



Ley 489 de 1998 Un desafío para la administración pública

Carlos Ariel Sánchez Torres
Profesor Investigador Master,
de la Universidad del Rosario

A finales de la década pasada y principios de esta, podría decirse que tanto de manera previa como concomitante al proceso constituyente de 1991, se señalaba la existencia de una crisis en la eficacia del Estado marcada en los siguientes aspectos:

- Existencia de una distorsión en los fines del sector público, que en pro de las grandes empresas industriales o comerciales del Estado descuida la atención de los niveles básicos de salud, educación, administración de justicia o, para resumir, de gobierno.
- La excesiva regulación, la tramitología administrativa, generan una maraña de normas que exige la existencia de toda una dependencia administrativa dentro de una empresa particular, para que atienda el adecuado trámite y la previa evaluación que el manejo de tales regulaciones implica en sus diversos aspectos: permisivos, prohibitivos, perceptivos.
- Desigualdades en el desarrollo regional, debidas a que la concentración administrativa genera la concentración político-económica. Para todos resulta mejor estar cerca de los centros de poder ubicados en la capital, aun en detrimento de la periferia.
- Dentro del nivel nacional de la administración, se presenta una ausencia de participación, ya que la ciudadanía es el sector menos participativo por el mismo origen centralista de las autoridades. (Ministros, directores de entidades descentralizadas o miembros de sus juntas).

- La macrocefalia administrativa produce dificultades para el control administrativo de entes sobredimensionados, con el favorecimiento de la corrupción como corolario de tal administración, descontrolada, no participativa.

- Apreciamos entonces una administración pública ineficiente que tiene como consecuencia la pérdida de legitimidad del Estado, por el no cumplimiento o desviación de los fines esenciales del mismo. A este diagnóstico, que demuestra la necesidad de la reforma del Estado, y el implante de estrategias que fortalezcan las debilidades anotadas, deben añadirse otras circunstancias:

- La crisis fiscal y económica, que hace replantear la función del Estado como proveedor de bienes y servicios.

- La crisis política con la pérdida de representatividad y legitimidad de las instituciones públicas.

- El desarrollo de movimientos sociales orientados a reivindicar sus intereses, al margen de las estructuras estatales y de los partidos políticos.

- Las consecuencias de políticas de ajuste económico, socialmente costosas.

Frente a esta crisis la Constitución de 1991 reivindica para el Estado una nueva legitimidad fundada en la eficacia del Estado. Si bien es cierto que se puede reconocer que el Contrato Social como *pactum societatis* no es más que una fábula,¹ las consecuencias vinculantes del mismo, obligan a los gobiernos a legitimarse a través de la eficacia. Esta tesis aparece clara, entre otros, en los artículos 2, 109, 267, 269 y 270 de la Constitución Política que se refieren a los fines del Estado, a los principios de la administración, al contenido del control fiscal y control social sobre la administración pública, teniendo como eje común la idea de que la legalidad o la simple sujeción de la administración a la ley no es suficiente para legitimar el Estado. Este ha de cumplir sus fines y ser evaluado no sólo por los órganos de control sino por la sociedad para determinar si ha sido eficiente, si ha sido eficaz, y si los excedentes producidos en su gestión se distribuyen equitativamente.

Nuestro Estado ha cambiado paulatinamente su papel en los últimos 30 años; se le consideró agente del desarrollo, con un fuerte papel intervencionista hasta los años 80; luego la crisis del capitalismo por esa época trajo



¹ MARTINEZ GARCIA, Jesús Ignacio. *La Imaginación Jurídica*. Madrid 1992, pg. 169

como consecuencia la propuesta neoliberal de un Estado mínimo. Hoy se impone para el Estado un nuevo papel que supone que el desarrollo no lo hace el Estado, pero tampoco se hace sin el Estado; pero "sin un Estado eficaz el desarrollo es imposible".²

Hoy, se ha afirmado que en "el caso particular de Colombia, la estructura de la organización social, económica y política, ha sido construida sobre la base de una normatividad abstracta y no, sobre una evidencia de la conducta real de los agentes sociales, económicos y políticos. El desafío no es entonces sólo formular políticas concretas, sino incorporar las instituciones al proceso de formulación y ejecución de políticas considerando que lo que determina finalmente gran parte de la conducta humana, no son las intenciones sino las condiciones. En síntesis no hay políticas en abstracto; la pregunta de fondo no es cómo cambiar las políticas, sino cómo cambiar las instituciones".³

Por ello, los cambios en la política estatal son inocuos, si no tienen incidencia en la racionalidad administrativa. Entre nosotros, en 1968, el tema fue la reforma ad-

ministrativa que hizo énfasis en: 1) descentralizar funcionalmente; 2) jerarquizar; 3) racionalizar; 4) planificar; 5) técnicar; 6) burocratizar en el sentido Weberiano. En 1991, se trató de la "modernización del Estado" con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política de 1991 con la finalidad de poner en consonancia la rama ejecutiva con los mandatos de la Constitución y en especial con la redistribución de competencias y recursos.

El orden del día es el desarrollo institucional orientado a: 1) descentralizar territorialmente; 2) contractualizar; 3) flexibilizar; 4) democratizar; 5) informatizar; 6) burocratizar sin disfunciones.

La Constitución Política de 1991, en el Capítulo 5º del Título VII se refiere a la función administrativa señalando el marco general de dicha función y derrotero del cambio institucional, común a todo el Estado. La Ley 489 de 1998 precisamente tiene por objeto regular el ejercicio de la función administrativa, determinar la estructura y definir las reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública.



² BANCO MUNDIAL. Informe sobre el desarrollo mundial de 1997 pg 26.

³ WIESNER DURAN, Eduardo. *La efectividad de las políticas públicas en Colombia*. Tercer Mundo editores-DNP. Santafé de Bogotá 1998.

Se ha dicho, por comentaristas acerca de la Ley 489, que esta norma:

1. Supera la visión convencional del Estado y la tridivisión del poder público

Anteriormente el Estado se consideraba como centro de imputación jurídica que se ocupaba exclusivamente de tres actividades: *legislar, juzgar y aplicar el derecho*.

Hoy día, el Estado cumple además otras labores, como: *función constituyente, control, control de juricidad y funciones administrativas*.

Administración pública: noción propia del Estado que además de aplicar las leyes, o sea expedir actos y realizar actividades materiales con el fin de aplicar el derecho general y abstracto a casos concretos, interviene por su cuenta en la gestión de asuntos que permiten el cumplimiento de objetivos del Estado prestando servicios y posibilitando el bienestar general.

En síntesis, en la actualidad la noción de Estado se toma como una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una

de las cuales es precisamente la de administrar.⁴

2. Pone a tono la estructura de la administración con la nueva realidad económica y social

La estructura del Estado debe actualizarse conforme a la existencia de entes autónomos e independientes de la rama ejecutiva, entes reguladores de creación legal además de la descentralización administrativa y por servicios.

La organización de la rama ejecutiva en su sector descentralizado debe reformularse debido a la instauración de un nuevo esquema de gestión de servicios públicos –salud, seguridad social, y domiciliarios.

En consecuencia deben considerarse como integrantes de la rama ejecutiva:

A. Las empresas sociales del Estado (ESE), y las empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP).

B. Las instituciones resultado del mandato introducido por los artículos 334 y 365 de la



⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón en su curso de derecho administrativo. 1998. España.

C.P. : Intervención en la economía por parte del Estado en la regulación (comisiones de regulación), control y vigilancia de los servicios públicos (Superintendencia de S.P.).

3. Establece instrumentos de democracia de participación y de control social sobre la administración

En sus artículos 32 a 35 vincula a los ciudadanos con la administración en la toma de decisiones, al señalar como principio: *la realización de audiencias públicas*.

Se pueden destacar tres aspectos: 1) que el fin que subyace, es una participación ciudadana *subsidiaria y legitimante*; 2) que las conclusiones de las audiencias públicas son potestativas de la administración pública; y 3) las veedurías ciudadanas son poco representativas, en su diseño legal. (Lo anterior quiere señalar las fallas existentes en cuanto al mecanismo de *audiencia pública*).

4. Simplifica y flexibiliza el sistema administrativo

El principio que señala que las funciones que a el Estado corresponden son aquellas que taxativamente le han sido asignadas por la Constitución, la ley

o reglamentos, es reorientada al indicar, que aquellas funciones deben cumplirse pero ya no solamente como una tarea, sino como un objetivo.

Se fortalece el objetivo buscado por las leyes 42, 89, 152 y 190, al orientar la función de la administración hacia la cumplida ejecución y la evaluación soportada en resultados.

5. Instrumenta un enfoque sistemático de la administración

Establece dos sistemas: *el de desarrollo de la administración y el sistema nacional de control interno*.

Cambia la simple y pura realización de funciones, por el cumplimiento de las mismas pero en procura de la realización de políticas y planes, y sobre una actividad determinada por el sistema de la gestión a la que deben condicionarse.

Consolida el procedimiento de la gestión territorial así:

A. El voto programático: arts. 40, 103 y 259 de la C.N. desarrollados por la Ley 131 y 134/94.

B. El plan de desarrollo: consolida su propuesta política contenida en su programa al convertirla en ley de acuerdo al trámite contenido en la ley 152.

C. Los planes de inversión y el plan de ordenamiento territorial: los planes de inversión local y regional apuntarán al desarrollo regional integral y a conformar una unidad con los planes de desarrollo, así como la adecuación a las normas orgánicas de presupuesto y al plan de ordenamiento territorial.

D. La sujeción al presupuesto: la ejecución del presupuesto, se hará conforme a la formulación del mismo, con sometimiento a los planes y programas aprobados, además del control necesario para no desbordar las posibilidades del gasto público y su adecuada y oportuna ejecución.

E. Los programas y actividades: sujetos a las Leyes 152 y 190 que regulan la gestión gerencial de las actividades de la administración así como un eficiente control político y fiscal y su correspondiente publicación.

F. Los contratos o convenios de desempeño: (art. 108 de la Ley 489 de 1998). Los dineros que reciban las entidades públicas beneficiadas, deberán ser utilizados por éstas, dentro de los límites y orientaciones que determinan su objeto y garantizando la eficiente utilización de los recursos.

G. La evaluación del desempeño en los términos de la Ley 443: para la evaluación de desempeño de los empleados de carrera

administrativa se tendrá como criterio de referencia el cumplimiento de los fines administrativos, es decir, con criterio objetivo.

H. El sistema de control interno: permite la orientación permanente y su mejoramiento continuo.

Es a la vez un instrumento proactivo de la administración, que permite a la alta gerencia mantener la orientación institucional en el cumplimiento de los objetivos.

Es una orientación especializada y preferente. (art. 3 de la Ley 489/98.)

Prima en la interpretación de las normas administrativas su objeto material y no la interpretación literal, esto es, prima la garantía de la eficacia, eficiencia, economía, equidad, aplicación de indicadores de gestión y la razonabilidad del gasto. (Art 209 de la C.N.).

6. Redimensiona las obligaciones en que incurren las entidades descentralizadas territorialmente en circunstancias de delegación

La delegación de funciones entre entidades por parte de los organismos y entidades administra-

tivas del orden nacional, efectuada en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales, deberán acompañarse de la celebración de convenios en los que *se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria así como el funcionario de esta última encargado del cumplimiento de las funciones delegadas.* (Art. 14° de la Ley 489 de 1998).

Así mismo, la legalidad imperante será aquella que regule los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativas.

Para el caso de la delegación de funciones en entidades territoriales, ésta deberá proceder sin requisitos adicionales, si tales funciones o servicios son complementarios a las competencias ya atribuidas a las mismas en las disposiciones legales. De lo contrario, deberán preverse los recursos que fueren necesarios para el ejercicio de la función delegada.

7. Reconocimiento explícito de la existencia de entes autónomos constitucionales

Reconoce que han surgido entes nuevos cuyo régimen jurídico excepciona el ordinario y que la ley no puede asimilar a las entidades que ordinariamente ejercen

funciones como parte de la rama ejecutiva, bien en el sector central o bien en el descentralizado. (Art. 40 de la Ley 489/98).

8. Nuevas formas de descentralización administrativa por servicios

Clásica tridivisión:

- a. Establecimientos públicos
- b. Empresas industriales y comerciales del Estado.
- c. Sociedades de economía mixta

■ Añade nuevas modalidades:

- a. Empresas sociales del Estado
- b. E. S. P.

Introduce los nuevos escenarios para el desempeño de la administración demandando de ella formas flexibles de organización, por ejemplo:

- a. Diversas modalidades de organización institucional dependiendo del objeto por tratar.
- b. Aplicación de reglas de derecho privado en ámbitos competitivos.
- c. Unidades administrativas especiales.

- d. Superintendencia con personería.
- e. Empresas sociales del Estado.
- f. E.S.P. (Derecho privado en cuanto a su organización y producción de bienes objeto, no así en sus relaciones con los usuarios).

Nuevas normas sobre organización y régimen jurídico, de las entidades descentralizadas contempladas en:

- a. Arts. 13 y 114 de la Ley 489 de 1998.
- b. Leyes 142 y 143

9. Funciones administrativas por parte de los particulares

- a. Se permite por regla general a personas naturales o jurídicas que cumplan funciones administrativas y sólo se prohíbe excepcionalmente cuando la ley así lo determine.
- b. Las funciones de regulación, control y vigilancia quedan a cargo del Estado.
- c. La entidad que entrega la función queda con competencias de control sobre el

particular a fin de determinar si se cumple o no con los fines del Estado.

- d. Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.
- e. La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio, si fuere el caso.⁵

Haciendo una lectura en orden a los temas que nos interesan a quienes de una u otra manera, hemos estado vinculados a la administración pública y a esta Escuela, debemos destacar los nuevos instrumentos de gestión y sus implicaciones. En primer término, en lo que se refiere a nuevos instrumentos de gestión, encontramos: 1) sistema de desarrollo administrativo; 2) racionalización y simplificación de procedimientos; 3) Banco de éxitos; 4) estímulos a la eficiencia de los servidores públicos; 5) Escuela de Alto Gobierno y programa de capacitación; 6) sistema general de información; 7) sistema de control interno y 8) plantas globales.



⁵ ZULUAGA RUIZ, Mario. *Una visión introductoria al estudio de la ley 489 de 1998*. Editorial Dike, Santafé de Bogotá, 1999.

Esta gestión encuentra apoyo en dos pilares de una nueva administración pública: la contractualización y la democratización.

La **contractualización** se opone a la jerarquización, y tiene como supuesto el reconocimiento de que nuestro Estado, es un Estado descentralizado con autonomía de sus entidades territoriales. Rasgos de esta contractualización y desarrollados en la ley 489 de 1998, son: 1) convenios, planes y programas celebrados entre la Nación y las empresas industriales y comerciales del Estado, y las empresas de economía mixta; 2) convenios para la ejecución de planes y programas entre la Nación y las entidades territoriales; 3) delegación mediante convenios; 4) convenios de desempeño; 5) asociación entre entidades públicas; 6) asociación con particulares bajo la fórmula de convenios; y 7) atribución de funciones administrativas a particulares mediante convenios.

La **democratización** que se opone al autoritarismo estatal, y que tiene como supuesto la soberanía popular como esencia del poder. Rasgos de esta orientación democratizadora son: 1) promoción de los mecanismos de participación; 2) promoción de las organizaciones de la sociedad civil; 3) veedurías; 4) audiencias públicas; 5) transparencia y democratización de la información; 6) in-

tegración del ciudadano en los procesos de planeación, coordinación, ejecución y control de la acción administrativa.

Contractualización y democratización son dos piezas fundamentales en búsqueda de una administración, que siendo participativa y democrática en sus decisiones, asegure la eficiencia económica y la equidad.

No pueden perderse de vista las implicaciones relacionadas con la responsabilidad del Gobierno y en general de quienes ejercen dentro del Estado funciones administrativas, así como las consecuencias de desarrollo institucional necesarias para lograr el corolario de una administración pública que hace énfasis en la gestión.

Es preciso hacer los replanteamientos necesarios para el éxito frente a los siguientes retos: 1) formulación, coordinación y evaluación de las políticas de desarrollo administrativo; 2) orientación de la política de simplificación de trámites; 3) orientación y gestión de Banco de éxitos; 4) desarrollo por la ESAP del programa de la Escuela de Alto Gobierno; 5) diseño, dirección e implementación del Sistema General de Información Administrativa del Sector Público; 6) apoyo al Presidente en el Comité Asesor del Sistema de Control Interno.

Otro aspecto, tiene que ver con el desarrollo de una pedagogía de los procedimientos para el cambio institucional. Si no optamos por esta pedagogía, no será posible definir en qué consiste la capacidad institucional del Estado para generar cambios así como definir unos indicadores de eficiencia, eficacia y equidad. Sin una nueva pedagogía de la administración pública no podemos dar respuestas a las exigencias de legitimidad y eficacia.

En 1971 John Rawls publicó un libro sobre cómo organizar las sociedades, incluyendo al Estado como sociedad política, de manera que se garantice tanto un acuerdo económico y eficiente, como un acuerdo político sobre la equidad mínima, que los asociados consideren justa. Plantea este pensador, que es necesario formular normas, pero insistiendo en que dichas normas deben ser acatadas una vez expedidas; sin embargo, las normas deben ser acogidas democráticamente, y deben permitir que los asociados sean libres dentro de las reglas, pero no pueden cambiarlas a su albedrío. El cambio de la reglas debe ser democrático, y la democracia en cuanto a consenso se opone a la arbitrariedad de cualquier agente social, económico o político. Si a las personas se les plantea la decisión sobre unas

normas futuras que regulen cambios en sus instituciones en la medida en que ellas no sepan o no puedan anticipar, vale decir si saldrán ganando o perdiendo con la aplicación de dichas decisiones, es probable que se pongan de acuerdo sobre la aplicación de unas determinadas normas.⁶

Esta normas, como resultado de un acuerdo, adquieren legitimidad política, y en la medida en que los ciudadanos no saben cómo saldrán librados, es posible buscar la equidad.

Por esto, cuando se plantee la decisión sobre unas reglas que reformen una estructura institucional debe procurarse, que los afectados no puedan anticiparse a hacer un balance de pérdidas y ganancias de orden personal.

¿Cuántas dificultades y objeciones a las reformas institucionales son generadas por las expectativas de pérdida o ganancia particular en detrimento de la equidad y el interés general?

La misión en consecuencia, debe ser, no sólo procurar el cambio y desarrollo institucional, sino aprender y enseñar unas reglas democráticas y equitativas que puedan por ello ser legítimas y acatadas por todos. Y esta es una tarea de todos.



⁶ RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. F.C.E. Mexico 1979. Pg 373 y ss.