400.000 Fahrgäste täglich, bietet über 13 Tochterunternehmen touristische Dienste in Deutschland und dem Ausland an.

2. Personennahverkehr („DB Regio“): 29.000 Züge im Stadt- und Regionalverkehr mit rund 4 Mio. Fahrgästen täglich.

³¹ Kaufert, E., Theorie der Öffentlichen Regulierung. München 1981, S 173 ff.

³² Kriterien hierfür sind: Technischer Fortschritt und Produktivitätswachstum, überdurchschnittliches Wachstum der Produktion, spürbares gesamtwirtschaftliches Gewicht, Senkung der Preise und Anstieg der Produktqualität.

³³ Tilly, R., Vom Zollverein zum Industriestaat. Die wirtschaftlich- soziale Entwicklung Deutschlands 1834 bis 1930. München 1990, S 50 ff.

3. Personenbahnhöfe („DB Station & Service“): 5.794 Bahnhöfe und Haltestellen in ganz Deutschland.

4. Güterverkehr („DB Cargo“): 6.200 Güterzüge täglich; es werden jährlich etwa 300 Mio. Tonnen Güter befördert. Das Unternehmen ist im Besitz von über 4.300 Loks und 131.000 Güterwaggons.

5. Fahrweg („DB Netz“): betreibt, wartet und vermarktet das Schienennetz der „DB“ (~65.000km) und stellt rund 100 Bahnbetreibern die Netzinfrastruktur gegen eine Trassenbenützungsgebühr zur Verfügung.

Als staatliche Aufgaben verbleiben die Regulierung und technische Überwachung des Eisenbahnsektors, die Garantie des Wettbewerbs im Eisenbahnwesen, die Erhaltung einer angemessenen Schieneninfrastruktur durch Unterstützung von Infrastrukturprojekten sowie die Sicherung gemeinwirtschaftlicher Eisenbahnverkehrsleistungen – derzeit ausschließlich im Nahverkehr – durch Einkauf bei Eisenbahnverkehrsunternehmen. Diese Aufgaben wurden im Zuge der Regionalisierung an die Bundesländer übertragen.

b. Trennung von Infrastruktur und Betrieb

Die Trennung zwischen Betrieb und Fahrweg wurde mit der Gründung der „DB Netz AG“ vollzogen, die zwar im Konzern verblieben ist, aber sonst eigenständig agiert. Zugang zum Schienennetz der „DB“ haben alle Bahnunternehmen mit Lizenz und Sitz in Deutschland. Für die Trassennutzung werden Preise nach dem Kostendeckungsprinzip erhoben. Der Wettbewerb findet vor allem im Nahverkehr über öffentliche Ausschreibungen durch die Aufgabenträger des Öffentlichen Personennahverkehrs – in der Regel Institutionen der Bundesländer – und im Güterverkehr statt.

Das Eisenbahn-Bundesamt (EBA) hat als Aufsichts- und Genehmigungsbehörde die Befugnis, sich in trassenbezogene Verhandlungen zwischen „DB Netz AG“ und Bahnbetreibern einzuschalten, Pläne für neue Strecken zu genehmigen und Betriebszulassungen zu vergeben.

Ursprünglich sollte die „DB AG“ im Jahr 2003 an die Börse gehen und ab diesem Zeitpunkt ohne Bundesleistungen auskommen. Allein für die „DB Netz AG“ gilt die gesetzliche Einschränkung, dass die Bundesrepublik Deutschland Mehrheitsaktionär bleiben muss. Der Börsegang wurde zunächst auf 2005 verschoben und im April 2003 gänzlich auf Eis gelegt. Ein Grund für diese Entscheidung sei das ramponierte Image des Konzerns, dessen Probleme im Personenverkehr nicht zuletzt auf das umstrittene neue Preissystem zurückzuführen seien. Als weiterer Grund gelten die Erfahrungen mit dem Börsegang der Telekom, bei dem die (Klein-) Aktionäre eine Menge Geld verloren haben.

Im Zuge der Umwandlung in eine AG wurden die Bahnbeamtinnen in neue Arbeitsverhältnisse überführt. Weil die Beamtinnen nicht direkt von der „DB AG“ beschäftigt werden können, wurde eine spezielle öffentliche Einrichtung (Bundeseisenbahnvermögen) geschaffen, die nun als Arbeitgeberin der Beamten fungiert. Gleichzeitig wurden die bestehenden Unterschiede zwischen Arbeiterinnen und Angestellten bei Lohnstufen und Kündigungsschutz aufgehoben und der Schutz der Arbeitnehmerinnen allgemein verbessert. Inzwischen sind nur mehr rund ein Viertel der DB-Beschäftigten Beamtinnen. Seit der Umstrukturierung der „DB“ 1994 wurden 30% des Personals abgebaut, wenn man die Vergleichszahlen aus dem Jahr 1990 (Ost- und Westdeutschland) zugrundelegt, so beträgt der Personalrückgang sogar 56,5%.

Auf dem Schienengüterverkehrssektor ist die „DB AG“ dabei, ihren Einfluss in mehreren EU - Staaten durch Kooperationen und Beteiligungen auszudehnen. Ein Beispiel dafür sind die grenzüberschreitenden Kooperationen im Rahmen des „Railion-Verbundes“ mit der niederländischen „Railion Benelux“ und der „Railion Denmark“. Intensiviert hat die „DB AG“ auch ihre Zusammenarbeit mit der schwedischen „SJ Cargo AB“, der österreichischen „ÖBB“ und der schweizerischen „Lötschbergbahn BLS“. Außerdem wird eine Zusammenarbeit mit der tschechischen „CD“ und der polnischen „PKP“ angestrebt. Mittlerweile haben die „DB Cargo“ und die französische Güterverkehrstochter „SNCF-Fret“ die gemeinsame Projektmanagementgesellschaft „Rail Euro Con-cept SAS“ gegründet.

2. Privatisierung von Bundesfernstraßen

Im Bundesfernstraßen kam bzw. kommt es - neben der Privatfinanzierung – zu Privatisierungen im Bereich der „Planung“ und der „Nebenbetriebe“: Am 7. Oktober 1991 wurde die Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und –bau- Gesellschaft mbH (DEGES) gegründet. Ihre Gesellschafter sind der Bund zu 50% und die fünf neuen Bundesländer zu jeweils 10 %. Es handelt sich also um eine formelle Privatisierung im Bereich der Verkehrswegeplanung, bei der verschiedene Gebietskörperschaften als Gesellschafter miteinander kooperieren. Ursprünglich war auch die inzwischen vollständig privatisierte Rhein – Main- Donau Ag (s.2.teil D. VI) Gesellschafterin.³⁴

Unternehmensgegenstand ist die Planung und Baudurchführung (Bauvorbereitung) und Bauüberwachung) von ca. 1100 km der insgesamt 1900 km Fernstraßen i.R. der „Verkehrsprojekte Deutsche Einheit“.³⁵ Die Auftragsverwaltungen der Länder bedienen sich der DEGES als eines Dritten, ohne jedoch hoheitliche Aufgaben oder Befugnisse zu übertragen.³⁶

Der Vorgang der Abwägung und förmlichen Entscheidungsschritte ist weiterhin der öffentlichen Verwaltung vorbehalten.³⁷ Genau dies ist der „unverzichtbare Kern hoheitlicher Tätigkeit“, der einer Privatisierung entzogen ist.³⁸ Die Bedenklichkeit dieser Konstruktion liegt darin, daß die Gefahr einer Aushöhlung der Letzten scheidungs- Kompetenz der zuständigen Behörde besteht, indem ihre Entscheidung durch die Vorarbeiten der DEGES präjudiziert wird.³⁹ Allerdings kann wohl einer derartigen Entwicklung durch eine entsprechende vertragliche Ausgestaltung entgegengewirkt werden.

³⁴ Klofat, Hans Jörg, Einschaltung Privater Beim Verkehrswegebau, in: Blümel, Willi (Hrsg.), Einschaltung Privater beim Verkehrswegebau – Innenstadtverkehr, 1993, S. 7 ff.

³⁵ Wahl, Rainer, Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau, DVBl. 1993, S. 517.

³⁶ Klofat, Hans- Jörg, Einschaltung Privater beim Verkehrswegebau, in : Blümel, Willi (Hrsg.) Einschaltung Privater beim Verkehrswegebau – Innenstadtverkehr, 1993, S.7 ff.

³⁷ Friauf, Karl Heinrich, Die Straßenbaufinanzierung, 1980, S.209 ff.

³⁸ Selmer, Peter, Juristische Kurzenexpertise zur Studie „Privatisierung der Bundesautobahnen, 1995, S 123 ff.

³⁹ Osterloh, Lerke, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben 1994, S.204 ff.

In dem zwischen dem beauftragenden Bundesland und der DEGES geschlossenen Vertrag ist geregelt, dass die Planung im Namen und im Auftrag des Landes erfolgt. Mit dem Bau zusammenhängende Verträge werden im Namen und auf Rechnung des Bundes abgeschlossen.⁴⁰

Am 11. April 1994 wurde in einem ersten Schritt die Teilprivatisierung der „ Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH eingeleitet, indem sie in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wurde, die unter Autobahn Tank & Rast AG firmiert.⁴¹ Die Geschäftsanteile liegen zur Zeit noch vollständig beim Bund. Durch die Novellierung des § 15 FStrG⁴² wurde der Autobahn Tank & Rast AG ermöglicht, neben ihren ursprünglichen Aufgaben der Finanzierung und Verwaltung von Servicebetrieben an Bundesautobahnen, auch deren Planung und Bau in eigener Verantwortung zu übernehmen .

Vor der Gesetzesänderung oblag die Planung und der Bau in Deutschland , der mit der Durchführung die Straßenbauverwaltungen der Länder beauftragte.⁴³ Derzeit wird das Eigentum an den Grundstücken und Betriebsgebäuden vom Bund auf die Gesellschaft übertragen.⁴⁴ In einem weiteren Schritt ist eine Teilprivatisierung geplant. 49% der Aktien sollen dann private Anleger verkauft werden.⁴⁵

Im Frühjahr 1993 hat der damalige Bundesminister für Verkehr Krause die Privatisierung des deutschen Autobahnnetzes gefordert.⁴⁶ Im Anschluss Daran wurde das Bundesministerium für Verkehr durch einen Beschluss der Koalitionsfraktionen im Deutschen Bundestag beauftragt, eine Entscheidungsgrundlage über Art und Umfang einer Privatisierung der Bundesautobahnen zu erarbeiten⁴⁷. Hierfür wurde ein spezielles Referat in der Abteilung Straßenbau des Ministeriums geschaffen, das umgehend zwei Untersuchungsvorhaben einleitete:

1. Der TÜV Rheinland prüfte im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums in einem Feldversuch auf der Bundesautobahn A 555 zwischen Köln und Bonn verschiedene elektronische Systeme zur automatischen Erhebung

⁴⁰ Klotz, Hans Jörg, Einschaltung Privater Beim Verkehrswegebau, in: Blümel, Willi (Hrsg), Einschaltung Privater beim Verkehrswegebau – Innenstadtverkehr, 1993, S. 9 ff.

⁴¹ BM Verkehr, Verkehrspolitik, S. 11.

⁴² 3. Gesetz zur Änderung des Bundesfernstraßengesetzes vom 25. März 1994 (BDB1, S. 673).

⁴³ §15 II Bundesfernstraßengesetz a. F.

⁴⁴ Ansorge, Fritz, Redemanuskript zur Bilanzpressekonferenz der Autobahn Tank & Rast Ag vom 29. Juni 1995

⁴⁵ BM Verkehr, Verkehrspolitik, S. 11.

⁴⁶ Krause, Günther, Privatisierung der Autobahn ?, Wirtschaftsdiensts 1993, S 115 ff.

streckebezogener Gebühren.⁴⁸ Die Fahrversuche wurden im Sommer 1995 abgeschlossen, die Auswertung ist erfolgt. Es hat sich gezeigt, dass die Telematiktechniken vor der Anwendungsreife stehen und sich ihnen ein breites Anwendungsspektrum bietet. Allerdings ist noch offen, ob ein zuverlässiges und datenschutzrechtlich einwandfreies automatisches Kontrollverfahren für eine streckenbezogene Autobahngebühr. Als Einnahmequelle eine entscheidende Voraussetzung für einige Privatisierungsmodelle, möglich ist.⁴⁹ Das Bundesverkehrsministerium beabsichtigt dennoch die Einführung streckenbezogener Autobahngebühren für schwere LKW zu Beginn des nächsten Jahrzehnts.⁵⁰ Die Erhebung streckenbezogener Gebühren für PKW ist nicht geplant.

2. Zur gleichen Zeit ließ das Ministerium durch die Roland Bergen und Partner GmbH ermitteln, welche Möglichkeiten der Privatisierung von Bundesautobahnen bestehen.⁵¹ Die Unternehmensberatung empfiehlt in ihrem Gutachten die schrittweise „Öffnung des Marktes für Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung von Autobahnen für private Konzessionäre“⁵² Durch die Umstellung der Finanzierung der Bundesautobahnen auf gebühren werde dafür die Grundlage geschaffen. Durch die Erzeugung von Wettbewerb solle das deutsche Autobahnssystem leistungsfähiger und effizienter gestaltet, durch die Einbeziehung privaten Kapitals ein Vorziehen von Investitionen ermöglicht werden.⁵³

3. Privatisierung in öffentlicher Dienstleistungen in Deutschland :Wasser und Abwasser.

Zur Implementierung der Anforderungen der EU-Wasserrahmenrichtlinie wurde das Wasserhaushaltsgesetz 2002 erlassen, wobei die Details den Bundesländern und deren Gesetzgebung

⁴⁷ BM Verkehr, Straßenbaubericht 1993/94, S. 12; Hahn, S. 149 (150).

⁴⁸ BM Verkehr, Autobahntechnologie 1/94 und 2/94.

⁴⁹ BM Verkehr, Autobahngebühren für LKW, S.8.

⁵⁰ BM Verkehr, Autobahngebühren für LKW, S. 9

⁵¹ Huber, Jürgen, Neue Wege für Planung und Finanzierung des Straßenbaues ?, Straße + Autobahn 1994, S.763 ff.

⁵² Roland Berger und Partner GmbH, S.3.

⁵³ Roland Berger und Partner GmbH, S.4.

überlassen bleiben. Auf Bundesebene ist seit 1.1.2003 eine Trinkwasserverordnung gültig, die einige über die EU-Trinkwasserrichtlinie hinausgehende Parameter enthält. Die Abwasserbeseitigung wird in der Abwasserverordnung 1997⁵⁴ geregelt. Sie regelt Verträge zwischen Wasserversorgern und KundInnen samt Preisen sowie KonsumentInnenrechte und -pflichten. Im Gemeindegesetz sind Bestimmungen über die Kostendeckung und die territoriale Beschränkung von Versorgungsleistungen für kommunale Betriebe enthalten.

Um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten und weil es sich bei der Wasserversorgung um eine Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge handelt, sind private und kommunale Wasserversorger bislang durch einen Gebietsschutz vor Dumping-Konkurrenz geschützt („geschlossene Versorgungsgebiete“). Ihnen wurde im Gesetz über die Wettbewerbsbeschränkung (GWB) ein Gebietsschutz bzw. ein Gebietsmonopol zugestanden. Bei den gesetzlichen Änderungen, die sich durch die Liberalisierung des Strom- und Telekommunikationsmarktes ergaben, wurde die Wasserversorgung in eine Sonderregelung überführt. Es gibt in Deutschland Liberalisierungsüberlegungen, diesen Gebietsschutz für private Wasserversorger durch Streichung der entsprechenden Paragraphen aufzuheben. Dies käme einer Liberalisierung des Wassemarktes gleich, es gibt allerdings keine Bundeskompetenz bei der Wahl der Organisationsform, das ist Sache der Länder. In Zukunft könnten sich die Eigentumsanteile also deutlich zuungunsten der kommunalen Versorger und Entsorger verschieben. Ebenso wie *Eon* drängen auch andere Ex-Strommonopolisten in die Wasserwirtschaft. *RWE* übernahm die „*American Water Works*“ und die britische „*Thames Water*“.

Die *Berliner Wasserbetriebe (BWB)*, der größte deutsche Wasserversorger, sind nur noch zu 50,1 % im Besitz des Landes Berlin, während 49,9 % von einem privaten Konsortium gehalten wird, bestehend aus „*RWE*“ und „*Veolia*“. Die neuen Mitbetreiber der Berliner Wasserversorgung hatten vertraglich zugesichert, in den nächsten zehn Jahren 2,5 Mrd. € in den Unterhalt der Wasserversorgung zu investieren. "Faktisch kommt es aber zu einer Investitionskürzung", sagt Stephan Natz, Pressesprecher der Berliner Wasserwerke. Um das versprochene

⁵⁴ Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVB Wasser V) vom 20. Juni 1980 (Ausgabe 1998).

Investitionsniveau einzuhalten, rechnet man in Berlin bereits damit, dass die Wasserpreise ab 2004 steigen werden, denn nur bis dann sind sie vertraglich eingefroren.

In Potsdam bestand seit Dezember 1997 mit „Eurawasser“ (ein Gemeinschaftsunternehmen von *Suez Lyonnaise des Eaux* und *Thyssen-Krupp*) ein Betriebsführungsvertrag für die Wasseraufbereitung und Abwasserentsorgung mit 49%igem Anteilsbesitz an den Wasserwerken. Im Juni 2000 endete diese Teilprivatisierung abrupt. Nach Auskunft der Stadt war die beabsichtigte Gebührenerhöhung nicht zumutbar.

Im Ruhrgebiet versorgt die zu „Eon“ gehörende „Gelsenwasser AG“ 42 Kommunen mit insgesamt 3 Mio. EinwohnerInnen.

In Rostock ist die „Eurawasser“ per Betreibermodell an der Abwasserentsorgung und Wasserversorgung beteiligt.

4. Weitere Beispiele von Privatisierung

(Postreform II, Deutschen Telekom AG, Lufthansa AG)

Die CDU-geführte Bundesregierung steht für eine konsequente Privatisierungspolitik. Nur im Bereich der klassischen Hoheitsaufgaben des Staates scheiden materielle bzw. aufgabenmäßige Privatisierungen aus. Doch selbst dort bestehen Möglichkeiten der Organisationsprivatisierung sowie der verstärkten Heranziehung privater Zuständigkeitsträger und Sachverständiger. Ein Beispiel hierfür ist etwa das neue Bauordnungsrecht mit dem Abbau staatlicher Genehmigungs- und Kontrollverfahren.

Mit Inkrafttreten der **Postreform II** im Januar 1995 wurden die drei Postunternehmen in Aktiengesellschaften umgewandelt, um sich für den Wettbewerb zu rüsten und den Gang an die Börse anzutreten. Da neue Telekommunikationsgesetz ist eines der bedeutendsten Gesetze zur Sicherung des Standortes Deutschland. Es ermöglicht Milliarden-Investitionen, die zusätzliche Arbeitsplätze entstehen lassen. Wettbewerb sorgt nach Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes zum 1. Januar 1998 für bessere und billigere Telekommunikationsdienstleistungen.

Der Börsenerfolg der **Deutschen Telekom AG** bestätigt diese Politik. Mit der größten Neuemission der deutschen Geschichte platzierte sie im November 1996 mit weltweit 713 Millionen Aktien für mehr als 20 Milliarden DM 26 Prozent ihres Grundkapitals bei privaten Anlegern. Damit löst sie ein in Deutschland bisher ungekanntes Aktieninteresse aus. In einigen Jahren sollen auch die Post AG und die Postbank an die Börse gehen.

Mit Effizienz ist auch das Ziel unserer Privatisierungsstrategie im Verkehrssektor. Mit dem Verkauf der Aktien des Bundes an der **Lufthansa AG** ist dem Bund eine weitere nachdrückliche Aufwertung der Anlageform Aktie in Deutschland und eine breite Vermögensstreuung gelungen. Die Deutsche Lufthansa ist nun vollständig in Privatbesitz.

5. Der Stand der Privatisierung im Westen

In der alten Bundesrepublik hat die Privatisierung bereits Anfang der sechziger Jahre mit der Überführung von 60 % der Anteile des Volkswagenwerkes in die Hand von Kleinaktionären und der Veräußerung der VEBA begonnen und sich - nach einer längeren Pause - in den achtziger Jahren verstärkt fortgesetzt. Nahezu alle industriellen Bundesunternehmen und viele Banken des Bundes sind privatisiert. Noch offen ist, ob es nach der Änderung von Art. 87 GG auch bei Bahn und Post eine (Teil-) Privatisierung geben wird. Bei dem Verkehrsunternehmen Lufthansa hat der Bund seinen Anteil deutlich herabgesetzt, jedoch die Mehrheitsbeteiligung bisher beibehalten⁵⁵. Im Augenblick hat die Rezession (oder Strukturkrise) andere Probleme, z.B. die Sicherung des Standortes Deutschland, in den Vordergrund geschoben und den Stellenwert der Privatisierung zurückgedrängt.

Auf der Länderebene hat es vergleichbare Privatisierungsaktionen deshalb nicht gegeben, weil die Länder nur in geringem Umfang über öffentliche Unternehmen verfügen. Dies hängt damit zusammen, dass die Länder seit der Reichsgründung viele alte Unternehmen an das Reich abgegeben haben, vor allem aber damit, dass die meisten Länder in ihrer heutigen Gestalt erst nach dem Krieg gebildet worden sind und eigene Unternehmen erst aufbauen mussten, was nur in

⁵⁵ Einer weiteren Privatisierung steht das Hindernis im Wege, dass die Lufthansa dann möglicherweise bezüglich ihres Personals aus der VBL (Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder, eingerichtet zur zusätzlichen Altersversorgung öffentlicher Arbeitnehmer über die gesetzliche Rente hinaus) ausscheiden müsste, was wegen der dann zu zahlenden Ablösung den Ruin der Lufthansa nach sich ziehen würde.

maßvollem Umfang geschehen ist. Und das (neben Hamburg) am stärksten traditionsverankerte Land Bayern sieht in seinen Unternehmen eine Stütze seiner Eigenständigkeit und eigener Handlungsfähigkeit; es zögert deshalb mit Privatisierungen. In den übrigen Ländern sind es in erster Linie die Landesbanken, bei denen man an eine Privatisierung denken könnte. Ob man aber die in Hessen erfolgte volle Übertragung der Landesbank auf den vorher nur hälftig beteiligten Sparkassen- und Giroverband (kraft Gesetzes Körperschaft des öffentlichen Rechts)⁵⁶ und die Berliner Neustrukturierung der öffentlichen Banken⁵⁷ als Privatisierung werten kann, erscheint mehr als zweifelhaft. Gleiches gilt von Bemühungen um die Hereinnahme privaten Kapitals über Genussscheine (vgl. § 10 KWG), die keine unternehmerische Beteiligung, insbesondere keinen Einfluss auf die Unternehmensführung vermitteln. Man wird abwarten müssen, ob sich aus diesen Ansätzen echte Privatisierungen entwickeln werden.

Auf der kommunalen Ebene gibt es Privatisierungen einzelner Einrichtungen hier und dort zu verzeichnen, insbesondere auch Verpachtungen und die Inanspruchnahme privater Unternehmen für die Erstellung einzelner Dienstleistungen (z.B. Müllabfuhr). Der Kern der kommunalen Wirtschaft, die Versorgungs- und Nahverkehrsunternehmen, stehen schon wegen ihres Querverbands⁵⁸ und ihrer unverzichtbaren Versorgungsaufgabe, die mit örtlichen Monopolen verbunden ist, nicht oder nur vereinzelt zur Disposition. Teilprivatisierungen unter Wahrung der Mehrheitsbeteiligung und entsprechenden Einflusses werden gelegentlich erwogen, prägen aber nicht die Lage insgesamt. Etwas offener ist die Lage in dem anderen großen Zweig der Kommunalwirtschaft, bei den Sparkassen. Hier wird, zumal auch im Sparkassenbereich selbst viele Stimmen den öffentlichen Auftrag nicht mehr als aktuell ansehen, viel über Privatisierung und Teilprivatisierung diskutiert⁵⁹. In der Realität ist allerdings außer der erwähnten Berliner Transaktion nur die als Privatisierung deutbare Frankfurter Sparkassenfusion (Übertragung der Stadtparkasse auf die Freie Sparkasse von 1822) zu verzeichnen. Dies hängt damit zusammen, dass die Sparkassen kraft der einschlägigen Landes-(Sparkassen-)Gesetze zwingend Anstalten des öffentlichen Rechts sind, so dass diese Gesetze erst geändert werden müssen, ehe privatisiert

⁵⁶ Vgl. das Neuordnungsgesetz i.d.F. v. 8. 2. 1990, Hess GVB I S. 37 und den Staatsvertrag mit Thüringen v. 20. 5. 1992, Hess GVBl S. 189.

⁵⁷ Vgl. das Gesetz über die Landesbank vom 27. 9. 1990 (GVBl S. 2115) und das Änderungsgesetz vom 5. 11. 1993 (GVBl S. 544).

⁵⁸ Dazu sei auf einen im Frühjahr 1994 erscheinenden Band der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Nomos Verlag) verwiesen. Vgl. im übrigen die "Leitlinien des Deutschen Städtetags zur Privatisierung", abgedr. z.B. in StT und in Niedersächsischer Städtetag (NST) 1992, 280.

⁵⁹ Claussen, Die Teilprivatisierung kommunaler Sparkassen?, 1990.

werden kann. Dafür gibt es bisher nur erste Ansätze z.B. in Gestalt von § 22 RhPfSparkassenG, der privates Eigenkapital über Sammelstellen in begrenztem Umfang zulässt. Auf einem anderen Blatt steht, ob die Privatisierung der regional bzw. örtlich begrenzten Sparkassen wirklich sinnvoll ist, weil sich mit einiger Sicherheit dann bald ein Konzentrationsprozess bemerkbar machen würde, der den heute vorhandenen Effekt der Wettbewerbsbelegung und -bereicherung durch die Sparkassen zum Nachteil der Volkswirtschaft beseitigen könnte.

Für alle Ebenen ist noch offen, ob auch in Anstalten des öffentlichen Rechts, die aus irgendwelchen Gründen diesen Status behalten sollten, private Minderheitsbeteiligungen mit Einflussrechten zugelassen werden können und sollen. Der Bund hat in Gestalt von § 4 I des Gesetzes über die Deutsche Siedlungs- und Landesrentenbank (DSL-Bank-Gesetz)⁶⁰ einen ersten Versuch dieser Art gestartet. . Dort ist vorgesehen (§ 4 I), dass Private bis zu 49 % beteiligt und außerdem stille Gesellschafter zugezogen werden können, denen "mitunternehmerische Rechte" gewährt werden.

Es stellt sich aber die Frage, ob angesichts des Erfordernisses demokratischer Legitimation in öffentlichen Anstalten⁶¹ eine solche unternehmerische Mitwirkung verfassungsrechtlich zulässig ist. Es gibt dafür, zumindest im wirtschaftlichen Bereich, kein Vorbild. Die früheren Reichsbankaktionäre besaßen nur ein (auch heute unbedenkliches) Kontrollrecht, nicht aber eine Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung. Es ist also Zurückhaltung geboten, und wo Private mit Einflussrechten beteiligt werden sollen, ist die Errichtung einer Kapitalgesellschaft des privaten Rechts vorzuziehen.

6. Der Stand der Privatisierung im Osten

Die Situation in den neuen Ländern ist aufgrund der vierzigjährigen SED-Herrschaft mit der westlichen Situation bekanntlich nicht vergleichbar. Die klassische öffentliche Wirtschaft (Verkehr, Versorgung usw.) war ab 1949 schrittweise mit der übrigen, inzwischen verstaatlichten Wirtschaft zu einer als Einheit begriffenen "Volkseigenen Wirtschaft" verschmolzen worden (mit einer gewissen Ausnahme bei Bahn und Post). Diese Wirtschaft war zwar in rechtlich

⁶⁰ Vom 11. 7. 1989, BGBl I, 1421; dazu O. Schmidt, Das DSL-Bank-Modell, 1992.

⁶¹ Vgl. NWVerfGH, DVBl 1986, 1196 zu den Sparkassen.

selbständige "Volkseigene Betriebe" (VEB) gegliedert, die anfangs in "Vereinigungen Volkseigener Betriebe" (VVB) und später in "Kombinaten" zusammengefasst waren. Entgegen einer verbreiteten Vorstellung besaßen aber weder die VEB'e noch die Kombinate echte unternehmerische Selbständigkeit; sie wurden vielmehr zentral geleitet und waren der staatlichen Planung unterworfen, die Investitionen, Preise, Produktpalette und Herstellungsmengen ziemlich genau vorgab. Diese "Zentralverwaltungswirtschaft" wurde nach der Wende nicht zu Unrecht als "Kommandowirtschaft" bezeichnet.

Diese Gegebenheit musste die ab 1990 fällige Privatisierung prägen und hat sie geprägt. Unternehmen, die man im westlichen Sinne durch schlichte Veräußerung hätte privatisieren können, gab es nicht, und solche konnten auch durch bloße Umwandlung von VEB'en in Kapitalgesellschaften nicht entstehen. Es gab vielmehr (und gibt es als Rest noch) Betriebsstätten mit einer von oben abhängigen Betriebsleitung. Großenteils erbrachten diese Betriebe nach westlichen Maßstäben nicht konkurrenzfähige Produkte und Dienstleistungen, was nicht unwesentlich mit der Verwaltung von Technik und Ausrüstungen sowie mit der Art des Personaleinsatzes und der Entlohnung zusammenhing.

Unter diesen Umständen war und ist die Verwendung des Begriffs "Privatisierung" für die seit 1990 dem Staat und konkret der Treuhandanstalt gestellte Aufgabe irreführend und gefährlich, weil sie eine Ähnlichkeit mit der westlichen Privatisierung suggeriert, die in Wahrheit nicht vorhanden war und ist. Manche Kalamitäten und Pleiten hätten vielleicht vermieden werden können, wenn man sich bewusst gewesen wäre, dass es nicht oder nicht nur um Privatisierung, sondern um den Neuaufbau einer Marktwirtschaft, um die Umstrukturierung und Sanierung der Wirtschaft gehen musste. Die naive und irrige Vorstellung beispielsweise, marode Kombinate könnten schlicht durch Übertragung an ein (vorhandenes oder zu gründendes) privates Unternehmen nunmehr unternehmerisch weitergeführt werden, hat leider manches Unheil bewirkt, ist aber bis heute aus manchen Köpfen nicht verschwunden. Natürlich lässt sich verstehen, dass diejenigen Kräfte der DDR, die am Schluss noch retten wollten, was zu retten sein könnte, solche Irrtümer mit ausgelöst haben, aber dass sich viele westliche Helfer und Berater nicht besser kundig gemacht haben, ist kaum zu entschuldigen.

Die Neustrukturierung einschließlich Privatisierung wird durch zwei ihr etwas fremde Elemente überlagert, nämlich die Restitution von Wirtschaftsvermögen an frühere Eigentümer (die sich

angesichts ungeklärter Ausgangspunkte als eines der Haupthindernisse manchen Neubeginns herausgestellt hat) und die Abspaltung des öffentlichen Aufgaben dienenden und deshalb auf Länder oder Gemeinden zu verteilenden Wirtschaftsvermögens, das als Verwaltungsvermögen i.S. von Art. 21 Einigungsvertrag anzusehen ist⁶². Zum Glück sind das Verwaltungsvermögen im engeren Sinne (z.B. NVA-Vermögen), das Parteivermögen der SED und die Komplexe Reichsbahn und Post nicht in die Verfügung der Treuhand gelangt und haben den Neustrukturierungsprozess nicht belastet.

Insgesamt muss unter diesen schwierigen Umständen der Treuhandanstalt - entgegen einer verbreiteten Stimmung - eigentlich bescheinigt werden, dass sie eine beachtliche Leistung erbracht hat. Sie wird jetzt so umstrukturiert werden, dass sie den Privatisierungsprozess abschließen, aber kraft längerfristigen Mandats auch die Betriebe, für die sich so leicht kein Interessent findet, gleitend überleiten kann. Es lässt sich absehen, dass nach einer konjunkturellen Erholung das Verhältnis von staatlicher und privater Wirtschaftsaktivität im Osten bald ähnlich aussehen wird wie im Westen.

III. Rechtsfragen der Privatisierung Öffentlicher Aufgaben in Deutschland am Beispiel der Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung

a. Herkömmliche öffentlichrechtliche Organisationsformen kommunaler Entsorgung

Für die Aufgabenerledigung kommunaler Entsorgung in öffentlichrechtlichen Organisationsformen stehen den Kommunen der Regiebetrieb, der Eigenbetrieb und Zweckverbände zur Verfügung. Der Regiebetrieb ist rechtlich und organisatorisch Teil der Kommunalverwaltung und besitzt kein abgegrenztes Betriebsvermögen; sein Finanzaufwand wird als allgemeine Kostenstelle im gemeindlichen Haushaltsplan geführt³. Entscheidungen trifft der Amtsleiter und in erster Linie der Rat, dessen Entscheidungen durch eine Vielzahl von Ausschüssen vorbereitet werden. Der Eigenbetrieb ist demgegenüber durch eine eigene Werksleitung, die weiterreichende Entscheidungsbefugnisse als der Amtsleiter beim Regiebetrieb hat, und einen eigenen Werksausschuss organisatorisch verselbständigt.

⁶² Der Streit um die Rückgabe der Stadtwerke, ausgelöst durch die "Stromverträge" der DDR mit großen westlichen Versorgungsunternehmen, soll hier nicht ausgebreitet werden; vgl. statt vieler Püttner, Zur Rücksanierung der Stadtwerke in den neuen Ländern, 1991.

Finanzwirtschaftlich wird er als Sondervermögen separat verwaltet und im Haushaltsplan getrennt ausgewiesen. Gleichwohl ist der Eigenbetrieb rechtlich ebenfalls unselbständiger Teil der Kommunalverwaltung⁶³. Zweckverbände sind demgegenüber eigenständige Körperschaften des öffentlichen Rechts, die organisatorisch aus den Kommunen ausgegliedert und rechtlich verselbständigt sind⁶⁴.

b) Formelle Privatisierung

Bei dieser "Privatisierungsvariante" werden öffentliche Aufgaben durch Kommunen lediglich in der Gestalt einer privatrechtlichen Rechtsform wahrgenommen. Aufgrund der alleinigen oder regelmäßig zumindest überwiegenden Beteiligung der Kommunen an der Gesellschaft handelt es sich um eine kommunale Eigengesellschaft. Eine solche Gesellschaft entbindet Kommunen in großem Umfang von den starren Formalien des Haushaltsrechts. Interne Rechnungslegung und externe Offenlegung tragen zur stärkeren Transparenz bei. Ökonomisches Denken, z.B. durch die Implementierung privatwirtschaftlicher Managementsysteme, kann in die kommunale Aufgabenerfüllung eingebracht werden. Anders als bei von Werksleitung geführten Eigenbetrieben, die aufgrund von Betriebssatzungen tätig sind, die der Rat beschließt, der sich wesentliche Entscheidungen selbst vorbehält, können Kommunen mittels kommunaler Eigengesellschaften freier agieren.

Bei dieser Privatisierungsform handelt es sich indes nicht um eine Privatisierung im eigentlichen Sinne, da sich die Kommunen lediglich der Form des Privatrechts zur einfacheren, effektiven und wirtschaftlicheren Aufgabenerfüllung bedienen. Private haben keinen entscheidenden rechtlichen Einfluss auf die Aufgabenerfüllung⁶⁵.

⁶³ S. nur §§2 I, 9 NW Eigenbetriebs VO; Hauser, Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen, 1987, S. 104; Bodanowitz (o. Fußn. 2), S. 70ff.

⁶⁴ S. bspw. § 6 I, 3 NWAbfG

⁶⁵ Schoch, DVBl 1994, 1(3).

c) Materielle Privatisierung

Formen der sog. materiellen Privatisierung sind im Gegensatz zur bloßen formellen Privatisierung durch eine rechtliche Verlagerung der öffentlichen Aufgaben in den privaten Sektor gekennzeichnet. Die Beauftragung privater Dritter mit der bloßen Durchführung kooperativer Tätigkeiten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Übertragung originärer öffentlicher Aufgaben und Organisationsverantwortung (Beleihung/Delegation) sind zu unterscheiden. In Fällen der Beauftragung Dritter mit der Durchführung operativer Tätigkeiten der kommunalen Abfallentsorgung bzw. Abwasserbeseitigung bleiben die zuständigen Kommunen originär für die Erfüllung der Aufgabe verantwortlich. Bei Übertragung öffentlicher Aufgaben zur alleinverantwortlichen Erledigung auf private Dritte findet hingegen eine echte Aufgabenübertragung (Delegation) auf den privaten Betreiber statt, was zur rechtlichen Entlastung der Kommunen führt. Die Verantwortung der Kommunen beschränkt sich auf die ordnungsgemäße Auswahl, Überwachung und Kontrolle des privaten Dritten⁶⁶. Solche Reinformen materieller Privatisierung, also die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private (Aufgabenprivatisierung), sind selten und im Bereich der Abfall- und Abwasserentsorgung bislang nicht bekannt. So ist die Einschaltung privater Dritter im Rahmen des § 3 II 2 AbfG keine echte Aufgabenübertragung, da die Aufgabenverantwortung bei den Kommunen verbleibt und Private lediglich mit der Durchführung betraut werden⁶⁷.

d. Geltung des Abfallrechts.

Die Geltung des Abfallrechts setzt voraus, dass es sich bei den zu entsorgenden Gegenständen um Abfälle im Sinne des AbfG bzw. KrW-/AbfG⁶⁸ handelt. Kann ein Stoff oder Gegenstand nicht als Abfall qualifiziert werden, so stellt sich die Frage der Privatisierung der Abfallentsorgung nicht. In diesem Falle geht es lediglich um die Entsorgung von gebrauchten Gütern, Wirtschaftsgütern oder Rückständen, die nicht den Kommunen zur öffentlichen

⁶⁶ Schoch, DVBl 1994, 1(3).

⁶⁷ Obwohl eine solche Einschaltung privatwirtschaftlicher Unternehmen als Erfüllungsgehilfen keine echte Privatisierung darstellt, wird häufig - unkorrekt - von materieller Privatisierung gesprochen.

⁶⁸ Das KrW-/AbfG vom 27. 9. 1994 gilt seit dem 7. 10. 1996 in vollem Umfang

Aufgabenerledigung vorbehalten worden ist⁶⁹. Nach dem bis zum 6. 10. 1996 geltenden AbfG wird unter "Abfall" im Sinne des Abfallrechtes eine bewegliche Sache verstanden, deren sich der Besitzer entledigen will (subjektiver Abfallbegriff), oder deren geordnete Entsorgung zur Wahrung des Wohls der Allgemeinheit, insbesondere zum Schutz der Umwelt, geboten ist (objektiver Abfallbegriff)⁷⁰. Wiederverwertbare "Wirtschaftsgüter" fallen danach nicht unter das AbfG⁷¹. Das KrW-/AbfG führt in § 3 I dagegen eine neue, auf die Abfallrahmenrichtlinie der EG⁷² zurückgehende Definition des Abfallbegriffes ein. Danach sind Abfälle alle beweglichen Sachen, die unter eine der in Anhang 1 des Gesetzes aufgeführten Gruppen fallen und deren sich der Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss⁷³. Die neue Definition des Abfallbegriffs im KrW-/AbfG führt zu einer erheblichen Ausweitung des Abfallbegriffs. Künftig fallen damit bislang als "Wirtschaftsgüter" eingeordnete Reststoffe unter das Regime des Abfallrechts.

e. Geltung des Abwasserrechts.

Die Rechtsprechung⁷⁴ versteht unter dem Begriff "Abwasser", der weder im Wasserrecht des Bundes noch der Länder definiert ist, sämtliche verunreinigten oder sonst in seinen Eigenschaften veränderten Wässer sowie sämtliche (damit) abgehenden Wassergemische, ohne Rücksicht auf Ursache, Ausmaß und Schädlichkeit der Veränderung. Dem Abwasserbegriff unterfallen danach Schmutzwasser, d.h. das durch häuslichen, gewerblichen, industriellen, landwirtschaftlichen oder sonstigen Gebrauch in seinen Eigenschaften veränderte Wasser, sowie Niederschlagswasser, d.h. von Niederschlägen aus dem Bereich von Bauten oder befestigten Flächen abfließende und gesammelte Wasser, und ferner Sickerwasser, d.h. die aus Anlagen zum Behandeln, Lagern und Ablagern von Abfällen austretenden und gesammelten

⁶⁹ Schoch (o. Fußn. 9), S. 12ff. m. Nachw. zu den landesgesetzlichen Bestimmungen und Ausnahmen vom Grundsatz der Entsorgungspflicht

⁷⁰ § 1 I 1 Alt. 1 u. 2 AbfG.

⁷¹ S. nur BVerwG, NVwZ 1993, 988= NJW 1993, 3087 L = UPR1993,387;1993,389; zu Ausnahmenvorschriften s. § 1 III AbfG, dazu auch EuGH, NVwZ 1995, 885= EuZW 1996, 614= Kommission/Bundesrepublik Deutschland.

⁷² Art. 1 der Richtlinie vom 18. 3. 1991 zur Änderung der Richtlinie 75/442/EWG über Abfälle 91/156/EWG (ABIEG Nr. L 78, S. 32 - Abfallrahmenrichtlinie).

⁷³ Zum Abfallbegriff des KrW-/AbfG und Abweichungen von EG-rechtlichen Vorgaben s. nur Fluck, KrW-/AbfG, § 3 Rdnrn. 77ff.

⁷⁴ RGZ 16, 180; weitere Nachweise bei Gieseke/Wiedemann/Czychowski, WHG, 6. Aufl. (1992), § 7a Rdnrn. 3-6, § 18 Rdnr. 2.

Flüssigkeiten⁷⁵. Die Abwasserbeseitigung nach § 1bb8a I2 WHG umfasst im wesentlichen das Sammeln und Fortleiten des Abwassers sowie das Behandeln des Abwassers. Die für die Abwasserbeseitigung notwendigen Anlagen sind Kanalnetze und Kläranlagen, deren Erstellung und Betrieb als Gegenstand von Privatisierungen in Betracht kommen.

B. *La Privatización de funciones públicas en Colombia*

(Die Privatisierung öffentlicher Aufgabe in Kolumbien)

Introducción

Con el transcurrir de los años encontramos en la sociedad y la economía, diferentes etapas de evolución donde el Estado como organización social y jurídica siempre ha contribuido a ser el benefactor de los grandes acontecimientos económicos en la vida moderna del hombre. Quizá a partir de la concepción de Estado debamos trasladarnos a la historia, exactamente a la Edad Media cuando el concepto de Estado fue integrado gracias a la luz racionalista de los pensadores de la ilustración quienes dilucidaron, delimitaron y conformaron de entre los resquicios del anacrónico sistema feudal, a la entidad que hoy definimos como Estado.

Definimos hoy al Estado como la entidad jurídica política que se integra por la unidad de territorio, población, soberanía y gobierno que resulta de la afinidad en ordenamiento legal que identifica a un grupo de personas. Este concepto orientado al tema de estudio significa que debe ser el Estado un protagonista principal de los grandes procesos económicos en la vida del hombre, de esta forma lo dan a entender la Ley Fundamental de Bonn en Alemania y la Constitución Colombiana de 1991; la primera en los artículos 14 y 15, otorga una especial protección al derecho de propiedad por parte del Estado, como fuente de producción de recursos públicos dentro de una organización social establecida e inclusive impone a la propiedad la obligación de servir al bien común. De igual forma lo dispone la Constitución Colombiana en el artículo 334 donde establece que el Estado tendrá la dirección general de la economía e intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la

⁷⁵ Nisipeanu, Abwasser, 1991 S. 143.

calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Sin embargo hoy nos encontramos con el tema de la privatización de funciones públicas que nace propiamente de la coyuntura económica actual y que controvierte un poco los diferentes preceptos constitucionales, pues es claro que el Estado hoy busca cada vez mas alejarse de aquellas actividades donde tenga que intervenir en la economía.

Planteado de esta forma el problema de las Privatizaciones, esta investigación desarrollará el tema de la privatización de funciones públicas en Alemania y Colombia, partiendo desde la conceptualización del tema y los diferentes tipos que encontramos en la dogmática jurídica y económica para luego entrar al estudio y cuestionamiento jurídico de algunos ejemplos ocurridos en materia de Privatizaciones tanto en Alemania como en Colombia.

I. Concepto y modelos de Privatización de funciones públicas en Colombia

1. Concepto de Privatización en Colombia

Definir la privatización como “una decisión pública que implica la confianza en medios privados para alcanzar fines públicos”⁷⁶, como “un proceso de contratación que traslada servicios públicos, responsabilidades y activos de capital, total o parcialmente, del sector público al sector privado”⁷⁷ o como “una variedad de técnicas o arreglos, bajo los cuales servicios públicos tradicionales son provistos por entidades privadas”⁷⁸, no resulta suficientemente preciso –por tratarse de enunciaciones demasiado amplias según las cuales toda forma de vinculación privada con entidades estatales significaría un proceso de privatización. Por ello se intenta en esta parte una aproximación más detallada diferenciando y relacionando la privatización con otros mecanismos.

La privatización se entiende como un proceso de cambio en el ámbito de un sistema público o mixto (público-estatal-privado) de provisión de un bien o servicio. En un estado inicial de preprivatización se pueden señalar dos posibles escenarios de configuración de proveedores,

⁷⁶ Quinlan J.M., Thomas, C.W. y Gautreaux, S. (2001) The privatization. Chapter 10 of Ballati, D., Privatizing governmental functions, Law Journal Press.

⁷⁷ Austin, J. y Coventry, G. (2001) The privatization.

⁷⁸ Alliance for redesigning government. National Academy of Public Administration. Competitive Government Glossary. <http://www.alliance.napawash.org>

donde los consumidores de los servicios o los bienes pueden ser organizaciones estatales o personas privadas (estatales o no estatales⁷⁹).

En sentido jurídico, la Corte Constitucional ha reiterado similar concepto en varias ocasiones al definir la privatización como “... el proceso relativo a la transferencia de toda o parte de la propiedad de una empresa del sector público al sector privado, dentro de una estrategia dirigida a mejorar la productividad de la inversión económica, con menores costos, y reducir, por otra parte, el tamaño del Estado especializándolo en aquellas áreas de importancia para el interés general”⁸⁰.

a. Sistema de provisión de bienes o servicios estatales

Existen uno o varios principales de naturaleza pública estatal que actúan como parte en un contrato de provisión o de regulación y una o varias agencias públicas proveedoras y reguladas. Aquí unas o varias unidades de gestión⁸¹ estatales crean el marco regulatorio para la prestación de un servicio o la provisión de un bien y definen los recursos que serán destinados para tal efecto. Otras unidades de gestión de carácter público se encargan de producir el bien o el servicio con base en los recursos que le son asignados a través del marco regulatorio. Estas agencias pueden operar en forma autónoma o heterónoma lo cual define el tipo de responsabilidad que deben asumir y la forma en la que los principales realizan la vigilancia y el control.

Cuando el sistema de provisión es meramente público como en este caso se privatiza, esto significa que se “abre” para permitir la incorporación de agentes privados con ánimo de lucro (unidades de gestión autónomas frente a todas sus operaciones, que como tales tienen derechos de control residual sobre todos o una parte de los activos ligados a la producción del bien o la prestación del servicio⁸²). Con la privatización el sistema puede asumir la configuración descrita en el segundo escenario o la de uno o varios principales estatales en relación con agentes

⁷⁹ Implicando con esto que el servicio puede estar siendo provisto por organizaciones no gubernamentales o sin ánimo de lucro y asimiladas.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-037/94.

⁸¹ Unidad de gestión o unidad de decisión: Organización que recibe insumos y genera productos a partir del cumplimiento de las funciones asignadas a unas áreas misionales y otras de apoyo integradas bajo una dirección.

⁸² Esto significa, que situaciones en las cuales la organización pública no transfiere la propiedad sobre los activos de la unidad de gestión, sino que los entregan en arrendamiento para que con base en ellos el agente privado desarrolle en forma autónoma sus compromisos contractuales considerándose esto como una forma de privatización.

privados con ánimo de lucro, exclusivamente. Esta última condición se alcanzaría a través del mecanismo a continuación se describe.

b. Sistema de provisión de bienes o servicios mixtos; privados y estatales

Sistema de provisión de bienes o servicios en el cual algunos actores son públicos y otros privados con ánimo de lucro. Existen uno o varios principales de carácter estatal que actúan como parte de un contrato de provisión o de regulación y varias agencias, entre públicas y privadas, que son proveedoras y objeto de regulación. El rasgo diferenciador de este escenario es la naturaleza de los agentes. Algunos de ellos pueden ser privados con ánimo de lucro que operan en forma autónoma, sujetos, además del esquema regulatorio, a formas de vigilancia y control que dependen del carácter privado, público propio o público impropio del servicio público, semipúblico o privado del bien.

Cuando el sistema de proveedores es mixto, la privatización implica que la propiedad sobre algunas o todas las agencias-unidades de gestión públicas es transferida hacia personas privadas con ánimo de lucro (y por tanto el control sobre todas sus operaciones se desarrollará en forma autónoma sin perjuicio de que las organizaciones estatales continúen ejerciendo el papel de principal en un contrato regulatorio) o que dichas agencias son suprimidas.

Una forma simplificada de definir la privatización compatible con lo anteriormente expuesto es la que presenta Savas: “hoy, la privatización ha llegado a simbolizar una nueva manera de percibir las necesidades de la sociedad, es el acto de reducir el papel del gobierno (sic) o de incrementar el papel del sector privado en una actividad o en la propiedad de activos”⁸³.

⁸³ Savas, E.S. *Privatization*, New Jersey, Chathan House Publisher, 1989. Citado por Cohen, S. (2001) Marco conceptual para delegar la responsabilidad y las funciones del gobierno al sector privado. Revista de Economía Institucional, No.4. Primer Semestre. Pontificia Universidad Javeriana.

2. Modelos de Privatización en Colombia

a. La tercerización (*outsourcing*)⁸⁴

Este modelo parte del principio de que no existen organizaciones verdaderamente eficientes en todas sus actividades, ya que en muchas de ellas no se alcanza la escala de producción mínima⁸⁵. Las unidades económicas de gestión deben buscar la especialización “a través de terceros que resulten capaces de ejecutar ciertas actividades mejor que la propia organización, a efectos de que esta última se pueda centrar en su misión básica o actividad específica, con el objeto de obtener así un mejor resultado integral”⁸⁶. Las actividades que son típicamente objeto de tercerización son las de logística, administración, procesos de producción, obtención de materiales, comercialización y servicios generales.

Para el caso de las organizaciones estatales la tercerización significa que el desarrollo de todas o algunas de las actividades que no hacen parte de su núcleo funcional diferenciador⁸⁷ es contratado con otras organizaciones especializadas en ellas (públicas o privadas), permitiéndole al ente estatal concentrarse exclusivamente en las actividades que conforman su “core competence” y posiblemente prescindir de las dependencias encargadas de las primeras.

Bajo este esquema la organización estatal continúa dirigiendo las operaciones de provisión del servicio o el bien y el contratista proporciona insumos para el proceso de producción o se encarga de algunas etapas del mismo. Se colige que la tercerización exige una clara identificación de las funciones que son consideradas nucleares frente a las que no lo son. El marco constitucional y legal que sustenta la existencia de cada una de las organizaciones estatales representa un punto de partida clave e indispensable para acometer esta tarea.

⁸⁴ Outsourcing: The procuring of services or products, such as the parts used in manufacturing a motor vehicle, from an outside supplier or manufacturer in order to cut costs. The American Heritage® Dictionary of the English Language. <http://www.bartleby.com/61/>

⁸⁵ Stolovich, L. La tercerización ¿con qué se come? Biblioteca virtual, sala de lectura. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clasco). <http://www.clasco.org>

⁸⁶ Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1997) Conceptos y reflexiones sobre la tercerización. Herramientas para el análisis económico y estratégico. V Congreso internacional de costos. Acapulco, Gro. México. Julio 1997. <http://www.cpcecf.prg.ar/coltec/out1.htm>

⁸⁷ El núcleo funcional diferenciador para el caso de las organizaciones estatales lo conforman aquellas funciones que significan el despliegue de los atributos propios del Estado como institución jurídico-política o aquellas en relación con las cuales poseen las capacidades requeridas para proporcionar un valor agregado superior al que pueden generar otras organizaciones con objetos y objetivos similares.

Es importante diferenciar que a través de la tercerización no se está desplazando el control de las operaciones de la unidad de gestión de principales y agentes estatales a agentes públicos o privados. El Estado conserva las funciones nucleares y la vigilancia y el control (además, obviamente, la de regulación) sobre las restantes.

b. Publicitación (Publicization)

Este término, acuñado por Anthony Giddens, hace referencia a un proceso intermedio entre la privatización y la estatización tradicionales⁸⁸ en el que las organizaciones que reciben el encargo o la responsabilidad de desempeñar las actividades que antes eran realizadas por una unidad de gestión estatal o privada con ánimo de lucro son de carácter público no estatal o más concretamente privadas sin ánimo de lucro u organizaciones no gubernamentales.⁸⁹ La diferencia última de la publicitación frente a la privatización radica, entonces, en la naturaleza de la organización que entra a operar la unidad de gestión. Los demás rasgos de la privatización hacen parte de la definición de publicitación.

c. Contratación externa⁹⁰ (contracting out)

Se puede definir este modelo como el uso de firmas privadas (sin excluir la posibilidad de contratación con otras organizaciones del sector público) en la provisión de servicios gubernamentales no comerciales, para el gobierno o para el público, a cambio de un pago por parte del Estado o de los beneficiarios financiados por éste⁹¹. El origen de los pagos, siempre los presupuestos de organizaciones del Estado, es una condición definitoria de este mecanismo.

De los términos presentados, el de contratación externa es el de mayor amplitud y bajo ciertas condiciones comprende los de privatización, publicitación y tercerización. Si se privatiza, publicita o terceriza a través de la celebración de un contrato de provisión de bienes y servicios

⁸⁸ Quenelle, B. (2002) Tony Blair juggle avec sa « troisième voie ». Le Soir, Matignon 2002, mardi 18 juin

⁸⁹ Se excluyen, por tanto, adaptaciones del término como la presentada por Alliance for Redesigning Government que está alejada de su sentido original: “lo opuesto a privatización”. Ver <http://www.alliance.napawash.org>

⁹⁰ Keefer, P. (1998) Contracting out. An opportunity for public sector reform and private sector development in transition.

cuyos pagos tienen origen, directa o indirectamente, en recursos del presupuesto de organizaciones estatales los procesos puede denominarse indistintamente de contratación externa.

Gran parte de la literatura internacional hace uso de este término. Sin embargo, a lo largo del estudio se emplea el de privatización con el objeto de capturar las particularidades de este mecanismo.

II. Ejemplos de Privatización de funciones públicas en Colombia

Como resultado del programa de Privatizaciones, en el sector minero-energético se decidió vender: siete plantas de generación⁹² eléctrica; la participación accionaria de la Nación en la Empresa de Energía del Pacífico S.A - EPSA; Cerromatoso S.A.; Carbocol S.A.; y la participación de Ecopetrol en Invercolsa, Gas Natural y Promigas. En el sector financiero se decidió vender el Banco Popular y otras entidades del sector.

1. La Privatización en las empresas de explotación energética

a. Empresa de Energía del Pacífico S.A - EPSA

A partir de 1992, dada la crítica situación administrativa y financiera de las empresas del sector eléctrico, se adelantó un programa de reestructuración sectorial, que incluyó: i) operaciones de saneamiento financiero⁹³ que permitieron a la Nación realizar intercambios de deuda por activos y acciones de algunas empresas⁹⁴; ii) medidas para reducir las distorsiones tarifarias; iii) transformación del marco institucional y regulatorio, para introducir competencia en el

⁹¹ En este punto puede ser consultada la obra del Prof. Gustavo Penagos, “La privatización en Colombia”, Ediciones el Profesional. 1. Edición – Bogotá- 2001.

⁹² Incluyen las plantas de propiedad de la Nación (Betania, Chivor, Termocartagena y Termotasajero) así como las plantas térmicas de Ecopetrol (Ocoa, Yumbo y Gualanday).

⁹³ Las medidas dirigidas a lograr el saneamiento financiero del sector se iniciaron con la capitalización de cerca de US\$2.000 millones, con lo cual se disminuyó en 40% el endeudamiento del sector.

⁹⁴ La Nación recibió, entre otros, los activos y acciones que decidió enajenar a finales de 1996. Así mismo, la transformación institucional se inició con la reestructuración de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC) y la creación de la Empresa de Energía del Pacífico S.A., con la que se separaron las actividades ambientales de aquellas relacionadas exclusivamente con el sector eléctrico.

suministro de energía eléctrica; y iv) preparación de un plan de inversiones tendiente a aumentar la generación térmica y la participación del sector privado.

La Empresa de Energía del Pacífico EPSA, fue constituida como una Sociedad Anónima catalogada como empresa de servicios públicos domiciliarios y de generación de energía en diciembre de 1994.

Así mismo, las acciones que la nación poseía en la Empresa de Energía del Pacífico, fueron vendidas en junio de 1997, a través de un contrato de compraventa de acciones suscrito entre la Financiera Eléctrica Nacional S.A. (FEN) y el Consorcio EDC Colombian Energy Ventures INC., lo que constituyó la segunda fase del programa de enajenación de acciones de EPSA.

La Empresa de Energía del Pacífico S.A.E.S.P (EPSA) es la mayor generadora y distribuidora eléctrica del occidente del país.

Actualmente, cuenta con tecnología de punta en las áreas de transmisión y distribución de electricidad que le permiten atender con eficiencia a más de 322.000 clientes en 38 de los 42 municipios del Valle del Cauca.

EPSA cuenta además con 270 kms. de líneas de transmisión de 230 kw, lo cual representa el 21% de la red de transmisión nacional.

A pesar de ser las primeras privatizaciones en el sector de infraestructura, las ventas de los activos de generación convocaron una participación significativa por parte de inversionistas internacionales. Se resalta la exitosa venta de Betania⁹⁵, la cual se constituyó en la tercera venta de activos en Latinoamérica. Así mismo, el valor de la venta de Chivor, fue superior al valor medio de las Privatizaciones de centrales hidroeléctricas efectuadas a la fecha en Latinoamérica. En la venta de EPSA, se adjudicó 57% de la empresa, valorizando el patrimonio de ésta en un 90%. Estos ejemplos reafirman que con las Privatizaciones del sector eléctrico se ha dado un paso importante hacia la consolidación del mercado eléctrico del país.

b. Empresa de Energía de Bogotá EEB

La Empresa de Energía de Bogotá actualmente se constituye como un *holding*⁹⁶ del sector energético que centra sus actividades en la transmisión de energía y que posee acciones en otras empresas del sector, siendo las principales CODENSA y EMGESA, empresas que fueron resultado del proceso de capitalización que se llevó a cabo en la EEB, el cual será explicado a continuación.

En el siguiente cuadro se resumen los accionistas y sus respectivas participaciones en el total de acciones de la Empresa de Energía de Bogotá a Diciembre de 2002.

Distrito Capital	81.5%
Ecopetrol	7.3%
Luz de Bogotá S.A.	5.5%
Capital Energía S.A.	5.5%
Otros	0.1%
Otros accionistas privados	0.058138%
ETB	0.042446%
EAAB	0.008490%
FEN	0.000425%
Asociación de Ingenieros de la EEB	0.000425%
Coopenergía	0.000509%
Sociedad Pensionados EEB	0.000043%
Fondo Empleados EEB	0.000043%

La situación de la EEB antes de su proceso de capitalización, era bastante negativa, ya que adeudaba una suma superior a los US\$ 500 millones, acompañada de una crítica iliquidez que imposibilitaba el pago de esta deuda. Sus principales acreedores eran el FEN, el BID, BIRF y ECOPETROL, los cuales tenían garantía de la nación. Esta difícil situación financiera tuvo un impacto negativo sobre la calidad y cobertura del servicio, debido al bajo nivel de inversión y a la dificultad de reducir las pérdidas técnicas y no técnicas.

La incursión de capital privado en la empresa de energía de Bogotá no constituyó un proceso de privatización, sino que se llevó a cabo por medio de un proceso de capitalización en el cual

⁹⁵ Su valor de venta fue cercano a US\$1'000,000 por MW, una de las de mayor valor en Latinoamérica.

llegaron a formar parte de las nuevas sociedades unos inversionistas operadores estratégicos, los cuales adquirieron el derecho de participar como socio en dos establecimientos de comercio ya existentes.

Este proceso no llevó consigo alguna venta formal de ningún activo de la empresa de energía de Bogotá. Los inversionistas adquirieron el 48.5% de la propiedad accionaria de las CODENSA Y EMGESA, por su parte la EEB aportaba a estas sociedades el equivalente al 51.5%, representado en infraestructura, que ya estaba incorporado como patrimonio del establecimiento de comercio.

Como resultado del proceso de capitalización y transformación consolidado en la EEB en 1997, la Empresa centró su negocio operativo en la transmisión de energía.

Hoy la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP se ha conformado como un Holding, que además de la transmisión, participa con acciones en el negocio de Distribución de Energía a través de CODENSA, en la Generación con EMGESA, en gas a través de Gas Natural S.A. y en otras compañías donde su participación es minoritaria, como es el caso de ISA, ISAGEN, EMSA, entre otras.

Actualmente la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP, es una compañía sólida y estable, que ha impulsado un proceso de adecuación tecnológica, de certificación de sus procesos según norma ISO 9002, con una sana situación financiera.

En los últimos dos años ha distribuido utilidades considerables, especialmente a su socio mayoritario, la ciudad de Bogotá D.C., para la inversión social y la conformación de su amoblamiento urbano.

La actual Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP, se ha conformado como una sociedad por acciones, que además del negocio de Transmisión de Energía, participa con acciones en los negocios de Distribución a través de CODENSA, en la Generación con EMGESA, en Gas a través de Gas Natural S.A. y en otras compañías donde su participación es menor, como es el caso de ISA, ISAGEN, EMSA, entre otras.

⁹⁶ **Holding** (plural, holdings). Sociedad poseedora de una cartera de acciones de diversas empresas, que pueden pertenecer al mismo sector o a sectores diversos. El activo industrial queda en posesión de las empresas y las acciones se atribuyen al holding. http://www.estudiantes.elpais.es/EPE2002/libroestilo/dic_ho.asp

c. Interconexión Eléctrica –ISA

Interconexión Eléctrica S.A. –ISA- es un grupo empresarial colombiano constituido por sus filiales TRANSELCA e Interconexión Eléctrica ISA Perú S.A., pertenecientes al Sector Eléctrico; e INTERNEXA y su asociada FirstMark Communications Colombia S.A., del Sector de las Telecomunicaciones.

Como empresa mixta de servicios públicos, está vinculada al Ministerio de Minas y Energía, y su negocio fundamental es el transporte de energía a alto voltaje en Colombia.

El objetivo social de ISA exige compromisos específicos con la sociedad en las diferentes formas organizativas y expresiones culturales en el ámbito local, regional y nacional. En este contexto, y mediante la prestación efectiva, rentable y sostenible de todos sus servicios, la Compañía contribuye, con criterio de responsabilidad social, al mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos y al desarrollo del país.

Como líder en el transporte de energía con cubrimiento nacional, posee y opera la más extensa red de transmisión a alto voltaje en Colombia lo cual equivale al 69.74% del total del Sistema de Transmisión Nacional –STN-.

En el negocio de conexión participa con una capacidad de transformación que cubre el 44% de este servicio en el mercado nacional. Adicionalmente, cuenta con tres puntos de conexión asociados a interconexiones internacionales con Ecuador y Venezuela.

Su sede principal esta localizada en la ciudad de Medellín – Colombia, y para la operación y el mantenimiento de sus redes tiene cinco Centros de Transmisión de Energía, ubicados estratégicamente a lo largo del territorio colombiano.

ISA comenzó su proceso de capitalización en el año de 1999, bajo un plan denominado “ISA ACCIONES PARA TODOS” en el cual ofreció 115 millones de acciones equivalentes a \$101.200 millones. De las cuales fueron demandadas 146.7 millones de acciones, es decir que hubo una sobre demanda del 29%, equivalente a \$129.046 millones. De esta forma ISA logró convertirse en la primera empresa de servicios públicos inscrita en la Bolsa de Valores y la

empresa que tiene el mayor número de accionistas en el país: más de 61.000⁹⁷ colombianos son socios de la compañía.

La participación del Estado se redujo en un 10,63%, aumentando de esta forma la participación de inversionistas privados.

La acción ISA tuvo un precio de colocación de \$850, alcanzando un máximo histórico de \$1.151 y un mínimo de \$840, el 9 de febrero de 2001, en la bolsa de Occidente. Los accionistas privilegiados recibieron dividendos en el año 2001 por un valor de \$124,72 por acción lo cual significa una rentabilidad por dividendo del 14.67%, la más alta del mercado (\$75 por privilegiadas y \$49,72 para ordinarias).

d. Carbón de Colombia S.A. -Carbocol

El contrato de asociación para la exploración, explotación y desarrollo del complejo minero del Cerrejón Zona Norte, entre Carbocol e Intercor, se suscribió en 1976, con duración de 33 años, los cuales llegan a su fin en febrero del 2009.

En el contrato de asociación, Carbocol e Intercor son propietarios, cada uno de ellos, de la mitad del carbón extraído, y contribuyen en partes iguales los gastos de operación e inversión. De igual forma, las inversiones iniciales, estimadas en US\$ 3.000 millones, fueron asumidas en partes iguales entre los socios. Para efectos de la ejecución del contrato, Intercor es el operador del complejo, encargado de las operaciones correspondientes a la explotación, transporte y embarque del carbón.

En los últimos años, las elevadas obligaciones financieras de Carbocol, asociadas con las inversiones iniciales, y los bajos precios del carbón⁹⁸, han elevado el endeudamiento de la empresa hasta llegar a US\$1.030 millones.

⁹⁷ Tomado de Informe anual ISA 2001

⁹⁸ Los precios reales del carbón posteriores a la construcción del complejo minero fueron muy inferiores a los inicialmente estimados durante la estructuración del negocio. Para 1996 se proyectaron precios cercanos a los US\$200/Ton y en la actualidad se encuentran en US\$34/Ton. (Fuente Documento CONPES 2895 de 1996).

Actualmente se adelanta la venta de Carbocol. Con la venta de Carbocol, se lograra que el Estado, a través del IFI, reduzca su participación en empresas industriales que ya se encuentran en una etapa madura. De esta forma, se permite la liberación de recursos del IFI para ser invertidos en las necesidades de capital de industrias y/o proyectos de índole estratégica en su etapa inicial. De otra parte, Carbocol en su etapa de producción inicial recibió capitalizaciones directas para solventar transitoriamente su déficit financiero.

Actualmente, la naturaleza y necesidades de la empresa requieren vincular más capital privado.

e. Los activos de ECOPETROL

Los procesos de privatización de *ECOPETROL* culminados a la fecha, se han concentrado en las ventas de empresas de distribución y de transporte de gas. De otra parte, las plantas de generación no recibieron ofertas dentro del proceso de venta de activos, pero su proceso se redefinirá en los proximos 4 años. Cabe anotar que la venta de Gas Natural se constituye en la venta por medio de mercado de valores más concurrida y donde se alcanzó la mayor puja por las acciones.

Inversionistas sector hidrocarburos ⁹⁹

PROCESO	INVERSIONISTAS
Promigas	ENRON (U.S.A)
Gas Natural	GAS NATURAL LATIAM. (ESPAÑA)

2. La Privatización de Bancos y Compañías de Financiamiento

Como resultado de la crisis en la década de los 80's, el Gobierno Central tomó posesión de varias entidades de la Banca Comercial. Posteriormente, y consciente de que la actividad del Estado se debe restringir a regular y supervisar el sector, así como a mantener su participación en entidades encargadas del desarrollo de sectores estratégicos (bancos de desarrollo¹⁰⁰ y Caja Agraria), se

⁹⁹ Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

¹⁰⁰ FEN, Balcode, IFI, Findeter y Finagro

decidió vender algunos bancos comerciales. Cabe señalar que estos procesos han sido coordinados por FOGAFIN¹⁰¹.

Tanto en el caso del Banco Popular como en Cerromatoso, se contó sólo con un oferente en la segunda etapa. En el proceso de Banco Popular, los inversionistas percibían un alto riesgo ante la incertidumbre de que los depósitos oficiales se retiraran de la entidad después de su privatización. Adicionalmente, la entidad contaba con un elevado pasivo pensional. A pesar de esto, el precio que se pagó incluía una prima operacional de 1.4, la cual de acuerdo con las cifras publicadas por las Bolsas del país, se ubicaba en 1.15 para acciones similares a las ofrecidas en el momento de la venta.

En cuanto a Cerromatoso, existía una limitación natural en la oferta, porque la dependencia de la empresa en la volatilidad de precios como el ferroníquel, hizo que esta no fuera muy atractiva para inversionistas de portafolio y redujo su enfoque a inversionistas estratégicos en el sector. Con el fin de incentivar el interés de estos compradores, el Gobierno promovió el desarrollo de un contrato de comercialización de ferroníquel para garantizar a los posibles compradores el derecho del mineral¹⁰². Sin embargo los inversionistas al encontrarse con una oferta de participación minoritaria que no otorgaba el control administrativo y operativo de la empresa no se interesaron masivamente.

Inversionistas ; Cerromatoso y Banco Popular¹⁰³

PROCESO	INVERSIONISTAS
Banco Popular	Grupo Sarmiento
Cerromatoso	Billinton

La Nación prevé enajenar su participación remanente en el Banco Popular. Esta venta se realizará por medio de la bolsa, utilizando intermediarios calificados como canales de distribución.

¹⁰¹ Fondo de Garantías e Instituciones Financieras.

¹⁰² De esta manera el nuevo inversionista, con un 47% de participación accionaria, podría acceder a 30% del material en el primer año y a 47% a partir del segundo año.

3. Privatización en el servicio de Telecomunicaciones TELECOM

En el caso de TELECOM, primero se procedió a su liquidación, lo que implicó el despido de más de 2.400 trabajadores, y de sus cenizas surgió la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios que se denominará -Colombia Telecomunicaciones S. A. E.S.P.-, como una sociedad anónima prestadora de servicios públicos domiciliarios¹⁰⁴.

La naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios es la de sociedades por acciones, regidas por el derecho privado. Sus trabajadores están sujetos al Código Sustantivo del Trabajo. A renglón seguido, el Parágrafo del Art. 17, señala que las entidades descentralizadas de cualquier orden nacional o subnacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado. Sus trabajadores están sujetos al régimen aplicable a los trabajadores oficiales, con excepción de los altos cargos que tienen la calidad de empleados públicos. Colombia Telecomunicaciones S.A.-E.S.P, es una empresa por acciones, luego, es una empresa de naturaleza privada.

Como quiera que, mediante la reciente reforma laboral, se adoptó una definición que prácticamente liquida la figura e implicaciones laborales de la sustitución patronal, le permitió al Gobierno liquidar a todos los trabajadores.

En efecto, según se constata en la voluminosa y reciente publicación de la Contraloría “Colombia entre la exclusión y el desarrollo”¹⁰⁵, en el campo de las comunicaciones “la mayor porción del mercado está capturada por tres operadores: la Empresa de Teléfonos de Bogotá (ETB), Empresas Públicas de Medellín (EPM) y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom.). Las dos primeras, ETB y EPM, tienen significativas economías de escala, ya que trabajan en núcleos urbanos con niveles altos de densidad telefónica como son Bogotá y Antioquia; y a diferencia, Telecom. Con una mayor cobertura territorial pero con mayor dispersión telefónica atiende sectores del mercado no rentables, factores que elevan sus costos y disminuyen sus ingresos potenciales. Los otros operadores más pequeños, según su cobertura y monto de activos, se concentran en determinadas ciudades y/o municipios atendiendo porciones

¹⁰³ Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

¹⁰⁴ El régimen jurídico está establecido por la Ley 142 de 1994.

¹⁰⁵ Publicaciones Contraloría General de la República, 2003, No 213, Bogotá.

menores del mercado. Estos operadores son en total 37, de los cuales 16 son socios de Telecom, dentro del grupo llamado Teleasociadas”.

Por otra parte el documento aludido, señala que las empresas del sector de las telecomunicaciones son Empresa Industriales y Comerciales del Estado, algunas están distribuidas por acciones en las que la mayor participación la tiene el Estado y solamente una es de carácter privado. El sector cuenta con un monto de activos que alcanza los \$15 billones, de los cuales más del 88% corresponde a inversión estatal y 10% a mixta, mientras que tan sólo el 2% es privado. Todo el sector cuenta con 6.865.140 líneas en servicio. Sin embargo, no obstante el elevado monto de los activos del sector y la inmensa cobertura, se advierte que, además de las desventajas de competitividad de TELECOM frente a la ETB y las EPM, su pasivo laboral asciende a 3.5 billones.

Otro factor que conllevó a la Privatización de Telecom fueron los denominados contratos de asociación a riesgo compartido celebrados por Telecom -empresa industrial y comercial del Estado perteneciente al sector descentralizado nacional- con las multinacionales Alcatel, Ericsson, Itochu, Nortel, Siemens y NEC, firmados a partir de 1993, tenían como propósito la expansión de la infraestructura de telecomunicaciones de la empresa por medio de la penetración en los mercados de telefonía local y su conversión en un operador integral de telecomunicaciones.

Bajo el esquema, Telecom debía compensar a su firma asociada en caso de que los ingresos del proyecto fueran inferiores al 90% de los proyectados y le aseguraba un flujo de caja acorde con las proyecciones contractuales de líneas instaladas o vendidas. Se firmaron 14 contratos que preveían la instalación de 1.78 millones de líneas telefónicas a nivel nacional; finalmente se instalaron 1.59 millones. Sin embargo, el diseño y la ejecución de los contratos y convenios firmados presentan graves problemas de índole administrativo, económico y técnico y tales se pueden resumir de la siguiente manera¹⁰⁶:

Proyecciones de demanda sobreestimadas. Las obligaciones contractuales serían cubiertas con la facturación de las líneas instaladas, pero éstas, cuanto fueron comercializadas y vendidas, no generaron los recursos previstos. Los ingresos operacionales tan sólo han llegado a niveles de

¹⁰⁶ Ibidem 105.

ejecución máximos del 35% de tráfico con cumplimiento del 38% en promedio y las líneas en servicio no han alcanzado la mitad del valor pronosticado. El estrato socio económico que constituyó el nicho de mercado para las nuevas líneas no registró un volumen suficiente de marcaciones ni un valor de la conexión que equilibrara los modelos financieros de los contratos. Baja gestión en la comercialización, venta, facturación y operación de redes y servicios de telecomunicaciones. Su operador de telefonía local, Capitel, cuenta con más de 200.000 líneas pendientes por comercializar de los 1.59 millones instaladas que por ende no están generando recursos por facturación.

Las multinacionales exigen que Telecom las compense en US\$1.500 millones mientras la Empresa considera que el monto adeudado es de US\$800 millones. La suma solicitada estaría justificada porque las inversiones necesarias para poner en marcha los convenios ascendieron a US\$2.863 millones, de los cuales han sido cancelados menos de US\$1.400 millones a través de facturación de estas líneas¹⁰⁷.

Los contratos de riesgo compartido, conocidos como “joint ventures”, el pasivo pensional, los malos resultados de negocios como la incursión en la telefonía inalámbrica con Comcel, en la telefonía satelital con GlobalStar, en la televisión con el canal Teveandina y en la telefonía local con Capitel y el permanente conflicto sindical hacen de Telecom un caso mas de Privatización, debido a que ha perdido su posición estratégica en el mercado de las telecomunicaciones (no accedió en su momento al mercado de telefonía celular y quedó impedido para participar en el negocio de las PCS) y se habría vuelto financieramente inviable.

De lo anterior se colige sin mucha dificultad las razones que dieron lugar a la liquidación de TELECOM y no su transformación, formula que permitió el despido con indemnización de sus trabajadores y, por supuesto, la perdida de vigencia de la convenciones colectivas de trabajo que garantizaban sus prerrogativas especiales, sobre todo, en materia pensional.

¹⁰⁷ Contra las decisiones de los tribunales de arbitramento que le han sido adversas, Telecom ha interpuesto los recursos en la jurisdicción contenciosa administrativa. El viernes 7 de julio de 2002, el Consejo de Estado negó el

III. Cuestiones jurídicas sobre la Privatización de funciones públicas en Colombia

« Empresas con participación de Estatal »

1. El concepto de democratización en los procesos de Privatización

Uno de los pilares en la preparación de los procesos de privatización es la valoración de las empresas. Esta permite establecer una aproximación al valor comercial de la participación en venta, pero en todo caso carece de total certeza ya que no cuenta con una convalidación por parte del mercado. En Colombia, debido a los fallos de la Corte Constitucional, en los cuales se debe ofrecer en primera instancia a precio fijo las acciones al sector solidario, este valor se constituye en un precio base para la segunda vuelta.

Al respecto y sobre el tema de la Privatización la Corte Constitucional define los alcances de esta al subrayar que:

“Democratizar la propiedad accionaria en las empresas oficiales, exige el establecimiento de vías apropiadas para hacer viable la concurrencia de ciertos sectores económicos, que la Constitución señala, en el capital accionario de aquellas, lo cual no significa, que los beneficiarios estén constreñidos a utilizar los privilegios que se les ofrecen, ni tampoco, que la propiedad oficial deba consolidarse irremediamente en cabeza de éstos. Lo que esencialmente persigue el inciso segundo del artículo 60 de nuestra Carta, es impedir la concentración oligopólica del capital dentro de los medios de producción y del sistema financiero, e igualmente dirigir el proceso de desconcentración accionaria hacia unos beneficiarios particulares que son los propios trabajadores de las empresas y las organizaciones solidarias, con lo cual se avanza en el proceso de redistribución de los ingresos y de la propiedad, que es una meta esencial de un Estado Social de Derecho.”¹⁰⁸

La democratización de la propiedad accionarial, mediante el acceso preferencial a dicha propiedad, por los trabajadores y "las organizaciones solidarias y de trabajadores", constituye el reconocimiento expreso del estímulo, protección y promoción que quiso el constituyente otorgar a las referidas formas de organización.

recurso presentado por la Empresa contra la decisión de un tribunal que le ordena pagar a la firma Nortel Networks la suma de \$149,797 millones como anticipo de un contrato.

Ahora, si se tiene en cuenta que la Constitución, por su propia naturaleza, no puede instrumentar mecanismos específicos para alcanzar su desarrollo, resulta perfectamente explicable el hecho de que recurra a la ley con el fin de lograr que se traduzca en realidad sus cometidos, lo cual responde a la tendencia que se refleja en la nueva Carta de fortalecer la participación del legislador en la regulación de los asuntos de interés vital para la comunidad.

2. La democracia en la administración y en la propiedad de las empresas

La democratización de la administración y de la propiedad empresarial es una concepción económica y política que, particularmente después de la segunda guerra mundial, han tratado de instaurar, con mayor o menor éxito, las sociedades del mundo occidental, como una 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.

Esta política supone la coparticipación de los trabajadores en el manejo de las industrias (democracia industrial) y, por otra parte, la posibilidad de que éstos accedan a la propiedad de las empresas (democracia económica), todo ello dentro del marco de una economía de mercado.

3. La democracia industrial

Tiene como objetivo una política dirigida a mejorar y garantizar los derechos de los trabajadores mediante su participación en la dirección y administración de las empresas, reconociéndoles de esta forma su significación como elemento determinante y vital en el proceso de producción.

En su condición de coadministradores, los trabajadores participan en las grandes decisiones sobre organización de la producción, la incorporación de nuevas tecnologías, la planeación industrial y las variables que implican las relaciones laborales, lo cual ha favorecido, en donde se ha podido establecer este estilo de gestión empresarial, la armonía en las relaciones internas de la empresa, la eficacia en los rendimientos industriales y la elevación de la moral laboral.

¹⁰⁸ Corte Constitucional Sentencia C-037 de 1994.

En términos políticos, se considera que "la democratización de la empresa" es condición para el desenvolvimiento de las ventajas que ofrece la economía de mercado, con lo cual se logra la participación de los trabajadores en el proceso productivo, la redistribución del ingreso y adicionalmente se amplía la base de los consumidores.

4. La democratización económica

Aquí los alcances de la democracia 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. Por ello, esta política apunta, como primer intento, a superar las desigualdades económicas y sociales que se evidencian entre los trabajadores y los empresarios, pero también, a insertar a aquéllos, 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.

Se ha dicho, con razón, que "en la etapa de reajuste del sistema capitalista que inexorablemente vendrá, tendrán sin duda en vigencia nuevas formas de propiedad social distintas al concepto tradicional de las nacionalizaciones y modalidades de organización empresarial, más descentralizadas y de carácter comunitario, abiertas a las recientes tecnologías. Igualmente se vislumbra la urgencia de crear una nueva y progresiva estructura social de acumulación, de formación colectiva de capital. En este panorama, la democracia industrial y económica, como mecanismos redistribuidor de la riqueza y el ingreso y de participación del trabajo en el proceso de acumulación y en la forma de decisiones, tiene inmenso potencial"¹⁰⁹.

5. La privatización y democratización de la propiedad empresarial

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. art. 60, inc. 2) o a la

¹⁰⁹ Una Réplica al Neoliberalismo, Hernando Agudelo V. E. Servicios Cooperativos Siglo XXI, Bogotá 1.993. P 115.

propiedad agraria (C.P. art. 64), lo cual corresponde indudablemente, al fenómeno de la 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 brinda a los miembros de una sociedad "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general" (C.P. art. 1o.)¹¹⁰.

Democratizar la propiedad accionaria en las empresas de participación oficial, exige el establecimiento de vías apropiadas para hacer viable la concurrencia de ciertos sectores económicos, que la Constitución señala, en el capital accionario de aquéllas, lo cual no significa, que los beneficiarios estén constreñidos a utilizar los privilegios que se les ofrecen, ni tampoco, que la propiedad oficial deba consolidarse irremediabilmente en cabeza de éstos.

Lo que esencialmente persigue el inciso segundo del artículo 60 C.P, es impedir la concentración oligopólica del capital dentro de los medios de producción y del sistema financiero, e igualmente dirigir el proceso de desconcentración accionaria hacia unos beneficiarios particulares que son los propios trabajadores de las empresas y las organizaciones solidarias, con lo cual se avanza en el proceso de redistribución de los ingresos y de la propiedad, que es un fin esencial dentro del marco del Estado Social de Derecho.

Cuando el inciso 2o. del art. 60 de la Constitución dispone que en los procesos de privatización el Estado "tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones...", consagra a favor de los trabajadores y de las organizaciones de economía solidaria, un derecho preferencial que no admite restricción o limitación, porque la Constitución no le impone condición alguna. Por consiguiente, a través de la ley no es posible reglamentar el ámbito propio y específico de la operancia y la efectividad del derecho, sino, "las condiciones especiales" que deben establecerse para que los beneficiarios hagan realidad la voluntad constitucional "de acceder a dicha propiedad accionaria".

Nada autoriza deducir de lo expresado, que a la democracia económica se le puede diseñar un modelo matemático, estricto e inflexible, como para medir sus límites y asegurar su cumplimiento y avance, porque al fin de cuentas, como ocurre también con la democracia

¹¹⁰ Esto en concordancia con lo preceptuado en el preambulo constitucional.

industrial, aquella constituye un desarrollo de la democracia política, que al decir de Burdeau, "es hoy una filosofía, un modo de vivir, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno"¹¹¹.

Cualquier fórmula que someta el desarrollo de la obligación consagrada en el inciso segundo del artículo 60 de la Carta a delimitaciones exactas e inmodificables, está desconociendo el contenido de la norma, lo mismo cuando se señala un 15% de participación en el paquete accionario, como cuando se conviene en un 51%, pues en cualquier caso la cifra resulta arbitraria, subjetiva, toda vez que no responde a necesidades deducidas de la situación concreta que presenta cada caso del proceso de democratización, sino a supuestos preestablecidos de manera discrecional.

La noción de democratizar la propiedad es unívoca, pero los medios para desarrollarla pueden ser variados. Se recuerda, por vía de ejemplo, la solución que adoptó con este propósito, el decreto legislativo 2920 de 1982, cuando se quiso, por el Gobierno de entonces, con fundamento en el estado de emergencia económica, corregir los factores que alteraron el normal funcionamiento del sistema financiero y restituir la confianza que éste había perdido ante el país. El artículo 28 del estatuto señalado dispuso:

"El Gobierno señalará un programa en virtud del cual deberá procederse a democratizar la propiedad accionaria de las instituciones financieras. Para tal efecto determinará los porcentajes máximos de su capital, que puede poseer una misma persona natural o jurídica y las subordinadas de ésta; y los plazos dentro de los cuales se llevará a cabo el programa".

Como es fácil observarlo, la democratización en esta oportunidad se buscó mediante el control de la concentración del poder económico en las instituciones financieras, pero no se condicionó a valores o supuestos rígidos, sino a soluciones que resultaban del ritmo de las circunstancias y las necesidades.

De esta forma se puede concluir con la siguiente definición anotada por la Corte Constitucional donde: „... la "democratización", según la Carta Constituye 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

¹¹¹ La democracia, Georges Burdeau, Ediciones Ariel, 1.965, p. 19.

oficial, otorgándoles para tal fin, "condiciones especiales" que les permitan lograr dichos objetivos".¹¹²

Como resultado de tal estrategia tiene que alcanzarse el crecimiento y consolidación de las organizaciones solidarias, multiplicar su participación en la gestión empresarial nacional (arts. 57, 58 y 333), 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.

6. Alcance de la democratización accionaria

El Art. 60 de la Ley Fundamental, traduce, en lo económico, el principio democrático formulado como sustento de la organización social y estatal el cual tiene su sustento en el art. 1o. de la Ley Fundamental, al imponer al Estado el imperativo de que, cuando enajene su participación accionaria en una empresa, "tomará las medidas conducentes a democratizar" su propiedad accionaria. Tales medidas, 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 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.

Bajo la perspectiva analizada, el proceso de democratización debe adelantarse en condiciones de total claridad y bajo parámetros que garanticen el hecho de que la propiedad accionaria estatal se traslada preferencial y efectivamente a los trabajadores y a las organizaciones solidarias, y se consolida en forma real en cabeza de estos, sin perjuicio de la opción que, a posteriori, tienen otras personas para adquirir las referidas acciones.

No es concebible que un proceso de venta de la propiedad accionaria pueda, a su vez, dar lugar a una peligrosa concentración de dicha propiedad, que justamente combate el proceso de democratización, o propiciar incluso manejos o conductas inadecuadas y abusivas, contrarias al espíritu de la norma, por los empleados de la empresa o de las organizaciones solidarias, como sería el de actuar como testaferros, tras un fin simplemente especulativo o de obtener un

¹¹² Corte Constitucional Sentencia C-037 de 1994.

enriquecimiento sin causa, a costa del patrimonio estatal, y en favor de personas o grupos con poder económico, interesados en adquirir las acciones.

Consecuente con lo anterior y, para evitar que el proceso de democratización accionaria sufra las desviaciones apuntadas, la administración, con arreglo de la ley, está habilitada de los poderes necesarios, para imponer limitaciones razonables y justificadas a la negociación accionaria, que naturalmente conduzcan a impedir la presencia de dichas desviaciones y a evitar que se desconozca la voluntad del constituyente.

C. Zusammenfassende und vergleichende Bewertung: Die Lehren aus der Erfahrung mit der Privatisierung

-Valoración, resumen y comparación: Lo aprendido en las experiencias de Privatización

I. Deutschland- Alemania

1. Resümee über den Begriff der Privatisierung in Deutschland

Mit den vorangegangenen Ausführungen wurde bereits angedeutet, dass die Verfassung einer Neuverteilung von Aufgaben in Verhältnis von Staat und Gesellschaft nur geringe Widerstände entgegengesetzt. Vor allem eine Aufgabenprivatisierung in sachlichen Domänen, die bislang unter dem Sammelbegriff der Daseinsvorsorge geführt wurden, ist weitgehend unbedenklich, Kritischer zu beurteilen sind dagegen die im Vergleich zur vollen. Aufgaben privatisierung Schritte der formellen oder funktionellen Privatisierung und auch die weitreichende Verfahrensprivatisierung. Dort schließlich, wo ein sachliches Feld durch den Einsatz des staatlichen Gewaltmonopols direkt oder indirekt nah halting bestimmt wird, wie in der Straftverfolgung, im Strafvollzug oder in Kernbereichen der allgemeinen Gefahrenabwehr, greift der Staatsvorbehalt, In seinem Geltungsbereich muss die demokratisch und gerichtlich kontrollierte öffentliche Gewalt verantwortlich handeln, Privatrechtssubjekte dürfen hier nur in den bekannten, an neue Erscheinungsformen der Verwaltungspraxis sinnvoll angepassten Formen der Beileihung, Beauftragung und Verwaltungshilfe eingesetzt werden¹¹³.

2. Die Lehren aus der Erfahrung mit der Privatisierung.

Mit der Privatisierung lassen sich zwei Effekte erzielen: Zum einen wird die Effizienz bei Planung, Bau und Betrieb von Infrastruktureinrichtungen erhöht, zum anderen wird privates Kapital zur Entlastung der öffentlichen Haushalte mobilisiert. Dabei sind wir uns darüber klar, daß privates Kapital refinanziert werden muß. Die Refinanzierung soll soweit wie möglich über Marktpreise oder verursacherorientierte Gebühren erfolgen. Nur in begründeten Ausnahmefällen soll die öffentliche Hand, z. B. über entsprechende Leasingverfahren, die Refinanzierung gewährleisten.

Die mit Abstand größten Privatisierungsmöglichkeiten liegen weiterhin bei Ländern und Gemeinden. Sie sollten dem Beispiel des Bundes folgen und in ihren haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen und ihrer Genehmigungspraxis im Rahmen der Kommunalaufsicht privatisierungsfreundliche Bedingungen schaffen. Dazu gehören ein konsequenter Wirtschaftlichkeitsvergleich im Hinblick auf Kosten und Effizienz privater und öffentlicher Aufgabenerfüllung sowie die Durchführung von Interessenbekundungsverfahren. Die öffentliche Hand darf nur dort tätig werden, wo sie die Aufgabe besser als ein Privater erfüllen kann.

Formen der Kooperation zwischen öffentlicher Hand und privaten Unternehmen müssen in Zukunft verstärkt dort genutzt werden, wo sie mit den Vorteilen einer echten materiellen Privatisierung verbunden sind. Insbesondere mit Betreibermodellen, bei denen Private das Investitionsrisiko mit übernehmen, bietet sich eine Fülle von Einsatzmöglichkeiten. Der Staat kann so entlastet, Zeit- und Effizienzgewinn erreicht werden. Vor allem in den neuen Ländern können Lösungen unter Beteiligung leistungsfähiger privatwirtschaftlicher Unternehmen, die ihr technologisches Know-how, ihr betriebswirtschaftliches Management und ihr Kapital einbringen, einen wesentlichen Beitrag zum beschleunigten Aufbau einer funktionierenden Infrastruktur leisten. Die Übernahme von Planung, Bau, Betrieb, Unterhalt und Finanzierung einschließlich der damit verbundenen Risiken durch Private öffnet dem Markt bisher entzogene Bereiche.

¹¹³ Di Fabio, Udo, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, SS 585 ff

3. Der Vergleich in Deutschland und Kolumbien (La comparacion en Alemania y Colombia)

Corresponde ahora realizar una comparación basada en el presente estudio donde el tema privatización es uno de los temas mas discutidos desde el punto de vista jurídico económico y social. El modelo de Estado que desarrollan Alemania y Colombia, existe un punto en común basado en políticas de reducción del Estado y en la maximización de recursos.

La privatización como concepto en el Derecho alemán, se desarrolla dentro del marco de las leyes que afectan el desarrollo económico del país, pero a su vez es importante mencionar que la doctrina alemana primero parte del estudio concreto de algunos de los elementos que intervienen en el concepto de privatización. El concepto encontrado por el Prof. Kämmerer legitima primero la capacidad de disposición del Estado como persona jurídica para disponer de sus funciones o tareas, luego avanza en el concepto para concretizar en lo que se denomina el cambio de propiedad o de función que hace el Estado a una persona jurídica o natural de derecho privado.

En este sentido la privatización para la doctrina Alemana puede entenderse también como un concepto objetivo y subjetivo. Con el concepto objetivo de privatización se entiende cual es el eje de la privatización como tema jurídico, pues allí hablamos en materia jurídica de un poder legitimado por el Estado para trasladar algunas de sus funciones o tareas al particular queriendo esto legitimar que las decisiones que se tomen con relación a este tema debe contener una absoluta legitimidad jurídica, que permite muy poca libertad económica pues todo debe ajustarse a un tipo de restricción legitimada por la ley. El concepto subjetivo se encarga de definir quienes son los sujetos en los procesos de privatización, no propiamente será las personas naturales las que intervienen como nuevos protagonistas de la privatización de funciones públicas, necesariamente se requiere de una organización y de un tipo de estructura que permita trasladar este tipo de funciones, de esta forma se hace necesario trasladar la función pública solo a una persona jurídica del derecho privado, se debe abandonar el concepto de persona individual, pues para que surja un proceso de privatización se requiere de una organización pre-establecida, para que la función que transfiere el Estado pueda ser prestada con el objetivo de mejorar los niveles de eficiencia en las prestación del servicio.

Dentro del estudio que se hace sobre el concepto de privatización en Colombia, existen a diferencia del concepto alemán varias variantes, la primera se refiere a un concepto vinculado a la transferencia de la propiedad estatal donde el Estado se desvincula de la prestación de un servicio o de una actividad empresarial, aquí en este primer escenario existen varios proveedores de servicios, donde los consumidores de los servicios o los bienes pueden ser organizaciones estatales o personas privadas. En una segunda, se encuentra el marco Constitucional donde se puede establecer una clara intervención del Estado en la economía pues no solo la privatización esta dirigida a la simple transferencia de la propiedad a los particulares, sino además cada proceso de privatización debe encontrarse dentro de una estrategia dirigida a mejorar la productividad de la inversión económica, con menores costos, y reducir, por otra parte, el tamaño del Estado especializándolo en aquellas áreas de importancia para el interés general.

Dentro de las formas de privatización, existen diferencias entre ambos sistemas, tanto en el sistema Alemán como en el sistema Colombiano, en primer lugar la literatura Alemana nos habla de una privatización formal, material y funcional. El primer concepto de privatización formal corresponde a la idea de la participación comunitaria en el cumplimiento de tareas públicas, esto quiere decir que no existe una desnacionalización total en el cumplimiento de determinadas funciones públicas, lo único que se impone a este tipo de organizaciones comunitarias, es la observancia de leyes presupuestarias, pero el concepto también señala que las organizaciones comunitarias solo pueden cumplir aquellas labores municipales típicas, lo que significa para el sistema alemán una poca influencia legal en el desempeño de determinadas tareas que cumplen las organizaciones comunitarias privadas. Cuando se habla de privatización en el sentido material se hace referencia a la transferencia de funciones públicas a terceros es decir el cumplimiento ahora esta en cabeza de los particulares, lo que significa, un alivio de las cargas legales por parte de la comunidad. La responsabilidad de la comunidad esta restringida a un tipo de selección regular y supervisión de los particulares. Cuando se habla de privatización funcional se habla de una transferencia de funciones públicas a unidades de ejecución típicamente privadas con un grado elevado de lucro en la prestación de este tipo de funciones, esta forma de privatización se aleja por lo general de la prestación de servicios municipales, lo que permite una mejor distribución de funciones privadas, bajo el correspondiente esquema adoptado anteriormente para el cumplimiento de sus funciones, no

obstante esta forma de privatización permite señalar algunos grados de responsabilidad que ahora recaen sobre el particular, pues la prestación de el servicio o de la función recae sobre una persona privada que tendrá que elevar los niveles de eficiencia al máximo para equilibrar la responsabilidad en la prestación de un servicio, pues es la comunidad quien ahora determinara la calidad con que se cumpla determinada tarea.

Para el caso Colombiano se definen básicamente tres modelos de privatización *Outsourcing*, *Publicitacion* y Contratación externa (Concesión). El primero puede asemejarse un poco a el concepto Alemán de privatización Formal, pues no existe una privatización total de funciones sencillamente se transfieren algunas funciones que nos son del giro ordinario de la prestación de servicios, lo que se busca es generar una mayor eficiencia para la prestación de un servicio. El concepto de publicitacion corresponde específicamente a la permisión Constitucional de poder transferir algunas actividades a personas jurídicas sin ánimo de lucro, en esta forma de privatización no existe correspondencia en el Derecho alemán, pues toda organización privada en el derecho alemán busca un lucro con la prestación de un determinado servicio. Para la contratación externa puede aplicarse también el termino privatización funcional, pues aquí solo los intervinientes regularmente son personas de carácter privado que persiguen necesariamente un animo de lucro y en especial también el Estado alivia la carga de la prestación del servicio haciendo algún tipo de aporte económico para que la actividad tenga los niveles de lucro deseados.

II. Colombia

1. El “Estado comunitario” como modelo de la globalización económica y comercial

Según como se define en la Directiva Presidencial No. 10, el Estado comunitario es: “un Estado con una autoridad legítima y sin poder para los violentos, al servicio de la ciudadanía y libre de los flagelos de la corrupción, el clientelismo y la politiquería. Un Estado que concentre sus esfuerzos en la erradicación de la miseria, en la búsqueda de equidad social y de condiciones de seguridad. Un Estado que se esfuerce por que los recursos lleguen a los ciudadanos. Un Estado para la Gente, que conlleve la responsabilidad política de la participación ciudadana en la definición de las tareas públicas, su ejecución y vigilancia. La construcción del Estado

comunitario requiere la reforma de la administración pública, y ésta es un compromiso prioritario del Gobierno en su conjunto. Por lo tanto, se convoca a todos los servidores del Estado a la más activa participación y disponibilidad para lograr los objetivos propuestos”¹¹⁴.

Estos propósitos no se apartan de los fines que establece la constitución al Estado Social de Derecho, fundado en la democracia participativa. ¿A qué obedece, entonces, la adopción de una figura extraña que sustituye la definición constitucional? ¿Significa esto que la construcción del Estado comunitario se hará sobre las ruinas del Estado Social de Derecho?

Los hechos evidencian que la nueva institucionalidad que dará forma al Estado comunitario se sustenta en el sacrificio de las mayorías, en la reducción del Estado y de las posibilidades para la participación política, en el reforzamiento del poder presidencial y de la autoridad y el orden, entre otros aspectos. Se advierte que “ochenta artículos de la Constitución del 91 han cambiado o cambiarían a pedido del gobierno en estos días. Aquí están: 17 que quedaron en la reforma política, 15 que irán a referendo, cuatro del estatuto antiterrorista, 22 del proyecto sobre justicia y 26 del texto que el Presidente acaba de enviar al Congreso.- La cosa pues lleva trazas de acabar en una nueva Constitución...”¹¹⁵

No hay que olvidar que las instituciones son mucho más que los organismos que conforman el Estado. Son también los principios, las normas legales, los ritos procesales, los mecanismos de participación, las organizaciones políticas y sociales, en fin, todo aquello que sustenta su legitimidad en la Constitución. Por tanto, estamos en presencia de una reforma institucional de la cual hace parte la reestructuración del Estado.

Ahora bien, ¿esta reforma institucional está encaminada a desarrollar los principios y fines del Estado Social de Derecho? La respuesta no parece ser afirmativa. Por un lado, es un retorno a la vieja institucionalidad de la democracia restringida y excluyente. Por el otro, es la adecuación del Estado, del derecho y la economía a las regulaciones de la globalización económica y comercial que han impuesto las redes económicas internacionales que conforman una suerte de nación, sin territorio ni instituciones de gobierno que rige las instituciones y las políticas de diversos países, con frecuencia por intermedio de importantes organizaciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio, para forzarlos a: disminuir la

¹¹⁴ <http://www.presidencia.gov.co>

carga impositiva, reducir el gasto público y la protección social, legislar las desreglamentaciones y desregulaciones, flexibilizar el derecho y el mercado laboral, privatizar entidades y servicios públicos, etc.

2. El balance de los procesos de Privatización

La liquidación y transformación de TELECOM y ECOPETROL en Sociedades Anónimas, así como la escisión de la Vicepresidencia de Salud del ISS y la posterior creación de las siete Empresas Sociales del Estado, con posibilidades abiertas a la iniciativa privada, contrario a lo que afirman muchos, se enmarca dentro del proceso de privatización y desregulación de entidades y servicios públicos que determina la globalización comercial.

En efecto, tres grandes negocios: las comunicaciones, la explotación y comercialización petrolera y los servicios de la salud, quedan abiertos al libre mercado, lo que supone la apertura a la inversión privada, el desmonte de monopolios estatales o la simple reducción progresiva de la gestión estatal en aquellas actividades que, supuestamente, el sector privado puede desarrollar eficientemente. Esto no es nuevo. Desde el decenio de los 80, caracterizado por la crisis de la deuda y las presiones del FMI y el BM, para forzar cambios y ajustes estructurales, los gobiernos colombianos iniciaron un sinnúmero de reformas para propiciar el proceso de apertura económica hacia la globalización. En este marco, destacamos: las reformas del régimen laboral, de la seguridad social; del sistema tributario y de la estructura del Estado; del régimen normativo de los servidores públicos (carrera administrativa, prestaciones sociales y salarios); conformación de plantas globales de personal, para facilitar la movilidad y mejor asignación del personal al servicio del Estado; y la ampliación del sistema de contratación administrativa, entre otras.

La estrategia principal sin duda, está encaminada al desarrollo de un proceso progresivo de privatización de entidades y servicios públicos, proceso que, según la Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado colombiano, designada por el Presidente Virgilio Barco¹¹⁵: “...debe enfatizar, pero no agotarse, en las actividades típicamente industriales y comerciales que realiza el Estado. No debe reparar en la distinción fundamentalmente jurídica

¹¹⁵ Ámbito Jurídico edic.134, Legis editores. Pág. 5, 2004.

¹¹⁶ Mediante el Decreto 1150 de 1989.

relativa a la naturaleza de la entidad que las desarrolla. Cobijaría inversiones públicas en empresas consideradas como privadas, aportes en fundaciones, colocaciones de capital, en sociedades de economía mixta y, obviamente, las que se cumplen a través de empresas y establecimientos públicos. Entre tales actividades se incluyen las hoteleras y de turismo; vacaciones y recreación; servicios financieros; producción manufacturera; grandes proyectos de irrigación; producción cinematográfica; minería y petróleo; extracción y distribución de gas; generación, transmisión de energía eléctrica; industria petroquímica; telefonía local; producción y comercialización de insumos agropecuarios; transporte; previsión social; formación y actualización catastral; correo; importación y exportación de alimentos; tiendas gubernamentales; construcción de vivienda; garantías al sector privado; producción y distribución de licores; y puertos.

Así mismo, debe cobijar igualmente algunas actividades que, por una pretensión frecuentemente equivocada de autosuficiencia, han venido realizando entidades públicas. Entre ellas las de almacenamiento y depósito, impresión, producción audiovisual, restaurantes y cafeterías, traducción, carpintería, mecánica, aseo, plomería, electricidad, pintura, reparación de maquinaria, lavandería, transporte de personal, procesamiento automático de datos, operación de bibliotecas y centros de documentación, lectura de medidores, facturación, entrega de facturas y gestión de recaudo, cobro y pagos

En relación con tales actividades debe examinarse todo el abanico de alternativas de gestión, desde las típicamente estatales hasta las puramente privadas, pasando por variedades de relación contractual que estén entre uno y otro extremo. Así mismo, debe considerarse desde la renuncia a algunas funciones hasta la simple eliminación de monopolios estatales.

No se requiere mucho esfuerzo para entender que la adopción de este esquema tuvo graves consecuencias laborales: despidos masivos y extinción de la relación contractual propia de los trabajadores oficiales, ligados a la construcción, sostenimiento y mantenimiento de obras públicas o quienes prestan servicios en las empresas industriales y comerciales o de economía mixta del Estado.

El esquema propuesto permitiría recuperar, liberar y revalorizar recursos públicos, con el propósito de reasignarlos para: a) construir un eficiente aparato de justicia; b) desarrollar la

competencia técnica y las capacidades institucionales de las fuerza militares, los cuerpos de seguridad y la policía; c) reenfocar el Estado hacia la cuestión social. Nadie ignora que el énfasis principal se ha puesto en el punto b), que obedece a la estrategia de “seguridad democrática”, fundada en la “autoridad y el orden”, para brindar seguridad a la inversión nacional y extranjera, esto es, la metamorfosis del Estado intervencionista en Estado gendarme.

En este contexto, no es difícil controvertir las opiniones de quienes señalan que con la última reforma del Estado, autorizada mediante Ley 790/02¹¹⁷, no se produjo privatización alguna. Refiriéndonos, concretamente, a TELECOM, ECOPETROL y el ISS, empresas que fueron el centro de atención de la opinión pública, fueron objeto de un proceso complejo y turbio que concluyó con su privatización.

En el caso de ECOPETROL. La empresa no se liquidó. Se optó por su división (tres empresas) y la creación de ECOPETROL S.A., empresa responsable de la exploración y explotación, refinación, transporte, distribución y comercialización de los hidrocarburos. Es decir cambio su naturaleza jurídica de Empresa de Economía Mixta a Empresa por Acciones. Por tratarse de una transformación sus trabajadores no fueron despedidos, pasan a formar parte de la nueva empresa y sus contratos siguen vigentes y, en consecuencia, las convenciones colectivas de trabajo. Sin embargo, como quiera que la nueva empresa cambiara de naturaleza jurídica, sus trabajadores se regirán a futuro por las normas del Código Sustantivo del Trabajo. Naturalmente, que este aspecto no se menciona en el Decreto de creación para que no quede en evidencia la privatización de que fue objeto la empresa.

Seguramente, se argumentará que se trata de una empresa “pública” por acciones. Sin embargo dentro de estructura estatal establecida por el Decreto Legislativo 1050 de 1968, no existe este tipo de institución. Una cosa es la naturaleza jurídica “empresa por acciones” que da lugar a la nomenclatura ECOPETROL S.A. y otra cosa es que, por ahora, el Estado sea el accionista mayoritario o exclusivo. En este caso existe una porción de acciones del sector privado: los trabajadores.

En lo respecta al ISS, el asunto es más complejo. Existía una Empresa Industrial y Comercial del Estado, denominada ISS, que encarnaba tres personas jurídicas distintas. La Vicepresidencia de

Salud (EPS), la Vicepresidencia de Riesgos Profesionales (ARP) y la Vicepresidencia de Pensiones (responsable de administrar el régimen de prima media con prestación definida). En el año 2001 el ISS se “escindió” la Vicepresidencia de Salud, es decir la EPS. Luego, se crearon siete Empresas Sociales del Estado (definición propia de los hospitales públicos), conforme al régimen establecido por el Artículo 194 de la Ley 100 de 1993, lo que significa que son entidades autónomas, administrativa y patrimonialmente. A estas ESE fueron vinculados los trabajadores de la Vicepresidencia de Salud que prestaban servicios a las clínicas del ISS. Con esto se transformaron las clínicas en entes autónomos (sin dependencia alguna con el ISS). Por ello, se les entregará los activos y por, supuesto, heredan las deudas y el pasivo laboral de la Vicepresidencia de Salud que fue liquidada.

Por su lado las ESE se rigen por un régimen privado de contratación (comercial), que las coloca en pie de igualdad con la Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) de derecho privado, para efectos de la competitividad. De su capacidad competitiva dependerá su supervivencia. Incluso quedo abierta la posibilidad de que su administración la asuman sus trabajadores o entidades de derecho privado.

3. Las perspectivas hacia el futuro

Una vez que el actual Gobierno complete sus programas de reestructuración estatal, para lo cual ha solicitado nuevas facultades, además de las que le otorga de manera permanente la Ley 489 de 1998, que, en lo fundamental apuntan a la privatización de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la educación y la salud, además de las actividades industriales y comerciales del Estado, se entenderá cabalmente que Colombia está preparada para ingresar al ALCA o para suscribir un Acuerdo Bilateral de Comercio con los Estados Unidos TLC.

Tanto el ALCA como los acuerdos bilaterales, asumen los compromisos que se derivan de los acuerdos suscritos en el seno de la Organización Mundial del Comercio – OMC, entre los cuales se cuenta el Acuerdo General de Comercialización de Servicios (AGCS), que establece reglas rigurosas para la apertura de los mercados, la inversión y la competitividad. Estas reglas, en lo

¹¹⁷ Mediante esta Ley se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

fundamental, cierran toda posibilidad a la competencia desleal, es decir, a cualquier medida proteccionista (subsidios a oferentes nacionales de servicios públicos domiciliarios, educación, salud, etc.) y determinan procesos de desregulación normativa sobre propiedad y condiciones para los inversionistas nacionales y extranjeros). Por supuesto, que el monopolio de la propiedad accionaria del Estado en Empresas que interesen a los inversionistas no puede sostenerse. Corresponde al Estado garantizar la calidad y “continuidad del servicio”, mediante mecanismos de vigilancia y control. Las controversias que surjan en el proceso de comercialización serán resueltas por tribunales de arbitramento ligados a la OMC, sin consideración alguna del principio de soberanía. En gran medida, estas reglas están establecidas en Colombia para los servicios públicos domiciliarios, mediante la Ley 142 de 1994.

4. Conclusión final en Alemania y Colombia.

En definitiva encontramos que la conceptualización como tal en ambos países está conformada en general por la misma idea, debido a que en ambos sistemas se habla de una transferencia de la propiedad Estatal, que en el sistema Alemán muestra un tipo de graduación y regulación pues cuando se quiere la privatización puede llevar la enajenación total de la propiedad, pero también dependerá de mucho de la actividad que se pretenda privatizar pues para el sistema Alemán el objetivo de privatizar no solo conlleva la idea de transferir la propiedad con el fin de obtener algunos recursos económicos, también busca maximizar eficiencia repartiendo algunas funciones a los entes territoriales, pues inmediatamente una Empresa prestadora de servicios alemana abandona una actividad pública se dirige al cumplimiento de actividades donde se requiere una organización típica de los entes Estatales pues en algunas formas de prestación de servicios delegadas a los particulares tienen que ser retomadas por el Estado. De esta forma encontramos que los casos ocurridos en materia de Privatizaciones en Colombia tienen un significado un poco más definido por políticas de tipo económico, pues el punto central en el sistema Alemán es la eficiencia con relación al costo y al beneficio, para el caso colombiano esta variable se invierte en el sentido de analizar la variable de relación costo beneficio, pues existe hoy la urgencia de redefinir el papel del Estado que consiste en la consecución de recursos fijada en las políticas de desarrollo a través de las cuales se busca satisfacer la creciente deuda externa generando quizá de esta forma el objetivo de lograr una nueva dinámica en la Administración Pública

transformándola en una dinámica inteligente que tenga la certeza de cuales deben ser sus prioridades.

Lo único que hoy podemos reafirmar con interés es que en cada proceso de privatización debe tenerse de cierto modo alguna observancia de los sistemas jurídicos tanto en Alemania como en Colombia, pues juntos sistemas buscan una democratización¹¹⁸ de la propiedad convirtiéndola en una de las estrategias del Estado, que necesariamente busca la participación oficial, otorgándoles para tal fin, " condiciones especiales" que les permitan lograr dichos objetivos. Debe entonces aplicarse los preceptos constitucionales, buscando la participación de las organizaciones de trabajadores, multiplicando su participación en la gestión empresarial nacional, y reducir el tamaño oligopolica, que tradicionalmente ha constituido una forma de obstaculizar la democratización de la propiedad.¹¹⁹

Finalmente, hay que entender que el Estado no puede desentenderse de las necesidades no solo económicas sino sociales, aunque para el sistema Alemán y colombiano existan diferentes prioridades sociales y económicas, de manera que los procesos de privatización deben estar sometidos a un imperativo ético: redistribución de la riqueza en términos de equidad social.

¹¹⁸ En este sentido podemos entender lo enunciado en el artículo 15 (como un sistema de cooptación) de la Ley Fundamental de Bonn: „ **Socialización**. Con fines de socialización, el suelo, los recursos naturales y los medios de producción pueden ser situados bajo un régimen de propiedad colectiva o, de otras formas de gestión colectiva por una ley que fije el modo y el monto de la indemnización. Con respecto a la indemnización se aplicara por analogía lo establecido en el artículo 14, apartado 3, frases 3 y 4. . “y el art. 58, 60, 64 y 365 de la Constitución Colombiana.

¹¹⁹ Morales Alzate Jhon Jairo. „ Manual de Derecho Económico Constitucional“4. Edición. Ediciones Gustavo Ibáñez. 2002.