

Agradecimiento

A Dios: Por habernos dado la vida e iluminarnos en el camino para llevar a cabo la culminación de nuestra monografía, a pesar de los obstáculos presentados.

A nuestro Tutor: ***Dr. Jorge Flavio Escorcía***, por habernos apoyado siempre y entregar gran parte de su valioso tiempo para nosotros.

A nuestros padres, por el enorme sacrificio que ellos hacen para que nosotras podamos alcanzar nuestras metas.

A nuestros maestros, que a lo largo de toda nuestra carrera nos transmitieron sus valiosos conocimientos para nuestra formación profesional.

A nuestra prestigiosa ***Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua UNAN-LEÓN***, por ser el templo de enseñanza, de la cual nos sentimos muy orgullosas.

Y en general a todas aquellas personas que de una u otra manera colaboraron para que este trabajo monográfico llegara a ser toda una realidad.

Dedicatoria

A Dios: Por bendecirme siempre con su inmenso amor, por ser el guía de mi vida, merecedor de gracia infinita, que por su misericordia he alcanzado una meta más en mi vida.

A mis padres: Quienes con su amor han estado siempre a mi lado, brindándome el apoyo y la confianza necesaria para llegar a construir este sueño que parecía inalcanzable.

A mis hermanas, hermanos, sobrinos y tíos: Quienes siempre me apoyaron, no solo económicamente, sino moral, con el cariño de una verdadera familia.

A la Familia Rivas Caballero: En especial al señor ***Pedro Antonio Rivas.***

A todos mis amigos y compañeros de Universidad: ***Hazel, Ana, Marlene, Sofana, Katya, Néstor, Omar, Ligia, Helen y Maykelly.***

Blanca Rosa Mendoza Tórrez.

Dedicatoria

A Dios: Por haberme dado fortaleza y sabiduría para cumplir una de mis metas, a pesar de los obstáculos presentados a lo largo de mi carrera.

A mis padres: Por apoyarme de manera incondicional durante mi formación, en especial, a mi madre por haberme guiado siempre por el camino del bien y dedicar la mayor parte de su vida para mí.

A mis hermanos: Karla y Byron, por haberse preocupado y colaborado para que la realización de esta monografía sea todo un éxito.

A mis amigos y compañeros en especial a: ***Blanca, Ana, Sofana, Marlene, Katya, Néstor y Omar.***

Hazel Maria Muñoz Zeledón



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA

UNAN-LEÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CARRERA: DERECHO



MONOGRAFÍA

ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN DE
LA EMPRESA PÚBLICA EN NICARAGUA.

CASO: ENEL

PREVIO A OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

TUTOR: Dr. JORGE FLAVIO ESCORCIA

AUTORES: BLANCA ROSA MENDOZA TÓRREZ

HAZEL MARÍA MUÑOZ ZELEDÓN

León, Septiembre del año 2002.





ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I: PRIVATIZACIÓN DE LA EMPRESA PUBLICA

	1
1. Aspectos Generales de la Privatización.....	2
2. Concepto de Privatización.....	3
3. Clasificación de Privatización.....	3
3.1. Privatización Formal.....	3
3.2.Privatización Material.....	6
3.3.Clasificación de la Privatización según la naturaleza del comprador.....	7
4. Desregulación y Despublificación de la Actividad Económica del Estado.....	9
5. Clases de Empresas Públicas Privatizables.....	9
5.1. Empresas prestadoras o gestoras de servicios públicos.....	9
5.2. Empresas públicas de mercado.....	11
6. Naturaleza Jurídica del Contrato de Privatización.....	15
7. Modalidades Jurídicas de la Transferencia de Empresas Públicas.....	18
8. Marco Constitucional de la Actuación Económica de los Poderes Públicos.....	18
8.1. Actividad económica de los poderes públicos según la Constitución Española.....	24
9. Límites Constitucionales a los Procesos de Privatización.....	24
9.1. Límites por razón de la materia.....	27
9.2. Exigencia de una norma legal para desarrollar procesos de privatización.....	

CAPÍTULO II: GESTIÓN EMPRESARIAL DEL ESTADO.

1. Breve Reseña Histórica de la Gestión Económica de Nicaragua, desde el Gobierno Somocista hasta el Gobierno Liberal.....	31
2. Formas de Organización Administrativas del Estado.....	38



CAPÍTULO III: MARCO JURÍDICO DE LA PRIVATIZACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA EN NICARAGUA.

1. Fundamento Constitucional para la Privatización en Nicaragua.....	44
2. Procedimiento Jurídico de la Privatización de las Empresas Públicas Adscritas a la Corporación Nacional del Sector Público, (CORNAP).....	49
2.1. Normas jurídicas aplicables a la privatización de estas empresas Públicas.....	50
2.1.1. Ley creadora de la junta general de corporaciones nacionales del sector público. Decreto-Ley N°. 7-90.....	50
3. Procedimiento Jurídico de la Privatización de las Empresas de Servicios Públicos.....	55
3.1. Ley de disposición de bienes del Estado y entes reguladores de los servicios públicos. Ley N°. 169.....	55
3.2. Ley de contrataciones del Estado. Ley N°. 323.....	57
3.3. Empresa Nicaragüense de Energía.....	62
3.3.1. Antecedentes históricos de la energía en Nicaragua.....	62
3.3.2. Marco legal del INE.....	62
4. Procedimiento Jurídico de la Privatización de la Empresa Nicaragüense de Electricidad.....	67

CAPÍTULO IV: CONTROL DEL ESTADO EN EL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA.

1. Control que ejerce la Contraloría General de la República en la Privatización de las Empresas del Estado.....	78
CONCLUSIONES.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	83
ANEXOS.	



Introducción

Actualmente en Nicaragua, el proceso de privatización, es uno de los fenómenos más recientes e importantes que se está experimentando a través de los grandes esfuerzos que hace el Estado para convertir la economía en una economía de mercado, donde el Gobierno juega un papel importante para promover y facilitar la prestación de los servicios públicos, asegurar la eficiencia y eficacia de éstos y lograr que mayor cantidad de personas tengan acceso a los mismos, poniendo en práctica el precepto constitucional que reconoce el rol protagónico de los particulares en la economía.

Nicaragua en un proceso de reestructuración económica y social se vio en la necesidad de recurrir a la privatización de las empresas públicas, ya que el Gobierno no contaba con los recursos económicos y materiales necesarios para el funcionamiento eficaz de éstas empresas.

Con éste trabajo pretendemos establecer, si los procesos de privatización, que se han realizado en nuestro país tanto de las empresas públicas de servicio como de las de mercado, hayan cumplido con el principio de legalidad contemplado en la Constitución Política de Nicaragua. Para ello hemos analizado un sin número de leyes que regulan este proceso, entre las que mencionamos: Ley Creadora de la Junta General de las Corporaciones Nacionales del Sector Público (CORNAP), Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes reguladores de los Servicios Públicos, Ley de Industria Eléctrica entre otras.

A lo largo de nuestra investigación, nos encontramos con muchas limitaciones, como es el que no tuvimos acceso a entrevistas con los



funcionarios de las empresas como fue el caso de la Empresa Nicaragüense de Electricidad, pues solo nos brindaron cierta información contenida en la biblioteca y en lo que respecta a la Contraloría General de la República, no nos pudieron facilitar los expedientes de las empresas que han sido privatizadas, por lo que se nos hizo muy difícil reunir todos los datos que requeríamos para el contenido de esta obra, sin embargo, pese a estos obstáculos hemos podido reunir una gran parte de elementos importantes que nos sirvieron de mucho para poder culminar nuestro trabajo monográfico.

Con este trabajo queremos proporcionar a los estudiantes de Derecho y al público en general un estudio sencillo, pero con la información necesaria para determinar que el proceso de privatización de las empresas del Estado, cumplió o no, con las disposiciones establecidas en las leyes, para lo cual utilizamos el método analítico descriptivo que se observará a lo largo de nuestro trabajo.



Capítulo I

PRIVATIZACIÓN DE LA EMPRESA PUBLICA

1.ASPECTOS GENERALES DE LA PRIVATIZACIÓN.

En cuanto a la significación y alcance del concepto de privatización, se pueden diferenciar tres posturas doctrinales:

- a) Un sector doctrinal utiliza el término privatización, para designar el contenido de la política dirigida a la reducción o inhibición de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la actividad económica, es decir, la acción de los poderes públicos que tienen como objeto abrir el mercado en beneficio del sector privado. Desde esta perspectiva, el concepto de privatización tiene como objeto, disminuir la presencia y acción del Estado en la esfera de las actividades de contenido económico a través de la venta, la cesión o la donación total o parcial de las empresas públicas al sector privado.
- b) Otro sector de la doctrina utiliza el término privatización, en aquellos casos en que los poderes públicos se valen para el desarrollo de la actividad del ordenamiento jurídico privado, fórmula que ha sido denominada privatización en la gestión. Para estos no existe cambio en la titularidad de la actividad correspondiente en beneficio del sector privado, tan solo se produce un cambio en el régimen jurídico de dicha actividad.



c) Finalmente, otro sector doctrinal ha acuñado el concepto de privatización circunstancial, con relación a la venta (devolución al sector privado) de empresas previamente expropiadas por los sectores públicos.¹

2.CONCEPTO DE PRIVATIZACION.²

Existen diferentes definiciones del término privatización, lo cual impide tener una conceptualización precisa del mismo.

En sentido amplio, la privatización abarcaría toda retracción del Estado en la economía, traspasando las funciones y actividades públicas al sector privado, quienes la desarrollaran bajo formas organizativas y régimen jurídico privado.

Según **PIRIE** la privatización “supone la transferencia de la producción de bienes y servicios del sector público al sector privado. Su común denominador mas elemental es el hacer de forma privada lo que antes se hacia públicamente”.

SAVAS afirma, que “privatización es el acto de reducción del papel del gobierno, o de ampliación del papel del sector privado, en una actividad o de la producción de bienes”.

El español **MARTIN MATEO**, ha definido la privatización como: “la asunción por los particulares de bienes o actividades económicas anteriormente de titularidad o gestión pública”.

¹ De la Serna Bilbao, Maria Nieves: *La Privatización en España*. s.ed. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona. P. 29-35.

² Pirie; Savas; Martín Mateo, citados por Francisco Villar Rojas: *Privatización de Servicios Públicos*. S. Ed. Madrid, España, 1993.



Haciendo un análisis estricto del concepto de privatización, hay que destacar su alusión por un lado, a la sujeción al derecho común de determinadas actividades desarrolladas por los poderes públicos, y por otro lado, a la traslación total o parcial al sector privado de actividades empresariales hasta el momento desplegada por los poderes públicos.

3.CLASIFICACION DE PRIVATIZACION³

Haciendo un análisis del concepto de privatización, podemos señalar diversos tipos de la misma, así tenemos:

3.1- Privatización formal: La cual consiste en la utilización instrumental por parte de los poderes públicos, del sistema normativo jurídico-privado para el desarrollo de su actividad sin que, en ningún caso se produzca un cambio de titularidad. Dicha aplicación del derecho privado, puede ser tanto en el ámbito de la iniciativa económica realizada por los poderes públicos, como en el desarrollo de actividades propiamente administrativas.

3.2- Privatización Material: La que puede ser definida como la transferencia de la actividad económica desarrollada por los poderes públicos, al sector privado. Existe un autentico traspaso de titularidad de la actividad económica desarrollada por los poderes públicos a verdaderos sujetos privados, no dependientes de los poderes públicos. Este traspaso se produce sobre aquellas empresas o participaciones empresariales que han dejado de tener un carácter estratégico para los poderes públicos, o en los cuales por motivos tecnológicos o presupuestarios se procede a compartir la gestión de aquellas con la participación de sujetos privados.

³ De la Serna Bilbao Maria Nieves, Op. Cit.. P. 68-69, 80-93.



La privatización material, puede abarcar diferentes posibilidades en cuanto al control del sector productivo de empresas privadas por parte de los poderes públicos o de las iniciativas privadas, la transferencia se puede efectuar a través de las diferentes formas: total, bien en forma parcial, a su vez puede tener lugar a título oneroso y a título gratuito.

3.2.1 Privatización total.

La privatización total, también denominada privatización auténtica, se produce cuando se transfiere a la iniciativa privada toda una actividad económica gestionada hasta ese momento por los poderes públicos. En esta hipótesis los poderes públicos se separan de manera absoluta de su responsabilidad en la dirección y gestión de la actividad de que se trate y es asumida por los sujetos privados.

Es preciso advertir que la privatización total, no ha sido frecuente en la praxis administrativa, debido a la dificultad que presenta encontrar sectores o empresas que resulten atractivos de forma total para los compradores, puesto que las empresas que se pretenden enajenar a menos en principio, no son rentables.

3.2.2 Privatización Parcial.

La privatización parcial es la transferencia que tiene por objeto una cantidad preestablecida de participaciones sin alcanzar el cien por ciento del capital social de la empresa. Dicha privatización se caracteriza por la presencia de los poderes públicos sobre la empresa privatizada, cuando esta actividad es desarrollada conjuntamente por los poderes públicos y los sujetos privados en la que la dirección de dicha actividad dependerá de la normativa a la que se



encuentre sometida. En este caso la privatización puede ser mayoritaria, supuesto en el que sin llegar al cien por ciento se enajena un porcentaje superior al cincuenta por ciento, o minoritaria cuando lo que se privatiza es una porción menor al cincuenta por ciento del capital social.

Este sistema de privatización parcial es el que ha sido más utilizado, ya que presenta mejores posibilidades a la hora de buscar compradores y de preservar en determinados sectores intereses de carácter general.

Para muchos autores, en los casos en que los poderes públicos mantienen un control efectivo sobre la empresa privatizada, no representa una verdadera privatización, sino que la denominan privatización aparente y afirman que sólo se puede hablar de privatización cuando el sector público pierde el control de una sociedad.

3.2.2 Privatización a título oneroso.

Esta privatización puede realizarse de dos maneras:

- ❖ Mediante la enajenación de bloques: Esta enajenación por bloques denominada también por departamentos, se produce cuando se lleva a cabo la venta de una parte completa de la actividad.
- ❖ Mediante la enajenación de una porción de participaciones de una actividad, empresa, o sector que posean los poderes públicos: Esta venta que realizan los poderes públicos se puede efectuar tanto sobre la mayoría del sector, actividad o empresa, como sobre la mitad o una parte minoritaria de la misma, siendo necesario que se lleve a cabo una modificación de la forma jurídica del ente a privatizar que por lo general



se opta por utilizar la forma de sociedad mercantil ya que esta permite de manera efectiva, la participación de los particulares y que la valoración de las acciones o actividades que se pretenden enajenar se realicen por el mismo mercado. Esta enajenación se puede efectuar por acciones o mediante un aumento del capital de la sociedad.

3.2.4 Privatización a título gratuito.

La donación es una de las técnicas utilizadas para llevar a cabo la privatización a título gratuito. Esta puede ser:

Donación al público en general o bien a los trabajadores de la empresa a privatizar, puede recaer sobre la totalidad de la empresa o solo sobre una parte de ella.

La privatización a título gratuito es seriamente criticada, ya que con ella se está beneficiando a un grupo de personas determinadas de la sociedad, afectando injustamente los derechos de todos los otros ciudadanos, pues las empresas públicas pertenecen a los ciudadanos en general, razón por la cual el gobierno no tiene capacidad suficiente para realizar esta cesión a título gratuito.

3.3- Siguiendo con la clasificación de privatización, encontramos que según la naturaleza del comprador la privatización puede ser:

3.3.1 Las privatizaciones orientadas a los propios trabajadores en que el papel principal de la privatización es asumido por la fuerza laboral. Esta técnica jurídica reporta indudables ventajas, principalmente aseguran la cooperación de los mismos en la operación de transferencia.



3.3.2 Al público en general que, pueden ser a empresarios nacionales o extranjeros; públicos o privados. Con esta venta se persigue lograr una redistribución de la riqueza entre los ciudadanos y evitar que el patrimonio adquirido vuelva en un futuro a manos del Estado.

En ocasiones la privatización implica un aumento de la inversión del capital extranjero, determinando el establecimiento de un límite máximo a la inversión del capital trasnacional en los procesos de privatización.

En otros casos el sujeto comprador puede ser otro Estado, ocurriendo que el comprador de la empresa, sector o actividad que se pretende privatizar es una empresa propiedad de los poderes públicos de otro Estado; de este modo lo que es una privatización para un Estado determinado, para otro, significa un aumento del patrimonio público. El Estado privatizador busca que la empresa deje de ser pública en el orden nacional, y atraer inversiones extranjeras que garanticen un funcionamiento eficaz de la misma; en cambio el Estado adquirente de la empresa privatizada, persigue obtener nuevos horizontes que le permitan competir con otras empresas del sector del que se trate.

4-DESREGULACION Y DESPUBLIFICACION DE LA ACTIVIDAD ECONOMICA DEL ESTADO.

Las consideraciones precedentes ilustran sobre la amplitud con que es utilizado el concepto de privatización. De esta manera comprenden procesos que van desde la desregulación o el otorgamiento de una actividad en régimen de concesiones, pasando por la transferencia a la iniciativa privada, de todo o parte de un sector económico, hasta la adopción de formas organizativas privadas para el desarrollo de actividades económicas de la privatización.



Todo proceso de privatización incluye un proceso de desregulación, por lo que consideramos necesario hacer un somero análisis acerca del concepto de desregulación, ya que la privatización y la desregulación son fenómenos no solo compatibles, sino complementarios.

El término desregulación o desreglamentación se puede definir, como el conjunto de medidas que tienen por objeto la disminución no solo del volumen, sino también de la importancia de las normas jurídicas en una determinada actividad, esta disminución debe ser tanto cuantitativa, significando reducción de las normas que no siempre implican una disminución del control jurídico, como cualitativa desreglamentación que incide en la actuación de las instituciones públicas que apartan su actividad del control fundamental en relación con actividades ligadas al ámbito económico.

Desde una perspectiva amplia, el concepto de desregulación puede abarcar toda normativa de trascendencia social.

Desde una perspectiva más estricta, se puede definir básicamente como la eliminación, modificación o simplificación por parte de los poderes públicos, de aquellas normativas o tramite administrativo que de alguna manera limiten, condicionen o restrinjan la iniciativa y el desarrollo de las actividades de contenido económico tanto públicas como privadas.⁴

Otra de las medidas previas o concomitantes con la transferencia de la empresa pública al sector privado, es la despublicación de la actividad objeto

⁴ De la Serna, Maria Nieves: Op. Cit. P. 40-41.



de la explotación de la empresa pública, lo que conduce a su plena apertura a la iniciativa privada.⁵

En muchos casos se da la despublificación fáctica o privatización espontánea como consecuencia de la pasividad de los poderes públicos que no pueden o no saben ejercer su competencia en determinadas actividades, pues existen áreas que son explotadas por los particulares ante la inmovilidad en el ejercicio de la competencia por parte de los poderes públicos.

5- CLASES DE EMPRESAS PÚBLICAS PRIVATIZABLES.

Según la doctrina distingue dos tipos de empresas públicas:

5.1- Empresas prestadoras o gestoras de servicios públicos: Son aquellas que responden a una necesidad de interés público, el Estado asume la titularidad exclusiva de servicios esenciales a través de una declaración legal que califica dicha actividad de servicio público y lo faculta para reglamentar, dirigir y gestionar dicho servicio, entendiendo al servicio público según la doctrina y la jurisprudencia Española: “Como una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la administración para que esta lo dirija, lo reglamente y gestione en forma directa o indirecta y a través de la cual presta un servicio público en forma regular y continua “.

5.2- Empresas sometidas a un régimen de mercado: Según sea el régimen jurídico aplicable a la actividad que constituye el objeto de su explotación, la privatización de empresas públicas de mercado ha sido la mas extendida ya que es más difícil crear empresas privadas en el ámbito de gestión de servicios públicos.

⁵ Rodriguez Chirillo, Eduardo J.: *Aspectos Jurídicos de la Privatización*. S. Ed. Institutos de estudios económicos. Madrid España. 1993. p. 37-38.



Esta clase de empresas públicas deberían actuar con un espíritu mas comercial, sometidos a la competencia con el sector privado, deberían de asumir el riesgo de suspensión de pago y de quiebra y las ayudas públicas deben estar condicionadas a un detenido examen de las razones de interés público que la justifican, gozar de una mayor autonomía de funcionamiento, menos dependientes del poder político y flexibilidad en su estructura.

El carácter deficitario es un motivo decisivo para la privatización de empresas, sin embargo sería un error reducir la privatización a este supuesto, pues de ello se deduce que aquellas empresas que carezcan de total justificación deban continuar públicas mientras sean rentables.

Las empresas públicas de mercado y las privadas tienen dos principios inspiradores del régimen jurídico al que se someten:

a)- La libre competencia, que es la regla que gobierna las relaciones entre los agentes de un mismo sector económico, a través de esta regla se facilita el aumento de la eficacia y eficiencia en el empleo de los recursos sociales disponibles, mejorar la rentabilidad de las inversiones, incorporación del cambio tecnológico, el fiel servicio de los intereses y demandas de los consumidores, precios mas ajustados para los bienes producidos y el progreso económico y social.

b)- Paridad de trato, esto supone que la empresa pública abandone los privilegios que a lo largo de los años se le han ido reconociendo, a fin de someterlos a los marcos competitivos y a las exigencias derivadas de la paridad de trato con las empresas privadas que se dediquen a la misma actividad económica, lo que significa el sometimiento de las empresas públicas a las



mismas cargas sociales, fiscales y financieras y de toda índole que le afecte a las empresas privadas y a los mismos riesgos sin gozar de privilegio de ningún tipo.

La privatización de una empresa pública de mercado puede realizarse junto con una regulación de mercado, sea liberando los precios, sea derogando las barreras que impiden la libre repartición de capital para inversiones extranjeras en el sector, o bien derogando los privilegios que le eran reconocidos a la empresas públicas que se transfieren.⁶

6- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PRIVATIZACION.⁷

La naturaleza jurídica de la privatización de la empresa pública no ha sido tratada por la doctrina, ni existe referencia en la normativa sobre la privatización que permita calificarla mas allá que genéricamente de una transferencia. De su determinación se desprenderá el régimen jurídico aplicable y se contará con un conjunto de reglas interpretativas, para el caso de dudas o lagunas legales que surgieran en la operación privatizadora.

Este contrato se caracteriza por ser un contrato público o de la administración, puede derivarse de la comprobación de que la privatización de las empresas constituye como todo contrato público, un acuerdo de voluntades exteriorizado en una declaración bilateral productora de efectos jurídicos individuales de manera directa o indirecta, generando obligaciones exigibles para ambas partes. Sin embargo, a la luz de los contratos celebrados por la administración habría que determinar si se trata de un contrato de naturaleza privada de la administración o si se trata de un contrato administrativo.

⁶ Rodríguez Chirillo, Eduardo J.: Op. Cit. P. 31-40

⁷ Rodríguez Chirillo, Eduardo J. Op. Cit. P. 27-31.



- 6.1 Se considera contrato privado de la administración, cuando la preparación, competencia y adjudicación se rige por sus normas administrativas especiales y en su defecto, por las disposiciones de la ley sobre preparación y adjudicación de los contratos de obras, gestión de servicios públicos y suministro que se aplicarán por analogía a la figura contractual de que se trate, en su defecto se aplicarán las normas de derecho administrativo. En cuanto a sus efectos y extinciones se regirá por las normas de derecho privado que le sean aplicables en defecto de sus normas especiales.
- 6.2 El contrato administrativo especial; lo es cuando así lo considere la ley, cuando esté directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público o cuando revista características intrínsecas y que hagan preciso una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato. Se regirá en cuanto a la preparación, competencia, adjudicación, efectos y extinción por sus normas especiales; en su defecto y por analogía por las disposiciones relativas a los contratos de obras, gestión de servicios y suministros; y finalmente por las demás normas de derecho administrativo, en defecto de este último se aplicarán las normas de derecho privado (Derecho Civil).

El contrato de privatización o transferencia de empresa, parece un contrato típicamente privado de la administración por la forma en que se materializa; en venta, asociación, cesión o donación, que son contratos tradicionalmente privados de la administración a los que se les aplicará un régimen jurídico-privado en cuanto a su cumplimiento, efectos y extinciones; sin perjuicio de que a la formación de la voluntad de la administración y de los oferentes se les



aplique el régimen jurídico público. Sin embargo en ciertos supuestos, podría ser un contrato administrativo, cuando el interés público se incorpora de manera especial a la causa del contrato en el caso que la finalidad pública no se reduzca solamente a la mera conmutación de prestaciones entre la administración y el adquirente, sino que incluyen fines de orden colectivo, de justicia distributiva de saneamiento financiero de los déficit público; es decir, fines que el derecho común pondría en grave peligro su consecución, o bien cuando el objeto del contrato está vinculado de modo directo al desenvolvimiento regular de un servicio público.

En la privatización de dichas empresas existe una doble vía contractual, la enajenación de la empresa y concomitante con ella la oportuna concesión administrativa por la que se legitima al adquirente de la empresa para la prestación del servicio público. La naturaleza jurídica del contrato de privatización de la empresa de servicio público constituye un contrato administrativo.

En conclusión, el contrato de transferencia de empresas públicas supone en todos los casos la aplicación del régimen jurídico público. Este se incorpora en la relación contractual tanto en los supuestos en que se trate de una empresa gestora de los servicios públicos, por su vinculación directa al ejercicio de estos, como en los casos de empresas públicas en las que, aún actuando en actividades de mercado el interés público requiere una protección especial.

En este caso es necesario recordar, que la actividad de los poderes públicos pueden ser de forma amplia en donde la administración es la protagonista, desarrollando una actividad de servicio al público y aquella otra, en que los poderes públicos desarrollan una actividad productiva, como un agente económico de mercado. En la primera se produce la asunción de la titularidad



de la actividad por la administración en la que queda excluida la actuación de los particulares, salvo decisión de gestión administrativa indirecta, es decir a través de concesión, arrendamiento, contratos de gestión de servicios u otras formulas. En el segundo supuesto, no existe prohibición por parte de los poderes públicos de la titularidad de la competencia, esta puede ser asumida tanto por los sujetos públicos, como por los sujetos privados, sin requerir previamente de los poderes públicos, concesión o cualquier otra figura de gestión indirecta.

Es preciso destacar, que el hecho de que las actividades públicas hayan sido atribuidas al sector privado, mediante concesión, éstas no salgan del ámbito público, es decir, la actividad traspasada sigue siendo de carácter público siendo siempre los titulares de la actividad. La concesión tendrá en consecuencia un carácter traslativo, ya que supone la transferencia a los sujetos privados (Naturales o Jurídicos) de facultades o poderes de actuación que antes no tenían.

Es necesario señalar que la privatización y concesión son dos fenómenos diferentes. No es posible hablar de privatización, ya que esta solo puede recaer sobre una actividad previamente liberalizada. La prestación de servicio publico o la actividad administrativa en principio puede ser realizada por la propia administración (gestión directa), sin embargo, esta gestión se puede encomendar discrecionalmente a un particular por medio de la figura jurídica de la concesión. En este supuesto es erróneo pensar que el cambio de gestión de actividades publicas, mediante concesión supone una verdadera privatización, ya que la competencia en este supuesto es siempre pública, independientemente del sujeto que la ejerce.



Es preciso destacar que resulta igualmente posible, que un ente público, es decir una empresa pública perteneciente a otro Estado, gestione en este país un determinado servicio público en virtud de concesión, en efecto el régimen jurídico de la concesión no se altera por aquella circunstancia, cabe señalar que será a este sujeto público a quién pueda afectar la aplicación de un proceso de privatización, es decir, se trata de un sujeto público sometido al derecho administrativo que con posterioridad se somete al derecho privado.

Cuando el concesionario de servicio es un ente público debe desarrollar su actividad en el mercado, en un plano de igualdad con las empresas de titularidad privada, de esta forma el mercado podrá contar con la presencia de ofertas públicas y privadas y el ente público prestará el servicio si obtiene la concesión tras la celebración del concurso con los mismos derechos, deberes y obligaciones que cualquier concesionario privado. El régimen de los servicios públicos que realiza esta empresa estará en función del título legal, reglamentario o contractual en virtud del cual gestione el servicio.

Actualmente el régimen de concesiones administrativa, experimenta algunas reformas en determinados aspectos del régimen (Riesgo y ventura) y tiene como fundamento los mismos principios que alientan la privatización y competencia.

7- MODALIDADES JURÍDICAS DE LA TRANSFERENCIA DE EMPRESAS PÚBLICAS.⁸

La privatización es una técnica que puede materializarse por medio de una diversidad de formulas contractuales, para lo cual señalamos las siguientes:

⁸ Rodríguez Chirillo, Eduardo J. Op. Cit. P. 246-250.



7.1-La venta de la empresa: Esta supone la adquisición de ella con sus activos, pasivos, empleados y obligaciones pendientes de que dispone al momento de la transferencia, sin embargo, existen otras alternativas en que la organización empresarial puede ser transferida mediante la venta de activos:

- a) Por la creación de una unidad económica separada, que supone la modificación de la organización empresarial que tenía la empresa pública bien mediante la segregación, o bien mediante la reagrupación de activos.
- b) La venta de establecimientos individuales (privatización parcial), en la que los fondos obtenidos por la venta del establecimiento revierte en la empresa y cuando los bienes pertenecientes a las empresas se hallaren afecta a un servicio público o uso público previamente deberán ser desafectados para que recobren su carácter de alienables y prescriptibles.

7.2- La venta de acciones de la sociedad: Esta venta es la modalidad por excelencia, utilizada para transferir empresas, ya que las acciones representan las partes alícuotas o proporcionales del capital social de la sociedad titular, en este caso cambia la estructura interna, empresario o persona jurídica de la sociedad. Existe un cambio de socios y la venta podrá adoptar distintas formas, total o parcial, a través de un aumento de capital o transfiriendo las acciones existentes.

7.3-Contratos de gestión con opción de compra; que consiste en transferir la gestión o administración de la empresa a cambio de un honorario. Como una medida alternativa a la transferencia de la titularidad de la misma o bien mediante un contrato de locación de activos



organizados empresarialmente en la que no se transfiere la titularidad, sino los derechos propios del arrendamiento. En estos casos puede establecerse de modo condicional una opción de compra cuyo precio se fija al celebrar el contrato de gestión.

7.4- La asociación; bajo esta forma la privatización puede materializarse a través de la fusión, en la que los sujetos intervinientes pierden su autonomía económica reduciendo la pluralidad existente en una unidad económica y jurídica, o bien por el riesgo y ventura. En ésta, puesto que la unión entre las empresas se limita a un objetivo particular y temporal, la integración se realiza con recursos complementarios en común y no mediante la totalidad del objeto societario de cada una de las empresas que la integran.

7.5- La cesión de derechos societarios: En este caso la privatización se daría en el supuesto de que el socio privado ante un aumento de capital, ejerce el derecho de preferencia de suscripción transferido por el Estado, o en el caso de renuncia del aumento del capital, si el socio privado ejerce su derecho de receso.

7.6- La donación: Que bajo determinadas condiciones materializa la transferencia al sector privado, en ésta, la igualdad en los beneficios y las cargas exigen que no se realicen mediante criterios selectivos del adquirente.

En cada contrato de transferencia, el traspaso de la influencia dominante (Uno de los elementos esenciales del contenido del contrato), Comprenderá distintas implicaciones jurídicas sustantivas, relativas a la empresa que determina obligaciones y derechos para ambas partes.



8- Marco constitucional de la actuación económica de los poderes públicos:

8-1 Actividad económica de los poderes públicos, según la constitución española:

La constitución española, igual que el resto de constituciones Europeas no contiene ningún precepto que se refiera de manera expresa y directa a la privatización, lo que obliga a analizarla dentro del contexto general de la actuación económica de los poderes públicos pues ésta se relaciona fundamentalmente con la potestad de iniciativa económica que aquellos poderes reconocen el art. 128 CE. Disponiendo que: "se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales especialmente en caso de monopolio y así mismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general." De esta manera se pueden diferenciar tres formas de participación pública en la actividad económica:

- a) En primer lugar, la iniciativa pública en la actividad económica; Donde se legitima a los poderes públicos a realizar actividad de producción o suministro de bienes o servicios de forma análoga a la desarrollada por los particulares en virtud del principio de libertad de empresa.
- b) En segundo lugar, la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales; Esta hipótesis supone la exclusión del sector privado de la titularidad de un determinado recurso o servicio o como afirma PAREJO



ALFONSO⁹, expresa una zona fronteriza entre lo público y lo privado, requiriendo la presencia del interés general, fundamento último de la restricción.

- c) Por último la intervención de empresas; Por medio de ésta la administración limita la iniciativa privada por exigencia del interés general, interés que fundamenta a los poderes públicos para que procedan a la sustitución de los órganos normales de gestión de una empresa y determinan al propio tiempo quienes deben asumir la gestión anterior de la empresa, no se trata de una habilitación a los poderes públicos para actuar como empresarios a través de la titularidad de las empresas intervenidas, es decir, de actuar como un sujeto privado, por el contrario, se habilitan para que ejerciten una actuación de auténtica emergencia que proteja el interés general en juego, no incide ni afecta a la titularidad patrimonial de la empresa, se trata de actuar sobre los órganos de gestión de la empresa con carácter transitorio o provisional con el fin de garantizar la conservación de la empresa.

Este artículo determina el ámbito material de actuación de los poderes públicos, es decir los límites dentro de los cuales se puede desenvolver la actividad industrial o mercantil de los poderes públicos.¹⁰

8.1.1-AMBITO MATERIAL DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PUBLICOS:

Un sector de la doctrina, estima necesario la existencia de un interés general como legitimación causal de la iniciativa pública. Para el autor **Ariño**

⁹ Parejo Alfonso, citado por Maria Nieves de la Serna Bilboa: *La privatización en España*. S. ed. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona.

¹⁰ De la Serna Bilboa, Maria Nieves: Op. Cit. P.155-162.



Ortiz, existe una limitación constitucional a la iniciativa pública en la actividad económica, afirma que a pesar que el art. 128 C.E reconoce la posibilidad de crear empresas públicas que actúan en el mercado junto a empresas privadas, esta habilitación debe ser limitada por el derecho de la libertad de empresa, consagrado en el Art. 38 C.E.

Para este mismo autor la intervención empresarial del Estado y de las demás administraciones públicas debe venir exigida por un interés general, cierto y prevalente, es decir, por la existencia de una especial utilidad pública en dicha actividad o por la necesidad de atender a necesidades colectivas que de otra forma quedarían desatendidas.¹¹

El profesor **PAREJO ALFONSO**¹², considera que la actividad económica publica consagrada en el art. 128 CE, no se identifica con el concepto de administración contenida en el art. 103 CE. Para dicho autor la actividad económica publica, no es la actividad de administración publica regulada en el art. 103 CE, Pues éste último hace referencia a una administración pública dependiente del estatuto concreto y específico determinado constitucionalmente; Por el contrario el art. 128 CE, establece una habilitación al poder público para llevar a cabo actividades de contenido económico en plano de igualdad con los sujetos ordinarios del derecho.

Por lo que respecta al caso de la iniciativa pública en el ámbito de la actividad económica, para el mismo autor el art. 128 CE, agota su contenido en una habilitación directa al poder publico, a fin de que este pueda desarrollar las mismas actividades de carácter económico que los sujetos ordinarios del derecho, esta habilitación configura tanto su capacidad jurídica

¹¹ Ortiz Ariño, Citado por Maria Nieves de la Serna Bilbao, Op. Cit. P. 163-164.

¹² Parejo, Alfonso, citado por Maria Nieves de la Serna, Op. Cit. P. 173-174.



como su capacidad de obrar, no cuestiona el deslinde entre los mundos de actividad de la administración pública y de actividad de los sujetos ordinarios, sino que reconoce las diferencias existentes entre uno y otro, diferencias que son el fundamento, de la necesidad de aquella habilitación, reconociendo que no existe subordinación del sector privado con respecto al sector publico, ni un predominio de este sobre aquel.

8.1.2- LA EMPRESA PÚBLICA EN EL MODELO DE LA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO.

Uno de los principios que informa e inspira toda intervención del Estado en este modelo económico, es el de conformidad con el mercado, en otras palabras, condición previa para cualquier intromisión por parte del Estado, es su compatibilidad con la economía de mercado y la correspondiente información de beneficios, es decir, que el objetivo social debe ser logrado con medidas conformes con el mercado, donde la compatibilidad con el mercado no es más que una manifestación de la proporcionalidad que había de observar el Estado cuando actúa a través de la amplia gama de recursos de intervención.

La oportuna acotación de la función del Estado en la economía, viene dado por otro principio que se complementa con el anterior; el principio de actuación subsidiaria, partiendo de la concepción en derecho público de que toda habilitación para la actuación económica del Estado reside en las exigencias del interés general, que constituye a la finalidad a la que está sujeta toda potestad pública, siguiendo la doctrina en la que la actuación estatal debe subordinarse respecto de las actividades de los particulares. Una de las actuaciones del Estado conforme con el mercado y su radical actuación



subsidiaria, es la de dictar el marco de ordenamiento que garantice la competencia entre los particulares.

Con respecto a la actuación estatal por medio de empresas, se plantean dos interrogantes importantes; en primer lugar ¿Cual es la naturaleza de la actuación de la empresa pública en las actividades económicas?, cuya opinión mayoritaria consideran, que el principio que rige las relaciones entre la empresa pública y privada, es el de la compatibilidad concebida como la posibilidad de la existencia pacífica entre una y otra, y a la vez la actitud para colaborar juntas en la consecución del interés general.

Dicha doctrina sostiene, al tenor de una interpretación conjunta de los arto. 38 y 128 C. E., tanto la empresa privada como la empresa pública están en una situación jurídica equivalente, regidas y sometidas a los mismos estatutos jurídicos.¹³ Por tanto, la actuación de los poderes públicos en la iniciativa económica, se encuentra regida por el principio de la coexistencia pública – privada.

En consecuencia, la actividad empresarial pasa a ser un campo de la realidad, en la cual confluye a ambas iniciativas, la iniciativa privada en virtud de un derecho que le corresponde (reconocido y tutelado en arto. 38 C. E.), y la iniciativa pública como consecuencia de la habilitación específica contenida en el arto. 128 C.E. Se trata de un principio jurídico en virtud del cual, aquellos poderes y los sujetos privados se rigen por las mismas reglas de conducta, por consiguiente no solo resulta necesario, sino que incluso es una exigencia, la utilización del derecho privado, pues la utilización del derecho público en este ámbito supondría actuar investido de prerrogativas, que determinarían la

¹³ Rodríguez Chirillo, Eduardo J. Op. Cit. P. 47-49.



ruptura de los principios de igualdad y libre concurrencia que debe regir en aquella actuación derivándose de esta afirmación dos conclusiones:

- a) Que los poderes públicos deben actuar como un agente económico más y la valoración de tal actividad corresponde a los propios poderes público, es decir que la creación y ampliación de empresas pública por parte de los poderes públicos se encuentra perfectamente legitimada.
- b) Desde esta perspectiva es posible afirmar que el texto constitucional Español, determina para la iniciativa económica pública la privatización de la misma, privatización entendida como sometimiento al mismo estatuto que los sujetos privados. Esto determina la supresión o eliminación del principio de subsidiariedad y consagra el principio jurídico de coiniiativa pública y privada, por tanto el sometimiento de ambas al mismo estatuto jurídico.¹⁴

Para un sector minoritario, la presencia de la empresa pública en el campo económico no constituye una excepción a los principios de subsidiariedad y de conformidad con el mercado que tienen que observar los poderes públicos. Para ésta posición doctrinal, la actuación de los poderes públicos por medio de empresas públicas, como toda intervención estatal comporta en mayor o menor grado una restricción de las condiciones normales o naturales del mercado, la justificación debe derivar de la exigencias del interés general., que en todo caso debe garantizar y proteger el motor de las actividades económicas, la libertad económica, es decir, que el interés general, es de vital trascendencia para la existencia de la empresa pública y debe resultar de las exigencias del mercado,

¹⁴ De la Serna Bilbao, Maria Nieves, Op. Cit. P. 183-184.



siendo una de las manifestaciones más típicas, la insuficiencia o ausencia de la actuación privada.

La segunda pregunta que se plantea, ¿resulta compatible la presencia de empresas públicas en un régimen de competencia múltiple y rival?, es decir que si la sumisión de la empresa pública a las reglas del mercado es realmente posible, evitando recursos a los exclusivismos o privilegios de cualquier tipo o recibir las socorridas ayudas financieras públicas. Pero la historia da prueba de lo difícil que ha resultado mantener la empresa pública en un régimen de leal y franca competencia.¹⁵

9-LÍMITES CONSTITUCIONALES A LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN.¹⁶

9.1- Límites por Razón de la Materia:

Es preciso recordar que la constitución Española no contiene precepto alguno que aluda a la privatización. Por lo tanto, para proceder a determinar la existencia de cualquier límite constitucional a los procesos de privatización, debemos partir de una interpretación sistemática del texto constitucional en relación con la actuación de los poderes públicos y en especial con su actividad económica.

9.1.1- Desde el punto de Vista de las Actividades Administrativas:

En relación con la posibilidad de someter la actividad propiamente administrativa al derecho privado, el texto constitucional presenta unos límites claros y precisos.

¹⁵ Rodríguez Chirillo, Eduardo J, Op. Cit. P. 51-52

¹⁶ De la Serna Bilbao, Maria Nieves, Op. Cit. P. 186-200.



En efecto, en este ámbito de actividad de los poderes público están obligados constitucionalmente, a servirse del derecho público para desarrollar aquella actuación inmediatamente encaminada a la realización de los fines públicos (consecución del interés general). Este objetivo solo puede ser perseguido por medio de aquel sector del ordenamiento que en este sentido, se constituye en estatuto jurídico garantizador de la realización de aquel fin.

Esta circunstancia no excluye, que los poderes públicos puedan someter algunos ámbitos de su actividad al derecho privado. No obstante, estos solo se podrán servir en el cumplimiento de sus actividades administrativa, del ordenamiento público privado para la cobertura de sus necesidades de forma excepcional. Es decir, la utilización del derecho privado en ese ámbito deben encontrar justificación en la consecución del interés general asignado.

Desde esta perspectiva se puede afirmar, que los poderes públicos no pueden utilizar de forma generalizada el derecho privado en el ámbito de actividades propiamente administrativas hasta el extremo de sustituir el derecho público por el derecho privado. Esta situación puede determinar, tanto una pérdida de las garantías que el ordenamiento administrativo, reconoce en favor del administrado como un desvanecimiento del interés general. En todo caso el marco constitucional predetermina a la propia administración un estatuto propio, por tanto, un primer límite a la posibilidad de aplicar medidas privatizadoras reside en la prohibición de que la administración recurra para el desarrollo de funciones propiamente administrativas al ordenamiento jurídico privado.



9.1.2- Desde el punto de vista de las actividades de carácter económico de los poderes públicos:

En cuanto a la posibilidad de que los poderes públicos adopten la forma de empresario privado, para la realización de actividades meramente económicas con fundamento en la habilitación contenido en el art. 128 C.E. Es correcto aceptar su sometimiento al derecho privado, en el desarrollo de esta actividad los poderes públicos se desvían de su función propia que es la de satisfacción del interés general y pasan a ejercer una actividad económica propia del ámbito privado como si se tratara de un sujeto ordinario del derecho.

Desde el punto de vista constitucional, la aplicación del derecho privado en el desarrollo de esas actividades es no solo perfectamente posible, si no incluso preciso y necesario. Hay que destacar en primer lugar, que el art. 128 C. E., no concreta traba alguna de carácter sustancial o procedimental respecto de la actividad que puedan abordar los poderes públicos. En este sentido, se debe tener en cuenta que la competencia no se publica, y por consiguiente actúa en el plan de igualdad en el desarrollo de la misma con los sujetos privados. El ejercicio de esa habilitación por los poderes públicos, no limita el derecho de la libertad de empresa. Por otro lado, es preciso destacar que ese mismo artículo. Supone exactamente, una habilitación a los poderes públicos para intervenir en la actividad económica, pero nunca una obligación. Desde esta posición es posible entender que estos poderes podrían proceder a privatizar toda actividad que en virtud de aquella habilitación venían realizando.

Aunque como sabemos, la Constitución no contiene concepto alguno que regule la privatización, es posible sin embargo, determinar unos límites dentro de los que se deben mover los poderes públicos cuando adopten medidas que incidan en el sistema económico, y por tanto en el desarrollo de medidas



privatizadoras. En este sentido la premisa del estado social, que vincula necesariamente a todos los sujetos públicos o privados, supone un instrumento para alcanzar un orden social y económico justo. En efecto, existe a lo largo del texto constitucional toda una serie de limitaciones genéricas cuya precisión nos permite determinar la existencia de aquellos límites, pues en ella se proclama la voluntad de la nación Española, de garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo, de establecer una sociedad democrática avanzada y de promover el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida (art. 11 C. E.).

Desde esta perspectiva, un límite a los procesos de privatización, es que los poderes públicos no pueden dejar la totalidad de la actividad económica, al libre arbitrio de los agentes económicos privados, existen determinados sectores que precisan de la intervención económica de aquellos para la consecución del orden económico constitucional que pueden efectuar por medio de empresas públicas (habilitación contenida en el art. 128 C.E.) o bien mediante una actividad de regulación. En definitiva se afirma que las exigencias del estado social, entendido como un instrumento para alcanzar un orden social y económico justo modulan de manera significativa la posibilidad de aplicación de medidas privatizadoras en sentido material.

Otro límite puede ser encontrado en relación con determinados derechos fundamentales o con los principios rectores de la política social y económica; se trata de servicios públicos tradicionales como la educación, la seguridad social o la sanidad que reclaman una atención especial por parte de los poderes públicos y la constitución obliga a aquellos a hacer efectivos tales derechos.



9.2- Exigencia de una Norma Legal para Desarrollar Procesos de Privatización :

La doctrina que se ha manifestado al respecto, ha destacado mayoritariamente la necesidad de proceder a un desarrollo legislativo de la habilitación constitucional. En este sentido, el autor **García de Enterría**¹⁷, a partir de la consideración de que la constitución contiene unos preceptos de carácter orgánico, de aplicación directa por todos los poderes públicos, afirma que exista un desarrollo normativo del precepto, estos son plenamente eficaces e inmediatos.

En relación con el art. 128 inciso 1 C.E. afirma, que juega como un supuesto de habilitación directa a los poderes públicos, pero exclusivamente en su función organizatoria ahí concluye la eficacia inmediata del principio. En definitiva la constitución cumple una función estabilizadora, por esta causa no es compatible con ella la existencia de preceptos rígidos, pues bien para él, el art. 128 C. E. Se encuentra dentro del grupo de preceptos que se denominan “Directivas Constitucionales” o “Determinaciones de Fines del Estado”. Esta clase de precepto determina los criterios finalistas que deben orientar los programas legislativos en general.

Manifiesta el autor **Alonso Ureba**¹⁸, quien parte de la consideración de que un ente público para participar o constituir una sociedad debe contar con la respectiva atribución de potestad por la ley. Este autor señala que a pesar de que en el primer inciso del art. 128 del texto constitucional, que habilita a los poderes públicos para desarrollar una actividad empresarial, dicha habilitación, sin embargo, no resulta suficiente en efecto pese al reconocimiento expreso de

¹⁷ García Enterría, citado por María Nieves de la Serna Bilbao. Op. Cit. P. 194

¹⁸ Alonso Ureba, citado por María Nieves de la Serna Bilbao. Op. Cit. P. 196.



la potestad administrativa que realiza el mencionado precepto, dicho reconocimiento precisa la explicitación de los requisitos o elementos esenciales de la potestad. Para él, estos elementos deben en todo caso aparecer recogidos en la legislación ordinaria sea ésta estatal, autonómica o local.

En definitiva podemos concluir, que la constitución habilita a los poderes públicos para el ejercicio de una actividad de contenido económico de carácter meramente privado. Por lo tanto el precepto constitucional constituye el fundamento que permite que la actuación de la administración en este ámbito se desarrolle de acuerdo con el principio de legalidad consagrado en el art. 9.3 del mismo texto constitucional. En efecto la actividad del poder público y más concretamente, de la administración debe ser en cualquier caso una actividad normativamente habilitada, programada y determinada, condición que se expresa en el principio de legalidad.

La administración no es un sujeto del derecho ordinario, dotado de autonomía de la voluntad, desde la que puede definir y desarrollar su propia actividad; es decir, no se puede considerar como un sujeto al que se puede estimar constitucionalmente como titular de una personalidad susceptible de ser desarrollada libremente, por el contrario se trata de un sujeto que no tiene otra voluntad que la que le viene dada por el ordenamiento jurídico público.

Este reconocimiento no implica sin embargo, que se trate de una habilitación directa y autónoma, por el contrario se trata de una habilitación de carácter abierto y por ello corresponde al legislador la determinación de la configuración del precepto. Esta situación torna necesaria la existencia de una ley que venga a circunscribir el preciso alcance del precepto. La constitución otorga así al legislador distintas posibilidades de configuración de la realidad, será este órgano quién, en última instancia determine el espacio de actuación de



administración en el ámbito privado. Esta habilitación se puede realizar bien de forma genérica, para sectores concretos de la actividad o para el desarrollo de una actividad determinada.



Capítulo II:

GESTIÓN EMPRESARIAL DEL ESTADO

1.- Breve Reseña Histórica de la Gestión Económica en Nicaragua, desde el Gobierno Somocista, hasta el Gobierno Liberal.

En la época Somocista Nicaragua tuvo una economía agro exportadora, en la que la producción para el comercio externo estaba caracterizado por el monopolio y el control que sobre ella ejercían los distintos grupos que se han desarrollado sobre el eje de esta actividad.

Estos grupos vienen a integrar verticalmente dos grandes consorcios o polos de poder económico que son:

- a) En primer lugar el grupo BANIC (grupo del Banco Nicaragüense), polo financiero más poderoso del país, que consiste en instituciones financieras de carácter regional vinculados al cultivo y a la agroindustria algodonera, apoyando o financiando a los comerciantes de occidente y a la industria de Managua. Este grupo estaba encabezado por cuatro instituciones financieras mediante las cuales realizaban sus operaciones a nivel nacional cubriendo una amplia gama de actividades, tales como: Inversiones comerciales, centros de comercio o almacenamiento, industrias de alimentos, bebidas alcohólicas y gaseosas, productos lácteos, pesca y procesamiento de marisco, productos químicos, desmotadora de algodón, plástico, pinturas y molduras de madera, medios de comunicación masiva, publicidad y educación, industria de la construcción, repartos de vivienda, menajes de casas, seguros de vida y de vivienda.



b) En segundo lugar, el otro polo de poder económico la componen el grupo BANAMERICA (grupo del Banco de América), vinculados a la ganadería al comercio de oriente y a las empresas azucareras, en este grupo financiero se encuentran: El Banco de América, Financiera industrial agropecuaria (FIA), inmobiliaria de ahorro y préstamo, inmobiliarias de seguros y BIRSA (bienes-raíces).

Un grupo económico diferente de los otros dos lo constituyen la dinastía de Somoza, que presentó un grado de organización e integración horizontal y vertical que rebasó las capacidades de los restantes grupos financieros de Nicaragua y entró de lleno a la competencia por la industria mejor cubierto que BANIC o BANAMERICA. Con la economía nacional llegó a realizar transacciones económicas con las empresas transnacionales, lo que vino a crear contradicciones entre los propios sectores de la burguesía. Esta formación socioeconómica, en su última fase política se desplomó en Nicaragua, debido a sus grandes contradicciones.¹⁹

En el período de 1979 con el triunfo de la Revolución Sandinista, se produjeron transformaciones tanto en la base económica como en la superestructura, para ello este gobierno revolucionario procedió a la intervención, requización y confiscación de todo los bienes de la familia Somoza, militares y funcionarios que hubieren abandonado el país a través del decreto No.3 sobre Confiscación de Bienes publicado en la Gaceta Nº 1 del 22 de Agosto de 1979, al igual que congelar o intervenir cualquier transacción, bien o empresa de personas allegadas al Somocismo por medio del decreto no. 38 sobre Facultades del Procurador General de Justicia publicado en la gaceta Nº 6 del 3 de Septiembre de 1979, a través del decreto No. 25 sobre la

¹⁹ Wheelock Roman, Jaime: *Imperialismo y Dictadura*. 6º Ed. Siglo XXI. Editorial México. 1982. P. 162'228.



Nacionalización del Sistema Financiero publicado en la Gaceta N° 3 del 24 de Agosto de 1989, se nacionalizó el sistema financiero, convirtiendo de esta manera los bancos privados en bancos estatales, controlando el Estado un 100% de las concesiones de crédito, se nacionalizó el comercio interno y externo, a la vez se crea una serie de institutos y entes autónomos tales como: El instituto Nicaragüense de Energía, el de acueductos y alcantarillados, de Recursos Naturales y de Pesca entre otros.

A partir de esta transformación mediante las confiscaciones y las nacionalizaciones, se comenzó a constituir en Nicaragua un sector de empresas públicas constituyéndose de esta manera el área propiedad del pueblo.

Estas empresas inicialmente se organizan alrededor de los ministerios normadores de su giro económico y se facultó a través de decreto No.580 Ley de Empresas de Reforma Agraria publicado en la Gaceta N° 284 del 9 de Diciembre de 1980 al Ministerio de Desarrollo Agropecuario y Reforma Agraria (MIDINRA) crear empresas agropecuarias con personalidad jurídica, patrimonio propio, de duración indefinida y plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones con terceros, adscritas a este mismo ministerio.

En este período, las empresas y actividades económicas estaban dirigidas y controladas por el gobierno, es decir, el Estado dirige y planifica la economía nacional y gran parte de las empresas. Las fincas confiscadas a grandes terratenientes fueron entregadas a cooperativas de pequeños productores individuales mediante la reforma agraria, que fue el instrumento fundamental para las transformaciones revolucionarias en la economía y en la sociedad. No obstante, dichos beneficiarios no tenían el dominio pleno sobre el



bien, ya que en este período el gobierno le dio poca importancia a los aspectos jurídicos y los beneficiarios no tenían ninguna seguridad jurídica de sus derechos, pues en este período se gobernó mediante decretos y voluntades políticas, lo que trajo como consecuencia que en la década de los noventa, cuando la correlación de fuerzas cambió, es decir cuando el frente sandinista pierde el poder y asume un gobierno con ideologías contrarias que dio inicio a la transición hacia una economía de mercado en Nicaragua, provocara un gran conflicto alrededor de la propiedad que estaba siendo reclamada tanto por sus antiguos dueños como por los beneficiados al amparo de leyes y decretos promulgados en ese entonces.

Producto de los cambios políticos e institucionales realizados durante el Gobierno sandinista, el sector público en Nicaragua creció aceleradamente, iniciándose la década de los noventa, con un Estado que aglutinaba una gran cantidad de empleados públicos, y que demandaba montos importantes de créditos internos y externos, para la generación de los llamados bienes y servicios públicos y para aquellos que generalmente son proporcionados por el sector privado.

Con las leyes confiscatorias promulgadas en los años 80 una gran cantidad de empresas pasaron a formar parte del sector público, las que a mitad del año 1990 fueron agrupadas en diferentes corporaciones para formar parte de la “Corporación Nacional del Sector Público” (CORNAP), instancia creada en ese mismo año (1990) y adscrito a la presidencia de la República, a la cual se le otorgó la responsabilidad del control transitorio de todas las corporaciones mientras procedía a la implementación de un proceso de privatización.



En el ámbito de la privatización pueden señalarse la desincorporación de una gran parte de las empresas de la CORNAP, avances en el proceso de privatización de las telecomunicaciones, privatización de una subsidiaria de INE. (ENIGAS) y la presentación de un proyecto de ley que permitirá la participación del sector privado en los negocios de hidrocarburos y electricidad.

Con el objetivo de reducir el gasto público, el Gobierno de Doña Violeta Barrios implementó planes de licenciamiento para defensa y gobernación entre los años 1990-1992, con lo que redujo el ejército. Aplicó también el plan de conversión ocupacional, concebido como un plan voluntario con indemnizaciones inmediatas, a través del cual se redujo el número de empleados públicos.

El proceso de privatización de las empresas adscritas a la CORNAP, fue iniciado en marzo de 1991, con el propósito de reducir el gasto público y eliminar los subsidios tanto implícitos como explícitos en aquellas empresas que estaban operando con déficit, así como lograr una mayor participación del sector privado en el proceso productivo y aumentar la eficiencia gerencial. Para finales de 1994, la CORNAP había logrado separar completamente del sector público un total de 305 empresas, encontrándose en proceso 37 y pendientes 9. Este proceso fue llevado a cabo a través de ventas, devoluciones, operaciones de arrendamiento con opción de venta, adscripciones a instituciones del Estado y liquidaciones, y los beneficiados con este proceso fueron los empresarios o antiguos dueños, trabajadores y ex militares.

Los problemas que han afectado la fluidez de este proceso, en el caso de las empresas industriales, fue la ausencia de inscripciones a nombre del Estado al momento de sus confiscaciones y en el caso del sector agrícola, la



falta de documentación legal que ha dificultado la privatización y originando transacciones inadecuadas representando un gran costo para la CORNAP.²⁰

Todas estas transformaciones socioeconómicas realizadas durante el Gobierno de Doña Violeta Barrios de Chamorro, fue consecuencia de la presión que ejerció la comunidad de países donantes para la realización del programa de ajuste estructural, el que iba a estar bajo la supervisión del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, generándose de esta manera una discusión previa a la aprobación del primer acuerdo “Enhanced Structural Adjustment Facilities” (ESAF), en donde los principales desacuerdos y conflictos se daban en torno a tres aspectos: el problema de la legalización de tierras agrícolas y de las propiedades de los bancos estatales, a los que los organismos multilaterales exigían el cierre del BANADES, BANIC Y del Banco Popular, y la reducción del sector público.

A comienzo de 1994, el gobierno de Nicaragua firmó el primer acuerdo ESAF y se logró la aprobación del crédito para la recuperación económica con el Banco Mundial, entrando en vigencia en junio de 1994, pero cuando el FMI desembolsó la primera parte de los recursos aprobados, quedo claro que el gobierno no estaba en condiciones de cumplir con las metas cuantitativas establecidas por el fondo, que consistían en indemnizar a los propietarios que no se les podía restituir sus propiedades, privatizar las empresas estatales y reducir el sector público.

En 1995 aprobó la asamblea nacional una reforma a la constitución en la que se redujeron las atribuciones del poder ejecutivo, y en 1996 con el nuevo

²⁰ Barrios de Chamorro, Violeta: *Memorias de mi Gobierno*. Tomo III. Aspectos Socioeconómicos. 1990-1996. S. Ed. Managua, Nicaragua 1996. P. 357-363.



gobierno liberal del presidente Arnoldo Alemán, la comunidad de donantes era una vez más partidaria de ayuda condicionada a un nuevo acuerdo con los organismos multilaterales. Las principales condiciones eran las reformas no implementadas del ESAF anterior como eran: Privatización de ENITEL, Ley de Reforma Tributaria, el cierre del BANADES y el problema de la propiedad.

Esta vez la privatización de empresas de utilidad pública, no fue un punto de desacuerdo entre el gobierno y el FMI, a finales de 1997 fue aprobada la privatización de ENITEL, junto con la reestructuración de la empresa Nicaragüense de electricidad ENEL, la privatización de la distribución de agua y la apertura del sector petrolero a la iniciativa privada.

La Ley Tributaria que eliminaba exenciones al impuesto al valor agregado y a tarifas aduaneras fue aprobado en mayo de 1997, a las vez aprobó el cierre del BANADES, la venta de sus sucursales a bancos privados, además se aprobó la privatización del BANIC y el banco de crédito Popular.

El problema de la propiedad se resolvió con la Ley N° 278, Ley de sobre Propiedad Reformada Urbana y Agraria, publicada en la Gaceta N° 239 del 16 de Diciembre de 1997.

Finalmente, en marzo de 1998 el FMI aprobó el segundo acuerdo ESAF para el período de abril de 1998-2000, con una política monetaria y fiscal muy restrictiva, período en que los países donantes enunciaron el compromiso de prestar apoyo financiero por U\$ 1.800. millones de dólares. En la política comercial, el gobierno Alemán se propuso fortalecer la liberación comercial de acuerdo a un calendario de desgravación arancelaria.



En los primeros años del gobierno Alemán, Nicaragua amplió satisfactoriamente los compromisos y condiciones del segundo ESAF quedando así la puerta abierta para que el país sea considerado dentro de la iniciativa de Países Pobres Altamente Endeudados.²¹

2- Formas de Organización Administrativa del Estado

Según la Ley 290 Ley de Competencia, Organización y Procedimiento del Poder Ejecutivo, éste está integrado por el Presidente de la República, el Vice-Presidente, Ministerios de Estados, Entes Gubernamentales, Bancos y Empresas Estatales y para el mejor cumplimiento de sus funciones éste se viene a organizar de la siguiente manera:

- a) Centralización Administrativa: Es una forma de organización administrativa, integrado en un régimen jerarquizado, en la que un conjunto de órganos se estructuran una respecto a otros, de arriba hacia abajo, formando una unidad que se logra y se mantiene en virtud de las determinaciones del Presidente de la República. Los ministerios de estado son entes centralizados no tienen autonomía de ningún tipo, patrimonio, ni personalidad jurídica propia.
- b) Desconcentración administrativa: Es una forma de organización administrativa en la cual un órgano centralizado confiere autonomía técnica a un órgano de su dependencia para que ejerza una competencia limitada a cierta materia o territorio. El ente gubernamental que tiene administración desconcentrada no tiene patrimonio propio, ni

²¹ Catalán Poveda, Oscar: *Una Década de Ajuste Estructural en Nicaragua*. Revista Encuentro. Año XXXIII. N° 59. 2002.



personalidad jurídica, su status legal y presupuesto devienen del ministerio al que están vinculados jerárquicamente.

- c) Descentralización Administrativa; Es una forma de organización administrativa en la cual se confiere a través de una ley a un órgano, autonomía técnica y administrativa para ejercer determinada competencia administrativa, se le otorga patrimonio propio y personalidad jurídica, existiendo control o tutela del Presidente de la República o del Ministerio al que estén vinculados.

El director del ente es nombrado por el Presidente de la República o por la autoridad establecida de acuerdo a su ley creadora.

Con respecto a lo anteriormente expuesto es preciso señalar que para nuestro estudio, es necesario el análisis de la descentralización, como una de las formas de organización del Estado, ya que a través de la descentralización se puede confiar la realización de algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración central del estado una relación que no es de jerarquía, pero sin que dejen de existir las facultades indispensables para conservar la unidad de poder.

La descentralización administrativa ha obedecido, en algunos casos, a la necesidad de dar satisfacción a las ideas democráticas y a la conveniencia de dar mayor eficacia a la gestión de intereses locales para la cual el Estado constituye autoridades administrativa cuyos titulares se eligen por los mismos individuos, cuyos intereses se van a ver comprometidos con la acción de dichas autoridades, en otros casos la naturaleza técnica, industrial o comercial de los actos que tiene que realizar la administración la obliga a sustraer dichos actos del conocimiento de los funcionarios y empleados centralizados y las encomienda a elementos que tengan la preparación suficiente para atenderlos.



Por último ocurre con frecuencia, que la administración se descarga de algunos de sus labores, encomendando facultades de consulta, decisión de ejecución, a ciertos organismos constituidos por elementos particulares que no forman parte de la misma administración.

Correspondiendo a esos tres propósitos, la descentralización ha adoptado tres modalidades diferentes, que son:

- a) Descentralización por región o territorial.
- b) Descentralización por servicio.
- c) Descentralización por colaboración.

A pesar de que las tres modalidades de la descentralización son importantes, nosotros desarrollaremos la última por considerar que tienen mayor relación con nuestro objeto de estudio, ya que la descentralización por colaboración constituye una modalidad particular del ejercicio de la función administrativa con caracteres específicos que la separan notablemente de los otros dos tipos de descentralización. Esta se origina cuando el Estado va adquiriendo mayor ingerencia en la vida privada y cuando como consecuencia se le van presentando problemas para cuya resolución se requiere una preparación técnica de que carecen los funcionarios políticos y los empleados administrativos. Ante la imposibilidad de crear en todos los casos necesarios organismos especializados (entes autónomos) que recargarían considerablemente la tarea y el presupuesto de la administración estatal, se impone o autoriza a organizaciones privadas, su colaboración, permitiendo su participación en el ejercicio de la función administrativa. De esta manera, la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas.



La teoría establece dos elementos que caracterizan a la descentralización por colaboración:

- a) El ejercicio de una función pública, es decir una actividad desarrollada en interés del Estado.
- b) El ejercicio de dicha actividad en nombre propio de la organización privada.

La descentralización por colaboración se caracteriza frente a los otros dos tipos de descentralización.

- Por no constituir parte integrante de la organización administrativa.
- Por realizarse mediante organismos privados las que ejercitan una función pública colaborando con el Estado convirtiéndose en instituciones que se encuentran en el límite del derecho público y del derecho privado, que descargan a la administración de una parte de las tareas sin atenuar de manera apreciable su energía y autoridad sobre los administrados.

Es necesario estar claro, que la descentralización por colaboración no consiste en organizaciones privadas que por iniciativa propia, ejercen funciones públicas, ni tampoco de que ese ejercicio lo llevan a cabo libremente, sino todo lo contrario tales organizaciones deben contar con la autorización de las autoridades correspondiente y permitir la intervención del poder público en su constitución y funcionamiento. De modo que para conservar dicha unidad, el Estado ha de reservarse las facultades necesarias para garantizarla, esas facultades consisten:



- ✓ En la autorización que el Estado ha de dar a las instituciones admitidas a colaborar en la función pública.
- ✓ El Estado ha de conservar las facultades de vigilancia y control que sean necesarias para mantener esa colaboración dentro de los límites legales.

De ellas se desprende, que la autorización del poder público constituye un elemento fundamental en la descentralización por colaboración. No obstante, no es suficiente que la ley determine cuales instituciones pueden colaborar, sino que además, es necesario que en cada caso concreto autorice la colaboración mediante un acto de autorización, lo cual es una condición necesaria.

En cuanto a la facultad de vigilancia y control que se reserva la administración central, respecto de las instituciones colaboradoras, es otro elemento fundamental en la descentralización por colaboración. En efecto, el fundamento de esa reserva es el mismo que sirve de apoyo a la facultad de autorización.

Si el Estado debe ser el árbitro para determinar a quien otorgar ciertas funciones públicas, la responsabilidad por el ejercicio de éstas, lo obliga a cuidar que las instituciones privadas hagan uso de ella dentro de los límites legales. Esas facultades implican:

- ❖ El poder de retirar la autorización.
- ❖ El poder de vigilar la selección del personal.
- ❖ El poder de comprobar de una manera continua el funcionamiento de la institución colaboradora.



Considerando que la prestación de servicios públicos puede ser cumplida por la administración en régimen de derecho público y por medio de organizaciones privadas, pudiendo existir también una combinación, es decir empresas mixtas, por lo tanto el servicio público puede ser prestado directamente por el Estado, ya sea de forma centralizada o bien de forma descentralizada a través de las entidades empresariales del Estado por empresas privadas y por empresas mixtas integradas por el Estado y particulares.

Desde este punto de vista, el Estado a iniciado un proceso de descentralización de un sin número de actividades, por medio de la creación de empresas en diferentes ámbitos de la actuación administrativa, con el fin de brindar un mejor servicio y satisfacer eficaz y eficientemente las necesidades colectivas y con miras a una privatización.²²

²² Escorcia, Jorge Flavio: *Derecho Administrativo*. 1º Ed. Editorial Universitaria Unan-León, Nicaragua. 2002. P 403-408.



Capítulo III

MARCO JURÍDICO DE LA PRIVATIZACION DE LA EMPRESA PUBLICA EN NICARAGUA

1- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA LA PRIVATIZACIÓN EN NICARAGUA.

Siguiendo las doctrinas Españolas que consideran como fundamento constitucional para la privatización, el arto. 128 C.E., el que faculta a los poderes públicos a crear empresas públicas, pudiendo retirarse libremente en el momento que les parezca oportuno, la que pueden efectuar mediante la enajenación al sector privado de dichas empresas.

Del mismo modo en la Constitución Nicaragüense no encontramos precepto alguno que se refiera de manera expresa y directa a la privatización, por lo que lo analizamos dentro del contexto general de la actuación económica de los poderes públicos, ya que la constitución define el ámbito de la actividad económica dentro de la cual se desarrolla la actuación de los poderes públicos, lo que encontramos claramente plasmado en el capítulo I del título VI de la economía nacional en la Constitución Política Nicaragüense que data de 1987. Esta Constitución, le reconoce al Estado un papel interventor que dirige y planifica la economía nacional del país a la vez que señala que la banca central, el sistema financiero nacional, los seguros y reaseguros y el comercio exterior, como instrumentos de la dirección económica que corresponden al área estatal, por lo que estas actividades no pueden ser desarrolladas por los particulares.



Bajo este contexto constitucional, a partir de 1990 se inició en Nicaragua un proceso de privatización de las empresas estatales y de inclusión de particulares en la actividad económica reservada exclusivamente al Estado, como sucedió con la actividad financiera. Es por ello que en 1995 se reforma la Constitución a través de la ley N° 192, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, publicada en la gaceta N° 124 del 4 de Julio de 1995.

Con esta reforma, la constitución de Nicaragua establece la responsabilidad del Estado de proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta, para garantizar la democracia económica y social.

La constitución reconoce el rol protagónico de la iniciativa económica privada, es decir, que el ejercicio de las actividades económicas corresponden primordialmente a los particulares, al mismo tiempo se reconocen en el art. 104 Cn. como la facultad a los poderes públicos para crear empresas públicas, disponiendo al efecto que: “ Las empresas que se organicen bajo cualquiera de las formas de propiedad establecidas en esta constitución, gozan de igualdad ante la ley y las políticas económicas del Estado. La iniciativa económica es libre.

Se garantiza el pleno ejercicio de las actividades económicas sin más limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional, impongan las leyes.”

Este precepto faculta al Estado a crear empresas públicas en las mismas condiciones que los particulares, esto es que gozan de igualdad ante la ley, es decir, que tanto las empresas públicas como las privadas deben estar



sometidas al régimen de mercado, al régimen de la oferta y la demanda. Por lo que en la práctica resulta necesario reconocer que si las empresas públicas gozaran de privilegios fiscales, podría entenderse como un rompimiento al principio de compatibilidad que debe existir en la actividad empresarial.

Con relación a lo anteriormente expuesto y siendo la constitución fuente de derecho, lo que equivale a reconocer que la constitución es verdadera norma jurídica, siendo capaz de establecer derechos y deberes para los ciudadanos y para los poderes públicos, lo cual se encuentra establecido en el art. 182 de la constitución, el que textualmente expresa: “La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ellas. No tendrán valor alguno las leyes, tratados y disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”. Por lo tanto, no encontramos obstáculos constitucionales para que el Estado mediante ley transfiera las empresas de mercado al sector privado, siempre y cuando estas no alteren o contradigan lo establecido en la Constitución, pues como ya dijimos anteriormente la Constitución Política en su art. 99, párrafo segundo y tercero, establece que el Estado garantiza la libertad de empresa y reconoce que el ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares.

En cuanto a la privatización de las empresas de servicios públicos, en donde no encontramos precepto constitucional que de forma directa lo permita, pero si encontramos fundamentos más claros, como es el art. 105 C. N., que permite las inversiones privadas y las concesiones de explotación a los sujetos privados en las áreas de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos.



En efecto este arto. 105 C. N., faculta al Estado, para que en su obligación de promover y facilitar la prestación de los servicios de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos, lleve a cabo la privatización formal, es decir, someter las empresas públicas al régimen jurídico privado para que posteriormente se pueda dar una privatización material, entendiéndose por ello, el traspaso de estas empresas a los particulares, quienes prestaran el servicio, pero, conservando el Estado la obligación de regular los mismos.

Tomando en cuenta la clasificación de las normas de la constitución realizada por el Dr. Gabriel Álvarez,²³ dentro de las cuales se encuentran las normas directrices de la actuación de los poderes públicos, las que ordenan y autorizan a los órganos estatales la regulación de determinadas materias, dentro de ellas las políticas económicas del Estado, siendo este último el responsable de promover el desarrollo integral del país y al mismo tiempo, proteger y fomentar las formas de propiedad, de gestión económica y empresarial. En este sentido, la constitución autoriza a los poderes públicos para ampliar la economía, pudiendo llevarse a cabo a través de las inversiones privadas la que se puede materializar mediante la privatización de las empresas públicas, tanto de mercado como las de servicios públicos y al mismo tiempo, estas normas ordenan la regulación de la prestación de los servicios públicos por parte del Estado. Convirtiéndose el Estado en la actualidad en un ente facilitador y no interventor, en todo caso la privatización va a depender de las fuerzas políticas que estén gobernando en ese momento el país.

²³ Álvarez Arguello, Gabriel: *La Ley en la Constitución Nicaragüense*. 1º ED.. Editorial Cedecs s.l. Barcelona, España, 1999.p.39-43.



Podemos considerar que la privatización es un acto político que debe regirse por el principio de legalidad, por lo que constitucionalmente podemos identificar algunos límites para dicha actuación:

a) ***Un primer límite material lo constituye el interés general;*** En efecto en el arto. 5 y 104 C. N., establecen que tanto la propiedad como cualquier actividad económica, independientemente del sujeto que la realice debe estar sometida al interés nacional, es decir, que deben estar dirigidas a la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

b) ***Un segundo límite material, es en cuanto a la actuación económica del Estado;*** ya que las empresas públicas y privadas gozan de igualdad ante la ley en base al arto. 104 C. N., que establece que las empresas comerciales deben someterse al derecho privado, independientemente de los sujetos que la ejerzan, ya que la constitución reconoce que el ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares, por lo tanto consideramos que no hay límite constitucional para la privatización de este tipo de empresas, pero siendo Nicaragua un estado social de derecho, donde una de las funciones principales del estado en la economía es realizar una distribución cada vez más justa de la riqueza, (vinculado necesariamente a todos los sujetos, ya sean públicos o privados), para garantizar la democracia económica y social consagrada en nuestra constitución.

En lo que se refiere a los servicios públicos, el arto. 105 C. N. establece límites claros para los procesos de privatización, en lo que respecta a los servicios de educación, salud y seguridad social, ya que estos son deberes indeclinables del Estado y por lo mismo, está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos, pues constitucionalmente reclaman una atención especial por parte de los poderes públicos, prohibiendo su



enajenación bajo ninguna modalidad, pero en el afán de promover y ampliar los servicios públicos de salud y educación, la misma constitución permite establecer servicios privados en estas áreas.

En cuanto a los límites formales para desarrollar el proceso de privatización, los artos. 104 y 105 C. N., son preceptos que tratan de una habilitación de carácter abierto que el legislador viene a configurar por medio de la ley N° 169 , Ley de Disposición de los Bienes del Estado.

Constitucionalmente podemos afirmar, que todo proceso de privatización solo puede llevarse a cabo por medio de una ley, como se establece en la parte final del primer párrafo del arto. 105 C. N. El que señala que tanto las inversiones privadas y las concesiones de explotación a sujetos privados, serán regulados por ley en cada caso.

2- Procedimiento jurídico de la privatización de las empresas públicas adscritas a la Corporación Nacional del Sector Público, (CORNAP).

A partir de 1990, el Gobierno de Nicaragua con el objetivo de facilitar la reestructuración de la economía hacia un sistema de mercado, así como reactivar la economía, atraer inversionistas tanto nacionales como extranjeros, mejorar la eficiencia en la gestión empresarial y diversificar la propiedad, inicia un proceso de privatización de las empresas públicas.

En este sentido se llevó a cabo, el Acuerdo de Concertación Económica y Social entre el Gobierno de Nicaragua y los representantes de los trabajadores (CST), en los que se acuerda la participación de los trabajadores entendiéndose por trabajadores, todas las personas que se encuentran laborando en las empresas objeto de privatización sin distinción alguna en el



proceso de privatización de las empresas estatales en donde el Gobierno se compromete a garantizar a los trabajadores un 25% de participación, pero en los casos en que por motivo de devolución el Gobierno quede imposibilitado de realizar la privatización en estos términos, el 25% de participación será reconocido en cualquier otra empresa en que la propiedad estatal lo permita.

2.1- Normas Jurídicas Aplicables a la Privatización de estas Empresas Públicas.

2.1.1- Ley Creadora de la Junta General de Corporaciones Nacionales del Sector Público. Decreto ley 7-90.

Ley publicada en la Gaceta diario oficial N° 94 del 17 de mayo de 1990. Con esta ley se crea la Junta General de Corporaciones del Sector Público (CORNAP), adscritas a la Presidencia de la República, a la que se le encomienda dentro de sus principales funciones:

- a) La de proponer al Presidente de la República las áreas y Políticas de actividad económica en que debe existir y desarrollarse la función empresarial del Estado.
- b) De conformidad con tales políticas autorizar los actos jurídicos no judiciales o legislativos de privatización de las corporaciones, sus empresas y activos.
- c) Y las demás facultades que se le otorgaban a los ministros, ministerios e institutos.

Es decir, que se crea esta junta general del sector público con el fin de organizar bajo una misma institución a todas las corporaciones y empresas



estatales, a las cuales dicha junta les realizaría un estudio sobre la situación de las mismas con el objeto de llevar a cabo con ellas un proceso de privatización.

2.1.2- Decreto ley de Revisión de Confiscaciones. Decreto ley N° 11-90

Decreto ley publicado en la Gaceta diario oficial N° 98 del 23 de Mayo de 1990, con este decreto se crea la Comisión Nacional de Revisión, integrada por el Procurador General de Justicia y por cuatro personas designadas por el Presidente de la República, pero debido a los problemas legales por los que estaba pasando el proceso de privatización como es el hecho de que registralmente todas las empresas y propiedades estatales se encontraban a nombre de sus antiguos dueños, se facultó a la Comisión Nacional de Revisión para proceder a la revisión de todas las confiscaciones ejecutadas por el Gobierno Sandinista bajo las leyes y decretos confiscatorios, expropiatorios o de reforma agraria y los que de una u otra forma privaron de sus bienes, derechos y acciones a personas naturales o jurídicas, respetando los derechos de los campesinos, de las cooperativas que cumplan su función social y económica y de las personas menos privilegiadas.

La resolución dictada por la comisión ordenando la devolución del bien o reconociendo algún derecho, se cumplirá de inmediato con el apoyo de la fuerza pública si fuere necesario, es decir, que dicha resolución servirá como suficiente título para ejercer el derecho pleno sobre los bienes derechos y acciones reclamados. En el caso que se tratare de empresas, la resolución se notificará a la junta general de corporaciones del sector público, para que esta proceda al paso ordenado de los bienes con asesoría necesaria.



2.1.3- Decreto 23-91 se mantiene en vigencia el decreto ley 11-90.

La Excelentísima Corte Suprema de Justicia en sentencia N° 27 del 17 de mayo de 1991 declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto 11-90 en lo que se refiere a las disposiciones relativas, a las funciones resolutorias emitidas por la comisión nacional de revisión por considerarlas de carácter jurisdiccional, es decir, que el órgano competente para dictar dichas resoluciones, no es la comisión nacional de revisión sino el poder judicial, por ello se dictó el decreto 23-91 para mantener la vigencia del decreto 11-90 en todo aquello que no haya sido aceptado por la referida sentencia de inconstitucionalidad.

En este sentido la comisión conservará la facultad de revisar las confiscaciones realizadas por el gobierno sandinista, reconociendo que no es Competencia del poder ejecutivo resolver controversias de intereses o derechos entre particulares. En materia de devoluciones, el poder ejecutivo solo puede disponer sobre aquellos bienes que se encuentran bajo su dominio o posesión.

2.1.4- Ley Sobre Propiedad Reformada Urbana y Agraria. Ley N° 278.

Ley publicada en la gaceta diario oficial N° 239 del 16 de diciembre de 1997. Esta ley viene a regular por una parte la tenencia, ejercicio, cargas y extinción del derecho adquirido sobre bienes en posesión del Estado y los contratos de venta o de promesa de venta, arriendo o administración con opción de compra, celebrados entre la corporación del sector público con los antiguos trabajadores de las empresas estatales, licenciados del ejército, del Ministerio de Gobernación y desmovilizados de la ex resistencia nicaragüense, y por otra parte regula el ejercicio de cualquier acción de los anteriores



propietarios para reclamar la restitución del bien o el pago de la debida indemnización en su caso.

En lo que se refiere a los inmuebles objeto de traspaso a beneficiarios de las leyes 85 y 86 de la ley de Reforma Agraria y sus reformas y de los inmuebles administrados o asignados a la CORNAP, objeto de los contratos de venta o de arriendo con opción de compra o de promesa de venta, que no hubiere sido reclamado por sus anteriores dueños ante la comisión nacional de revisión de confiscaciones, el caso se trasladará a dicha comisión para que esta de oficio o a petición de parte proceda de forma inmediata a revisarlo y emita la resolución correspondiente.

Si la comisión nacional de revisión de confiscaciones declara improcedente la solicitud de revisión, la certificación de dicha resolución se inscribirá como título a favor del Estado en la sección de derechos reales del registro público a que correspondan las propiedades afectadas, para proceder a su titulación a favor de los beneficiarios y se autoriza mediante esta ley al Procurador General de Justicia a otorgar las correspondientes escrituras de compraventa.

Según entrevista realizada al Licenciado Ervin de Trinidad, responsable del departamento legal de la CORNAP, ésta fue creada con el fin de agrupar a todas las corporaciones de las empresas públicas del Estado, con el objetivo de llevar a cabo con ellas un proceso de privatización o devolución de las mismas, teniendo como base el decreto 7-90 Ley de Creación de la Junta General de Corporaciones del Sector Público y los acuerdo de Concertación Económica y Social que realizara el Gobierno de Nicaragua con los trabajadores de las empresas del Estado, en este caso utilizaron como procedimiento jurídico para el traspaso de las empresas a los trabajadores el pago de prestaciones



laborales, con lo que el Estado disminuye la carga pública, eliminando los desembolsos por parte del Estado para pagar esos pasivos laborales y por otra parte les ofrecían a los mismos trabajadores de dichas empresas la oportunidad de cambiar el rumbo de su empresa dándoles el apoyo financiero que necesitaban.

Este proceso fue criticado por muchos de ilegal e inconstitucional ya que en un principio cuando se inició el proceso de privatización en Nicaragua no existía un marco legal que lo regulase sino que fue hasta en el año de 1994 en que se promulgó la ley N° 169 Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos publicada el tres de junio de 1994 y sus reformas hechas en la ley N° 204 publicada en el Nuevo Diario del 12 de abril de 1996 y la ley N° 278 Ley Sobre Propiedad Urbana y Agraria, con estas leyes dicho procedimiento adquiere total legalidad y el Gobierno de Nicaragua no tendrá ningún obstáculo legal para poder privatizar sus bienes y empresas, en este sentido se justifica que a partir de 1999 se empiecen a promulgar las leyes de privatización de las empresas que hayan sido traspasadas a los trabajadores a partir de la década de los ´90.

En conclusión, podemos afirmar que actualmente la CORNAP para poder privatizar las empresas que aún se encuentren bajo el control del Estado, deberán regirse por el decreto 7-90 Ley de Creación de la Junta General de Corporaciones Nacionales del Sector Público, la Ley 278 Ley sobre Propiedad Reformada Urbana y Agraria, Ley 169 Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos y la Ley 204 reforma a la Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos.



3- Procedimiento Jurídico de la Privatización de las Empresas de Servicios Públicos.

En este tema abordaremos las diferentes leyes que vienen a determinar el procedimiento jurídico de privatización de las empresas prestadoras de servicios públicos en Nicaragua.

3.1- Ley de Disposición de Bienes del Estado y entes reguladores de los Servicios Públicos. Ley N° 169.

Publicada en la Gaceta diario oficial N° 103, del 3 de Junio de 1994 y su reforma contenida en ley N° 204 publicada en el Nuevo Diario el 12 de Abril de 1996.

En la Ley N° 169, se faculta al Estado para disponer de sus bienes de mayor cuantía, solamente mediante la autorización por ley en este caso según su reforma, la mayor cuantía se fijará en bienes con valor de C\$ 200.000 córdobas o más, ya que con la anterior ley dicha cuantía era fijada por la Contraloría General de la República.

Esta ley N° 169, prohíbe al Estado enajenar, darlos en concesión o en delegación administrativa a personas naturales o jurídicas de carácter privado el patrimonio en uso y los servicios que brinda en salud, educación y seguridad social, sin embargo, de acuerdo al artículo 105 de la Constitución Política de Nicaragua, se faculta a los particulares a establecer servicios privados en estas áreas. A su vez, permite la operación o ampliación de los servicios públicos, tales como: energía, petróleo, agua potable, telecomunicaciones, correos, puertos, aeropuertos, aduanas, transporte, carreteras, caminos, deportes, cultura, medios de comunicación y almacenamiento de granos básicos, lo que



deberá hacerse de acuerdo a las disposiciones de la ley creadora del ente regulador respectivo y del régimen legal especial que hubiere sobre esa área. Conservando el Estado (como funciones indeclinables e indelegables), la dirección, normación, regulación, planificación y supervisión de dichos servicios públicos. En este sentido por iniciativa que envíe el Presidente de la República se creará por ley un ente regulador para cada uno de los servicios públicos.

Según la ley N° 204 Ley de Reforma a la Ley de Disposición de bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos, en su Arto. 2 establece que a iniciativa del Presidente de la República, el instrumento legal que adoptare el ente regulador para la incorporación de particulares en la prestación de servicios públicos, deberá ser objeto de ley especial.

Según el Arto 9 de la ley N° 169, los derechos adquiridos por actos de disposición o privatización realizadas por el Estado, antes de la vigencia de esta ley, así como su completa formalización quedarán firme bajo el instrumento legal, decreto, acuerdo gubernamental o licitación adjudicada que los hubiere generado. A la vez que faculta a la Contraloría General de la República para determinar el procedimiento a seguir en dichas privatizaciones y autorizar la privatización de bienes no comprendidos en el Arto. 2 y 3 de esta ley. Según la ley de reforma en su Arto 3 viene a derogar totalmente el Arto 9 de la ley N° 169, por lo que consideramos que todo acto de disposición de bienes del Estado de mayor cuantía deberá hacerse por medio de ley, la que deberá determinar el procedimiento a seguir.



3.2- Ley de Contrataciones del Estado. Ley N° 323.

Publicada en la Gaceta diario oficial N° 001 del 3 de Enero del 2000 y su reglamento, decreto N° 21-2000 publicado en Gaceta N° 46 del 6 de Marzo del 2000. Dicha ley tiene por objeto establecer las normas generales y los procedimientos que regulen las adquisiciones, arrendamiento de bienes, construcción de obras, consultorías y contratación de servicios de cualquier naturaleza que efectúen los organismos o entidades del sector público.

Para efectos de esta ley, el ámbito de aplicación es el sector público, el cual comprende entre otros, según el Arto 178 de la Ley N° 361, Ley de Reformas y Adiciones a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, del Sistema de Control Gubernamental: El Estado de la República integrado por los poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral, con sus dependencias, organismos adscritos o independientes, entes autónomos y gubernamentales, incluidos sus empresas; así como también las entidades creadas por la ley como de derecho público o de derecho privado, con finalidad social o pública; en los que el Estado tenga participación.

La ley N° 323 a su vez señala cada uno de los procedimientos ordinarios de contratación del Estado, como son:

- a) Licitación Pública: Este procedimiento se utiliza para contrataciones que superan dos millones y medio de córdobas. Esta modalidad requerirá el llamado a licitación por los medios prescritos en la presente ley y su reglamento.
- b) Licitación por registro: Procedimiento utilizado para contrataciones superiores a setecientos mil córdobas y hasta dos millones y medio de córdobas. Dicha modalidad requerirá la



invitación a participar, por los medios prescritos en la presente ley y su reglamento.

- c) Licitación restringida: Esta se utiliza para contrataciones superiores a cien mil córdobas y hasta setecientos mil córdobas. Esta modalidad requerirá solicitar cotizaciones de precios y otras condiciones del suministro de bien, obra o servicio ofertado mediante invitación a concursar por medio escrito o por correspondencia electrónica de lo cual se deberá dejar constancia documentada, según los términos de esta ley y su reglamento.
- d) Compra por cotización: Utilizada para aquellas contrataciones que no superan el monto equivalente a cien mil córdobas. Las contrataciones realizadas por esta modalidad serán autorizadas por la máxima autoridad de la institución contratante conforme a la reglamentación respectiva. Los montos establecidos de estos artículos serán actualizados por el Ministro de Hacienda y Crédito Público cuando ocurran variaciones del córdoba en relación con el dólar de los Estados Unidos.

A su vez el organismo adquirente podrá introducir dentro de los procedimientos ordinarios de contratación, modalidades complementarias que permitan adaptarlos de la mejor manera al interés público, tales como, mecanismos de precalificación, procedimiento con dos o más etapas de evaluación, con negociación de precios, con subasta a la baja, con financiamiento otorgado por el contratista o cualquier otra modalidad complementaria, según los términos establecidos reglamentariamente y con pleno respeto a los principios fundamentales en la contratación pública.



En este sentido dicha ley define el procedimiento de licitación pública a partir del artículo 28, en el que se establece que se constituirá para dicho procedimiento, un comité de licitación designando al funcionario que lo presidirá. Este comité tendrá como funciones la preparación del pliego de bases y condiciones, disponer los actos de convocatoria que corresponden, recibir y evaluar las ofertas y preparar el acto motivado de recomendación de adjudicación, a su vez, este comité podrá hacerse asesorar de los funcionarios y técnicos que creyere conveniente.

La invitación a participar en la licitación pública se publicará en la Gaceta diario oficial o en los diarios de circulación nacional por el término de dos días hábiles, también dicha publicación podrá realizarse por correspondencia electrónica. El pliego de bases y condiciones y sus anexos deberán estar a disposición de cualquier interesado al menos desde el día en que aparezca la invitación en cualquiera de los medios de comunicación señalados, del cual los contratistas podrán solicitar a la entidad adjudicadora aclaraciones acerca del pliego de condiciones por cualquier medio electrónico, de esto la entidad adjudicadora dará respuesta hasta diez días antes de la apertura de ofertas y comunicará la aclaración a todos los contratistas a los cuales hayan entregado el pliego de condiciones.

Se podrá en cualquier momento antes de que se venza el plazo para la presentación de ofertas y por cualquier motivo modificar el pliego de bases y condiciones mediante una adición, la cual se comunicará sin demora a todos los contratistas a los que se haya entregado el pliego de condiciones, debiendo así mismo anunciarse por los medios en que se cursó la invitación.

Los plazos de presentación de oferta indicados en el pliego de bases y condiciones es de 30 a 45 días hábiles, y las prórrogas deberán ser en un



plazo razonable y ser publicadas por el mismo medio empleado para la convocatoria, en los concursos con precalificación la publicación podrá ser sustituida por la notificación directa a cada uno de los contratistas precalificados. El oferente presentará su oferta por escrito en original y con el número de copias indicados en el pliego de bases y condiciones y cumplir con los requisitos, adjuntar los documentos y anexos señalados en el pliego de bases y condiciones. Además el oferente puede concurrir personalmente o a través de cualquiera de las modalidades de representación reguladas por el derecho privado y la oferta deberá entregarse al representante del comité de licitación a más tardar en la fecha, lugar y hora señalados en el pliego de bases y condiciones.

Las ofertas serán abiertas inmediatamente después de cerrada la recepción de oferta; en presencia del comité de licitación, invitados especiales y los oferentes que así deseen hacerlo. El comité de licitación examinará las ofertas para determinar si están completas, si contiene errores de cálculo, si se han presentado las garantías requeridas, si los documentos han sido debidamente firmados y si en general están en orden; cabe destacar que ningún oferente se comunicará con el órgano licitante sobre ningún aspecto de su oferta a partir del momento de la apertura de las ofertas y hasta la adjudicación del contrato, determinándose si las mismas cumplen con los términos y condiciones, se fijará el valor de ponderación a cada oferta con el objeto de seleccionar la mejor propuesta.

Una oferta quedará descalificada por incumplimiento del régimen de prohibiciones y cuando presente un precio inaceptable: por entenderse excesivo en relación con los precios normales del mercado, ruinoso o no remunerativo, que de lugar a presumir su incumplimiento, que incurra en



prácticas de comercio desleal y que exceda de la disponibilidad presupuestaria del ente.

El comité de licitación preparará un informe detallado sobre el análisis y comparación de las ofertas exponiendo las razones en que fundamenta la escogencia de la oferta evaluada como la mas favorable y deberá hacerlo llegar a la autoridad máxima del organismo o entidad ejecutora con copia a cada oferente para que hagan uso de sus derechos.

La licitación debe ser adjudicada mediante resolución de la autoridad máxima del organismo o entidad adquirente e indicará específicamente el nombre y cargo del funcionario autorizado para firmar el contrato, el que deberá ser comunicado a los oferentes por el mismo medio empleado para la convocatoria, la adjudicación puede efectuarse a diferentes oferentes cuando se haya contemplado la posibilidad en el pliego de bases y condiciones y cuando el adjudicatario no otorgue la garantía de cumplimiento a entera satisfacción o prevenido para ello no comparezca a la formalización del contrato, se tendrá insubsistente la adjudicación y el organismo licitante dispondrá de un plazo de diez días hábiles para readjudicarla a la segunda oferta mejor posicionada, si esta resultare conveniente a sus intereses.

En conclusión esta ley determina el proceso de licitación pública de las contrataciones del Estado, y es éste el que sirve de parámetro para las privatizaciones realizadas por el Gobierno de Nicaragua.



3.3 Empresa Nicaragüense de Energía

3.3.1. Antecedentes Históricos de la energía en Nicaragua.

Bajo el Gobierno del Presidente José Santos Zelaya, en 1902 surge en Nicaragua la primera empresa de luz eléctrica, la que tenía por nombre “Planta Eléctrica de Nicaragua” que se utilizaba para fines de servicios públicos. Posteriormente en Agosto de 1927 esta planta pasa a manos de una sociedad norteamericana, denominada “Central America Power Corporation”. Para 1941 el ferrocarril del pacífico de Nicaragua, entidad gubernamental, adquirió la empresa titulándose “Empresa de Luz de Managua” y para 1954 esta empresa (Empresa de luz de Managua), pasa a ser una entidad independiente desligándose del ferrocarril, y adquiriendo a su vez, personería jurídica, patrimonio propio, con plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, llamándose “Empresa Nacional de Luz y Fuerza”, sometida únicamente al dominio del Estado.

En 1958 se inaugura la Planta Termoeléctrica de Managua. A partir de la puesta en operación de esta planta, se inicia el sistema interconectado nacional, abasteciendo las ciudades de Chinandega, León, La Paz Centro, Nagarote, Masaya, Jinotepe y Granada, en 1964 surge la Planta Hidroeléctrica Centroamericana ubicada en Jinotega, en 1972 se inaugura la Planta Hidroeléctrica “Santa Bárbara” ubicada en Matagalpa, en 1983 y 1989 se crean la unidad I Y II de las Plantas Geotérmicas de Momotombo.

3.3.2- Marco Legal del INE

3.3.2.1- Decreto N° 16. Transformación de la Empresa Nacional de Luz y fuerza en INE. Publicado en la Gaceta diario oficial N° 2 del 23 de Agosto



de 1979. Mediante este decreto se crea el INE, con los fines y alcances que establezca la ley que se dicte al respecto, será sucesora de la antigua ENALUF, sin solución de continuidad de todos sus bienes muebles e inmuebles, derechos, acciones y obligaciones debidamente constituidos.

3.3.2.2- Ley Orgánica del INE. Publicada en Gaceta diario oficial N° 106 del 6 de Junio de 1985. Mediante esta ley se establece que el INE es un ente autónomo, con personalidad jurídica, duración indefinida, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, jerárquicamente adscrito a la presidencia de la República.

Siendo el INE el organismo rector de la política energética nacional, al cual le corresponde la planificación, organización, dirección, administración, exploración, explotación, aprovechamiento, control y manejo de los recursos energéticos tanto nacional como importados, tendrá las siguientes funciones:

1. Elaborar el plan nacional de desarrollo energético, en sus 3 subsectores; eléctrico, hidrocarburo y fuentes alternas de energía.
2. Crear todos los instrumentos necesarios para ejecutar el plan nacional de desarrollo energético.
3. Explorar, explotar, desarrollar y procurar los recursos de hidrocarburos de energía hidráulica geotérmica y cualquier otra fuente no convencional de energía, como biomasa, eólica, solar, nuclear etc. en coordinación con los organismos estatales correspondientes.
4. A su vez las funciones de planificar, generar, transformar, transmitir, controlar, distribuir y suministrar energía eléctrica para uso público corresponden única y exclusivamente al INE y por delegación del mismo a cualquier empresa pública, no pudiendo ejercerlas ningún otro organismo.



5. En forma exclusiva avalar, autorizar y coordinar todos los proyectos y programas que aprovechan las fuentes alternas para el suministro de cualquier tipo de energía.
6. Supervisar directamente las actividades de formulación, construcción, operación y administración de proyectos de desarrollo energético basándose en fuentes alternas de energía ejecutadas por otras instituciones estatales o empresas públicas o privadas.
7. El ordenamiento, definición de políticas, normación, control, aprovechamiento, otorgamiento, supervisión, suspensión y cancelación de permisos, de reconocimientos, licencias y contratos de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos, son funciones de exclusiva competencia del INE.

Con la Primera reforma a la “Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Energía” INE, decreto N° 25-92 publicado en Gaceta Diario oficial N° 80, del 28 de Abril de 1992, se reforman los Artos. 3 y 4 de dicha ley.

En lo que se refiere al Arto. 3 de las funciones del INE, se le faculta además de las anteriores funciones, a otorgar con relación a proyectos o sistemas específicos, las delegaciones, contratos, permisos o concesiones que considere apropiado y en lo que respecta al inciso c) del mismo artículo, en donde las actividades de que habla este inciso, según esta reforma podrán ser realizadas directamente por el INE o cediendo respecto a proyectos específicos el derecho de hacerlo, pudiendo asimismo contratar con empresas o autorizarlas para que realicen en determinados proyectos, la exploración, explotación, desarrollo y obtención de los referidos recursos, en los términos y condiciones que INE fije.



En lo que respecta al Arto. 4, la reforma establece, que mediante este artículo se faculta al INE para que por medio de delegación, permisos o concesiones y contratos autorice a cualquier empresa para realizar las funciones de planificación, generación, transmisión, distribución, transformación y suministro de Energía eléctrica.

Es necesario señalar que mediante el decreto N° 46-94, publicado en la gaceta diario oficial N° 204 del 1 de Noviembre de 1994 se creó la Empresa Nicaragüense de Electricidad (ENEL). Dicha empresa se constituye como una entidad de dominio comercial del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, duración indefinida y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, la que en adelante se denominará ENEL.

En este sentido cabe destacar que el Gobierno Nicaragüense en el afán del proceso de reestructuración del sector energía procedió a separar del INE las actividades operativas y empresariales que antes se encontraban a su cargo, asignándolas posteriormente con dicha separación (las actividades) a la Empresa Nicaragüense de Electricidad (ENEL).

En lo que respecta a la segunda reforma a la ley Orgánica del INE, decreto 30-95, publicado en Gaceta diario oficial N° 118, del 26 de Junio de 1995, el cual viene a reformar los Artos. 3,4,5,6 y 7 que corresponden a los objetivos y funciones del INE, objeto de nuestro análisis.

En este sentido el INE será el organismo del Estado encargado de la aplicación de la políticas energéticas y de las funciones de normación, regulación y fiscalización del sector de energía; A su vez le corresponderá el otorgamiento, modificación, renovación o cancelación de concesiones de



distribución, permisos, licencias o autorizaciones para ejercer las actividades de la industria eléctrica.

En dicha reformase faculta al INE, para que en el desarrollo, de las actividades de energía vele porque ellas se efectúen en forma eficiente, racional y ajustada a las normas y reglamentos de protección y conservación del medio ambiente.

Mediante la reforma N° 3, Ley N° 271, publicada el Gaceta diario oficial N° 63, del 1 de Abril de 1998, se establece que el INE es el organismo autónomo del Estado encargado de las funciones de regulación, supervisión y fiscalización del sector energía y de la aplicación de las políticas energéticas fijadas en esta reforma por la Comisión Nacional de Energía, la que para el exacto cumplimiento de sus funciones gozará de autonomía orgánica, financiera y administrativa.

Con esta reforma se amplían las funciones encomendadas al Instituto Nicaragüense de Energía, dándose a la vez la reordenación y reagrupándolas en diferentes subsectores, como el subsector energía eléctrica, que viene a abordar lo que es el área energética en lo que respecta a los consumidores, agentes económicos, titulares de licencia, concesiones de energía, así como también la elaboración, puesta en vigencia, fiscalización, aplicación, regulación de las normas del subsector eléctrico.

Otro de los subsectores en los que se clasifica es el subsector de hidrocarburos, abarcando lo referente a elaboración, publicación, puesta en vigencia de las disposiciones de los hidrocarburos, precios de los combustibles, imposición de sanciones etc.



Cabe señalar que esta reforma N° 3 se realizó por medio del instrumento jurídico que es la Ley, ya que las anteriores reformas se habían llevado a cabo a través de decretos, pues el Arto. 150.4 Cn. antes de la reforma de 1995, establecía como atribución del Presidente de la República la facultad de; Dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley, en materia fiscal y administrativa, pero esta facultad es reformada en el sentido que el Presidente de la República solo puede dictar decretos ejecutivos (no con fuerza de ley), y en materia únicamente administrativa (según la reforma parcial a la Constitución Política de Nicaragua contenida en la ley N° 192). Esto trajo como consecuencia que muchos decretos ejecutivos con fuerza de ley dictados a inicio del año 1995, fueran sometidos a la Asamblea Nacional, ejemplo de ellos tenemos: Las leyes de creación y separación de las empresas de servicios públicos.

4- Procedimiento Jurídico de la Privatización de la Empresa Nicaragüense de Electricidad.

El 1° de Noviembre de 1994, se creó la Empresa Nicaragüense de Electricidad (ENEL), mediante el decreto N° 46-94, publicado en Gaceta diario oficial N° 204. En ese mismo año el gobierno de Nicaragua y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), enmarcados en el proceso de modernización y reforma del Estado, acordaron un proyecto para reestructurar, entre otros, el subsector eléctrico. Para 1997 la Presidencia de la República solicitó a la Junta Directiva de la ENEL, la creación de una unidad para llevar a cabo el proceso de reestructuración, segmentación y posterior privatización del subsector eléctrico.

El 12 de Marzo de 1998 se creó la Comisión Interministerial de Competitividad (CIC), para supervisar y coordinar las estrategias y políticas de



privatización entre los diferentes sectores, dicha comisión está integrada por los siguientes ministros: Ministro de Presidencia, finanzas, economía y desarrollo, agricultura y ganadería, construcción y transporte, el Presidente del Banco Central y el Asesor Económico del Presidente. Teniendo entre sus principales funciones: La supervisión, coordinación y dar consistencia a las estrategias y políticas de privatización en los diferentes subsectores, así como también la participación privada en los servicios de infraestructura, impulsar la eficiencia y desburocratización en los servicios que el Estado brinda al sector privado, así como también promover el desarrollo de mercados competitivos, a través del mejoramiento del marco legal y regulatorio. A su vez el referido decreto crea la secretaria ejecutiva del CIC, cuya función es ejercida por un secretario ejecutivo, quien tendrá la responsabilidad de velar por la ejecución, supervisión y seguimiento del cumplimiento de las resoluciones emitidas por la Comisión.

Durante el mes de Octubre de 1997 y los dos primeros meses del 98, se organizó la Unidad de Reestructuración de la ENEL (URE), posteriormente el 12 de Agosto de 1998 se publica el decreto N° 53-98, en Gaceta diario oficial N° 150; en donde se viene a ratificar la creación de la URE, acordada por la Junta Directiva de esa empresa en sesión N° 30, señalando como objetivo fundamental la iniciación, agilización y administración del proceso de privatización del sector eléctrico. Correspondiéndole la representación legal de la URE al Director Ejecutivo, a su vez se faculta a la URE para que dentro del proceso de segmentación de las divisiones de generación, transmisión y distribución y como parte del futuro marco jurídico de las empresas privadas pueda definir, clasificar, legalizar e inventariar según sea el caso, los terrenos, maquinarias, edificios y equipos pertenecientes a ENEL, así como disponer y acceder (en coordinación con la ENEL) a toda la información financiera,



organizativa, jurídica y legal o de cualquier naturaleza para los correspondientes análisis que se enmarcan dentro del proceso de reestructuración y segmentación del subsector eléctrico.

Podemos afirmar que con las leyes de reformas a la Ley Orgánica del INE, con la CIC y su secretaria ejecutiva y la URE son los instrumentos y unidades para la iniciación, planificación, implementación y administración del proceso de privatización de la ENEL.

Con la no-objeción del BID, se publicó en los medios escritos nacionales e internacionales, aviso solicitando expresiones de interés para precalificar firmas consultoras interesadas en participar en el concurso de los estudios de la reestructuración y segmentación de la ENEL, escogiéndose de esta manera al asesor de confianza de la URE.

Cabe señalar que las actividades del proceso de reestructuración, segmentación y privatización de la ENEL se clasificó en tres fases:

- a) La fase I corresponde al desarrollo de los estudios de reestructuración y segmentación de la ENEL.
- b) La fase II corresponde a la implementación de los resultados de los estudios de la fase I.
- c) La fase III consiste en la venta y adjudicación de las empresas resultantes de la reestructuración y segmentación de la ENEL, a los inversionistas privados que resulten ganadores de la licitación.

Con la clasificación de las fases anteriormente mencionadas sobre la reestructuración, se procedió a la invitación de firmas consultoras que tuvieran interés en dicho proceso, para desarrollar los estudios de reestructuración y



segmentación de la ENEL en lo que respecta a las propuestas técnicas y económicas, a su vez se procedió nuevamente a publicar un aviso solicitando “expresiones de interés” para firmas consultoras en inversión y mercadeo, así como asesoría legal, interesadas en participar en el concurso para llevar a cabo la privatización de la ENEL (fase II y III) obteniendo el mayor resultado la firma consultora COOPERS & LIBRAD L.L.P., por lo que se procedió a negociar los términos del contrato e iniciar los estudios de la reestructuración y segmentación de la ENEL (fase I).

Lo que respecta a la fase I, los estudios correspondientes de la misma, los realizó la firma PRICE WATERHOUSE COOPERS, resultante de la fusión de las firmas PRICE WATERHOUSE y COOPERS & LIBRAD L.L.P., como resultado del estudio de la primera fase, la firma consultora después de haber realizado un diagnóstico y estudio técnico de la ENEL, recomendó como alternativas la creación de siete empresas las cuales estarían divididas, cuatro en el segmento de generación, dos en el segmento de distribución y una en el segmento de transmisión, a su vez recomendó la forma de organización de cada una de las empresas y la cantidad de trabajadores necesarios de las mismas.

Terminada la labor de las firmas consultoras de la primera fase se ha contratado al consorcio SHRODERS INTERINVEST, para llevar a cabo la realización de la II fase. Además de la segmentación final de la ENEL en siete empresas, se persiguen los objetivos siguientes: Adaptación del nuevo sector eléctrico al nuevo marco regulatorio, y la estructuración y organización de las nuevas empresas.

Basándose en el Arto. 272 de la Ley de Industria Eléctrica, publicada en Gaceta diario oficial del 23 de Abril de 1998, establece que para adaptarse a



las disposiciones de la presente ley, la ENEL, será segmentada en los agentes económicos que determinen los estudios dentro de un plazo máximo de 12 meses a partir de la promulgación de la presente ley, estos agentes se constituirán en sociedades anónimas regidos por el derecho privado aún cuando su titular sea el Estado, con esta ley se marca el inicio de la privatización de la ENEL constituyéndose por ende su fundamento jurídico.

En este sentido mediante el acuerdo presidencial N° 116-99, publicado en la Gaceta N° 67 del 13 de Abril de 1999, en donde la ENEL fue dividida en siete empresas: Una de transmisión que la constituye la Empresa Nacional de Transmisión Eléctrica S.A. (ENTRESA), encargada de realizar las actividades de transporte de energía eléctrica a través de líneas y subestaciones a los diferentes agentes económicos del mercado nacional e internacional. Esta empresa será de carácter estatal. Las dos empresas distribuidoras, creadas por la segmentación son la Empresa Distribuidora de Electricidad del Norte (DISNORTE) y la Empresa Distribuidora de Electricidad del Sur (DISSUR). En cuanto a las empresas generadoras estas se clasifican en: dos térmicas que son, La Generadora Eléctrica Central S.A. (GECSA), conformada por las plantas Managua y Las Brisas; Generadora Eléctrica Occidental S.A. (GEOSA), conformadas por las plantas Nicaragua y Chinandega; La Generadora Hidráulica S.A. (HIDROGESA), integradas por las plantas Santa Bárbara y Centroamérica; y la Geotérmica que es la Generadora Momotombo S.A. (GEMOSA), constituida por la planta geotérmica Momotombo.

Estos nuevos agentes económicos resultantes de la segmentación de conformidad con lo dispuesto en el Arto. 135, se conformarán con los activos de la ENEL según lo dispuesto en el Arto. 136 ambos artículos de la Ley N° 272.



Finalizadas las fases I y II del proceso de reestructuración, segmentación y privatización de la ENEL se inicia la tercera y última fase de dicho proceso, que consiste en la venta y adjudicación de las empresas resultantes de la reestructuración y segmentación de la ENEL a los inversionistas privados que resulten ganadores de la licitación internacional.

Según el Arto. 137 de la Ley N° 272, se autoriza al poder ejecutivo a realizar las acciones que permitan de forma expedita y mediante licitación pública la incorporación del sector privado en los agentes económicos resultantes de la segmentación de la ENEL, en este sentido el ejecutivo dictó el decreto N° 128-99, publicado en la Gaceta N° 240 del 16 de Diciembre de 1999, (reformado por el decreto N° 82-2000, Gaceta N° 116 del 3 de Septiembre del 2001), de adición a decreto N° 42-98, publicado en Gaceta 116 del 23 de Junio de 1998 (Reglamento de la Ley de Industria Eléctrica) el que viene a establecer el procedimiento a través del cual se lleva acabo dicha privatización.

Este procedimiento de venta a los particulares de las acciones de la ENEL, se hará de conformidad a las reglas siguientes:

- a) La venta se efectuará bajo el régimen de dos modalidades: En la primera se pondrá en venta, en un solo bloque o en distintos bloques accionarios, el 95% de las acciones a inversionistas que cumplan con los requisitos legales, denominada “venta a inversionistas estratégicos”. La segunda modalidad se ofrecerá en venta entre los trabajadores de la ENEL el 5% de las acciones de las sociedades denominadas “venta a los trabajadores”.



- b) La venta se realizará a través de licitación pública en la que tendrán opción de participar todas las personas naturales o jurídicas sean nacionales o extranjeras.

La convocatoria se hará en la Gaceta diario oficial o en diarios de circulación nacional e internacional. La presentación de propuestas y apertura de las mismas se harán en audiencia pública considerándose únicamente las propuestas de compra a la totalidad de las acciones o a los bloques accionarios de las respectivas sociedades ofrecidas, de la cual se seleccionará aquella propuesta que cumpla con los términos y requisitos establecidos en el pliego de condiciones.

El pliego de condiciones contendrá entre otros aspectos, las normas de precalificación y presentación de propuestas, la manera de acreditar la idoneidad, experiencia y capacidad técnica operativa y financiera de los proponentes, las limitaciones a la compra de acciones de más de una sociedad por parte de un mismo operador idóneo o proponente, los lugares en que se podrá realizar el pago, los mecanismos para dirimir empates, la clase, monto y calidades de las garantías exigidas, el cronograma del proceso y en general todos los aspectos que se refieren para concretar las ventas de las acciones, a su vez en el pliego de condiciones se establecerá que el monto sea en dólares de los Estados Unidos de América, y que al menos el 50% del precio ofrecido por el proponente se pagará de contado en la fecha que se formalice la venta de las acciones de las sociedad respectiva, siendo el comité de la privatización de la ENEL, quien podrá modificar el pliego de condiciones.

El Secretario Ejecutivo de la CIC, el secretario del comité de privatización de la ENEL Y el director ejecutivo de la URE, constituirán el comité de



precalificación y preadjudicación de las sociedades dentro del proceso de privatización.

Además de lo establecido en el pliego de condiciones, una vez seleccionada la propuesta, y que hayan cumplido las normas establecidas, se seguirá el siguiente procedimiento: En las fechas de adjudicación la ENEL realizará la transferencia de los activos correspondientes a cada una de las sociedades mediante la suscripción de los respectivos contratos de compra y venta (compra-venta de acciones entre entidades gubernamentales e inversionistas privados) y la emisión por parte de la respectiva sociedad del número correlativo de acciones a favor de la ENEL, en consecuencia para formalizar la venta de las acciones, de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones a cambio de lo cual la ENEL entregará las respectivas acciones, y en caso de pago parcial deberá el proponente escogido garantizar el pago total de las acciones.

En lo que respecta a la segunda modalidad (venta a los trabajadores) el comité privatizador de la ENEL estipulará fecha determinada para la oferta pública del 5% de las acciones de las sociedades a los empleados activos de la ENEL, que reúnan los requisitos establecidos para comprarlas, rigiéndose dicha oferta pública por las siguientes reglas:

- a) Las acciones se ofrecerán en oferta pública, teniendo vigencia de 30 días.
- b) El precio se pagará en córdobas y será el que resulte menor que el valor de los libros de las sociedades y el precio ofrecido en la propuesta aceptada en la venta de los inversionistas estratégicos, al cual se podrá aplicar un descuento.



- c) El comité privatizador de la ENEL fijará las condiciones en que se podrá financiar el pago de las acciones.
- d) A dos años contados a partir de la formalización de la venta de acciones a los trabajadores y durante un plazo no mayor de 180 días, los trabajadores que hayan adquirido acciones podrán ofrecerlas en venta a la respectiva sociedad y a quienes sean sus accionistas en ese momento, quienes asumen la obligación solidaria en comprarlas por un precio igual al pagado por las respectivas acciones en la venta a inversionistas estratégicos.

Por otro lado en lo que se refiere a recursos naturales y los servicios públicos, éstos no son enajenables ya que no existe una ley que estipule la venta de éstos, es así que los nuevos agentes económicos resultantes de la segmentación de la ENEL, estando íntimamente vinculados a estos bienes y servicios, una vez privatizados requieren de un título legal habilitante para poder desarrollar las respectivas actividades a las que se refiere cada una de las empresas.

En este sentido la ley de industria eléctrica y su reglamento, establecen los mecanismos y procedimientos de incorporación de los particulares en las actividades de industria eléctrica, a través de los contratos administrativos como la concesión y la licencia. Tanto la licencia como la concesión son autorizaciones otorgadas por el Estado a través del INE a un determinado agente económico.

La licencia, mediante este instrumento jurídico se autoriza a un agente económico para que realice la actividad, ya sea de generación o de transmisión de energía eléctrica y por medio de la concesión se autoriza al agente económico para la distribución de energía eléctrica. Estas licencias para



generar electricidad serán otorgadas de acuerdo al tipo de inversión y a las fuentes primarias de energía utilizadas, cuando la generación es basada en recursos naturales el INE exigirá a los interesados haber cumplido con los requisitos que exigen las leyes competentes. La concesión, entendiéndose por esta el derecho exclusivo otorgado por el Estado, a través del Instituto Nicaragüense de Energía, a un agente económico para desarrollar la actividad de distribución en un área geográfica determinada. Las concesiones para distribuir energía eléctrica serán otorgadas mediante licitación pública o negociación directa.

En Abril del año 2000 se llevó a cabo la privatización a favor de la Empresa UNIÓN FENOSA de origen español, las empresas distribuidoras de energía eléctrica (DISNORTE S.A y DISSUR S.A.), a través del procedimiento de licitación pública, la que para prestar el servicio de distribución de energía a los consumidores finales firmó en Junio del 2001 un contrato de concesión de distribución de energía eléctrica por un período de 30 años de conformidad a la ley N° 272 y su reglamento.

En lo referente al campo geotérmico de generación de energía eléctrica según el boletín de ASPROENEL en la planta GEMOSA, no se llevó a cabo un proceso de privatización en el sentido de venta, si no que, siendo que la ENEL cuenta con una concesión de explotación concedida por INE, esto le permite a esta empresa buscar un socio o hacer una asociación compartida con inversionistas extranjeros para invertir en la perforación de pozos y la reactivación de unidades ya que esa zona es muy agresiva y causa un gran deterioro a las máquinas. Para ello firmó la empresa GEMOSA un contrato de



asociación con la empresa israelita conocida como ORMAT INT., por un período de 15 años.²⁴

En lo que respecta a la Empresa Generadora Hidroeléctrica S.A. (HIDROGESA), esta se encuentra en proceso de privatización a favor de COASTEL POWER INTERNATIONAL IV LTD. Cabe señalar que la Contraloría General de la República, ordenó a ENEL, suspender el proceso de privatización de la empresa HIDROGESA, dicha decisión fue tomada de forma unánime por todos los contralores, quienes se basaron en la denuncia de nulidad presentada por los representantes de la Comunidad Indígena de Jinotega y representante de la Empresa ENRON de Nicaragua, ya que la adjudicación del 95% de las acciones de la empresa no se realizó apegado a la ley, y que los denunciantes consideran que al privatizar HIDROGESA se privatizaría el lago de Apanás.²⁵

En conclusión, en Nicaragua, de las siete empresas en que fue segmentada la ENEL, han sido privatizadas las dos empresas de distribución y dos de generación, quedando pendiente de privatizarse dos empresas de generación y la empresa de transmisión que es de carácter nacional según el acuerdo presidencial N° 116-99.

²⁴Brack, Mateo, Boletín Asproenel. Volumen 4, N° 16, correspondiente a los meses de Enero a Marzo de 1999. P. 4.

²⁵ Oliver, Gómez : "*Suspenden venta de HIDROGESA*". El Nuevo Diario. Viernes 16 de Agosto del 2002. Managua, Nicaragua. P. 1-12. "*Contraloría ordena suspender privatización de HIDROGESA*" LA PRENSA P. 1.



Capítulo IV

Control del Estado en el Proceso de Privatización de la Empresa Pública.

1- Contraloría General de la República como órgano encargado del control de la Administración Pública.

La Contraloría General de la República (CGR), es creada por medio del decreto N°. 625, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República del Sistema de Control de la Administración Pública y del Área Propiedad del Pueblo, publicado en la Gaceta N°. 16 del 22 de Enero de 1981, ya que con esta ley se cambia fundamentalmente las estructuras de control de los recursos del Estado que existían anteriormente denominados Tribunal Supremo de Cuentas de la República y a partir de 1930 se denominó Tribunal de Cuentas, hasta 1981 es que se crea la CGR, como un órgano de control posterior dirigida hacia el control de los organismos y entidades del sector público y por ende de los servicios del Estado. Estaba presidida por el Contralor General de la República con facultades para determinar las responsabilidades administrativas y civiles y la presunción de responsabilidad penal, basándose en los resultados, informes, actas y exámenes especiales.

Esta ley ha venido experimentando una serie de reformas a través de decretos y leyes, la última de ellas contenidas en la ley N°. 361. Ley de Reformas y Adiciones a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, del Sistema de Control de la Administración Pública y del Área Propiedad del Pueblo, publicada en la Gaceta N° 70, del 16 de Abril del 2001. A partir de esta reforma el título de esta ley se leerá así: Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control Gubernamental. Y



reconoce a la Contraloría General de la República, como el organismo rector del sistema de control de la administración pública y fiscalización de los bienes y recursos del Estado, este órgano goza de independencia y autonomía funcional y administrativa, sometido únicamente al cumplimiento de la Constitución Política y las leyes competentes para el óptimo logro de sus funciones.

Correspondiéndole a la CGR:

- a) Establecer el Sistema de control que de manera preventiva asegure el uso debido de los fondos gubernamentales.
- b) El Control sucesivo sobre la gestión del presupuesto general de la República.
- c) El control, examen y evaluación de la gestión administrativa y financiera de los entes públicos, los subvencionados por el Estado y las Empresas públicas o privadas con participación del capital público.

En lo concerniente a la fiscalización de las contrataciones del Estado, toda contratación que entrañe ingresos o egresos y otros recursos del Estado y del sector público, será fiscalizada por la Contraloría General de la República, es decir que el control que ejerce esta última abarca tanto a las adquisiciones que haga el Estado para sus propios intereses como también la venta de los bienes que son de su propiedad, también establece que cuando las contrataciones no se ajusten a las disposiciones legales sobre la materia se aplicará el procedimiento de denuncia de nulidad dispuesto en el Arto.177 de la ley orgánica, siempre y cuando incurra en las siguientes causas de nulidad:

- a) Cuando se perjudica o pueda perjudicar al Estado.
- b) Cuando no se ajuste a los requisitos, condiciones o procedimientos que establece la ley.



- c) Cuando se celebre la contratación sin previsión actual o futura de los recursos financieros que posibiliten su cumplimiento.

En lo que se refiere a la máxima autoridad de control, esta lo conforma el consejo superior de la Contraloría General de la República (CGR), el cual ejerce el control de los recursos públicos, dentro de los términos de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y la ley 330, ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, en lo referido al órgano superior de control.

A este órgano le corresponde entre sus principales funciones y facultades según el inciso 8 del Arto. 13 de la ley Orgánica de la Contraloría: La de controlar y dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos y contratos en los casos de privatización de entidades o empresas, enajenación o cualquier forma de disposición de los bienes del sector público.

A su vez el Consejo Superior de la CGR en sesión N° 181 del 25 de Septiembre del 2001 en uso de las facultades que le confieren los artos.154 y 155 de la Constitución Política de Nicaragua y la ley Orgánica de la CGR en su Arto 10 inciso 9, emitió un acuerdo publicado en Gaceta diario oficial N° 220 del 20 de Noviembre del 2001. En él se establecen las normas para el análisis, control y seguimiento de las contrataciones del Estado el cual viene a complementar las disposiciones de la ley Orgánica de la CGR y sus reformas, este acuerdo determina en su parte introductoria, que la CGR, como órgano rector de la Administración pública y de los bienes y recursos del Estado, tienen el mandato constitucional de ejercer el control, examen y evaluación de la gestión administrativa y financiera de los entes públicos, considerando a las actividades de contratación del Estado, las de mayor importancia dentro del ámbito de las finanzas públicas, por lo que dichas normas vienen a regular el



envío de la información sobre las contrataciones y adquisiciones que realizaron las entidades del sector público.



CONCLUSIONES

El proceso de privatización ha sido pieza fundamental del modelo económico neo-liberal que se ha querido imponer como único camino para superar la pobreza y el atraso económico, por lo que el Gobierno de Nicaragua aferrado en esta idea, inicia un proceso de privatización como parte fundamental de los planes de ajuste económico, impuestos por los organismos internacionales con el propósito de encauzar la economía del país por la senda del libre mercado.

Podemos decir, que cuando se da la privatización de las empresas de mercado, no existía un marco legal en que fundamentar dicho procedimiento, por lo que hubo una violación a los preceptos constitucionales. En este sentido consideramos que fue un proceso apresurado e inconstitucional, aunque posteriormente trataron de legalizarlo.

En lo que respecta a la privatización de las empresas públicas prestadoras de servicios público, han tratado de encauzarla en un proceso jurídico con fundamento constitucional, cumpliendo en gran medida con el principio de legalidad.

Refiriéndonos específicamente a la Empresa Nicaragüense de Electricidad (ENEL), en el marco jurídico de privatización hubo muy poca participación legislativa, dejándole amplias facultades al ejecutivo para llevar a cabo dicho proceso. En este sentido, es de gran importancia el control y fiscalización que ejerce la Contraloría General de la República en los procesos de privatización, la cual, según la última reforma a la Ley Orgánica de la contraloría, la fiscalización y el Control debe ser simultáneos a dichos procesos.



De esta manera llegamos a la conclusión, que cuando se da la privatización de las empresas públicas prestadoras de servicios públicos, el Estado no se desliga totalmente de la misma, sino que conserva la normación y el control de los servicios públicos a través de cada uno de los entes reguladores de los servicios públicos en representación del Estado y por mandato constitucional.



BIBLIOGRAFÍA

- Alvarez Arguello, Gabriel: ***La ley en la Constitución Nicaragüense***. 1° ed. Editorial Cedes s.l. Barcelona, España. 1999.
- Barrios de Chamorro, Violeta: ***Memorias de mi Gobierno***. Tomo II Aspectos Socioeconómicos. S.ed. Managua, Nicaragua. 1990-1996.
- Brack, Mateo; Boletín Asproenel: ***Recortan personal en Momotombo***. Volumen IV, N° 16 correspondientes a los meses de Enero – Marzo. 1999.
- Catalán Poveda, Oscar: “Una década de ajuste estructural en Nicaragua”. Revista Encuentro. Año XXXIII. N° 59. 2002.
- De la Serna Bilbao, María Nieves: ***La privatización en España***. S. ed. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona.
- Escorcía, Jorge Flavio: ***Derecho Administrativo***. 1° ed. Editorial Universitaria UNAN-LEÓN. León, Nicaragua. 2002.
- Gómez, Oliver; El Nuevo Diario: ***Suspenden venta de HIDROGESA***. Managua- Nicaragua. Agosto, 2002.
- Loásiga Mayorga, Jorge; La Prensa: ***Contraloría ordena suspender privatización de HIDROGESA***. Managua, Nicaragua. Agosto-2002.
- Rodríguez Chirillo, Eduardo: ***Aspectos Jurídicos de la Privatización***. S.ed. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, España 1993.
- Villar Rojas, Francisco: ***Privatización de Servicios Públicos***. S.ed. Madrid, España 1993.
- Wheelock Román, Jaime: ***Imperialismo y Dictadura***. 6° ed. Siglo XXI. Editorial México. 1982.

LEYES

- Constitución Política de la República de Nicaragua.



- La Gaceta Diario Oficial N° 94. Decreto 7-90. Ley Creadora de la Junta General de Corporaciones Nacionales del Sector Público. Mayo, 1990.
- La Gaceta Diario Oficial N° 98. Decreto Ley de Revisión de Confiscaciones. N° 11-90. Mayo, 1990.
- La Gaceta Diario Oficial N° 100. Decreto 23-91. Junio, 1991.
- La Gaceta Diario Oficial N° 239. Ley N° 278. Ley sobre Propiedad Reformada Urbana y Agraria. Diciembre, 1997.
- La Gaceta N° 103. Ley N° 169. Ley de Disposición de Bienes del Estado y entes Reguladores de los Servicios Públicos. Junio, 1994.
- La Gaceta N° 001. Ley N° 323. Ley de Contrataciones del Estado. Enero, 2000.
- La Gaceta N° 46. Decreto N° 21-2000. Reglamento General de la Ley de Contrataciones del Estado. Marzo, 2000.
- La Gaceta N° 13. Decreto N° 16. Transformación de la Empresa Nacional Luz y Fuerza en Instituto Nicaragüense de Energía INE. Agosto, 1979.
- La Gaceta N° 106. Decreto N° 87. Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Energía INE. Junio, 1985.
- La Gaceta N° 80. Decreto N° 25-92. Reforma a la Ley Orgánica de INE. Abril, 1992.
- La Gaceta N° 118. Decreto N° 30-95. Reforma a la Ley Orgánica de INE. Junio, 1995.
- La Gaceta N° 63. Ley N° 271. Ley de Reforma a la Ley Orgánica de INE. Abril, 1998.
- La Gaceta N° 204. Decreto N° 46-94. Creación de la Empresa Nicaragüense de Electricidad (ENEL). Noviembre, 1994.
- La Gaceta N° 49. Decreto N° 16-98. Marzo, 1998.



- La Gaceta N° 150. Decreto N° 53-98. Agosto, 1998.
- La Gaceta N° 67. Acuerdo Presidencial N° 116-99. Abril, 1999.
- La Gaceta N° 74. Ley N° 272. Ley de Industria Eléctrica. Abril, 1998.
- La Gaceta N° 116. Decreto N° 42-98. Reglamento de la Ley de Industria Eléctrica. Junio, 1998.
- La Gaceta N° 240. Decreto N° 128-99. Reforma al Decreto N° 42-98, Reglamento de la Ley de Industria Eléctrica. Diciembre, 1999.
- La Gaceta N° 166. Decreto N° 82-2001. Septiembre, 2001.

ENTREVISTAS.

- Lic. Ervin de Trinidad. (CORNAP)
- Lic. Karla Torres. (Contraloría General de la República)



CONTENIDO DE ANEXOS

- Ley de Creación de la Junta General de Corporaciones Nacionales del Sector Público.
- Ley de Disposiciones de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos.
- Reforma a la Ley de Disposiciones del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos.
- Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Energía (INE).
- Ley de Reforma a la Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Energía (INE).
- Creación de la Empresa Nicaragüense de Electricidad (ENEL).
- Ley de la Industria Eléctrica.
- Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica.
- Reforma al Decreto N°. 42-98. Reglamento de la Ley de Industria Eléctrica.
- Decreto N°. 82-2001.
- Decreto N°. 116-99.
- Ley de Reforma y adiciones a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.