

KARLOS NAVARRO

# TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO  
V

EL SERVICIO PUBLICO

PRÓLOGO

MIGUEL ANGEL SENDIN GARCÍA



"Universitas Granadensis"



KARLOS NAVARRO

# TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO  
V

EL SERVICIO PUBLICO

PRÓLOGO

MIGUEL ANGEL SENDIN GARCIA



"Universitas Granadensis"



**Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía**

Rector  
Dr. Roberto Ferrey

**Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores**

Director  
Karlos Navarro

Equipo Editorial

Autor : Karlos Navarro  
Cordinación editorial : Karlos Navarro  
Diseño de interiores : Freddy Aviles C.  
Diseño de portada : Freddy Aviles C.

ISBN: 978-99924-21-29-1

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© IIES, 2019

El Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES), es una institución adscrita a la Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía, dedicada a la promoción de estudios de posgrados en diversas áreas del conocimiento.

[iiescontrolacademico@gmail.com](mailto:iiescontrolacademico@gmail.com)

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES).

# INDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>9</b>
<b>PROLOGO .....</b>	<b>11</b>
<b>INTRODUCCIÓN GENERAL.....</b>	<b>17</b>
<b>CAPITULO PRIMERO</b>	
<b>EL SERVICIO PÚBLICO:</b>	
<b>UN CONCEPTO EN PERMANENTE DISCUSIÓN.....</b>	<b>21</b>
1. Una noción en evolución constante.....	21
2. Las circunstancias históricas del nacimiento del Servicio Público .....	26
2.1 La revolución industrial y las ideas de la ilustración .....	26
2.2 La revolución francesa y la aparición de los primeros servicios públicos.....	32
2.3 La ruptura del abstencionismo liberal y los servicios públicos sociales.....	38
2.4 Los municipios y los servicios públicos locales.....	41
2.5. La crisis de sistema liberal.....	44
3. La formación del derecho administrativo .....	46
3.1 La creación del Consejo de Estado y la justicia retenida.....	49
3.2 La justicia delegada y la autonomía del Derecho Administrativo .....	53
4. La doctrina del Derecho Público en Francia y la aparición de la noción del Servicio Público .....	55
4.1 Las decisiones jurisprudenciales del Tribunal de Conflictos y el servicio público.....	57
4.2 Origen conceptual del servicio público .....	62

5. El surgimiento del Estado de Bienestar y la Empresa de Servicio Público.....	70
5.1 La Empresa Pública.....	81
6. La primera crisis jurisprudencial del servicio público.....	84
6.1 Los servicios públicos industriales y comerciales.....	85
6.2 Servicios Públicos virtuales o impropios.....	87
7. Conclusión.....	91

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **EL SERVICIO PUBLICO: UNA NOCIÓN**

<b>QUE CAMBIA EN EL ESPACIO.....</b>	<b>93</b>
--------------------------------------	-----------

Introducción.....	93
-------------------	----

1. El servicio público en España.....	94
1.1 La formación del concepto de Servicio Público en España.....	96
1.2 El servicio público en la Constitución Española.....	102
1.3 La constitución económica.....	106
2. Distinción del servicio público y otras figuras afines.....	113
2.1 Servicios esenciales.....	114
2.2 Servicios mínimos.....	117
2.4 Servicios públicos impropios o virtuales.....	118
3. Principios o reglas del Servicio Públicos.....	119
3.1 Continuidad:.....	119
3.2 Regularidad.....	121
3.3 Uniformidad o igualdad.....	121
3.4 Generalidad.....	122
3.5 Obligatoriedad.....	122
4. Un punto de partida diferente del servicio público: Estados Unidos.....	125
4.1 La liberalización de la economía.....	132
4.2 La desregulación y la adaptación del modelo regulador al marco competitivo.....	134
4.3 Críticas al modelo regulatorio.....	136

5. El servicio público en la Unión Europea .....	138
6. Conclusión.....	152

**CAPITULO TERCERO**

**LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO JURIDICO..... 156**

Introducción .....	156
1 Teorías o variables interpretativas de la noción de Servicio Público. 158	
1.1 El esquema de DROMI y ALBI.....	158
1.2 La teoría del interés general .....	161
1.3 La teoría de la necesidad colectiva .....	161
1.4 La teoría de la actividad esencial.....	162
1.5 La teoría de la obligatoriedad de la prestación .....	163
1.6 La teoría de los monopolios naturales .....	164
1.7 La teoría del servicio al público .....	165
2. Criterios para la definición del servicio público .....	165

**CAPITULO CUARTO**

**LA FORMACION Y EVOLUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN NICARAGUA ..... 171**

Introducción .....	171
1. Raíces históricas del Estado en Centroamérica.....	174
2. La consolidación del Estado moderno y el concepto de soberanía.....	182
3. La ilustración en España y su influencia en Centroamérica.....	183
4. La ilustración y las reformas borbónicas en Centroamérica. ....	190
5. El concepto de soberanía y los primeros servicios público en la Constitución de Cádiz.....	195
6. La independencia y la idea de soberanía popular en la Constitución Federal de 1824.....	201
7. Los servicios públicos durante el período conservador .....	212
8. La Revolución liberal y los servicios públicos .....	222
9. Conclusión.....	232

**CAPITULO V**

**EL DESARROLLO HACIA DENTRO Y**

**LA NACIONALIZACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS.....237**

1.	La crisis económica producto de la Depresión de 1929 .....	237
2.	El modelo económico del desarrollo hacia dentro.....	241
3.	La evolución de los servicios públicos.....	246
3.1	Bloque de Servicios Sociales: Seguridad Social, Sanidad y Educación. ....	246
3.1.1	Seguridad Social.....	246
3.1.2	Salud .....	249
3.2.	Bloque de Transporte .....	250
3.2.1	Transporte de ferrocarril.....	250
3.2.2	Transporte de servicio publico.....	250
3.2.3	Transporte aereo .....	251
3.3	Bloque de suministros: Energía eléctrica, Agua .....	252
3.3.1	Suministro de energía eléctrica.....	252
3.3.2	Agua.....	254
3.4	Bloque de comunicación: Radiocomunicación, telégrafos, Correos.....	256
3.4.1	Radiocomunicación.....	256
3.4.2	Servicio de correo .....	257
3.5	Servicio público municipal.....	257
4.	La crisis de los ochenta y la nacionalización de las Empresas .....	259
5.	El Servicio Público en la Constitución de Nicaragua. ....	272
6.	Conclusiones .....	277

**CAPITULO SEXTO**

**LA PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICO ..... 278**

Introducción .....	278	
1.	La privatización y Descentralización de los servicios públicos en Nicaragua.....	296
2.	La descentralización del Estado de Nicaragua.....	302
2.1	Bloque de servicios sociales: .....	309

2.1.1	La descentralización del Instituto de Seguridad Social y el proceso de privatización de las pensiones.....	309
2.1.2	La privatización de las pensiones.....	314
2.1.3	Salud Pública .....	316
2.1.4	Educación .....	320
2.2	Bloque de transporte.....	323
2.2.1	Transporte Público .....	323
2.3	Bloque de suministros.....	324
2.3.1	Energía .....	324
2.3.2	Agua.....	329
2.4	Bloque de Comunicación .....	331
2.4.1	Telecomunicaciones y Correos .....	331
2.5	La descentralización de los Servicios públicos locales .....	333

**CAPITULO SIETE**

**MODOS DE GESTION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS..... 337**

Introducción .....	337
1. Gestión directa.....	342
2. Gestión indirecta .....	344
2.1 Concesión .....	345
2.2 El concierto.....	346
2.3 El arrendamiento .....	348
2.4 La gestión mixta.....	349
2.5 Gestión interesada .....	349
2.6 Sociedad de economía mixta .....	351
3. Los modos de gestión de los servicios públicos en Nicaragua .....	351
4. Los modos de gestión de los servicios Públicos locales .....	359
5. Los mercados regulados de servicios públicos .....	363
6. El nuevo servicio público .....	373
7. El Nuevo servicio Público en Nicaragua .....	381
8. Ente regulador independiente .....	386



9. Las Agencias de Regulación en Nicaragua.....	390
9.1 Energía .....	393
9.2 Telecomunicaciones y Servicios Postales .....	396
9.2.1 Principios Rectores y Plazos:.....	399
9.2.2 Servicios de Telecomunicaciones y Autorizaciones:.....	399
9.2.3 Servicio de correo .....	401
10. Superintendencia de servicios públicos.....	402
10.1 Conflicto entre los poderes del Estado .....	404
11. Conclusiones .....	408
 <b>CONCLUSIONES FINALES .....</b>	 412
 <b>ANEXO</b>	
 <b>Indice Jurisprudencial</b>	
<b>Sentencias del Tribunal Supremo de España.....</b>	<b>423</b>
 <b>Indice de leyes</b>	
<b>y Decretos de Nicaragua .....</b>	<b>425</b>

# ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
BM.	Banco Mundial.
BCIE.	Banco Centroamericano de Integración Económica.
CE.	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978
CEPAL.	Comisión Económica para América Latina.
CPSC.	Consumer Product Safety Commission.
CC.	Código Civil.
DENACAL.	Departamento Nacional de Acueducto y Alcantarillado.
CORNAP.	Corporación Nacional de Bienes Público.
F.M.	Fondo Monetario Internacional.
INSS.	Instituto Nicaragüense de Seguridad Social.
INSSBI.	Instituto Nicaragüense de Seguridad y Bienestar Social.
ED.	Editor.
EOC.	Employment Opportunity Commission.
EPA.	Environmental Protection Agency.
FCE.	Fondo de Cultura Económica.
FPC.	Federal Power Commission.
FCC.	Federal Communications Commission.
LRRL.	
LRBRL.	Ley Reguladora de Base de Régimen Local. Ley 7/1985, de 2 de abril.
MINSAL.	Ministerio de Salud.
Núm.	Número.
PNUD.	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

## TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

RAP.	Revista de Administración Pública.
REDA.	Revista Española de Derecho Administrativo.
REP.	Revista de Estudios Políticos.
S.	Siglo.
SEC.	Securities and Exchange Commission.
UCRESEP.	Unidad de Coordinación del Programa de Reforma y Modernización del Sector Público.
UNAM.	Universidad Nacional Autónoma de México.
UNED.	Universidad Nacional a Distancia.
SNUS.	Sistema nacional de Salud.

# PROLOGO

MIGUEL ANGEL SENDIN GARCIA

Resulta para mi una enorme satisfacción, tanto personal como profesional, atender la petición del hoy ya Doctor Karlos Navarro, de elaborar un prologo sobre la obra resultante de su tesis doctoral, que bajo la dirección del Profesor Miguel Domínguez-Berrueta de Juan, Catedrático de la Universidad de Salamanca, y la de quién esto escribe, elaboró tan brillantemente en la Universidad de Salamanca.

Pocas tareas tan difíciles verdaderamente se encuentra uno en la vida académica, como la de prologar un libro. Tratar de buscar en un espacio reducido las palabras adecuadas para dar noticia de una obra mucho más amplia (más aún si se trata, como en este caso, de una tesis doctoral), es una labor, en cierto modo, imposible. El resultado lógico es, como no podía ser de otra manera, la simplificación. Apenas si podemos limitarnos a esbozar alguna de las virtudes y contenidos principales de la obra, que no dan casi nunca justicia suficiente al valor de ese preciado bien que es siempre un libro.

Pero esto no es, obviamente, todo. Es evidente que la única presentación suficiente de un libro es la que éste hace de si mismo, que sólo su lectura proporciona. Ahora bien, no nos engañemos, incluso esa introducción no pasa de ser meramente “suficiente”, pues detrás de esa obra hay siempre una historia que merece ser contada: la de la lucha pertinaz y constante del autor, agotadora casi siempre, por arrancar del papel en blanco un pedazo de razón, con la que comunicar a los demás sus estudios y opiniones.

Yo he tenido el privilegio de contemplar desde una posición privilegiada ambos acontecimientos en el caso que nos ocupa. He leído de forma detallada y minuciosa la obra que el lector tiene en las manos. No sólo una vez, sino varias. Y no sólo la versión definitiva que se presenta al público, sino diferentes redacciones de la misma. En cierto modo, no sólo he tenido el

placer de conocer este estudio, sino que lo he visto crecer y madurar paso a paso.

No menos apasionante ha sido para mi contemplar el proceso de elaboración de esta investigación. Un camino duro como pocos, que encontró los innumerables obstáculos que irremediamente deben vencerse para asaltar un tema tan ambicioso y complejo como el tratado por el autor. Amen de otras dificultades de orden extraacadémico, que entiendo deben quedar perdidas en el silencio. Pues ofendería a la ciencia, tomar en cuenta las pequeñas miserias que a veces nos encontramos en la vida, ante un titánico esfuerzo académico como el que el Profesor Navarro tuvo la deferencia de ofrecernos, que quedaría mancillado con su sola evocación.

En cualquier caso, vamos allá, que no se nos acuse al menos de la cobardía de no intentarlo. Este libro no puede ser valorado, entiendo, sino teniendo en cuenta tres historias. Tres historias que se unen y confluyen para formar una sola.

La primera de ellas es, evidentemente, la del servicio público. Institución clave del Derecho administrativo, quizás incluso del mundo y la sociedad contemporánea. Desde sus orígenes a mediados del siglo XIX hasta los procesos de liberalización y privatización que hemos vivido durante los últimos años, ha recorrido un largo y triunfal camino.

Muchos discutirían esto último, amparándose en sus constantes y celebres crisis. Pero no nosotros, que no podemos ver, por más que nos esforcemos, en esta institución un conjunto de fórmulas y construcciones jurídicas, sino más bien una pugna decidida por el desarrollo y la dignidad humana. ¡Cuántos niños educados, cuántos enfermos curados, cuántos sueños transportados...!

La voracidad de las críticas, el ensañamiento de las nuevas construcciones nunca podrá acabar con el servicio público, pues su currículo no es de normas, ni siquiera de ideas, es de hechos. Hechos contra los que los argumentos no pueden discutir.

La institución que nos ocupa ha dibujado una línea de progreso a lo largo de la historia, permitiendo el paso de una sociedad agraria subdesarrollada a un mundo moderno y desarrollado, en el que se han alcanzado cotas de progreso, que ni el más optimista de los soñadores podría haber imaginado hace tan sólo un par de siglos.

No ha sido un proceso fácil, evidentemente, pocas instituciones han personalizado tan perfectamente la “lucha por el Derecho” de la que nos hablo JHERING, como la nuestra. Pocas encuentran aún tanto por hacer en esta

lucha como la que nos ocupa. Desgraciadamente, seguimos viviendo en un mundo a dos velocidades, en el que conviven países pobres, en los que la inmensa mayoría de sus habitantes siguen careciendo, lastimosa y vergonzosamente, de lo más mínimo; con otros en los que los ciudadanos tienen el privilegio de poder seguir exigiendo, aun a pesar de tener lo necesario, para dejar de ser simples usuarios y pasar a ser clientes.

El servicio público debe seguir su curso. Mucho se ha hecho, por supuesto, pero es mucho más aún lo que queda por hacer. No es extraño, por ello, que cada cierto tiempo las técnicas de las que se sirve se queden anticuadas y haya que buscar nuevas fórmulas y vías, que permitan un resultado satisfactorio.

De todo esto da cumplida cuenta la obra del Profesor Navarro, que realiza un estudio más que pormenorizado de esta figura desde sus orígenes hasta el momento presente.

Acierta a mi juicio el autor, al no enfangarse en la complicada tarea de ofrecer una definición propia de servicio público, y se limita, con total acierto en mi opinión, a desentrañar las claves de esta institución, logrando una sistematización perfecta de los distintos elementos que componen lo que se ha dado en llamar la teoría del servicio público.

Para entender esta orientación metodológica debe tenerse presente el ámbito en el que se centra este estudio: el ordenamiento jurídico de Nicaragua. Y, con ello, nos adentramos de lleno en la segunda historia a la que hacía referencia. Esta obra no puede entenderse, sin duda, sin este factor que subyace a la misma, impregnándola en su totalidad.

Recuerdo que, desde el primer momento que hable con Karlos Navarro sobre su futura tesis doctoral, me transmitió la idea de que él no venía a buscar laureles académicos, sino a trabajar (en el sentido más literal de la palabra) para llevar algo nuevo a su Nicaragua. Algo que pudiera servir para aliviar el sufrimiento de sus gentes y contribuir al logro de sus sueños y esperanzas.

En cierto modo, el compromiso del autor con su tierra personalizó la esencia del servicio público, al menos como yo lo entiendo. Por mucho que evolucionen las técnicas, por mucho que cambie la mentalidad de los usuarios y la actitud de los gestores, el corazón de la idea de servicio público será siempre la idea de solidaridad que le imprimió a principios del siglo pasado el maestro DUGUIT.

Las propias resonancias del término lo indican mejor que los cientos de teorías que han vertido los estudiosos y jurisconsultos: la idea de estar al servicio del público, subordinando los intereses particulares y egoístas al bienes-

tar de la colectividad, en el núcleo informador de nuestra institución.

Mucho de eso había en la dedicación del autor por formular un estudio que fuera de utilidad a la vida jurídica real de su país. Una obra, en definitiva, no nacida para dormir en las estanterías, sino para hacerse viva en las calles y las plazas.

El mejor camino, pero también el más difícil. Mucho más sencillo hubiera resultado al Profesor Navarro, limitarse a reproducir con la erudición característica de las tesis doctorales un conjunto de teorías ajenas, añadiéndole alguna opinión propia, para cumplir el trámite académico y ser doctor. Esa forma de pensar estaba, sin embargo, muy lejos de la mente de nuestro autor. Con plena conciencia de donde se metía, decidió zambullirse en la oscuridad y complejidad de la normativa nicaragüense para elaborar una teoría del servicio público, apta para Nicaragua.

Conviene aquí hacer un paréntesis para contar al lector la situación de este honorable país centroamericano. De ingente e ilustre historia, ha tenido la mala fortuna de enfrentarse a toda una serie de adversidades, que han impedido que ocupe el lugar que le corresponde en justicia por el vigor de sus gentes.

La historia de Nicaragua está plagada, como es de sobra conocido, de una fuerte conflictividad política y social, que han impedido que sus instituciones gocen de la debida estabilidad y solidez. A ello se añade el parco desarrollo del Derecho administrativo, en buena medida, debido a la influencia del modo de pensar estadounidense, que ha tenido un influjo decisivo en el desarrollo de Nicaragua.

Esto ha hecho que la idea de servicio público sea en este país casi una desconocida, carente de tradición y de una construcción coherente. No dejan de existir, evidentemente, elementos a través de los cuales se hace presente en la vida jurídica (piénsese, por ejemplo, en la concesión, utilizado en la provisión de muchos servicios esenciales), pero al margen de toda construcción sistemática. Se trata, más bien, de retales, que se unen formando un simple agregado de instituciones, incompatibles en muchos casos, y carentes de la racionalidad que debe tener un sistema jurídico.

El primer paso era, por tanto, hacer una sistematización de la doctrina del servicio público, al fin de permitir que ésta pudiera ser conocida en Nicaragua. El objetivo era más la complitud, que la búsqueda de soluciones originales y de vanguardia.

El doctor Navarro cumplió a la perfección esta tarea en la primera fase de su

tesis doctoral, para pasar en la segunda a lo más difícil, elaborar una construcción del régimen del servicio público en Nicaragua, partiendo del Derecho positivo de este país.

Una tarea de este calibre entraña innumerables dificultades. Las graves carencia del ordenamiento jurídico administrativo nicaragüense, en el que faltaban elementos legislativos básicos (piénsese que aún hoy, sigue faltando en este país una ley de procedimiento administrativo), una escasa y contradictoria jurisprudencia, y una doctrina casi inexistente en esta concreta materia, hacían del trabajo una empresa casi imposible.

La explicación del feliz resultado de tan quimérica aventura, sólo se puede hallar en la decisión, en cierto modo habría que hablar más bien de tozudez, dedicación y esfuerzo de Karlos Navarro.

Esta es la tercera y última historia que tenemos que contar. Pues esta obra no puede entenderse sin la personalidad de su autor, que no es, ni mucho menos, un doctorando al uso.

Cuando llegó a Salamanca para cursar los cursos de doctorado de Derecho administrativo dentro de la cátedra del Profesor Domínguez-Berrueta de Juan, el doctor Navarro no precisaba de esa formación para el desarrollo de la actividad investigadora que, con mejor o peor fortuna, proporcionan los estudios de tercer ciclo. Ya entonces era un investigador formado. Es más, no era un investigador cualquiera, era un investigador brillante, con múltiples publicaciones a sus espaldas y un currículo académico de máximo nivel.

Con una humildad que es difícil de encontrar hoy en día, asumió la posición de alumno para adentrarse en las peculiaridades de la investigación jurídica (hasta el momento su labor investigadora se había dirigido, fundamentalmente, a la Historia).

Fue uno de esos raros casos en los que coinciden ese conjunto de factores que permiten que lleguen a buen puerto las empresas más difíciles. En el autor se juntaron la ilusión y sencillez del que se inicia en una materia, con la madurez que sólo proporciona la experiencia, que unido a la marcada responsabilidad y sentido del deber por conseguir mejorar las condiciones de vida en su país, hicieron posible la obra que el lector tiene entre las manos.

A veces me he preguntado, si el resultado de los estudios de doctorado del Profesor Navarro hubieran sido los mismos, si los hubiera iniciado en su juventud, nada más terminar sus estudios, como ocurre habitualmente. Es



una pregunta sin respuesta, evidentemente, pero mi convicción es que no. Creo que este libro es sólo en parte el resultado de algo más de tres años de duro trabajo en la Universidad de Salamanca, es también y sobre todo, la consecuencia de toda una vida de continua dedicación al estudio, de la amplitud de visión que sólo se puede obtener conociendo otros países y formas de vida. El fruto, en fin, de una vida bien vivida.

Valladolid, 23 de enero de 2008.

Miguel Ángel Sendín García

Profesor de la Universidad Europea Miguel de Cervantes  
de Valladolid (España).

# INTRODUCCIÓN GENERAL

El objeto de la presente investigación es el estudio de los servicios públicos en Nicaragua. Para facilitar esta labor se ha realizado un detenido análisis del Derecho comparado, especialmente de la regulación de dicha materia en Francia, España y Estados Unidos.

Como es sabido, la actividad prestacional de la Administración consiste en el suministro directo o indirecto de prestaciones económicas o sociales a los particulares por parte de los poderes públicos, con el fin de garantizar la existencia humana y un elevado nivel de vida y de bienestar según las concepciones vigentes en cada una de las etapas históricas.

En España, y en un gran número de países (particularmente Francia), esta labor la ha cumplido fundamentalmente la figura conocida como “servicio público” (*service public*).

Esta noción ha sido desatendida en Centroamérica, y especialmente en Nicaragua; y aunque parezca inverosímil, tomando en cuenta la enorme relevancia que presenta para los ciudadanos en las modernas sociedad industrializadas y en los países en vías de desarrollo la actividad administrativa de prestación o de garantía prestacional, en la actualidad la historiografía jurídica de la región existe una importante carencia de trabajos de esta naturaleza.

Una de las causas probables del escaso tratamiento que ha recibido este tema es, sin duda, el tardío desarrollo del Derecho Administrativo, en comparación con los países europeos, debido a la falta de un Estado fuerte (como consecuencia entre otros factores de un mercado interno débil), las constantes pugnas entre las elites políticas, intervenciones extranjeras, guerras civiles y dictaduras de larga duración.

Sin embargo, hoy en día, debido al proceso democratizador en Centroamérica, y colateralmente a los procesos de reformas del Estado y de la privatización de las empresas estatales, la figura del servicio público está llamada

a crecer y a adquirir una gran influencia en los procesos de regulación y de inversión económica que se está llevando a efecto en la región centroamericana.

En ese sentido, es importante analizar desde una perspectiva comparada las elaboraciones de la escuela francesa y española del servicio público, y el desarrollo particular de la *public utility* en los Estados Unidos, por su alta coherencia y calidad técnica, que han podido desarrollar un cuerpo normativo y un reconocimiento jurisprudencial, de muy alto nivel.

Para ello hemos desarrollado una investigación en siete capítulos. El primero y el segundo se ocupan de dos cuestiones fundamentales, las bases histórico-materiales de los servicios públicos y el desarrollo particular de la figura jurídica del servicio público en Francia, España y los Estados Unidos. Todos ellos, temas de imprescindible análisis para esbozar un concepto de servicio público, ya que no es posible elaborar una teoría sobre la actividad prestacional de la Administración sin disponer de una caracterización adecuada del desarrollo de dicha institución.

En primer lugar, por las particularidades que el concepto de servicio público presenta en sus orígenes. Como señala ARIÑO ORTIZ “la génesis y comprensión de este concepto (servicio público) debe hacerse desde una perspectiva histórica, y más concreto, desde una determinada concepción del dualismo Estado-sociedad que surge con la Revolución Francesa”<sup>1</sup>.

Aunque ya lo examinaremos posteriormente con detalle, conviene apuntar desde un primer momento el azaroso advenimiento de esta noción, que en la segunda mitad del siglo XIX, fue pasando de la Ciencia económica, al mundo político y jurídico, gracias, sobre todo, al debate acerca de la municipalización.

Habrá que esperar a los primeros años del siglo XX para que se desarrolle en Francia, gracias a las grandes teorías de HAURIOU y de la escuela de Burdeos, la primera construcción teórica de esta institución, que llegó incluso a constituir para DUGUIT y sus discípulos el fundamento legitimador, no sólo de toda la actividad administrativa, sino también de la propia existencia del Estado.

Estas tesis, y su recepción en los países con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa, marcaron el verdadero comienzo de la reflexión doctrinal sobre el servicio público como institución jurídica.

---

<sup>1</sup> ARIÑO ORTIZ, G.: *Economía y Estado*. Marcial Pons. Madrid, 1992. Pág. 277.

En segundo lugar, se debe de separar el estudio de las teorías doctrinales sobre el concepto del servicio público, respecto al análisis de los presupuestos históricos del mismo, por razones de claridad expositiva, dado que un tratamiento conjunto de los dos aspectos podría haber complicado inútilmente la presentación de los resultados de esa parte de la investigación.

En el tercer capítulo se trata de fijar los elementos estructurales del concepto, que los definen y lo determinan su sentido.

En el cuarto y quinto capítulo se analizan la evolución y desarrollo del concepto del servicio público en Nicaragua en sus diferentes etapas. Esta parte, requiere necesariamente de un tratamiento peculiar, dadas las características particulares del Estado nicaragüense.

Como se demostrara a lo largo de este estudio, la marcada y continua inestabilidad política de este país, que se ha traducido en un constante e imparable cambio, no solo del titular del poder político, sino incluso del propio sistema político, han dibujado una realidad social y jurídica más que complicada.

En lo que ha nosotros interesa, el ordenamiento jurídico nicaragüense, incluido, como no, el Derecho Administrativo, se ha visto seriamente resentido por este constante ir y venir, de regímenes políticos.

Aunque, al lector extranjero, le pueda resultar extraño, ello ha provocado la existencia de grandes lagunas que llegan incluso a instituciones tan centrales como el propio servicio público.

Esto ha tenido como consecuencia, que falten las bases doctrinales mínimas desde las que construir una teoría del servicio público propia de Nicaragua, por la que hemos tenido que extraer esta del Derecho positivo y de las escasas referencias jurisprudenciales.

Vivimos tiempo francamente agitados para la doctrina del servicio público. En los últimos años este concepto ha experimentado una transformación radical, en la que algunos han llegado hasta ver su desaparición.

Sin embargo, para justificar la novedad de este trabajo, no hay que recurrir a estas recientes evoluciones, pues la propia introducción de la teoría tradicional de los servicios públicos en Nicaragua es ya una rotunda innovación en este país.

Esta triste coyuntura, ha condicionado obviamente la realización de este trabajo, que ha pretendido desde sus orígenes ser una obra eminentemente práctica, adaptada a las urgentes necesidades de mi país.

No se ha tratado, en consecuencia, de hacer una obra erudita, plagada de citas doctrinales, ni tampoco una rabiosamente actual categorización del nuevo servicio público emergente.

Nuestro propósito, en parte más modesto, pero en parte, también más ambicioso, es dotar de una auténtica teoría del servicio público propia de Nicaragua. Y digo bien “propia”, pues no se trata tan solo de sistematizar un conjunto de tesis foráneas, sino de construirla desde las bases jurídicas del propio Estado nicaragüense.

Ello es lo hoy, creemos, Nicaragua necesita, para poder enfrentarse con garantías en este ámbito, por otra parte crucial, a los retos que la vida social demanda del Derecho de Nicaragua.

Esperamos que esta labor, que ha requerido de un esfuerzo más que considerable, sirva para contribuir a clarificar el papel que la noción de servicio público deba de asumir en el contexto socio-económico nicaragüense, y en general en toda Centroamérica. Asimismo, es nuestro deseo que esta investigación sea también la base que anime a otros investigadores de la región centroamericana a emprender el análisis de esta trascendental figura jurídica, más aún cuando las particularidades presente en esta zona, la hacen tan necesaria.

# CAPITULO PRIMERO

## EL SERVICIO PÚBLICO: UN CONCEPTO EN PERMANENTE DISCUSIÓN

### 1. Una noción en evolución constante

A pesar de ser la idea del servicio público una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, no existe una definición estable de la misma<sup>2</sup>. Históricamente, es una técnica relativamente reciente, aunque no es su modernidad lo que produce su falta de categorización, sino más bien su estrecha relación con la realidad histórica y política<sup>3</sup>, que explica tanto su falta de

---

<sup>2</sup> J. L. VILLAR EZCURRA señala que “una de las cosas que más sorprende, uno de los extremos más curiosos del servicio público, en cuanto técnica administrativa y en cuanto una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, es que pese a ser uno de los núcleos alrededor del cual se ha construido la especialidad del Derecho Administrativo carezca de una definición total, pacífica, consentida por todos y que sea aplicable a cuantos supuestos aparecen en la dispersa legislación definidos como servicio público... Prácticamente, cada autor y a veces incluso cada editor en distintas épocas o en distintos libros, tiene su propia definición. Definiciones que son en gran parte incompatible en cuanto no son omnicomprendibles y sirven a los efectos que “a priori” se fija cada jurista, por lo que siendo congruente con este intento responden a una finalidad preconstituida... El servicio público, es, así, objeto de construcciones científicas “a priori”. No se trata, por tanto, de una institución o de una técnica administrativa construida, sino por el contrario de una construcción permanente, inacabable nunca pacífica”. *Servicio público y técnicas de conexión*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980. Págs.71, 72 y 73.

<sup>3</sup> M. A. SENDIN GARCÍA apunta que el servicio público “está sujeta a una continua reinterpretación que trata de adaptarla a las circunstancias propias de cada momento histórico. Esto no podía dejar de perjudicar a su validez científica, abocando irremisiblemente al fracaso de los denodados intentos doctrinales por llegar a una concepción unitaria del mismo, que han chocado siempre con ese pesado lastre. La segunda causa que dificulta la delimitación conceptual del servicio público es su estrecha relación con lo político, pues determinar que debe ser considerado en una sociedad concreta como tal es una decisión

precisión, como su constante evolución<sup>4</sup>.

Por tal razón, el servicio público, al igual que la Administración, es fácil de describir, pero difícil de definir<sup>5</sup> porque, al igual que ésta y que el ordenamiento jurídico que la rige, el Derecho Administrativo, es un producto histórico<sup>6</sup>, que depende en buena parte de la idea que en cada momento se tenga del Estado, que es, a su vez, un elemento sometido a un continuo proceso de cambio y transformación<sup>7</sup>. Todo ello provoca que el servicio público sea un elemento que va a variar al modificarse los fines que el Estado vaya asumiendo<sup>8</sup>.

que posee una alta dosis de contenido político. El servicio público es, y probablemente será siempre, una figura polémica, ya que se encuentra a medio camino entre dos elementos de difícil convivencia: lo jurídico y lo político". *Hacia un servicio público europeo*. Editorial Comares. Granada, España. 2003. Pág. 5.

<sup>4</sup> En opinión de J. C. CASSAGNE, "si bien la institución ha subsistido, sobreviviendo a las distintas crisis que la acecharon, la técnica que, en definitiva, configura un régimen jurídico ha ido adaptándose a los sistemas y realidades prevalecientes en cada época histórica". "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina", en *RAP* 54 (2001). Pág. 446.

<sup>5</sup> Como afirma T. R. FERNANDEZ RODRIGEZ citando a ALESSI, "del servicio público hay tantas definiciones como autores". "Del servicio Público a la liberalización desde 1950 hasta hoy". En *RAP*. No. 150 (Sep-Dic 1999). J. M. DE LA CUETARA señala que "hay tantos enfoques del servicio público, como conceptos tiene cada uno de quienes se han ocupado de él". *La actividad de la administración*. Tecnos. Madrid, España. 1983. Pág. 120.

<sup>6</sup> El Derecho Administrativo -observa J. L. VILLAR PALASI - como todo fenómeno de Derecho, es un concepto histórico. El derecho es un producto y una técnica social y, por consiguiente, su concepto varía históricamente de acuerdo con los cambios que sufren en el tiempo, las ideas, el sentido de la agrupación social a la cual se aplica... Por eso resulta particularmente importante atender a la formación del Derecho Administrativo a través de la historia. Más aún, descubrir en la urdimbre sucesiva de los hechos una conexión explicativa de los mismos es la única perspectiva auténtica...El derecho administrativo no es una creación pacífica de la razón o un producto de usos y costumbres juridizados -como sucede en gran parte del Derecho mercantil-, sino el resultado de la incesante y eterna polémica del poder con la sociedad, como un subproducto -ingente pero derivativo- de la política. *Derecho Administrativo. Introducción y teorías de las normas*. Universidad de Madrid. Facultad de derecho. Madrid, España. 1968. Pág. 91.

<sup>7</sup> R. RIVERO ORTEGA señala que "la historia nos muestra cómo las transformaciones en el modelo de Estado afectan sustancial y formalmente a la Administración pública. Variables sociales, políticas y económicas inciden sobre la organización y la actividad administrativas, estimulando al mismo tiempo la evolución de su ordenamiento regulador. Esta constante metamorfosis de la Administración pública y del Derecho Administrativo es consecuencia de los nuevos fines que el Estado se propone y de las nuevas técnicas que utiliza para su consecución. *Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Marcial Pons. Madrid, España. 1998. Pág. 14. Véase, también GARRIDO FALLA, F.: *Las transformaciones del régimen administrativo*. Madrid. IEP. 1954; PAREJO ALFONSO, L.: *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid. CEC. 1991; MARTINEZ, R. B.: *Derecho económico*. UNAN, México. 1996. Pág. 20 y sigs.

<sup>8</sup> Como señala G. ARIÑO ORTIZ, "el concepto de servicio público hay que plantearlo en el marco de un esquema más general: el de los fines del Estado". *Principio de derecho público económico*. Segunda edición. Editorial Comares. Granada, 2001. Pág. 488.

Esta falta de consenso en la definición de este instrumento del Derecho Administrativo también se debe, en parte, a que a través del tiempo el concepto ha tenido que adaptarse al rol que en cada momento asumía el estado en la Economía<sup>9</sup>.

Desde este punto de vista, podemos enmarcar la evolución del término servicio público, en las siguientes etapas<sup>10</sup>:

- Primera Etapa: Inicialmente la idea del servicio público fue un concepto socio-político, algo así como la transposición liberal del “servicio al Rey”, que surge justamente bajo una determinada concepción del dualismo Estado-Sociedad, propio de la revolución francesa<sup>11</sup>, pero carece de un significado jurídico preciso<sup>12</sup>

La ideología liberal, reducía las funciones del Estado a las tradicionales de Defensa, Hacienda, Justicia, y a funciones de fomento y de intervención en las actividades de los particulares, pero, en estos últimos casos, limitadamente y dejando al libre juego del mercado y a la iniciativa privada el desarrollo del orden económico-social. Sin embargo, desde mediados del siglo XIX como consecuencia de la desamortización, la Administración tiene que hacerse cargo de los hoy denominados servicios sociales (educación y beneficencia, fundamentalmente), que antes eran asumidos por los gremios, la Iglesia, las universidades, las fundaciones, las corporaciones, y otros entes representativos del cuerpo social<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> En tal sentido, SENDÍN GARCÍA ha conectado las distintas crisis del servicio público, con las crisis del modelo de Estado existente en cada momento, y, con ello, del papel que le correspondía desarrollar en cada momento en el ámbito económico. *Hacia un servicio...* Págs. 83-86.

<sup>10</sup> Siguiendo a F. GARRIDO FALLA, podemos dividir, o agrupar en cuatro grandes etapas el desarrollo del servicio público: a) el abstencionismo administrativo del Estado-Genarme; b) la expansión de los servicios públicos; c) la finalidad social y económica de la Administración y la aparición del Estado del bienestar; d) el neoliberalismo y crisis del servicio público económico y social. “¿Réquiem por el servicio público?”. *Cuenta y Razón* 116 (junio-julio del 2000). Págs. 8-9

<sup>11</sup> DE LA CUETARA, señala que antes de la Revolución francesa, el término servicio público nace, simplemente, para evitar utilizar la referencia “servicio del rey”. Es claro que los partidarios de la soberanía nacional, los precursores de la revolución y los filósofos opuestos al derecho divino de la Monarquía han de preferir utilizar este término; por el contrario, los realistas, absolutistas y conservadores preferirían la idea del servicio del rey. *La actividad de la...* Pág. 120.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ MARÍN, A.: “La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX II. Homenaje al Profesor Garrido Falla*. Madrid. Editorial Complutense, 1992. Pág. 1380.

<sup>13</sup> R. RIVERO ORTEGA indica que la actividad administrativa prestacional tiene antecedentes en el Antiguo Régimen: el servicio de correos, por ejemplo, creado por los monarcas absolutos. Sin embargo, en un primer momento gran parte de las actividades asistenciales



En este periodo los dogmas liberales eran un obstáculo para que el Estado asumiese directamente tales responsabilidades, ya que su función era el garantizar la libre y el espontáneo desenvolvimiento de la iniciativa privada. Sin embargo, este problema será resuelto mediante un mecanismo especialmente idóneo para dicho fin: la concesión administrativa<sup>14</sup>.

En cualquier caso, durante este período el Estado se limita a asumir la responsabilidad en la prestación de estos servicios, pero sin llevar a cabo reflexión alguna acerca del encuadramiento dogmático de esas actividades<sup>15</sup>. Se trata en definitiva, de la simple configuración de determinados sectores, como lo que hoy denominaríamos servicios públicos, pero sin que esa actuación de hecho suponga la construcción de una categoría o institución jurídica: el “servicio público”. Termino que asume un sentido técnico sólo a partir de la construcción científica de la teoría del servicio público en la Francia de principios del siglo XX<sup>16</sup>.

Segunda Etapa: La consolidación de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la necesidad de delimitar el ámbito a la que ésta se extiende, conduce a que se utilice el concepto servicio público como criterio delimitador de dicha jurisdicción. Por esta vía, la noción de servicio público, acabará con el tiempo convirtiéndose, sobre todo gracias a la teoría de la Escuela de Burdeos, en el elemento sobre el que se pretende sustentar la propia autonomía del Derecho Administrativo, dando lugar a la tesis amplia del servicio público, que identifica a esta institución con la totalidad de la actuación administrativa.

Tercera Etapa: (mediados del siglo XX) el Estado presta directamente la actividad, bajo la premisa de la búsqueda del bienestar. Como consecuencia de la revolución industrial y el proceso técnico, los poderes públicos tienen que desarrollar una acción cada vez más intensa en la vida social<sup>17</sup>, lo que les lle-

o prestacionales (educación, sanidad) eran realizadas por la iglesia, que compartía con el Estado el protagonismo a la hora de ofrecer servicios esenciales a los ciudadanos. Serán necesarias transformaciones políticas -el surgimiento de los Estados modernos- y sociales -el advenimiento de las sociedades industriales- para que los aparatos administrativos asuman mayores responsabilidades prestacionales. *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Editorial. Ratio Legis. Salamanca, España. 1999.

<sup>14</sup> M. DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, señala que la concesión de un servicio significa en definitiva, sin entrar en más profundidades, gestión de un servicio público por un particular ajeno a la Administración concedente. *El incumplimiento en la concesión de servicio público*. Editorial Montecorvo. Madrid, España. 1981. Pág. 69.

<sup>15</sup> ROLDÁN MARTÍN, A.: “Los nuevos contornos del servicio público”, en *Derecho administrativo económico*. Director: E. Ortega Martín. CGPJ. Madrid, 2000. Págs. 20-21.

<sup>16</sup> SENDÍN GARCÍA, M. A.: “Los servicios públicos en el siglo XIX”, en *Anuario del Derecho Español* 2005.

<sup>17</sup> MARTÍN RETORTILLO, S.: “Sentido y forma de la privatización de la Administración pública”, en *Revista Española de Administración Pública* 39, julio-agosto-septiembre de 2000. Pág. 16.

va a asumir la prestación de servicios económicos (ferrocarriles, transporte, carretera, electricidad, gas teléfono, etc)<sup>18</sup>. Este tipo de actividad exigía una positiva intervención estatal asumiendo la dirección de las mismas, proyectando y planificando su establecimiento y su prestación.

Cuarta Etapa: (fines del S. XX) la insatisfacción por la calidad de los servicios públicos, y la imposibilidad de que el Estado soporte los elevados gastos de su prestación, hacen que se gire la vista hacia el mercado y la competencia, como posible solución<sup>19</sup>. Aunque no es una peculiaridad de los servicios públicos, pues en todos los ámbitos se está manifestando una tendencia a la reducción de la intervención pública<sup>20</sup>, es en este campo donde dicho fenómeno está manifestando una mayor intensidad, provocando que disminuya la prestación directa por los poderes públicos, y que estos adopten preferentemente el rol de programadores de la vida social, ordenadores y reguladores de los servicios públicos<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Apunta R. CABALLERO SÁNCHEZ que durante “la edad contemporánea hemos presenciado como el poder público cobraba una fortaleza inusitada y creciente, que le permitía ir mucho más allá del estricto y tradicional control político del territorio, hasta intervenir de un modo activo y dominador en todas las fibras del tejido social: desde la educación y la sanidad –tradicionalmente en manos de la Iglesia y de las entidades de beneficencia– hasta la cultura, el ocio y el deporte. En este proceso expansivo también fueron quedando incluidos los sectores económicos estratégicos para el bienestar social (apareciendo los diversos servicios públicos económicos), así como otras actividades económicas carentes en sentido estricto de ese valor añadido (actividad industrial del Estado)”: CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*. INAP. Madrid, 2003. Pág. 79.

<sup>19</sup> ARIÑO ORTIZ, G.: “Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones”, en *Derecho de las Telecomunicaciones*. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997. Pág. 758.

<sup>20</sup> Indica J. MARTÍNEZ DE PISÓN que el “todopoderoso Estado social lleva tiempo echando lastre por la borda, cediendo buena parte de lo que tradicionalmente era objeto de su responsabilidad en los ámbitos políticos, sociales y económicos”. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Dykinson. Madrid, 2003. Pág. 49.

<sup>21</sup> En palabras de S. MUÑOZ MACHADO, “para explicar el cambio de actitudes de los poderes públicos, han dicho que hemos pasado del Estado gestor al Estado regulador, lo cual, sin ser del todo exacto, no deja de ser verdad. Sobre todo, explica eficazmente lo esencial: la principal forma de intervención del Estado en la economía ya no es (como lo fue durante casi todo el siglo XX en virtud del impulso que dio el nacionalismo económico, desde principios de la centuria, a la traslación masiva a mano pública de empresas y servicios) la participación en empresas y el mantenimiento de la titularidad pública de los servicios económicos, sino la supervisión continua del mercado para asegurar la igualdad de oportunidades y la libre competencia, permitiendo que sean empresas privadas las que se ocupen de la prestación de servicios de interés general”. “Prólogo” a Caballero Sánchez: *Infraestructuras en...* Pág. 27.

## 2. Las circunstancias históricas del nacimiento del Servicio Público

### 2.1 La revolución industrial y las ideas de la ilustración

Durante el siglo XVIII, en Inglaterra, los Estados Unidos y otras zonas del continente Europeo, la revolución industrial<sup>22</sup> trajo consigo la transformación de los modos de producción industrial, marcando el inicio de una serie de avances científicos y tecnológicos<sup>23</sup>, de los que deben destacarse especialmente la neumática, que crea virtualmente una química nueva y racional; y, la maquina del vapor, que provocará profundas transformaciones económicas y sociales, sobre todo en el continente europeo.

Los conflictos religiosos dieron origen al Estado moderno de los siglos XVI y XVIII<sup>24</sup> y, como es conocido, creó una Iglesia nacional que rechazaba tan-

<sup>22</sup> BERNAL divide el periodo de la revolución industrial en cuatro fases principales. La primera inicia el periodo de transición o fase latente que conduce a la Revolución Industrial, esto es, de 1690 a 1760. La segunda fase incluye todo el movimiento de la Revolución Francesa, desde 1760 a 1830. Esta fase es tan revolucionaria en la ciencia y en la técnica como en la política, comprendiendo los mayores progresos de la Revolución Neumática o Química, que sigue en importancia solamente a la Revolución Matemático-Mecánica del siglo XVII. La tercera fase comprende el segundo tercio del siglo XIX, desde 1830 a 1870, que se ha considerado como el apogeo del capitalismo. Finalmente, la cuarta fase es muy corta, de 1870 a 1895, caracterizándose por el comienzo del imperialismo moderno y, en el ámbito científico, por el periodo de transición anterior a la gran revolución del siglo XX. *Historia social de la ciencia. (La ciencia de la historia)*. Ediciones península. Quinta edición. Barcelona, España. 1979. Págs. 385 y 387. Véase también, COHEN, B.: *La revolución y la transformación de las ideas científicas*. Alianza universidad. Madrid, España. 1983, Págs. 58-68. Un estudio detallado de la revolución industrial en los más importantes países europeos (Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia y en los países bajos) en el libro de CIPOLLA, C.: (editor) *Historia económica de Europa* (4). *El nacimiento de las sociedades industriales*. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1982. Págs. 7-340. COLE, G. D. H.: *Introducción a la historia económica*. FCE. México. 1977. Págs. 51-61. ARTOLA, M.: *Textos fundamentales para la historia*. Revista de Occidente. Madrid, España. 1971. Págs. 510 y sigs

<sup>23</sup> BERNAL señala que la revolución industrial no fue principalmente un producto -y esto, ciertamente, no en las primeras fases- del progreso científico, pero que algunas aportaciones de la ciencia, especialmente la maquina de vapor, fueron un elemento esencial de su éxito. Sin embargo, el movimiento general se identificó más íntimamente con el crecimiento y la transformación interna del sistema económico del capitalismo desde la fase del dominio de los financieros y de la industria pesada. Indica que los campos científicos donde se dio el mayor avance tecnológico, fueron en los de calor y la energía; la ingeniería y la metalurgia; la electricidad y el magnetismo. *Historia social de la ciencia...* Pág. 441.

<sup>24</sup> Son muy conocidas las tesis de M. WEBER sobre la función racionalizadora de la religión, pero vale la pena destacar que este sociólogo alemán consideraba este proceso de conflictos religiosos, como un factor determinante de la historia occidental para el proceso de secularización; y específicamente racionalista, pues en él se trata de la autonomización

to la supeditación a Roma como el puritanismo calvinista<sup>25</sup>, pero sin que esto significase, en lo político, el triunfo del Absolutismo monárquico. Por el contrario, no se rompió con la tradición representativa medieval y fue el Parlamento el que asumió la Soberanía y llegó a arraigar el propio concepto de “Estado”<sup>26</sup>.

de los ámbitos cada vez más amplios de la cultura, independizados de la anterior normatividad religioso-institucional, fundada sobre la vigencia de un elemento ideo religioso, al que estuvieron sometidos. WEBER señala que el elemento religioso determinante del espíritu del capitalismo no es solo la ética profesional propugnada por Lutero, sino la ascesis puritana y calvinista. A tal propósito afirma que si es verdad que sin el desarrollo religioso enteramente personal de Lutero no es comprensible la Reforma, también lo es que sin el agregado del calvinismo hubiera sido imposible su asentamiento exterior duradero. WEBER además reconoce que ninguno de los reformadores pretendía otra cosa que los objetivos enteramente religiosos, si bien las consecuencias hay que buscarlas también (tal es su propósito) en el orden socioeconómico, en la influencia de sus tesis religiosas sobre el espíritu del capitalismo. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Ediciones orbis. Barcelona, España. 1985. Págs. 25 y sig.

<sup>25</sup> WEBER ve en el calvinismo un sistema de creencias propiciador de una ética que habría perseguido el vaciamiento y la enajenación de la experiencia religiosa de la fe en la vida profesional, propiciando así una forma específica de nacionalización de la economía que, mediante el agregado ascético de la renuncia puritana al consumo habría desembocado en la formación de la sociedad capitalista occidental. Queda por decir que el objetivo de esta emancipación del mundo por parte del hombre no es otro que el de poder dominarlo, ya que en su dominio esta la clave última de la explicación del significado que WEBER otorga al calvinismo, a cuyo esclarecimiento como elemento ideal generador del capitalismo se vincula sus reflexiones. GONZALEZ MONTE, A.: *Reforma Luterana y tradición católica*. Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca, España. 1987. Pág. 51. Véase también el capítulo “La reforma”, en, ARTOLA: *Textos fundamentales para la historia...Pág. 244 y sig.*

<sup>26</sup> En su forma más sencilla se define al Estado como un ente compuesto de territorio, población y gobierno. Entre las clásicas definiciones de Estado se encuentra: “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder mando originario y asentada en un determinado territorio” JELLINEK, G.: *Teoría General del Estado*. (Traducción de Fernando de los Ríos). Tomo I, Madrid, España. 1914. Pág. 228. E. STEIN, caracteriza al Estado por tres elementos: “territorio, población y poder”, que presupone además, “una cierta tendencia comunitaria y una voluntad de trabajar en común” y la coordinación de “sus actividades hacia metas comunes”. *Derecho político*. Aguilar. Madrid. Págs. 5-8.

Contra los criterios citados anteriormente, F. ENGELS sostuvo que la aparición del Estado proviene de la necesidad de “una institución que no sólo perpetuase la naciente división de la sociedad en clases, sino también el derecho de la clase poseedora de explotar a la que no poseyese nada, y la preponderancia de la primera sobre la segunda”, con lo que establece una neta división entre ciertas clases sociales y el Estado. Contemporáneamente, además de MARX y sus discípulos –sin contar los importantes estudios teóricos de los anarquistas— desde otra corriente política y filosófica reputados publicistas han rechazado la noción clásica de la existencia del Estado a principios del siglo XX. Así, recientemente, siguiendo la línea de DUGUIT, BURDEAU, niega también la existencia real del Estado e inicia retóricamente su obra sobre “L’État” con la frase: “Personne n’a jamais vu l’État” (Nadie jamás ha visto el Estado). En España -apunta LUCAS VERDU- “el profesor GARCIA DE ENTERRIA y varios de sus discípulos sustituyen la personalidad jurídica estatal por la de la administración”. Todos estos autores citados consideran el Estado una

En el terreno filosófico, que influye de manera directa sobre el desarrollo científico, la evolución inglesa se separa de la continental. El racionalismo (empirismo)<sup>27</sup> que se impuso en Inglaterra durante el siglo XVIII es menos abstracto y ahistórico que el adoptado por los ilustrados del Continente europeo, y conecta en muchos puntos con el nominalismo medieval.

Del empirismo, proceden las ideas que han influido tal vez más intensamente en la transformación de la sociedad europea: la actitud empirista asegura la apertura del dominio de la ciencia a la crítica de la razón, ya que el empirismo pretende “que toda verdad pueda y deba ser puesta a prueba, y por lo tanto eventualmente modificada, corregida o abandonada. El empirismo es punto de partida y supuesto de las ideas de VOLTAIRE, DIDEROT,

ficción que permite a un grupo político determinado tomar el control del poder estatal. Estas descripciones no concuerdan con el concepto contemporáneo de Estado. La doctrina del Estado actual se forma en los siglos XVII y XVIII y se perfecciona en el siglo XIX, encontrando su apogeo filosófico en el sistema de HEGEL. Culmina su más acendrado desarrollo técnico en la “Teoría Pura del Derecho” de KELSEN, en la primera mitad del siglo XX. En efecto, el sistema kelseniano destaca insistentemente el necesario desglose entre el “Derecho” y el orden social y la moral. En este tema lo que hace KELSEN es reiterar el desglose que planteó JELLINEK para el estudio del Estado, distinguiendo el Estado sociológico del Estado jurídico. Criterio que fue recogido y desarrollado por WEBER. La debilidad tremenda de una norma jurídica que se sustenta exclusivamente en el positivismo o la validez formal —en el cumplimiento de los trámites constitucionales para su expedición— es la paradoja de la existencia de leyes válidas por su forma, pero injustas en su contenido. Aunque la bibliografía acerca del Estado es abundante, me remito a los siguientes textos consultados: CROSSMAN, R. H.: *Biografía del Estado Moderno*. Fondo de Cultura Económica. México. 1994; CASSIRER, E.: *El Mito del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1947. Pág. 166 y sigs.; DE LA CUEVA, M.: *La Idea del Estado*. UNAN. México. 1975. Pág. 49; ENGELS F.: *Historia de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*. Editorial Claridad. Buenos Aires. 1970. Pág. 183 y sigs; LASKI, HAROLD J.: *El Estado Moderno*. T. II. Librería Bosch. Barcelona, 1932. Pág. 3. VERDU LUCAS, P.: *Curso de derecho político*. Tercera edición revisada. Primera reimpression. Editorial tecnos. Madrid, España. 1983. Págs. 21-64. LUCAS VERDU, P Y LUCAS MURRILLO, P.: *Manual de derecho político*. Volumen I. Editorial Tecnos. Tercera Edición. Madrid, España. Págs. 33 y 33. TOUCHARD, J.: *Historia de las ideas políticas*. Editorial Tecnos. Segunda reimpression. Madrid, España. 1987. Págs. 301 y sigs. SABINE, G.: *Historia de la teoría política*. Novena reimpression. FCE. México. 1978. Págs. 489-510.

<sup>27</sup> Señala J. MARIAS que “la filosofía inglesa presenta dos rasgos que la diferencian de la continental: una preocupación menor por las cuestiones rigurosamente metafísicas, para atender más a la teoría del conocimiento (que supone siempre, claro es, una metafísica) y la filosofía del Estado; y como método, frente al racionalismo una tendencia apriorística y matemática, un empirismo sensualista”. *Historia de la filosofía* Revista de Occidente. Madrid, España, 1941. Pág. 238. Y si geográficamente el racionalismo es continental, el empirismo del siglo XVII se desarrolló en Inglaterra, de tal manera que se habla de empirismo inglés, pues sus máximos representantes en el siglo XVIII lo eran: BACON, HOBBS, LOCKE, BERLELEY Y HUME. De los tres primeros el más notorio representante del empirismo fue LOCKE. Su teoría política es hija de su filosofía práctica y utilitaria.

D'ALAMBERT, MONTESQUIEU,<sup>28</sup> y de la ilustración alemana. Al mismo tiempo es el requisito del avance científico de aquella época; progreso alucinante que impulsa a los iluministas a reconocer en la física de Newton a la ciencia madre y a la verdadera filosofía, que aquella -según la concepción de entonces- que procede científicamente y por inducción: parte de los hechos y no admite ninguna conclusión que no proceda directamente de la experiencia.<sup>29</sup>

El empirismo puso de relieve el valor de la experiencia más aun, afirmó que ella y solo ella decide lo que es verdad, lo que es valor, ideal, derecho, religión. El espíritu de la ilustración puso de relieve al sujeto, en contraposición de la filosofía medieval, del pensamiento metafísico. Los grandes temas de Dios, el alma, la libertad ya no son objeto de estudio en la medida que avanza el estudio del conocimiento, caracterizado con más proximidad a la condición del ser. Por eso, la metafísica, tal como es entendida en los sistemas de la tradición, tiene aquí un papel restringido. La filosofía abandona “a la ignorante sutileza de los siglos bárbaros, los objetos imaginarios de especulaciones y disputas”, como escribe D'ALAMBERT, y se dedica a problemas cuya solución sea útil al progreso de nuestro conocimiento.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> AGAPITO SERRANO señala que “metodológicamente la obra de MONTESQUIEU supone una ruptura respecto de la tradición contractualista, pero esto no siempre se hace patente a primera vista, ya que, por ejemplo, la articulación externa del *Espíritu de las Leyes* posee alguna semejanza con otras como el Tratado político de SPINOZA: enumeración de las formas de gobierno (tomadas básicamente de la historia de la Antigüedad clásica), definición en esencia, caracterización de sus rasgos más comunes, y elucidación de sus condiciones específicas de estabilidad, de sus riesgos internos y externos y de sus formas de corrupción. Por otra parte, lo deductivo y apriorístico del contractualismo no es sinónimo de ceguera respecto de la realidad: el tratamiento que dan un HOBBS, un ROUSSEAU o un SPINOZA a las pasiones humanas no es menos realista que el de MONTESQUIEU. Lo que aparta a MONTESQUIEU de esta tradición aun siendo decisivo y fundamental, tiene que ser buscado por un camino indirecto, pues el autor rara vez enuncia expresamente sus principios metodológicos. Se trata sobre todo de una concepción distinta del valor de la historia para la comprensión teórica de lo social, así como la convicción de que la unidad constitutiva del objeto social no es mera consecuencia de principios organizatorios sino *unidad empírica*, que integra tanto principios como factores y condiciones de toda índole. Esto convierte el concepto mismo de la “unidad del objeto” en algo nuevo y distinto, y condiciona el acceso a éste. A diferencia de la tradición contractualista, aquí las formas de unidad social no se buscan en la confluencia de postulados de la razón e impulso de las pasiones, sino en constelaciones empíricas, en “los hechos mismos”. MONTESQUIEU intenta “leer en los hechos históricos un significado que los ilumine y que revele sus principios estructurales”. *Libertad y división de Poderes*. Técnos. Madrid, España. 1989. Págs. 27 y 28.

<sup>29</sup> VOLTAIRE.: *Tratado de metafísica. La filosofía en sus textos*. Selección de JULIAN MARIAS. Barcelona. 1963. Tomo II. Pág. 522.

<sup>30</sup> CARRILLO PRIETO, I.: *La ideología jurídica en la Constitución del Estado Mexicano. 1812-1824*. UNAN. México. 1986. Pág. 18.

En este siglo también se dan dos ideas estrechamente ligadas a la filosofía racionalista y nacionalista: la idea del estado de naturaleza y la idea del contrato social. Estas ideas plantean un nuevo principio de legitimidad democrática, en contraposición de la legitimidad monárquica<sup>31</sup>. La idea que el único poder legítimo es el fundado sobre la voluntad libre del pueblo mediante un contrato con el rey, da nacimiento a la vez, tanto a la sociedad política, como al poder por el contrato entre los individuos nacidos libres en un estado pre-social, llamado estado de naturaleza. En el estado de naturaleza los hombres nacen libres, son iguales, no pueden ser sustraídos de esta situación sino mediante un contrato voluntario. Esta hipótesis liga lo natural, lo racional y lo legítimo.

El estado de naturaleza es la hipótesis de un estado presocial libre de toda contingencia humana, que expresa tanto el estado primitivo como el estado civil, pero en el cual no existe todavía coacción. Su fin es el de definir el medio en el cual puede afirmarse los derechos naturales del hombre para preparar mejor el advenimiento del contrato social. El hombre, en el estado de naturaleza vive aislado. La sociedad no puede ser fundada sino por un encuentro voluntario de los individuos y no puede tener otro fin que la felicidad individual en la medida en que esta sea compatible con la felicidad de todos.

---

<sup>31</sup> HOBBS consideraba que el Estado debe asegurar los contratos y la propiedad e intervenir en la vida del mercado económico, pero sin tocar el motor individualista del sistema económico. La paz social creada por el Estado basta para liberar la dinámica económica de los individuos. La intervención del Estado es una simple cuestión de oportunidad. Tiene por fin el proteger el mercado contra el mismo, defender la sociedad contra los riesgos de confrontación de intereses. En HOBBS es evidente que la idea de clase y de desigualdad en la posesión y repartición de los recursos no está presente en su construcción teórica. BERMUDO, J.: *Thomas o el sombrío esfuerzo de pensar la autoridad*. En: *Los filósofos y sus filosofías*. Volumen 2. Editorial Biceps-vives. Primera Edición, Madrid, España. Págs. 109-158.

Por su parte, LOCKE exalta la idea de la legitimidad del consentimiento como fundamentos del Estado, y, por otra parte, ha extendido el individualismo jurídico a la dimensión de un individualismo político. Su concepción de felicidad la opone a HOBBS. En tanto que en este el problema central es el poder, para LOCKE el problema esencial no es el gobierno, sino la administración, la legislación ejercidos por un gobierno de propietarios y que debe dejarles en toda libertad para realizar su prosperidad. Al servicio de esta idea introduce las teorías del estado de naturaleza y del contrato social. El contrato social, tiene un doble aspecto. En primer lugar, es un pactum unnonis, convención original por la cual los hombres convienen unirse en una misma sociedad política que es la única convención que existe y que es necesaria entre individuos que ingresan en una comunidad constituyéndola. Dicho pacto esta seguido de un pactum subjectionis por el cual la mayoría atribuye al gobierno el poder a fin de asegurar la protección y el desarrollo de sus derechos. LOCKE, establece un nuevo marco para las relaciones entre el individuo y el Estado: el individualismo político que será la fuente de la democracia liberal americana, inglesa y francesa. Un estudio detallado sobre el pensamiento de HOBBS Y LOCKE, en: SABINE.: *Historia de...* Págs. 337-352, 386-396. TOUCHARD.: *Historia de...* Págs. 260-262, 294-297.

Aunque algunos autores -como ERNST CASSIRER - reconocen que estas ideas son antiguas<sup>32</sup>, sin embargo, es con HOBBS y ROUSSEAU cuando la teoría voluntarista del estado adquiere una fuerza tal que prepara el advenimiento de la soberanía nacional en 1789.<sup>33</sup>

Un nuevo tipo de legitimidad triunfa en la Historia después de cerca de dos siglos de esfuerzos, de luchas políticas e intelectuales. Dicha legitimidad, como advirtió MAX WEBER, en su investigación sobre el origen protestante del capitalismo moderno, conducirá a sostener que el individuo es capaz, porque esta dotado de razón, de calcular el mismo su estrategia económica y política y, de estimularlo útil, admitir la sumisión de su conducta a reglas emitidas por el Estado y aceptados por él.

<sup>32</sup> Escribe CASSIRER, "que cuando a TOMAS JEFFERSON le pidieron sus amigos, en 1776, que preparara el borrador de la Declaración Americana de Independencia, la comenzó con estas famosos palabras: "Reputamos como evidentes estas verdades: que todos los hombres fueron creados iguales; que su creador los ha dotado de ciertos derechos inalienables; y que entre éstos se cuentan el de la vida, de la libertad y de la prosecución de la felicidad. Que, para mantener estos derechos, se constituyen entre los hombres de gobiernos, los cuales derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados". Cuando JEFFERSON escribió estas palabras apenas pudo percatarse de que estaba hablando en el lenguaje de la filosofía estoica". A que se debe que las mismas ideas que fueron conocidas durante dos mil años y debatidas durante el mismo tiempo, aparecieron repentinamente bajo una nueva luz?. La influencia del pensamiento estoico, en efecto, había sido continua e interrumpida. Sus huellas aparecen en la jurisprudencia romana, en los Padres de la Iglesia, en la filosofía escolástica. Pero todo esto tuvo entonces un interés teórico, más bien que un efecto práctico inmediato. La extraordinaria significación práctica de esta gran corriente de pensamiento no aparece sino hasta los siglos XVII y XVIII. A partir de entonces, la teoría de los derechos naturales del hombre no fue ya una doctrina ética abstracta, sino una de las fuentes de la acción política". *El mito...* Págs. 198 y 199.

<sup>33</sup> LUCAS VERDU indica que "la operación de trasladar la subjetividad de la soberanía del monarca al pueblo fue realizada con singular lógica por J. J. ROUSSEAU. Ahora bien, el concepto roussoniano de la soberanía tiene un carácter bifronte: de sus escritos se desprenden tanto el concepto de soberanía nacional como el de soberanía popular. La soberanía nacional o soberanía de la Nación-Persona, teoría clásica francesa (ROUSSEAU, SIEYES) sostiene que la capacidad suprema de dominación política pertenece a la Nación en cuanto persona moral, distinta de los individuos que la componen. Esto significa que tal atribución, de la soberanía, no se hace a la suma de ciudadanos que viven, en un momento dado, en el territorio nacional, sino también, a las generaciones pasadas y venideras. La soberanía nacional es indivisible e inalienable, si bien se expresa por medios de los representantes elegidos que actuarán libremente, sin someterse a mando imperativo, puesto que no se representa a grupos o a individuos, sino a todo la Nación. El sufragio se considera como una función que puede restringirse por el Estado. La soberanía popular arranca también de las teorías de Rousseau expuesta en el capítulo I, libro III del Contrato Social, a cuyo tenor a cada individuo corresponde, como miembro del cuerpo social, una parte de la soberanía. Las consecuencias del postulado de soberanía popular son: sufragio universal que se considera un derecho de cada ciudadano; republicanismo, a diferencia de la soberanía nacional que armonizó con la monarquía y con el sufragio censitario. Por último, la soberanía popular tiende a la democracia directa o, por lo menos, a la admisión de las instituciones de democracia semidirecta (iniciativa, referéndum). *Curso de derecho político...* Págs. 125 y 125.



## 2.2 La revolución francesa y la aparición de los primeros servicios públicos

En lo político y jurídico, el Estado liberal de Derecho es la forma constitucional que refleja los ideales de la burguesía emergente<sup>34</sup>. La revolución en las colonias norteamericanas y en Francia<sup>35</sup>, fue el instrumento por medio del cual la burguesía consiguió en los años finales del siglo XVIII remover

<sup>34</sup> El liberalismo es una ideología político-económica fundamentada en las filosofías de la Ilustración, que desde el siglo XVIII venían desplazando en Europa a las ideologías medievales, sustentadas por el Antiguo Régimen (monarquía absoluta). Esta ideología liberal surgió de la clase social que naciera y se desarrollara con el crecimiento mercantil primero y después con la industrialización y el maquinismo. Este grupo social enriquecido recibió el nombre de burguesía, porque efectuaba sus tratos comerciales cerca de ciudades medievales, denominadas Burgos. Conforme aumentó su poder económico creció también su necesidad de emanciparse de la opresión que, sobre ellas, mantenía la nobleza feudal, el alto clero y el monarca absoluto.

MACPHERSON nos ha dado una explicación sistemática acerca de los orígenes del pensamiento liberal, correlacionando las teorías de HOBBS Y LOCKE con el crecimiento de las clases medias comerciales y con las nuevas pautas de consumo y acumulación de riqueza que dieron lugar a una nueva moral individual. La preservación del individuo y el logro de la felicidad individual son los objetivos supremos del sistema político liberal, al menos en teoría. En este sistema, la persona individual se considera inviolable y toda vida humana es sagrada. El liberalismo supone que el individuo es esencialmente racional. El supuesto de la racionalidad determina la forma de la organización política elegida y justifica un gobierno participativo más que uno autoritario.

Los pensadores liberales consiguieron algo que parecía imposible en la Edad Media cristiana: hicieron del egoísmo una virtud. Desde HOBBS Y LOCKE en adelante, la satisfacción del interés propio fue aceptada como la motivación más característica del hombre. LASKI...*El liberalismo europeo*, F.C.E. México. 1977. Págs. 11-27. THEIMER, W.: *Historia de las ideas políticas*. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1969. Págs. 249-280. SABINE.: *Historia...* Págs. 489-531. TOUCHARD.: *Historia de...*301-325.

<sup>35</sup> JAURES, en un pequeño estudio -pero no por eso menos profundo- sobre las causas de la Revolución francesa, analiza el espíritu filosófico, el comercio, el déficit económico y sobre todo la incapacidad de las Monarquía absoluta para satisfacer las demandas de la burguesía emergente. Aquéllas, durante la época del Despotismo ilustrado, habían ensanchado los fines del Estado y hecho crecer el aparato público, pero sin ser capaces de destruir los privilegios estamentales y corporativos heredados de la poliarquía medieval, que obstaculizaban la expansión económica y social de la burguesía, y la excluían de toda participación en los asuntos públicos. Asimismo, la confusa organización territorial del Antiguo Régimen y las aduanas interiores, otra herencia histórica que el racionalismo del Despotismo ilustrado no siempre pudo superar ni siquiera en los países que ya habían construido su unificación nacional en los siglos XV y XVI, dificultaban la formación de un mercado de dimensiones adecuadas y con ello el propio desarrollo económico. *Causas de la Revolución francesa*. Editorial Crítica. Madrid, España. 1979. Págs. 34-47, 62-65, 84-92. FURET, por su parte, apunta "todo arrancó, pues, de la crisis financiera. Fue algo más que la ocasión, más que la chispa: anudó el conjunto de las contradicciones sociales del Antiguo Régimen y las llevó al nivel del poder, que es también el de las revoluciones". *La revolución francesa*. Ediciones. Rialp. Madrid, España. 1965. Pág. 56.

los obstáculos que se oponían a su expansión política, económica y social; y abolir; en parte, el Antiguo Régimen<sup>36</sup>.

Las Revoluciones liberales buscaban la ruptura del orden social orgánico y corporativo propio del Antiguo Régimen<sup>37</sup> y su sustitución por una concepción de la sociedad y del Derecho esencialmente individualista.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> VILLAR PALASI señala que la revolución y el surgimiento del Derecho administrativo francés no hacen otra cosa -en lo político y en cuanto nos concierne ahora- sino dar un vigoroso impulso al detenido proceso de creación y absorción de poder iniciado en el siglo XVIII en los albores del Derecho regio y frenado hacia mediados del siglo XVIII en la época de la Ilustración. De otro lado, estableció un sistema de seguridad jurídica ya absolutamente desvinculado de instancias superiores o de ataduras teológicas, concluyendo así el ciclo de secularización del Estado, vislumbrado ya en el siglo XIV. El principio de legalidad crea en este sentido a la Administración como tal, en cuando escindió formalmente la titularidad de la soberanía entre el Parlamento y la Administración, reservando al primero lo que en términos de Derecho civil podría reconducirse al acto de plena disposición. A más de ello, el repudio del sistema absolutista y el constitucionalismo llevaron a su plenitud la hipótesis de soberanía ya iniciada tiempo antes. La ley como expresión de la voluntad general y el cierre de la polémica sobre la estatalidad del Derecho constituyen facetas también originales en la fase histórica de la revolución francesa. *Derecho administrativo (Introducción y teorías de las normas)*...Págs. 92, 93.

<sup>37</sup> No es mi intención resumir la revolución francesa, sin embargo, es necesario, resaltar algunos puntos: En Francia, la crisis del Ancien Régimen comienza lentamente con la revuelta de los privilegios en la Asamblea de notables de febrero de 1787. A ésta siguió casi inmediatamente la preparación de los Estados Generales, en los que la clase burguesa va a intentar beneficiarse de la oposición suscitada por el estamento noble. La consecuencia de este movimiento es la variación del sistema electoral y la conquista de la mayor parte de los puestos de los Estados Generales por la clase burguesa... Los Estados Generales se transforman en la Asamblea Nacional Constituyente el 9 de julio del mismo año. Cinco días después estalla la Revolución y comienza el rápido proceso de destrucción del Ancien Régimen. El 26 de agosto cuando todavía la revolución está en manos de la burguesía moderada, se promulga la Declaración de Derechos del Hombre, formula intermedia que recoge efectivamente, de un lado, los principios de la Ilustración, y de otro, la ideología de la burguesía acomodada y reformista enfrentada a los aristócratas. Producto de todo ello fue la primera carta constitucional de 1791, que se apartaba en puntos esenciales de la declaración de derechos del 1789. Esta primera constitución es todavía la obra del grupo moderado; de ahí, el individualismo, la separación de poderes, la descentralización de las potestades ejecutivas, el sistema de la organización racionalista y uniforme en la Administración pública, el establecimiento de las elecciones para los puestos y el surgimiento del derecho de petición. FURET: *La revolución*...Págs. 56-105; MUÑOZ MACHADO: *Servicio público*...Págs.49-54. VILLAR PALASI: *Derecho administrativo*...Pág.130.

<sup>38</sup> El utilitarismo de BENTHAN elevó el interés propio "ilustrado" al status moral y se convirtió en una doctrina ampliamente aceptada, pese a las protestas contra esta reivindicación. El hombre para los liberales trata de ser libre, racional e intenta perfeccionarse a sí mismo. TOUCHARD: *Historia de*...Pág. 320. Resumiendo de las lecturas de SABINE, LASKY y TOUCHARD, podemos considerar que el único bien común que reconocerán los liberales será la maximización del añadido de los beneficios individuales. Uno de los axiomas políticos centrales que se derivan de la idealización de la libertad y la racionalidad individual es que el gobierno debe basarse en el consentimiento del pueblo, quien, de esta manera lo legítima. Aquí esta la base de la afinidad entre liberalismo y democracia. La libertad

El principio de igualdad<sup>39</sup> formal se convirtió en la base jurídica sobre la cual se construyó el nuevo orden: todo el Poder público se concentró en las manos del Estado y el resto de los sujetos de derecho quedaron reducidos a la idéntica condición jurídica de simples particulares, culminándose el proceso continuado de acumulación de títulos de potestad y legitimación para la injerencia en la esfera vital de las personas que ha caracterizado el desarrollo del Poder público en Occidente<sup>40</sup>.

Desaparecieron los estamentos o corporaciones<sup>41</sup>, que brindaban privilegios jurídicos<sup>42</sup>; y, asimismo, quedaron eliminados los poderes territoriales del Antiguo Régimen, lo que dio paso a una organización territorial centralizada y uniforme<sup>43</sup>; a la liberación de la Administración respecto al poder judicial,

es el valor primario del credo liberal, puesto que es el medio que permite al individuo racional, satisfacer sus intereses propios. La libertad es un valor instrumental que ayuda a las personas a obtener aquello que desean. La libertad social económica y política es considerada como una necesidad humana y un bien en sí misma, más que como un medio para lograr un fin. La concepción liberal de la libertad ha sido identificada ampliamente, como la elección material y el derecho. LASKI...*El liberalismo europeo...*Págs. 11-27. THEIMER, W.: *Historia de las ideas políticas*. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1969. Págs. 249-280. SABINE.: *Historia...* Págs. 489-531. TOUCHARD.: *Historia de...*301-325.

<sup>39</sup> VILLAR PALASI, señala que “la implantación de la igualdad, ley, voluntad general fue la primera característica destacable. Como había dicho VOLTAIRE y repetido MONTESQUIEU, es preferible el gobierno de la Ley al del capricho”. *Derecho administrativo...*Pág. 131.

<sup>40</sup> La concepción de la evolución del Poder público en el mundo occidental es propuesta y desarrollada por VILLAR PALASI sobre todo en su obra *La intervención administrativa en la industria*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1964. Págs. 121 y sigs.

<sup>41</sup> Los Estamentos o Estados, se remontan a la Europa feudal y una descripción bastante adecuada de aquella realidad social sería: “el primer Estado se ocupa de rezar, el segundo de guerrear, mientras que el tercero hacia todo el trabajo”. WILLIAMS, E. N.: *El antiguo régimen en Europa (1648-1789)*. Editorial Pegaso. Caracas, Venezuela. 1978. Págs. 1-27.

<sup>42</sup> El 17 de julio de 1793, la Convención decidió que todos los derechos feudales que subsistieran fueran abolidos sin indemnización. Una vez producida la abolición de los derechos feudales, se acuerda la venta de los bienes nacionales. Desde finales de 1789, la Constituyente había decidido la puesta a disposición de la nación del patrimonio de la Iglesia. Sus bienes raíces representaban entre la quinta y la cuarta parte del territorio francés. Junto al patrimonio del Rey, también nacionalizado, los bienes de la Iglesia constituían los bienes nacionales de primer origen. Poco más de dos años después (1792), se atribuye a la nación los bienes de emigrados y de los condenados a muerte. MACHADO MUÑOZ.: *Servicio público y mercado*. Editorial Civitas. Primera edición. Madrid, España. Pág. 47.

<sup>43</sup> El primer sistema de división racional del territorio con objeto de destruir las viejas instituciones históricas y los caducados señoríos feudales es también obra de la primera Constitución. Surgen así los primeros Departamentos, que fueron dominados por los girondinos, en tanto que el poder de los jacobinos se centraba en los Ayuntamientos. La centralización implica la ordenación jerárquica de todos los órganos que la componen y la incorporación de los funcionarios a ese aparato. Todo ello hace posible la existencia de recursos administrativos, si el particular quiere protestar contra la decisión de un funcionario, no puede ir directamente al juez, sino que normalmente tendrá que acudir al superior de aquel. VILLAR PALASI.: *Derecho administrativo...*Págs. 131.

igualdad de derechos de los particulares, medidas que van a contribuir a la configuración del régimen administrativo<sup>44</sup>.

El resultado final de este proceso, fue la separación entre el ámbito público representado de manera exclusiva por el Estado, y el ámbito privado, del mercado, en el que vive y actúa la sociedad civil, formada exclusivamente por individuos, liberados de los vínculos que nacían de los cuerpos intermedios del Antiguo Régimen, cuya inmediata desarticulación fue en todas partes una de las primeras medidas de los revolucionarios.

Este nuevo orden de cosas queda garantizado por una Constitución fundada en los principios de legalidad y de división de poderes.<sup>45</sup> ; en el respecto de la propiedad, y en la libertad de comercio e industria<sup>46</sup>, sistema que respondía a la idea de los filósofos ilustrados y liberales de que toda limitación de la

<sup>44</sup> La creación más fructífera de todo el régimen administrativo fue el Conseil d'Etat napoleónico: actuando como reglamentador, juez común en lo administrativo y organismo de dictaminación. Su jurisprudencia fue creando una serie de criterios pretoriantos que han dado al Derecho francés su fisonomía peculiar. España asume el sistema jurisdiccional hacia mediados del siglo XIX, hasta la creación por la Ley Santamaría de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En Italia el Consiglio di Stato recogía la llamada jurisdicción de mérito (control de la oportunidad del acto administrativo). VILLAR PALASÍ: *Derecho administrativo*...Págs. 138.

<sup>45</sup> GARCÍA PELAYO apunta que las primeras constituciones, en el sentido moderno de la palabra, fueron declaraciones de derechos como la resultante de la Convención del Estado de Virginia el 12 de Junio de 1776. "En el primer aspecto, señala, representa el triunfo del concepto racional normativo de constitución...se trata de constituciones escritas, sistemáticas y codificadas...todas han sido establecidas por asambleas constituyentes y especiales y algunas ratificadas por dos tercios del voto popular. Es desde aquí, desde América, desde donde el concepto racional normativo de constitución, con su tabla de derechos, su división de poderes, su soberanía de la ley, su distinción entre poder constituyente y constituido y su división de la constitución en parte dogmática y orgánica, pasa a Europa, y son los bills de derechos de las constituciones americanas los que inspiran, sin perjuicio de su originalidad, la Declaración francesa de 1789 y, a través de ella, al Derecho constitucional moderno". *Derecho constitucional comparado*. Obras completas Tomo I. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1991. Pág. 497.

<sup>46</sup> Algunos preceptos de la Declaración de Derechos del hombre y el ciudadano de 1791 muestran que la Revolución hace de la propiedad uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. El artículo segundo menciona a la propiedad entre esos derechos. Y el famoso artículo 17 sacraliza la propiedad un modo más explícito: "la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización". Sin embargo, con la Declaración de Derechos de 1793, añadirá algunos matices a la orientación del derecho de propiedad. El artículo 16 dice: "El derecho de propiedad es el que pertenece a todo ciudadano de disfrutar y disponer a su conveniencia de sus bienes, de sus ingresos, del fruto de su trabajo y de su industria" De esta forma la propiedad no se preserva de un modo tan absoluto como habían querido los revolucionarios del 89. Se pone ahora el acento en la propiedad que procede de las obras, del trabajo. MUÑOZ MACHADO.: *Servicio Público y Mercado*... Pág.46.

libertad o de la propiedad sólo es legítima si es consentida por aquellos que la van a sufrir.

La ley se convirtió en la fuente suprema del Derecho, como manifestación de la voluntad general, hallada en los Parlamentos mediante la discusión pública, libre y racional de los representantes de la Nación<sup>47</sup>. Sin embargo, en este primer liberalismo, se restringía el derecho de sufragio por motivos económicos y de educación<sup>48</sup>.

Las funciones que asume el Estado en este modelo<sup>49</sup>, se reducían a la defensa nacional, el orden y la seguridad pública, la administración de la Justicia y, en general, la formulación de aquellas reglas jurídicas mínimas que hacen posible el libre juego de los actores económicos en el mercado. La tarea de esta Administración esta orientada hacia la fuerza pública (ejercito, policía) lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado como garante de los derechos privados, y asegurar la preservación de la libertad.

Pero también, de manera excepcional, el Estado se hace cargo de la educación<sup>50</sup> y la asistencia social, ya que por una parte, la Constitución cambia

<sup>47</sup> Fue la conmoción producida por la invasión napoleónica el acontecimiento que favoreció la difusión en España de las ideas revolucionarias, antes circunscritas a minorías muy reducidas, y en medio de la guerra contra el invasor se elaboró la primera Constitución liberal, la de 1812, que, por lo demás, respeta algunos elementos y tradiciones del Antiguo Régimen. Sin embargo, como apunta SANCHEZ AGESTA, “la Constitución de 1812, caso casi único en la historia constitucional, llego a aceptarse en bloque, como Constitución propia, por varios pueblos europeos y americanos...la potestad suprema de la comunidad se denominaba ahora soberanía nacional; las leyes fundamentales constituciones; la representación del reino asamblea nacional”. *Historia del constitucionalismo español*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España. 1955. Págs. 46 y 48. Sobre la influencia de la Constitución de Cádiz en América, véase: MOYANO HEREDIA, H.: *Historia Constitucional*. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1955. Págs. 90-100.

<sup>48</sup> Para DIETER NOHLEN, el liberalismo primitivo no era igualitario... La democracia moderna se hizo realidad únicamente a partir del reconocimiento del principio de igualdad legal de todos los ciudadanos y de su derecho igual a participar en la constitución de una voluntad política de la comunidad, así como a partir de la implantación de la responsabilidad política del Gobierno frente a la representación popular (o, directamente, frente al electorado). *Sistemas electorales del mundo*. Traducción de García Cotarelo. Madrid, España. CEC.1981. Pág. 57.

<sup>49</sup> Sobre los distintos modelos de Estados, una buena sinopsis en LUCAS VERDU.: *Curso de derecho político...* Págs. 69-83.

<sup>50</sup> La enseñanza había sido monopolizada por la Iglesia en el Antiguo Régimen. En el siglo XVIII la enseñanza primaria estaba en gran parte asegurada por los hermanos de las escuelas cristianas. La enseñanza secundaria, casi toda desarrollada en internados, se repartía entre los jesuitas y los oratorianos. Y la enseñanza superior también está en manos de la Iglesia, puesto que las universidades solo podían ser fundadas mediante una bula papal y numerosos eclesiásticos practicaban la enseñanza. MUÑOZ MACHADO.: *Servicio público...* Págs. 51, 52, 53 y 54.

las relaciones del Estado con la Iglesia; y priva a ésta de sus inmuebles y de la posibilidad de los sacerdotes de enseñar, y por lo tanto, la carga de la enseñanza recayó en el Estado. La Convención instauro por primera vez en Francia la gratuidad y la obligatoriedad de la enseñanza primaria, mediante Ley Primaria del Año III (diciembre de 1793); y la Ley de Brumario del Año III la declara obligatoria durante tres años.

Con respecto a la Asistencia Social, el artículo 21 de la Declaración de Derechos del 24 de junio de 1793 recuerda que los *secours publics* son una deuda sagrada y que la sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desafortunados<sup>51</sup>.

El nuevo régimen político conservó el servicio de correos públicos que habían creado las Monarquías absolutas para atender las necesidades de seguridad en las comunicaciones internas de su aparato administrativo y militar, y que pronto fue abierto también al uso de los particulares.<sup>52</sup>

Ahora este servicio era gestionado directamente y en régimen de monopolio por la Administración pública, para garantizar el general e igualitario disfrute del mismo por los ciudadanos y salvaguardar el derecho constitucional al secreto de la correspondencia.

<sup>51</sup> El artículo 21 de la Declaración de Derechos de 24 de junio de 1793 recuerda que los *secours publics* son una deuda sagrada y que la sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desafortunados. El Decreto 19-24 de marzo de 1793, en relación con la nueva organización de los *secours publics*, es la primera Ley conjunta votada bajo la Revolución en materia de asistencia. El 19 de marzo de 1793, el Decreto sobre bases de organización general de los socorros afirmaba: “1. Que toda persona tiene derecho a su sostenimiento por medio del trabajo si esta capacitado para ello, y si no lo esta tiene derecho a socorros gratuitos. 2. Que el cuidado de vigilar por la subsistencia del pobre es una obligación nacional”. La Declaración de Derecho de 24 de junio de 1793 establecía los mismos principios en su artículo 21: “ Los socorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe sostener a los ciudadanos desvalidos, bien procurándoles trabajo, bien asegurando los medios de subsistencia a aquellos que no están en condiciones de trabajar”. MUÑOZ MACHADO.: *Servicio público y mercado...* Pág. 53.

<sup>52</sup> El origen y la evolución histórica del servicio de correos en España han sido estudiados por J. PEMÁN GAVÍN en su obra *Régimen jurídico del servicio de correos*. Señala que “las ideas de servicios al público que desde el punto de vista de la legislación positiva hemos visto aparecer tímidamente en las Ordenanzas del siglo XVIII y señaladamente en las de 1794, se consolidan en torno a la década de 1840. En la base de la reforma postal hay ideas de servicio público, puesto que la baja de tarifa implicaba reducción en los ingresos (al menos durante cierto número de años). Desde otro punto de vista, los avances “técnicos” de la organización postal van a permitir poner al Correo al alcance de todos, lo cual está conectado con su efectividad como servicio público”. *Régimen jurídico del servicio de correos*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, España. 1983, Pág. 54.

### 2.3 La ruptura del abstencionismo liberal y los servicios públicos sociales

La primera gran vía de ruptura del abstencionismo liberal deriva de la necesidad de la intervención estatal para la construcción de las grandes infraestructuras imprescindibles para el desarrollo económico, que la iniciativa privada no podía llevar adelante con eficiencia, ya que se trata de actividades no sometidas a las reglas de la oferta lucrativa o que constituyen monopolios naturales<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> El caso más importante es el de las vías de comunicación, y entre ellas especialmente el tendido de las redes ferroviarias, cuya importancia para el proceso de creación del Derecho administrativo en general, y para el nacimiento de los servicios públicos en particular, es trascendental. El ferrocarril es resultado de los avances tecnológicos que fueron causa y motor al mismo tiempo de la Revolución industrial y se convirtió rápidamente en un elemento indispensable para el desarrollo económico.

El control público sobre la actividad se afirmó en todos los países desde el primer momento, a través de distintos títulos legitimadores, que determinaron la orientación futura de los diversos grupos de Ordenamientos jurídicos frente al fenómeno de los servicios públicos. En los países del Continente europeo dotados de regímenes administrativos de inspiración francesa, los ferrocarriles fueron equiparados, dada su importancia económica y militar, a las grandes vías de comunicación, que han estado desde siempre controladas por el Poder público, representado en este ámbito primero por las Coronas y después por los Estados modernos. HARTWEL, R. M, afirma que la industrialización no habría tenido lugar o se había desarrollado mucho más despacio si no hubiera verificado una expansión de los servicios sociales, pero principalmente dentro del transporte; ya que a través de este, el trabajo se institucionaliza, pero también supusieron un ahorro, e hizo accesible muchos mercados (permitiendo el crecimiento de las empresas de mayor envergadura) y aumentaron la movilidad del trabajo. Algunas estadísticas del incremento de los transportes son suficiente para poner de relieve su importancia. El número de millas de ferrocarril pasó en Europa de 1.679 en 1840 a 31.885 en 1860 y a 135.000 en 1890; el número de pasajeros transportados durante dicho período pasa de 340 a 1.750 millones. CIPOLLA (Ed.): Volumen Tercero. *Historia económica de Europa.. La Revolución Industrial*. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1983. Págs. 371-404. Por su parte, PEMÁN GAVÍN indica que “a partir de 1851 (en España) cuando los ferrocarriles empezarán a tener alguna repercusión en Correos, y a partir de la década de 1860 cuando el transporte por ferrocarril se emplea masivamente para la correspondencia. Ello implica, como es obvio, un adelanto importante en cuanto a rapidez y una notable disminución de los costes. Se trata de dos avances técnicos: el sello de franqueo es un avance de la técnica postal; el ferrocarril incide exclusivamente sobre lo que hoy denominamos actividad material o técnica de la Administración. *Régimen jurídico del servicio...* Págs. 53 y 54.

En España la intervención pública en la construcción de las redes ferroviarias comenzó con la calificación de estos proyectos como obras públicas, y con la inclusión de los caminos de hierro construidos en el elenco de bienes de dominio público, junto a los demás caminos de uso general; en este sentido, la primera Ley de Ferrocarriles, de 3 de Junio de 1855, establece muy significativamente en su artículo 3 que “todas las líneas de ferrocarriles destinadas al servicio general son del dominio público y serán consideradas como obra de utilidad general”. En palabras de VILLAR PALASÍ, “la idea del servicio público surge como un desgaje incidental del concepto de obra pública, secular en el mundo del Derecho” *La intervención administrativa en la industria*. Pág. 161. Asimismo, dispone ya

La aglomeración de seres humanos en las ciudades de los países industrializados provocó un cambio radical en las formas de previsión de la existencia individual y colectiva.<sup>54</sup> El espacio vital dominado por cada persona, según la conocida caracterización de ERNST FORSTHOFF<sup>55</sup>, es decir, el ámbito del que el individuo dispone y puede utilizar permanentemente, se redujo hasta el punto de hacer imposible la autosuficiencia individual, que era la marca distintiva del campesino con tierras y del pequeño artesano en las sociedades pre-industriales (cuando no había malas cosechas u otras calamidades, como guerras o aumentos de los impuestos). Y esto no sólo afectó a las personas de las capas sociales modestas, que pasaron a depender para la supervivencia del alquiler de su fuerza de trabajo y de los suministros esenciales para la existencia que

de forma general que “ la construcción de las líneas de servicio general podrá verificarse por el gobierno, y en su defecto, por particulares y compañías”. MUÑOZ MACHADO.: *Servicio público...* Pág. 79. La concesión, una técnica empleada en el ámbito de las obras públicas y de origen demanial, se convirtió en el artificio técnico-jurídico que permitió que se respetase el principio de la incapacidad mercantil e industrial del Estado sin que éste se viese obligado a renunciar al control y vigilancia de la actividad ferroviaria. Debe hacerse notar, sin embargo, que la concesión ferroviaria no era la habitual concesión de obra pública, porque incluía la explotación de la actividad de transporte que se realiza sobre la vía férrea y que tiene el carácter de monopolio natural; tampoco se trataba de una concesión ordinaria de dominio público, dado que el bien demanial y la actividad industrial que se lleva a cabo sobre él es en este caso absolutamente irrenunciable. BERMEJO VERA: *Régimen jurídico de los ferrocarriles en España*. Estudio específico sobre RENFE. Tecnos. Madrid. 1975. Pág. 27.

<sup>54</sup> E. J. HOBSBAWM señala que a mediados del siglo XIX se sitúa el comienzo de las mayores migraciones humanas de la historia. El movimiento de población y la industrialización van juntos, pues el desarrollo económico moderno a lo largo del mundo requirió trasvases sustanciales de poblaciones, facilitando técnicamente el proceso y abaratándolo, mediante nuevas y cada vez menores comunicaciones, y, por supuesto, capacitó al mundo para mantener una población mucho mayor. La ciudad era, realmente, el símbolo externo más llamativo del mundo industrial, después del ferrocarril. La urbanización se incremento con rapidez después de 1850. Las ciudades crecieron con extraordinaria rapidez, Viena paso de unos 400.000 habitantes en 1846 a 700.000 en 1880; Berlín pasa de 378.000 (1849) a casi un millón en 1875; París de 1.000.000 a 1.900.000; Londres de 2.500.000 a 3.900.000, entre 1851 y 1881. Quién habla de ciudades de mediados del siglo XIX, habla de “amontonamientos” y “barrio bajo”, y cuando más rápidamente crecía la ciudad, su hacinamiento aumentaba paralelamente. A pesar de la reforma sanitaria y de una cierta planificación, el hacinamiento urbano se incremento, probablemente, durante el periodo y hallo donde no se había deteriorado realmente, no mejoraron ni la salud ni las tasas de mortalidad. *La era del capitalismo (1848-1875)*. Labor universitaria. Monografías. Primera edición. Barcelona, España. 1989. Pág. 189-208. Datos demográficos sobre el crecimiento de la población europea, entre los años de 1700 y 1914, ver: ARMENGAUD, ANDRES.: *La población europea, 1700-1914*. En: CIPOLLA M, CARLOS (ED).: *Historia económica de Europa...* Págs. 22-80.

<sup>55</sup> El espacio vital dominado es “aquel que le esta atribuido de modo tan intenso al individuo que pueda disponer de él o, al menos, que este facultado para utilizarlo permanentemente”, el espacio vital efectivo, es “aquel en que transcurre efectivamente la existencia del individuo”. E. FORSTHOFF. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid. IEP. 1975. Págs. 28-29. Traducido por Luíís López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz.



otros les proporcionaban, sino también a los sectores sociales más favorecidos. El modo de vida de la ciudad moderna, las actividades especializadas que en ella se desarrollan, vinculadas a unos sistemas de división de trabajo cada vez más refinados y complejos, convierten a la persona en un ser menesteroso y elevan a un grado nunca antes conocido el intercambio social.

Al mismo tiempo, el espacio vital efectivo de la persona, que determina sus posibilidades de expansión existencial, se extendió de modo considerable, como resultado de los avances científicos y tecnológicos.

Una segunda vía de expansión de los fines del Poder público relevante para la génesis de los servicios públicos provino de la necesidad de atender las nuevas exigencias que conllevaba el desarrollo urbano masivo nacido de la Revolución industrial<sup>56</sup>. Es decir la asunción por parte del Estado de la titularidad, o al menos del control, de tareas de asistencia de los pobres que al principio eran realizados solamente por la Iglesia por asociaciones benéficas de carácter privado, lo que permitió la superación del viejo concepto de beneficencia por el nuevo de asistencia social; y la introducción en diversos países europeos entre el final del siglo XIX y los primeros años del XX de sistemas de seguros obligatorios para los obreros, antecedente inmediato de la seguridad social de nuestros días.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> El impulso científico y tecnológico hizo posible un fuerte aumento demográfico, que se vio favorecido también por los progresos de la medicina y la higiene. La población rural, emigró hacia las colonias de ultramar, o se situaron en los lugares que estaban cerca de las minas y fábricas, y así surgieron grandes centros urbanos. A esta época, según JEAN-PIERRE POUSSOU, se le conoce como a de "movilidad de la población" BARDET, JEAN-PIERRE y DUPAQUIER, LACQUES.: *Historia de las poblaciones de Europa*. Vol. II (La revolución demográfica 1750-1914). Editorial Síntesis. Madrid, España. 1998. Págs. 209-257. CIPOLLA, CARLOS.: *Historia económica de la población mundial*. (Traducción castellana de JORDI BELTRAN). Sexta Edición. Crítica. Barcelona, España. 1994. Pág. 15-32; CHAUNU, PIERRE.: *Historia y población*. Primera edición en español. FCE. México. 1982. Págs. 168-189.

<sup>57</sup> En este último campo el país pionero fue la Alemania unificada de BISMARCK, donde una pluralidad de factores influyó en la aparición de una legislación muy progresiva. Se debe mencionar, en primer lugar, el interés del régimen político imperial en frenar el ascenso de la socialdemocracia y del sindicalismo, y en ganarse la adhesión de los obreros para su causa. No es posible olvidar a este respecto que en la Alemania de finales del siglo XIX se mantenía todavía la dualidad entre el principio de legitimidad monárquica, representado por el KAISER y su Canciller, y el principio de legitimidad popular, cuya sede era el Parlamento o *Reichstag*, sin que la burguesía alemana, debido a su escasa vocación política, hubiese logrado la definitiva imposición del segundo. Además, en los Países alemanes no se olvidó nunca la vieja tradición de intervención del Estado para la configuración de la vida social y económica, procedente de las teorizaciones del Cameralismo del siglo XVIII y de la práctica del Estado-policía del bienestar ilustrado. Esta tradición intelectual fue continuada en el siglo XIX por teóricos de la Ciencia de la Administración como LORENZ VON STEIN y por hacendistas como ALBERT SCHAFFLE y ADOLPH WAGNER. Un estudio detallado sobre la asistencia social en la época anterior a la primera guerra mundial, en: RITTER A, GERHARD.: *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*. Ministerio de trabajo y seguridad social. Colección ediciones de la revista de trabajo. Núm. 31. Madrid, España. 1989. Págs. 81-127

Es necesario destacar que los primeros debates acerca de la reforma de la asistencia social, tienen lugar bajo la influencia de las consecuencias de la industrialización, que trajo consigo pauperismo y pobreza masiva, que pudo finalmente ser superada gracias al crecimiento de la productividad en la agricultura y en la industria, a una elevada oferta de puestos de trabajo, a la mejora en los transportes y a la creación de mercados supralocales y suprarregionales.

La respuesta a los problemas sociales y económicos, producidos por las aglomeraciones, la emigración y el paupérrimo, exigía la organización del suministro de determinadas prestaciones esenciales para la existencia humana, lo que abrió el abstencionismo del Estado liberal, contradiciendo los principios del *laissez faire* y de la libre competencia.

## 2.4 Los municipios y los servicios públicos locales

La responsabilidad y obligación de la asistencia a los pobres fue asumida por los municipios. Así, en Prusia, se emiten en 1842, dos leyes estrechamente unidas entre sí, “sobre la obligación de asistencia a los pobres” y “sobre la acogida de nuevas personas”, que limitaba la libre circulación. En Francia, donde, como consecuencia de la Revolución, se destruye casi la totalidad de la asistencia social eclesiástica, se manifiestan formas de ayuda en los vecindarios, y en los municipios más pobres. En Gran Bretaña, también se emiten leyes de asistencia, a través de la “Ley de pobres Británica de 1834”, que pretendía corregir los errores de la asistencia social de las décadas anteriores y dar una nueva respuesta al problema de la eliminación o reducción de la pobreza, agudizado por el paupérrimo<sup>58</sup>.

Sin embargo, al margen de estas ayudas asistenciales, la primera teorización del municipio como prestador de servicios proviene de la corriente llamada socialismo fabiano, en Inglaterra. Para ellos, el Estado era una simple Federación de Municipios, y su función coordinar la actividad municipal, que es sustancialmente política y económica. Esta tendencia, explica GARCÍA DE ENTERRIA, gana pronto al unionismo obrero y al Labour Party, criatura fabiana, y va a encontrar su expresión definitiva por parte de los juristas y

<sup>58</sup> La crítica a este sistema de ayuda, partió de THOMAS ROBERT MALTHUS, que veía una estrecha relación entre la práctica de garantizar un subsidio a las familias y el fuerte incremento de la población, que se consideraba frecuentemente como la auténtica causa de la miseria de las masas. El rechazo de MALTHUS al sistema de asistencia británico existente provenía de su idea pesimista de que, con un crecimiento incontrolado de la población, no serían suficientes los alimentos, pues éstos podrían aumentar muchísimo más lentamente que el crecimiento de la población. Por eso creía que las medidas de asistencia social, pero en especial el subsidio a las familias numerosas, sólo conduciría al incremento de la miseria al aumentar el número de pobres. RITTER.: *El estado social, su origen y desarrollo...* Pág. 71.

técnicos de la “London School of Economics and Political Sciencia”, fundada por el fabiano SIDNEY WEBB, uno de los grandes hombres del municipalismo, tras de lo cual esta política se consagra definitivamente, al margen de todo doctrinarismo, prestando al movimiento municipalizador la formula teórica que hasta entonces le faltaba y su resonancia más extensa<sup>59</sup>.

El éxito de la corriente fabiana, solamente se puede explicar atendiendo las particularidades del régimen municipal inglés, que propiamente no tiene Administración central, debido a que a partir de la Gran Revolución de 1688, se había establecido un principio de no-interferencia del Estado en los municipios lo que produjo como consecuencia inmediata, una hipertrofia o desarrollo excesivo de la Administración local en Gran Bretaña, en el sentido de actuar estos entes locales libres de todo control de la Administración central, recabando del Parlamento mayores atributos competenciales. Existía, pues, una fuerte descentralización administrativa a favor de los entes locales y se había producido un incremento de competencias recabadas o exigidas del Parlamento por esos entes locales.

En los países de régimen administrativo napoleónico (tipo histórico francés), fuertemente centralizado, con un carácter estatocéntrico, el proceso de la municipalización fue un esfuerzo artificial debido a que se había importado de la realidad inglesa; de construcción legal, y en un inicio una realidad extraña<sup>60</sup>; y se presentó, como una forma de asumir la gestión de cierto orden de actividades y la responsabilidad de su organización y prestación al público. Sin embargo, debido a su peculiaridad, la actividad prestacional municipal no será prestada en régimen de derecho público, bien formalmente (realización de servicios públicos *strico sensu* por causas mercantiles), bien formal y sustancialmente (gestión económica, que es sustancialmente privada, y realizada, además por causas privados).

Desde el punto de vista jurídico, en un primer momento se impuso el respeto a los principios del libre mercado y fueron empresas privadas las que se encargaron de proporcionar a los ciudadanos estos servicios<sup>61</sup>. Sin embargo,

<sup>59</sup> GARCIA DE ENTERRIA.: “La actividad industrial y mercantil de los municipios”. RAP. Núm. 17. 1955. Pág. 103.

<sup>60</sup> GARCIA DE ENTERRIA.: “La actividad industrial”...Pág. 114.

<sup>61</sup> R. RIVERO ORTEGA señala que “la aparición de la actividad industrial y mercantil de los poderes públicos será el desencadenante del recurso a las formas privadas de organización, que ofrecían la posibilidad de proceder según principios jurídicos y económicos privados y, al mismo tiempo, de deshacerse de las ataduras jurídico-públicas de la Administración. La utilización de formas organizativas privadas tiene lugar inicialmente en el ámbito municipal debido al desarrollo de la sociedad industrial urbana y a la nuevas necesidades de los ciudadanos, aunque más adelante también el Estado se servirá de las técnicas privadas como instrumentos de gestión y de intervención económica. *Administraciones públicas*...Pág. 14.

los municipios<sup>62</sup> se reservaron amplios poderes de intervención sobre la base de diferentes títulos legitimadores, que son prácticamente los mismos que invocaba el Estado en el caso del ferrocarril.

Las genéricas potestades reglamentarias y de policía de los municipios dejaban a éstos un amplio margen para atender las necesidades de carácter estrictamente local. Por lo demás, muchas de estas prestaciones conllevan la necesidad de realizar obras de infraestructura en las vías públicas y de ocuparlas parcialmente, pero de manera permanente; hay, por tanto, un uso privativo del dominio público que proporcionaba un título más de intervención, en este caso de origen demanial. Nos encontramos ante actividades empresariales que constituyen verdaderos monopolios naturales, en los que el juego de la libre competencia es prácticamente imposible.

La compañía que conseguía encargarse de suministrar estas prestaciones en una determinada zona se convertía en la titular de una especie de privilegio público, que se veía contrapesado por las consiguientes facultades de vigilancia e intervención del Poder local. La concesión<sup>63</sup> será una técnica jurídica que permitía la convivencia entre la titularidad pública de la actividad y la iniciativa privada en la gestión.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> RITTER destaca que el siglo XIX fue una época en la que se fue desarrollando la administración de servicios. “Esta tenía su centro neurálgico, no obstante, en la Alemania anterior a la primera Guerra Mundial, así como Gran Bretaña, en el ámbito, donde el abastecimiento de agua y de energía, el transporte urbano, el alcantarillado y las instituciones de asistencia social y de la enseñanza primaria se estaba considerando cada vez más como tareas públicas. Ahí se dieron los primeros intentos de una política municipal de vivienda y estatal, que se amplió fuertemente en los años veinte del siglo XX. La significación creciente de los municipios en el ámbito de la previsión se puede subrayar con su participación porcentual en los gastos de todas las corporaciones territoriales, que subió en Alemania, entre 1850 y 1913, de un 27, 1 % a un 55,8 % en los gastos de personal y de un 24, 6 % a un 51, 3 % en los gastos materiales. RITTER.: *El estado social, su origen y desarrollo*...Pág. 71.

<sup>63</sup> Sobre la concesión en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, véase, DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN.: *El incumpliendo*...Págs. 19-68; RIVERO YSERN, E.: *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1969. Págs. 138- 141.

<sup>64</sup> ARIÑO ORTIZ afirma que “en la concesión el Estado encontrara una formula que le permitiría hacer compatible una y otra postura; de una parte, se entenderá que el Estado es el titular de dicha actividad; el *dominus* de los servicios públicos; de otra, se entenderá que el Estado no debe gestionarlos directamente y acudirá a la concesión como fórmula puente que le permita dirigir sin gestionar. La concesión se configurará así como una transferencia de funciones y tareas cuya titularidad corresponde primariamente al Estado, actividades que no eran intrínsecamente públicas, que no formaban parte de los fines históricos del Estado, de sus fines esenciales, pero que quedaban “publicadas”. Lo que la Administración cede en la concesión no es la titularidad de la actividad, sino su ejercicio”. *Principios de derecho público*... Pág. 537. La concesión, entendida como técnica de extensión de las actividades y potestades públicas, ha sido estudiada por VILLAR PALASI, principalmente en sus trabajos *Concesiones administrativas*...Pág. 684 y sigs. Sobre la naturaleza jurídica de la concesión de servicios público, véase el trabajo del doctor DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN.: *El incumpliendo*...Págs. 19-68.

En la concesión, el Estado encontrara una formula que le permitirá hacer compatible una y otra postura. Por una parte, el Estado será el *domminus* de los servicios públicos, pero, por otra, se entenderá que el Estado no debe de gestionarlos directamente, sino que debe acudir a la concesión como formula que le permite dirigir sin gestionar. Lo que la Administración cede en la concesión no es la titularidad de la actividad, sino su ejercicio. La reserva de la titularidad a favor del Estado se justifica mediante la consideración de que para prestar tareas es preciso utilizar, con carácter privativo, el dominio publico, sin que en un primer momento se piense en la *publicatio* directa<sup>65</sup>.

En lo que atañe a España, las únicas peculiaridades que hay que apuntar en relación con la aparición de los servicios públicos municipales en general, y con la extensión de la municipalización en particular, son las derivadas de la escasa industrialización, la endémica debilidad económica de los municipios (agravada, en muchos casos, por el proceso desamortizador) y el extremado centralismo del régimen local liberal son los factores que explican la menor extensión e intensidad del movimiento municipalista.

España, al igual que los demás países de Occidente, fue organizando el suministro de ciertas prestaciones esenciales a los vecinos, aunque el reconocimiento legislativo general de esta actividad municipal de garantía prestacional y de la propia municipalización no llegó hasta el Estatuto municipal de 1924, ya en la etapa de la Dictadura del General Primo de Rivera.

## 2.5. La crisis de sistema liberal

La crisis del sistema liberal surge a mediados del siglo XIX, por las presiones de los trabajadores, que reclaman una reinterpretación en sentido material y efectivo de los principios de libertad e igualdad, y una rectificación de la concepción individualista de la sociedad y del Derecho<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> El acto de declaración de una actividad o un sector “publico”, como servicio publico, es lo que VILLAR PALASI ha llamado “*publicatio*”, “acto de *publicatio*”, y significa que tal actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares sin previa concesión. Concesión que tendrá, pues un carácter constitutivo, en el sentido de que supone la transferencia a aquellos de unas facultades o poderes de actuación que antes no tenían. La titularidad de la actividad o función en que el servicio publico consiste, corresponde primariamente al Estado, a la Administración, una vez que se ha producido su “*publicatio*”. Eso puede llevarse a efecto por ley formal, pues implica la negación de una de las libertades económicas más reiteradas en el siglo XIX, la libertad de industria y de empresa.

<sup>66</sup> En 1830 se crea la Asociación Nacional para Protección del Trabajo, que se propone federar a todas las unions de los textiles, naciendo la Unión Nacional de las Clases Obreras, que pretenden agrupar todos los oficios. Aunque las viejas unions vacilan en entrar en la acción política, reivindicando el voto secreto y el sufragio universal. Por último, las unions

Las leyes sobre las fábricas y las minas aprobadas en Gran Bretaña, entre 1833 y 1855, que limitaban el trabajo de las mujeres y de los niños, e introducían la jornada laboral de diez horas y media como máximo para mujeres y niños, se extendieron rápidamente en otros sectores industriales. La legislación de seguridad en el trabajo y la supervisión de los inspectores previstos por las leyes significaron una intervención importante desde fuera en el poder de los patronos de disponer sobre la mano de obra empleada por ellos. A estas medidas intervencionistas iban a seguirle posteriormente otras limitaciones del poder de los empresarios en las empresas a través del intervencionismo estatal y de la cogestión de los empleados.<sup>67</sup>

En este nuevo contexto, la libertad deja de significar la mera preservación de espacios de privacidad frente a la injerencia del Estado y de los demás individuos, e incluye como presupuesto y contenido esencial la posibilidad de exigir la participación en determinadas prestaciones básicas garantizadas por los Poderes públicos.<sup>68</sup>

Por su parte, la igualdad se reclama en el terreno material, real, con lo que se considera que constituye un deber primordial de los Poderes públicos la redistribución equitativa de la riqueza creada por el desarrollo industrial.<sup>69</sup>

intentarán reagruparse en la Unión General de los oficios de ROBERT OWEN, fundada a finales de 1834. Mención especial merece, dentro del movimiento obrero, el cartismo, por ser el único movimiento que puede ser tenido como tal antes de 1848. En 1838, los obreros pertenecientes a la London Working Men's Association redactan la Carta del Pueblo, cuyo contenido se centraban en seis puntos: Derecho al sufragio los varones, voto secreto, Abolición del censo de propiedad en las elecciones legislativas, Derecho a la retribución de los cargos electos, distritos electorales iguales, y legislaturas anuales. Como se puede apreciar, las reivindicaciones de estos movimientos, perseguía a través de una reforma parlamentaria, un nuevo orden socio-económico. RUBIO LARA.: *La formación del Estado social*. Colección tesis doctorales. Ministerio de trabajo y seguridad social. Madrid, España. 1991. Págs.53 y 54.

<sup>67</sup> RITTER.: *El estado social, su origen y desarrollo...* Págs. 76-80.

<sup>68</sup> L. PARAMIO apunta que existen tres fases en el proceso de formación de ciudadanía. La primera de estas fases correspondería al siglo XVIII, y es el momento de la afirmación de los derechos civiles. La segunda correspondería al siglo XIX, y sería la de afirmación de los derechos de participación política, la fase de auge de lo que podríamos llamar la democracia representativa. Y la tercera fase, la que tendría lugar en el siglo XX, supondría el reconocimiento de derechos sociales de ciudadanía, que pretenderían garantizar mínimos de bienestar, en el sentido de ingresos, educación, sanidad y otros servicios sociales para el conjunto de los ciudadanos...En esta última fase lo que el ciudadano no puede obtener en el mercado trata de obtenerlo presionando al Estado, litigando con él en el caso en que el sistema judicial se lo permita o asociándose con otros para, a través de la movilización política, introducir un cambio en las reglas del juego y obtener del Estado el reconocimiento de unos derechos. GARCIA FERNANDEZ.: *Estado de bienestar: perspectivas y límites*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, España. 1998. Págs. 13-25.

<sup>69</sup> LUCAS VERDÚ afirma que "ante todo, los primeros socialistas fueron liberales desencantados. Esto significa que el radicalismo liberal comprueba, con indignación, que la

Así, aparece también el movimiento sindical y los partidos de masas, que rompen el teórico aislamiento de los individuos propio de la sociedad civil liberal y abren pasó al pluralismo en todos los ámbitos de la vida.<sup>70</sup>

Sin embargo, el reconocimiento de la libertad de sindicación tiene lugar en la mayoría de los Estados del Continente europeo en los años entre 1861, mediante la despenalización en Sajonia de las sindicaciones de obreros, y 1884, cuando también pudieron funcionar libremente sindicatos organizados con carácter permanente en Francia, como una ampliación de la autorización concedida en 1864 a las asociaciones para un plazo determinado de tiempo.<sup>71</sup>

Este modelo constitucional, bajo el cual se había producido la génesis de los servicios públicos, sufrió una grave crisis, debido en buena parte a la intensificación de las mismas necesidades sociales que habían dado origen a la asunción por los Poderes públicos de tareas de garantía de prestaciones esenciales a los particulares.

### 3. La formación del derecho administrativo

La existencia del Derecho Administrativo<sup>72</sup> requiere de la concurrencia de dos condiciones o principios. Por una parte, una administración suficiente-

protesta y crítica liberales frente a las arbitrariedades y privilegios del Antiguo Régimen si bien prosperó en el campo formal, a saber jurídico-institucional: limitación del poder, libertades e igualdad formal ante la ley, no tuvo éxito en el ámbito socioeconómico, debido a las irritantes desigualdades reales y a la situación de indefensión y explotación de las clases trabajadoras en las condiciones establecidas por la burguesía triunfante". *La lucha por el Estado de Derecho*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1975. Págs. 133-134.

<sup>70</sup> KLAUS VON BEYME señala que algunos autores consideran que, con la "extensión del derecho de sufragio, los efectos secularizadores e integradores del sistema educativo y el desarrollo de la urbanización han sido considerados como las más importantes variables modernizadoras que influyen en el surgimiento de los partidos políticos". Sin embargo, afirma, que en países como Alemania (y otros) la modernización económica "pareció ir por delante con respecto a su subdesarrollado sistema político". *Los partidos políticos en las democracias occidentales*. Colección "Monografías". Núm. 85. Primera edición. Madrid, España. 1986. Págs. 25, 26 y 27. Sobre el desarrollo de los partidos políticos en la segunda mitad del siglo XIX, ver: COTARELO GARCIA R.: *Los partidos políticos*. Editorial sistema. Madrid, España. 1985. Págs. 15-20. DUVERGER, M.: *Los partidos políticos*. Octava reimpression en España. FCE. México. 1981. Págs. 256-281.

<sup>71</sup> RITTER.: *El estado social, su origen y desarrollo...* Pág. 79.

<sup>72</sup> FORSTHOFF escribe que "allí donde hay Estado, hay administración, allí donde hay administración hay derecho administrativo". Asimismo, afirma que el Derecho administrativo como ciencia, aparece "con el establecimiento del Estado de Derecho burgués, es decir con la división de poderes, la administración según ley, la delimitación del legislativo y judicial y los límites en relación con los derechos individuales, puntualizando dicho experto

mente desarrollada, y por la otra, la aceptación del principio según el cual la administración, rama del ejecutivo, está sometida a la ley<sup>73</sup>.

Una parte de la doctrina, ha afirmado, que Francia fue, tras la revolución, el primer país que reunió estos dos elementos, haciendo posible la creación de esta disciplina<sup>74</sup>. Si bien la certeza de dicha afirmación es cuestionada por otra línea doctrinal que considera que el nacimiento del Derecho Administrativo hay que situarlo en momentos anteriores.

que las “funciones estatales quedaron así situadas en una conexión sistemático-jurídica, dentro de la cual la administración tenía un lugar preciso”. *Tratado de derecho Administrativo*. (Traducción de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega). Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. Págs. 69 y sigs. Por su parte, SANTAMARIA PASTOR, J. A. señala, que “la historia de la Administración es inseparable, en efecto, de la historia del propio Estado: no sólo porque durante buena parte de la evolución política europea, Administración y Estado han sido, prácticamente, una y la misma cosa, sino también porque la estructura administrativa constituye hoy, cuantitativa y cualitativamente, el bloque central y hegemónico del aparato estatal”. *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios RAMON ARECES. Madrid, España. 1990. Pág. 11. A. GORDILLO, considera que “el derecho administrativo en cuanto conjunto de normas jurídicas positivas, que regulan las relaciones del Estado con los administrados, puede decirse que tal vez ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado. Sin embargo, la existencia de ese conjunto de normas no ha sido suficiente para dar lugar inicialmente a la creación de una disciplina científica o técnica, simplemente porque es probable que nunca existiera conciencia de que se tratara de una relación entre sujetos diferenciados”. *Teoría General del derecho administrativo*. IEAL. Madrid, España. 1984. Pág. 9.

<sup>73</sup> VILLAR PALASI considera que la afirmación de que el “Derecho Administrativo como conjunto de técnicas propias nace de la Revolución Francesa”, es parcial e inexacta. “Lo que sí aparece con la Revolución es la Administración personificada. Ella va a ser el nuevo titular de prerrogativas que anteriormente estaba indiferenciadamente en manos del príncipe, y es ella quien va a usar de técnicas jurídicas persistentes”. *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría...* Págs. 97-116. GASCOM Y MARIN, por su parte, afirma “que el desenvolvimiento científico del Derecho Administrativo comienza, en realidad, cuando se afirma el Estado moderno, cuando de los principios filosóficos se derivan las normas que regulan la organización de las sociedades políticas y las relaciones de los Poderes Públicos con los ciudadanos, diferenciándose las varias funciones del Poder Público”. *Derecho Administrativo...* Pág. 14.

<sup>74</sup> Un gran número de autores, franceses como HAURIUO, DUGUIT y WEIL; alemanes como MAYER y MERKL e italianos como SANTI ROMANO, ZANOBINI y GIANNINI, comparten la opinión de que el Derecho administrativo nace de la Revolución Francesa. Asimismo, los tratadistas españoles GARRIDO FALLA y GARCIA DE ENTERRIA han formulado y defendido esta tesis, afirmando que no sólo el derecho administrativo sino todo el derecho público contemporáneo ha surgido de ahí. Sin embargo, frente a esta concepción clásica y hasta ahora dominante, no han faltado autores -ALEXIS de TOCQUEVILLE, GALLEGO ANABITARTE, MESTRE, JEAN-LOUIS, CANNADA BARTOLI -, que han defendido la tesis contraria, afirmando que los límites al poder y la división del mismo son anteriores a la Revolución liberal de 1789; que el Derecho administrativo existió en tiempos anteriores a esta fecha; y, que, por tanto, la instauración del denominado Estado de Derecho no es más que la continuidad de algo que ya existía. Esta tesis cuyo postulado es absolutamente contrario a la primera, en virtud de que niega categóricamente que el Derecho administrativo haya surgido como una deriva-



En cualquier caso, sin entrar en esta discusión, podemos encontrar antecedentes de la función administrativa en la época de la Monarquía.<sup>75</sup> Por ejemplo, las Cámaras de Cuenta, jurisdicciones para problemas de aguas y

ción o consecuencia de la Revolución Francesa, sostiene que el verdadero origen de dicha disciplina jurídica debe buscarse en el estadio anterior a la Revolución Francesa. De este modo, esta tesis postula como premisa fundamental que el Derecho Administrativo surgió en el “*Antiguo Régimen*”, en razón de que los principios como la división del poder así como los límites del mismo, ya estaba presentes en el referido régimen, por consiguiente, su aplicación es anterior a la fecha de inicio de la Revolución Francesa.

Uno de los autores que es partidario de esta tesis es el español A. GALLEGO ANABITARTE, que siguiendo a A. DE TOCQUEVILLE (*L’Ancien Régime et la Révolution*), afirma que en la Monarquía Francesa ya existía una jurisdicción de autoridades reales para asuntos públicos administrativos, semejante a la que será instaurada después de la Revolución. Administración y jueces: Gubernativo y contencioso. Por otra parte, el autor francés JEAN-LOUIS MESTRE es partidario de la existencia de la autonomía del Derecho Administrativo durante el “*Antiguo Régimen*” porque, a su criterio, en ese período se aplicaban a la Administración verdaderas reglas de derecho, las cuales tenían una finalidad propia y resultaban sustancialmente distintas a las del Derecho Civil, debido a que esa finalidad consistía precisamente en colocarle límites al poder. Por tal razón, concluye, el referido autor, predicando la existencia de esta disciplina, haciendo notar que los juristas del Estado Moderno, a pesar de que conocían sus principios y particularidades, desconocían, en cambio, la expresión “*Derecho Administrativo*”, la cual viene aparecer por primera vez en el siglo XIX.

Asimismo, el autor italiano BARTOLI es partidario de esta última tesis, si bien con importantes matizaciones, ya que no admite totalmente, aunque tampoco niega de forma absoluta, la influencia de la Revolución Francesa en el nacimiento del Derecho Administrativo. En efecto, sostiene que en realidad debe hablarse de una relación de continuidad entre lo ocurrido en el “*Antiguo Régimen*”, y lo que posteriormente sucede con el advenimiento de la Revolución, debido a que en el primero nace realmente la disciplina y en la segunda sus principios fundamentales. CHINCHILLA MARIN, C.: *Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo*. *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo*. Tres Estudios. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992. Págs. 21-22; GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. 4ª Edición. Editorial Civitas. Madrid, España. 1981. Págs. 34-66. “La revolución francesa y la emergencia histórica de la administración contemporánea”. En: *Homenaje a Don Nicolás Pérez Serrano. Tomo II*. Madrid, 1959. Págs. 222-249. BENOIT, F.: *El Derecho Administrativo Francés*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, España. 1977. Pág. 153 y sig.; VEDEL, G.: *Derecho Administrativo...* Pág. 40 y 41; TOCQUEVILLE, A.: *El antiguo régimen y la revolución*. Ediciones Guadarrama. Madrid, España. 1969. Pág. 87 y sig. SENDIN GARCÍA.: *Hacia un servicio público...* Pág. 27-32. PEÑA SOLIS, J.: *Manual de derecho administrativo*. Volumen 1. Caracas, Venezuela. 1999. Págs. 72-139. GALLEGO ANABITARTE, A.: *Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado Constitucional y los fundamentos del Derecho Administrativo Español*. IEA. Madrid, 1971. NIETO, A.: *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*. INAP. Madrid, España. 1986. PágS. 145-148. “. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid, España. 1988. Pág. 71.

<sup>75</sup> GASCÓN Y MARIN afirma que en Francia, “antes de la revolución, existía una administración complicada y centralizada; pero no existía el Derecho Administrativo ni una verdadera legislación de este orden”. *Derecho Administrativo...* Pág. 15

bosques; y la Corte de Monedas, etc.<sup>76</sup>. Si bien, algunos consideran que todavía no se podía hablar aún de la existencia del Derecho Administrativo ni de una jurisdicción administrativa, por cuanto las actividades de estos organismos estaban regidas por el principio de la soberanía del Monarca, que implicaba, a su vez, que “*toda justicia emana del Rey*”<sup>77</sup>.

Estos tribunales no juzgaban, lo que hacían era defender los intereses del Rey. Además, eran organismos dependientes de la Corona, hasta el punto que éste podía en cualquier momento asumir la competencia en relación con algún litigio, para ser fallado directamente por él. En definitiva, juzgaban en nombre del Rey, no en nombre de la comunidad.

### 3.1 La creación del Consejo de Estado y la justicia retenida

Al triunfar la Revolución Francesa se produjo una circunstancia histórica que se convirtió en el fundamento de la jurisdicción administrativa e indirectamente del mismo Derecho Administrativo. Esa circunstancia de tipo histórico fue la desconfianza de los hombres de la revolución hacia los Tribunales o Parlamentos Judiciales que eran los organismos encargados de administrar justicia en el Antiguo Régimen.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> FELIPE V creó en 1319 una cámara de “CUENTAS” dotada de poderes administrativos y jurisdiccionales para el control de los negocios financieros de la corona. Más tarde, bajo el reinado de Carlos IV, se dieron Ordenanzas sobre patrimonio y hacienda, moneda, subsidio, Parlamento Cancillería, Gran Consejo, aguas bosques, prestaciones militares, justicia de prebostes, bailios y otros jueces; la declaración de Luis XI sobre inamovilidad de magistrados; el Código de Enrique IV, las Ordenanzas de Luis XVI y las de COLBERT. Para un estudio detallado de las técnicas del derecho regio integradas en el Derecho Administrativo, véase el capítulo Tercero, “*Historia y derecho de la Administración*”, del libro de VILLAR PALASI.: *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría...* Págs. 98-116. Asimismo, GASCON Y MARIN, *Derecho Administrativo...* Pág. 15.

<sup>77</sup> WEBER calificaba el orden jurídico medieval como un “cosmos de privilegios”, que significaba ante todo que el Derecho no se expresaba en normas generales, sino en múltiples derechos singulares, cuyos titulares podrían ser personas físicas, estamentos, corporaciones o entidades (municipios, por ejemplo); y quería decir también que las personas y entidades no disponían de status abstractos y complejos, integrados en derechos, sino de derechos subjetivos independientes entre sí. GARCIA PELAYO, M.: *La idea medieval del Derecho*. Págs. 65 y sigs. RIVERO YSERN señala que “la actuación del Príncipe se extendía a todos los campos y no tenía limitaciones. Nada quedaba excluido de su actividad inmediata. Frente a sus súbditos, su poder no tenía límites jurídicos; el Derecho no intervenía para nada. *El Derecho Administrativo*. Pág. 104.

<sup>78</sup> El profesor BIELSA señala los siguientes Decretos y Constituciones de la Revolución Francesa, como raíces del derecho administrativo: 1) El decreto de 22 de diciembre de 1789, sección tercera, artículo 7, dispuso “no podrán (las administraciones de departamento y de distrito) ser perturbadas en el ejercicio de sus funciones administrativas por ningún acto del poder judicial”; La ley de 16 y 24 de agosto de 1790 que en su artículo 13 dice: “Las funciones judiciales son distintas y continuarán siempre separadas de las funciones

De hecho, en los últimos tiempos de la Monarquía, estos parlamentos se habían convertido en verdaderos obstáculos a la política y decisiones del Rey, pues se idearon mecanismos para no aplicar las decisiones cuando las consideraban improcedentes.

En estas condiciones, los nuevos gobernantes temieron que los parlamentos llegaran igualmente a entorpecer la nueva política surgida de la Revolución. Además la teoría de la tridivisión del poder en ramas separadas e independientes, hizo pensar que las labores jurisdiccionales debían estar completamente alejadas de la administración. En consecuencia, mediante textos de carácter legal se prohibió a los jueces inmiscuirse en los asuntos de la administración.

Así, la Ley 16-24 de agosto de 1790<sup>79</sup>, estableció que *“las funciones judiciales son y permanecerán separadas de las funciones administrativas. Los jueces no*

administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricato perturbar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante sus tribunales a los administradores en razón de sus funciones”; 3) El decreto de 6, 7 y 11 de septiembre de 1790, sobre la forma de proceder ante las autoridades administrativas y judiciales en materia de contribución, de obras públicas y de comercio; 4) El decreto de 17 y 24 de Octubre de 1790, que reguló diversos puntos de competencia de tribunales administrativos, y prohibió hacer comparecer a los administradores públicos, en razón de sus funciones, ante los cuerpos judiciales y que reserva al Poder Ejecutivo estatuir sobre conflictos y atribuciones; 5) La Constitución de 3 de septiembre de 1791, Título III, Capítulo V, artículo 3 que dispuso: “Los tribunales no podrán inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo ni suspender la ejecución de una Ley ni intervenir en las funciones administrativas ni citar a los administradores en razón de sus funciones”; 6) En la Constitución de 22 de agosto de 1795 se insiste en la separación de funciones de la administración con el orden judicial, del legislativo con lo judicial, del ejecutivo con lo judicial. Ni los jueces se pueden inmiscuir en el ejercicio legislativo ni hacer reglamento alguno que es esta última función administrativa, según el artículo 103 de dicha Constitución de 1795, ni tampoco tener o suspender la ejecución de ninguna ley ni citar a los administradores en razón de sus funciones, pero, a la vez, los administradores no pueden inmiscuirse en objeto dependiente del orden judicial; 7) El Decreto de 2 de septiembre de 1795 insiste en prohibir a los tribunales conocer de los actos administrativos y anula todos los procedimientos y juicios, ante los tribunales judiciales, contra los miembros del cuerpo legislativo; 8) La Constitución de 13 de diciembre de 1799 no permitía, en su artículo 75, perseguir a los agentes de gobierno, salvo una decisión del Consejo de Estado, a esto añade el autor citado que este artículo fue derogado por el Art. 1 del Decreto de 19 de septiembre de 1870. Todos estos Decretos y Constituciones, contienen disposiciones que prohíben al Poder judicial conocer en causas administrativas y perseguir a los agentes del gobierno por hechos relativos a sus cargos. Empero, por otro lado, las citadas leyes regulan el establecimiento y funciones de los tribunales administrativos hasta la creación del Consejo de Estado, dentro de la regla *ejus est interpretari cuius est condere*, que cita BIELSA diciendo “ que debe interpretarse el que construye y fundó la norma” Tomo la cita de BIELSA, del libro, RUIZ-ELDRÉDGER, A.: *Manual de derecho administrativo*. Lima, Perú. 1992. Págs. 36 y 37.

<sup>79</sup> Para GARCÍA DE ENTERRÍA, “aquí está la base del régimen administrativo”. *La revolución Francesa...* Pág. 228.

*podrán, bajo pena de prevaricación , interferir [troublers, molestar] de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones*".<sup>80</sup> Así mismo, el Código Penal de 1791 da al principio una garantía penal, al tipificar como delito la inmisión de los jueces en la acción administrativa.

Este principio fue elevado a su máxima mediante la Constitución francesa de 1791 (Título III, Capítulo V, artículo 3º), la cual determinó expresamente que *"los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni en las funciones administrativas, o citar ante ellos los funcionarios de la administración por razón de sus funciones"*. De ahí paso a las Constituciones posteriores, recibiendo su cuño definitivo en la napoleónica del año VIII.<sup>81</sup>

Esta prohibición tenía graves secuelas, ya que implicaba que la Administración no tendría un juez que juzgara su conducta, lo cual podría traer como fácil consecuencia la arbitrariedad, quedando así fundamentalmente desvirtuado el principio de legalidad, uno de los pilares de la nueva ideología política, según el cual la Administración debía someter su actividad al ordenamiento jurídico. Al no existir un juez o autoridad ante quien pudieran dirigirse los gobernados en caso de considerar que la Administración estaba actuando ilegalmente, este principio quedaba como un simple enunciado teórico.

Una de las alternativas, sería que los particulares presentaran sus reclamaciones ante la misma Administración. Es decir, se estableció la institución de la administración-juez, de esta manera las reclamaciones contra la Administración podían resolverse por ella misma. Fue así como, mediante la Constitución de 1799, fundamentalmente obra de Napoleón, se creó el Consejo de Estado como una imitación, en algunos aspectos, del antiguo Consejo del Rey.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> GARCIA DE ENTERRIA.: *Problemas del derecho publico al comienzo de siglo*. Civitas. Madrid, España. 2001. Pág. 33.

<sup>81</sup> GARCIA DE ENTERRIA.: *La revolución Francesa...*Pág. 228.

<sup>82</sup> Existe casi unanimidad en la doctrina administrativa, al señalar que los aportes filosóficos y políticos de la Revolución Francesa son fundamentales en la estructura y orientación del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos de Francia y del mundo. Sin embargo, si bien el Consejo de Estado es a menudo presentado, como obra napoleónica, es necesario decir que el nombre y sus funciones vienen del antiguo régimen, pero fue Napoleón quien supo dar a esta institución un espíritu nuevo y renovado. GARCIA DE ENTERRIA.: *Problemas del derecho publico...*Pág. 33

El término Consejo de Estado engloba todas las formaciones que constituían el Consejo del Rey, siendo ante todo un Consejo de Gobierno. En el *Antiguo Régimen*, el Consejo del Rey era una institución asesora, un órgano de consulta del Gobierno en asuntos políticos y administrativos. Y tenía, entre otras, las siguientes atribuciones: Auxiliar del Monarca; Colaboraba con el Gobierno en el desempeño de sus poderes, sobre todo en aquellos asuntos que no eran de conocimiento de los tribunales ordinarios; asesoraba; el Consejo del Rey realiza también una función jurisdiccional indirecta, es decir administra justicia, cuando el Rey así lo autorizaba, y en nombre de la Monarquía.

El Consejo se formaba por las grandes personalidades, nobles y prelados, hasta el reinado de Luís XII. En el reinado de Luís XIV, el Consejo comienza a profesionalizarse y son llamados los juristas y expertos en leyes.

Sin embargo, con la Revolución Francesa cambió todo el sistema monárquico. El Consejo del Rey fue privado de sus poderes judiciales por la Ley 27 de noviembre de 1790 que los transfirió al Tribunal de Casación. Posteriormente, la Ley 27 de abril de 1791 lo suprime y organiza en forma embrionaria una especie de Estado y un Consejo de Ministros al cual confía el examen y dificultad de los asuntos de competencia del ejecutivo. No obstante, la experiencia de varios años comprobó que una justicia administrada por hombres dedicados a la actividad política no era adecuada, provocando que en el año de 1799 se creara a inspiración de NAPOLEÓN BONAPARTE, el Consejo de Estado con independencia de los otros organismos del Estado.

El Consejo de Estado conocía de todos los asuntos encomendados al antiguo Consejo del Rey y se distinguían sus funciones contenciosas, de consulta y de casación, además, preparaba los proyectos de decisiones que debía tomar el Jefe de Estado.

Por otra parte, se crearon en los departamentos los Consejos de Prefectura con la función de asesorar al prefecto (gobernador) en la misma forma que el Consejo de Estado lo hacía respecto del Jefe de Estado.

La creación del Consejo de Estado y de los Consejos de Prefectura como organismos asesores del jefe del poder ejecutivo, implicaba que éstos no tenían un carácter jurisdiccional, sino que formaban parte del ejecutivo. Es decir, en materia de conflictos administrativos se presentaba el fenómeno de la “justicia retenida”, en cuanto que, si bien los organismos asesores estudiaban el caso y proponían la solución, el jefe del ejecutivo “retenía” el poder de tomar propiamente esa decisión. En este periodo se inicia y desarrolla lentamente la configuración del Derecho Administrativo como un “corpus” jurídico especial, diferente al Derecho Privado, utilizando como metodología los con-

ceptos elaborados por este Derecho, pero con enormes limitaciones, pues tal elaboración, se traducía más en descripciones meramente morfológicas, que en principios jurídicos<sup>83</sup>

Esta justicia retenida permanece hasta el año de 1872, con una breve interrupción desde 1849 hasta 1852. Es con el fin traumático del II Imperio, cuando Francia da el paso decisivo desde una “justicia retenida”, aún en manos del Gobierno, a un sistema de “Justicia delegada” ya independiente.<sup>84</sup>

### 3.2 La justicia delegada y la autonomía del Derecho Administrativo

Esta situación fue evolucionando lenta pero progresivamente.<sup>85</sup> En efecto, se creó dentro del Consejo de Estado una comisión contenciosa, con el fin de separar la asesoría en materia de conflictos de todos los demás aspectos que conocía ese organismo. La citada comisión estaba encargada de centralizar todos los asuntos que eran presentados al Consejo de Estado. Éste fue adquiriendo una importancia tal, que empezó a ser mirado como una institución cada día más respetable. En un momento dado, a pesar de que la justicia administrativa seguía retenida en manos del jefe del ejecutivo, empezó a considerarse que en la práctica quien administraba justicia era el Consejo de Estado, pues aquél se limitaba a firmar las soluciones a los conflictos que éste le proponía. De tal forma que, pese a que el Consejo de Estado no tenía el poder de decidir, en la práctica sus puntos de vista eran los que se imponían.

Ese auge trajo como consecuencia que, mediante Ley del 24 de mayo de 1872, se le reconociera carácter jurisdiccional y se instalara el sistema de justicia delegada.

Con ello, queda convertido en un cuerpo judicial autónomo, pues se le dio competencia para administrar justicia en forma independiente y en nombre del pueblo francés.

<sup>83</sup> SANTAMARIA PASTOR enjuicia esta etapa del Derecho Administrativo de la siguiente manera: “Con todo la andadura del Derecho Administrativo científico en esta etapa que se cierra en 1870 es bastante penosa. Se trata de una etapa de iniciación en las que la doctrina explora diversas líneas metodológicas y en la que la coherencia científica de las exposiciones brilla muchas veces por su ausencia. Con frecuencia las obras generales no superan el nivel de meros catálogos legislativos o jurisprudenciales, carente de vertebración mediante principios institucionales: o el de puras descripciones de la organización administrativa y de sus principales tareas”. *Fundamentos de Derecho Administrativo...*Pág. 153.

<sup>84</sup> GARCIA DE ENTERRIA. : *Problemas del derecho publico...*Pág. 37.

<sup>85</sup> Para un estudio exhaustivo de la evolución de este proceso en Francia, véase: GARCIA DE ENTERRIA.: *Legislación delegada potestad reglamentaria y control judicial*. Editorial tecnos. Madrid, 1970. Págs. 60-68; GARCIA DE ENTERRIA.: *Democracia, jueces y control de la Administración*. Editorial Civitas. Cuarta Edición. 1998. Págs. 35 y 36.

Cuando hablamos de carácter jurisdiccional, queremos decir que se le reconoció como juez de la Administración y no ya como un simple cuerpo asesor de ella. Con la justicia delegada ya no era el jefe del ejecutivo quien tomaba las decisiones, sino que ellas correspondían directamente al Consejo de Estado, “en nombre del pueblo”. Igualmente, en ese momento se creó el Tribunal de Conflictos, con el fin de resolver las dudas que se presentaran en relación con la competencia entre los tribunales comunes y los tribunales administrativos. Surgiendo así el sistema de la “dualidad de jurisdicciones”, y quedando la tercera rama del poder dividida en dos brazos independientes entre sí: la jurisdicción común, encargada de los litigios civiles y penales; y, la jurisdicción administrativa o contencioso-administrativa, encargada de los litigios de la Administración<sup>86</sup>.

<sup>86</sup> La expresión contencioso administrativo une dos conceptos opuestos: contencioso y administrativo. El vocablo “contencioso” significa contienda -cuando se comenzó a utilizar en Francia se entendía como litigio-. La palabra “administrativo”, sustantivación de administración, significa dirección ejecutiva de personas y cosas -cuando comenzó a usarse en Francia representaba la materia correspondiente a esta clase de litigio-. Por ello, en su origen, la expresión significó “litigio administrativo”, pero, como debían tramitarse ante órganos que formaban parte de la Administración Pública, se llamó a la actividad correspondiente “jurisdicción contencioso-administrativa”, por consiguiente, el término originariamente comprendía litigios desentrelados en la Administración Pública. Ahora bien, si la expresión “contencioso administrativo” había unido en una sola palabra dos conceptos opuestos, la nueva frase “jurisdicción contencioso-administrativa”, identificaban al mismo tiempo dos funciones más contradictorias: litigios jurisdiccionales resueltos por órganos de la Administración Pública. En efecto, los vocablos que integraban la nueva frase se oponían a la teoría de la división de poderes, ya que, la referida frase reconocía funcionalmente al mismo poder que había dictado o realizado “*el entuerto*” la facultad de juzgarlo por sí mismo. Es decir, que la Administración Pública juzgaba como juez sus mismos actos.

Las normas legislativas que crearon la jurisdicción contencioso-administrativa provenían del Decreto del 22 de diciembre de 1789, que establecía lo siguiente: “*Las administraciones de departamentos de distrito no podrán ser perturbadas, en el ejercicio de sus funciones administrativas, por ningún acto del poder judicial*”. A su vez, esta norma fue consagrada en el artículo 3º de la Constitución del año 1791, según el cual: “*Los tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas o citar ante ellos a los agentes de la Administración, por razón de sus funciones*”. Posteriormente, estos dispositivos fueron ratificados por la Ley del 16 de Fructidor del año III (2 de septiembre de 1795), donde se dispuso, que: “*Se prohíbe intervenir a los tribunales de conocer los actos de la administración de cualquier especie que ellos sean*”.

Pero la instauración definitiva del contencioso-administrativo será obra de Napoleón. Hasta entonces, Ministros y autoridades departamentales acumulaban las funciones de administrar y de decidir recursos. La Constitución del año VIII, completada por la Ley de 28 pluvioso del mismo año VIII, crearon órganos especializados en la resolución de impugnaciones de los ciudadanos contra los actos de la Administración, el Conseil d’Etat la Constitución, artículo 52, y los Consejos de Prefectura la citada Ley. En 1806 (Decretos de 11 de junio y 22 de julio) se singulariza en el seno del Conseil d’Etat la Commission du contentieux y se pone en pie las primeras reglas de procedimiento para estos asuntos, que quedan así separados de los generales consultivos de que el Conseil continúa conociendo.

No obstante, la competencia que se le otorgó al Consejo de Estado fue de carácter especial y no general, lo cual significaba que sólo podía conocer de aquellos asuntos que expresamente le otorgara la ley, mientras que los demás asuntos seguían sometidos a la decisión de la misma Administración, bajo el sistema de “administración-juez”.

No obstante, el mismo Consejo de Estado puso fin a esta situación de limitación a su competencia, mediante el *Arrêt Cadot* de 1889, con lo que demostró definitivamente el poder jurídico que había adquirido a través del tiempo; allí se autoconfirió la competencia general en materia de litigios de la Administración, a pesar de que la ley sólo le confería una competencia especial. Por otra parte, en 1873 se había producido el *Arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos, en el cual se consagró clara y expresamente el principio consistente en que la Administración debe regirse por normas especiales diferentes de las aplicables a las relaciones entre los particulares, es decir, asentó el principio de la autonomía del Derecho administrativo<sup>87</sup>.

#### 4. La doctrina del Derecho Público en Francia y la aparición de la noción del Servicio Público

La doctrina del Derecho público en la Francia del siglo XIX distingue las actividades del Estado, en potestad pública (o de autoridad) y la actividad de gestión<sup>88</sup>. En el primer caso, se decía que el gobierno dicta actos *de* autoridad (*ius imperium*), mientras que en el segundo, realizaba tan solo actos de gestión.

La justicia administrativa, afirma el profesor GARCIA DE ENTERRIA, es una creación jurídica completamente nueva, sin raíces en los grandes fundamentos del Derecho Occidental, el Derecho Romano, el Derecho Germánico, el *ius commune* medieval o moderno, el *comon law*, el derecho Natural y de Gentes...como institución y como técnica es fruto directo e inequívoco de la Revolución Francesa. *Problemas del derecho publico...*Págs. 27 y 29. Véase también: GARCIA DE ENTERRIA.: Democracia, jueces...Págs. 41 y 42; NIETO, A.: *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*. RAP 50 (1996). Págs. 27 y sigs; GARRIDO FALLA.: *La evolución del recurso contencioso-administrativo en España*. RAP 55 (1968). Págs. 9 y sigs; PARADA, R.: *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contenciosos*. RAP 55 (1968). Págs. 65 y sigs; NIETO, A.: *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*. RAP 57 (1968). Págs. 9 y sigs; PARADA, R.: *Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*. RAP 59 (1969). Págs. 41 y sigs; GALLEGO, A.: *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*. Madrid, España. 1971. Págs. 127 y sigs.

<sup>87</sup> Como señala VEDEL, en el *Arret Blanco* se “enunciaba un criterio de competencia, el servicio público, y afirmaba al mismo tiempo la autonomía del juez administrativo y del Derecho administrativo respecto al Derecho privado”. *Derecho...* Pág. 66.

<sup>88</sup> GABINO FRAGA explica que la doctrina ha utilizado diversos criterios para dar fundamento y para señalar el campo de aplicación del Derecho Administrativo. Durante el



La Teoría de la Soberanía definía los actos de autoridad, como todos aquellos realizados por el gobierno sujeto a un poder soberano. Factor que distinguía precisamente su actuación de la de los sujetos privados. De esta manera, la función legislativa, la labor de policía, la defensa nacional y todas aquellas actividades que requiriesen de un poder soberano para poder ser ejercidas en la sociedad, se calificaban como actos de autoridad.

En tanto actos emanados de un poder soberano, característico solamente del gobierno, los actos de autoridad debían ser sometidos al Derecho Público y a la competencia de los tribunales administrativos.

En contraposición a los actos de autoridad, los actos de gestión eran aquellos a través de los cuales el gobierno actuaba desprovisto de su *ius imperium*, cual si fuese un particular más en la sociedad. A través de dichos actos, el gobierno intervenía en la sociedad para ejercer funciones y cumplir obligaciones, que no requerían de una actuación soberana. Así, se calificaban como actos de gestión, entre otros, la suscripción de determinados contratos, o el otorgamiento de indemnizaciones por daños derivados de su responsabilidad civil.

Se trataba, pues, de actos que, si bien eran llevados a cabo por el gobierno, se encontraban sujetos al Derecho Privado y sometidos a la competencia jurisdiccional de los tribunales civiles.

La teoría de los actos de autoridad y de los actos de gestión del Estado es una de las ideas fundamentales de los principales autores administrativistas de siglo XIX: BATBIE, DUCROCQ, AUCOC, y después LAFERRIERE y BERTHELEMY. Hasta el punto de que, alrededor de estas categorías, se construyeron todo el Derecho Administrativo.<sup>89</sup>

siglo XIX el criterio predominante fue el de la existencia de la soberanía o poder público, sosteniendo que es necesario un Derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares, porque tratándose de relaciones entre personas desiguales, una de ellas con voluntad superior a la de los individuos que es en lo que consiste la soberanía o el poder público, resulta inadecuada la aplicación del derecho privado que sólo regula relaciones entre personas con voluntades iguales. Este primer criterio se completó haciendo una distinción entre diversos actos que el Estado realiza, separándolos en dos categorías: actos de autoridad y actos de gestión, admitiendo así que en unos casos el Estado obra dictando órdenes, prohibiciones, reglamentaciones. En una palabra, imponiendo unilateralmente su voluntad, en tanto que en otros actúa como un particular podría hacerlo en la administración de su patrimonio. De esta distinción se concluía que el Derecho Administrativo sólo era necesario y tenía su campo de aplicación cuando se trataba de la realización de actos de autoridad, dejando al Derecho privado la regulación de los actos de gestión. *Derecho administrativo*. Decimotercera edición. Editorial Porrúa. México, 1969. Pág. 19.

<sup>89</sup> En Francia, la evolución de la doctrina del Derecho Administrativo, se puede dividir en tres fases: Los primeros atisbos se encuentran en lo que han dado en llamarse los "théoriciens de la compétence": miembros todos ellos del *Conseil d'Etat*, y su preocupación fun-

Esta distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, permitía distinguir cuándo aplicar el Derecho Administrativo y cuando el Derecho Privado.

Sin embargo, con la ruptura del abstencionismo liberal, producto de la acelerada industrialización y de las crecientes necesidades sociales se produce, por una parte, la reducción del campo de aplicación del Derecho Administrativo; por otra se hizo notar que resultaba difícil en la práctica realizar este desglose de la actividad del Estado entre actos de autoridad y actos de gestión.<sup>90</sup>

Fue en este contexto, donde la doctrina y la jurisprudencia francesas se inclinaron, a finales del siglo XIX, hacia la noción del servicio público, en la que vieron un instrumento capaz de fijar el campo de aplicación del régimen administrativo y, en consecuencia, el dominio de la competencia del juez administrativo.

El servicio público asume así el papel de piedra angular del Derecho Administrativo<sup>91</sup>, de la que se derivan todas las instituciones administrativas. Sirva de ejemplo, el caso especialmente reseñable del contrato administrativo que se define, en este momento, como aquel en que la actividad del contratante se vincula con un servicio público; y posteriormente se acudió también a la noción de “utilidad pública” para incluir las llamadas “cláusulas exorbitantes del Derecho común” en el contrato administrativo.

#### 4.1 Las decisiones jurisprudenciales del Tribunal de Conflictos y el servicio público

La noción de servicio público surge en Francia a través de varias decisiones jurisprudenciales del Tribunal de Conflictos, que han pasado a construir

damental es el análisis de los criterios de división de las competencias del Consejo frente a los Tribunales ordinarios. Se trata de MERLIN, LOCRE y HENRION DE PANSEY. La segunda fase corresponde a los primeros comentaristas y sistematizadores de la jurisprudencia del Conseil d'Etat: MACAREL, DE GERANDO y HAGUE, más conocido como el vizconde de CORMENIN. La tercera fase, HAURIUO la llamó de “organización científica del Derecho Administrativo”, cuyos iniciados fueron, AUCOC, DUCROCQ y BARBIE, que por primera vez efectúan una sistematización teórica de la materia mediante la aplicación de los esquemas del Derecho privado. SANTAMARIA PASTOR.: *Fundamentos del Derecho...* Pág. 153.

<sup>90</sup> FRAGA señala que “fuera de la impugnación que ha hecho la escuela realista a la noción de la soberanía como una voluntad de carácter superior, se ha considerado que, aun admitiendo la existencia del poder soberano, resulta difícil admitir que el Estado tenga dos voluntades, una que en determinados casos sea superior a la de los particulares y que, en consecuencia, se imponga unilateralmente, y que otra que sea igual a la de aquellos”. *Derecho administrativo*. Pág. 19.

<sup>91</sup> JÈZE: *Principios generales...* Pág. LXV.

parte del patrimonio que el Derecho Administrativo clásico ha aportado al mundo. Se trata del Arrêt Blanco del Tribunal de Conflictos, del 8 de febrero de 1873; del Arrêt Terrier del Consejo de Estado, de 6 de febrero de 1903; el Arrêt Feutry del Tribunal de Conflictos, del 29 de febrero de 1908; el Arrêt Théron del Consejo de Estado, de 4 de marzo de 1910.

El Arrêt Blanco, tiene su origen en una demanda interpuesta por el padre de una niña, Inés Blanco, atropellada por un vehículo de propiedad de una fábrica gubernamental de tabaco en la ciudad de Burdeos.

La demanda del padre fue interpuesta ante los tribunales civiles franceses, para solicitar el pago de una indemnización por la muerte de su hija. El Tribunal de Conflictos francés determinó que la producción de tabacos por parte del gobierno había sido calificada como un servicio público, y que, por tanto, la demanda debía ser vista por los tribunales bajo las normas del Derecho Público.

Este histórico Arrêt del 8 de febrero de 1873<sup>92</sup> establecía:

CONSIDERANDO: Que la acción entablada por el señor Blanco contra el prefecto del Departamento de La Girinda, representante del Estado, tiene por objeto que se declare al Estado civilmente responsable, por aplicación de los artículos 1.382, 1.383 y 1.384 del Código Civil, de daño ocasionado por la herida de su hija, causada por los hechos de los obreros empleados en la Administración de Tabaco.

CONSIDERANDO: Que las responsabilidades que pueden incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de personas que emplea en el servicio público no puede estar regulado por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular.

---

<sup>92</sup> VILLAR PALASI apunta que, antes del famoso Arret Blanco del Tribunal de Conflictos, el concepto de servicio público era operante EN un doble nivel; sustantivamente, como título de potestad administrativa y procesalmente, como criterio de separación del contencioso de la Administración. “Estos dos niveles se entrecruzaron frecuentemente, produciendo de un lado el fenómeno de identificar servicio público con función estatal, cualquiera que sea ésta y de otro lado encerrando la idea de servicio público como una atmósfera hermética y confusa; casi como una idea mística y polivalente, cuyos límites avanzaban o retrocedían con aparente arbitrariedad. Esta vinculación de la idea de servicio público al deslinde de los contratos administrativos sólo es rota en la Ley de 27 de diciembre de 1956, con lo que el contrato administrativo se ciñe a las obras y servicios del Estado, admitiendo, implícitamente, los servicios públicos no contratados por éste”. *La intervención administrativa...* Pág. 60.

CONSIDERANDO: Que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los intereses del Estado con los intereses privados.

Decide que según las Leyes arriba citadas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer del asunto<sup>93</sup>

Con este pronunciamiento, el Tribunal de Conflictos declaraba a los Tribunales judiciales ordinarios incompetentes para conocer todo tipo de demandas formuladas contra el gobierno, en razón de los daños y prejuicios causados a los particulares en el ejercicio de actividades que calificaban como servicios públicos.

Del Arret Blanco se extrajeron consecuencias importantes: En primer lugar, queda superada la tesis de la “doble personalidad” del Estado (actos de autoridad y de gestión), y se introduce un nuevo criterio de jurisdicción administrativa: el Servicio Público. Se consagra clara y expresamente el principio consistente en que la Administración debe regirse por normas especiales diferentes de las aplicables a las relaciones entre los particulares, es decir, se asentó el principio de la autonomía del derecho administrativo. Asimismo, el referido fallo consagró el principio de la responsabilidad de la Administración con reglas distintas del Derecho Privado. E, igualmente, afirmó la autonomía del Consejo de Estado para administrar justicia en forma independiente, así como, la independencia de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>94</sup>.

Esta resolución ha sido, sin embargo, objeto de interpretaciones contrapuestas. De hecho, su interpretación más conocida y características, esto es, la que le dio la escuela de BURDEOS, consagrando la idea de servicio público, como criterio definidor del Derecho Administrativo, ha sido cuestionada en

<sup>93</sup> Cita recogida por: VILLAR EZCURRA.: *Servicio público...*Pág. 66. Véase también, MARTIN REBOLLO, L. : *De nuevo sobre el servicio público, planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica.* “RAP. N. 100-102. Vol. III. 1983. Pág. 2480. MANZANEDO MATEOS, J. A.: *Servicio público: aproximación a su línea evolutiva.* En: Estudios en homenaje al Profesor LOPEZ RODO v. II. Madrid, 1972. Pág. 224. SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio público...* Pág. 29. GONZALEZ RIVAS, J.J.: *Introducción al régimen jurídico general de los servicios públicos.* En: *Régimen jurídico de los servicios públicos.* Consejo General del poder judicial. Madrid, España, 1997. Pág. 19. MUÑOZ MACHADO.: *Servicio público...*Pág. 86

<sup>94</sup> VEDEL, G.: *Derecho Administrativo.* Traducción a la 6ª Edición francesa por Juan Rincón Jurado. Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980. Págs. 40-41. VILLAR EZCURRA también apunta que las consecuencias importantes del Arret, fueron, entre otras: EL principio de vinculación de la competencia al fondo, la noción de la gestión privada de los servicios públicos, la responsabilidad por actuación de obreros no encuadrables en la jerarquía administrativa, la autonomía de las reglas administrativas de responsabilidad, etc. *Servicio público...*Pág. 66.

ocasiones, pues hay quien entiende que en realidad se utilizaba como elemento delimitador de lo administrativo, la idea de poder público<sup>95</sup>. E incluso, hay quien critica la existencia de una cierta indefinición en su discurso, que le lleva a defender ideas contradictorias<sup>96</sup>.

La doctrina del Arret Blanco fue consagrada algunos años más tarde por la jurisprudencia administrativa, el 6 de febrero de 1903, en un caso conocido como el Arret Terrier, que tuvo lugar ante una demanda interpuesta por el Señor Terrier contra el gobierno de Saon et Loire, por la que demandaba el pago de una suma de dinero adeudada como consecuencia de unos servicios prestados a la comunidad por la aniquilación de una plaga de víboras que acechaba la ciudad.<sup>97</sup>

El Arret se limitó a este efecto decir lo siguiente:

*“CONSIDERANDO: Que dados los términos en los cuales se ha adoptado la decisión del consejo general de otorgar primas para la destrucción de animales perjudiciales, habiendo sido votado del crédito inscrito a este efecto en el presu-*

<sup>95</sup> CHAPUS sostiene que la responsabilidad del Estado causada por una actividad es de competencia administrativa porque la misma se realizó en atención a un fin de servicio público, supone, en realidad no decir nada. Lo verdaderamente relevante es saber porque de todo acto realizado en atención a un fin de servicio público han de conocer los tribunales administrativos. Para él sólo hay dos posibles respuestas, o bien porque todo acto que persigue un fin de servicio público es un acto administrativo, o bien porque estos actos son siempre de poder público (*puissance public*). Deduciendo de la observación de las conclusiones del comisario de Gobierno David, que éste utiliza las expresiones actividad de servicio público y actividad de poder público como términos equivalentes. Con ello, el verdadero criterio que fija esta resolución no supone ruptura alguna con la jurisprudencia anterior, sino mera confirmación de ésta. *Responsabilité publique et responsabilité privéé*. LGDJ.1957. Págs. 85-89. La misma opinión en DE CORAIL, J.L.: *La crise de la notion juridique de service publique en Droit administratif francais*. Paris. LGDJ. 1954. Págs. 96-97. SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio...*Pág. 31. Nota. 48.

<sup>96</sup> MANZANEDO señala que el Arret Blanco presente ambigüedades; por una parte declara que la teoría del servicio publico atrae la competencia de la jurisdicción administrativa cuando el Estado actúa como “puissance publique”, mas no si actúa como “persona civil capaz de obligarse mediante contratos en términos de derecho común”; por otra parte, al declarar que la competencia del Consejo de Estado se ejerce “por razón de los servicios públicos, cualquiera que sea su objeto”, plantea una grave distorsión del anterior enunciado. Así los nuevos servicios públicos industriales y comerciales en régimen privado han seguido el primer criterio de reparto de competencia -puissance publique y persona civil, y no este segundo -servicios públicos con independencia de su objeto- quedando sustraídos a los principios que señalo el Arret Blanco”. *Servicio público: aproximación a...* Pág. 224.

<sup>97</sup> VEDEL afirma que la cuestión de competencia jurisdiccional domino el debate, “ ya que se trataba de saber si el criterio del servicio público era aplicable a las actividades de las entidades locales y, de otro lado, si el Consejo General había creado verdaderamente un servicio público de destrucción de víboras”. *Derecho Administrativo...*Pág. 68.

*puesto departamental de 1900, el señor Terrier está legitimado para reclamar el otorgamiento de una cantidad a este título; que de la denegación del prefecto a admitir la reclamación deducida ante el mismo ha nacido un litigio cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Estado, y del que este Consejo ha de decidir su estimación ante las conclusiones subsidiarias del demandante”.*<sup>98</sup>

Este pronunciamiento del Consejo de Estado francés, aunado al dictamen del Tribunal de Conflictos en el Arret Blanco, marcó un hito en la jurisprudencia francesa, al hacer a un lado la clásica distinción entre actos de autoridad y actos de gestión para determinar el ámbito de aplicación del Derecho Público o el Derecho privado, y la consecuente competencia jurisdiccional de los tribunales administrativos y los tribunales civiles, aferrándose al nuevo concepto de servicio público.

Con esta decisión se extendió la aplicación del criterio de servicio público a todos los litigios incluidos los surgidos en las actividades locales. Igualmente, estableció que la instauración de un servicio público no implica necesariamente la creación de un cuerpo de agentes públicos y puede consistir simplemente en cualquier actividad de una colectividad que tienda a satisfacer una necesidad de interés público.

A partir de ese momento, bastaba determinar si el acto del gobierno consistía o no en un servicio público, para determinar si se le debería aplicar el Derecho Administrativo y quedar sujeto a la jurisdicción contenciosa administrativa; o si se debía de regir por el Derecho Privado, y quedar bajo el dominio de la jurisdicción civil. Así aparecía una especie de ecuación: servicio público, igual a Derecho Administrativo.

La tercera decisión importante es el llamado Arret Therond de 4 de marzo de 1910.<sup>99</sup> La ciudad de Montpellier había concedido a un tal señor Thérond el privilegio exclusivo de la captura de perros vagabundos, así como el envío de los animales muertos al matadero, siempre que no hubieran sido reclamados por los propietarios, y de todos aquellos que hubieran sido declarados malsanos por el Servicio de Inspección Sanitaria. La remuneración del concesionario se verificaba por el pago de tasas a cargo de los propietarios y por el valor del despojos abandonado.

<sup>98</sup> Cita recogida por: VILLAR EZCURRA.: *Servicio público...*Pág. 67.

<sup>99</sup> A este Arret le prosiguen: FEUTRY (Tribunal de Conflictos, 1908); FONSCOLOMBE (1909); y JOUILLIE (1908), que efectúan igual integración en materia de responsabilidad de departamentos, comunas y establecimientos públicos respectivamente. MANZANEDO: *Servicio público: aproximación a...*Pág. 225. VEDEL: *Derecho Administrativo...*Pág. 68.

Las estipulaciones de este contrato fueron incumplidas en parte, y el señor Thérond demandó ante el Consejo de Prefectura por resolución de contrato, reclamando 120.000 francos a título de daños y perjuicios. Esta demanda fue desestimada, recurriéndose ante el Consejo de Estado. Este, en su Arret, se limitó a decidir que el contrato instituía, en beneficio del concesionario, un verdadero monopolio contrario a la libertad de comercio e industria, debiendo ser resuelto y obligándose a la ciudad a incumplimiento del contrato. El Consejo reafirmó su propia competencia indicando que el Ayuntamiento, al celebrar este contrato, intentaba asegurar la prestación de un servicio público y que, por tanto, correspondía a la jurisdicción administrativa el conocimiento del asunto. Con ello, el Arret Thérond, aplica el criterio del servicio público a los contratos de las comunas.

Con base en estas decisiones jurisprudenciales, que en realidad eran supuestos de una gran simplicidad, y escasa entidad real<sup>100</sup>, la doctrina científica liderada por HAURIOU, representante de la Escuela de Toulouse y por su polémico antagonista LEON DUGUIT, este último seguido por ROGER BONNARD, GASTON JEZE, LUIS ROLLAND, representantes de la Escuela de Burdeos, elaboran la teoría del servicio público en Francia.

## 4.2 Origen conceptual del servicio público

En un sentido técnico, el concepto de servicio público<sup>101</sup> aparece originalmente en Francia, como el elemento fundamental de la Teoría del Servicio

<sup>100</sup> VILLAR EZCURRA señala que, de manera imparcial, estas decisiones estarían “alejadas del servicio público en cuanto que no constituyen más que simples acontecimientos, más digno de la anécdota que de la categoría, se edificó por la doctrina... el edificio mayestático del servicio público que “epató” a nuestra doctrina desde 1921 y fue calcada en sus razonamientos, pero no en sus conclusiones, por la jurisprudencia española”. *Servicio público...*Pág. 68.

<sup>101</sup> Aunque el profesor GORDILLO afirma que el término nació y floreció en Francia, caracterizado como actividad de determinado tipo realizada por la administración en forma directa, o indirectamente a través de concesionarios y fue el concepto que sirvió para la construcción del viejo derecho administrativo (*Teoría General del Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, España. 1984. Pág. 561), la doctrina española considera que dicho término se utilizaba también con frecuencia en España durante todo el siglo XIX, y por tanto, antes de la teorización francesa del servicio público. Si bien con un significado impreciso. Así, señala VILLAR EZCURRA que existe una curiosidad, “muy a lo erudito, pero inútil completamente, por buscar el origen del término a quién fue el primero que utilizó una determinada expresión. Ello ocurre con gran frecuencia y un ejemplo más es la idea del servicio público. Esta curiosidad es una simple erudición a la violeta, pues ni a ROUSSEAU, ni a CABARRUS, donde se puede encontrar con anterioridad, ni a los escritos iniciales de reorganización de 1837, donde por pura casualidad se encontró el término. El servicio público, en este momento histórico, no tiene el alcance, el sentido y la orientación que luego (más de cien años después) irá teniendo la misma combinación de palabras. *Servicio público...*Pág. 20.

Público, que vino a revolucionar el Derecho Administrativo, y a hacer a un lado el tradicionalismo francés representado en la Teoría de la Soberanía.<sup>102</sup>

Al analizar el concepto de soberanía, DUGUIT expone que en el siglo XVII y XVIII, la soberanía es el derecho de mandar, cuyo titular es el rey y que se manifiesta principalmente en las leyes, como expresión de la voluntad real soberana. Con la supresión de las monarquías, estas características se atribuyeron al Estado y la soberanía nacional se manifestará de la misma forma que antes: indivisible, inalienable e imprescriptible.

El poder de dominación persiste siempre, pero no es un derecho subjetivo de que el Estado como persona jurídica sea titular: es ante todo una función social, es decir, un servicio público.<sup>103</sup> Considera DUGUIT, que el intento de justificar el poder, de acuerdo a una distinción entre el Estado como sujeto titular de la soberanía y los gobernantes como personas físicas que poseen ese poder, descansa sobre una ficción.

Afirma que el fundamento del Derecho Público no es el derecho subjetivo de mando, sino la regla de organización y de gestión de los servicios públicos.

Señala la doctrina que dicho concepto procede de la Ciencia económica y hacendística, y a partir de la mitad del siglo XIX empezó a ser utilizado cada vez con mayor frecuencia por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina en los países con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa. Véase también sobre el origen y evolución del concepto de servicio público, RIVERO ORTEGA.: *Introducción al derecho...*Pág. 141 y 142.

<sup>102</sup> Los aportes doctrinales de la idea de soberanía lo encontramos en las obras BELLARMIN, BODIN, JEAN DE PARIS, MARSILIO DE PAUDA. Sin embargo, como explica SANTA-MARIA PASTOR la cúspide del sistema liberal se encuentra en el principio de la soberanía nacional, formulado enfáticamente en el artículo 3 de la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano de 1789: “El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”. Se trata, como fácilmente puede suponerse, de una negación dialéctica del principio básico del Estado Absoluto, según el cual el Rey era la fuente de todo poder y ostentaba la potestad suprema dentro del Estado. Pero es también, al propio tiempo, un principio de orden destinado a garantizar la libertad: si la soberanía sólo puede ejercerse en nombre de la nación, “sus poseedores sólo podrán ejercerla en la medida en que la nación se le ha confiado”, por lo que “toda la organización constitucional deberá dirigirse a limitar la potestad de estos poseedores, a fin de impedir hasta donde sea posible que hagan un uso arbitrario de la misma o la empleen con fines personales; más exactamente, la organización constitucional deberá estar combinada de tal modo que ningún órgano del Estado pueda poseer por sí solo la soberanía”. *Fundamentos de Derecho Administrativo I...* Pág. 130.

<sup>103</sup> SENDIN GARCIA sostiene que para “DUGUIT el problema de la legitimación del Estado no supone buscar una fuente de legitimación para un sujeto de derecho, el Estado-persona, titular de la soberanía, y con ello capaz de ejercer el poder público; sino que el Estado, o más bien la actividad desarrollada por éste, se legitima sólo en la medida en que desarrolle su fin propio, es decir cuando va dirigido al cumplimiento del Derecho objetivo”. *Hacia un servicio...*Pág. 33.



La Teoría del Servicio Público postulada originariamente por DUGUIT concebía la Teoría de la Soberanía como una reminiscencia de las monarquías absolutistas, donde el *ius imperium* era un concepto que tuvo origen en una mentalidad religiosamente sumisa, que veía en la imagen del rey la imagen de un Dios cuya voluntad había que obedecer. Sin embargo, una vez desaparecido el absolutismo monárquico, debía también desaparecer el concepto de soberanía.<sup>104</sup>

En consecuencia, para DUGUIT, no era posible distinguir entre actos de autoridad y actos de gestión inspirados en la idea de la soberanía, ya que el concepto de soberanía resultaba tan absurdo como la idea misma de gobierno.

Bajo esta concepción, DUGUIT atacó las bases del sistema liberal que gobernaba Francia desde la revolución, y criticó los principios fundamentales de este régimen, a saber, i) el *individualismo*, en virtud del cual se concebía al hombre como un ser con derechos independientes y por encima de la sociedad; y, ii) la *libertad*, que permitía al hombre ejercer los derechos que le eran reconocidos en armonía con los derechos de las demás personas. Así, para DUGUIT, "...la noción de un poder que pertenece a una persona para imponer a otra su propia personalidad, es una noción del orden metafísico, que no debe tener lugar en la organización positiva de las sociedades modernas".<sup>105</sup>

DUGUIT entiende que los hombres en una sociedad carecían de derechos y tenían sólo obligaciones que cumplir. Obligaciones indispensables para hacer viable la interdependencia social, en virtud de la cual se hace posible la unión y la convivencia humana. De esta manera, señalaba, "[l]os hombres, pues, están sometidos a una regla social fundada sobre la interdependencia que los une. Esta regla es preciso y necesario que exista... así el hombre moderno puede fundar todo el sistema político y social sobre el postulado de una regla de conducta que se impone a todos... esta regla de conducta no es una regla moral, sino una regla de derecho".<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Sobre este particular, DUGUIT afirma que, "...si el origen histórico de [la soberanía] es el que hemos señalado, debía desaparecer tan pronto como desaparecieran las circunstancias que la habían producido. Este concepto de personalidad de la nación, soporte de la soberanía, no había sido consagrado por el derecho revolucionario más que para conciliar la tradición monárquica, siempre viva, con los principios de una filosofía política que en aquella época entusiasmaba y satisfacía a todos los espíritus. La tradición monárquica tenía que olvidarse pronto y olvidarse definitivamente..." *La transformación del Derecho Público*. Madrid, España. Pág. 68

<sup>105</sup> DUGUIT: *La transformación del Estado*. Madrid, España. 1908. Págs. 187-188.

<sup>106</sup> DUGUIT: *La transformación del Estado...* Pág. 192.

Considerando la igualdad como un valor fundamental en la sociedad, DUGUIT sostenía que todos los hombres estaban sometidos a una regla de conducta social, y que tenían todas las mismas obligaciones que cumplir. En consecuencia, siendo todos iguales ante todos, y con obligaciones semejantes, mal podía aceptar el autor la idea de un gobierno que tuviese poderes soberanos distintos a los del resto de la sociedad, como sostenían aquellos seguidores de la Teoría de la Soberanía.

Sin embargo, DUGUIT no era ajeno a la realidad. Entendía que en la sociedad había hombres más poderosos que otros y a esos hombres los llamaba gobernantes. No obstante, los gobernantes, para DUGUIT, no tenían poder soberano alguno. Se trataba sencillamente de hombres que por distintas razones o circunstancias de hecho, ostentaban más fuerza y poder que los demás, pero se encontraban sometidos a la misma regla de la interdependencia social que el resto de la colectividad. Los gobernantes, al igual que el resto de los hombres, tenían también obligaciones que cumplir en función a esa fuerza superior que habían adquirido. Estos hombres, agregaba DUGUIT, "...individuos o grupos, que monopolizan la mayor fuerza, no tienen ningún derecho. Pero miembros de la sociedad, están sometidos a la regla de derecho...; y como tales miembros, están obligados a emplear la mayor fuerza de que disponen en asegurar el respeto, [y] la aplicación de la regla de derecho".<sup>107</sup>

Así, la función de los gobernantes estaba orientada a velar porque los individuos sigan los patrones que la regla de derecho les imponía, pero además, a cumplir con las obligaciones que les eran propias en mérito de aquella fuerza que poseían. Esas obligaciones consistían en la realización de actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés social, y requerían estar sometidas a un régimen jurídico especial de Derecho Público.

En este orden de ideas, mientras las obligaciones de los sujetos privados se encontraban sometidas al Derecho Privado, las obligaciones de los gobernantes se encontraban sujetas al Derecho Público. A estas últimas obligaciones, DUGUIT las denominó servicios públicos.<sup>108</sup> De esta forma, la actividad pública es válida solamente en la medida en que va dirigida al logro de su fin propio, el cumplimiento del Derecho Objetivo, esto es, organizar y asegurar el funcionamiento de los servicios públicos.

<sup>107</sup> DUGUIT: *La transformación del Estado...*Pág. 224.

<sup>108</sup> SENDIN GARCÍA, señala, que en ese punto desdobra su crítica al concepto de soberanía en torno a dos reglas hacia las que, según DUGUIT, debe de estar orientado todo sistema de Derecho Público: que los que ostentan el poder no pueden realizar ciertas cosas y que están obligados a realizar otras. *Hacia un servicio público...*Pág. 34.

La noción de servicio público sustituye así a la noción de soberanía<sup>109</sup> como elemento de deslinde entre el ámbito de aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado, y la consecuente competencia jurisdiccional de los tribunales administrativos y de los tribunales civiles. Pero, además, DUGUIT encuentra en el Servicio Público la única justificación para la intervención del Estado en la sociedad.

De esta manera, el concepto de servicio público fue definido por DUGUIT como, "...toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante".<sup>110</sup>

De esta definición distinguimos tres elementos: a) Una actividad cuyo cumplimiento deber ser asegurado, reglado y comprobado por los gobernantes; b) Esencial para la realización y desarrollo de la interdependencia social; c) Ser de naturaleza tal que no pueda ser ejecutado sino por la fuerza que gobierna.<sup>111</sup>

En este sentido, si bien se trataba de servicios que debían ser asegurados por el gobierno, ello no implicaba que éste debiese prestar directamente el servicio, sino que podía delegar tal función al sector privado manteniendo siempre las facultades de regulación y fiscalización.

No se requería, pues, que la actividad fuese prestada necesariamente por los gobernantes para estar ante un servicio público. Bastaba con que se tratase

---

<sup>109</sup> Efectivamente, señala DUGUIT, "La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como el fundamento del Derecho Público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que bajo la acción de causas muy diversas, cuyo estudio no nos interesa en este momento, se produjo la noción entre gobernantes y gobernados, la noción de servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público". *La transformación del Derecho...* Págs. 93-94.

<sup>110</sup> *La transformación del Derecho...* Pág. 115

<sup>111</sup> FRAGA, a este respecto dice: "En la definición de DUGUIT se puede apreciar que los elementos que concurren para fijar la noción de Servicio Público son muy semejantes a los que concurren para precisar el concepto de administración del Estado...en efecto, decir que el Servicio Público es una actividad que debe ser reglada, asegurada y controlada por los gobernantes porque sólo con la fuerza de que éstos disponen se le puede dar eficaz cumplimiento, equivale a afirmar que hay ciertas actividades que no deben de estar en manos de los particulares, o de otro modo, que hay actividades que debe ser atribuidas al Estado". *Derecho Administrativo*. Pág. 84.

de una actividad que debía ser regulada, asegurada y fiscalizada por ellos, con independencia de quien fuera el prestador de la misma. Podía tratarse, entonces, de una actividad prestada por un sujeto privado, siempre que se encontrase sometido a la regulación y fiscalización de los gobernantes bajo un régimen de Derecho Público.

De esta manera, si bien resultaba un concepto bastante amplio, se trataba para DUGUIT de un concepto objetivo, es decir, sólo constituirían como servicios públicos aquellas actividades indispensables para la satisfacción de intereses y necesidades sociales. Sin embargo, uno de los grandes vacíos de la teoría de DUGUIT, es que la definición dada de servicio público, no permite identificar cuales actividades deben configurarse como servicio público y cual no. Se justifica esta indeterminación porque consideraba que la noción de servicio público, era variable dinámica, y dependía de las circunstancias concurrentes en cada momento y lugar.

SENDIN GARCIA, considera que en este punto, es donde se hace patente la fragilidad de su teoría. Pues lleva a cabo la construcción del Derecho Público sobre una noción teleológica y funcional del servicio público, pero para que esto sea aceptable sería preciso contar con un criterio que nos indicara, en cada momento y lugar, cuales son las funciones que el Estado debe cumplir, esto es, cuales son los servicios públicos cuya organización y funcionamiento ha de asegurar el poder público.<sup>112</sup>

JEZE, el otro gran teórico del Servicio Público - que se distancia de DUGUIT, en este punto- se pregunta: ¿Qué es lo que hace que un servicio sea público? y ¿cómo se reconoce? Responde que la existencia de un Servicio Público se reconoce mediante la averiguación de “la intención del gobernante solamente en lo relativo a la actividad administrativa considerada. Se habla únicamente de Servicio Público, cuando las autoridades de un país, en determinadas épocas, deciden satisfacer las necesidades de interés general mediante el procedimiento del Servicio Público. La intervención de los gobernantes es lo único que debe considerarse”<sup>113</sup>.

En cuanto a los criterios necesarios para conocer si se trata o no de un Servicio Público, responde: “ Resulta imposible establecer un criterio único. Este depende de un conjunto de circunstancias, cada una de las cuales por sí sola, no es suficiente para originarlo, pero de su agrupamiento surge la voluntad de organizar un Servicio Público”<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio público europeo...*Pág. 37.

<sup>113</sup> JEZE, G.: *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Editorial Palma. Buenos Aires. 1947. Pág. 18-19.

<sup>114</sup> JEZE, G.: *Principios...*Pág. 22.

Las principales circunstancias que señala JEZE, las podemos agrupar, en:

El establecimiento de cargas especiales destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio, en particular la constitución de cargas sobre individuo: servidumbres que recaen sobre vecinos linderos de las vías férreas o de las calles públicas.

El indicio más seguro es la organización del poder de percibir el impuesto o las tasas propiamente dichas para asegurar el funcionamiento del servicio.

La creación de un monopolio de explotación es también un indicio muy valioso.

Puede haber Servicio Público aun cuando la satisfacción de la necesidad se haga mediante particularidades en calidad de arrendatarios.<sup>115</sup>

Este mismo autor, distingue, las diversas formas mediante las cuales la Administración puede satisfacer las necesidades públicas: utilizando reglas que están fuera de la órbita del derecho privado (servicio público); siguiendo exclusivamente procedimientos de Derecho Privado (gestión administrativa), o bien dejando su satisfacción a los particulares, limitándose la Administración a “vigilar la explotación y proteger al público contra ciertos abusos del empresario” (empresa reglamentada).

Lo principal, para este Maestro del Derecho, es adecuar la actuación política con la realidad existente, y que no se abandone al criterio de poder político.

Los administrativistas coinciden en señalar a HAURIUO y BERTHELEMY como los principales opositores de esta doctrina. Debe, no obstante, diferen-

---

<sup>115</sup> JEZE considera que es necesario explicar algunos criterios que se pueden confundir y de los cuales habremos de cuidarnos para no caer en la confusión de mezclar Servicio Público con otras actividades:

- a) La realización de un acto de autoridad pública para la fundación de un establecimiento no es criterio satisfactorio, pues como se sabe, este acto es también necesario para el reconocimiento de actividad pública.
  - b) Asimismo, el hecho de que los reglamentos para el régimen y para el servicio interno de un establecimiento debe aprobarlos un agente público, no es decisivo.
  - c) El nombramiento, por el gobierno, de ciertos administradores de un establecimiento, tampoco suministra necesariamente la prueba que los gobernantes han querido adoptar el procedimiento de Servicio Público.
  - d) Además, la necesidad de aprobación administrativa para todos los actos o para algunos actos de administración realizadas por un establecimiento, constituyen una fórmula decisiva.
  - e) Que la contabilidad de un establecimiento esté sometida al control de la Inspección General de Hacienda o del Tribunal de cuentas, tampoco es absolutamente decisivo.
- JEZE, G.: *Principios...* Pág. 23, 24, 25 y 26.

ciarse entre uno y otro, pues las teorías de BERTHELEMY, a pesar de su solidez, no soportaron el paso del tiempo, quizás porque su estricta separación entre los actos de autoridad y de gestión, que esta en la base de sus teorías, formaba parte del pasado.

Muy distinta es, sin embargo, la posición de HAURIOU, que a pesar de su oposición a las teorías de la Escuela de BURDEOS, se integra plenamente en la modernidad jurídica del momento. Al igual que DUGUIT y sus seguidores, es un innovador. Es más, el paso del tiempo, ha demostrado que unos y otros se insertaban en una misma línea de pensamiento, en cuanto todos ellos equiparaban servicio público, poder público, y actuación a través de un sujeto público.

La gran novedad, que introdujeron los maestros franceses de principios del siglo XX, es la utilización de los procedimientos y privilegios de Derecho Público, no solo para el desarrollo de la típica actividad autoritaria del Estado, sino también para lo que llamo HAURIOU, adelantándose a su tiempo, la gestión administrativa.

En definitiva, afirmaron el carácter administrativo y con ello, también la responsabilidad estatal de la prestación de los servicios públicos, que se convierte de esta manera en uno más de los quehaceres de los poderes públicos, con todo lo que ello significa.

Esta aproximación, entre la Escuela de BURDEOS y el Decano de Toulouse, se hace perceptible también en el momento en que la tesis de la Escuela de BURDEOS, entran en crisis. Pues con ellas caen también las teorías del servicio público de HAURIOU. El punto que determina la caída de la teoría tradicional de los servicios público, es el recurso al Derecho Privado para su prestación, elemento que determina la crisis tanto de la posición defendida por DUGUIT y su escuela, como de HAURIOU<sup>116</sup>.

La causa que marca el distanciamiento entre HAURIOU y DUGUIT, y lo ha convertido para la historia en antagonistas, es un aspecto concreto, que aunque central, no impide su proximidad general. Para DUGUIT, el servicio público lo es todo, mientras que HAURIOU, sitúa junto a ellos, la idea de poder público, que tiene un carácter central para la definición del ámbito de lo administrativo. Para él, es poder público, no el servicio público, la base estructural del Derecho Administrativo, si bien introduce también los servicios públicos, en el ámbito de lo administrativo, en cuanto éstos en ocasiones, implican una manifestación del poder público.

<sup>116</sup> SENDIN.: *Hacia un servicio...* Pág. 49 y 59

Esta tesis, se mantiene, de forma constante a lo largo de toda su obra. Ya desde el artículo publicado en el año 1900, titulado “La Gestión Administrativa”, hasta su celebra prólogo de 1927, en el que hace expresa, de forma radical su disensión con DUGUIT<sup>117</sup>.

Por ello, aunque en ocasiones se tacha a HAURIUO de ser un pensador oscuro e incoherente, no deja de seguir, una línea intelectual muy coherente. El juicio de la historia, casi siempre definitivo, ha venido a demostrar que este autor, estuvo más próximo, que su oponente DUGUIT a la realidad jurisprudencial, de su momento histórico. A ello se debe de añadir, que la utilización del criterio del poder público, para fijar la competencia administrativa, que en ultima instancia, supone atender, no a los fines sino a los medios, ha soportado quizás mejor el paso del tiempo, que la tesis objetiva de DUGUIT. Sin embargo, el maestro de BURDEOS, introdujo, un elemento de solidaridad social, que aun hoy en día, sigue inspirando, a la más moderna doctrina administrativa<sup>118</sup>.

En realidad, DUGUIT y HAURIUO, pusieron los cimientos de los dos grandes métodos para enfrentarse al estudio del Derecho Administrativo: el objetivo o material, que atiende a la naturaleza de la actividad, y el formal que se estudia los medios a través de los que esa actividad se manifiesta. Dos constantes, que aún siguen vigentes en el Derecho Administrativo moderno.

## 5. El surgimiento del Estado de Bienestar y la Empresa de Servicio Público.

Como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, se produjo una masificación de las necesidades colectivas, que acentuó la dependencia de los individuos respecto de las prestaciones garantizadas por los Poderes públicos e hizo insostenibles las concepciones radicalmente individualistas de la vida social.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> Véase, la reproducción de ambos, en HAURIUO, M.: *Obra escogida*. La misma interpretación, SENDIN.: *Hacia un servicio...* Pág. 44 y ss,

<sup>118</sup> MARTIN REBOLLO sigue reivindicando la necesidad de volver a DUGUIT, no tanto para volver a las técnicas del servicio público, sino a “la idea larvada que en ellas se albergaba, que no era otra que la idea de solidaridad social plasmada en el Estado que debe asumir las necesidades e intereses colectivos”. “De nuevo sobre le servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. En: RAP. 100-102. Enero- Diciembre de 1983. Pág. 2496-2502. La misma opinión ha sido sostenida por CHINCHILLA MARIN, C.: “Servicio Público: Crisis o renovación?”. En: *Réquiem jurídico de los servicios públicos*. CGPJ. Madrid. 1994. Pág. 74.

<sup>119</sup> MOMMSEN J, afirma que “el régimen del *laissez faire* del siglo XIX y de principios del XX pertenecía definitivamente al pasado. La aceleración, forzada artificialmente, del proceso de industrialización para hacer frente a las crecientes necesidades bélicas, acompañada en todas partes de enormes aumentos en los precios y en los salarios, había provocado

También la Primera Guerra Mundial supuso un cambio radical en los equilibrios territoriales en Europa<sup>120</sup>, y trajo consigo profundas mutaciones políticas, como la desaparición de antiguas monarquías, la extensión del sufragio universal, que a su vez supuso la eclosión de los grandes partidos de masas, el crecimiento de los partidos socialistas y comunistas (así como del anarquismo) bajo la influencia de la Revolución rusa, y de la Revolución Mexicana.<sup>121</sup>

En respuesta a esta crisis del Estado liberal de Derecho, se elaboraron distintos textos constitucionales adecuados a las nuevas circunstancias<sup>122</sup>. La concepción renovada de los principios de libertad e igualdad se manifestó en la consagración de los llamados “derechos sociales” en los textos constitucionales que se inscriben dentro de esta corriente. El objeto de tales derechos estaba constituido en muchos casos por prestaciones materiales a favor de los individuos, cuya efectividad no era posible sin la intervención pública.

Esa intervención pública era necesaria, para asegurar el disfrute real y efectivo de los derechos y libertades clásicas. Añadiendo, con ello, un elemento nuevo a las garantías formales de origen liberal del respeto por parte del Estado de ciertos ámbitos vitales de las personas. También, en algunas cons-

además cambios sociales de gran alcance...los desplazamientos sociales acaecidos durante la Primera Guerra Mundial aceleraron de esta forma la caída del liberalismo europeo, promoviendo en todas las partes una polarización de los agrupamientos políticos...la miseria económica dificultaba en todas partes la reconstrucción, contrastes ideológicos extremos envenenaban la atmósfera política”. *La época del imperialismo* (Europa 1885-1918). Volumen 38. Siglo XXI. Madrid, España.1971. Págs. 333 y 334.

<sup>120</sup> C. PARKER, concluye que “las principales cuestiones que el tratado de Versalles intenta resolver eran las reparaciones, las fronteras de Alemania, el desarme alemán y la suerte de las colonias alemanas”. *El siglo XX. Europa 1918-1945*. Siglo XXI. Madrid, España. Sexta edición. 1982. Pág.7.

<sup>121</sup> Según COTARELO, “el asalto combinado, por emplear una terminología militar, del sufragio universal, la primera guerra mundial, la crisis económica de 1929 y la presión del movimiento obrero, provoca el colapso del Estado burgués liberal en su beatífica forma decimonónica, cosa por lo demás suficientemente clara si se piensa en que la confluencia de los cuatro factores tendría que hacer necesariamente inviable la estructura jurídico-política de ese Estado liberal, basado en la idea de que el voto estaba reservado a las clases poseedoras”. *Del Estado del bienestar al Estado del malestar...* Pág. 10.

<sup>122</sup> Un ejemplo de estas adecuaciones constitucionales lo constituye el artículo 4 de la Constitución Alemana de 1919, que literalmente dice: “Las reglas del derecho Internacional generalmente reconocidas valen como normas obligatorias del derecho alemán”. La Constitución del Weimar -comenta Mario de la Cueva- obligó a los juristas a meditar respecto de las relaciones entre el derecho nacional y el internacional y acerca de los efectos que podrían producir las diversas soluciones. HERMANN HELLER.: *La soberanía*. UNAN. Traducción y estudio preliminar del doctor MARIO DE LA CUEVA. México. 1965. Pág. 59. Esta experiencia, como se conoce no fue en general demasiado satisfactoria, pero ello no se debió sólo a imperfecciones técnico-jurídicas, sino también y sobre todo a las fuertes tensiones sociales e ideológicas de la época.



tuciones se institucionalizó el sufragio universal<sup>123</sup>, el referéndum, la iniciativa popular, e incluso se introdujeron nuevas formas de representación de intereses colectivos (las cámaras de carácter económico).

Por último, se crearon órganos de defensa de la Constitución, inspirados en el Tribunal constitucional propuesto por KELSEN para la Constitución austriaca de 1920.<sup>124</sup> Sin embargo, estas reformas no siempre alcanzaron sus objetivos; estos derechos entraban en contradicción con la estructura misma del Estado de Derecho de origen liberal, que no contaba con instrumentos técnicos para que los ciudadanos pudiesen hacer valer directamente sobre la base de la Constitución pretensiones individuales o colectivas de carácter prestacional frente a los Poderes públicos, sino tan sólo acciones de defensa de los ámbitos de libertad y del derecho de propiedad protegidos por aquélla. Las tareas asistenciales, no tenían una garantía constitucional efectiva. Por otra parte, las modificaciones del parlamentarismo no resolvieron el problema que planteaba la falta de contenido sustancial de las instituciones jurídico-políticas creadas por el constitucionalismo liberal<sup>125</sup>.

En este contexto se hizo necesario la intervención estatal y la superación definitiva del abstencionismo liberal, que se ira logrando de forma progresiva desde los años finales del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial. Proceso que se caracteriza, sobre todo, por la extensión cada vez mayor de la intervención pública en la vida social y económica.

De hecho, la crisis de 1929 marcó el final del paradigma económico del liberalismo clásico y con ello la del abstencionismo estatal<sup>126</sup>. Las reflexiones teóricas de KEYNES fueron esenciales en esta evolución, ya que asignaban a los Poderes

<sup>123</sup> La introducción del sufragio universal en la elección de los miembros del parlamento, se da en Francia y Suiza en 1848; Alemania, en 1871; España, en 1890; Bélgica, en 1893; Austria, en 1907; Italia, en 1920, etc. GARCIA PELAYO.: *Derecho constitucional comparado...* Pág. 382.

<sup>124</sup> La característica esencial, frente al sistema de control de la constitucionalidad de las leyes imperantes en los países anglosajones, explica DUVERGER, radica en la creación de un organismo especializado, de carácter simultáneamente jurisprudencial y político, que juzga sobre la adecuación de la norma o acto de que se trate al ordenamiento constitucional. El precedente de la regulación constitucional española actual se encuentra en la figura similar incorporada a la Constitución de la II República con el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales. El modelo básico, sin embargo, sobre el que se ha construido el ordenamiento vigente es el propio de la Constitución italiana de 1947 y, en menor medida, del regulado por el sistema constitucional alemán. DUVERGER, M.: *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1988. Págs. 556 Y 557.

<sup>125</sup> Un estudio detallado sobre la evolución que ha tenido el régimen parlamento en las democracias occidentales, véase: DUVERGER.: *Instituciones políticas...* Págs.140-150.

<sup>126</sup> RAMON COTARELO indica con acierto “que la forma del Estado de Bienestar comienza a gestarse en lo político en la revolución de 1848, en lo económico su formulación a partir del crack de 1929 y de la propuesta teórica keynesiana. En tanto no se elaboró ésta no se

públicos un papel fundamental en el gobierno de la economía, a través de la utilización de los instrumentos de la política fiscal y del gasto público para impulsar el crecimiento de la demanda agregada y alcanzar la plena ocupación de los factores productivos, sin renunciar a los principios y las instituciones del Estado de Derecho, ni al sistema de economía de mercado.<sup>127</sup> Se trataba, por tanto, de una respuesta a los nuevos tiempos nacida desde el interior del propio capitalismo, que conoció aplicaciones prácticas ya en los años treinta (la famosa experiencia del *New Deal* norteamericano del Presidente Roosevelt, aunque su éxito y afirmación definitiva no llegaron hasta la segunda posguerra mundial).<sup>128</sup>

pudo encontrar una articulación económica y política práctica al Estado social que, o se perdía en las brumas de las ensoñaciones utópicas, o aterriza en el agrio campo de la política social del Estado burgués". *Del estado del bienestar al estado del malestar*. Centro de estudios constitucionales. Segunda edición. Madrid, España. 1990. Págs. 89 y 90.

<sup>127</sup> Desde luego es muy difícil e incluso imposible exponer de una manera resumida las ideas de KEYNES. Sin embargo, a diferencia de los economistas neoclásicos, KEYNES negaba que el sistema económico tuviera instrumentos de autorregulación. En consecuencia, para que el aumento de la ocupación sea efectivo debe ir acompañada de los aumentos de las inversiones, a fin de que absorba la parte de la producción que no se consume, es decir, el ahorro. Así el equilibrio entre la demanda y la oferta depende de la inversión; la causa, por tanto, de la insuficiencia de la demanda está íntimamente relacionada con el incremento inadecuado de las inversiones. Una de las conclusiones importantes a las que llega KEYNES, es que la superación de las crisis económicas no puede lograrse mediante los mecanismos de mercado. Sobre la base de que el desempleo es una consecuencia de las tasas decrecientes del consumo y de la inversión, justifica la intervención del Estado como medio de corregir las fluctuaciones económicas. De esta forma, KEYNES defiende una economía mixta en la que la iniciativa privada se combina con la intervención del Estado, como medio de corregir los fallos del mercado. PREBISCH, R.: *Introducción a Keynes*. Fondo de Cultura Económica. México. 1987.

<sup>128</sup> El *New Deal* no puede entenderse como un plan a largo plazo, en realidad, la política de Roosevelt careció de una trayectoria definida. Sobre todo, se trataba de una política que variaba en función de las respuestas recibidas. Así, aunque empezó siendo moderada, se radicalizó al enfrentarse a una actitud hostil del Tribunal Supremo. Durante los primeros cien días del *New Deal*, se aprobaron los programas de asistencia social que introdujeron un conjunto de medidas encaminadas a remediar la situación de los parados e indigentes. Así, se creó la *Public Works Administration*, órgano encargado de los trabajos públicos. Junto a esta institución cabe destacar la labor desempeñada por la *Federal Emergency Relief Administration*, orientada a crear asistencia para los desempleados a través de diferentes programas, como el que intenta proporcionar subvenciones a las cooperativas de desempleados que fabrican productos para su propio uso. En el marco de la FERA se creó la *Federal Surplus Relief Corporation*, con el objetivo de ayudar tanto a los agricultores, adquiriendo sus productos excedentarios, como a los parados, a quienes se les suministraba. Por otra parte, la intervención estatal en la economía se instrumentalizó, fundamentalmente, a través de tres leyes: La *Tennessee Valley Authority Act* (18 de mayo de 1933), la *Agricultural Adjustment Act* (12 de mayo de 1933), y la *National Industrial Recovery Act* (16 de junio de 1933). RUBIO LARA.: *La formación del estado social...* Págs. 114 y 115. Según R. HOFSTADTER, "nadie que espere encontrar una política única -un plan a largo alcance y concienzudamente previsor- conseguirá entender nunca el *New Deal*, pues esta norma de acción estaba integrada en realidad por un conjunto de improvisaciones, muchas de ellas adoptadas de forma repentina, y bastantes, incluso contradictorias entre sí. *La tradición política americana y los hombres que la forjaron*. Seix Barral. Barcelona, España. 1969. Pág. 414.

Estos cambios supusieron para los servicios públicos, por una parte, que los municipios perdieran definitivamente la primacía en la atención a las necesidades básicas de la población. De tal forma que, muchas de las actividades que constituían servicios públicos locales, pasaron a la titularidad o al control del Poder central.<sup>129</sup>

Por otra, surgieron nuevos instrumentos de intervención pública en la economía, que van a determinar que la acción administrativa asuma ahora nuevas tareas y formas de intervención. Lo que hace evidente, que el servicio público no puede englobar la totalidad de la actuación administrativa como pretendía la escuela de BURDEOS.

Esto no supone en realidad, que se desplace el servicio público, sino que a él se suman otras formas de actividad administrativa. Lo que, en realidad, no implica una disminución de la actividad del servicio público, ésta más bien se va a incrementar de forma notable<sup>130</sup>.

Ahora bien, esta multiplicación de los servicios públicos, va a desencadenar, aunque parezca a primera vista contradictorio, una profunda crisis para esta institución (la gran crisis del servicio público de la que nos hablo DE CORRAIL), pues, estos nuevos servicios públicos asumen nuevas formas de gestión, muchas de las cuales utilizan técnicas de Derecho Privado, lo que supone, un importante correctivo, a las teorías de la Escuela de BURDEOS.

Después de la Primera Guerra Mundial, se llevaron a efecto las primeras experiencias de regulación de la industria y el comercio; el control de precios y de los salarios; y también de la industria en régimen de competencia con los particulares, hecho este último que implica la utilización del Derecho privado con mayores o menores modificaciones.

Estas técnicas se caracterizan por su finalidad de dirección general de la actividad económica nacional, lo que permite distinguirlas de las formas de intervención en la economía que había creado el Estado liberal de Derecho: las reglamentaciones de policía industrial, las normas de protección de la

<sup>129</sup> SERRANO TRIANA, sobre este aspecto indica, que “la densificación de los vínculos sociales, comerciales y políticos, ha conducido a que en el Derecho Administrativo, numerosas actividades serviciales indispensables para la vida colectiva no queden hoy definidas por el ordenamiento local, sino por el ordenamiento estatal”. *Fundamentos del servicio público*. II. Universidad Complutense de Madrid. España. 1990. Pág. 95.

<sup>130</sup> Señala, por ello, SENDÍN GARCÍA, que, “contemplada esta situación desde el punto de vista actual resultaría muy difícil hablar de crisis del servicio público. Pues, con la consolidación del Estado de bienestar lo que se produce en puridad es una extensión generalizada de la intervención pública, y con ello también de los servicios públicos, anteriormente impensable”. *Hacia un servicio...* Pág. 85.

libre competencia, la política monetaria y de control del comercio exterior, y, en fin, la propia institución del servicio público.

La Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias destruyeron las últimas resistencias a la extensión de la intervención pública en las economías de mercado. El modelo de esta nueva fase de la evolución hacia el llamado “Estado del bienestar<sup>131</sup>” lo constituyó otra vez el Reino Unido, con el famoso

<sup>131</sup> J. KEANE señala que “el Estado de bienestar se interpreta como un grupo multi-funcional y heterogéneo de instituciones políticas y administrativas, cuyo propósito es manejar las estructuras de socialización y la economía capitalista”. CLAUS OFFE.: *Contracciones en el Estado de Bienestar*. Alianza Universidad. Madrid, España. 1988. Introducción. Pág. 17. OFFE afirma que “El Estado del Bienestar ha servido como principal fórmula pacificadora de las democracias capitalistas avanzadas para el período subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial. Esta fórmula de paz consiste básicamente, en primer lugar, en la obligación explícita que asume el aparato estatal de suministrar asistencia y apoyo (en dinero o en especie) a los ciudadanos que sufren necesidades y riesgos específicos característicos de la sociedad mercantil; dicha asistencia se suministra en virtud de pretensiones legales otorgadas a los ciudadanos. En segundo lugar, el Estado de Bienestar se basa sobre el reconocimiento del papel formal de los sindicatos tanto en la negociación colectiva como en la formación de los planes públicos. Se considera que ambos componentes estructurales del Estado del Bienestar limitan y mitigan el conflicto de clases, equilibran la asimétrica relación de poder entre trabajo y capital, y de ese modo ayudan a superar la situación de luchas paralizantes y contradicciones que constituían el rasgo más ostensible del capitalismo liberal, previo a este tipo de Estado. En suma, el Estado del Bienestar ha sido celebrado a lo largo del período de postguerras como solución política a contradicciones sociales”. *Contracciones en el Estado de Bienestar...*Págs. 135 y 136. Una definición del Estado de Bienestar, es la que ofrece RODRIGUEZ CABRERO y SOTELSEK, al afirmar que es aquel “conjunto de instituciones estatales que garantizan una serie de derechos sociales ejercitables por la inmensa mayoría de los ciudadanos -universalismo protector-desarrollados a través de políticas y programas de carácter redistributivo sobre la base de la solidaridad intergeneracional y apoyados en la idea básica de “ciudadano trabajador” que es sujeto de derechos sociales y residualmente como “ciudadano necesitado”. *Apuntes sobre Bienestar social*. Universidad de Alcalá. España. Pág. 17. SARASA y MORENO (comp.): *El Estado de Bienestar en la Europa del sur*. Consejo Superior de Investigaciones científicas. Madrid, España. 1995. Págs. 61-81.

Aunque la literatura sobre el “Estado Social” es sumamente abundante, me remito a los siguientes libros consultados: LUHMANN NIKLAS.: *Teoría política en el Estado de Bienestar*. (Versión española e introducción de Fernando Vallespín) Alianza Editorial. Madrid, España. 1993. Págs.31-35; HARRIS DAVID.: *La justificación del Estado de bienestar*. IEF. Madrid, España. Págs. 11-31. ASHFORD, DOUGLAS E...: *La aparición del Estado de Bienestar*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, España. 1986. Pág. 227-336; MISHRA, RAMESH.: *El Estado de Bienestar en crisis*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, España. Págs. 237-261; BALDWIN, PETER.: *La política de solidaridad social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, España. Págs. 17-96.; BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. (Traducción y Prólogo de Rafael de Agapito Serrano), Trotta, Madrid, 2000; De CABO MARTÍN, C., *La Crisis del Estado social*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986; GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987; GIDDENS, A., *Más allá de la Izquierda y la Derecha. El futuro de las poli-*

“Informe Beveridge” elaborado en 1942 y cuyas propuestas fundamentales fueron llevadas a la práctica en la posguerra por el Gobierno laborista<sup>132</sup>.

A partir del mismo, comenzó a construirse el sistema de Seguridad Social tal como hoy lo conocemos y se produjeron nacionalizaciones masivas de em-

*ticas radicales*, CÁTEDRA, Madrid, 2000; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *El Estado Social y Democrático de Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1992; GONZÁLEZ TEMPRANO, A. y TORRES VILLANUEVA, E., *El Estado del Bienestar en los Países de la OCDE*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992; HARRIS, D., *La Justificación del Estado de Bienestar*, IEF, Madrid, 1990; LUCAS VERDÚ, P., *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975; LUHMANN, N., *Teoría política del Estado en el Estado de Bienestar*, Alianza Universidad, Madrid, 1993; RUBIO LARA, M. J., *La formación del Estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991; asimismo, los siguientes artículos: ABENDROTH, W., “El Estado de Derecho Democrático y Social”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E., y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986; ABENDROTH, W., “Sobre el concepto de Estado de Derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania”, en *Sociedad antagónica y democracia política* (Traducción de Manuel Sacristán), Grijalbo, Barcelona-México, 1973; ARAGÓN REYES, M., “Los problemas del Estado social”, en *SISTEMA No. 118-119*, 1994; CASCAJO CASTRO, J.L., “La voz «Estado social y democrático de Derecho»: materiales para un léxico constitucional español”, en *RCEC No. 12*, 1992; De CABO MARTÍN, C., “Democracia y Derecho en la crisis del Estado social”, *SISTEMA No. 118-119*, 1994; De VEGA, P., “Presentación”, *SISTEMA No. 118-119*, 1994; DOEHRING, K., “Estado social, Estado de Derecho y orden democrático”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E., y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986; FORSTHOFF, E., “Concepto y Esencia del Estado social de Derecho”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E., y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986; FORSTHOFF, E., “Problemas constitucionales del Estado social”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E., y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986; GARCÍA HERRERA, M. A., “El fin del Estado social”, *SISTEMA No. 118-119*, 1994; LÓPEZ GUERRA, L., “Las dimensiones del Estado social de Derecho” en *SISTEMA No. 38-39*, 1980; LUCAS VERDÚ, P., “Artículo 1º”, en *Comentarios a las Leyes Políticas (Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil)*, Tomo I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983; MORTATI, C. “Art. 1”, en *Commentario della Costituzione, vol. I. Principi fondamentali*, a cargo de Giuseppe Branca. Zanichelli & Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975.

<sup>132</sup> El informe BEVERIDGE, incorpora seis principios fundamentales: a) Prestaciones uniformes (flat rate of subsistence benefit) independientemente del nivel de renta que cada asegurado hubiese percibido. b) Las contribuciones de todas las personas aseguradas serían uniformes, siendo irrelevante la cuantía de sus recursos (flat rate of contribution). c) Gestión administrativa unificada (Unification of Administrative Responsibility). Este principio se justificaba por razones de eficacia y economía, e implicaba que los asegurados debían pagar una contribución única semanalmente, cotizando con ella todas las prestaciones. d) Suficiencia de las prestaciones (adequacy of benefit), tanto con relación a la cuantía como a la duración, a fin de garantizar un mínimo de ingresos suficientes sin necesidad de otros recursos. e) Amplitud del ámbito de aplicación (Comprehensiveness) tanto con respecto a las personas cubiertas como a los riesgos que debían protegerse. f) Diferenciación (Classification). El sexto y último principio suponían que la seguridad social debía aplicarse teniendo en cuenta los diferentes modos de vida de los asegurados-

presas en los sectores productivos básicos. Las razones que se han esgrimido para justificar las nacionalizaciones han sido diversas. Unas veces, la escasa rentabilidad de ciertas empresas o sectores fue lo que indujo a la nacionalización; en otras ocasiones, las nacionalizaciones estuvieron motivadas por el deseo de castigar a los empresarios que colaboraron con el país ocupante; también se consideró que no era recomendable que determinados sectores que constituían monopolios naturales perteneciesen al sector privado; por último, tampoco faltaron razones ideológicas, alentadas por la idea de que la propiedad pública era una condición indispensable para que la justicia material fuese viable, considerándose que ésta podía modificar las relaciones laborales.

El Triunfo del Partido Laborista en Inglaterra desencadenó la nacionalización de diferentes empresas y sectores. Las justificaciones esgrimidas fueron de distinta índole, entre otras: la convicción de que el control de determinadas industrias básicas era fundamental para una planificación económica eficaz; la creencia de que la competencia conduce a un despilfarro de recursos y que las nacionalizaciones evitarían la duplicación, al menos en las industrias básicas; el repudio del afán de lucro, fundado en motivos morales y, finalmente, la idea de que la empresa pública generaría una mayor igualdad y relaciones laborales más armoniosas.<sup>133</sup> El hecho es que, a partir de 1946, se produjo la nacionalización de las siguientes industrias: carbón en 1946, energía eléctrica, ferrocarriles y canales, transporte en Londres en 1947, gas y aviación en 1948, acero en 1951.

En Francia, las nacionalizaciones que siguieron a la posguerra, fueron más amplias que en Inglaterra<sup>134</sup>. Los estudios que se han realizado al respecto en Francia no han podido encontrar una causa dominante que las explique<sup>135</sup>. Si bien se señala que son razones de carácter político, ideológico y económico las que las suscitaron. Las nacionalizaciones de Gnome y Rhote, así como la de Renault, fueron realizadas a fin de sancionar su colaboración con la ocupación. Los argumentos ideológicos parecen también haber tenido importancia, aunque ese móvil ideológico tampoco responde a una única concepción. Para unos, las nacionalizaciones debían de poseer un carácter

<sup>133</sup> M. ROBSON.: *Industria nacionalizada y propiedad pública*. Tecnos. Madrid, España. 1964. Pág. 45.

<sup>134</sup> La Constitución de 1946 en Francia, hizo de las nacionalizaciones uno de los principios constitucionales. En el Preámbulo, dice que “todo bien, toda empresa, cuya explotación tiene o adquiere los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad”. VEDEL.: *Derecho Administrativo*. Pág. 633.

<sup>135</sup> Un estudio detallado sobre las empresas nacionalizadas, véase: RUBIO LARA.: *La formación del Estado social...*234 y sigs.

anticapitalista; para otros no solo deberían de ser anticapitalistas, sino además antiestatistas: las empresas no debían de entregarse al Estado, sino socializarse en beneficio de los productores y consumidores. Por último, desde una perspectiva económica, se argumenta que las nacionalizaciones fueron concebidas como un medio de racionalizar y modernizar las estructuras económicas, además de ser un medio de dirigir y orientar el crecimiento económico.<sup>136</sup>

Otros países que merecen ser mencionados por el tamaño de su sector público son Austria e Italia. Austria es uno de los países donde las nacionalizaciones fueron más el resultado de un accidente histórico que consecuencia de un objetivo ideológico. Después de la guerra, la necesidad de reconstruir la economía nacional indujo al Parlamento a votar las leyes de 1946 y 1947 por las que se expropiaban industrias alemanas y se situaban bajo el control del Estado las instituciones más importantes de crédito (así como 70 empresas) minas de carbón, hierro y acero, producción de petróleo, el transporte y la distribución de electricidad.

En el caso de Italia, también fueron las circunstancias las responsables de las nacionalizaciones, que en gran parte se heredaron de la época fascista. El *Istituto Per la Ricostruzioni Industriale* (IRI) fue creado en 1933 para amortiguar los efectos de la depresión económica, al objeto de proteger y defender el sistema bancario, que había desempeñado un importante papel inversor en la promoción de las empresas privadas; el IRI era un “Holding” paraestatal de bancos e industrias; posteriormente, en 1953, se creó el *Ente Nazionale Idrocarburi*, cuya actividad se concentró en un ámbito más restringido que el del IRI ocupándose del combustible y de los productos del gas natural.

Un ejemplo contrario a la tendencia nacionalizadora es Alemania, que siguiendo los principios de la economía social de mercado, no sólo no amplió el sector público, sino que tendió a reducirlo; así, en 1959, desnacionaliza la compañía minero metalúrgica *Preysag* y, parcialmente, las fábricas *Volkswagen* y *Veba* en 1961 y 1965, respectivamente.

MYRDAL, aporta una explicación de las causas que llevaron a que la nacionalización no se generalizara, al sostener que el desarrollo del Estado social lo hizo innecesario, debido a que se alcanzaron los objetivos que aquél buscaba a través de otros medios.<sup>137</sup>

<sup>136</sup> RUBIO LARA.: *La formación del Estado...*Pág. 235

<sup>137</sup> G. MYRDAL.: *El Estado del futuro*. FCE. México. 1961. Págs. 87 y sig.

En resumen, en la mayoría de los Estados las declaraciones programáticas orientadas al crecimiento económico trascendieron la praxis política. Aparte de este planteamiento común, en cada país se hace mayor hincapié en unos métodos que en otros.<sup>138</sup>

Otro factor no menos importante de esta nueva fase de evolución fue el apoyo recibido de los Estados Unidos para la reconstrucción de la parte del Continente que quedó libre del dominio soviético y para la creación de “Estados del bienestar” que demostrasen el buen funcionamiento del capitalismo, sirviendo así de contrapunto a los sistemas de “socialismo real” que se estaban implantando en lo que pronto sería el Bloque del Este.<sup>139</sup>

Las grandes formaciones políticas presentes en la posguerra en la Europa occidental coincidían en los puntos básicos de la reforma del orden liberal, sin perjuicio de que pudiesen disentir en la profundidad de la transformación y en determinados aspectos de su aplicación práctica.

Ante todo, en las Constituciones nacidas después de la Segunda Guerra Mundial se consagró, frente a la experiencia del totalitarismo, un orden sustancial de valores basado en la dignidad de la persona humana, lo que permitió rellenar las instituciones heredadas del liberalismo con un contenido material capaz de impedir su utilización como instrumentos adecuados para cualquier fin.

La función legitimadora que la ley no podía ya desempeñar tras la quiebra del orden liberal clásico (de hecho, nunca se restauró un concepto material de ley), fue asumido ahora por las propias Constituciones escritas, cuya vin-

<sup>138</sup> En Inglaterra se consideró prioritario el mantenimiento de la estabilidad de los precios y del pleno empleo, inspirándose en la teoría de Keynes; Francia trató de estimular el crecimiento mediante la planificación indicativa; Alemania intervino para mejorar el funcionamiento de la competencia. Como indica E. HEIMANN, “se conservó el capitalismo repudiándolo...Se hizo menos capitalista, pero así logró que permaneciera algo de él y que la sociedad se salvara. El capitalismo se reformó únicamente para no perecer, pero de todos modos se reformó”. *Crecimiento económico de Occidente*. FCE. México, 1966. Págs... 115.

<sup>139</sup> Desde el punto de vista económico, el programa del Welfare State implicaba una escalada del gasto público muy considerable que, a su vez, había de ser atendido mediante la reforma del régimen fiscal y la explotación del carácter progresivo del impuesto sobre la renta personal, de forma que se garantizará que los que tenían más pagasen más por el sostenimiento de la comunidad. La Hacienda Pública deja de ser un mero recaudador con fines de sufragar los gastos generados exclusivamente por el juego de las instituciones del Estado, para pasar a convertirse en un mecanismo que auxilia en el propósito programático de lograr la redistribución de la riqueza. COTALERO RAMON.: *Del estado del bienestar al estado del malestar...* Pág.49. Es importante destacar que HAYEK sería el primero en atacar de manera directa el Estado de Bienestar en 1948.



culatoriedad y valor normativo directo se reforzó mediante la generalización de los sistemas de Justicia constitucional y el reconocimiento de la existencia dentro de los textos constitucionales de un núcleo irreformable por los procedimientos previstos en ellos.

En cuanto a los llamados “derechos sociales”, la posición adoptada por el constituyente no fue idéntica en todos los países, a causa de las dificultades que presenta la garantía de su eficacia jurídica. De las Constituciones nacionales elaboradas en la Europa occidental en la época que nos ocupa, sólo la italiana de 1946 contiene una lista completa y con vocación de validez inmediata de estos derechos<sup>140</sup>, lo cual no significa que la acción social del Estado no se expandiese también en los demás países; lo que ocurre es que ese desarrollo se produjo por medio de la legislación ordinaria y de la Administración, sin que se viese modificada sustancialmente la estructura constitucional legada por el Estado liberal de Derecho. En este sentido, hay que señalar que la construcción del llamado “Estado del bienestar” no se basó tanto en una modificación profunda de la distribución de la renta y la riqueza, o de la titularidad de los factores productivos, como en un incremento sostenido y constante de la producción, cuyos beneficios se extendieron a todos los segmentos de la población a través de los instrumentos keynesianos de gobierno público de la economía: la imposición personal progresiva y un elevado nivel de gasto público. Concretamente, en esta época los economistas de tendencia keynesiana atribuían al Estado un papel esencial en la corrección a corto plazo de las deficiencias del sistema de economía de mercado, en las tres vertientes de la asignación correcta de los recursos, la distribución equitativa de la renta y la riqueza, y la estabilización económica (crecimiento y pleno empleo).

Otra garantía de democraticidad recogida en muchas de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial fue la constituida por los amplios programas de descentralización territorial del poder, cuya realización práctica encontró, sin embargo, un importante obstáculo en la propia expansión de la intervención pública en la vida social y económica, que provocó una intensificación del centralismo. Sólo en los años setenta se retomó el impulso autonomista, desde la doble perspectiva de la regionalización y de la afirmación de una efectiva autonomía local.

---

<sup>140</sup> DUVERGER.: *Instituciones políticas...*Págs. 252-255.

## 5.1 La Empresa Pública.

El movimiento de nacionalizaciones<sup>141</sup>, que se dio principalmente en Francia, Inglaterra e Italia, aunque, como acabamos de ver, tuvieron diversos motivos, en general, se justificaron por razones de utilidad pública o interés general<sup>142</sup>, en la idea de que el Estado tenía que procurar la satisfacción de las necesidades mínimas de todos los ciudadanos y procurar un nivel de vida adecuado. De este modo se legitimó la intervención de los poderes públicos, sobre la base de los fallos del mercado, que acreditaban las carencias de la iniciativa privada en algunos ámbitos para satisfacer suficientemente las demandas sociales, creando distorsiones insalvables desde la pura mecánica del libre mercado<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> MARTIN MATEO define las nacionalizaciones “como la transferencia al Estado de la titularidad y control de los factores de producción”. *Derecho Administrativo Económico*. Ediciones pirámide. Madrid, España. 1997. Pág. 101. VEDEL señala que la nacionalización es la “expropiación por el Estado de la empresa; pero recae sobre un conjunto de bienes, de derechos y de obligaciones, sobre una universalidad. Se sabe que las expropiaciones ordinarias recaen por el contrario sobre bienes individualizados y no implican un pasivo a cargo del expropiador (salvo las indemnizaciones a los acreedores hipotecarios). Por el contrario, la expropiación en caso de nacionalizaciones recae sobre un conjunto, sobre la universalidad de los bienes entregados a la nueva empresa nacional, y, por consiguiente, plantea el problema del pago del pasivo”. *Derecho administrativo*. Pág. 634. Por su parte, ARIÑO ORTIZ, citando a RIVERO, dice que “se entiende por nacionalización aquella operación mediante la cual la propiedad de unos bienes, o un determinado tipo de bienes o factores de producción, o una empresa o un grupo de empresas, se transfiere a la colectividad con el fin de sustraerla a la dirección capitalista. Este concepto, que es hoy comúnmente aceptado, refleja dos elementos definitorios de las nacionalizaciones: por una parte, la transferencia de la propiedad de unos bienes o factores de producción, organizados o no en empresas, que pasan a la titularidad estatal; por otra, la finalidad de sustraer dichos bienes a la actividad que sobre ellos reposa, a la iniciativa y gestión privadas, para someterlas a la dirección y control estatal. *Economía y Estado*. Marcial Pons. Madrid, España. 1993. Págs. 127 y 128. Por su parte BAENA DEL ALCAZAR, distingue los términos “socialización”, “estatización” y “nacionalización”. Se llama “estatización” a la circunstancia que se produce cuando el Estado asume por sí mismo la dirección de una empresa sin personalidad jurídica. Para el mencionado autor, la nacionalización, en cambio, se lleva a cabo cuando el Estado transfiere los medios de producción a una empresa dotada de personalidad jurídica en cuyo manejo la participación estatal es variable, pudiendo llegar a veces a ser única. *Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*. Tecnos. Madrid.

<sup>142</sup> GASPAR ARINO señala que la empresa pública se justificaba como mecanismo de redistribución, mediante el mantenimiento del empleo o el apoyo al equilibrio inter-territorial. Se alegaban otras causas legitimadoras de la misma: promoción tecnológica, razones de defensa o seguridad nacional, presencia en lo que se llamaban “sectores estratégicos”... Detrás de todas estas causas se apreciaba siempre una vinculación a razones de utilidad pública o interés general. *Principios...* Pág. 459. Una síntesis sobre la historia y el momento actual de la empresa pública en España, en, RIVERO ORTEGA.: *Introducción al derecho...* Págs. 144, 145 y 146.

<sup>143</sup> MONTERO ELENA: *Empresa pública y privatización*. En: *La intervención administrativa en la economía*. Consejo General del poder judicial. Madrid, España. 1996. Págs. 59-69.

La empresa pública<sup>144</sup>, aspiraba a corregir los fallos del mercado, mediante el equilibrio en la producción y la intermediación y la demanda social de bienes y servicios, garantizando la asistencia que el mercado privado no podía ofrecer.

La teoría económica de Keynes afirmaba la necesidad de inversión e intervención pública en momentos de recesión, como medio de expansión y reconstrucción de la economía. Concretamente, y dada la situación de recesión económica, que es la causa de la intervención estatal, después de la Segunda Guerra Mundial, se aspiraba a absorber por medio de la empresa pública el stock de capital, provocado por una excesiva tendencia al ahorro, y empleo, a reactivar determinados sectores económicos, mediante la actuación en ellos de la empresa pública, bien por tratarse de sectores industriales básicos, bien por ser sectores productivos primarios estratégicos; y a capitalizar, mediante inversiones públicas, sectores en los que la inversión privada resultaba insuficiente.

Desde el punto de vista social se trataba de conseguir la redistribución de la renta mediante el abono a los empleados de salarios superiores a los de la empresa privada, y la fijación de precios inferiores a los del mercado, encontrándose la diferencia subsidiada, para operar la redistribución respecto a los consumidores.

Se pretendía, asimismo, la estabilización económica. Se creía que el control de los precios, articulado a través de la empresa pública, evitaría la inflación y

---

<sup>144</sup> La definición de empresa viene dada económicamente: organización de los factores de producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada. El concepto de empresa cuenta con los siguientes elementos indispensables: 1) Empresario; 2) Capital; 3) Patrimonio; 4) Trabajadores; 5) Utilidades; 6) Intercambio mercantil; 7) Clientela. Sobre estos elementos tienen jurisdicción tanto el Derecho Público como el Privado: en el primero, el derecho fiscal, laboral, de seguridad social, la legislación de defensa del consumidor. En el Derecho Privado, tienen jurisdicción el derecho mercantil, societario, financiero, civil e industrial. ¿Qué es lo que altera o adiciona al concepto de empresa el añadirle el e adjetivo de “pública”? MARTIN MATEO nos da la respuesta: “Son muchas las opiniones doctrinales sustentadas, sin embargo, a nuestro juicio; la publicidad de una empresa sólo puede predicarse si ésta se encuentra de una manera u otra controlada por un ente público (titularidad). Precisamente es sólo esta idea del control la única que nos puede poner sobre la pista de la existencia de una empresa pública: en tanto hablaremos de empresa pública, insistimos, en cuanto ésta se halle en su gestión mediatizada por el Estado u otro ente público. Más específicamente entendemos por control la facultad atribuida al Estado o a otro ente público de incidir decisivamente, a través de órganos adecuados, en la formación de la voluntad, en la gestión de la empresa y conocer, sancionándolos en su caso, sus resultados”. *Derecho Administrativo*...Pág. 111. La empresa pública tiene, entonces, como únicos elementos de Derecho público sus aspectos organizativos y la sujeción al ente público del que depende; por lo demás, el régimen jurídico general de las empresas públicas es el del Derecho Privado.

los movimientos especuladores. De esta forma los poderes públicos no sólo se limitaron a ordenar y regular el mercado, sino que intervinieron en él como operadores económicos, en la producción e intermediación de bienes y servicios, y no únicamente respecto de aquellos que se consideraban esenciales, sino también en actividades totalmente desligada de la idea del interés público.

La empresa pública, actuó de esta forma en el mercado de actividades de producción, intermediación y financieras; sometida al control de los poderes públicos. Tales notas van a determinar de forma directa la esencia de su actuación en el mercado.

Sin embargo, es necesario destacar que la empresa pública presenta particularidades, debido, a que por una parte, escapa del control inmanente del mercado, pues, aunque concurre a él aceptando su marco jurídico; está excluida de las reglas de los operadores económicos, debido a que su actividad no se verá determinada por el riesgo a la quiebra, ya que los fondos públicos acudirán en su auxilio cuando la ocasión lo requiera; y por otra parte, no tiene que ser rentable.

Internamente la empresa presenta diferencias igualmente notorias respecto a las empresas privadas, ya que no persigue el lucro en su actividad, y ni aspira a su rentabilidad, en cuanto margen entre el costo de la actividad y el beneficio, lo que le permite el mantenimiento de altos costes y bajos precios.

Las corrientes de pensamiento intervencionistas, resaltaban la bondad de la empresa pública en cuanto perseguía el interés público y el bien común.

VEDEL señala que el punto de coincidencia entre el servicio público (régimen de gestión) y empresa pública (organismos de gestión) no es, pues necesario: “todo servicio público no corresponde de evidentemente a una empresa pública, y no toda empresa pública administra un servicio público”<sup>145</sup>. Sin embargo, es evidente que la empresa pública supone, el impulso y el control del Estado, “con fines de interés general, con exclusión de una apropiación privada”<sup>146</sup>. La diferencia fundamental con la empresa privada, radica en que, la empresa pública no puede tener como único objetivo la obtención de beneficios, pues aunque está sometida a las leyes de las ganancias y de la rentabilidad y no administra un servicio público, no puede desentenderse del interés general<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> VEDEL.: *Derecho Administrativo...*Pág. 640.

<sup>146</sup> VEDEL.: *Derecho Administrativo...*Pág. 640.

<sup>147</sup> VEDEL llama a este último elemento, “interés general”, elemento negativo. En cuanto a los positivos señala; 1) Personalidad moral y autonomía financiera; 2) Un objeto industrial o comercial; 3) Un modo de gestión o de funcionamiento muy semejante al de la empresa privada; 4) Un impulso y un control del Estado o de personas públicas. *Derecho Administrativo...* Pág. 640.

## 6. La primera crisis jurisprudencial del servicio público

Tan espectacular como fue la entrada del servicio público en la dogmática administrativa, que, a instancias de la jurisprudencia y de la doctrina de la Escuela de Burdeos, se había convertido en el elemento central del Derecho administrativo, fue la profunda crisis a la que se vio sometida tan sólo unos años más tarde. La doctrina francesa a sistematizado las causas de esta crisis en tres factores: la aparición de los servicios públicos industriales y comerciales, la aparición de organismos corporativos que tienen atribuido el ejercicio de funciones públicas y las nacionalizaciones que tienen lugar tras la segunda guerra mundial<sup>148</sup>.

El elemento detonante de esta crisis hay que buscarlo, no obstante, en que a partir de la crisis generada por la Primera Guerra Mundial, los gobiernos someten al régimen de los servicios públicos actividades que venían siendo prestadas por el sector privado, asumiendo él mismo la prestación de éstas y haciendo a un lado el mecanismo de la concesión.

La injerencia del gobierno, en casi todos los sectores de la economía, se convirtió en una realidad latente<sup>149</sup> que impedía al sector privado actuar en ejercicio de la libertad de empresa. El Estado se convirtió, entonces, en el titular de múltiples actividades respecto de las cuales su participación resultaba necesaria para una adecuada prestación del servicio. Pero en la medida que amplió la intervención del Estado, aparecieron servicios públicos de un nuevo tipo, que exigía se flexibilizara respecto a ellos las reglas tradicionales del Derecho Administrativo.

En este contexto, en que el gobierno dejaba de ser tan sólo un ente regulador de actividades de interés general y se convertía en el prestador directo y concedente de un gran número de actividades que antes pertenecían al sector privado, se dicta en 1921, el celebre caso del *Arret bac d' Eloka*, en el que el Tribunal de Conflictos, regreso a la Teoría de la Soberanía y a la distinción entre los actos de autoridad y de gestión para determinar el ámbito de aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado, y la consecuente competencia de los tribunales administrativos y de los tribunales civiles. Ocasionalmente con ello, en una profunda crisis a la teoría clásica del servicio público.

<sup>148</sup> De CORAIL, considera que los tres acontecimientos que han determinado las tres grandes crisis del servicio público son los de la aparición de los llamados “servicios públicos de carácter industrial y comercial”; la creación a partir de 1940 de las instituciones de naturaleza corporativa y, tercero y último, las nacionalizaciones realizadas al concluir la Segunda Guerra Mundial. Cita tomada de MARTNEZ MARIN.: *La evolución de la teoría del servicio...* Pág. 1390-

<sup>149</sup> MARTÍN RETORTILLO, S.: “Sentido y forma de la privatización de la Administración pública”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* 39 (2000). Págs. 34-35.

Concretamente, el Tribunal de Conflictos se declaró competente para conocer una demanda interpuesta contra el gobierno de Costa de Marfil por una empresa privada denominada Compañía del Oeste Africano. El gobierno de Costa de Marfil, ubicado en una de las colonias francesas en África, sobre territorio ultramarino, había organizado, junto a otras empresas privadas, un servicio de transporte de pasajeros y mercancías a través de la laguna del Ebrí.

La noche del 5 de septiembre de 1920, la embarcación d'Eloka con la cual se prestaba el servicio de transporte, se hundió en esa laguna ocasionando la pérdida de un vehículo de propiedad de la demandante. En razón de ello, la Compañía del Oeste Africano solicitó ante el juzgado civil de Grand – Bassam, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el hundimiento de la embarcación del gobierno. El juzgado elevó la causa ante el Tribunal de Conflictos para su pronunciamiento, quien dando cuenta de la irracionalidad de la Teoría del Servicio Público resolvió que, “[e]fectuando mediante remuneración el traslado de peatones y vehículos de una ribera de la laguna a la otra, la Colonia Costa de Marfil explota un servicio de transporte en las mismas condiciones que un industrial corriente; por consiguiente... pertenece a la autoridad judicial [civil] conocer las consecuencias dañosas del accidente invocado”<sup>150</sup>.

De esta manera, pese a tratarse de una actividad prestada por el gobierno, que constituiría servicio público, el Tribunal de Conflictos estimó que la justicia ordinaria era competente para resolver la causa, dada la similitud que la gestión del servicio prestado por el gobierno de Costa de Marfil mantenía con los servicios de transportes ejercidos por el sector privado.

A partir del *Arret bac d' Eloka* se produjo un abandono de los postulados de la Teoría del Servicio Público, y los tribunales administrativos pronto reincorporarían a su jurisprudencia la no tan antigua Teoría de la Soberanía, a fin de mantener su competencia solamente sobre aquellos casos en los cuales el gobierno actuase en ejercicio de su *ius imperium*.

## 6.1 Los servicios públicos industriales y comerciales

Con el *Arret bac d' Eloka* se consolida el concepto de servicio público industrial y comercial, este tipo de servicio se caracterizan porque funcionan en condiciones análogas a aquellas en que lo hacen los sujetos privados. De tal forma que en cuanto a su organización, sus condiciones de funcionamiento

<sup>150</sup> MARTIN REBOLLO, L. “De nuevo sobre el servicio público, planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”. En: RAP. N° 100 –102. Vol. III. 1983. Pág. 2480.

y sus relaciones con los usuarios se asemejan a las empresas privadas<sup>151</sup>, quedando por ello bajo la competencia de los tribunales ordinarios.

Originalmente el servicio público se consideró como de utilidad general para satisfacer necesidades colectivas, manejadas por la Administración y por lo tanto sujetas al derecho público.

La aparición del servicio público de naturaleza comercial e industrial, especialmente a partir de la Primera Guerra Mundial y las nacionalizaciones empresariales en Francia y en otros países de Europa, obligó a la revisión de los antiguos criterios doctrinales.

La teoría, el servicio público industrial y comercial se concreta en dos términos: se trata de un servicio público, pero funciona siguiendo las normas de la industria y del comercio. Los objetivos de los servicios industriales y comerciales son la ejecución de actividades económicas del Estado con fines reales o pretendidos de: a). Sustitución de insuficiencias de los mercados; b). Compensación de irregularidades del mercado; c) Lucro y ocupación de capitales disponibles; d) “Estratégicos” y de seguridad de suministros.

MANZANEDO, afirma que la trascendencia de este Arret reside en que la gestión privada se aplica en un servicio público entero, en bloque; así se comenzó a hablar “de servicios públicos industriales o comerciales” por oposición a los “servicios públicos administrativos o propiamente dichos<sup>152</sup>”.

A los servicios industriales y comerciales, se añadieron los servicios sociales, con el Arret NALIATO<sup>153</sup>, del Tribunal de Conflictos del 2 de enero de 1965; y desde ese momento se agrupan doctrinalmente unos y otros bajo la noción más amplia de “servicios públicos en gestión privada”.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> VEDEL: *Derecho Administrativo...* Pág. 697.

<sup>152</sup> MANZANEDO, J. A.: “Servicio Público: aproximación a su línea evolutiva”. En: Estudio Homenaje al profesor LOPEZ RODO. VOL. II. Págs. 226-227.

<sup>153</sup> El Arret NALIATO, trata de una colonia de vacaciones organizada por un establecimiento público, en la que el joven NALIATO fue ligeramente herido. Se declara la competencia de la jurisdicción ordinaria por entender que las relaciones con los usuarios eran privadas. La trascendencia de este Arret reside en la adaptación de la noción antigua de servicios públicos industriales o comerciales al nuevo concepto de servicios sociales. MANZANEDO.: *Servicio Público: Aproximación a su...* Pág. 227.

<sup>154</sup> SENDIN GARCIA comenta que la evolución de esta jurisprudencia dio lugar a múltiples dudas y discusiones. Por un lado hubo quien entendió que suponía la aparición de una nueva categoría de servicios públicos sujetos a gestión privada, otros, sin embargo, consideraron que esta decisión más que situar a los servicios sociales junto a los servicios industriales y comerciales, de tal modo que conformarían ambos los servicios públicos de gestión privada, se limitaba a resolver un caso concreto...llegándose a la conclusión de que estos se sujetaran a un régimen público o privado dependiendo de la forma en que se desarrolle su gestión, esto es, según sea ésta pública o privada. *Hacia un servicio público europeo*. Págs. 62-63.

## 6.2 Servicios Públicos virtuales o impropios

La intervención pública en la economía puede materializarse a través de una pluralidad de mecanismos cuya concreta utilización dependerá de circunstancias muy diversas. Existen ciertos sectores en los que los poderes públicos, sin llegar a ostentar la titularidad que permanece en manos privadas, están obligados a realizar una actividad de supervisión y control como consecuencia de las funciones que les encomienda el ordenamiento en vigor.

Este título les legitima para reglamentar la actividad, requerir autorizaciones, imponer controles, realizar inspecciones, establecer límites en las tarifas..., asemejando el régimen de estas actividades al de los servicios públicos gestionados a través de particulares.

La aparición de estos servicios llamados virtuales o impropios, estuvo sustentada en los *Arret Sociéte des autobus Antibois*, y en *Arret Compagnie maritime*<sup>155</sup>, y supuso la aparición de una nueva categoría de servicios públicos<sup>156</sup>.

La nota distintiva, es que se trata de una serie de actividades en las que no se da una formal declaración de servicio público, pero respecto de las cuales, por razón del interés público especial que encierran, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial: el Estado conserva poderes de ordenación a lo largo del ejercicio de la actividad.

---

<sup>155</sup> En el *Arret Sociéte des autobus Antibois* se enjuicia una decisión del alcalde de Cannes, que prohibía a los transportes de carácter colectivo detenerse para tomar o dejar viajeros en la citada localidad. Esta medida es anulada, pero únicamente en lo que afecta a las líneas de transporte con otras poblaciones, siendo admitida para el transporte que se realice exclusivamente dentro de esa población. Esta resolución del Consejo de Estado es relevante para nosotros en cuanto reconoce la capacidad de la Administración para sujetar la actividad de determinadas empresas privadas, que ejercen una actividad realizada sobre el dominio público y en la que está en juego un interés general, a un régimen especial, que conlleva la realización de obligaciones de servicio Público. En el *Arret Compagnie maritime de l' Afrique orientale* se discute la capacidad del Gobernador general de Madagascar para modificar el régimen al que estaban sujetas las empresas privadas que prestaban determinados servicios a los usuarios de los puertos de la colonia. Esta nueva regulación eliminaba los antiguos permisos, obligando a obtener una autorización, cuya obtención estaba sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones, implicando la imposición de obligaciones de servicios públicos. Tomado de: SENDIN GARCIA: *Hacia un servicio europeo...* Pág. 66.

<sup>156</sup> Como ejemplo típico de esos servicios públicos se encuentran las autorizaciones o licencias de farmacias, el servicio de taxi, los centros privados de enseñanza, los servicios de transporte discrecional (no líneas regulares); la actividad bancaria o de seguros, las instituciones o actividades sanitarias o asistencia privada y hasta la industria turística-hotelera. ARIÑO ORTIZ, G.: *Principios de derecho económico...* Pág. 511.



Siguiendo a ARIÑO ORTIZ, podemos decir que las notas definitorias sobre las cuales se ha montado en Italia y en Francia el concepto de servicio público impropio o virtual, son las siguientes:

- 1) Son actividades esencialmente privadas (no atribuidas ni asumidas por el Estado); 2) que no obstante revisten un interés general muy caracterizado por la colectividad; 3) que se trata de una actividad dirigida al público, es decir, a la masa indeterminada de ciudadanos que se encuentran en la necesidad y en condiciones de reclamarlo; 4) que tales actividades se desarrollan en régimen de autorización (no de concesión) si bien configurando para ellas un régimen jurídico especial, reglamentario, para imponerla prestación de aquéllas debidamente y bajo tarifa<sup>157</sup>.

La doctrina con respecto a los servicios público virtuales o impropios se encuentra dividida: ENTRENA CUESTA, entiende que son “servicios privados, pero por el interés que ofrecen para la colectividad, la Administración podrá someterlos a una serie de controles que se iniciarán con la exigencia de la autorización, y se mantendrán a lo largo del desarrollo de la actividad autorizada mediante la necesidad de someterse no ya a las condiciones, términos y modos que a dicha autorización se añaden, sino, lo que será más frecuente, a toda una disposición de carácter reglamentario. Este es justamente el caso del servicios de taxi, que, por tanto debe ser considerado como un servicios de interés público”<sup>158</sup>.

Por su parte VILLAR PALASI, observa en estas actividades auténticos “servicios públicos en vías de declaración”<sup>159</sup>.

MARTIN RETORTILLO, se ha pronunciado en relación con el servicio de farmacias, en el sentido de mantener tales actividades fuera de la técnica del servicio público. No se trata de “concesiones industriales”, y ello por razón -esencial- de que tales actividades no están asumidas en cuanto a su titularidad por el Estado, sino que ésta pertenece claramente, según nuestro Ordenamiento, a aquellos profesionales que poseen el título correspondiente (profesiones “libres”) y a sus organizaciones corporativas. El hecho de que, a través de la autorización, el Estado asuma una función directiva, operativa, en la prestación de la actividad, de que ésta se limite en su número e incluso de que adopte determinados aspectos típicos de la concesión (por ejemplo, la caducidad por incumplimiento), no altera la calificación, pues

<sup>157</sup> ARIÑO ORTIZ.: *Principios de derecho económico...* Pág. 512.

<sup>158</sup> ENTRENA CUESTA., “*Servicio Público de taxi*”. RAP. Número. 27. 1958.

<sup>159</sup> VILLAR PALASI: *La intervención administrativa en la industria...*Págs. 289 y 290.

ésta se apoya esencialmente en el dato de que “el ejercicio de la profesión farmacéutica implica sustancialmente el ejercicio de una actividad privada”. Concluye afirmando que “acaso pueda estructurarse tal actividad en una valoración axiológica, no positiva, como una actividad de interés colectivo. En tal caso, habría que entender a éste como un estadio distinto del interés público y del simple interés privado. La mayor relevancia que el fin colectivo ofrece del simplemente particular, sintetiza y explica la propia posición de la Administración.”<sup>160</sup>

GOMEZ FERRER, por su parte, estudia a los centros privados de enseñanza, y se pronuncia por la existencia de una previa autorización conformadora, cuyo régimen jurídico especial deriva de la ley con características tales como adscripción de los bienes por treinta años para los centros subvencionados, admisión obligatoria de estudiantes, precios tasados, obligación de continuidad, sujeción a planes, programas, calendarios, titulaciones, etc. Ahora bien -dice, la autorización es reglada, hay subvención modal, pero no reversión. La administración tiene el poder de reglamentar, pero no de mandar internamente en los centros. Por tanto “no estamos ante un caso de servicio público concedido, sino ante un supuesto de ejercicio de la actividad privada”<sup>161</sup>.

MEILAN, analiza las centrales lecheras, y concluye que estamos ante una actividad perteneciente al orden privado (no de titularidad pública), sometida a una publicatio específica, que impone al particular titular de aquélla a una “sujeción especial”, sino que ésta alcance a ser una “potestad modalizadora interna”. No estamos aquí evidentemente, dice, ante un servicio público, pero su status legal es más cercano al de la concesión que al de la autorización (deber de producción mínima, delimitación de área de suministro, obligación de asegurar el abastecimiento con continuidad y recibir la leche que necesiten para ello, caducidad por incumplimiento, exclusiva de venta en su territorio). Por ello propugna para ésta la clasificación de “concesión de gestión económica de interés colectivo.”<sup>162</sup>

ARIÑO ORTIZ, llega a la conclusión que en todos los caso de los servicios públicos virtuales, no existe publicatio de la actividad (no hay reserva de titularidad a favor del Estado), no se exige, en rigor, concesión, si bien la llamada autorización no es una mera remoción de límites (simple declara-

<sup>160</sup> MARTIN RETORTILLO, S., “Acción administrativa sanitaria: la autorización para apertura de farmacias”. En: RAP núm. 25. Págs. 152-162.

<sup>161</sup> GOMEZ FERRER, R., “EL régimen general de los centros privados de enseñanza”. En: RAP núm. 70. Pág. 21.

<sup>162</sup> MEILAN GIL, J. L.: “Régimen jurídico de las centrales lecheras”. En: RAP. Núm. 72. Pág. 91 a 96.

ción de licitud), sino que crea entre la Administración y los particulares una relación permanente de sujeción, con “un deber de facere o praestare”. Por ello, la doctrina ha hablado de estos casos de “autorizaciones constitutivas de relaciones jurídicas permanentes entre la Administración y los particulares”, o de “autorizaciones con funcionalidad operativa”, o “autorizaciones constitutivas de situaciones jurídicas-seccionales”, o “autorizaciones conformadoras”, o “concesiones de gestión económica de interés público”.

En el fondo, acto que proyectan sobre un individuo destinatario, toda una situación jurídica general y objetiva configurada previamente por el ordenamiento (no por la autorización), en la cual queda incurso el autorizado. Se da aquí el juego de lo que la doctrina francesa ha denominado acto-condición (la autorización) que abre la aplicación de acto-regla (la ordenanza), con un complejo de derechos y deberes para ambas partes, que son el contenido de la relación.<sup>163</sup>

Como puede verse, todos estos autores razonan desde la consideración de los servicios público, como una noción subjetiva, en la que éste se entiende existente tan solo cuando la actividad está reservada a la Administración, asumiendo ésta la titularidad de la misma.

Desde esta perspectiva, el servicio público se consideraba como una realidad, necesariamente ajena al servicio público. Ahora bien, como señala SOUVIRON MORENILLA, dicha conclusión viene condicionada por la previa identificación del servicio público, con la titularidad administrativa de la actividad<sup>164</sup>.

El paso del tiempo, especialmente tras el proceso de liberalización que tiene lugar desde los años ochenta, echara abajo la concepción subjetiva del servicio público y, con ello, consagrara una noción objetiva, desde la que resulta difícil excluir los servicios públicos virtuales, del campo del servicio público propiamente dicho. Pero eso ya es otra historia, que todavía no es el momento de contar.

<sup>163</sup> GARPARIÑO: *Principios de Derecho Público*...Pág. 515 y 116.

<sup>164</sup> SOUVIRON MORENILLA, J. M.: *La actividad de la administración y el servicio público. Comares*. Granada. Pág. 134 y 137. La misma opinión, SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio*...Pág. 121.

## 7. Conclusión

Enmarcada en la vorágine de finales del siglo XIX y principio del XX, la noción del servicio público supone, doctrinalmente, un enfoque novedoso de la misión del Estado en la sociedad francesa de la época.

En ese país se planteaba el problema de la falta de un criterio legal claro para la distribución de la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa. La jurisprudencia y la doctrina recurrían a la distinción tradicional entre actos de autoridad y actos de gestión, pero el desarrollo de las tareas sociales del Estado puso de manifiesto la insuficiencia de la misma.

El poder público, en cuanto criterio fundamentador de la actuación pública y la privada, ya no podía concebirse como un instrumento abstracto, desprovisto de una finalidad concreta que justificara sus procedimientos, siendo preciso ofrecer una nueva explicación, de dimensión teleológica, que sirviera para articular las peculiaridades del Derecho Público a partir de otros parámetros.

Así pues, la noción de servicio público desempeñó una función histórica decisiva en el análisis jurídico de las relaciones Estado-sociedad, ya que ofrecía las razones de la existencia de un Derecho Administrativo, derogatorio del Derecho Privado, que otorga ciertas prerrogativas y que fuera más exigente en la imposición de ciertas obligaciones al poder público.

En cualquier caso, debido al esfuerzo de la construcción del concepto de servicio público por la Escuela de Burdeos y el debate que generaron sus propuestas, este concepto adquirió un puesto propio dentro el estudio científico del Derecho administrativo.

La elaboración doctrinal de una verdadera teoría jurídica del servicio público no se produjo hasta que la institución que nos ocupa se convirtió en Francia en la base sobre la cual se trató de construir científicamente todo el Derecho administrativo.

En este contexto, a principios de siglo fueron retomadas las conclusiones del Arrêt Blanco, de 1873, que versaba sobre una cuestión de responsabilidad de la Administración pública, y se empezó a determinar el ámbito del Derecho administrativo como Ordenamiento jurídico a través del criterio del servicio público. Pero si esta orientación tiene un origen pragmático y jurisprudencial, los autores de la Escuela del servicio público aportaron rápidamente un fundamento ideológico para la identificación de la actuación de las Administraciones públicas en su conjunto con el servicio público. Partiendo de una perspectiva pretendidamente realista, estos autores manifestaban su

rechazo frente a la concepción “metafísica” del Estado como ente soberano y querían ver en aquél una federación de servicios públicos gobernada por las reglas objetivas de Derecho nacidas de la conciencia social.

Las tesis de la Escuela de Burdeos alcanzaron un importante éxito por su carácter novedoso y su sensibilidad hacia las nuevas funciones que los Poderes públicos estaban asumiendo en los ámbitos económico y social, pero también encontraron fuertes resistencias entre los partidarios de la vieja teoría de los actos de autoridad o de poder público.

Sin embargo, la teoría del servicio público, sufrió un duro revés por parte de la misma jurisprudencia francesa, que en los años veinte identificó la nueva categoría de los servicios públicos industriales y comerciales, cuyo régimen jurídico estaría regido por el Derecho privado, de manera que la determinación del ámbito de aplicación del Derecho administrativo a través del criterio del servicio público quedó en entredicho y, con ello, la propia validez de dicha noción, que fue sometida a una severa crítica.

Ciertamente, la teoría tradicional del servicio público rigió sólo durante un breve periodo de tiempo, sobre el Derecho Administrativo francés. La expansión de la acción administrativa, con la consolidación del Estado Social acabó con ella. Pero esta crisis fue solo parcial. La idea de servicio público introdujo, una nueva concepción del Estado y la Administración, una nueva forma de administrar informada por una honda preocupación social, y el predominio de la idea de servicio al ciudadano, sobre la de autoridad.

Este elemento, ha perdurado hasta nuestros días y, sin duda, es una de las grandes aportaciones del Derecho Francés, a la ciencia del Derecho Administrativo.

Por influencia de la doctrina francesa, la teoría jurídica del servicio público se extendió a lo largo de los treinta primeros años de nuestro siglo a otros países con regímenes de Derecho administrativo, como Italia o España, aunque ello conllevó inevitablemente una adaptación de aquélla a las peculiaridades de cada Ordenamiento jurídico. En especial, a la larga, en ninguno de esos países se pudo aceptar un concepto de la institución tan amplio como el que se había acabado imponiendo en Francia.

# CAPITULO SEGUNDO

## EL SERVICIO PUBLICO: UNA NOCIÓN QUE CAMBIA EN EL ESPACIO

### Introducción

El esquema evolutivo de los diferentes países nos revela que el sometimiento de los poderes públicos al Derecho cambia de un Estado a otro, por diversas causas. Es difícil de precisar en que momento de la historia se produce estos cambios; sin embargo, la aparición de los servicios públicos, tiene su propio desarrollo; sus particularidades específicas, y sus matices propios.

Esta relevancia tiene su correspondencia en el orden interpretativo y dogmático que desarrolla cada país. Como ya hemos aclarado, en Francia, la concreción funcional de los servicios públicos se opero fundamentalmente en la jurisprudencia en un marco de un proceso o litigio, permitiendo una interpretación progresiva y flexible que ha posibilitado una posterior reconstrucción doctrinal, atenta a las circunstancias del momento.

En otros ordenamientos, como el caso de España e Italia, la noción del servicio público ha sido tributaria de la obra legislativa o normativa. Por el contrario en los Estado Unidos se desarrollo el modelo de intervención pública, a través de las comisiones independientes, en defensa del interés general.

En ese orden de consideraciones tiene sentido estudiar el desarrollo del servicio público en España; y, de las *Public Utility* en los Estados Unidos, para analizar la particularidad del desarrollo de esta noción polisémica en cada uno éstos.

## 1. El servicio público en España

Desde un punto de vista histórico, existen tres factores que abonan a la creación jurídica y dogmática del servicio público en España: la apertura al público de la postal real, la secularización de las antaño fundaciones eclesiásticas y la afectación del demanio, como un anexo y una justificación de la obra pública y por lo tanto del menester de actuación positiva del Estado<sup>165</sup>.

El término servicio público, aparece frecuentemente en el lenguaje políticos y jurídico de la España del siglo XIX. En conjunto, constituyen un agregado de menciones dispersas y desordenadas, que ofrecen una impresión bastante caótica.

Como observa MARTINEZ MARÍN, la construcción doctrinal encuentra unos soportes legislativos y jurisprudenciales del último siglo, especialmente de su segunda mitad, que la posibilitan y facilitan. “Decenas y decenas de sentencias se han venido pronunciando sobre la consideración de servicios y obras públicas<sup>166</sup>, así como concesiones y arrendamientos. Los principios de continuidad y regularidad, la caducidad de las concesiones, anulación de incautaciones naturales del contrato, retención del servicio, etc., la encontramos en gran número de sentencias del Tribunal Supremo<sup>167</sup>. Sin embargo,

<sup>165</sup> VILLAR EZCURRA afirma que el “servicio público habría nacido ya desde un campo puramente sociológico y político desarrollando el árbol de las consecuencias jurídicas positivas que permitirán en el siglo XX su categorización dogmática” *Servicio público...* Pág. 41 y 42. Véase también: TOMAS Y VALIENTE, F.: *El marco político de la desamortización en España*. Ariel. Primera edición. 1983. Pág. 97-114. PRIETO ESCUDERO.: *La burguesía, beneficiaria de las desamortizaciones*. Revista de Estudios Políticos. Núm. 179. 1971. Págs. 65 y sigs. SANTAMARIA PASTOR.: *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX*. Instituto García Oviedo. Sevilla. 1973. Págs. 121 y sigs.

<sup>166</sup> GASCON Y MARIN indica que “muy directamente relacionada con la noción de “servicio público” está la de “obra pública”, nociones unidas en la legislación al regular la forma contractual de obras, servicios, ventas y arrendamientos; pero que conviene considerar separadamente, ya que son cosas diferentes servicio público, obra pública y edificio público, aunque la construcción de un edificio pueda ser obra pública, y la realización de la obra pública requiere la existencia de varios servicio públicos, como el de construcciones civiles o militares y la realización de un servicio público requiere la construcción de obras y edificios públicos”. *Derecho Administrativo...* Pág. 245

<sup>167</sup> Algunas de ellas son las siguientes: 8 de marzo de 1870 (quiebra del ferrocarril Alar-Santander), Decreto competencia de 16 de febrero de 1924 (el contrato de restauración y reforma de la plaza de toros de Manzanares es regulado por el Derecho privado y la jurisdicción competente es la ordinaria, porque el servicio no es público en cuanto carece de la continuidad y regularidad...), del 16 de diciembre de 1907 (se anula por ser lesiva la Orden de 11 de enero de 1907) incautada de dos estaciones radiotelegráficas e impone su devolución, dado su mal funcionamiento), de 30 de enero de 1912 (se confirman las sanciones impuestas por la Administración General del Estado a la Compañía Madrileña

como es evidente, la expresión tenía todavía un significado poco preciso. La idea de servicio público, expresa VILLAR EZCURRA “no estaba demasiado clara. Se acepta, eso sí, como evidente y hasta cierto punto definida aquella zona de actividades que no eran constitutivas en modo alguno de servicio público”.<sup>168</sup>

En todo caso, lo que interesa destacar y resaltar, es que existe una dependencia de la noción de obra pública en el surgimiento del concepto de servicio público; y segundo, la emancipación del concepto de servicio público de las ideas de servicio, obra pública y demanio se da de una manera lenta.<sup>169</sup>

Podemos concluir, como certeramente indica VILLAR PALASI, que en los comienzos del Derecho Administrativo español, dominio público, obra pública y servicio público eran técnico de mutuo apoyo y de igual cobertura que sólo cobraban independencia al ir logrando sustantividad en los comienzos de nuestro siglo (se refiere al siglo XX)<sup>170</sup>.

de Teléfonos por deficiencias en la prestación del servicio), de 7 de noviembre de 1921 (el Estado, dada la situación extraordinaria causada por la Primera Guerra Mundial retiene al vapor Antoñico, aún extinguiendo el contrato, a fin de que las comunicaciones ínter coloniales de la Guinea Española no quedasen sin este servicio) del Real Decreto competencia de 2 de noviembre de 1905 (el gobernador civil de Gerona es competente frente al juez ordinario en el asunto de la intervención judicial del ferrocarril de Olot a Gerona), de 31 de marzo de 1907 (la huelga laboral debe ser considerada como fuerza mayor y consiguientemente irresponsabiliza de la continuidad del servicio público del alumbrado eléctrico a la sociedad propietaria de la fábrica de gas, etc. *La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española*. Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor GARRIDO FALA. Vol. 2. Editorial Complutense. Madrid. 1992. Pág. 1387.

<sup>168</sup> VILLAR EZCURRA.: *Servicio público...*Pág. 45.

<sup>169</sup> SALA ARQUER se pregunta cómo ha ido construyéndose todo ese régimen jurídico peculiar, que nos permite individualizar la categoría del servicio público alrededor de las fechas mencionadas. A lo que contesta que “no existe un proceso uniforme”. Pero al mismo tiempo, señala “que a mediados del siglo XIX, se observa la posibilidad de un uso general y público desligado de un bien demanial que le sirviera de soporte objetivo, pasando a configurarse entonces el término de servicio público como un nuevo título de potestad para la administración. En segundo lugar, muchas actividades siguen un “íter” que va desde la absoluta libertad para su ejercicio, pasando por una reglamentación cada vez más intensa, hasta terminar en su “publicatio”, en la declaración de servicio público: así, los servicios públicos de agua, gas y electricidad. En tercer lugar, la utilización de la técnica de las antiguas regalías, que en esa época entroncan con la idea del servicio público; ésta es la razón por la que la legislación y la jurisprudencia hablan de actividades tales como la conducción de sal, o de tabacos, calificándolas claramente de servicios público”. *La noción jurídica de servicio público: Notas para un estudio de sus orígenes...* Pág. 268.

<sup>170</sup> VILLAR PALASI.: *La intervención administrativa en la industria...*Pág. 161.



## 1.1 La formación del concepto de Servicio Público en España

La doctrina francesa del servicio público se introdujo en España<sup>171</sup> gracias a la labor de ADOLFO POSADA<sup>172</sup>, quien es su primer receptor, defensor y apologista<sup>173</sup>.

Con anterioridad a la obra de Posada, no existe una elaboración doctrinal, como categoría unitaria, no obstante la expresión de servicio público se encuentra en las obras de ALEJANDRO OLIVAN<sup>174</sup>, MANUEL COLMEIRO y SANTAMARIA DE PAREDES<sup>175</sup>

Se considera que “La teoría del servicio público” de GARCIA OVIEDO es el ensayo jurídico más completo sobre la materia en ese momento. El texto recepciona la doctrina de los autores de la escuela de Burdeos, pero también existen referencias doctrinales italianas y alemanas; e incluye bibliografía de autores españoles.

<sup>171</sup> La legislación española adoptó el término francés de servicio público, pero como POSADA indica en el prólogo al libro de GALLOSTRA: “ Si hace al caso que hayamos seguido en esto a los franceses, cuyos principios administrativos venimos adoptando desde hace siglo y medio, no por espíritu de imitación servil, sino porque Francia y España se han desenvuelto históricamente casi de una misma manera, no podemos imitar a los ingleses por más que la gran libertad de que gozan arrastre nuestra simpatía hacia las instituciones en que la fundan”. VILLAR EZCURRA.: *Servicio público...*Págs. 64 y 65.

<sup>172</sup> ADOLFO POSADA, en 1926, afirma que: DUGUIT, con HAURIOU, son, entre los autores extranjeros, de los que mayor autoridad han logrado en la juventud universitaria española que, más o menos, se especializa en las disciplinas de Derecho Político y Administrativo. “Estudio preliminar sobre la idea del Estado y la noción de soberanía”. DUGUIT.: *Las transformaciones del Derecho Publico...*Págs. 5-6.

En esa misma época, CARLOS GARCIA OVIEDO publicó un estudio sobre el servicio público, que aunque basado en la doctrina francesa, recibe influencia de autores italianos y alemanes. GARCIA OVIEDO, C.: *La teoría del servicio público*. “Revista General de Legislación y jurisprudencia”. Tomo 142, 1923, Pág., 5-41, 118-153 y 238-265.

<sup>173</sup> ADOLFO POSADA se le critica que la importación que realiza de la teoría del servicio público de Francia, “es tan teóricamente abstracta que no menciona ni un solo texto legal, disposición jurisprudencial o, incluso, cita de autor doctrinal español.

<sup>174</sup> La primera obra sistemática sobre la Administración pública en España, en palabras de GARCIA DE ENTERRIA. La obra en OLIVAN fue editada en 1842 en la Enciclopedia Española del siglo XIX, voz Administración y publicada al año siguiente de modo separado. El Instituto de Estudios Políticos la reedita de nuevo en 1954 con un prólogo de GARCIA DE ENTERRIA.

<sup>175</sup> MARTINEZ MARIN señala que “el servicios público no se encuentra ni como categoría jurídica ni siquiera como voz en el índice alfabético de MANUEL COLMEIRO, sin embargo, a través de la lectura detenida de “los caminos de hierros”, dentro de la materia general del dominio público, se encuentra algunos de los elementos básicos y en estado embrionario de la construcción teórica del servicio público...La presencia de esta categoría es mucho más fugaz e importante en el *Curso de Derecho Administrativo* de SANTAMARIA PAREDES, a pesar de la aparición de su octava edición en 1914. *La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española*. Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX... Pág. 1381.

Sin embargo, a partir de la famosa tripartición de la actividad administrativa en policía, fomento y servicio público, que formuló JORDANA DE POZAS tomando elementos de distintas procedencias (la doctrina iuspublicista germana para el concepto de policía, las teorías del Despotismo ilustrado español y alemán y del primer liberalismo, representado por JAVIER DE BURGOS, para el fomento, y el servicio público como una noción en cierto modo residual) empezó a surgir una concepción doctrinal propia (española) del servicio público<sup>176</sup>.

Pero, no podemos olvidar que, en ese período también se publican las obras de FENANDEZ DE VELASCO<sup>177</sup>, ANTONIO ROYO VILLANOVA<sup>178</sup>, ALVAREZ-GENDIN<sup>179</sup> y DE GASCON Y MARIN<sup>180</sup>, que van a contribuir a la españolización de la teoría del servicio público.

<sup>176</sup> La tripartición de las formas de la actividad administrativa de JORDANA DE POZAS llegó incluso al Derecho positivo, siendo recogida por el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales de 17 de Julio de 1955, que distinguía en sus tres primeros títulos la intervención administrativa en la actividad privada, la acción de fomento y los servicios de las Corporaciones locales. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, en Revista de Estudios Políticos 48. 1949. Pág. 41. También publicado en Homenaje a JORDANA DE POZAS. Tomo I. Madrid. 1961. Págs. 477 y sigs. *Derecho Administrativo*. Segundo Tomo. Madrid. 1924. Pág. 139. SENDIN GARCIA, señala que “bien literalmente o con algunas modulaciones, esta construcción esta presente en la mayor parte de nuestros Tratados de Derecho Administrativo”. Así. R. MARTIN MATEO, que distingue entre acción administrativa de garantía, de prestación y de estimulación. *Manual de Derecho Administrativo*. Trivium. Madrid. 13 edición. 1990. Págs. 450-460. VILLAR EZCURRA, por su parte, distingue entre actividad de los particulares, de prestación directa de bienes o servicios, y de garantía de la prestación de servicio. “Los cauces de la intervención administrativa”, en LUIS JORDANA DE POZAS. *Creador de Ciencias Administrativas*. Madrid. 2000. Pág. 292. *Hacia un servicio...* Pág. 96.

<sup>177</sup> Para VELASCO, el servicio público sólo es una parte de la actividad administrativa o servicio administrativo. *Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*. Tomo I. Segunda Edición. Bosch. Barcelona. 1930.

<sup>178</sup> ROYO VILLANOVA, aborda el servicio público desde el aspecto organizativo, pero no desde la construcción teórica. *Elementos de Derecho Administrativo*. Decimoséptima edición. Valladolid. 1942.

<sup>179</sup> ALVAREZ-GENDIN trata la teoría del servicio público como categoría jurídica unitaria (noción, clasificación, elementos, modos de gestión, intervención administrativa en la prestación libre de los servicios de necesidad y participación de los administrados en el servicio público). *El servicio público. Su teoría jurídica-administrativa*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1944. MARTINEZ MARIN señala que la exposición carece de citas y estas características determinan que el autor presente un esquema que, aunque ciertamente recoge las cuestiones básicas de la teoría clásica, es personal y sus soportes materiales o datos jurídicos son ya españoles. La teoría ya es una construcción doctrinal propia”. *La evolución de la teoría del servicio público...* Pág. 1385.

<sup>180</sup> GASCON Y MARIN ofrece una noción personal del servicio público: “el prestado para satisfacer necesidad general pública, de modo regular y continuo, utilizando procedimiento jurídico también que somete las relaciones creadas a régimen especial”. *Tratado de derecho administrativo*. Décima edición. Madrid. 1948.

Una de las características fundamentales de la teoría del servicio público español, radica en que esta figura nunca llega a ocupar en la sistemática de los administrativistas españoles el lugar central que había adquirido en las teorías de los autores de la Escuela de Burdeos, de ahí que el auge y la crisis de esta noción deban ser relativizados y matizados en el derecho español, a diferencia del francés.

Debe tenerse en cuenta que, aunque la influencia de este país es decisiva en la evolución del servicio público en la doctrina española, no impide que esta última siga su propio camino, y logre la elaboración de una construcción propia<sup>181</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en Francia, en España la doctrina mayoritariamente niega la concepción amplia de servicio público, desde la que se equipara esta noción con la totalidad de la actividad administrativa. Tan sólo en algún ámbito muy concreto, como la contratación administrativa<sup>182</sup>, y aun estos campos de forma más que cuestionable<sup>183</sup>, cala en cierta medida la tesis amplia francesa. Afirmándose, con carácter general, que el servicio público es tan sólo una forma más de actividad administrativa<sup>184</sup>. De tal forma que, como señala DOMÍNGUEZ-BERRUETA, “todo lo que se refiere al campo del servicio público pertenece al campo del Derecho administrativo, pero que éste es más amplio comprende también otras normas”<sup>185</sup>.

Esta reducción del servicio público a una de las modalidades de la actividad o función administrativa ejerció en la doctrina española una influencia similar a la que había tenido en Italia a principios del siglo XX la distinción entre funciones y servicios públicos, pues permitió que el concepto del primero se restringiese hasta abarcar solamente la actividad administrativa de prestación de utilidades económicas o sociales a los particulares.

<sup>181</sup> GARCÍA LLOVET, E.: *El régimen jurídico de la radiodifusión*. Marcial Pons. Madrid, 1991. Págs. 175-176.

<sup>182</sup> GARRIDO FALLA apunta que “sólo para la caracterización del contrato administrativo, atribuido, por tanto a la Jurisdicción contenciosa-administrativa, ha jugado el concepto de servicio público entre nosotros un papel determinante. *Tratado de derecho administrativo*. Volumen II. Técno. Octava edición. Madrid, España. Pág. 276.

<sup>183</sup> En opinión de SENDÍN GARCÍA, “la idea de servicio público no fue tampoco el único criterio utilizado para fijar la competencia administrativa en materia contractual. Así, encontramos sentencias que utilizan éste, pero junto a ella encontramos otras que siguen diferentes criterios”. *Hacia un servicio...* Pág. 92.

<sup>184</sup> SALA ARQUER, J. M.: *El principio de continuidad de los servicios públicos*. INAP. Madrid, 1977. Pág. 11.

<sup>185</sup> DOMÍNGUEZ-BERRUETA, F.: *Ideas y normas de Derecho administrativo*. Salamanca, 1941. Pág. 14.

En cualquier caso, este factor atenúa bastante en España los efectos de los acontecimientos que en Francia tuvieron tan honda repercusión. Si bien, a partir de aquí no hay una uniformidad doctrinal al respecto. Pues algunos autores niegan la existencia de una crisis del servicio público, que fue –afirman– un fenómeno típicamente francés, que no alcanza a España<sup>186</sup>; otros afirman que tuvo en España una trascendencia relevante<sup>187</sup>; y hay también, por último, quienes consideran que se produjo aunque de forma mucho más atenuada y relevante<sup>188</sup>.

Unos de los puntos fundamentales en los que se plasmó, en cualquier caso, esa crisis, contribuyendo notablemente al desarrollo de una visión autónoma del servicio público en España, fue el debate sobre la relación entre el servicio público y las nuevas actividades industriales del Estado (gestión económica)<sup>189</sup>.

Efectivamente, a inicios de los años cincuenta VILLAR PALASI propuso el reconocimiento de la existencia de un nuevo tipo de actividad administrativa, que se añadiría a la tripartición entre policía, fomento y servicio público: la actividad industrial o de gestión económica, en la que entrarían aquellos supuestos de ejercicio de empresa por la Administración pública en concurrencia con los particulares que se resuelven en una simple dación de bienes al mercado.

En lo económico, el concepto de servicio público quedaría limitado a aquellas actividades de relevancia empresarial cuya titularidad ha sido asumida por el Poder público a través de su *publicatio* formal, a fin de garantizar prestaciones esenciales a los individuos<sup>190</sup>.

<sup>186</sup> MEILAN GIL, J. L.: “El servicio público como categoría jurídica”, en *Cuadernos de Derecho Público* 2 (1997). Pág. 79.

<sup>187</sup> VILLAR ESCURRA, J. L.: “Los cauces de la intervención administrativa”, en *Luis Jordana de Pozas. Creador de la Ciencia Administrativa*. Madrid, 2000. Pág. 287.

<sup>188</sup> SOUVIRÓN MORENILLA: *La actividad de la Administración y...* Pág. 121. SENDÍN GARCÍA: *Hacia un...* Pág. 98.

<sup>189</sup> En efecto, la simultaneidad de esta polémica con la que surgió en Francia dando lugar a lo que se ha dado en llamar “crisis del servicio público”, y la originalidad de los términos en que se planteó la cuestión en España, evidencian que la doctrina española no se limitaba ya a importar teorizaciones francesas con mayor o menor retraso. Véase, sobre esta polémica los artículos y libros, publicados: VILLAR PALASI.: *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*.” *Revista de Administración Pública*. Núm. 3. 1950. Pp. 53-129. También, *La actividad administrativa en la industria*. Instituto de Estudios políticos. Madrid. 1964. GARRIDO FALLA.: *Las transformaciones del régimen administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1954. Así mismo, *Tratado de Derecho...* Pág. 276 y 277. GARCÍA DE ENTERRÍA.: “La actividad industrial y mercantil de los municipios”. *RAP*. Núm. 17. 1995. Pág. 87-138.

<sup>190</sup> VILLAR PALASI.: *La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo*; y GARCÍA DE ENTERRÍA.: *La actividad industrial y mercantil de los municipios...* Pág. 118.

Frente a la propuesta de VILLAR PALASI, se alzó una parte de la doctrina, encabezada por GARRIDO FALLA, que defendía un concepto objetivo de servicio público que incluyese también los servicios públicos virtuales o impropios, además de la propia actividad empresarial de los entes públicos<sup>191</sup>.

<sup>191</sup> Debido a la trascendencia del debate, me permito transcribir los argumentos más importantes del mismo: “En sentido originario -señala VILLAR PALASI-, el concepto del servicio público sólo puede comprender la prestación de necesidades materiales de bienes. No puede, por ello comprender aquellas actividades nuevas de la Administración dirigidas a la producción de bienes económicos materiales. “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en Revista de Administración Pública. Núm. 3. Pág. 63. Por su parte GARCIA DE ENTERRIA indica que “el monopolio de *iure* es un índice inequívoco del servicio público, o, en otros términos, todo servicio público es un monopolio, en cuanto que la nota es una competencia exclusiva”.(La actividad industrial y mercantil...Pág. 29). Ahora, en cuanto a la “gestión económica” señala: 1) Que la actividad de gestión económica no es sustancialmente pública, mientras que la de servicio sí lo es. 2) Que no puede reconducirse a simple “actividad administrativa de Derecho privado”, puesto que ofrece en muchos aspectos un régimen exorbitante. 3) Porque también la actividad del Derecho privado se presenta hoy en la gestión de servicios públicos propiamente tales (Op. cit. Pág. 30). A estos argumentos GARRIDO FALLA contesta: a) La afirmación de que el monopolio de *iure* es el signo inequívoco del servicio público, no puede aceptarse. En la evolución que más atrás hemos descrito de la actividad administrativa de prestación nos hemos referido cabalmente al grupo de servicios asistenciales (beneficencia, sanidad, educación) que son prestados por el Estado en *concurencia* con la actividad de los particulares, no para suplirla. Las reglamentaciones administrativas que se dictan sobre esta materia (por ejemplo, sobre establecimientos privados docentes) no tienen su justificación en la potestad que la Administración tienen para organizar sus propios servicios, sino en el poder general de policía. Un colegio de primera o de segunda enseñanza no es, de acuerdo con nuestro Derecho, una concesión administrativa, sino un “establecimiento reglamentado” y la diferencia entre uno y otro concepto está apuntada en cualquier obra de Derecho Administrativo. b) O es, por tanto, un azar que sean justamente los servicios que implican una explotación industrial los que ofrezcan la nota del monopolio. Y esto nos demuestra que no estamos tanto ante una nota esencial al concepto como ante una garantía de tipo económico que la Administración se toma con vista a la ulterior explotación del servicio (por sí o por medio de concesionarios). Podrá explicarse de otra forma la prohibición de servicios de transporte por carretera coincidente con los itinerarios de la RENFE que con carácter general establece nuestro Derecho positivo? Es que acaso lo que el interés público al menos desde el punto de vista de los usuarios- parece exigir no es precisamente lo contrario: la mayor cantidad y variedad de comunicaciones entre los distintos puntos del país?. c) A la inversa, la idea monopolística aparece, en cambio, en el terreno que quiere reservarse a la gestión económica. La llamada “concesión industrial” (a la que VILLAR PALASI dedica por cierta especial atención) se manifiesta en muchos casos como una garantía de imposición al mercado que el Estado ofrece a la producción (total o parcial) de una determinada empresa industrial. Esta garantía opera comprometiéndose el Estado a no autorizar otras industrias en competencia en tanto el mercado nacional no absorba la producción garantizada. d) La afirmación de que los servicios públicos, o sea, los que tradicionalmente se conocen como tales, constituyen actividades *sustancialmente pública*, mientras que la gestión económica no lo es, es asimismo discutible. Así, muchos de los servicios incluidos en el artículo 166 de la Ley de Régimen local (que para GARCIA DE ENTERRIA, son indubitables servicios públicos) podrían, perfectamente, encontrarse en manos privadas sometidos, en el peor de los casos, a una mera reglamentación policial; por ejemplo, el caso de las pompas fúnebres y, si se nos apuran muchos, el propio caso de

De los términos en que se desarrollo este debate, se puede inferir que en España existía ya una noción propia de servicio público, que se había ido alejando progresivamente de la francesa.

Asimismo, en este periodo se realizaron investigaciones sobre el origen del servicio público en España, que pusieron de manifiesto el carácter autónomo de su nacimiento como institución jurídica<sup>192</sup>.

En definitiva, aunque en un primer momento, el Derecho Administrativo español, importo de Francia la doctrina del servicio público, posteriormente se fue alejando de esta teoría, hasta el punto de elaborar sus propios postulados jurídicos.

Por ultimo, es necesario hacer una distinción: existe una gran diferencia, entre la aparición del régimen jurídico del servicio público, que se produjo tan espontáneamente en España<sup>193</sup> como otros países con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa, y la formulación doctrinal de un concepto de servicio público, que en un primer momento dependió casi por completo de las teorizaciones llevadas a cabo en Francia, si bien con posterioridad, elaboró una doctrina propia<sup>194</sup>.

los transportes urbanos (que en parte son servicios privados reglamentados: los taxis. En cambio, una importantísima parte de la actividad llamada de gestión económica asumida por el Estado lo ha sido por estrictas consideraciones de interés público. Así, las nacionalizaciones que se han producido en Francia sobre la base de la anterior Constitución de 1946 han encontrado cabalmente su apoyo en la autorización que en dicha ley fundamentalmente se contenía para que el Estado asumiese las actividades económicas de producción que llegasen a adquirir carácter de “servicio público nacional”. c) Finalmente, la afirmación de que hay actividad de servicio público sometida a Derecho Privado y, viceversa, aspectos de la gestión económica regidos por el Derecho Público (que es, desde luego cierta), vienen a apoyar la postura que mantenemos en el texto y que determina la consideración en bloque de la Administración como prestadora de servicios y bienes, con independencia del régimen jurídico que preside tal actividad. *Tratado de derecho administrativo...*Pág. 277

<sup>192</sup> El punto de partido de esta línea de investigación lo constituyen las obras de VILLAR PALASI: *Concesiones administrativas*, y *La intervención administrativa en la industria*.

<sup>193</sup> SALA ARQUER, J. M.: “Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado”, en *Administración de Andalucía* 56 (2004). Pág. 11.

<sup>194</sup> La idea del servicio público surge no sólo conectada a la de obra pública y al contrato administrativo, sino también como procedimiento para que una determinada actividad particular quede sometida más fuerte y directamente a la potestad doméstica de la Administración. En los comienzos del derecho administrativo español, indica VILLAR PALASI, dominio público, obra pública y servicio público eran técnicas de mutuo apoyo y de igual cobertura que sólo cobrarán independencia al ir logrando sustantividad en los comienzos del siglo XX. El servicio público sirve inicialmente en España de criterio para la separación jurisdiccional: son contratos administrativos todos aquellos que tengan como objeto las obras o los servicios públicos. El Servicio público surge, así, como un criterio jurisdiccional sin adquirir en el momento de su nacimiento la configuración de una categoría sustantiva. *La intervención administrativa en la industria*. IEP. Madrid. 1964. Pág. 161.

## 1.2 El servicio público en la Constitución Española

La aprobación de la Constitución Española el 27 de diciembre de 1978 supuso un cambio radical de los esquemas jurídicos vigentes hasta la época<sup>195</sup>.

La configuración del Estado español como Social<sup>196</sup> -art. 1.1 de la Constitución de 1978- implica consecuencias trascendentales a la hora de definir la

SANTAMARIA DE PAREDES consideraba que “al establecer la jurisprudencia el principio de que la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede conocer más que de aquellos contratos celebrados por la administración, para una obra o un servicio público, ha venido a declarar contratos civiles todos los demás de la Administración que no son para obras o servicios públicos”. Sin embargo, como apunta PARADA, el término “servicio” es empleado sin la carga de precisión técnica con que muy posteriormente habría de quedar acuñado por la ciencia del Derecho administrativo. Es más bien sinónima, en esta época de “órgano”, “necesidad” o “función” y desde esta perspectiva comprender todos los contratos instrumentales e incluso los de gestión del patrimonio privado, que son “función” y “competencia” de los órganos de la Administración, siempre que concurre en ellos la circunstancia de ser celebrados “con vistas al interés general” como –si bien tardíamente- la Jurisprudencia terminaría por reconocer, asimismo, la admisión de la competencia sobre bienes nacionales, materia en la que la adopción de un criterio restrictivo hubiese dejado fuera de la competencia de la jurisdicción administrativa.

<sup>195</sup> RODRIGUEZ ARANA- MUÑOZ señala que la “Constitución de 1978 ha producido evidentes impactos sobre los pilares de nuestro Derecho Administrativo llegando, al establecimiento de un Derecho Administrativo Constitucional presidido precisamente por una necesaria interpretación del interés general en armonía con los valores constitucionales”. “La empresa pública en el Estado social y democrático de derecho”. Volumen III. En: Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor GARRIDO FALLA. Pág. 1674. Véase también, RIVERO ORTEGA.: *Introducción al Derecho*. Págs. 50, 51, 52 y 53; A. SANCHEZ BLANCO.: *El sistema económico de la Constitución Española*. Editorial Civitas. Universidad de Malaga.1992. Págs. 33, 34 y 35.

El itinerario constituyente, y la cronología de la misma se puede leer en: ALZAGA, O.: *La constitución española de 1978*. Ediciones del Foro. Madrid, España. 1978. Pág. 22-66. Así mismo, los excelentes estudios previos a la aprobación de la Constitución española de LUCAS VERDU, P.: *La octava Ley fundamental. Crítica jurídico-política de la Reforma Suárez*. Con interesantes prólogo de ENRIQUE TIERNO GALVAN. Ed. Tecnos. Madrid. 1976. SANCHEZ AGESTA, L.: “La nueva Ley Fundamental para la Reforma Política”. En: *Revista de Derecho Público*. Número. 66. Enero-Marzo. 1977. GONZALES NAVARRO, F.: *La nueva Ley Fundamental para la Reforma Política*. Ed. Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno. Madrid. 1977. MARTIN OVIEDO, J. M.: “De la octava Ley fundamental del Reino a la nueva ordenación constitucional española”. En: *Revista de Derecho Público*. Números. 68-69. Julio-Diciembre. 1977. Asimismo, SANCHEZ BLANCO.: *El sistema económico de la Constitución Española...*pág. 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43.

<sup>196</sup> La idea del Estado social es anterior a su primera consagración constitucional en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Aparece por primera vez, con una formulación precisa en el trabajo publicado en 1903 por H. HELLER bajo el título “Estado de Derecho o dictadura?”; trabajo en el que se sostiene la tesis de que sólo la transformación del Estado de Derecho en un Estados social de Derecho podría evitar la caída en un régimen dictatorial. La diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado social de Derecho radicaría, según HELLER, en que el primero atiende sólo a la vertiente formal del principio de igualdad (lo

importante es que, para el Derecho, todos tengan iguales derechos, con independencia de que no estén realmente en situación de disfrutarlos y ejercitarlos por igual) y prescinde de las relaciones sociales de poder (incurriendo en el riesgo de que la igualdad formal de todos se convierta en los derechos de los más poderosos de hacer valer sin contemplaciones su superioridad real), mientras que para el segundo lo decisivo ha de ser la igualdad en sentido material (por lo que tiene la obligación, atendiendo a las relaciones sociales de poder, de corregir las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con una libertad y una protección judicial equivalente a las de los socialmente favorecidos). La idea del Estado social de Derecho surge de la crítica a las disfunciones del Estado de Derecho, siendo pertinente la cita de su origen en el pensamiento de HELLER por una doble razón. De un lado, porque pone de relieve que esa idea no se formula en el vacío, no precede a las circunstancias sociopolíticas para las que está pensada, sino que es una consecuencia de las profundas mutaciones inducidas por la sociedad industrial e identificables sintéticamente en la ruptura de la identidad entre Estado y clase burguesa, la dependencia individual y social de la acción estatal y la conservación de condiciones de vida aceptable y estable. Y de otro lado, porque la influencia de las ideas de HELLER -aun a pesar de las críticas de que fueron objeto, incluso por autores tan relevantes como TRIEPER, que se opuso a la relativización del Estado de Derecho consumada a través de su adjetivación como liberal o social, al sostener que aquél constituye un valor permanente -dio lugar a la primera positivización del nuevo tipo de Estado en la Constitución de Bonn de 1949, ya que ésta se produjo a petición del diputado socialdemócrata Carl Schmid, concedor de la obra de HELLER. El artículo 20, número 1, reza: "La república Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social", y en su artículo 28, número 1 dispone que "El orden constitucional de los Estados (miembros deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social expresados en la presente Ley Fundamental". PAREJO ALFONSO. L.: *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Editorial Civitas. Madrid, España. 1983. Págs. 29 y 30.

Nuestra Constitución, apunta PAREJO ALFONSO, al igual que la Ley Fundamental de Bonn, caracteriza al Estado como democrático, social y de Derecho, planteando, pues, el mismo básico reto que ésta en punto a la definición técnica del Estado así determinada... la identidad de la caracterización del Estado en las Constituciones alemanas y española (fruto sin duda de la influencia de la primera sobre la segunda) suscita entre nosotros también el problema capital de la depuración técnica del nuevo Estado constituido, lo cierto es que la situación del intérprete es más ventajosa en el caso español, toda vez que -en este punto al menos y aprovechando, con toda evidencia, la experiencia constitucional comparada acumulada desde 1949 a 1978 -nuestro texto constitucional presenta una mayor perfección técnica". PAREJO ALFONSO. L.: *Estado social y administración pública*. Págs. 60, 61 y 62.

Sobre el origen histórico y evolución de la categoría del Estado social, véase, GARCIA PELAYO, M.: *Las transformaciones...* Págs. 15 y sigs. GARRORENA, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Ed. Universidad de Murcia. Murcia. 1980. Pág. 22 y sigs, GARRIDO FALLA, ARIÑO ORTIZ, BAENZA DE ALCAZAR, BASSOLS COMA Y ENTRENA CUESTA.: *El modelo económico de la Constitución española*. Ed. Instituto de Estudios Económicos. 2 Vol. 1981, DE JUAN ASENJO.: *La Constitución económica Española*. Ed. CEC. 1984, BASSOLS COMA.: *Constitución y sistema económico*. Ed. Tecnos. 1985, RETORTILLO MARTIN.: *Derecho Administrativo económico*. I. Ed. La Ley. 1988. LOPEZ GUERRA.: *El régimen constitucional español*. Madrid, España. 1980.

DIAZ, E.: "Teoría general del Estado de Derecho". En: REP. Núm. 131. 1963, ENTRENA CUESTA.: "Notas sobre el concepto y clase de Estado de Derecho. En: Revista de Administración Pública. Núm. 33. 1960, HIPPER.: "El concepto de la teoría general del Estado y el problema del Estado de Derecho". En: REP. Núm. 90. 1956.



posición de los poderes públicos en relación a la satisfacción de las necesidades sociales<sup>197</sup>.

La adopción de un papel protagonista por el Estado en la tarea de alcanzar un más alto grado de desarrollo individual y social, aún derivando de la anterior calificación genérica, es una exigencia concreta del mandato contenido en el art. 9.2 de la Norma Fundamental, en cuya virtud los poderes públicos son titulares de la obligación positiva de realizar todas aquellas actuaciones tendentes a lograr que “la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas”, removiendo los “obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”<sup>198</sup>.

<sup>197</sup> RODRIGUEZ-ARANA señala que “esos intereses generales que vienen definidos por la consolidación de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el Estado Social constituyen, por tanto, la vocación, la razón de ser, de la Administración Pública. El Derecho Administrativo Constitucional, aunque pueda resultar en principio algo sorprendente, está llamado a potenciar los derechos fundamentales y las libertades públicas. Es más, es lógico que así sea, puesto que el propio interés general se dirige hacia la propia efectividad de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Además, la definición del Estado Social se ha orientado hacia el necesario reforzamiento y consolidación de los derechos fundamentales en el marco de una acción combinada Estado-Sociedad”. *La Empresa pública en el Estado Social...*Pág. 167.

<sup>198</sup> ALZAGA, sobre este punto, comenta que “hasta donde llegan nuestros conocimientos, este precepto es el primero en el ancho panorama del Derecho constitucional comparado, que convierte en titulares de la libertad y de la igualdad no sólo a las personas sino también a los grupos”. Este artículo tiene semejanza con el párrafo 2 del Art. 3 de la Constitución italiana de 1947, que literalmente dice así: “ Es misión de la república remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impide el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política del país”. *La Constitución española...*Págs. 134 y 135. Por su parte, MARTINEZ SOSPEDRA, sostiene: “A mi juicio, y desgraciadamente, no cabe cobijar bajo el manto del artículo 9.2 la posible introducción de un régimen de democracia participativa integral, es decir, un régimen autogestionario por la sencilla razón de que el apartado en cuestión no desconstitucionaliza, el Estado social, no abre la puerta a un proceso de transición al socialismo, lo que dicho apartado hace no es otra cosa que concretar, bajo la forma de un mandato genérico de promoción dirigido a los poderes públicos, el carácter social del Estado. Abonan esta tesis los siguientes argumentos: a) Es la única interpretación que permite mantener la coherencia de la Constitución y, por en de, la Constitución misma. b) Mientras que en el artículo 1.1 se define un modelo, un conjunto de instituciones, en el 9.2 se prescribe una conducta que deben desarrollar aquéllas y, específicamente, los poderes públicos. c) En concreto lo que hace el 9.2 es dirigir un mandato a los poderes públicos, para que los valores superiores del ordenamiento proclamados por la Constitución en el artículo 1.1 se realicen no sólo a través de la legislación, sino también a través de la acción de todas las instituciones públicas. Y a se ha visto que dichos principios se mueven dentro del ámbito del Estado social”. *Notas para un comentario del título preliminar de la Constitución*. En: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Universidad de Valencia. España. 1980. Pág. 84. Véase también GARRIDO FALLA.: *Comentarios a la Constitución*. Editorial Civitas. Madrid, España. 1980. Págs. 108, 109 y 110.

Tanto la libertad como la igualdad -valores superiores del ordenamiento- constituyen el soporte básico a partir del que es posible lograr que las valiosas prescripciones contenidas en las normas dejen de ser meras declaraciones formales desprovistas de toda operatividad práctica; de no ser así se convertirían en auténticos privilegios de unos grupos sociales concretos ya que “no hay libertad sino en igualdad, y los derechos fundamentales son tales si en términos reales son derechos de todos”, por lo que “la interpretación de los derechos que la Constitución proclama habrá de ajustarse a esta idea de aspiración a la igualdad”.

A pesar de las implicaciones intervencionistas que conlleva la cláusula Estado Social, el papel del Estado en el cumplimiento de sus deberes ha de enmarcarse necesariamente en el sistema económico trazado por el art. 38 de la Constitución al reconocer “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”<sup>199</sup>.

No obstante, el inciso inicial del art. 128.2 de la Constitución, consciente de las características tan particulares de la intervención pública en el mundo económico, reconoce expresamente “la iniciativa pública en la actividad económica”<sup>200</sup>, declaración cuya amplitud debe entenderse en los anteriores términos. No obstante, es preciso recordar que, a pesar de la exigencia

ARIÑO ORTIZ apunta que “se ha planteado una cierta controversia sobre los efectos jurídicos de la consagración del modelo de Estado Social en nuestra constitución. Frente a la posición de GARCIA DE ENTERRIA que considera que los principios rectores del orden económico y social del Cap. III son normas exigibles en el sentido estricto de la palabra, nosotros entendemos que son guías, principios conformadores del orden económico, que sólo al ser concretados por el legislador ordinario atribuirán derechos subjetivos a los particulares. Algunos entienden que la Constitución es socialmente progresiva y se pronuncian sobre la irreversibilidad de las medidas de progreso social, mientras que la mayoría niega que exista un orden económico y social irreversible. En la cláusula del Estado Social se contiene un proyecto de transformación de la sociedad, pero la realización concreta de dicho Estado Social es relativa e histórica, por depender de quienes ostentan la titularidad del poder político en cada momento, así como de la situación de los mercados y de las circunstancias sociales y económicas en las que se manifiesta las situaciones de desigualdad más notorias. En todo caso, puede indicarse en este momento, que la cláusula de Estado social influye o repercute en el plano de la creación normativa como en el de la interpretación y aplicación del derecho”. *Principios de Derecho...* Págs. 93 y 94.

<sup>199</sup> ARIÑO ORTIZ señala que “el principio general es la iniciativa privada, en el Estado Social de Derecho, y la excepción, que deberá justificarse por razones de interés general y operar cuando fallen los presupuestos del artículo 38 CE, la iniciativa pública”. “La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”. En: *La Empresa Pública*. Madrid, España. 1980. Pág. 191.

<sup>200</sup> Los preceptos foráneos más próximos al Art. 128 son el Art. 43 de la Constitución italiana; el Art. 15 de la Ley fundamental de Bonn; el art. 11 de la Constitución belga; el Art. 165 de la Constitución holandesa; el Art. 73 de la Constitución danesa, y -desde luego más en la forma que en el fondo- el Art. 82 de la Constitución portuguesa. ALZAGA.: *La Constitución...* Pág. 781 y 782. CAZORLA PRIETO.: *Economía y Hacienda*. En: *Comentarios a la*

de igualdad impuesta por el respeto al principio de la libre competencia, a través de la iniciativa empresarial los poderes públicos deben perseguir objetivos distintos al mero ánimo de lucro que normalmente mueve a los particulares al ejercerla, ya que no puede encuadrarse dentro de los fines que la Constitución asigna al Estado la simple búsqueda del beneficio económico, lo que tampoco significa que deban aceptarse, sin mayor justificación, situaciones deficitarias.

### 1.3 La constitución económica

No siempre las Constituciones recogen la consagración formal del modelo o sistema económico<sup>201</sup> de un país. El ejemplo más patente es el de los Estados Unidos. Sin embargo, en España, los constituyentes dejaron expresamente plasmados algunas expresiones, principios, libertades y derechos que configuran un sistema económico, así como los principios generales de la actividad empresarial.

Debe resaltarse que la Constitución Española es ambigua o flexible, ya que contiene principios de ordenación económica un tanto o aparentemente opuestos<sup>202</sup>; y deja al liderazgo político de cada momento la elección de variados modelos o formas de ordenar la vida económica, y el mayor o menor protagonismo del Estado.

*Constitución...*Págs. 1341-1355. El carácter económico del artículo 28.2 es unánime administrativo por la doctrina. ARIÑO ORTIZ, G.: "La empresa pública". En: *El modelo económico de la Constitución española*. Tomo II, dirigido por GARRIDO FALLA. IEE. Madrid, España. 1981. Pág. 103, GIMENO FELIU.: "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas". En: RAP. Núm. 135. Págs. 149-211. "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales", en: *Estudios sobre la Constitución española*. Libro homenaje al profesor EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA. Civitas. Madrid. 1991. Pág. 3826. Desde una perspectiva fundamentalmente política y sociológica, SERRANO TRIANA, A.: *La utilidad de la noción de servicio público la crisis del Estado de Bienestar*. IELSS. Madrid, España. 1983. Págs. 101 y sigs, y 144 y sigs. RIVERO ORTEGA.: *Introducción al Derecho*. Pág. 114, 115 y 116.

<sup>201</sup> Apunta ARIÑO ORTIZ que "se entiende por "Constitución económica" (o modelo económico de la Constitución) el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución. Este "orden económico constitucional" no es una pieza aislada, sino un elemento más dentro de la estructura básica de la ley fundamental. Además, hay que enmarcar la Constitución económica dentro de un contexto más amplio: el modelo de sociedad (una sociedad libre) y la idea de Estado (Estado social y democrático de Derecho", "Estado autonómico") que se quiere garantizar a través de Constitución. *Principios de Derecho...*Pág. 127.

<sup>202</sup> Economía de mercado: 1) Derecho a la propiedad y libre transmisión de la misma (art. 33.1); 2) Libertad de emprender, libre elección de profesión y oficio (art. 35.1); 3) Economía de mercado y defensa de la competencia (art. 38); 4) Derecho del empresario a su

La principal misión que la Constitución Española de 1978 atribuye a la Administración Pública<sup>203</sup> es el servicio, con objetividad, a los intereses gene-

empresa: poder de dirección y autonomía de gestión (art. 38); 5) Derecho a la negociación colectiva y defensa de la productividad (arts. 37 y 38); 6) Libertad de comercio e industria, libertad de circulación de personas y bienes (arts. 38 y 139). Economía mixta, intervenida y planificada: 1) Función social de la propiedad y subordinación de toda riqueza al interés general (arts. 33 y 128.1); 2) Iniciativa pública y reserva al sector público (art. 128.2); 3) Planificación de la actividad económica general, modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, distribución de la renta, tanto personal como regional, más equitativa (arts. 130 y 131); 4) Subordinación de la actividad empresarial privada a la exigencias de la economía general. Intervención de empresas cuando lo exija el interés general: participación de los trabajadores en la empresa en sus diversas formas (art. 38, in fine; arts. 128.1 y 128.2 in fine); 5) Derecho a huelga (incluida huelga política) (art. 37.2); 6) Defensa y protección de los consumidores; régimen de autorización de los productos comerciales (art. 51). Véase también sobre este tema: GARRIDO FALLA: *Tratado de derecho administrativo*. Volumen II. Tecnos. 9 edición. Madrid, España. 1989. Págs. 321-326.

203

GARRIDO FALLA subraya que el artículo 103.1 de la Constitución española de 1978 constitucionaliza -por primera vez en la historia de España- el concepto de Administración Pública. “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Este precepto (que considerado aisladamente justificaría una concepción institucionalista -como yo mismo lo he dicho en otras ocasiones - de la Administración Pública) ha de ser inmediatamente puesto en relación con lo que la propia Constitución española nos dice en el artículo 97: “El gobierno dirige la política interior y exterior, la administración Civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes”. Así es que, de acuerdo con este precepto constitucional, tenemos como “cosas diferentes” el Gobierno que dirige y la Administración que es dirigida. La función del Gobierno (que orgánicamente se identifica con el Consejo de Ministros, según el artículo 98 de la Constitución) consistiría en establecer los objetivos de la “política interior y exterior” y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria “de acuerdo con la Constitución y las Leyes”; y a la Administración se le reserva el papel subordinado de implementar la consecución de tales objetivos políticos o de gobierno. Hay que subrayar que, de acuerdo con el artículo 103.1, la función de la Administración Pública va más allá de lo que parece deducirse del artículo 97: “servir con objetividad los intereses generales con sometimiento a la Ley y al Derecho” es, desde luego, algo más que “ser dirigida por el Gobierno” para alcanzar los objetivos que éste fije”. Ahora bien, cualquiera que sea la explicación que se dé a la “falta de ajuste” entre los artículos 97 y 103 de la Constitución, lo cierto es que la misión que la Constitución atribuye a la Administración Pública comprende, cuando menos, la “gestión de los servicios públicos” necesarios para la satisfacción de los intereses generales. En conclusión: desde el punto de vista de las funciones de los órganos constitucionales del Estado, podríamos resumir lo siguiente: 1) los que la doctrina tradicional denomina “fines del Estado” (o misiones a cumplir) vienen establecidos en la Constitución y desarrollados por las Leyes del Parlamento; 2) el Gobierno, como suprema instancia del Poder Ejecutivo (es decir, el Consejo de Ministros), establece las políticas concretas, dentro del amplio margen que la Constitución y las Leyes permiten, para alcanzar los fines del Estado; 3) la administración gestiona la organización de medios personales y materiales cuya actuación concreta resulta necesaria para alcanzar la satisfacción de los intereses públicos y las necesidades colectivas de los ciudadanos. Estas organizaciones

rales o de interés público<sup>204</sup>. Se trata de una opción constitucional que debe impregnar decisivamente toda su actividad con independencia de la multiplicidad de formas en que pueda manifestarse. Esta irrenunciable dimensión servicial no puede llevarnos a la identificación de la técnica concreta del servicio público con el conjunto de la actividad administrativa<sup>205</sup>, ya que de

serían, en una primera aproximación, los servicios públicos. Dicho en breve fórmula: los intereses públicos a conseguir y las necesidades satisfacer vienen ya preestablecidos; a la Administración toca satisfacerlos a través de los servicios públicos”. “El concepto de servicio público en el Derecho Español”. RAP. Núm. 135. Septiembre-Diciembre. 1994. Págs. 7, 8 y 9.

<sup>204</sup> PARADA, considera que “el interés público sirve de justificación a toda la actividad administrativa. Interés público es un interés común, que, aunque no beneficie a la totalidad de la comunidad, sí favorece al menos a una fracción importante de sus miembros...La invocación al interés público tiene, no obstante, determinadas limitaciones, y así la Administración no puede en función del interés público proceder a reglamentar la priva privada, ni confundir aquél con el fiscal o recaudatorio, enriqueciéndose a expensas de algunos administrados, con infracción del principio de igualdad”. *Derecho Administrativo*. Parte General. Duodécima edición. Marcial Pons. Madrid, España. 2000. Pág. 408. RODRIGUEZ-ARANA.: *La Empresa pública...*Págs. 1674-1679.

<sup>205</sup> ARIÑO ORTIZ llama modalidades y tipos de actuación del Estado. Y los clasifica en los siguientes tipos: a) Acción reguladora e imperativa: es ésta una actividad fundamentalmente jurídica, hecha de normas o de actos de imperio que se imponen coactivamente a los ciudadanos, sometiéndolos su vida y su actividad, fundamentalmente libre, a una serie de limitaciones, de condicionamientos o cargas necesarias para una ordenada convivencia; esta actividad incluye tanto la acción legislativa como la reglamentaria, con toda su secuela de aplicación limitadora y coactiva, como son las órdenes, autorizaciones, licencias, permisos, prohibiciones, actividad certificante registral, gestión de impuestos, actividades de recaudación, y toda la acción complementaria que ésta lleva consigo. Esta es la actividad clásica y esencial del Estado. A una gran parte de ella se le conoce en la orden administrativa como actividad de política. b) Acción de fomento, de estímulo, de presión desde fuera y de modo no coactivo, sobre las fuerzas sociales, para imprimir un determinado sentido a la actuación de éstas; esta acción se desarrolla por cauces jurídicos, naturalmente (siempre el Estado actúa a través del Derecho), pero no tiene fundamentalmente carácter jurídico, sino económico. El Estado actúa mediante estímulos económicos, de modo no coactivo, sobre las fuerzas sociales, para imprimir en ellas un determinado sentido. Ejemplos típicos son las subvenciones, las exenciones fiscales, los créditos, los beneficios de asociación o de concentración, etc. En todas estas actividades el Estado normalmente no manda sino que ofrece, y necesita de la colaboración del particular, de la aceptación del particular para que se lleven a cabo. Tanto en uno como en otro caso, de estos dos primeros tipos de actividad, el Estado se queda fuera de la actividad, el Estado regula esa actividad o influye sobre esa actividad, pero manteniéndose fuera de ella. c) Acción de prestación positiva de bienes o servicios; estas actividades se configuran como actividades de las cuales es titular la Administración, esto es, que están asumidas por ésta como propias y son prestadas al público bien directamente, bien por delegación (concesión, arrendamiento, concierto o cualquier otra forma de gestión del servicio). Tampoco estas actividades se imponen coactivamente (al menos en teoría), sino que se ofrecen, pero la diferencia con las anteriores, consiste en que la Administración actúa aquí como protagonistas y responsable de la acción, como

hacerlo estaríamos privando a la noción de servicio público de unos contornos precisos: si bien éste constituye una modalidad concreta de la actuación administrativa<sup>206</sup>, no toda la actividad de la Administración Pública tiene lugar a través de la misma.

Esta elemental distinción no impide que existan una serie de criterios que deben informar cualquier actuación administrativa con independencia del mecanismo concreto a través del que se articule. Así, la Constitución, además de reconocer expresamente la misión servicial aludida, enumera una serie de principios que, con carácter general, deben ser observados por todas las Administraciones Públicas: igualdad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, sometimiento pleno a la ley y al Derecho así como a los fines que la justifican, responsabilidad, interdicción de la arbitrariedad... Ahora bien, la mayor o menor intensidad con que estos principios se manifiestan variará en función del mecanismo que se utilice, circunstancia que debe ser tenida en cuenta a la hora de decidir la utilización de los mismos.

titular de la misma (y no sólo como apoyo a actividades de terceros). Son actividades públicas en sentido propio (aun cuando no supongan ejercicio de autoridad), en el sentido de que la Administración aparece como su titular en exclusiva, y sólo mediante concesión pueden los particulares actuar en estos campos. A este grupo pertenecen todos los grandes servicios públicos (transporte, grandes suministros, comunicaciones, etc...) y la mayoría de los servicios sociales (seguridad social, educación en una gran medida, etc...). d) Acción de producción de bienes; son actividades en que el Estado actúa como un agente más del mercado sin reserva de titularidad, en la producción o comercialización de bienes. Estas actividades integran lo que la doctrina jurídico.-administrativa ha denominado "gestión económica", realizada normalmente en régimen jurídico privado y bajo formas jurídico privadas. La diferencia fundamental con las actividades de prestación es que aquí no haya en rigor prestación de un servicio al público, sino "dación de bienes al mercado" (VILLAR PALASI) con un objetivo de ordenación o reestructuración económica global. e) Acción de planificación programación; en este tipo o modalidad de actuación el Estado pretende prever, conformar y racionalizar de modo conjunto y sistemático, tanto la acción del Estado como la de la iniciativa privada (con diferente grado de vinculación en cada caso), con el fin de atender en cada sector (educación, vivienda, transporte, infraestructura urbana, etc) a las necesidades previsibles a plazo medio. El plan es un intento sistemático de conformación social que integra de algún modo las modalidades anteriores. "El servicio público como alternativa". REDA. Núm. 23. Octubre / diciembre. 1979. Págs. 543-544.

<sup>206</sup> Como se conoce, en el derecho administrativo francés, el servicio público se convierte en la columna vertebral del sistema, no así en el derecho administrativo español, que maneja distintos conceptos para explicar las distintas formas como la actividad administrativa satisface el interés general. La clasificación que hizo fortuna fue la del profesor JORDANA DE POZAS: para satisfacer ese interés general, la administración puede actuar utilizando la coacción (política), la persuasión (fomento) o facilitando por sí misma las prestaciones necesarias para satisfacer el interés o la necesidad pública en cuestión (actividad de servicio público). GARRIDO FALLA.: "El concepto de servicio público"...Pág. 20

Tal y como afirma ARIÑO ORTIZ, para llegar a un “concepto coherente de servicio público es preciso afirmar la exclusividad de la actividad a favor del Estado porque, de lo contrario, el servicio público sería una cosa indefinible y, por lo tanto, un concepto inútil para el Derecho”<sup>207</sup>.

Esta exclusividad, o reserva no es sino la *publicatio* que supone trasladar a la esfera pública la titularidad de un sector de actividad<sup>208</sup>.

Esta es la nota que nos permite diferenciarlo de otras modalidades de actuación administrativa que, implicando la prestación de un servicio, no constituyen servicios públicos en sentido estricto por concurrir la actividad pública con la iniciativa privada. De ahí que debamos identificar el mecanismo de la reserva al sector público de servicios esenciales previsto en el art. 128.2 CE con la técnica del servicio público.<sup>209</sup> Por tanto, podríamos definir a este último como aquella actividad material de titularidad pública exclusiva orientada a satisfacer necesidades colectivas esenciales.

Como ha destacado GARRIDO FALLA<sup>210</sup>, el concreto encaje de servicios en este concepto de servicios esenciales es contingente y variable y está en función de las concepciones dominantes en relación con los respectivos papeles que la Sociedad y el Estado deben desempeñar. La CE establece un modelo de “Estado social y democrático de Derecho” en el que determinadas misiones se asignan al Estado, surgiendo así el concepto de servicio público constitucionales, porque de las previsiones de la Constitución derivan obligaciones directas de los poderes públicos<sup>211</sup>. El principio general lo asienta el artículo 9.2 CE:

<sup>207</sup> ARIÑO ORTIZ.: “Servicio público y libertades públicas”. Volumen II. En: *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX*. Homenaje al profesor GARRIDO FALLA. Pág. 1319.

<sup>208</sup> VILLAR EZCURRA ha establecido una escala de la *publicatio*, diferenciando la *publicatio* intensa, en que se reserva a la Administración la titularidad y el ejercicio; *publicatio* media, en que sólo se reserva la titularidad pero no así su ejercicio que puede ser llevada a cabo por concesionarios; y la *publicatio* mínima en la que sólo se reserva a la Administración la titularidad de una parcela de la actividad compartiéndola con la empresa privada. Cita tomada de BALLESTEROS FERNANDEZ, A.: “Los servicios públicos locales: servicios mínimo, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal”. En: Estudio Homenaje a SEBASTIAN MARTIN-RE-TORTILLO. REAL. 291. Enero-Abril. 2003. Pág. 89.

<sup>209</sup> Como ha señalado MUÑOZ MACHADO, el artículo 128.2 CE permite al Estado la reserva en exclusiva de recurso o servicios esenciales, pero ni impide la colaboración de los privados en la gestión de dichos servicios, ni obliga tampoco a que las reservas indicadas se hagan siempre en exclusiva. También puede consistir en la habilitación específica para que la Administración intervenga en un sector económico determinado, sin perjuicio de la participación concurrente de las empresas privadas. *Servicio público...* Pág. 116.

<sup>210</sup> GARRIDO FALLA.: “El concepto de servicio...” Pág. 22.

<sup>211</sup> CHINCHILLA MARIN.: “El servicio público, una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?” En: *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje a GARCIA DE ENTERRIA. Madrid. 1991.

“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas”. En concreto, se declara el derecho de todos a la educación, lo que implica el deber de la Administración de garantizar la efectividad de este derecho, pero el servicio público se presta en régimen de concurrencia porque se reconoce la libertad de creación de centros docentes (art. 27 CE). El artículo 39. 1 CE asigna a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. El artículo 41 CE obliga a los poderes públicos a un régimen público de Seguridad Social; e, igualmente, el artículo 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud, correspondiendo a los poderes públicos organizar los servicios necesarios para tal fin.

Sin perjuicio de remitirnos a todo cuanto se ha expuesto al hilo del estudio concreto del art. 128.2 CE, es preciso detenerse en cada uno de los elementos que integran la definición ofrecida por ARIÑO ORTIZ de servicio público.

Se trata de una actividad de carácter material, por lo que quedan excluidas las de naturaleza jurídica -producción normativa, dictado de actos administrativos, concesión de licencias, imposición de sanciones...- que puedan realizar las Administraciones Públicas, si bien constituyen instrumentos de los que pueden valerse a la hora de organizar y prestar efectivamente el servicio.

II) La declaración de servicio público implica reservar la titularidad del mismo al sector público, por lo que la iniciativa privada en el ámbito afectado por la medida queda, en principio, subordinada a que la persona pública titular del servicio estime conveniente acudir a formas de gestión indirecta que precisen su colaboración (concesión, arrendamiento, gestión interesada, concierto, sociedad de economía mixta).<sup>212</sup> Esta reserva exclusiva supone acentuar el compromiso de la Administración titular en la correcta y efectiva prestación del servicio, ya que ella será la única competente para satisfacer las necesidades en juego al estar vedada la libre iniciativa privada en la materia. Incluso en los supuestos de gestión indirecta reseñados, la Administración competente conserva intensos poderes de dirección y control sobre la actividad y la organización del gestor, prerrogativas que se explican desde la responsabilidad última que incumbe a quien es titular de una actividad.

En este sentido, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, partiendo de la distinción titularidad-gestión requiere que se haga constar de forma expresa en el régimen jurídico básico del contrato de gestión del servicio correspondiente que “la actividad de que se trata que-

<sup>212</sup> Sobre los modos de gestión de los servicios y actividades públicas, véase GARRIDO FALLA.: *Tratado de Derecho Administrativo...*Págs. 326-355.



da asumida por la Administración respectiva como propia de la misma” (art. 156.2 in fine), titularidad que se manifiesta en la previsión que, con carácter general para los contratos de gestión de servicios públicos, realiza el art. 156.3 al atribuir a la Administración responsable “los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate”; en la potestad de “modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios” (art. 164); en la reversión del servicio a favor de la Administración al finalizar el plazo contractual (art. 165.1); o en la intervención en caso de incumplimiento del contratista cuando se trate de supuestos especialmente graves (art. 167).

La trascendencia de la finalidad perseguida con la declaración de una actividad como servicio público así como la propia intensidad de la técnica explica que el art. 128 CE exija que la reserva se realice “mediante ley”. Dejando a un lado la cuestión -ya referida- de los tipos de normas con rango de ley que es posible utilizar para adoptarla, es preciso constatar que en el modelo español de organización pública sólo el Estado y las Comunidades Autónomas están investidos, a través de sus respectivos órganos legislativos, de la potestad de dictar normas con rango de ley. A la hora de realizar una reserva, tanto las leyes estatales como las autonómicas deben respetar la distribución de competencias efectuada por el *bloque de la constitucionalidad*, si bien el caso de las segundas aparecen nuevos límites como consecuencia del papel superior que corresponde al Estado en tanto entidad superior que debe velar por intereses que trascienden el puro ámbito de una Comunidad Autónoma. Un tratamiento especial merece el caso de las Entidades Locales por cuanto que, al carecer de potestad legislativa, no tienen capacidad para declarar una actividad como servicio público a pesar de estar garantizada constitucionalmente la “autonomía para la gestión de sus respectivos intereses” (art. 137). Esta insuficiencia determina que el art. 86. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local declare la reserva en favor de las Entidades Locales de una serie de servicios esenciales, relación que puede ser ampliada por una ley estatal o autonómica en función de sus respectivas competencias.

IV) La propia noción de servicio implica, en una de sus acepciones, la idea de utilidad, provecho o beneficio en favor de otro, dimensión que está presente en toda la actividad de las Administraciones Públicas en cuanto servidoras del *interés general*<sup>213</sup>. Una de las características más relevantes de la técnica del servicio público reside -dejando a un lado la titularidad pública exclusiva- en

<sup>213</sup> “El primer límite, explica GOMEZ-FERRER MORANT, que debe recordarse es el derivado del interés general que ha de guiar siempre la actuación de los poderes públicos. La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales es un medio para conseguir un fin de interés general y de ahí que resulte obligado valorar en cada caso la razonabilidad de

que a través de ella se persigue la satisfacción de necesidades que sobrepasan los intereses puramente individuales para alcanzar naturaleza de colectivas, circunstancia que determina su configuración como servicios destinados al público *en general* en los que el respeto al principio de igualdad, tanto en el acceso como en la prestación, adquiere una mayor relevancia.

Incluso, tal y como resulta de la literalidad del art. 128 CE, los servicios reservados deben tener carácter esencial, calificación que ha de predicarse más bien de la necesidad a la que han de subvenir, porque es la satisfacción de la misma la que justifica la creación del servicio y, por tanto, la importancia del mismo estará en función de la trascendencia de aquélla para la vida social. A efectos de juridificar la esencialidad -como ya se ha señalado anteriormente- sería conveniente identificar necesidades esenciales de la comunidad con bienes constitucionalmente reconocidos, dado el valor de la Constitución como Norma Fundamental donde se recogen los principios fundamentales de la vida en común de un pueblo. Esta especial trascendencia junto con la titularidad pública exclusiva -que impide la prestación del servicio por personas privadas salvo que se opte por un sistema de gestión indirecta- determinan que la genérica exigencia de eficacia predicable de la actuación administrativa alcance una mayor intensidad plasmada en los principios de continuidad y regularidad en la prestación del servicio, principios por cuyo efectivo respeto debe velar la persona pública titular de aquél.

Con relación al tipo de régimen jurídico que es posible utilizar en la prestación del servicio, será preciso acudir a los instrumentos del Derecho Privado cuando se demuestre que la adecuada satisfacción de la necesidad concreta exige que la Administración deba renunciar a las peculiaridades características del régimen administrativo. No obstante, en la medida que se trata de satisfacer intereses públicos, la Administración responsable podría acudir al régimen jurídico-administrativo si fuera necesario, por su contundencia, aplicar las especialidades que le caracterizan. En este sentido, hay que resaltar la paradoja que supone el fenómeno escapista del Derecho Administrativo caracterizador del régimen aplicable a las Administraciones Públicas de nuestro tiempo -en aras al logro de una mayor eficacia en su actuación, según se confiesa- frente a la tendencia expansiva que pretende extender su aplicación más allá de los límites subjetivos de la Administración Pública.

## **2. Distinción del servicio público y otras figuras afines**

La delimitación precisa de la noción de servicio público requiere, como exigencia final clarificadora, concretar las notas diferenciales caracterizadoras de una serie de figuras que, a pesar de la íntima relación que guardan con ella, se refieren a parcelas de la realidad diversas.

## 2.1 Servicios esenciales<sup>214</sup>

GARRIDO FALLA, señala que “el concepto de servicio esencial tiene un doble funcionalidad en nuestro Derecho: 1) como justificante del establecimiento de limitaciones al derecho de huelga; 2) como presupuesto para su reserva al sector público en régimen de monopolio (servicio público en el sentido tradicional del concepto)”<sup>215</sup>

Para entender ese primer significado del término servicio público, debe tenerse en cuenta que la Constitución española sólo se refiere de modo expreso a los servicios públicos en dos artículos que, por lo demás, no determinan específicamente su concepto o contenido. El artículo 106.2 CE establece la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando lesione los bienes y derechos de los particulares como “consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. En el artículo 158. 1 CE se prevé que “en los Presupuestos Generales del Estado podrá establecer una asignación a las comuni-

la medida para conseguir el fin propuesto, y el alcance que debe tener la misma, teniendo en cuenta también las posibilidades de gestión de la Administración correspondiente. En la nota 65 del mismo trabajo, aclara que la Constitución española, a diferencia de la italiana (Art. 43), no exige expresamente que la reserva se efectúe “a fini di utilità generale” no que los servicios esenciales “abbiano carattere di preminente interesse generale”. No obstante, dado que la reserva dará lugar normalmente a la expropiación respecto de los titulares de servicios existentes- y, en su caso, de recursos-, y dado que la expropiación sólo puede producirse por causa de utilidad pública o interés social, resulta claro que de la Constitución (art. 33.3) deriva indirectamente, y de forma expresa, este requisito. “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”...Pág. 3831

<sup>214</sup> La Constitución española utiliza el término servicios esenciales en los artículos 28.2 y 128.2. Se trata de dos conceptos sin duda relacionados, pero diferentes. VIVERO SERRANO explica que “si bien es cierto que gran parte de los servicios esenciales ex artículos 28.2 de la CE pueden ser considerados igualmente esenciales a los efectos del 128.2, también lo es que la finalidad de ambos conceptos es diferente, pues mientras el del artículo 28.2 pretende proteger los intereses de los usuarios afectados por el ejercicio del derecho de huelga, el artículo 128. 2 persigue dotar al Estado de adecuados instrumentos de intervención en una economía de libre mercado”: *La huelga en los servicios esenciales*. Editorial Lex nova. Primera Edición. Valladolid, España. 2002. Págs. 113 y 114. Para SERRANO TRIANA, los conceptos de los artículos 28.2 y 128.2 responden a perspectivas distintas: en el primer caso hay un intento de restringir el derecho fundamental de huelga, mientras en el segundo se pretende restringir derechos fundamentales derivados de la iniciativa privada. “Lo esencial en los servicios públicos” (I). En: *Actualidad Administrativa*. 1990-3. Págs. 607-609. Para TORRENTE GARI, también se estaría ante dos conceptos distintos, ya que el artículo 18.2 de la CE piensa exclusivamente en el sector público y el 28.2 no prejuzga el carácter público o privado de los sujetos prestadores del servicio esencial. *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*. Cedecs. Barcelona, España. 1996. Págs. 179-180. En cambio, GARRIDO FALLA propone un único concepto de servicios esenciales, válido tanto para el 28.2 como para el 128.2. “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”. En: REDA. 1981. Núm. 29. Pág. 236. Véase también, BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Tecnos. Segunda Edición. Madrid, España. 1988.

<sup>215</sup> GARRIDO FALLA.: “El concepto de servicio público en derecho”... Pág. 21.

dades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentalmente en todo el territorio español”.

Tradicionalmente se ha considerado que es servicio público aquel que una ley ha reservado a la Administración pública por su carácter esencial<sup>216</sup> (art. 128) y que se presta en régimen de monopolio<sup>217</sup>, por lo que el sector privado no puede realizar la actividad sino a título de delegado o concesionario de la Administración<sup>218</sup>.

<sup>216</sup> GOMEZ-FERRER MORANT ha señalado que, en la “doctrina, el término “esencial” refleja un concepto jurídico indeterminado, en el que existe un margen de apreciación dentro del cual el legislador puede estimar que un recurso o servicio tiene el carácter de esencial”...en todo caso, parece que al efectuar la reserva el legislador habrá de delimitar su alcance en función de la finalidad de interés público que la justifica...en cuanto a los servicios esenciales, resulta claro, a mi juicio, que la Constitución se refiere a aquellos servicios -en el sentido económico del término-, necesarios para que sea posible el funcionamiento de la sociedad propia de nuestra época, en la que el espacio dominado por el hombre ha disminuido, y en el que el grado de dependencia ha aumentado”. Por último en la nota 53 indica que “hay que distinguir claramente la idea de recurso esencial o servicio esencial -concepto jurídico indeterminado- de la decisión política de efectuar la reserva del recurso o servicio esencial, que se adopta, dentro del marco y límites constitucionales, como una opción legítima de acuerdo con el principio del pluralismo político”. “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”...Págs. 3825, 3826 y 3827.

<sup>217</sup> MARTIN REBOLLO, sintetizó las dos principales tesis interpretativas a propósito del artículo 128. 2. Una primera “interpretación restrictiva” sitúa en este precepto los supuestos de nacionalización en sentido estricto, esto es, los casos en que van necesariamente unidas la titularidad y la gestión pública respecto de los servicios esenciales (mientras que para los servicios públicos no esenciales -no ubicables en el Art. 128. 2 CE- sí cabría la gestión indirecta). Conforme a la segunda interpretación los únicos recursos o servicios públicos que pueden reservarse al sector público son los esenciales, aunque esta reserva no excluya la gestión indirecta. “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. RAP. Núm. 100-102. Enero- Diciembre. 1983. Págs. 2471-2542. Por su parte SENDIN GARCIA señala que existen grandes divergencias en la doctrina respecto al significado de reserva del artículo 128. 2 CE; y según las respuestas dadas por los tratadistas los agrupa en tres grandes grupos: a) Este precepto se refiere a la reserva de una actividad acompañada de su gestión directa. MARTIN REBOLLO Y GARCIA LLOVET. b) Se refiere únicamente a la reserva que genera un monopolio. ENTRENA CUESTA, GIMENO FELIU, SOUVIRON MORENILLA Y SARASOLA GORRITI. c) Contienen un reconocimiento de la figura del servicio público, con independencia de la forma en que se lleve a cabo. VILLAR EZCURRA, MUÑOZ MACHADO, SANTAMARIA PASTOR. Sin embargo, SENDIN GARCIA, advierte que “esta sistematización de las diferentes posturas doctrinales no debe valorarse rigidamente, no sólo porque los que la defienden se pronuncia manteniendo posiciones particulares, que lo separa de los demás autores incluidos en su mismo grupo sino también porque los argumentos de los distintos grupos se entremezclan en ocasiones, aproximándose los unos a los otros”. *Hacia un servicio público...* Págs. 149, 150 y 151.

<sup>218</sup> Este concepto estricto de servicio público es el que luce en la STS de 24 de octubre de 1989 cuando afirma que el servicio público puede considerarse “como una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la Administración para que esta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de forma regular y continua”.

La noción de servicio esencial<sup>219</sup> también es utilizada por la Constitución como técnica que, por su eficacia limitadora, permita garantizar la supremacía de ciertas necesidades colectivas -las esenciales- frente a las medidas que trabajadores y empresarios puedan adoptar en la solución de los conflictos laborales (arts. 28.2 y 37.2), por lo que resulta preciso abordar el estudio de esta categoría a partir de ambos pasajes constitucionales.

Mientras que en el primer caso la trascendencia de las necesidades en juego legitima la utilización de la técnica del servicio público por considerarse más adecuada para su eficaz satisfacción, en el segundo impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la continuidad de su prestación en aquellos supuestos en que el ejercicio de algunos derechos -de huelga o de adoptar medidas de conflicto colectivo- por determinados ciudadanos pueda constituir una amenaza para los intereses colectivos que con ese servicio se garantizan.

En el caso de reserva de servicios esenciales al sector público, la medida afectaría, limitándola, a la libertad de empresa garantizada por el art. 38 CE, mientras que en los supuestos de medidas de conflicto laboral se estaría condicionando el ejercicio de derechos reconocidos constitucionalmente; sólo en la medida que exista una justificación basada en valores constitucionalmente asumidos sería posible acudir a la noción de servicios esenciales tanto en su dimensión legitimadora de la reserva al sector público como en la defensora de los intereses colectivos frente a medidas de conflicto laboral.

La concreción de cuáles sean las necesidades esenciales de una comunidad deberá realizarse, siempre dentro del marco fijado por la Norma Fundamental. Dicha norma, va a calificar expresamente algunos sectores como esenciales. De esta forma, dota a esta calificación de protección constitucional, pues el mayor rango de la Constitución impide que el legislador pueda eliminar su carácter de esenciales. Fuera de ello, será el legislador al que le corresponda determinar en cada momento, que otros servicios tienen también la consideración de esenciales.

---

<sup>219</sup> CHINCHILLA MARIN subraya que el término “servicio esencial” aparece con dos significados diferentes en el art. 28.2 y 128.2 CE, en este último, esencial es sinónimo de utilidad pública o general, “ sin que por ello (tales servicios) tengan que ser absolutamente indispensables para la supervivencia de la misma”. En definitiva, la cualidad de esencial puede presentarse en distintos grados: en grado máximo, son servicios esenciales sólo aquellos servicios que satisfagan de forma directa y frontal necesidades configuradas como derechos fundamentales en la Sección 1 del Capítulo II del título I CE”, es decir aquellos aludidos en el art. 28.2 de dicho texto legal. “Por el contrario, en el art. 128. 2 CE, la intensidad exigida al carácter de esencial es mínima”. Esto es lo que CHINCHILLA denomina “escala de la esencialidad”, y que, de otra parte, hace que la Radiotelevisión “presente, en grado máximo, esta cualidad”. *La radiotelevisión como servicio esencial*. Tecnos. Madrid, España. 1988. Págs. 94-101.

En definitiva, hay un núcleo duro de servicios esenciales, indisponibles para el legislador, que vienen precisados en la propia Constitución (Educación, Sanidad, etc). El resto de servicios esenciales, lo son como consecuencia de una decisión del legislador, pues corresponde a quien en cada momento, reciba la confianza del pueblo en unas elecciones precisar conforme a su ideología política cuales son los servicios esenciales<sup>220</sup>.

A pesar de que puedan existir servicios esenciales de titularidad privada -aquellos sobre los que no se ha ejercido la facultad del art. 128.2 CE-, no parece existir obstáculo alguno para que, caso de verse amenazada la continuidad de su prestación como consecuencia del ejercicio de los derechos previstos en los arts. 28.2 y 37.2 CE, los poderes públicos adopten las medidas necesarias tendentes a la protección de los intereses colectivos esenciales a cuya satisfacción se dirigen, con independencia de quién sea el titular de la actividad.

## 2.2 Servicios mínimos

La expresión del Art. 28.2 “mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”<sup>221</sup> se puede interpretar como equivalente a un determinado nivel de prestación del servicio que, ante situaciones de conflicto laboral, garantice su funcionamiento, si bien mantener un servicio no implica que se alcancen las cuotas de rendimiento habitual. A diferencia de la naturaleza cualitativa que presenta la noción de servicio esencial, los servicios mínimos hacen referencia a la determinación de un concreto nivel cuantitativo en el funcionamiento de la actividad en cuestión.

GARRIDO FALLA señala que todo servicio esencial puede convertirse mediante ley en servicio público (es decir de titularidad pública) en régimen de monopolio, como consecuencia de la iniciativa pública en materia económica que reconoce la Constitución, que en su artículo 128.2 dispone: “Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés nacional”.

<sup>220</sup> SENDÍN GARCÍA, M. Á.: “La educación como servicio público”. En: Diario La Ley (en prensa).

<sup>221</sup> ALFONSO SANTAMARIA, señala que el “apartado segundo contiene una regulación simple y armónica, en la que el reconocimiento genérico del derecho de huelga se compensa con el principio de garantía del funcionamiento de los servicios públicos; balance éste que no tiene paralelo en los ordenamientos constitucionales próximos al nuestro”. *Comentarios a la Constitución...* Pág. 357.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado repetidamente sobre la constitucionalidad del establecimiento de servicios mínimos, especialmente en materia de transporte urbanos, ferrocarriles y aéreos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de abril y 17 de julio de 1986). Una postura coherente con la última ratio de los servicios esenciales implicaría sustituir, tal y como ha propuesto MARTINEZ MARIN, el término servicios mínimos por el de *servicios suficientes*, pues de otro modo quedarían insatisfechas las necesidades que justifican la existencia del servicio.

**2.3 Servicio público no esencial**, como actividad de prestación de la que es titular una Administración pública, lo que implica su prestación en régimen de Derecho Público, pero prestándose en concurrencia, en el mercado, con el sector privado.<sup>222</sup>

#### 2.4 Servicios públicos impropios o virtuales<sup>223</sup>

La intervención pública en la economía puede materializarse a través de una pluralidad de mecanismos cuya concreta utilización dependerá de circunstancias muy diversas. Existen ciertos sectores en los que los poderes públicos, sin llegar a ostentar la titularidad que permanece en manos privadas, están obligados a realizar una actividad de supervisión y control como consecuencia de las funciones que les encomienda el ordenamiento en vigor, algunas de las cuales están incluso previstas en la propia Constitución. Este título les legitima para reglamentar la actividad, requerir autorizaciones, imponer controles, realizar inspecciones, establecer límites en las tarifas..., asemejando el régimen de estas actividades al de los servicios públicos gestionados a través de particulares.

<sup>222</sup> Así, el artículo 85. 1 LRRRL define como servicios públicos cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de competencia de las entidades locales. El artículo 26 LRBRL, al establecer un régimen de servicios mínimos, esenciales para la vida en sociedad, los declara, implícitamente, como servicios públicos, de los cuales unos son servicios públicos monopolísticos (al menos de hecho, aunque la posibilidad del monopolio de derecho mediante la reserva establecida en el art. 86.3 LRBRL).

<sup>223</sup> La clasificación dada a este tipo de servicios no ha sido uniforme, así se la ha calificado de servicio virtual o impropio, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983. RCJ. 1983-4524. Cdo. 1 de la sentencia apelada. STS de 30 de octubre de 1987. RCJ. 1987-9204. Otras hablan únicamente de servicio público impropio: STS de 22 de enero de 1988. RCJ 1988. FJ. STS de 13 de noviembre de 1995. STS de 22 de enero de 1988. RCJ 1988-323. FJ.1. STS de 13 de noviembre de 1995. RCJ. 1995-8597. FJ.6. Otras sentencias hablan de servicio privado de interés público. STS de 23 de marzo de 1982. RCJ 1982-2329. Cdo. STS de 18 de marzo de 1988. RCJ. 1988-2181. FJ. 1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988. RCJ. 1988-3196. FJ. 5, habla de actividad privada reglamentada administrativamente; otra de actividad privada de interés público, STS de 20 de enero de 1981. RCJ. 1981-178. Cdo. 2 de la sentencia apelada.

A pesar de las similitudes que puedan existir entre los servicios públicos propios y los virtuales o impropios, los límites de la injerencia pública son más intensos en estos últimos puesto que el contenido esencial de la libertad de empresa se erige en obstáculo infranqueable para la misma, dado que la titularidad de la actividad sigue siendo privada al no haberse ejercitado la facultad de reserva pública del art. 128.2 Constitución Española.

### 3 Principios o reglas del Servicio Públicos<sup>224</sup>

La mayor parte de los autores están de acuerdo en que existen principios, características o reglas que son comunes a todos los servicios públicos, constituyendo una serie de notas o elementos constitutivos de su noción conceptual<sup>225</sup>: continuidad, regularidad, uniformidad o igualdad, generalidad y obligatoriedad.

Todos los caracteres señalados se ponen claramente de manifiesto con el funcionamiento del servicio público, pues atañen primordialmente a la forma como debe prestarse.

#### 3.1 Continuidad:

Si la causa que legitima la existencia del Servicio Público es una necesidad colectiva, la prestación del servicio debe ser continua, lo cual significa que en ningún caso debe ser interrumpida, y así mismo debe ser asegurada esa continuidad. VILLAR EZCURRA indica que "la continuidad del servicio público constituye no ya una consecuencia de la declaración de servicio, sino su característica definitoria más importante, hasta el punto de que la misma prestación verificada de forma discontinua pierde la naturaleza de servicio público"<sup>226</sup>.

<sup>224</sup> Sobre los principios o reglas del Servicio Público, véase: GASPAR ARIÑO.: *Principios de derecho...*Págs.553-574, GARRIDO FALLA.: *Tratado...*Pág. 346, GUAITA, A.: *Derecho Administrativo especial*. Zaragoza. 1969. Pág. 64. CASSAGNE, J. C.: *La intervención...* Págs. 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51, GORDILLO, A.: *Teoría General...*Pág. 565. DE LA CUETARA.: *La actividad de la...*Págs. 151, 152, 153 y 154. CANASI, J.: *Derecho administrativo*. Vol. II. Edición Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1974. Págs. 23-30. PARADA RAMON.: *Derecho Administrativo I*. Marcial Pons. Barcelona, España. 1998. Págs. 434-438. VILLAR EZCURRA.: *Derecho administrativo especial*. Civitas. Madrid, España. 1998. Págs. 217-220. GABINO FRAGA.: *Derecho Administrativo...*Pág. 253; RIVERO ORTEGA.: *Introducción al Derecho...*Pág. 143.

<sup>225</sup> JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ: "Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)", en *Revista Española de Derecho Administrativo* 84 (1995). Pág. 593.

<sup>226</sup> VILLAR EZCURRA.: *Servicio público y técnicas...*Pág. 211.



Teniendo en cuenta las características y condiciones de la necesidad o exigencia que se procura atender con la prestación del servicio público, la continuidad puede revestir carácter absoluto o solo relativo<sup>227</sup>. La exigencia absoluta de continuidad se presenta en el supuesto de servicios que atienden necesidades permanentes, y por tanto que deben estar siempre cubiertas, tal como ocurre en el suministro de agua, gas o electricidad, mientras que la exigencia de continuidad podrá ser relativa cuando se atiende requerimientos que son intermitentes, es decir que se presenten en ciertos momentos y no en otros.

De cualquier manera, quien presta un servicio público debe abstenerse de realizar todo tipo de actos que puedan llegar a atentar o afectar esa continuidad, previéndose - además - que la falta de continuidad constituirá una falta al sistema de prestación que habrá de ser sancionado como tal.

La continuidad de los servicios públicos se asegura por medio de diferentes medidas jurídicas, entre los cuales cabe citar los siguientes:

- a) El establecimiento de limitaciones a la posibilidad de que se puedan realizar huelgas y paros patronales que suspendan o dificulten la prestación del servicio<sup>228</sup>, la ejecución directa por la administración pública en aquellos casos en que el servicio haya sido otorgado a un concesionario que no lo presta de manera debida en este aspecto,
- b) la imposibilidad de que se admita la ejecución forzada de bienes que están afectados a la prestación del servicio y de cuya privación puede resultar perjuicio para el servicio,
- c) aplicación de la teoría de la imprevisión como medio de asegurar la ecuación económico financiera de los contratos de concesión de servicios públicos y de ese modo la continuidad de su prestación y
- d) en los casos de quiebra de sociedades concesionarias de servicios públicos, la necesidad de que las autoridades designadas continúen con la explotación regular y continuada del servicio, etc<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> ARIÑO ORTIZ: *Principios de derecho...*Pág. 574

<sup>228</sup> Sobre la Huelga en los servicios esenciales, véase el número monográfico, "El Derecho de huelga". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Núm.17. Madrid, España. 1993. Págs. 191-253.

<sup>229</sup> GORDILLO señala que "la necesidad de asegurar el funcionamiento -y con ello la continuidad -del servicio, determina además que a) la fuerza pública preste un apoyo especial a su prestación, b) que quien presta el servicio pueda pedir al Estado que expropie bienes útiles a su gestión, c) que puedan establecerse servidumbres y restricciones al dominio privado en razón de ese servicio -indemnizando, en el primer caso-, d) que los contratos que asocien un particular al funcionamiento del servicio, sean contratos administrativos,

### 3.2 Regularidad.

Para un sector de la doctrina, la regularidad constituye una consecuencia del principio de continuidad del servicio público, sin embargo como afirma CASSAGNE, "lo cierto es que son reglas diferentes. En efecto, si la regularidad se refiere a la prestación del servicio de acuerdo a las reglas que surgen del reglamento que rige el servicio o del contrato de concesión (en su caso), bien puede ocurrir que dicha prestación se lleve a cabo de manera continua pero irregular. Por ese motivo, el llamado impropio "trabajo a reglamento" que practican determinados sindicatos (que consiste en una interpretación literal o rigurosa de ciertas normas o interpretarlas de mala fe) configura una afectación del principio de la regularidad."<sup>230</sup>

### 3.3 Uniformidad o igualdad

De origen eminentemente político, el principio de igualdad, aparece en el art. 1 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y concretamente en el preámbulo de la Constitución de la 4.ª República francesa, en sucesivos principios concretos y recogidos universalmente. En la Constitución Española de 1978 abundan alusiones al acceso a los distintos servicios públicos, al deber de promoción por los poderes públicos y al principio de igualdad ante la Ley ( art. 1, 44, 139, etc). Igualmente, en el Pacto Internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales son numerosas las concreciones de este principio (arts. 2 y sigs)<sup>231</sup>.

Traducida a la problemática del Servicio Público, este principio significa que todos los posibles usuarios tienen derecho a exigir y recibir las prestaciones en que éste consista en igualdad de condiciones, sin discriminación. La uniformidad o igualdad en los servicios públicos no es más que el principio de igualdad ante la ley.

El principio que nos ocupa, que tiene cabida igualmente respecto de los servicios públicos llamados comerciales o industriales, se aplica incluso en el

e) que se organice el poder de percibir tasas en contraprestación por el servicio, f) que el monto de las tasas esté sujeto a la autorización o aprobación del poder público, g) que en ciertos casos, la prestación sea obligatoria para los particulares, h) que, eventualmente, el servicio sea monopólico -esto es, que no se admita la libre competencia de los particulares para realizar la actividad del servicio público-, i) que toda cuestión vinculada al mismo corresponda -en doctrina al menos- a la jurisdicción contencioso-administrativa. *Teoría general del derecho administrativo...* Pág. 565.

<sup>230</sup> CASSAGNE, J.C.: *La intervención...* Pág. 51.

<sup>231</sup> AA:VV.: *Derecho administrativo* (II). UNED. Madrid, España. 1980. Pág. 512.

supuesto de ciertos servicios públicos que admiten, sobre la base de condiciones generales básicas, la posibilidad de contrataciones individuales con los usuarios - caso de algunos servicios por abono -, bastando para que así ocurra con que en los supuestos que ofrezcan iguales condiciones, el servicio se preste también de la misma forma.

Esta regla de igualdad debe, en cualquier caso, operar tanto en el acceso al servicio, como en su funcionamiento. Debiendo ceder únicamente cuando existan usuarios que se encuentren en determinadas situaciones objetivas (por ejemplo incapacidad física o psíquica) que les sitúen en una situación especialmente desfavorable que solo pueda ser removida con medidas especiales, que permitan que alcancen una igualdad real con los demás usuarios.

### 3.4 Generalidad

La generalidad del servicio público consiste en el reconocimiento de que todos los habitantes tienen el derecho de utilizarlos, dentro de las modalidades establecidas, sin que se pueda negar a unos, sin causa debida lo que se concede a otros.

En consecuencia, la generalidad niega la posibilidad de que haya exclusiones arbitrarias o indebidas. Quien tenga la necesidad de utilizar un servicio público, debe poder hacerlo, a fin de satisfacer esa necesidad.

Como se observa, la generalidad es inherente, directamente, al carácter “público” del servicio, y, por tanto, una de sus condiciones básicas.

### 3.5 Obligatoriedad

La configuración el régimen jurídico del servicio público quedaría desprovista de sentido si no se asegura la prestación efectiva del mismo y la consecuente satisfacción de las necesidades colectivas. A ello tiende, precisamente, el principio de obligatoriedad, que predica no sólo una vinculación entre el Estado y el prestatario (en los supuestos de los llamados servicio públicos impropios) sino el derecho de los usuarios que utilizan el servicio para reclamar ante quienes lo prestan (ya sea el Estado o los particulares) su realización efectiva<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> CASSAGNE, J. C.: *La intervención...* Pág. 52

**Régimen de Derecho Público:** Este principio significa que debe existir un régimen jurídico de protección especial de su prestación con inmunidades y prerrogativas especiales, tanto de la Administración en relación con los titulares de la gestión, como del servicio frente a terceros.

**Actividad indispensable:** Esta nota es definitoria del servicio público, ya que no se trata de actividades necesarias al estado (por ejemplo, la soberanía), sino de actividades indispensables para la vida de la sociedad; este carácter es una clave indispensable para la comprensión de su régimen jurídico.

**Prestación regular y continua:** Aunque en el apartado anterior, ya me he referido en a este punto con detenimiento, es preciso, destacar que esta es una nota esencial y especial de su régimen jurídico.

**Prestación al público (finalidades de utilidad general del público):** Ello significa que la actividad del servicio público esta dirigida a la prestación al público, de donde se deriva un derecho abstracto del usuario a la prestación, exigible judicialmente<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> DE LA CUETARA encuentra las notas definitorias del concepto del Servicio Público, en las siguientes notas: 1) Titularidad de la actividad asumida por el Estado. Se exige una asunción formal en la que la totalidad de un sector de la actividad se predica del Estado, por lo que dicho sector, una vez declarado servicio público, queda fuera del ámbito de la iniciativa privada: los particulares pueden entrar a gestionar la actividad únicamente por transmisión del Estado (concesión administrativa); 2) Actividad indispensable para la vida colectiva. Se trata de una actividad necesaria para la sociedad y altamente cualificada en función de su repercusión sobre la vida colectiva, 3) Destinada a los usuarios "uti singulari". *La actividad de...* Pág. 137.

Sin embargo, otros autores le suman otros elementos definitivos al concepto tales como:

- (a) Una actividad explotable económicamente. El servicio público requiere de una actividad explotable económicamente. La participación del sector privado en la economía se justifica sólo en la obtención de los beneficios económicos que éste obtiene por la producción de bienes o la prestación de servicios en el mercado. De esta manera, si no fuese posible obtener una retribución económica por las actividades que los privados realizan, difícilmente se verían interesados en su prestación.

Existen sólo dos clases de actividades que no permiten al sector privado la obtención de beneficios económicos. Éstas son, de un lado, aquellas actividades que requieren para su ejercicio del *ius imperium* del gobierno; y, de otro lado, aquellas respecto de las cuales no es posible individualizar el cobro del servicio entre sus beneficiarios. En ambos casos se hace necesaria la intervención del gobierno para que dichas actividades puedan ser satisfechas. En el primer caso nos encontramos ante los típicos actos de autoridad, que distan mucho del concepto de servicio público por ser actos que sólo pueden ser prestados por el gobierno, ya que es indispensable para su prestación el ejercicio de un poder soberano (*ius imperium*).

En el segundo caso, en cambio, nos encontramos ante actividades que, si bien no requieren de un poder soberano para su ejercicio, no representan interés alguno para el sector privado, dada la imposibilidad de imputar los costos del servicio que se brinda entre sus beneficiarios. Es el caso por ejemplo del alumbrado público, la limpieza de parques y jardines.

nes, la semaforización de calles y avenidas, entre otras, en las cuales no es posible imputar los costos del servicio entre sus beneficiarios. En efecto, no es posible determinar objetivamente cuanto se beneficia una persona por la luz que recibe la fachada de su casa, por la limpieza del parque de su distrito, o por la implantación de un semáforo en la avenida que utiliza para ir a su trabajo. Se requiere, pues, en estos casos, que el gobierno asuma la prestación de dichas actividades y determine el pago que corresponde hacer a sus beneficiarios independientemente del beneficio que perciban. Sin embargo, ello no obsta a que el gobierno pueda contratar a personas privadas para que asuman la prestación de estas actividades mediante el pago de una contraprestación determinada. Así por ejemplo, el alumbrado público puede ser prestado por empresas privadas, al igual que la limpieza de parques o la semaforización de calles. Sin embargo, se trata de actividades que requieren de la necesaria intervención del gobierno, pues de lo contrario no habría forma de obtener contraprestación alguna por parte de los beneficiarios del servicio.

Los servicios públicos, por otro lado, no están referidos a ninguna de estas actividades, sino más bien a actividades en las cuales el sector privado mantiene un interés económico, y que son posibles de ser explotadas por éste en el mercado.

**(b) Una actividad concesionable.** Sin duda alguna, uno de los elementos principales del Servicio público es la concesión gubernamental, en torno al cual gira una parte de la definición del concepto mismo. La concesión gubernamental apareció como un mecanismo por medio del cual, el gobierno facultaba al sector privado a concurrir al mercado en la prestación de aquellas actividades sobre las cuales el gobierno hubiese decidido interferir de modo avasallante, con el fin de garantizar su adecuada satisfacción. Tal y como afirman los autores LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, “...[la concesión] aparece ligada con el nacimiento...de los grandes servicios públicos de carácter económico (ferrocarriles, obras públicas, etc.), como formula arbitrada por la concepción liberal para armonizar y conciliar la abstención del Estado en materia económica...con la necesidad real de intervenir para asegurar la prestación adecuada de los servicios públicos económicos”. Cita tomada de: FERNÁNDEZ TORRES, M.: „El servicio público del gas“. RAP. Núm. 86. May – Ago. 1978. Pág. 63.

Este mecanismo, el de la concesión, confería al gobierno una serie de poderes y facultades de carácter permanente, que le permitían controlar el acceso del sector privado al mercado, así como la dirección y gestión de la actividad y el eventual cese de su prestación. En este sentido, Fernando GARRIDO FALLA no dudaba en definir al servicio público como todo, “[s]ervicio técnico prestado al público...cuya titularidad pertenece a la Administración pública y bajo un régimen jurídico especial”. GARRIDO FALLA.: „El concepto de servicio público en derecho español“...Pág. 21. En efecto, el otorgamiento previo de una concesión para la prestación de un servicio público, implicaba que el gobierno declarase primero dicho servicio bajo su titularidad. Es claro que si la actividad no se encontraba bajo la titularidad del gobierno, no había nada que conceder. Sólo en tanto el gobierno fuese el titular de la actividad, podía estar facultado para conceder su prestación al sector privado. De lo contrario, el acceso a su prestación se encontraría libre de restricciones. En este orden de ideas, ENTRENA CUESTA afirma que, “...el servicio público supone, por definición, la titularidad pública de la actividad, cuya mera gestión se cede al concesionario, lo que, evidentemente, niega el derecho propio y originario de los sujetos económicos a emprender la actividad; pero no es sólo una cuestión que podría considerarse formal: en la gestión del servicio público, el concesionario está sujeto a las cláusulas concesionales y, sobre todo, a los poderes exorbitantes de la Administración concedente, de forma que, aunque frente al ejercicio de los mismos pueda el concesionario

#### 4. Un punto de partida diferente del servicio público: Estados Unidos<sup>234</sup>

Durante el siglo XIX, con el desarrollo industrial -como detalladamente apuntamos en el primer capítulo- se fueron configurando los primeros ser-

*accionar su derecho al equilibrio financiero, no cabe sostener que el concesionario se encuentre en posición de ejercicio de la libertad de empresa*”. „El principio de libertad de empresa“. En: GARRIDO FALLA.: *El modelo económico en la Constitución española*. Pág. 163. Por tanto, la titularidad del gobierno sobre una determinada actividad, se traduce en un mecanismo que restringe el derecho a la libertad de empresa de los particulares, y más concretamente, el derecho a la libertad de acceso al mercado, que se encuentra, en estos casos, sujeto al otorgamiento previo de una concesión gubernamental.

##### (c) La discrecionalidad del gobierno para concesionar

La declaración de servicio público, y su consecuente sometimiento a la titularidad del gobierno, supone que el otorgamiento de la concesión no constituye un deber imperativo del gobierno de acceder a cualquier solicitud del sector privado para prestar un determinado servicio público, sino que le permite contar con una facultad discrecional para controlar el acceso al mercado para la prestación de dicha actividad, y los términos en los cuales otorga la concesión. La facultad discrecional del gobierno para decidir el otorgamiento de la concesión, es precisamente lo que caracteriza al mecanismo de la concesión. Si el gobierno no contase con la facultad discrecional para permitir el acceso del sector privado al mercado de servicios públicos, mal podría decirse que éstos se encuentran bajo su titularidad.

En efecto, si el gobierno no contase con la facultad discrecional de negarse a permitir el acceso del sector privado al mercado, estaríamos, simplemente, ante servicios que pueden ser prestados libremente por el sector privado. Por el contrario, en el caso específico de los servicios públicos, el gobierno cuenta con la facultad discrecional de limitar el acceso al mercado, aun cuando los particulares cumplan con los requisitos necesarios para prestar el servicio. Dicha facultad discrecional se hace manifiesta mediante el mecanismo de la concesión. Es necesario, pues, determinar qué actividades deben ser sometidas al mecanismo de la concesión, y que actividades deben ser libradas al sector privado para su prestación en el mercado. Es, precisamente, a partir de esta necesidad, que surge en diversos autores la inquietud por limitar los alcances del concepto de servicio público y, consecuentemente, establecer los criterios para determinar aquellas actividades que deben ser consideradas como tales, y sometidas al otorgamiento previo de una concesión para poder ser prestadas en el mercado.

<sup>234</sup> La noción norteamericana de regulación ha sido estudiada principalmente en el marco del Programa de Estudios de Regulación Económica, dirigido por GASPARI ARIÑO. Entre sus obras más importantes se encuentran: *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Marcial Pons. Madrid. 1993; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA MARTINEZ, MARTINEZ LOPEZ MUÑOZ.: *El nuevo servicio público*. Marcial Pons. Madrid, España. 1997; “Teoría y práctica de la regulación para la competencia “PERE, Papeles de trabajo”. Núm. 17. UAM. Madrid; Servicio público y telecomunicaciones. La “regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos”. “PERE”, Papeles de trabajo. Núm. 3. UAM. Madrid. MUÑOZ MACHADO.: *Servicio público y mercado* I. Civitas. 1997. MORENO MOLINA, A.: *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid, 1995; SENDIN GARCIA.: *Regulación y servicios público*. Editorial Comares. Granada, España 2003. Prólogo de DOMINGUEZ BERRUETA DE JUAN. RODRIGEZ-ARANA, J.: *La privatización de la empresa pública*. Montecorvo. Madrid. 1991. LAZARD, J.: *La empresa pública en los Estados Unidos de*

vicios públicos económicos<sup>235</sup>; transporte ferroviario, telecomunicaciones, energía, que en poco tiempo se convirtieron en básicos para la actividad económica general, así como para satisfacción de las necesidades vitales de los ciudadanos.

América. Traducida por Rodríguez Berejo. En: *La empresa pública*. Edición de Evelio Verdadera Tuells. Studia Albornotiana. Bolonia. 1970. LASEHRAS, M.: *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel. Barcelona. 1999. BOYER, R.: La teoría de la regulación: un análisis crítico. Editoria Humanitas. Buenos Aires, Argentina. 1989. FERNANDEZ RODRIGUEZ.: “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”. En: RAP. 150. Sep-Dic. 1999. GARCIA LLOVET.: «Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho». RAP. 131. Mayo-agosto de 1993. GARRIDO FALLA.: «¿Réquiem por el servicio público?». En: Cuenta y razón 116 (junio-julio de 2000). MONTERO PASCUAL.: «Titularidad privada de los servicios de interés general», REDA, vol. 92, 1996, pp. 567-591. SALA ARQUER.: «El Estado neutral: Contribución al estudio de las Administraciones independientes. REDA. Núm. 42. 1980. Aunque la literatura en inglés sobre la Public Utilities, es abundante, me remito a los siguientes textos consultados: BARNES IRSTON.: *The economic of public utility regulation*. Yale university. New York. 1942. SUELFLOW, J.: *Public utility accounting: Theory and application*. Institute of Public Utilities, Michigan State University. 1973; HALLET, EUGENE R.: *Public Utility act of California*. San Francisco. Bolten-Braden, 1912; *The public Utility compendium*. New York. 1928; GARFIELD, P, LOVEJOY, WALLACE, F.: *Public utility economics*. Prentice-Hall. Englewood Cliffs. Nueva Jersey. 1964; CLEMENS, ELI.: *Economic and Public utilities*. New York. Appleton-Century-Crofts. 1950; PHILLIPS, CHARLES.: *The economics of regulation; teory and practice in the transportation and public utility industries*. New York. 1969; BRAUM, ROBERT DAVID.: *The federal power commission and state utility regulation*. Whashington. Columbia Univrsity. 1942; WILSON, GEORGE LLOYD.: *Public utility regulation*. New York. McGraw-Hill. 1938; MORGAN, CHARLES.: *Regulation and the management of public utilities*. Boston, New York. 1923 HENDRICKS, H. G.: *The public utility Question*. Menasha. Wis. 1935. BAUER, J.: *Effective regulation of public utilities*. New York. 1925. CLAY, C. M.: *Regulation of public utilities*. New York. 1932. COOKE, M. L (Ed.): *Public utility regulation*. New York. 1924. JONES, E., and BIGHAM, T. C.: *Principles of Public utilities*. New York. 1927. CLEMENS, WINSTON.: *Economic and public utilities*. Appeton Centre Clorf. New York. 1950. SCHAWARTZ, B.: *The Economic Regulation of Business and Trade. A Legislative History of U. S. Regulatory Agencies*. Nueva York, Bernard Schwartz Ed. 1973. OSKOW, P y NOLL, R.: “Regulation in Theory and Practice: an Overview”, *Studies in Public Regulation*. Cambridge. Mass. Gary Fromm Ed. MIT Press. 1981. COASE, R.: *La empresa, el mercado y la ley*. Alianza Editorial. Madrid, España. 1994; COASE, R.: *La naturaleza de la empresa: Origen, evolución y desarrollo*. FCE. México. 1996; COASE, R.: “The Federal Communications Commission”. *The Journal of Law & Economics*. vol. 2. 1959. STIGLER, G y CLAIRE, F.: “What can Regulators Regulate? The Case of Electricity”, *The Journal of Law & Economics*, vol. 5. 1962. STIGLER, G.: “The Theory of Economic Regulation”. *Bell Journal of Economics and Management Science*. Vol. 2 núm. 1, 1970. Pág. 3-21. POSNER, R.: El análisis económico del derecho. “Taxation by Regulation”. *Bell Journal of Economics and Management Science*. vol. 2. núm. 1. 1971. DEMSETZ, H.: “Why Regulate Utilities?” *The Journal of Law & Economics*, vol. 11, 1968; DEMSETZ, H.: La competencia: aspectos economicos, jurídicos y políticos. Alianza Editorial, 1983.

<sup>235</sup> Comparando el concepto europeo de servicio público con el de *public utility* la principal diferencia entre ambos consiste en que este último no extiende el ejercicio de las potestades públicas a un campo económico y empresarial privado, sino que implica el establecimiento de restricciones sobre las funciones de decisión de la empresa privada, haciendo

En Europa la mayoría de estos servicios fue rápidamente monopolizada por las autoridades públicas, sin embargo, en los Estados Unidos esta opción no fue considerada, dada la debilidad de las autoridades públicas (desconcentración del poder político, tanto a nivel vertical Estado federal) como horizontal (férrea separación de poderes), débil presencia pública en el territorio de frontera, etcétera), y de la tradición y cultura política<sup>236</sup> (figuras tradicionales como el *common law anglosajón* y el *common calling*<sup>237</sup> señalan la preferencia por medios indirectos de intervención pública, para favorecer el interés público). Todo ello hizo infrecuente la intervención directa de las autoridades públicas en la provisión de nuevos servicios de interés público<sup>238</sup>, a diferencia de lo que sucedió en la mayoría de los países de Europa<sup>239</sup>.

intervenir en ellas el interés público. La presencia pública tiene lugar mediante el ejercicio de potestades públicas en el primer caso (por ejemplo, mediante la expropiación forzosa de los terrenos necesarios para las inversiones), y mediante la concesión de licencias en el segundo (estableciendo condiciones de obligado cumplimiento, por ejemplo, en cuanto a calidad del servicio). Mientras que el servicio público supone una extensión de potestades públicas a empresas privadas, en el caso de Estado Unidos la regulación de licencias o condiciones de entrada en el sector aparece como una forma de poner condiciones a las decisiones particulares de las empresas. Sus similitudes, sin embargo, son mayores que sus diferencias. Tanto el servicio público, o el servicio económico de interés general, como la regulación de las public *utilities* constituyen instituciones jurídicas destinadas a garantizar un servicio universal en determinadas actividades económicas (v. gr., sectores energéticos y telecomunicaciones) y ambas instituciones justifican una intervención de control sobre las actividades a que se refieren. *La regulación*....Pág. 31 y 32.

<sup>236</sup> J. N. HAZARD señala la existencia en los Estados Unidos de una “hostilidad a la intervención del Estado en la vida económica, hostilidad que parece incomprensible a los europeos”. “La empresa pública en los Estados Unidos de América”, en *La empresa pública*. Editor: E. Verdura Tuells. Studia Albortoniana. Bolonia, 1970. Pág. 1825.

<sup>237</sup> Todos los servicios que podían ser ofertados a la generalidad eran capaces de ser incluidos en la categoría de *common calling*, así existían herreros comunes, sastres comunes, cirujanos comunes, dentistas comunes, portadores comunes, etc.

<sup>238</sup> MONTERO PASCUAL señala que el modelo continental y el anglosajón, tienen “su origen en dos tradiciones históricas, en dos modos de entender el interés general. Por un lado está la noción de “interés común”, resultado de la combinación de los intereses particulares de los ciudadanos. Por otro lado, aparece la noción de “interés público”, diferente y superior a la mera combinación de intereses privados, definidos especialmente como el bien de la nación por encima de intereses particulares. Estas diferentes concepciones del interés general, que tienen su precedente más lejano en la filosofía griega (PLATÓN, interés público; y, ARISTÓTELES, interés común), ha conducido a diferentes modos de organizar las actividades destinadas a la satisfacción del interés general. El modelo del “interés común” es el predominante en Estados Unidos. La prestación de servicios de interés general está encomendada a personas privadas, las cuales, en régimen de competencia, persiguen la satisfacción de su propio interés particular, al mismo tiempo que satisfacen la de su cliente y el de la comunidad en general. La función de las autoridades públicas es garantizar que el enfrentamiento de intereses particulares no es corrompido por prácticas injustas que impidan la satisfacción del interés común, así como intervenir en el caso de que el mercado no sea plenamente eficiente, imponiendo obligaciones directamente



Pero además de estas peculiares circunstancias históricas, como explica GARFIELD<sup>240</sup>, en los Estados Unidos influyó particularmente en el desarrollo y en la implementación del concepto *public utility*, la rápida transición de una economía agrícola a una industrial; y, especialmente las secuelas de la guerra civil, que tuvo como consecuencia la inflación y la especulación hasta del treinta por ciento de los precios de los productos agrícolas; y sobre todo, el movimiento de los granjeros, entre los años de 1865 y 1870, que protestaron contra las elevadas tarifas de transporte que se les imponía, y que concluyó con la aprobación de leyes que establecen tarifas máximas y prohíben hacer diferencias entre pasajes y cargas.

Debido a estos factores, la intervención pública en la economía en defensa del interés común, se encauzó preferentemente a través de la regulación<sup>241</sup>

a los prestadores del servicio de interés general. El regular impone obligaciones o cargas jurídicas a los prestadores privados del servicio público, que adquieren de este modo una responsabilidad jurídica. El modelo de “interés público” es el dominante en Europa. Este interés público no puede ser perseguido por personas privadas, pues éstas están solo encaminadas a la consecución de sus intereses privados. Por eso es necesario que un ente superior defina y gestione la consecución del bien público. Las autoridades públicas son las únicas con la legitimidad y poder suficiente para cumplir esta función, y por ello sean legitimadas para realizar una reserva de la actividad (*publicatio*) que les permite gestionar directamente, en régimen de monopolio, los servicios públicos. El servicio público estaría definido por tres rasgos: gestión por una autoridad pública, bajo el régimen de derecho público, para la consecución de un fin de interés público”. “Titularidad privada de los servicios”...Pág. 568 y 569.

<sup>239</sup> Como señala SENDÍN GARCÍA, “que en Estados Unidos se rehuye el recurso a la gestión pública directa para suministrar las prestaciones esenciales”. *Regulación y...* Pág. 16.

<sup>240</sup> Cito textualmente a GARFIELD: “The public utility concept is a product of the legal mind responding to economic, social, and technological conditions. Its origins date back to early English commercial practices. The concept of a public utility first took form in English judicial decisions. Taken together, these and other decisions comprise the common law, which has served as the basis for subsequent judicial decisions and statutory law in all the English-speaking nations of the world? As part of the American legal heritage from England, the legal concept of a public utility was implemented in the post-civil War years as part of the transition from an agricultural to an industrial economy”. *Public utility economic*. Pág. 3.

<sup>241</sup> LASHERAS explica que “la actividad de regulación se puede considerar como una de las formas de intervención pública, junto a la política macroeconómica y la producción directa de bienes y servicios que son necesarias en el ejercicio de la actividad económica...por consiguiente, la actividad de regulación es una forma de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos, y que obliga a que las empresas reguladas actúen de manera distinta a como actuarían si tal regulación no existiera... de manera precisa, la actividad de regulación consiste en definir un marco de actuación de los agentes económicos, las empresas reguladas y los consumidores, y en hacer que este marco se cumpla. Así pues, la actividad de regulación se puede definir como la actividad pública de control de precios y de imposición de restricciones en el ejercicio de ciertas actividades económicas”. *La regulación...* Págs. 15 y 16. Por su parte, MUÑOZ MACHADO, considera

económica por Comisiones Independientes<sup>242</sup>. Este modelo de intervención pública en la economía, desarrollado en el siglo XIX, consiste en el control continuo y concentrado de un sector económico por parte del poder público, a través de la imposición de obligaciones jurídicas a los actores privados en el sector, en defensa del interés general.

A finales del siglo XIX surge en los Estados Unidos un modelo de intervención pública en la economía,<sup>243</sup> con raíces en la tradición del *Common Law*, caracterizado por la imposición de obligaciones jurídicas (en especial referidas a precios) por parte de los legisladores estatales<sup>244</sup>, a los operadores privados de actividades mercantiles que afecten al interés general.

que regulación es un conjunto de técnicas de intervención pública en el mercado, y recurre a la a la definición de SELZNICK: un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social". *Servicio público y mercado*. Pág. VISCUSI, VERNON Y HARRINGTON, definen la regulación como una "limitación impuesta por el sector público para restringir las elecciones de los agentes económicos". *Economics of Regulation and Antitrust*. The MIT Press, 2 ed. 1995. Cita tomada de LASHERAS: *La regulación...* Pág. 16. IRSTON, al preguntarse que es la public utility, contesta que usualmente se da una descripción relacionada con la industria. Sin embargo, apunta que en su origen y en el uso es jurídico; pero en su aplicación combina lo económico, lo social y quizás lo político. Además, señala que existen diversas teorías acerca del interés público: Desde el punto de vista jurídico: holding-out theory; implied-contract theory; governmental-function theory. Desde el punto de vista económico: Monopoly y the social-disadvantage theory. *The economics...* Págs. 1- 21.

<sup>242</sup> La primera Comisión se creó en Rhode Islan, en 1839; luego surgieron las de New Hampshire en 1844, Connecticut en 1853, Vermont en 1855, Maine en 1858, Ohio en 1869 y la de Massachusetts en 1869 creada fundamentalmente para regular el tráfico por ferrocarril. Sin embargo, estas comisiones no disponía de los instrumentos jurídicos para intervenir en el mercado. Las comisiones estatales en la forma moderna es de 1907, cuando en New York, Winconsin, y en Georgia se permite una efectiva y permanente regulación. Sin embargo, es de destacar que tras la publicación de la sentencia de la Corte Suprema *Munn v. Illinois*, esos mecanismos jurídicos existían, y poco tiempo después, como apuntamos, surgen las primeras comisiones reguladoras estatales. En 1887 se crea la Comisión de Comercio Interestatal (Interstate Commerce Commission), que surge para regular el comercio por ferrocarril, en los que se cometían abusos con las tarifas. Poco a poco esta Comisión que fue ampliando sus competencias Para 1920, solamente tres estados no disponían de comisión reguladora. El último estado en crear la comisión estatal fue Alaska en 1960. GARFIELD.: *Public utilit.* Pág. 32, 33 y 34; Lloyd Wilson, G.: *Public utility...* Pág. 13-20.

<sup>243</sup> El origen histórico de la regulación económica en los EUA puede verse en Montero Pascual, Juan J., "Titularidad privada de los servicios de interés general"...Págs. 567-591; y, MORENO MOLINA.: *La administración por agencias...*

<sup>244</sup> Es importante destacar que el principal poder de las Comisiones Estatales, cubre esencialmente lo referente a los precios, servicios, y la regulación financiera; la prescripción de los sistemas contables, la autorización de los certificados y permisos sobre varios servicios y la extensión, expansión y el abandono de estas facilidades. Sin embargo, como apunta WINSON, en su estudio pormenorizado sobre el desarrollo del establecimiento de las comisiones estatales de regulación, en un inicio no todas tenían uniformidad en la jurisdicción

El origen legislativo otorgó legitimidad política a la intervención pública, a la vez que la aprobación por parte de la Corte Suprema de dicho modo de intervención, disipó las dudas sobre su legitimidad constitucional<sup>245</sup>.

La legitimidad técnica, sin embargo, sólo se alcanzó al ceder las competencias de intervención a Comisiones Independientes formadas por personali-

y competencia sobre las mismas actividades, debido a las condiciones institucionales y la tradición de los diferentes Estados. No obstante, se fueron imponiendo las “public utilities act”, de los estados que tenían una posición dominante sobre los Estados que tenían un mercado de menor dimensión. Así mismo, ayudó las decisiones de la Corte, y el establecimiento de la Asociación Interestatal de ferrocarril de 1889; y en 1928, la adopción del Acta del “Nacional Conference of Commissioners on Uniform State Laws”. La uniformidad de las “Public Utilities Act”, ayudó en el proceso de regulación, pero también en el proceso de definición del mismo término. *Public utility* ...Pág. 52 y 53.

<sup>245</sup> El primer caso que llegó a la Corte Suprema Norteamericana fue *Munn contra Illinois* (94 U. S. 113. 1876). El legislador del Estado de Illinois aprobó en 1870 una ley definiendo la actividad de almacenamiento de cereales como de interés general (pocos almacenes en Chicago controlaban el almacenamiento de grano, necesario para el transporte desde los Estados productores hacia los mercados del Este), e imponiendo la obligación de los propietarios de silos de fijar y publicar tarifas anuales, con un límite máximo, sin posibilidad de alterarlas en ese plazo. En 1876 la Corte Suprema hizo pública su decisión: “Volviendo la vista al common law, de donde proviene el Derecho que la Constitución protege, encontramos que cuando la propiedad es “afectada por un interés público, cesa de ser sólo *us privati*...la propiedad se ve investida con un interés público cuando es usada de modo que tiene repercusiones públicas y afecta a la comunidad en general. Cuando, por tanto, una persona dedica su propiedad a un uso en el que la comunidad tiene un interés, él, de modo efectivo, está garantizando al público su interés y debe aceptar ser controlado por el público por el bien común...mientras mantenga la actividad, debe someterse al control”. La constitucionalidad de las leyes estatales fijando límites máximos de las tarifas cobradas por servicios definidos de interés público fue ratificada en 1892 por otra sentencia importante de la Corte Suprema norteamericana: *Budd contra New York* (143 U. S. 517. 1892). En este caso se limitaban las tarifas cobradas por los elevadores de grano necesarios para el transporte de cereales al mercado de Nueva York. El Tribunal afirmó que “no solo la actividad de elevar el grano está afectada por el interés público, sino que los autos muestran que se encuentran en una situación de verdadero monopolio, además de consistir en una actividad de transporte y ser por ello un common carrier y por lo tanto de carácter público. La ley es también un ejercicio constitucional del poder de política del Estado”. En 1894 la corte Suprema dictó sentencia en el caso *Brass V. Dacota* (153 US. 391. 1894). La Corte declaró la constitucionalidad de la fijación de tarifas máximas a los elevadores de grano. La importancia de este caso reside en que esta vez no existía poder monopolístico de obligaciones a personas privadas por el mero hecho de desarrollar una actividad “investida con un interés público”. La jurisprudencia de la Corte se consolidó a inicios del siglo XX, en casos tales como *Nebbia V. New York*: “ El uso de la propiedad privada y la realización de contratos privados están, por regla general, libres de interferencia gubernamental; pero están sujetos a regulación pública cuando la necesidad pública lo requiere...la razonabilidad de cada regulación depende de los hechos relevantes...decir que la propiedad está “investida con un interés público” o que “una industria está afectada por el interés público” significa que a la propiedad o la industria por razones adecuadas, está sujeta al control por el bien público”. MONTERO PASCUAL.: “*Titularidad*...Págs. 579 y 580.

dades de reconocida competencia técnica, normalmente designadas por el Ejecutivo<sup>246</sup>. Este modelo de control continuo y concentrado de un sector por una comisión independiente de expertos, imponiendo obligaciones jurídicas a los operadores privados, se extendió rápidamente al nivel federal, con la creación de la Comisión de Comercio Interestatal en 1887<sup>247</sup>.

El *New Deal* de la década de los 30 reforzó el modelo de regulación por comisiones independientes. La depresión económica fue tan profunda que obligó a las autoridades públicas a replantearse su función. La respuesta del gobierno federal fue una mayor intervención; una intervención encaminada a sustituir los mecanismos del mercado que, por una parte, era acusados de haber provocado la depresión, y por otra, habían sufrido un colapso y eran incapaces de gobernar ciertos sectores. Así se generalizó la regulación económica en los sectores básicos, con el fin de estabilizarlos a través de la fijación de barreras de entrada y la imposición de horquillas de precios a los operadores privados. Se crea as la *Federal Power Commission* (1930), la *Federal Communications Commission* (1934), o la *Securities and Exchange Commission* (1934)<sup>248</sup>.

El último gran impulso de creación de comisiones reguladoras corresponde al periodo 1965 a 1977, iniciándose con los programas de la *Great Society* del presidente Johnson. Las comisiones reguladoras creadas en este periodo nacen fundamentalmente para controlar la industria, con el fin de atender a externalidades, a efectos sociales de la actividad industrial. Nacen en este periodo la *Equal Employment Opportunity Commission* (1965), la *Environmental Protection Agency* (1970), y la *Consumer Product Safety Commission* (1972). Este movimiento político consiguió igualmente involucrar a consumidores y asociaciones ciudadanas en los procedimientos de las comisiones independientes, con el fin de representar directamente el interés de los ciudadanos y consumidores.<sup>249</sup>

<sup>246</sup> ARIÑO ORTIZ.: *Economía y Estado...*Pág. 376-385.

<sup>247</sup> WILSON, señala que las disputas jurisdiccionales se dan de tres tipos: a) Disputas entre la Comisión y el Estado; b) Disputas entre la Comisiones y las Compañías; c) Disputas entre la Comisión Federal y las Compañías. *Public utility...*Pág. 37.

<sup>248</sup> ADAMS, JOHN CLARKE.: *El Derecho Administrativo Norteamericano*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Argentina. 1964. Pág. 43 y 44; GIL, OLG.A.: *Telecomunicaciones y política en Estados Unidos y España (1875-2002)*. Editorial. Siglo XXI. España. 2002. Págs. 2 y 3.

<sup>249</sup> Véase, SCHAWARTZ, B.: *The Economic Regulation of Business and Trade. A Legislative History of U. S. Regulatory Agencies*. Nueva York, Bernard Schwartz Ed., 1973. Pág.18

Estas comisiones respondían a un equilibrio de intereses. Por una parte, defendían a las empresas del sector de diversas amenazas: la Depresión, la intervención local, la intervención de las autoridades *antitrust* e incluso de la competencia de nuevos actores. Por otra parte, defendían a los consumidores de la amenaza de subidas de precios excesivos.

Las comisiones reguladoras independientes federales encargadas del control de las *public utilities* (ICC, FCC y la FPC) ejercían un control continuo y concentrado sobre una serie de industrias, en principio para defender el interés general<sup>250</sup>. Este control se ejercía a través de la imposición de obligaciones jurídicas, tanto de hacer como de no hacer, que limitaban la libertad de contratación de los actores privados del sector. Fundamentalmente las siguientes:

En primer lugar, se obligaba a las empresas privadas a ofrecer su servicio a todo el que lo requiriese bajo circunstancias razonables. Para hacer efectiva esta obligación, se recuperó otra de las obligaciones tradicionales del *common calling*: la obligación de requerir precios razonables. Limitándose, a tal fin, la libertad de fijación de precios, estableciendo las comisiones horquillas de precios permitidos<sup>251</sup>.

Por último, con el fin de asegurar la estabilidad del sistema, se crearon barreras de entrada, fundamentalmente requiriendo el otorgamiento de licencias por parte de las comisiones.

Dada la situación de crisis industrial y financiera generalizada, y el colapso de los mecanismos de fijación de precios, las comisiones pudieron establecer unas condiciones artificiales, independientes del mercado.

#### 4.1 La liberalización de la economía

Las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial se caracterizaron por un gran crecimiento de las economías occidentales. Los modelos de inter-

---

<sup>250</sup> En los Estados Unidos, el marco institucional está formado por varios niveles y esferas de autoridades. Dentro de los niveles de autoridad se distingue el federal y el de los Estados federados. La relación de estos dos niveles no es jerárquica, al nivel federal le corresponde las competencias sobre las comunicaciones entre Estados, mientras a los Estado federados les corresponde la regulación dentro de su territorio...Dentro de las esferas de autoridad se diferencian aquellas de carácter nacional, que operan en todo el Estado, y aquellas que lo hacen a nivel de cada Estado Federado. GIL, OLGA.: *Telecomunicaciones y política en Estados Unidos y España* . Pág. 1

<sup>251</sup> DE LA CRUZ FERRER, J.: *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*. Marcial Pons. Barcelona, España. 1999. Págs. 24. ARIÑO ORTIZ, G.: *Principios de derecho público económico*. Segunda Edición. Comares. Granada, España. 2001. Pág. 444 y 445.

vención pública se vieron reforzados por el éxito económico. A finales de los años sesenta, sin embargo, comenzó a producirse un debilitamiento del crecimiento. Este debilitamiento se convirtió en crisis a principios de los setenta, a causa del alza de los precios del petróleo, que produjo un incremento importante de la inflación. La crisis económica se alargó toda la década, dando pie a un debate sobre el modelo económico, en particular sobre la bondad de la intervención pública en la economía<sup>252</sup>.

Al mismo tiempo, la industria comenzó a ver en la intervención pública un obstáculo a sus intereses, más que un instrumento de apoyo a los mismos. Durante los años setenta, la regulación económica se convirtió en un lastre para las industrias reguladas.

La intervención de los grupos de consumidores dificultó las subidas de precios necesarias para adaptar los precios a la alta inflación, de modo que las industrias reguladas comenzaron a tener problemas (*regulatory lag*). Los mecanismos de fijación de precios se convirtieron en una trampa y las barreras de entrada no fueron suficientes para contrarrestar el efecto negativo de la regulación de precios. Como resultado, la industria comenzó una campaña contra la regulación económica y contra la intervención pública en general. La doctrina de la Escuela de Chicago, proporcióna a la industria y al sector privado los argumentos en contra de la intervención pública.

La industria regulada consiguió ligar la crisis económica (alta inflación, crecimiento débil) a la intervención pública, consiguiendo el apoyo del poder político para liberalizar la economía. La llamada “revolución conservadora” de los ochenta en los EUA y en el Reino Unido, con las políticas del presidente Reagan y de la Primer Ministro Thatcher, supuso el triunfo de una nueva visión de la función de las autoridades públicas en la economía, fruto de las primeras críticas de los sesenta y el debate de los setenta. El ideario de estos movimientos políticos se resumió en la expresión “retirar el peso del Estado de las espaldas de los ciudadanos”.

La reducción de la intervención de las autoridades públicas en la economía fue el resultado de la alianza de intereses de las empresas reguladas que, utilizando la doctrina de la Escuela de Chicago, logró el apoyo de fuerzas políticas que buscaban una respuesta política al estancamiento económico.

---

<sup>252</sup> STIGLITZ, J. E.: *Principios de microeconomía*. Ariel. Barcelona, 1994. Pág. 502.

## 4.2 La desregulación y la adaptación del modelo regulador al marco competitivo

Aunque en la actualidad se tiende a utilizar el término desregulación con un alcance general, para referirse al proceso de liberalización y privatización que ha tenido lugar en prácticamente todo el mundo, en realidad dicho término es especialmente idóneo para referirse al supuesto estadounidense, pero poco adecuado para referirse al proceso que ha tenido lugar en Europa e Hispanoamérica.

En estos últimos lugares la utilización de la regulación económica para la prestación de servicios esenciales era totalmente desconocida, pues, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, donde se ha utilizado la misma a tales efectos desde hace largo tiempo<sup>253</sup>, se recurría principalmente para desarrollar dicha función a la prestación directa o a través de un concesionario que gestionaba el servicio para la Administración.

Difícilmente puede haber por ello desregulación donde no ha habido previamente regulación. Siendo, por tanto, un término específicamente aplicable al supuesto norteamericano pero no al europeo ni al iberoamericano<sup>254</sup>.

Si regulación es el control continuo y concentrado de un sector económico por parte de una comisión especializada, ejercido a través de la imposición de obligaciones jurídicas a los actores privados en el sector, la desregulación es el relajamiento del control ejercido por la comisión reguladora, a través de la eliminación de determinadas obligaciones jurídicas impuestas a las empresas privadas del sector en cuestión.

De este modo, la desregulación es la retirada de todas las obligaciones jurídicas especiales, de todo el control ejercido por la comisión reguladora. El proceso de desregulación, sin embargo, no tiene por qué llegar tan lejos. Las autoridades públicas pueden por lo tanto, determinar el grado de la desregulación, fijando nuevos límites a la intervención pública en la economía.

Como ya hemos visto, desde mediados de la década de los setenta, existe cierto consenso en la existencia de una sobre regulación, de una excesiva

---

<sup>253</sup> Señala SENDÍN GARCÍA que “mientras en los Estados Unidos se habla certeramente de desregulación; en Europa, al menos en los países de raíz latina como el nuestro, difícilmente se puede utilizar ese término, pues previamente no existía un modelo intervencionista basado en la regulación, por lo que es más correcto hablar de liberalización.” *Regulación y...* Pág. 19.

<sup>254</sup> JOSKOW, P y NOLL, R.: “Regulation in Theory and Practice: an Overview”, *Studies in Public Regulation*, Cambridge, Mass. Gary Fromm Ed. MIT Press. 1981. Pag. 36.

intervención pública en la economía a través de las comisiones reguladoras. Fruto de esta convicción política es la decisión de derogar la regulación más agresiva, aquella que impide el funcionamiento de los mecanismos del mercado: la regulación definidora de precios y barreras de entrada.

La desregulación estadounidense no afecta decisivamente a la regulación social introducida en la década de los sesenta (ambiente, salud, defensa de los consumidores, etcétera), sino a la regulación económica introducida fundamentalmente en la época del *New Deal*.

Dicho proceso ha significado el fin de un determinado modo de intervención pública, encaminada a la sustitución del mercado a través de la fijación de precios y de las barreras de entrada. La nueva opción confía a los mecanismos del mercado la ordenación del sector, con una intervención subsidiaria de los poderes públicos, bien para fomentar y mantener el carácter competitivo de los mercados, bien para alcanzar fines ignorados por el mercado. La reforma pretende que sean los mecanismos del mercado los que determinen, primero, los actores del mercado; segundo los precios, y tercero otros elementos tales como la calidad y cantidad de servicios. La desregulación supone un retorno a los orígenes de la regulación económica, una intervención que con el tiempo se había excedido en sus funciones.

La nueva estructura de los sectores regulados exige una nueva estrategia de intervención. Cuando la competencia es fundamental para la fijación de precios, es necesario asegurar que esa competencia será efectiva y no sea viciada por la actuación de los antiguos actores, con más experiencia y grandes cuotas de mercado (especialmente en sectores con fuerte tendencia a la concentración debido a la existencia de fuertes economías de escala). El mantenimiento y desarrollo del proceso de universalización de los servicios de interés general puede asimismo, requerir la definición de obligaciones jurídicas a los actores privados. Estas son cuestiones que no se planteaban con el antiguo modo de intervención, y que con el nuevo requieren la definición de nuevas obligaciones jurídicas, la introducción de nueva regulación.

Las nuevas obligaciones jurídicas de imponer a los actores privados no exigen, sin embargo, una reforma del modelo de comisiones reguladoras. La desregulación en principio no exige la desaparición de las mismas ni un cambio en sus mecanismos de intervención, sino un cambio en el contenido de las obligaciones, de acuerdo con la nueva estructura del mercado. Por lo que no supone necesariamente una simplificación de la intervención, sino un cambio de estrategia. Esta estrategia puede exigir una intervención más compleja pero, en todo caso, menos agresiva.



### 4.3 Críticas al modelo regulatorio

A principios de la década de los sesenta, un grupo de economistas de la Universidad de Chicago comenzó a estudiar el fenómeno de la regulación, aplicando la teoría de precios. La doctrina tradicional sobre la intervención pública, se fundamentaba en la aceptación del interés general como principio rector de la actividad de las comisiones reguladoras y de la administración en general. Estos economistas tildaron de normativa esta doctrina, y comenzaron a estudiar el funcionamiento real de las comisiones reguladoras. Su conclusión fue que la regulación económica por agencias reguladoras constituía “un instrumento para transferir riqueza a grupos bien organizados, si estos grupos devuelven el favor con votos y contribuciones para los políticos”.<sup>255</sup>

Las primeras críticas al modelo regulador fueron lanzadas por Coase en 1959,<sup>256</sup> desde la recién creada *The Journal of Law & Economics*, seguidas de artículos de STINGLER<sup>257</sup>, POSNER<sup>258</sup> y DEMSETZ<sup>259</sup>. Estos autores, máximos exponentes de la Escuela de Chicago, concluyeron que la regulación económica por comisiones independientes conducía a resultados altamente deficientes debido a la “captura” del regulador por la industria regulada, que terminaba, inexorablemente, imponiendo sus intereses.

La crítica inicial fue la deficiencia económica de la regulación a través de barreras de entrada y fijación de precios. Por una parte, estas intervenciones impedían la actuación de los mecanismos de fijación de precios propios del mercado, y por otra, no conseguían imponer un control efectivo de precios a la industria. En principio, la fijación de precios por parte del regulador debía limitar los beneficios de la industria regulada, al reducirlos a una justa retribución del capital empleado. El modelo protegía a la industria, pues en caso

<sup>255</sup> COASE, R.: “The Federal Communications Commission”. *The Journal of Law & Economics*, vol. 2, 1959. Págs. 1-40.

<sup>256</sup> STIGLER, G y CLAIRE, F.: “What can Regulators Regulate? The Case of Electricity”, *The Journal of Law & Economics*, vol. 5, 1962, pp. 1-13; y STIGLER, G.: “The Theory of Economic Regulation”. *Bell Journal of Economics and Management Science*. Vol. 2 núm. 1, 1970. Págs. 3-21.

<sup>257</sup> POSNER, R.: “Taxation by Regulation”. *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1, 1971

<sup>258</sup> DEMSETZ, H.: “Why Regulate Utilities?” *The Journal of Law & Economics*, vol. 11, 1968, pp. 55-65.

<sup>259</sup> Véase STIGLER.: “What can...Pág 11, nota 8; como la introducción de regulación en el sector eléctrico en los EUA a principios de siglo no introdujo ninguna diferencia efectiva, ningún control, en la fijación de precios por parte de la industria.

de que disminuyesen los beneficios por deficiencia de la industria regulada (mayores costes por ejemplo) la política de las comisiones era permitir una subida de precios, que asegurase una justa retribución del capital empleado. Por otra parte, no suponía un control efectivo de los beneficios,<sup>260</sup> pues a través de una sobrecapitalización, esto es, a través de una inversión por delante de la demanda, se aseguraba automáticamente un crecimiento de los beneficios.

La crítica al modelo de regulación económica no se limitó a la deficiencia económica del mecanismo de fijación de precios. El siguiente paso fue una crítica a la raíz del modelo.

Según la Escuela de Chicago, la intervención pública a través de comisiones independientes “como regla general [...] es adquirida por la industria y es diseñada y funciona primordialmente en su beneficio”.<sup>261</sup> La regulación, pues, no es más que otro bien sujeto a los mecanismos del mercado, resultado del encuentro entre la necesidad de los políticos de mantener su poder, a través de votos y financiación, y la necesidad de grupos bien organizados, de mantener sus beneficios (ya sea el interés de los consumidores en pagar precios bajos, ya sea el normalmente mejor organizado interés de la industria de asegurar sus beneficios).

<sup>260</sup> Véase STIGLER.: “The theory of...Pág. 3, nota 8.

<sup>261</sup> ARIÑO ORTIZ, señala que “el triunfo del neoliberalismo (de eso que se llama desregulación o neorregulación), tanto en países del Este como del Oeste, en la Europa del norte y del sur, en las dos Américas o en Sureste asiático, no es seguramente fruto de una batalla ideológica, sino más bien la consecuencia de cambios profundos en el proceso económico-social definido por hechos como los siguientes: la nueva sociedad de la información, la apertura de la economía mundial, la reducción de las distancias, el transporte fácil, la innovación tecnológica y la sofisticación de los servicios, la educación y la sanidad generalizadas (al menos en sus niveles básicos), la exigencia de una atención diferenciada y personalizada, la práctica desaparición de la sociedad rural, aislada, que ha quedado reducida a cifras escasísimas (incluso el mundo agrícola es hoy más urbano e industrial que rural). Y otros factores que podrían ser considerados). ARIÑO ORTIZ, G.: *El nuevo servicio público*. Marcial Pons. Madrid, España. 1997. Pág. 23. La misma opinión, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, España. 1999. Pág. 50 y 55; SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio público europeo...*Pág. 211-232. T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, señala que la liberalización no “es el resultado puro y simple de un movimiento ideológico de derechización del mundo occidental. Sino que es también consecuencia del agotamiento de las ideas de signo puesto, así como del progreso científico y tecnológico”. “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”. Revista de Administración Pública 150. Septiembre-Diciembre de 1999. Pág. 65-66.

## 5. El servicio público en la Unión Europea

Los profundos cambios económicos y sociales<sup>262</sup>, la reforma del Estado<sup>263</sup>, la privatización<sup>264</sup>, la apertura de mercados<sup>265</sup>, y el proceso de integración

<sup>262</sup> *El Estado en un mundo en transformación*. Washington, DC. Banco Mundial. 1997.

<sup>263</sup> El concepto de privatización comprende diversas realidades. Por una parte, puede significar, simplemente, que la Administración no asume la gestión directa del servicio sino que, manteniendo la titularidad de la misma encomienda su gestión, mediante contrato concesional, a una empresa privada. Por otra parte, puede significar la “desregulación” de una actividad privada que, hasta el momento de la privatización, estaba sometida a una fuerte intervención administrativa, tanto en el ámbito de su sometimiento a una serie de reglas interventoras, como del control administrativo vía licencia. Y finalmente la privatización, es la despublicatio de una actividad que venía siendo de la titularidad de la Administración como servicio público monopolístico. ETXEZARRETA VILLALUENGA, JUAN CARLOS.: *La privatización en la Administración Local*. Bayer. Barcelona. 1995. Por su parte, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, a escrito, que la despublicatio no tiene por qué ir acompañada de la privatización de las empresas públicas que puedan estar presentes en la prestación del servicio que se despublica. Con todo, la despublicación de un servicio público entraña necesariamente una alteración de la naturaleza y posición jurídica de la empresa o empresa pública que lo hubiera prestado hasta ese momento, porque tales empresas dejarán de ejercer ya los derecho exclusivo del poder público sobre tal actividad, para pasar a concurrir con las empresas privadas que entren en ese sector de la actividad. De tal modo que de la empresa pública de servicio público se habrá pasado a la empresa pública de mercado. “La regulación económica en España”. El nuevo Servicio Público”. Dirigido por GASPAR ARIÑO. Madrid. 1997.

<sup>264</sup> DE LA CRUZ FERRER, analiza que los cambios fundamentales que se están produciendo en el mundo indican que hemos entrado en una nueva época, y que es preciso “buscar e ir definiendo explicaciones adecuadas a las nuevas realidades, que están emergiendo y configurando una nueva época histórica”. El encuentra las siguientes: a) Cambios en el orden geopolítico; b) Político y c) Económico. En este ámbito es evidente que “los mercados nacionales van viendo caer las barreras que los protegía de la competencia extranjera, integrándose en mercados transnacionales impulsados a nivel continental y mundial (Organización Mundial del Comercio) que supone nuevas exigencias de competitividad a las empresas y a los países”. Asimismo, indica que pretender explicar los procesos de liberalización económica como una consecuencia de la ideología neoliberal resulta harto insuficiente para dar razón de todos los aspectos del proceso. Como se ha señalado con acierto, la liberalización es una política económica hacia el bien común; que consiste fundamentalmente en crear condiciones de paz, justicia y libertad para que cada uno de los miembros de la sociedad realice sus aspiraciones personales. El Banco Mundial, en un importante Informe sobre el Estado, rechaza la idea de un Estado minimalista, e insiste en que un Estado eficaz es imprescindible para que los mercados prosperen las personas tengan una vida más saludable y feliz; pero, el Informe del Banco Mundial también indica que la experiencia de los últimos cincuenta años enseña que el Estado no debe de actuar como agente económico directo, sino como promotor, catalizador y garante de los derechos de propiedad y de la libertad de empresa; centrándose en cinco tareas fundamentales: 1) Establecer y hacer respetar el ordenamiento jurídico; 2) Desarrollar políticas que creen un entorno macroeconómico (estabilidad) y macroeconómico (libre competencia) que ofrezca los incentivos y gestión directa o indirecta de servicios sociales (educación, sanidad) y de infraestructura; 4) Protección de los grupos más vulnerables, y 5) Defensa del Medio Ambiente. *La liberalización de los servicios públicos...* Pág. 50, 51 y 55.

<sup>265</sup> La consecuencia de todo ello, explica ARIÑO ORTIZ, “es que el viejo concepto de servicio público, monopólico, igualitario, de mínimos, uniforme- ya no viene a llenar las necesi-

europea han provocado la necesaria revisión del concepto del servicio público en el ámbito europeo<sup>266</sup>. Sin embargo, en realidad, mucho antes de que este proceso tuviera lugar, ya había sido cuestionada la figura del servicio

dades y las preferencias de la población a la que dice servir. Hoy hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que la nueva realidad social demanda; hoy hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los servicios y las prestaciones. Y todo ello sin perder lo ya conseguido, que es, básicamente, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica”. *El Nuevo Servicio público...* Pág. 23 y 24. Por su parte, MUÑOZ MACHADO, señala que “sería injustificada la conclusión de que la reforma incluye como precio la muerte de los servicios públicos”; lo que cambio es únicamente el enfoque que conforme al cual se organizan, pues en realidad, “Europa no abomina del servicio público, sino que simplemente quiere ajustarlo a un entorno de competencia. *Servicio público y...* Págs. 27-28 y 40. VILLAR EZCURRA, indica que la liberalización supone simplemente la necesidad de otorgar un nuevo significado al concepto de servicio público, y no su desaparición como algunos han señalado. *Derecho administrativo especial...* Pág. 184. Para DESDENTADO DARCOA, la “actividad de prestación se encuentran en franca retirada, pero sigue viva la significación ideológica del servicio público. *La crisis de identidad...* Pág. 187. SENDIN GARCIA, señala que el proceso de liberalización tenga como consecuencia la desaparición del concepto de servicio público. “Aunque ha supuesto, sin embargo, una radical transformación de los presupuestos teóricos sobre los que se asentó tradicionalmente esa doctrina, que nos permite hablar incluso de una nueva formulación del concepto, que viene determinada por esa necesidad a la que nos acabamos de referir, de conciliar el servicios público con las exigencias de mercado, y que se ha traducido fundamentalmente en la desformalización de la noción, de manera que ya no importa tanto el modelo en que se lleve a cabo, como que exista una auténtica garantía de la prestación, pasando a adoptar un carácter predominantemente funcional. Esto supone que el nuevo servicio público ha dejado de lado esa vieja confusión que identificaba a éste con la titularidad de la actividad pasando a un sistema más racional en lo que lo decisivo es el control de la misma, con independencia de la forma en que se logre ese objetivo. *Hacia un servicio Público europeo...* Pág. 218 y 219.

<sup>266</sup> Por ejemplo, para VILLAR EZCURRA “una de las cosas que más sorprende, uno de los extremos más curiosos del servicio público, en cuanto técnica administrativa y en cuanto una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, es que pese a ser uno de los núcleos alrededor del cual se ha construido la especialidad del Derecho Administrativo carezca de una definición total, pacífica, consentida por todos y que sea aplicable a cuantos supuestos aparecen en la dispersa legislación definidos como servicio público. *Servicio público y técnicas de conexión*. Págs.71, 72; para SENDIN GARCÍA el servicio publico “está sujeta a una continua reinterpretación. *Hacia un servicio público europeo...* Pág. 5 Por ejemplo, para VILLAR EZCURRA “una de las cosas que más sorprende, uno de los extremos más curiosos del servicio público, en cuanto técnica administrativa y en cuanto una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, es que pese a ser uno de los núcleos alrededor del cual se ha construido la especialidad del Derecho Administrativo carezca de una definición total, pacífica, consentida por todos y que sea aplicable a cuantos supuestos aparecen en la dispersa legislación definidos como servicio público. *Servicio público y técnicas de conexión*. Págs.71, 72; para SENDIN GARCÍA el servicio publico “está sujeta a una continua reinterpretación. *Hacia un servicio público europeo...* Pág. 5; asimismo, T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ citando a ALESSI, afirma que “del servicio público

público, siempre polémica, esencialmente por su falta de definición<sup>267</sup>, la deficiencia de su gestión pública<sup>268</sup>, el tamaño excesivo del sector público<sup>269</sup>, la

hay tantas definiciones como autores”, “Del servicio Público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”. En *RAP. No. 150* (Sep-Dic 1999); DE LA CUETARA señala que “hay tantos enfoques del servicio público, como conceptos tiene cada uno de quienes se han ocupado de él”. *La actividad de la administración*. Pág. 120; el mismo autor sostiene que “aproximadamente hay tantos conceptos de servicio público como autores han estudiado la cuestión. Derecho administrativo especial III. Pág. 68; MEILAN GIL, por su parte, nos habla de la multivocidad de la expresión”. El servicio público como categoría jurídica. Cuadernos de derecho Público. Núm. 2. Septiembre-Diciembre. 1997. Pág. 76. El tribunal Constitucional, considera que “la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y si un concepto muy debatido por la doctrina científica –con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizando en diversos momentos históricos con finalidades también distintas. STC de 5 de mayo de 1994. RATC 1994-127. Págs. 11-81. FJ. 68. Sentencia tomada del libro *Hacia un servicio público europeo...* Pág. 170.

<sup>267</sup> DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, indica que “es opinión comúnmente generalizada que los servicios públicos son deficientemente gestionados. Un elenco demostrativo de toda la problemática en este sentido resultaría innecesario, pero parecen obvios: la deficiente prestación, el abuso de los usuarios, la explotación deficitaria, las paralizaciones continuas, el riesgo, a veces incluso mortal, de muchos servicios, la carestía que no va pareja con la calidad del servicio, la dejación por la propia Administración de sus responsabilidades de policía y vigilancia, etc. *El incumplimiento...* Pág. 9.

<sup>268</sup> ARIÑO ORTIZ, señala que “la dimensión del sector público en la economía de los países europeos había alcanzado niveles verdaderamente impresionantes. A principios de los ochenta casi todos los países de la CEE, están situados en torno al 50 por 100 del producto interior bruto (destacaba Suecia con cerca del 67 por 100, y Dinamarca y los Países Bajos que estaban en torno al 55 por 100; Bélgica y Francia, entre el 50 y 55 por 100; Alemania, Italia, Austria y Noruega entre el 45 y el 50 por 100, así sucesivamente). España hasta el año 1972 se mantuvo en unas proporciones más que prudentes (en torno al 25 por 100), pero desde entonces su crecimiento progresivo le ha situado en el 45 % en 1994 por encima de la Gran Bretaña actual...Las principales razones del impresionante aumento del gasto público guarda relación con la asunción por el Estado de una parte considerable –cuando no la totalidad- de lo que podemos llamar gasto social: educación, sanidad, y sobre todo, Seguridad Social: pensiones, desempleo y otras atenciones sociales. Estos conceptos alcanzan en torno al 40 por 100 del gasto público total en la mayoría de los Estados Europeos (Francia, Alemania, Italia o España) lo que junto al servicio de la deuda, los gastos corrientes de personal de las Administraciones Públicas y las transferencias (a empresas públicas y a otras Administraciones Públicas), elevan al 75 por 100 el gasto vinculado de los Estado modernos. *Principios de derecho público económico...* Pág. 260. SENDIN GARCIA, considera que el crecimiento desmesurado del Estado, ha aumentado la complejidad de su estructura en términos funcionales, tecnológicos y organizativos; asimismo, es incapaz de absorber el gran número de funciones que ha ido acumulando progresivamente en los últimos tiempos. *Hacia un servicio público...* Pág. 173. Véase también, GARCIA DE LA COCA.: *La liberalización de la...* Pág. 12.

<sup>269</sup> Sobre este particular, hay autores a favor y en contra de esta afirmación. Por ejemplo, para ARIÑO ORTIZ, la publicatio y el monopolio de iure, genera una reserva de titularidad, que impide la iniciativa privada, y esto no es compatible con los derechos y libertades públicas. *Servicio Público y libertades...* Págs. 1324-1334. Sin embargo, para CHINCHILLA MARIN, el servicio público no es una amenaza para los derechos y libertades de

amenaza para los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>270</sup> y por la falta de protección de los usuarios<sup>271</sup>.

A pesar de ello, la importancia de la figura del servicio público seguía siendo mucha en algunos países de la Unión, especialmente reseñable es el supuesto francés, en el que esta figura era, y es, considerado uno de los rasgos esenciales y característicos de la cultura francesa, en cuanto expresivo de los valores y principios que informan el modo de ser y de vida franceses<sup>272</sup>.

Esto dificultaba, sin duda, bastante las cosas al legislador comunitario, que se veía obligado a hacer frente a la regulación de una materia, fuertemente engarzada en la tradición jurídica de algunos países, pero que, sin embargo, estaba muy alejada de la normativa y la tradición de otros Estados miembros<sup>273</sup>.

La solución adaptada fue la de tomar una cierta distancia respecto a la clásica figura de raíz francesa, de tal modo que el Tratado de Roma de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (hoy Comunidad Europea), utiliza la expresión “servicio público” sólo una vez, y de forma meramente incidental, en su artículo 77 (73 en el nuevo texto consolidado), de acuerdo con el cual “serán compatibles con el presente tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan

los ciudadanos, ya que estos suponen la “garantía del disfrute de los mismos en términos reales y de igualdad”. *El Servicio Público, ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?* Reflexiones sobre el caso de la Televisión. En: Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA II. Págs 950-951 y 969. SENDIN GARCIA, considera que “en el fondo de esta polémica lo que se estaba cuestionando no era tanto la figura del servicio público como determinados modos de gestión del mismos. *Hacia un servicio público...* Pág. 176. SOUVIRON MORENILLA, considera esta contradicción no se da entre servicio público y libertades públicas, sino entre libertades públicas y monopolio de iure. *La actividad de la...* Págs. 242-244.

<sup>270</sup> RIVERO YSERN, destaca que “la desprotección del usuario es, prácticamente, total, dependiendo de la buena voluntad de la Administración, que, en definitiva, se inclina más por los intereses de los concesionarios que por lo de los usuarios. “La protección del usuario de los servicios públicos”. *Revista de Administración Pública*. Septiembre-Diciembre. 1978. Pág. 224. (Separata).

<sup>271</sup> En tal sentido, señala SENDÍN GARCÍA que en Francia “la teoría del *service public* había sido elevada al rango de elemento identificador de su cultura jurídica”. *Regulación y...* Pág. 1.

<sup>272</sup> Eso permite diferenciar entre algunos países, que toman base en la tradición jurídica del servicio público, como Francia, España o Italia, y otros, fundamentalmente los de tradición germánica o anglosajona, que siguen otros criterios. PAREJO ALFONSO, L.: “Mercado de servicios en libre competencia y servicio público en el orden comunitario”, en *Anuario de la Competencia* 1996. Marcial Pons, 1998. Pág. 91.

<sup>273</sup> Véase al respecto, DEL GUAYO CASTIELLA, I.: *El servicio público del gas*. Marcial Pons. Madrid, 1992. Pág. 341.

al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público”. Con ello, el ordenamiento jurídico europeo no parece conocer ni mostrar el menor interés por la técnica del servicio público, desechando en gran medida esta figura, a pesar de la importancia que seguía teniendo para muchos de los Estados miembros de la Comunidad.

Las dificultades que el servicio público encontraba en el Derecho europeo no acababan aquí, pues con esta redacción desdeñosa, coadyuvaban los principios que regían el marco económico europeo, que serían en lo esencial los siguientes: el principio de neutralidad (art. 295 TCE), según el cual el “Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad de los Estados miembros”; y el principio de igualdad, que impone la aplicación de las mismas reglas de mercado a las empresas públicas y privadas.

A pesar de todo lo dicho, no se puede decir que el Derecho de la Comunidad europea olvidara totalmente esta figura, pues su problemática encontraba una cierta cabida en el antes art. 90 TCE (hoy art. 86 del Texto Consolidado), que establecía que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”.

Con ello, no se cerraba la puerta totalmente al servicio público tradicional, que en cierto modo queda admitido, pues se permite la existencia de excepciones a la regla general de sujeción a las reglas de la libre competencia y la igualdad de trato, básicas en el ordenamiento europeo y, con ello, se habilita la existencia de actividades sujetas a un régimen especial, en el que podía encontrar cabida perfectamente el tradicional régimen público y monopolista del servicio público.

Sin embargo, ese reconocimiento venía precedido de una regla general de sujeción al régimen competitivo<sup>274</sup>, lo que permitía una interpretación desde la que se podría cuestionar severamente la posibilidad de esta excepción. En realidad, de acuerdo con la norma citada, son hasta tres las condiciones que deben concurrir para que pueda ser admitida una limitación a la libre competencia en este ámbito: que el Poder público haya encargado a una empresa el ejercicio de una actividad consistente en la prestación de un servicio, que este servicio pueda considerarse “de interés económico general”, y que la

<sup>274</sup> SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio público...* Pág. 186.

limitación de la libre competencia sea necesaria para el cumplimiento de la misión confiada a la empresa.

Esto supone, por un lado, que la ruptura del sistema competitivo puede darse, solamente, cuando se persigue un objetivo de interés general, lo que supone la adopción por parte del Derecho comunitario de un concepción funcional en este aspecto, esto es, se trata de un concepto que se aplicará en atención a la naturaleza de la actividad, sin tener en cuenta la naturaleza del sujeto<sup>275</sup>, lo cual ya supone un apartamiento considerable de la tradición del servicio público imperante en ese momento.

A esto se le añade la existencia una cláusula de cierre, que obliga a tener en cuenta el “interés de la Comunidad” a la hora de decidir sobre la compatibilidad con el Ordenamiento jurídico comunitario de una concreta restricción de la libertad de concurrencia económica.

Desde estos presupuestos, la Unión Europea decidió durante largo tiempo no implicarse en dicha materia, que se entendió un ámbito abandonado a la decisión de los Estados miembros<sup>276</sup>. Pero los cambios que trajeron consigo la globalización económica y los nuevos desarrollos técnicos, que produjeron una transformación profunda de los grandes servicios económicos de red (telecomunicaciones, sector eléctrico, suministro de gas, etc.), atrajeron la atención de las instancias europeas sobre dicha materia, comenzando a regular a intervenir ésta, para dar salvaguarda a los intereses europeos, que pasaban en ese momento por la creación de un mercado europeo de servicios públicos, y la ruptura de los monopolios nacionales que fraccionaban el mercado europeo<sup>277</sup>.

De esta manera, la primera aproximación comunitaria al servicio público se llevó a cabo desde una posición negativa, que venía a operar en contra de

<sup>275</sup> SENDÍN GARCÍA, M. A.: *La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea*. Ratio Legis, Salamanca, 2005. Pág. 63.

<sup>276</sup> Véase al respecto, DE LA QUADRA SALCEDO, T.: *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica Europea*. CEC. Madrid, 1995. Págs. 19-33.

<sup>277</sup> Como señala J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, en “este ambiente, el derecho comunitario europeo asesta al servicio público, en sentido estricto, el principal golpe de gracia por mor de la libre competencia, que se convierte en el corazón de la integración económica que preside el mercado único europeo. Privatización, desregulación, liberalización, *des-publicatio*, no son más que términos jurídico-económicos o económico-jurídicos que han certificado la defunción de la titularidad pública de tantos servicios”. “Servicio público y Derecho Comunitario Europeo”. En: *Revista Catalana de Dret Públic* 31 (2005). Pág. 386.



dicha figura, para abrir paso al mercado y a la competencia<sup>278</sup>. Se puede decir que la Unión Europea paso a ocuparse de los servicios públicos sólo cuando le hizo falta para eliminar obstáculos a la libre competencia en los sectores económicos<sup>279</sup>.

Una actuación de ese tipo no podía dejar de provocar más que serias dificultades. El servicio público era una figura muy ligada a los valores sociales y solidarios propios del sistema social<sup>280</sup>, al atacarse la estructura tradicional del mismo, más desde los presupuestos de una política competitiva y liberalizadora no podía dejarse de ver un atentado contra esos valores, por parte de determinados sectores sociales<sup>281</sup>.

Estas resistencias no lograron frenar el proceso hacia la privatización y liberalización de los grandes servicios económicos, pero no por ello dejaron de tener una considerable incidencia en la actuación de las autoridades comunitarias en la materia. De tal forma que éstas, sin renunciar a los presump-

---

<sup>278</sup> MERTENS DE VILMARS, ha distinguido tres niveles de la estructura jurídica del ordenamiento económico comunitario: El primero está constituido por las disposiciones relativas a las cuatros libertades fundamentales: libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y establecimientos, y de capitales. Se dirige a la abolición de los obstáculos que se oponen a la plena realización de las aludidas libertades. El segundo nivel está constituido por las políticas comunes sectoriales. Inicialmente fueron las del carbón y del acero, agricultura, transporte, producción y distribución de energía nuclear. Luego, como es conocido, la utilización del artículo 235 del Tratado y las reformas introducidas con la aprobación del Acta Europea y el Tratado de la Unión han permitido formular nuevas políticas sobre otros sectores. El tercer nivel está constituido por lo que Mertens denomina las "políticas comunes de intervención global". Persiguen éstas, sobre todo, más que la organización de una gestión común, asegurada por las instituciones comunitarias, la coordinación de las acciones sociales y económicas nacionales. Se agrupan en este ámbito la política de armonización de legislaciones, de la competencia, y la política regional, entre otras. MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado. I. Los Fundamentos*. Editorial Civitas. Primera Edición. Madrid, España. 1998. Pág. 144 y 145.

Otro aspecto que ha sido objeto de atención por parte del Derecho comunitario es el de la extensión de las reglas que garantizan la no discriminación por razón de nacionalidad en los contratos públicos al ámbito de las concesiones de servicio público. Esto implica, por una parte, la sujeción de la actividad contractual del concesionario a los principios generales de la contratación pública y, por otra, la introducción progresiva de esos mismos principios en la propia selección del concesionario. Por el contrario, el Ordenamiento comunitario ha sido hasta ahora esencialmente neutral frente a las necesidades que plantea la tutela de los usuarios de los servicios públicos en cuanto tales, lo que es una consecuencia lógica de la perspectiva privatizadora y puramente economicista adoptada frente a la institución servicial.

<sup>279</sup> Véase ARIÑO ORTIZ: *Servicio público y servicio universal...* Pág. 103.

<sup>280</sup> Véase al respecto, SENDÍN GARCÍA: *Hacia un servicio...* Pág. 213. Señala este autor que la mayor resistencia la dieron al respecto los juristas franceses.

<sup>281</sup> STJCE de 19 de mayo de 1993, *Corbeau*.

tos básicos de su acción, fueron dando poco a poco una mayor relevancia a los intereses públicos a los que tradicionalmente había venido dando tutela el servicio público.

Momento clave en este cambio de signo es la muy conocida sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Corbeau*<sup>282</sup>, a la que seguiría muy pronto la no menos conocida resolución que ponía fin al asunto *Almelo*<sup>283</sup>. A través de esta jurisprudencia el citado Tribunal venía a suavizar notablemente el notable rigor con el que había venido interpretando la excepción del art. 86. 2 TCE, que en algunos momentos había parecido decidida a poner fin a la teoría tradicional del servicio público. Pasando ahora a adoptar una posición más flexible y, en general, más favorable y respetuosa con esta figura<sup>284</sup>.

En cualquier caso, la trascendencia de este giro tampoco debe ser exagerada. Es cierto que se adopta una posición más flexible, pero también lo es que ese reconocimiento no supone, en ningún caso, una vuelta a los presupuestos tradicionales del servicio público, sino tan sólo la tutela de éste dentro del marco fijado por la liberalización. En realidad, como certeramente apunta SOUVIRÓN MORENILLA, esta resolución es, en realidad, la confirmación definitiva de la liberalización<sup>285</sup>. La novedad reside en que esa liberalización se presenta ahora como un proceso técnico, y compatible con la tutela de los intereses públicos y sociales que subyacen al servicio público, pero sin abandonar sus notas esenciales.

La evolución posterior viene a confirmar esta perspectiva, como muestra claramente la introducción a través del art. 8. 2 del Tratado de Ámsterdam de un nuevo art. 16 TCE, en el que se proclama que, sin “perjuicio de los art. 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico

<sup>282</sup> STJCE de 27 de abril de 1994, *Almelo*.

<sup>283</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: “El Derecho Comunitario ante el servicio público y la competencia”. En: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea* 124 (1997). Pág. 21.

<sup>284</sup> SOUVIRÓN MORENILLA: *La administración y el...* Págs. 312-315.

<sup>285</sup> Señala SENDÍN GARCÍA que la formulación de este precepto “no afecta en absoluto a la sujeción de los servicios de interés económico general a las normas reguladoras de la competencia y el mercado interior, como no aporta igualmente precisión alguna para desentrañar que debemos entender como tales, ni aclara cuales son las competencias que corresponden a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias en la materia”. “La inclusión de este artículo tiene un sentido diferente, que no es otro que vincular a las instituciones comunitarias de una forma positiva a la protección de estos servicios, garantizando a los ciudadanos de la Unión Europea un nivel mínimo en la prestación de los mismos”. *Hacia un servicio...* Pág. 338. En líneas generales, comparte esta opinión F. B. LÓPEZ JURADO ESCRIBANO: “Alcance y aplicación del Art. 90. 2 (nuevo 86. 2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 102 (1999). Pág. 298.

general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”.

Este precepto, siguiendo la línea que ya había trazado la jurisprudencia previamente citada, adoptando una posición abierta a los valores del servicio público, pero sin cerrar paso a las tendencias liberalizadoras. En último término, con este artículo se abre paso a una tutela positiva de los servicios de interés general, que por primera vez, ya no son tan sólo tolerados sino que se reconocen ahora como un valor positivo, que las institucionales y comunitarias deben fomentar y proteger, pero eso sí, sin cuestionarse, por ello, en ninguna medida, la sujeción de éstos a las reglas de la competencia y del mercado anterior<sup>286</sup>.

Ya nos referimos, por lo demás, en su momento, a la mutación que todo este desarrollo supuso para la institución del servicio público. Ese planteamiento general que entonces realizamos para referirnos al proceso de liberalización en su conjunto es, en esencia, aplicable a las transformaciones que han tenido lugar en el ámbito comunitario.

Resulta extraordinariamente difícil determinar hasta que punto se confunde con la idea de servicio público la de “servicios de interés general”. Mas aún cuando es esta última una noción que, como indica DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, constituyen una “extraña noción que no quiere ser servicio público sin tampoco dejarlo de ser totalmente”<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN: *Prologo al libro Hacia un...* Pág. XVIII.

<sup>287</sup> Declaración sobre los servicios

La directiva del Presidente del Consejo de Ministros italiano de 27 de enero de 1994, establece que la “prestación del servicio público se debe inspirar en el principio de igualdad de derecho de los usuarios. Las reglas relativas a las relaciones entre los usuarios y los servicios públicos y el acceso de los mismos debe ser igual para todos. Ninguna distinción en la prestación del servicio puede ser realizada por motivos relativos al sexo, raza, lengua, religión y opiniones políticas. Se garantiza la paridad de tratamiento, en igualdad de condiciones del servicios prestado, ya sea entre las diversas áreas geográficas de usuarios, incluso cuando las mismas no sean fácilmente accesibles, ya sea entre las diversas categorías de usuarios”. A lo que añade que la “igualdad se entiende como prohibición de cualquier discriminación injustificada o no, en cambio como uniformidad de las prestaciones bajo el perfil de las condiciones personales y sociales. En particular, los sujetos prestadores de los servicios deben adoptar las medidas necesarias para adecuar las modalidades de prestación del servicio a las exigencias de los usuarios con incapacidades. Citado por la traducción de T. CANO CAMPOS. En: *Revista de Administración Pública* 139. Enero-abril de 1996. Pág. 488.

No cabe duda de que el servicio de interés económico general encuentra puntos de vinculación con la vieja institución del servicio público. Baste con destacar, al respecto, que los servicios de interés económico general deben de desarrollarse conforme a determinados principios, en los que es difícil no ver los tradicionales principios del servicio público, cuya importancia ha sido resaltada por el propio Consejo, que ha expresado su preocupación por que los servicios de interés económico general funcionen respetando la igualdad de trato, calidad y continuidad de los servicios<sup>288</sup>.

Lo que supone, entre otras cosas, que, desde la aplicación de ese principio de igualdad, se obliga a garantizar a todos los ciudadanos las mismas posibilidades de acceso a la prestación del servicio, así como a asegurar que no va a recibir un trato diferente. Con ello se da respuesta a una regla básica del Derecho Constitucional<sup>289</sup>, cuya satisfacción era uno de los puntos cardinales, por no decir el central, de la teoría del servicio público tradicional.

Se puede decir, por ello, que la reciente categoría jurídica del servicio de interés general, ni se identifica con el servicio público, ni se separa totalmente de él. Parece más bien inscribirse en la necesaria reinterpretación de las figuras tradicionales que la evolución social trae consigo. Como señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “en ocasiones es que las exigencias del mercado, o de las liberalizaciones, desregulaciones o privatizaciones han dibujado un nuevo panorama en el que debemos explicar los viejos conceptos. No es que haya muerto el servicio público o que haya nacido una nueva noción que lo sustituya. No, lo que ha pasado y está pasando es que la realidad de las cosas hace emerger nuevas caracterizaciones de conceptos centrales. En este caso, por ejemplo, del servicio público y del nuevo derecho europeo en la materia”<sup>290</sup>.

<sup>288</sup> El artículo 14 CE, establece que los “españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

<sup>289</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: *Servicio público y...* Págs. 390-391.

<sup>290</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, señala que “detrás de la calificación de una actividad como servicios público hay siempre, desde luego, una necesidad generalmente sentida que no puede ser satisfecha individualmente y que, sin embargo, debe ser atendida para cubrir esa distancia, cada vez mayor en una sociedad industrial y urbana, entre el círculo que acota lo que FORTSHOFF acertó a denominar, con insuperable expresividad, el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo en el que realmente se desenvuelve nuestra vida cotidiana. Pero si este dato es común a todas las actividades formalmente calificadas de servicios públicos, no lo es menos que dista mucho de ser exclusivo de ellas y que hay un buen número de necesidades de porte semejante e, incluso, más primarias y apremiantes (la fabricación y venta de pan, sin ir más lejos) que nunca han sido objeto de semejante calificación y cuya satisfacción se ha asegurado mediante una regulación, especialmente intensa, desde luego, que ha hecho innecesaria la responsabilidad directa de la Administración que la publicatioo supone...”. “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”. RAP. 150. 1999.

En cualquier caso, la teoría de los servicios de interés general no puede considerarse ni mucho menos acabada. Aunque en los últimos años se han dado importantes pasos para su definición y configuración, siguen existiendo elementos que dificultan su determinación. Así, el Tratado ha querido unir a ésta, en adición al dato formal del encargo de la gestión, una cualificación objetiva, material, que atañe a la actividad implicada (el carácter de “servicio de interés económico general”) y una valoración de la proporcionalidad de las limitaciones a la libre competencia derivadas del encargo de la gestión en relación con la concreta misión asignada a la empresa beneficiaria de aquél. Elementos que no pueden dejar de plantear importantes dificultades de precisión.

Por lo demás, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que “empresa pública” es toda unidad económica que opera de forma independiente del mercado. Se trata, como ha destacado A. BERENGUER, de un criterio eminentemente funcional en el que se tiene en cuenta el carácter de la actividad ejercida y no la naturaleza orgánica de quien la ejerce. Desde aquí, el Tribunal ( STJCE Hydrotherm Geräbau c/ Compact. Asunto 170/83, de 12 de julio de 1984) ha afirmado que es indiferente que sea el Estado u otro ente público quien ejerza las actividades de producción, distribución o prestación de servicios, aunque estos establecimientos públicos no gocen de personalidad jurídica separada de la respectiva Administración Pública territorial (STJCE. Comisión c/Italia. Aunto 118/85, de 16 de junio de 1987).

Si bien, sin embargo, hay que tener en cuenta que el Tribunal distingue entre aquellos casos en que el Estado ejerce actividades de autoridad y aquellos otros en los que se ejercen actividades de carácter industrial o comercial consistente en la dación de bienes al mercado. En este sentido, el artículo 45.1 del Tratado establece que “las disposiciones del presente Capítulo no se aplicarán en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que en dicho Estado estén relacionadas, aunque solo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.

En la STJCE Corine Bodson c/SA Pompes funèbres des Règionds Liberées (Asunto 30/87, de 4 de mato de 1988) el Tribunal declara que se excluyen de las reglas de competencia los aspectos públicos de las concesiones administrativas por entenderse vinculadas a las prerrogativas del poder público, señalando que los contratos de concesión que celebran los Ayuntamientos en su calidad de Administraciones públicas y las empresas que gestionan servicios públicos no son acuerdos entre empresas en el sentido que se refiere a ellos el artículo 81 del Tratado. La STJCE Fluggesellschaft GMBH c/ Eurocontrol, Asunto C-364/92, de 19 de enero de 1994, declaró que el organismo Eurocontrol, encargado de la seguridad en el control de la navegación

aérea no estaba sujeto a las reglas de la competencia porque las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, por su objetivo y por las normas a las que están sujetas, se vinculan al ejercicio de prerrogativas típicas del poder público. No tiene carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre las competencias del Tratado.

Tampoco quedan incluidos en el concepto de “servicios de interés económico general” los servicios sociales que ejercen, según la terminología comunitaria, funciones de solidaridad. En la STJCE Poucet (Asunto acumulado 159 y 160/91 de 7 de febrero de 1993) el Tribunal afirma que un organismo encargado de la Seguridad Social, cumple una función de naturaleza exclusivamente social lo que permitía excluirle de las reglas de la competencia. El tribunal tiene en cuenta el carácter obligatorio de la afiliación y el régimen de solidaridad en la financiación de las prestaciones. En cambio, en la STJCE Federación Francaise des sociétés d'assurance et autres c/Ministère de l'agriculture et de la pêche (Asunto C-244/94, de 16 de noviembre de 1995), niega el carácter social de la prestación realizada por un organismo por ser la afiliación voluntaria y no tener su régimen carácter solidario. Por tanto, lo determinante para negar el carácter de empresa que ejerce servicios económicos a aquellas que llevan a cabo servicios sociales (salud, educación, asistencia social y cultura) es el carácter obligatorio de la afiliación, el carácter redistributivo de su sistema de financiación, y el objetivo social que deriva del principio de solidaridad.

La nota característica, entonces, para definir los servicios de interés económicos generales son: en primer lugar la encomienda a una empresa, en el sentido ya visto de ente que realice actividad económica, por parte de una Administración Pública de una misión de interés público; y, en segundo lugar, que se trate de una actividad que satisfaga una necesidad colectiva. De tal forma que sólo se podrá excepcionar la sujeción a las normas de la competencia y del mercado anterior, si esa misión de interés general la autoriza, y en la medida que esa excepción no perjudique los intereses de la Comunidad.

Como ya adelantamos, a partir de las sentencias *Corbeau* y la sentencia *Ayuntamiento de Almelo*, ese régimen se flexibiliza en cierta medida. Señalándose en esta última, que trata sobre el servicio de suministro de electricidad, que al ser éste un servicio destinado a la provisión de fluido eléctrico a toda la población de un territorio, y con tarifas uniformes basadas en criterios objetivos aplicables a todos los consumidores, es necesaria la restricción de la competencia porque “es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto, hay que

tener en cuenta las condiciones económicas en que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentra sometida”.

Este desarrollo parece ser la traducción en el ámbito del Derecho comunitario de las tendencias actuales hacia la mejora de los niveles de calidad de las prestaciones garantizadas por el Poder público a través de la técnica del servicio público y hacia el reforzamiento de la situación jurídica de los usuarios, que hacen imprescindible el reconocimiento de las particularidades de los servicios públicos frente a las actividades económicas que se desarrollan en el ámbito del libre mercado.

Según la jurisprudencia del Tribunal, en la forma en que ha sido reformulada por las sentencias mencionadas, ante un caso concreto de limitación de la libre prestación de servicios corresponderá al juez nacional determinar si el servicio implicado puede ser considerado de “interés económico general” y si las restricciones de la competencia introducidas son necesarias para el cumplimiento de la misión confiada al ente gestor.

Sin embargo, el propio Tribunal ha proporcionado ciertos criterios orientativos, que se hallan estrechamente relacionados con la distinción, fundamental para la disciplina comunitaria de los servicios públicos, entre servicios universales y/o de base y servicios de valor añadido: sólo los primeros son aptos para justificar la introducción de limitaciones a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, mientras que los segundos tendrán que ser en principio liberalizados.

Los servicios universales, suponen el cumplimiento de unos principios que garanticen la efectividad del interés general, éstos serían, los de continuidad, igualdad de acceso, universalidad, y calidad del servicios. Por tanto, este servicio no es un servicio público en el sentido tradicional de actividad reservada al a titularidad de la Administración, se ejerza o no en régimen monopolístico.

El servicio universal es una actividad privada de prestación de utilidad a los usuarios caracterizada por la exigencia de una calidad determinada que “debe ser prestada a todos los usuarios, independientemente de su situación geográfica y, a la vista de condiciones nacionales concretas, a precio asequible” (Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1994).

La posición de los poderes públicos, en relación con los servicios universales, no consiste en prestar una determinada actividad sino en garantizar que el sector privado la presta de una determinada forma. La Administración se coloca así fuera de la actividad ejercitando sólo potestades de regulación y control pero sin llevar a cabo ningún tipo de prestación material. De modo

que el servicio universal obliga a diferenciar: El regulador, bien sea una Administración pública o una Agencia Independiente. Y, separadamente del mismo; y el operador, autorizado mediante licencia administrativa, para ejercer la actividad en que consiste el servicio universal<sup>291</sup>.

Esta construcción, que probablemente es una consecuencia de la moderna revisión de la teoría de los monopolios naturales, obliga a diversificar el tratamiento jurídico de las variadas prestaciones comprendida en el seno de cada servicio público de relevancia económico-empresarial, y dificulta o impide la asunción pública global de la titularidad de sectores enteros de actividad económica que siempre había caracterizado la técnica del servicio público en los Ordenamientos jurídicos que conocen esta institución jurídica.

En efecto, únicamente podrán permanecer al margen de las reglas de la libre competencia las prestaciones mínimas o básicas cuyo disfrute igualitario y general, es decir, universal, se quiere asegurar en favor de los individuos, así como aquellas otras que, aunque sólo aporten un valor añadido a los usuarios, sirvan para garantizar la viabilidad económica de las anteriores; el resto de las prestaciones de valor adicional, añadido, deberán ser liberalizadas y devueltas al mercado.

Como enseña SOUVIRÓN MORENILLA, hay que partir ahora de la existencia de una escala de *publicatio*, en la que se deben distinguir diversos niveles, configurando sectores en los que se pueden distinguir desde actividades entregadas a la libre competencia, a actividades publicadas en el sentido tradicional, pasando por actividades convertidas en obligaciones de servicio público, vía regulación<sup>292</sup>.

Por su parte, en los servicios cuya prestación exige la utilización de redes de infraestructura se distingue entre el régimen jurídico de la red, que constituye el servicio de base y que se sujeta a un régimen jurídico público, para garantizar el debido acceso a la misma, e incluso puede permanecer en manos públicas; y el de la gestión de la actividad económica que se realiza sobre aquélla, que puede estar siendo prestado en régimen competitivo<sup>293</sup>.

<sup>291</sup> SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: "Las obligaciones de servicio público y el servicio universal en el ámbito de las telecomunicaciones". En: *Seminario Derecho, Telecomunicaciones y Municipio* (febrero de 2005). Pág. 16.

<sup>292</sup> ARIÑO ORTIZ, G.; LÓPEZ DE CASTRO, L.: *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*. Montecorvo. Madrid, 1998. Págs. 435-439.

<sup>293</sup> BASSOLS COMA señala que en la estructura íntima (del servicio público) subsisten elementos (ideológicos, jurídicos, económicos y sociológicos) de validez conceptual permanente en cuanto traducen un determinado modelo de relaciones político-jurídico. "Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales. RAP. Núm. 84. Número Homenaje a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. Sep-Dic. 1977. Pág. 28.



Un adecuado desarrollo de la categoría del servicio universal podría poner fin a la ya mencionada indiferencia del Derecho comunitario frente a las exigencias sociales de garantía prestacional. Se debe recordar a este respecto que si se admite la excepción de las reglas de la libre concurrencia económica en ciertos casos es a causa de la función garantizadora en favor de los individuos que desempeñan esas limitaciones de la competencia; por tanto, a esta disciplina especial se le impondrá cada vez con más rigor la necesidad jurídica de cumplir efectivamente el fin que la justifica. No obstante, esta apertura del Ordenamiento jurídico comunitario a las especificidades de los servicios públicos resulta insuficiente para mantener un respeto mínimo de las tradiciones jurídicas de los países con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa.

Aunque en teoría el Derecho comunitario no modifica el concepto de servicio público propio de cada uno de los Ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión, la reforma de los modos de organizar la gestión de los servicios públicos de relevancia económico-empresarial que aquél impone prácticamente obligar a los países de régimen administrativo a introducir el modelo anglosajón de *regulation* de los servicios de utilidad pública, que no implica la asunción pública global de la titularidad de estas actividades.

## 6. Conclusión

El origen del Estado de Derecho, es decir el sometimiento de los poderes públicos al Derecho, cambia de un Estado a otro, por diversas causas. A veces nace, como consecuencia de una revolución que altera las estructuras sociales y jurídicas del Estado; mientras que otras veces es fruto de una lenta evolución en la que, paulatinamente, se va ampliando el campo de los derechos subjetivos de los particulares, al mismo tiempo que la Administración y los poderes públicos se someten a la Ley.

En este último caso, se hace difícil precisar en que momento de la historia aparece el Estado de Derecho. Por el contrario, cuando estos cambios se realizan por medio de una revolución como es el caso de Francia, Inglaterra y de los Estados Unidos, esa supresión del Estado absoluto y la consiguiente aparición del Estado de Derecho tiene unas fechas concretas.

Así, en Francia, el nacimiento del Estado de Derecho es fruto de la Revolución Francesa de 1789, en los Estados Unidos en 1774 y en Inglaterra tiene lugar un siglo antes, en 1688, año en que se produjo la llamada “Gran Revolución”.

Así observamos cómo en Inglaterra y posteriormente en los Estados Unidos, la Ley a la que se va a someter la Administración es la Ley privada, mientras que en Francia se va a someter a un Derecho singular: al Derecho Administrativo. Esto da lugar a dos modelos claramente diferenciados:

El modelo anglosajón (*rule of law*).

El modelo continental, administrativo o francés.

El modelo anglosajón va a circunscribir su ámbito de aplicación a los países de habla inglesa y el francés se va a extender a casi toda Europa occidental, y a América Latina.

El modelo anglosajón, se caracteriza, porque la Administración es fuertemente descentralizada. Los entes locales cuentan con una gran autonomía a costa de la pérdida por la Administración Central. Derivada de la característica anterior, la Administración en Inglaterra y en los Estados Unidos, queda sometida a los Tribunales ordinarios. El modelo Continental se caracteriza por tener una Administración fuertemente centralizada: el poder se va a concentrar principalmente en la Administración del Estado y los entes locales van a tener escasas competencias y van a estar tutelados por la Administración central.

La Administración va a estar regulada por un Derecho distinto del Derecho ordinario, que cuenta con el llamado “privilegio de autotutela de la Administración”. Este privilegio se manifiesta en que:

- 1º. Se presume que los actos de la Administración Pública son legales y, por tanto, vinculantes.
- 2º. Este privilegio cuenta con la llamada ejecución de oficio (la Administración puede llamar directamente a los ciudadanos a que obedezcan sus mandatos).

Los conflictos en que se vea involucrada la Administración Pública (conflictos entre la Administración y los particulares o conflictos entre Administraciones), van a ser resueltos, no por el juez ordinario, sino por una jurisdicción concreta que en el caso de España y los países latinoamericanos por la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Estado de Derecho se puede clasificar, pues, atendiendo al tipo de norma bajo la cual se someten los poderes públicos, surgiendo de este modo el modelo anglosajón (*rule of law*) y el continental, administrativo o francés.

Sin embargo, esa clasificación no es ni hermética ni totalmente estable, sino

que ha ido evolucionando hacia una cierta aproximación entre ambos modelos.

Es evidente que esta diversidad de orígenes históricos del Estado de Derecho, en Inglaterra y posteriormente en los Estados Unidos; y en Francia y en España va a dar lugar a formas distintas de evolución de los servicios públicos, que no es necesario nuevamente repasar pues basta con puntualizar ciertos elementos:

1) En España, al igual que en Francia, el Estado asume los servicios públicos de forma directa resultado del proceso de desamortización; de la emergencia de una poderosa Administración pública, y del escaso vigor del modelo capitalista. La técnica utilizada fue la concesión en monopolio, que sirvió para organizar el servicio de transporte ferroviario y para la explotación de los bienes de dominio público afectados al fomento de la riqueza nacional, agua y minas. En siglo XX, la técnica del servicio público se extiende para satisfacer nuevas necesidades de interés público. El modelo de “interés público” es el dominante en España. Este interés público no puede ser perseguido por personas privadas, pues éstas están solo encaminadas a la consecución de su interés privados. Por eso es necesario que un ente superior defina y gestione la consecución del bien público. Las autoridades públicas son las únicas con la legitimidad y el poder suficiente para cumplir esta función, y por ello están legitimadas para realizar una reserva de la actividad (*publicatio*) que les permite gestionar directamente, en régimen de monopolio, los servicios públicos. El servicio público estaría definido por tres rasgos: gestión por una autoridad pública, bajo el régimen de derecho público, para la consecución de un fin de “interés público”.

En los Estados Unidos, debido a la desconcentración del poder político, tanto en el ámbito vertical Estado federal, como horizontal: férrea separación de poderes; y por su tradición y cultura política, la intervención, para favorecer el interés público, se realizó por medios indirectos. El modelo del “interés común” es el predominante en Estados Unidos. La prestación de servicios de interés general está encomendada a personas privadas, las cuales, en régimen de competencia, persiguen la satisfacción de su propio interés particular, al mismo tiempo que satisfacen la de sus clientes y el de la comunidad en general. La función de las autoridades públicas es garantizar que el enfrentamiento de intereses particulares no es corrompido por prácticas injustas que impidan la satisfacción del interés común, así como intervenir en el caso de que el mercado no sea plenamente eficiente, imponiendo obligaciones directamente a los prestadores del servicio de interés general.

Sin embargo, a pesar de sus diversos orígenes y técnicas, el servicio público

español y la *public utility* norteamericana, tiene similitudes, ya que ambos tienen como objetivo garantizar un servicio universal en determinadas actividades económicas, sociales, y quizás política a los ciudadanos.

# CAPITULO TERCERO

## LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO JURIDICO

### Introducción

La función histórica justificadora del peculiar régimen jurídico al que se somete la actividad de la Administración Pública, así como la utilización impropia de la expresión servicio público en los más diversos campos extrajurídicos, son algunas de las razones que nos ayudan a explicar la desmesurada extensión de su ámbito de aplicación, junto con la tendencia de las actividades privadas semejantes a ser consideradas o a erigirse en servicios públicos cuando llevan a cabo una tarea de interés general o cuando realizan una prestación con objeto similar.

Debido a la imprecisión del término se hace necesario la búsqueda de una noción estrictamente jurídica del servicio público; meta que resultaría inalcanzable de no separar con nitidez la dimensión jurídica de las orientaciones políticas, filosóficas, económicas, sociológicas<sup>294</sup>...; esfuerzo que no implica, sin más, ofrecer un concepto que, aislado de estas últimas, no tenga en cuenta el carácter proteico de la realidad en la que se encuentra inmerso.

Es necesario, por tanto separar, o diferenciar entre servicio público como filosofía del Estado y como técnica de intervención pública.

La extensión de la actividad del Estado a los ámbitos más diversos, la multiplicación de las técnicas de intervención utilizadas en dicha tarea, así como la creciente complejidad de unos y otras, determinan que los mecanismos de garantía tradicionales hayan devenido insuficientes e inadecuados, en mu-

---

<sup>294</sup> GARRIDO FALLA indica que en “España la terminología legislativa es más complicada. Tanto la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 como la Ley General Presupuestaria (Texto Refundido de 1988) utilizan una variedad terminología legal para designar y clasificar a los distintos organismos con personalidad jurídica propia, que gestionan servicios y funciones públicas”. “El concepto de servicio público”...Pág.21.

chos casos, para lograr la eficacia de la actuación administrativa<sup>295</sup>.

El carácter polisémico de la expresión servicio público<sup>296</sup> encuentra una de sus más elementales explicaciones, junto a la función que históricamente ha cumplido, en el hecho de su utilización indiscriminada en los más diversos ámbitos extrajurídicos, sin que exista una correlativa preocupación por delimitar con precisión su significado exacto en cada uno de ellos.

Ya GARRIDO FALLA se refería a la tradicional indeterminación del concepto de servicio público, característica que no ha hecho sino acrecentarse como consecuencia de la progresiva asunción por el Estado de nuevas misiones que ha ampliado en los campos en los que debe intervenir.

Diversas teorías han tratado de delimitar los alcances de dicho concepto, sin embargo, no existe un acuerdo unánime<sup>297</sup>, convirtiéndose ésta en una de las cuestiones que más polémica ha levantado en el ámbito del Derecho Administrativo, y a cuya solución ha estado orientado el esfuerzo de un sinnúmero de juristas, que han pretendido encontrar una fórmula que permita responder a esta inquietante pregunta con el fin de encontrar el elemento determinante que justifique el requerimiento de una concesión gubernamental para poder acceder a la explotación económica de una determinada actividad en el mercado.

La imposibilidad de llegar a un consenso sobre la respuesta parece cada vez más evidente<sup>298</sup>. Con razón ha podido decir CHENOT que la definición del Servicio Público “constituye un ejemplo relevante de una de estas nociones fundamentales en las que su contenido sólo ha podido ser precisado en breves períodos de tiempo y cuyos contornos se resquebrajan al compás de las

<sup>295</sup> PARADA VAZQUEZ expresa el servicio público es un término polémico y polisémico. Polémico por la tensión político-ideológica que suscita entre quienes ven en los servicios públicos los males de la estatalización, la burocracia, el aumento del intervencionismo y del déficit público en contraste con la iniciativa y empresa privada, el no va más de que se dispone para atender las necesidades vitales de los ciudadanos en régimen de igualdad y a cubierto de la explicación y el lucro que guía a la empresa privada. Es también polisémico en cuanto por servicio público (como con el término intervencionismo) no se entiende exclusivamente una forma de la actividad administrativa, sino el conjunto de ella con independencia de que sea de prestación, de limitación o de fomento”. *Los servicios públicos en España*.

<sup>296</sup> Como señala A. TRONCOSO REIGADA que no “existe una noción clara de servicio público ni con anterioridad a la Constitución ni a partir de ésta”. “Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 57 (1999). Pág. 112.

<sup>297</sup> VILLAR PALASI, en el prólogo al libro de JOSE LUIS VILLAR EZCURRA, se preguntaba qué es un servicio público, respondiendo: “ante esta simple pregunta acuden a la respuesta múltiples perspectivas, infinidad de contestaciones, puntos de vistas muy diversos. Una simple ojeada a nuestra bibliografía sobre la materia confirma con toda claridad esa primera afirmación. No hay una doctrina pacífica, no una tesis compartida por todos en cuanto a lo que, a fin de cuentas, venga a ser un servicio público”. *Servicio Público y técnicas de conexión...* Pág. 9

<sup>298</sup> Citado por BASSOLS COMA.: RAP. Núm. 84...Pág. 36.

leyes y de las decisiones jurisprudenciales”<sup>299</sup>.

Una de las principales razones en las que puede justificarse dicha falta de consenso es, quizá, la diversidad de regímenes económicos que han servido de marco para el desarrollo del concepto de servicio público, a lo que se añade que responden a realidades jurídicas diversas.

ARIÑO ORTIZ, con referencia a las leyes españolas, -que sirven de ejemplo del uso tan dispar del concepto de servicio público- ha descubierto hasta cuatro grandes enfoques en función del sector del Ordenamiento en el que nos encontremos. Así, la legislación financiera ofrece un concepto orgánico al referirse a cualquier actividad estatal que implique gastos públicos; la legislación general civil, penal, mercantil y procesal atienden al criterio sustantivo o material; la legislación administrativa general da una significación ambivalente, pues en unas ocasiones opta por la concepción orgánica, en otras por la material e, incluso, en algunos casos se refiere “a cualquier actividad administrativa que suponga el ejercicio de competencias específicas para la consecución de los fines peculiares que la Administración tiene hoy confiados”; por último, en la legislación sectorial se hace referencia a sectores concretos de actividad<sup>300</sup>.

Con fines metodológicos se hace necesario hacer algunas precisiones de las diversas teorías o variables interpretativas de la noción de servicio público, sin ánimo de agotar el tema sino tan sólo con el propósito de que nos ayuden a elaborar un concepto que sea útil para analizar la realidad nicaragüense.

## 1 Teorías o variables interpretativas de la noción de Servicio Público

### 1.1 El esquema de DROMI y ALBI

Entre ellos vamos a destacar las interesantes sistematizaciones elaboradas por DROMI<sup>301</sup> en el segundo tomo de su Derecho Económico, y la de ALBI, en “El servicio público municipal y sus modos de gestión”<sup>302</sup>.

<sup>299</sup> ARIÑO ORTIZ: *Principios...* Págs.539, 540 y 541 sobre este tema, véase también, VILLAR EZCURRA.: *Servicio público y técnicas...* Págs. 98-150.

<sup>300</sup> DROMI, J. R.: *Derecho Administrativo Económico*. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1979. Págs. 81, 82 y 83.

<sup>301</sup> ALBI.: “El servicio público municipal y sus modos de gestión”. REVL. 1947. Núm. 35 y 36. Pág. 656, 657, 658, 659, 660, 661 y 662.

<sup>302</sup> BOQUERA OLIVER, J. M.: *Derecho Administrativo*. Vol. 1 Madrid, España. IEAL; 1972. Págs. 211, GARRIDO FALLA, F.: “Sobre el derecho administrativo, y sus ideas cardinales”. RAP. Madrid, Núm. 7. Pág. 78.

El esquema seguido por DROMI, es el siguiente:

a) Interpretación negativa, que habla de crisis y extinción de la noción del servicio público. (CORAIL).

Interpretación positiva, con alternativas:

Máxima. Servicio público es toda actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado (DUGUIT, BONNARD, EISENMAN).

Media. Servicio Público es toda actividad de la administración pública. (VEDEL, ALVAREZ GENDIN).

Mínima. Servicio público es una parte de la actividad de la administración. (JEZE, HAURIOU).

Asimismo, para unos “servicio”, es una organización de medios, y para otros, una actividad o función estatal. En cuanto al término “público”, las tendencias doctrinales se dividen de acuerdo ha: la condición del sujeto titular (persona pública); el fin del servicio (público); el régimen jurídico al que se somete el (derecho público); los destinatarios o usuarios (el público)<sup>303</sup>.

Por su parte, ALBI nos proporciona el siguiente esquema o clasificación de las diferentes definiciones del servicio público:

<sup>303</sup> ALBI con el objetivo de sustentar su criterio, nos ofrece las siguientes definiciones: APPLETON: “Organización establecida por los poderes públicos para satisfacer socialmente necesidades, generales por procedimientos administrativos”. *Traité élémentaire du contentieux administratif*. París, 1927. Pág. 114; HAURIOU: “Una organización pública de poderes de competencia y de prácticas administrativas, que asume la función de prestar al público, de modo regular y continuo, un servicio determinado con una finalidad de policía, en el sentido elevado de la palabra”. *Précis de Droit administratif et de Droit public*. París. 1933. Pág. 66 ; SIMONE: “Los diversos organismos instituidos con el objetivo de dar satisfacción a las necesidades y a los intereses generales del país”. *Traité élémentaire de Droit public et administratif*. París. 1902. Pág. 445; POSADA: “Las organizaciones adecuadas de personal técnico, capaces de aplicar con la máxima eficacia y economía, al fin del servicio, los medio de que al efecto disponen, empleando los procedimientos administrativos del caso”. *Derecho Administrativo...*Pág. 267; ROYO VILLANOVA: “La organización de todos aquellos elementos y actividades que trascienden de la esfera de los intereses privados y que afectan a las necesidades o conveniencias de la colectividad”. *Elementos de Derecho Administrativo*. Valladolid. 1926. Pág. 230; GARCIA OVIEDO: “ Ordenación de elementos y actividades para un fin que... es la satisfacción de una necesidad pública”. *La teoría del servicio público*. Madrid. 1923. Pág. 22.



Criterios subjetivos, que refieren el servicio al régimen orgánico del mismo<sup>304</sup>.

Criterios objetivos, que identifican el servicio con su prestación material al público; con la actividad administrativa<sup>305</sup>.

Criterio que reduce el servicio público a una simple aportación de medios a una finalidad administrativa.

Criterios reducidos exclusivamente a la noción de la necesidad pública<sup>306</sup>.

Criterio que enlaza el servicio con la norma jurídica que lo regula<sup>307</sup>.

<sup>304</sup> DUGUIT: “Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurado más que por la intervención de la fuerza gobernante. *Manuel de Droit constitutionnel*. París. 1918. Pág. 73; HAURIUO: “Servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública”. (Esta es la postura inicial de HAURIUO y figura en la décima edición de su obra citada; en la duodécima encontramos ya la rectificación de criterio); ALVAREZ GENDIN: “Coordinación o conjunto de actividades jurídicas-administrativas, financieras y técnicas que organizan el Estado o las Corporaciones autárquicas, por pertenecer a su iniciativa, encaminada a satisfacer económicamente necesidades públicas, de una manera regular y continua”. *El servicio público*. Madrid. 1927. Pág. 21; FERNANDO DE VELASCO: “La actividad encaminada a cierto fin”. *Los contratos administrativos*. Madrid. 1927. Pág. 89; RANELLETI: “Toda la serie de acciones y prestaciones que el Estado u otro ente público efectúa para la satisfacción de una determinada necesidad colectiva”. “Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative”. *Riv. Dir. Pubblico e della Pubblica Amministrazione*. Tomo I. Pág. 345. Nota. 4; BLONDEAU: “Toda actividad organizada por la Administración para satisfacer una necesidad considerada esencial y que sólo puede satisfacer completamente mediante la intervención de la Administración”. *Traité élémentaire du contentieux administratif*. Pág. 115; RAGGI: “Aquel complejo de prestaciones personales encaminadas a un fin, efectuadas por personas físicas que obran en nombre y en el interés del Estado o de otras personas públicas aunque a título de concesionario, salvo si se trata de prestaciones que estén completamente sometidas a las normas de derecho privado y consideradas como prestaciones de derecho privado”. *Servizio pubblico e demanialità*. Pág. 81; CAMMEO: “La satisfacción de las necesidades colectivas mediante manifestaciones de la actividad del Estado”. *Comentario alle legge sulla giustizia amministrativa*. Núm. 83.

<sup>305</sup> GASCON y MARIN: “El prestado para satisfacer necesidades general pública, de modo regular y continuo; utilizando procedimiento jurídico público también que somete las relaciones creadas a régimen especial”. *Derecho Administrativo*. Pág. 230; SANTAMARIA DE PAREDES: “Tiene por objeto inmediato directo la satisfacción de una necesidad pública”. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid. 1914. Pág. 728.

<sup>306</sup> JEZE: “Existe un servicio Público cuando para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general existe un régimen jurídico especial y este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos”. *Los principios generales del Derecho Administrativo*. Versión española. Madrid. 1928. Pág. 283.

<sup>307</sup> ALESSI utiliza el término de “interés público”, para la satisfacción de las necesidades concretas de orden colectivo. *Instituciones de derecho administrativo*. Tomo II. Barcelona, España. 1970. Pág. 361.

A pesar del gran interés de estas teorías nosotros hemos preferido elaborar nuestra propia sistematización, que pasamos a examinar.

## 1.2 La teoría del interés general

Para un amplio sector de la doctrina, el servicio público debía estar referido a todas aquellas actividades destinadas a satisfacer el interés general de la población<sup>308</sup>.

No estamos de acuerdo, pues la idea de interés público no permite distinguir el servicio público de otras actividades realizadas por la Administración. La acción administrativa es, por definición, actividad realizada para la satisfacción de un interés público. Esto supone que el servicio público, siempre se realiza para cumplir un interés público. Sin embargo, la afirmación inversa, no es cierta, pues no toda actividad de interés público es un servicio público. Dicha afirmación solo sería correcta desde una noción amplia de servicio público, como la defendida por DUGUIT, hoy en día claramente superada.

## 1.3 La teoría de la necesidad colectiva

En contraposición a aquellos que sostenían que existía una clara diferencia entre el concepto de servicio público y de función pública<sup>309</sup>, cierto sector de la doctrina pretendió definir al servicio público como aquel destinado a la

Para ALBI, el servicio público sirve para la "satisfacción de todas las necesidades del individuo que trasciendan la esfera estrictamente privada, que ofrezca un contenido social, un caracterizado interés general, se producirá una intervención de la Administración tendente a ordenar jurídicamente la satisfacción de aquellas necesidades en cuanto, por el aspecto público de las mismas, no pueden ser abandonadas al libre juego de las iniciativas particulares. ALBI, F.: "El servicio público municipal y sus modos de gestión...Pág., 646.

Por su parte, para DIEZ, por servicio público debía entenderse: "...toda actividad que desarrolle la Administración pública por sí o por concesionario, con el objeto de dar satisfacción regular, continua y uniforme a las necesidades generales, bajo un régimen jurídico especial de derecho público". Cita tomada de: PICCIONE, B. S.: *Concepto jurídico de servicio público*. Buenos Aires, Argentina. 1992. Pág. 22.

<sup>308</sup> La distinción entre servicio y función pública, explica DE LA CUETARA, "procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que "toda tare administrativa es constitutiva de servicios públicos" hoy ya desechada". *La actividad de la administración*. Técnos. Madrid, España. 1983. Pág. 139.

<sup>309</sup> GORDILLO, escribe que el "objeto o finalidad de esta actividad (servicio público) es... satisfacer una necesidad pública (colectiva, de interés público, etc.). Necesidad pública, o necesidad de interés público, significa la suma de las necesidades individuales; no presupone necesariamente que todos los individuos de la sociedad deben tenerla, sino sólo que una mayoría de ellos la tiene" *Teoría general del...*Pág. 563.

satisfacción de necesidades colectivas<sup>310</sup>. Es decir, aquellas necesidades que eran demandadas de manera conjunta por un determinado grupo social, sin que fuese posible individualizar en él, el interés de cada uno de los miembros del grupo.

En este sentido, la presencia de intereses comunes, imposible de ser individualizados, era presentada como el criterio determinante para constituir una determinada actividad en un servicio público.

#### 1.4 La teoría de la actividad esencial

Debido a la poca eficiencia para distinguir el concepto de servicio público que representaban los criterios de interés general y necesidad colectiva, cierto sector de la doctrina pretendió encontrar en determinadas actividades esenciales el factor determinante para identificar qué actividades debían calificarse como servicios públicos.

DE LA CUÉTARA, señala que “...hay que decir rotundamente que tan sólo las prestaciones básicas son exigibles por medios de derecho público, y, por lo mismo, tan sólo ellas son prestaciones de servicio público... Todo lo demás debe negociarse y exigirse mediante fórmulas comerciales comunes”<sup>311</sup>.

Si bien este autor no hace referencia expresa a actividades esenciales, señala que tan sólo las prestaciones básicas son susceptibles de ser satisfechas mediante un servicio público. Pero, evidentemente, si de lo que se trata es de delimitar al máximo las fronteras del concepto para determinar qué actividades son las que deben ser sometidas a un régimen de concesión por parte del gobierno, qué diferencia habría entre las actividades básicas y las actividades esenciales. Aparentemente ninguna. De lo que se trata, en ambos casos, es de actividades tendentes a satisfacer necesidades fundamentales para el desarrollo social. Sin embargo, bajo esta definición, cómo identificar qué actividades básicas pueden ser satisfechas libremente por el sector privado, y en qué casos se hace necesario el otorgamiento de una concesión.

Según parece, entonces, la definición propuesta por DE LA CUÉTARA resulta insuficiente para la realización de este objetivo. Asimismo, resultan insuficientes definiciones como las propuestas por MEILÁN, para quien el servicio público se constituía tan sólo como aquella “...actividad esencial

---

<sup>310</sup> ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUÉTARA, J. M.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: *El nuevo servicio público*. Marcial Pons: Madrid 1997. Pág. 152.

<sup>311</sup> MEILAN GIL, J. L.: „El servicio público en el derecho actual“. En: RDA<sup>o</sup>. Núm. 15 a 17 1994. Pág. 359.

para la comunidad organizada en Estado, de contenido primordialmente económico, cuya titularidad corresponde en exclusiva al Estado y cuya gestión indirecta –por los particulares es siempre posible<sup>312</sup>.

Bajo estas definiciones de servicio público, no resultaba posible identificar con precisión que actividades debían calificar como tales y cuáles debían ser libradas al sector privado.

Por su parte, ARIÑO ORTIZ considera que el servicio público debe estar referido a actividades que, sin ser inherentes a la soberanía del gobierno (funciones públicas), resultaban indispensables para la vida social. En efecto, continúa ARIÑO, la actividad al ser calificada como un servicio público debe estar regida por las siguientes notas, “...primera, se trata de una actividad estatal, esto es, asumida en su titularidad por el Estado; segunda, se trata de una actividad destinada al público, a la utilidad de los ciudadanos; tercera, se trata de una actividad de reconocida necesidad, indispensable para la vida social (lo cual es distinto a decir que sea actividad necesaria para la vida del Estado: para la vida del Estado no es necesaria), y cuarta, se trata de una actividad cuyo ejercicio no supone el ejercicio de poderes soberanos<sup>313</sup>.”

### 1.5 La teoría de la obligatoriedad de la prestación

Por otro lado, para un reducido sector de la doctrina, relativamente reciente, el elemento definitorio para determinar qué debe ser un servicio público y que no, radica en un criterio de obligatoriedad. Es decir, la diferencia fundamental entre el sometimiento de una determinada actividad al régimen de los servicios públicos, y su abandono al libre ejercicio empresarial en el sector privado, estaría basada en la obligatoriedad, para quien realiza el servicio, de prestarlo a todos quienes lo requieran.

En esta línea se ha pronunciado el argentino CASSAGNE para quién un elemento primordial del servicio público es la “obligatoriedad de las prestaciones que satisfacen necesidades públicas<sup>314</sup>.”

De esta manera, CASSAGNE entendía que el carácter distintivo de una actividad económica para determinar si el régimen jurídico al que está sujeta constituye o no un servicio público, es el criterio de la obligatoriedad.

<sup>312</sup> ARIÑO ORTIZ: *Economía y ...* Pág. 294.

<sup>313</sup> CASSAGNE, J. C.: *La intervención administrativa...* Págs.31.

<sup>314</sup> CASES PALLARES.: *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. Marcial Pons: Madrid, 1995. p. 26.

## 1.6 La teoría de los monopolios naturales

Para otro sector de la doctrina, el servicio público debía estar referido sólo a aquellas actividades que no pudiesen ser prestados en un régimen de libre competencia por constituir monopolios naturales, y que requerían, en tal virtud, de una concesión gubernamental que permitiera identificar al óptimo prestatario del servicio otorgando en favor de éste la realización exclusiva de la actividad, sometiendo al mismo a un intenso control que evite el ejercicio de prácticas abusivas en perjuicio de la colectividad.

La razón de ello, según CASES PALLARES, estribaba en que, “existen determinados sectores económicos en que resulta ineficiente, en términos económicos, la existencia de más de una empresa. En este caso, por un lado, la regulación aparece para controlar a esta empresa, que disfruta de un monopolio natural, a fin de evitar que incremente sus beneficios en perjuicio de los ciudadanos...”<sup>315</sup>.

Sin embargo, esta posición de la doctrina era acorde con la realidad de los Estados, en los que se venían declarando servicios públicos a actividades que bien podían estructurarse sobre la base de la libre competencia, como era el caso del transporte urbano, por ejemplo, o del servicio de correos, del transporte por carreteras o de la navegación aérea, etc.

En efecto, señalaba ARIÑO, “...el monopolio de hecho se ha mantenido durante muchos años en la mayoría de los servicios públicos. En aquellos que exigían una infraestructura de red para su prestación (agua, gas, electricidad, teléfono y transmisión de datos o señales, ferrocarriles de todo tipo, trolebuses, etc.) la justificación venía dada por la inconveniencia de duplicar las redes en estos sectores en los que se dan las condiciones económicas propias de un monopolio: disminución de coste con el aumento de demanda y aumento del coste con pluralidad de oferta”.

Sin embargo, en aquellos que no requerían de una infraestructura de red para su prestación y que podían estructurarse sobre la base de la competencia en la oferta, según ARIÑO, la declaración como servicio público se justificaba en la necesidad de garantizar a los prestatarios del servicio, la existencia de unos mercados en exclusiva sobre los que se pudiesen calcular una demanda cierta y unos ingresos determinados.<sup>316</sup>

<sup>315</sup> GASPAR ARIÑO: *Economía y Estado*. Marcial Pon, Madrid, España. 1993. Pág. 338.

<sup>316</sup> MARIENHOFF, M: *Tratado de Derecho Administrativo*. T. II. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1996. Pág. 21. Citado en: CASSAGNE, J. C.: *La intervención...* Págs. 36.

## 1.7 La teoría del servicio al público

Ante la carencia de una fórmula que sirviera para determinar que servicios debían calificarse como servicios públicos, algunos autores entendieron que lo es todo servicio brindado al público. Entre dichos autores es posible encontrar a MARIENHOFF, para quien, “servicio público no es otro que servicio para el público”<sup>317</sup>.

Como puede verse, hay una multiplicidad casi infinita de definiciones acerca de lo que el servicio público es. Como consecuencia de ello, y ante la falta de consenso en la doctrina y en la legislación de los Estados, hubo algunos autores que se atrevieron a negar toda utilidad conceptual del servicio público.

## 2. Criterios para la definición del servicio público

Como ya hemos podido constatar, la noción de servicio público, se configura como una realidad especialmente compleja, en la que se combinan elementos muy diversos y en numerosas ocasiones contradictorios.

La búsqueda de una concepción operativa del servicio público impone, una delicada tarea de simplificación y sistematización, que elimine aquellos elementos que vienen a traer confusión a dicha definición.

Sin pretensiones excesivas vamos a tratar de construir una noción coherente y adecuada para ser utilizada en la práctica, mediante la coordinación de los elementos básicos aportados por la doctrina, algunos de los cuales tendremos que rechazar.

En primer lugar, tenemos que dejar constancia de la existencia de una noción amplia del servicio público<sup>318</sup>. Fue la doctrina francesa, y especialmente la llamada escuela realista la que propuso esta concepción, que considera que es servicio público la totalidad de la actuación administrativa, o cuando menos, a aquella actuación en la que se ejercen potestades públicas<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> En la literatura española existen amplias referencias a la mejor doctrina francesa sobre el concepto amplio del servicio público, en este apartado, solamente voy a esbozar las ideas cardinales, debido a que en el capítulo primero aborde el tema el surgimiento del concepto amplio de servicio público de manera detallada. Véase, GARRIDO FALLA.: *Las transformaciones del régimen administrativo*. segunda edición. Madrid, España. 1962. Págs. 139-156; *Tratado de Derecho...*Pág. 306 y 307. MANZANEDO.: *Servicio público: aproximación...* PágS. 221-239.

<sup>318</sup> DE LA CÚETARA.: *La actividad...*Pág. 134.

<sup>319</sup> JEZE, continuador de la escuela realista, persistió en esta visión unilateral, poniendo el acento sobre el procedimiento jurídico especial por el que se rige la gestión de los servicios públicos: procedimiento de servicio público y régimen jurídico-administrativo venían así

En sus *Transformaciones del Derecho Público*, DUGUIT, pretendió sustituir las bases tradicionales de esta rama del derecho que había venido girando en torno al concepto de soberanía, para poner en su lugar el de servicio público. Toda actuación administrativa deviene así actuación de servicio público<sup>320</sup>.

En este concepto amplísimo se engloban funciones y servicios públicos, potestades internas y externas<sup>321</sup>, de tal forma que la totalidad del tráfico administrativo viene a quedar configurado como “servicio público”<sup>322</sup>.

El concepto amplio del servicio público, ha sido una justificación teleológica del poder, lo que, desde el ángulo de su legitimación, tiene una importancia fundamental para el derecho administrativo. Sin embargo, su utilidad actual para definir el servicio público es nula, pudiéndose afirmar que hoy en día esta totalmente superada. Vamos por ello, a rechazar esta tipo de definiciones, y a utilizar una noción estricta de servicio público.

Cuando hablamos de noción estricta de servicio público, estamos refiriéndonos a aquellas definiciones que consideran que el servicio público, es sólo una forma de actividad administrativa, que convive con otras formas de acción administrativa como por ejemplo el fomento, o la policía administrativa.

Su definición implica por tanto, delimitar las características esenciales que diferencian esta actividad de las demás forma de actividad administrativa. La doctrina suele partir para ello, de dos grandes notas, que están fuertemente asentadas: El carácter esencial de la actividad, y que esté sujeta a una intervención especialmente intensa por parte de los poderes públicos<sup>323</sup>.

a identificarse. Esta fue, por lo demás, la postura de la jurisprudencia francesa a partir del *Arret Blanco* dictado por el Tribunal de conflictos en 1873, que viene a erigir la existencia de servicio público en criterio determinante de la atribución de una determinada cuestión litigiosa a la competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa. HAURIOU, ocasionalmente aceptó el concepto amplio de servicio público. GARRIDO FALLA: *Tratado de derecho...* Pág. 306.

<sup>320</sup> VILLAR PALASI, indica que en efecto “el servicio público se concibe como piedra angular del derecho administrativo clásico y fundamento de todas las teorías especiales del mismo: obras públicas, expropiación, dominio público, concesión administrativa, etc”. *Concesiones...* Pág. 691.

<sup>321</sup> DE LA CUETARA: *La actividad...* Pág. 134.

<sup>322</sup> SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio público...* Pág. 2. SANTAMARIA PASTOR: *Principios de Derecho Administrativa II*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1999. Pag. 306.

<sup>323</sup> De esta forma, el interés público se presenta como un elemento común a todos los servicios público, independientemente de su modo de prestación. ARAUJO-JUÁREZ.: J.: “Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general”. En: *Derecho Público a comienzos del siglo XXI*. Tomo II Estudio en Homenaje al profesor ALLAN R. BREWER CARIAS. Civitas Ediciones. Madrid, España. 2003. Págs. 1970 y 1971.

El primer elemento, ese carácter esencial o indispensable hace referencia obviamente a la existencia de intereses públicos especialmente intensos, en este tipo de actividades<sup>324</sup>. A partir de aquí se convierte, en un elemento difícilmente definible, pues resulta difícil determinar cuando se da esa especial relevancia.

Aunque en ocasiones se hace referencia únicamente a la necesidad, de que esa actividad se desarrolle para dar satisfacción a un interés público, dicha caracterización es claramente insuficiente. Pues como ya dijimos, la idea de interés público no puede por sí sola el servicio público, pues toda actividad administrativa se lleva a cabo para lograr un interés público<sup>325</sup>.

Sin embargo, ha resultado una tarea francamente infructuosa la de identificar los intereses públicos especialmente relevantes que califican un sector como servicios público, lo que ha llevado a la mayor parte de la doctrina a considerar que la delimitación de éstos es una decisión política que corresponde al legislador. De tal forma que se trata de algo más inserto en la política que en el Derecho<sup>326</sup>.

Si bien esta discrecionalidad política encuentra un límite en la existencia de estipulaciones constitucionales en virtud de las cuales se declara expresamente en la norma fundamental determinadas actividades como tales, eliminando de esta manera la discrecionalidad política de la que el legislador goza en este sentido (por ejemplo, cuando el artículo 27 de la Constitución española establece que todos tienen derecho a la educación, convirtiendo con ello, a la educación en un servicio público)<sup>327</sup>.

---

<sup>324</sup> Es esto lo que llevó a WALLINE a formular su radical crítica a la validez jurídica del concepto de servicio público. Afirma este autor, que la jurisprudencia no ha dado jamás una definición en forma” del servicio público. Las únicas conjeturas que pueden hacerse sobre este concepto, y que de hecho se hacen, las diferentes jurisdicciones superiores francesas (Tribunal de Conflictos, Cour de Casation, Conseil d’Etat) resultan del esparcimiento de las que, en cada caso concreto, han estimado la existencia o inexistencia del servicio público. Sin embargo, si reunimos todas las resoluciones podemos constatar, no solamente que no hay unanimidad entre ellas, sino que las divergencias no provienen de una oposición entre las jurisprudencias respectivas de estas diversas jurisdicciones supremas. Parece más bien que la concepción que se hacen unas y otras del servicio público varía según las consecuencias a que en cada supuesto específico a propósito del cual la cuestión se somete a su conocimiento. *Precis de Droit administratif*. Ed. Montchrestien. París. 1969. Pág. 455. Citado por VILLAR EZCURRA.: *Servicio Público y técnicas...*Pág. 78.

<sup>325</sup> SOUVIRON MORENILLA, J. M.: *La actividad de la Administración y el servicio público*. Comares. Granada. 1998. Pág. 156.

<sup>326</sup> Véase, SENDIN GARCIA.: *La educación como servicio público*. Trabajo inédito, de próxima aparición en *Diario la Ley*.

<sup>327</sup> DE LA CUETARA señala que el término “publicatio” ha sido tomado del latín por VILLAR PALASI para señalar un fenómeno muy concreto: la asunción por el Poder Público de un bien, una tarea o una responsabilidad. Desde el Derecho romano pueden encontrar-



Ahora bien, esto no sirve por sí solo para caracterizar al servicio público, sino que es necesario que ese carácter esencial venga acompañada de una intervención especialmente intensa por parte de los poderes públicos. De nuevo aquí nos encontramos con un criterio de difícil precisión, pues toda actividad está en mayor o menor medida intervenida por los poderes públicos. Resulta entonces necesario, fijar un grado de intervención que suponga la conversión de un servicio esencial a un servicio público.

La doctrina tradicional encontró el criterio para responder esta pregunta en la existencia de una intervención pública que diera lugar a un monopolio de iure, mediante un acto, en virtud del cuál se producía la declaración formal de una actividad como servicio público, es lo que VILLAR PALASI ha denominado *publicatio*, o acto de *publicatio*<sup>328</sup>. Esta declaración implica: a) Que la actividad pierde su carácter privado y devenga administrativa; es decir, la Administración se convertía en titular o propietaria de la misma, con lo que quedaba vedada a los sujetos privados, que no podían llevarla a efecto salvo que los poderes públicos le transfiriesen dicha facultad mediante concesión. b) Por otro lado, un título jurídico de intensa reglamentación de la actividad de servicio público, que configure y obligue a desarrollar la actividad en unos modelos predeterminados.

Los distintos autores que se enfrentaron a este tema no lo han hecho desde una posición uniforme. No obstante, hay un grupo francamente mayoritario que defendió la equiparación entre servicio público y *publicatio*<sup>329</sup>.

Frente a ellos, otro grupo, claramente minoritario, entendió que la tesis anterior no se adaptaba a la realidad, como lo demuestran los llamados servicios asistenciales (sanitarios, enseñanza, etc). De tal forma que, en opinión de estos autores el “carácter monopolístico del servicio público lo es sólo en determinados servicios, pero no es nota general y esencial al servicio público”<sup>330</sup>.

Una tercera postura, pertenece a los autores que flexibilizan la exclusividad, pero sin prescindir de ella<sup>331</sup>. Así, a juicio de ARIÑO ORTIZ, sin importar el criterio que se adopte, es un hecho que toda calificación de algo como

se en todos los tiempos actos de este tipo y es, así, un fenómeno universal y muy amplio en cuanto a su objetivo. La “*publicatio*” puede recaer prácticamente sobre cualquier cosa que presente interés para la colectividad”. *La actividad en la administración...*Pág. 169. SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio...*Pág. 109

<sup>328</sup> VILLAR PALASI.: “La actividad industrial del Estado...” Pág. 63; GARCIA DE ENTERRIA.: “La actividad industrial y mercantil...” Pág. 116 y 117.

<sup>329</sup> GARRIDO FALLA.: *Tratado...*Pág. 335 y sigs.

<sup>330</sup> VILLAR EZCURRA.: *Servicio público y...*Pág. 143-150.

<sup>331</sup> ARIÑO ORTIZ.: *Principios...*Pág. 551.

servicio público requiere una “referibilidad” de tal actividad al Estado ) o a la Administración local): esto es, que tal actividad esté asumida por la Administración, por una doble vía: a) Por una declaración formal de titularidad de la misma (*publicatio*, en sentido estricto), que supone la reserva previa de un sector y la necesidad de una concesión; o b) por una intensa reglamentación de la misma que configure y obligue a desarrollar la actividad en unos modelos predeterminados (*publicatio*, en sentido lato): no se afirma en estos casos una titularidad real, sino titularidad virtual, que permitirá el desarrollo de la actividad sin previa concesión, pero sometida a autorización reglamentada<sup>332</sup>

En la actualidad, tras los procesos de liberalización, que han puesto en evidencia de forma definitiva la tesis de la *publicatio*, se abre paso una cuarta posición, que considera que la idea de monopolio y servicio público no debe identificarse, y que éste es una nota coyuntural, no esencial a la idea de servicio público<sup>333</sup>.

Con ello se ha abierto un nuevo proceso de discusión acerca del alcance que debe asumir la noción de servicio público, que se enfrenta de esta manera a una nueva revisión. Aunque algunos profetizaron su desaparición<sup>334</sup>, el paso del tiempo ha devuelto las aguas a su cauce, y el servicio público vuelve a mostrar buena salud. Si bien ya no adopta la forma de la vieja concepción monopolística de la *publicatio*, sino que como señala ARIÑO ORTIZ, “ el viejo concepto de servicio público -monopolístico, igualitario, de mínimos, uniforme-ya no viene a llenar las necesidades y las preferencias de la población a la que dice servir. Hoy hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que las nuevas realidades social demanda: hoy hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los servicios y las prestaciones. Y todo ello sin perder lo ya conseguido, que es, básicamente, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica”<sup>335</sup>.

Aunque no vamos a realizar aquí un examen detallado de este nuevo concepto del servicio público, que empieza a estar ya bien perfilado por la doctrina, pues será objeto de análisis en otra parte de este estudio. Si vamos a resaltar,

<sup>332</sup> SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio...* Pág.114 y 115; MALARET I GARCIA.: *Servicios público. funciones públicas...* Págs.65-68.

<sup>333</sup> MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L.: “La regulación económica en España”. En: *El nuevo servicio...* Pág.191

<sup>334</sup> ARIÑO ORTIZ.: *Servicio público y servicio universal en...* Pág. 759. Pág. 15.

<sup>335</sup> Sobre el nuevo concepto de servicio público véase, SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio...* Así como el prólogo a dicho libro de DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN.

que mantiene los mismos fines que pretendía el viejo servicio público monopolizado, particularmente sigue rigiéndose por los tradicionales principios del servicio público.

Por lo demás, los cambios se han manifestado en su aspecto formal, ya que abandona su viejo carácter monopolístico para buscar una mayor adecuación al mercado y la competencia<sup>336</sup>.

---

<sup>336</sup> Para una mayor explicación de ese tránsito hacia la modernidad véase: BERNAL.: *Historia social...* Pág. 1986. STRAUSS, L y CROPSEY, J.: *Historia de la filosofía política*. Fondo de cultura Económica. México. Primera Edición en español. 1993, BRAUMER, L.: *El Pensamiento europeo moderno. Continuidad y cambio en las ideas*. 1600-1950. F.C.E. México. 1985.

# CAPITULO CUARTO

## LA FORMACION Y EVOLUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN NICARAGUA

### Introducción

Como es sabido, la idea del servicio público sólo tiene sentido una vez creado el Estado moderno, sobre la base de la idea de soberanía. Sin la creación de éste no es posible concebir el Derecho Administrativo, y mucho menos cualquiera de sus categorías, incluida la policía administrativa, que surge precisamente durante la época del Estado absoluto.

En Europa, el tránsito hacia una sociedad moderna fue el resultado de varios factores, que es necesario recordar sumariamente: La revolución científica; los grandes descubrimientos, que crearon las condiciones para el desarrollo de relaciones comerciales a escala global, una de las bases de la sociedad comercial; cambios de los regímenes antiguos a forma de gobierno representativos o constitucionales; la superación del sistema escolástico, y el comienzo de la construcción de una filosofía moderna, basada en la razón; la reforma protestante, que rompe la hegemonía de la iglesia católica y crea las condiciones para el desarrollo de la libertad de cultos, lo que da como resultado el ascenso del pensamiento secular, y con ello el desarrollo de una ética individualista liberal, producto, también de la sociedad comercial.<sup>337</sup>

---

<sup>337</sup> AGAPITO SERRANO señala que la “Constitución americana originaria pone precisamente en primer plano la cuestión de la relación entre la distinción de funciones y la articulación constitucional del proceso político. En ella, pese a que poco después de su promulgación se establece por vía de enmienda un *Bill of Rights* (1791) y se abre paso a un control de la constitucionalidad de la legislación, el aspecto nuclear es el del equilibrio y el control recíproco de los poderes del Estado. La interpretación de este principio por los constituyentes americanos muestra una diferencia fundamental respecto de la versión de

Aparte de estos factores, va influir también en el surgimiento de la vida republicana Centroamericana, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, y su gran aporte capital: la Constitución, que se suscribió el 17 de septiembre de 1787, siendo ratificada en 1788 y ampliada con la Declaración de Derechos de 1791.

La Constitución Angloamericana consagra el principio de la separación del Poder Público<sup>338</sup>, idea que vio la luz en el pensamiento político inglés y cuyo máximo exponente en Gran Bretaña fue LOCKE. En virtud de este principio se estableció una división tripartita de las funciones del Poder Público, división que no es rígida sino flexible, en la cual las distintas ramas actúan en colaboración, siendo consagrada la figura del Presidente como órgano de la Rama Ejecutiva (artículo 2), el Congreso como órgano de la Rama Legislativa (artículo 1) y a la Suprema Corte y los tribunales menores, se les otorgaba el ejercicio de la Rama Judicial (artículo 3). Tiene particular relevancia, en el nuevo modelo político propugnado por la Constitución de 1787, la consagración de la cláusula de supremacía constitucional, en virtud de la cual la ley sólo es válida si es conforme a la Constitución (artículo 6)<sup>339</sup>.

Un segundo acontecimiento, no por ello menos importante, es la Revolución Francesa, cuya fecha emblemática es el 14 de julio de 1789, día de la Toma de la Bastilla en la ciudad de París, y que viene a constituir el fin del Anti-

la teoría de MONTESQUIEU que se elabora a través de los escritos de BLACKSTONE y DE LOME. Para éstos la teoría de MONTEQUIEU contiene la propuesta de una división de funciones según un criterio material y una separación de los órganos. Los Constituyentes americanos asumen también la separación de los órganos, pero entienden que es necesaria una interrelación entre las funciones que impida que ningún órgano asuma por entero una función, ya que ello podría dar lugar a abusos en su ejercicio". *Libertad...* Pág. 136.

<sup>338</sup> Durante el Congreso de Panamá, expresó BOLIVAR que "los Estados Unidos han sido y son el pueblo modelo: ellos reúnen la mayor suma de dicha social al poder que da el orden; al poder que da la libertad. Los Estados Unidos, hijos de la Inglaterra, fueron los primeros que nos enseñaron el sendero de la independencia, y esta tierra que tiene la gloria de haber sido descubierta por el gran COLON, cifra su dicha en imitar los ejemplos de gloria, de libertad y de virtud que recibe de los Estados Unidos". Cita tomada de: ARCINIEGAS, G.: "Héroe Vital. La Gran Colombia, garantía de la libertad sudamericana". En la obra colectiva: *BOLIVAR, Hombre del Presente, Nuncio del Porvenir*. Perú. 1978. Pág. 86. El texto citado evidencia de manera clara la influencia de la Revolución Angloamericana en el pensamiento de BOLIVAR, lo que evidentemente va a tener una innegable incidencia en la Independencia Hispanoamericana.

<sup>339</sup> En la Revolución Francesa existieron tres revoluciones en potencia: una de carácter liberal, una de carácter democrático y otra de carácter social. RUGGIERO.: *Historia del Liberalismo Europeo*. Trad. castellana. Ed. Pegaso. Madrid. 1944. Pág. XLIII. Véase también sobre la revolución francesa y el derecho administrativo, VILLAR PALASI.: *Derecho Administrativo...*Págs. 127-158.

guo Régimen. A diferencia de la Revolución Norteamericana, la francesa es una revolución ideológica cuyo aporte fundamental es la devolución de la dignidad al ser humano<sup>340</sup>. Con la revolución llegan a Europa los principios de separación del Poder Público y de la Legalidad, pilares fundamentales del Derecho Público moderno<sup>341</sup>.

Estos hechos van a influir directamente en el surgimiento de las repúblicas Centroamericanas. Sin embargo, hay que destacar y acentuar que en Centroamérica este tránsito hacia la sociedad moderna fue parcial, debido a una serie de factores históricos y políticos específicos que la diferencian de los países Europeos; entre los que debe destacarse especialmente el modelo colonial impuesto por el imperio español.

Por ello, hay que destacar brevemente que el surgimiento y posterior evolución del Estado y del derecho administrativo, debe remontarse a la época colonial, ya que durante este período se establecen las bases más importantes en el proceso de formación estatal<sup>342</sup>, basado en la forma de propiedad, en los grupos de clases sociales cuya naturaleza y comportamiento sólo se puede comprender si logramos rastrear las raíces originarias de su dominio, que se dieron, esencialmente, alrededor del proceso de concentración de la tierra;

---

<sup>340</sup> El acontecimiento fue la abdicación de Carlos IV y su sucesor Fernando VII en Bayona, ante el emperador de Francia Napoleón Bonaparte, lo que conduce a que la península ibérica y sus colonias comiencen a ser gobernadas por JOSE BONAPARTE, hermano del invasor. Tal acontecimiento va a constituir la génesis de un doble movimiento independentista: uno en la península ibérica contra los franceses, del cual España saldrá vencedora y le permitirá restaurar la Monarquía; y el otro en las colonias Iberoamericanas contra la Monarquía peninsular, en la cual España resultará derrotada y se abolirá la Monarquía para siempre, surgiendo la República en América. Este último acontecimiento, lo analizaremos con más detalle, por la trascendencia que tiene para Centroamérica.

<sup>341</sup> Véase: MARIN OROZCO, A.: *Orígenes históricos del Estado de Nicaragua*. Monografía. León, Nicaragua. 1973.

<sup>342</sup> Los únicos trabajos que he encontrado sobre el servicio público en Nicaragua, y de escaso valor doctrinal han sido los siguientes: BUITRAGO, O.: *Servicios públicos*. León Nicaragua. Tipografía "Los Hechos". 32 folios. TESIS (Doctor en Derecho). Universidad Nacional de Nicaragua. 1952; JIMENEZ CASTILLO, F.: *Servicios públicos*. León, Nicaragua. Tipografía "Los Hechos". 28 folios. TESIS (Doctor en Derecho). Universidad de Occidente y Septentrión. 1946; SARRIA DELGADO, JEIMY.: *El servicio público*. León, Nicaragua. 75 folios. Tesis (Licenciada en Derecho). 1975; RAMIREZ LARA, MARIA ELENA.: *La policía como servicio público*. León, Nicaragua. 55 folios. Tesis (Licenciada en Derecho). 1975; CALDERON M, ALEJANDRO.: *Organización de empresas de servicio público: un caso* (Empresa Aguadora de Managua). Managua, Nicaragua. 1965; FERRETI LUGO, ALFREDO.: *Concesiones administrativas de explotación*. Monografía. León, Nicaragua. 1959. Pág. 41 y 42. BUSTAMANTE CAJINA, NAPOLEÓN.: *Introducción a la administración pública*. Monografía. León, Managua, 1961. Págs. 45-57. Este último autor, confunde el derecho administrativo de origen anglosajón y el derecho administrativo francés.

y, que dividió a la sociedad en dos polos: la ciudad de españoles, en donde estaba situado el poder y la riqueza, y donde funcionaban las instituciones coloniales; y la ciudad de indios, fuertemente campesina, y regida por leyes e instituciones diferentes a la de los españoles.

La importancia de este hecho radica en que una vez proclamada la independencia, y fracasado el proyecto liberal de la Federación Centroamérica, el poder volvió a aquellos grupos formados e influidos por los viejos intereses coloniales, lo que hizo que aunque formalmente existían nuevos Estados “soberanos e independientes”, en el aspecto socioeconómico, no se pudo encauzar al país, por un desarrollo económico independiente; y colateralmente no se pudo fortalecer las incipientes instituciones administrativas, porque durante mucho tiempo siguieron existiendo indios que no tenían ningún derecho, y criollos ( herederos de los españoles) que tenían todos los privilegios.

Por otra parte, el proceso de recolonización indirecta que se inició en el siglo XIX por las grandes potencias: Inglaterra, los Estados Unidos y Alemania, sólo vendría a agudizar más esta situación de los países recién independizados.

A partir de entonces, además de las dictaduras internas de larga duración, guerras civiles; y los períodos de intervención norteamericana, la contradicción entre la independencia política y la dependencia económica tomará un lugar central en la vida de los nuevos Estados centroamericanos, y en el caso que nos ocupa, el de Nicaragua. La suma de estos factores, influirá para que no surja tempranamente el derecho administrativo; y mucho menos alguna doctrina y jurisprudencia a considerar sobre el servicio público<sup>343</sup>.

El servicio público nace en Nicaragua desde el campo puramente económico, como obra pública, acompañado de las consecuencias jurídicas de la actuación positiva del Estado, que lo acompaña en su actuación como título de potestad de la Administración.

A pesar de ello, vamos a tratar de establecer en los siguientes capítulos, como se ha utilizado la noción de servicio público en la legislación durante las diversas etapas del desarrollo del Estado de Nicaragua.

## 1. Raíces históricas del Estado en Centroamérica

La España católica encontró durante el período de la conquista (1502-1550), su justificación ideológica para utilizar la violencia y negarles los derechos

---

<sup>343</sup> NAVARRO, K. y GERNSTENBERG, B.: *Introducción al pensamiento latinoamericano*. Fondo Editorial CIRA. Managua, Nicaragua. 2002.

a los indígenas en la guerra justa<sup>344</sup>, a la que recurrieron para resolver los conflictos y dilemas morales y de imposición institucional que los españoles establecieron durante el siglo XVI<sup>345</sup>.

En la primera fase de la conquista, los españoles en vez de desarticular las estructuras pre-existente, conservaron algunos elementos pre-colombinos que pudieran serle útiles. Este aspecto de la colonización española se destaca ya en las leyes de Burgos de 1512, donde se dispone la instrumentalización de las viejas autoridades indígenas en favor de las nuevas estructuras de poder<sup>346</sup>.

El legado pre-colombino fue decisivo, ya que le proporcionó no solo la estructura de poder sino también formas comunales de trabajo, que perdurarían durante tres siglos.

Con respecto a la servidumbre, PALACIOS RUBIO distingue la legal y la natural<sup>347</sup>. En cuanto a la legal, explica que en el principio del mundo los hombres nacían libres y legítimos y la esclavitud era desconocida. Fueron las guerras las que originaron la esclavitud. El capturado en la guerra pasaba al poder de quienes los capturaban, y los vencidos, como premio de la victoria se hacían esclavos del vencedor; a fin de incitar a los hombres a la defensa de su patria y a conservar vivos a los vencidos en vez de matarlos.

En virtud del derecho mencionado, la esclavitud invadió la libertad y los hombres, antes designados con nombre común, comenzaron por derecho de gente a ser de tres clases: libres, esclavos y libertinos.

Con respecto a la servidumbre, basándose en ARISTOTELES, concluye PALACIOS RUBIO que dominar y el servir es cosa necesaria y útil. Unos hombres aventajan tanto a otros en inteligencia y capacidad que no parecen nacidos sino

<sup>344</sup> Sobre este aspecto, véase, RIVERO ORTEGA, R.: *El Estado de Derecho latinoamericano. Primera Edición*. Editorial Universidad de Salamanca, España. 2002. Págs. 14 y 15.

<sup>345</sup> O' GORMAN, E: *Cuatro historiadores de indias*. Primera edición 1972 sep/setenta. México Págs. 87-119. El artículo 6 de las Leyes de Burgos decía al respecto: "Y que los caciques tuviesen jurisdicción para castigar los indios en el lugar donde fuesen superiores y también a los súbditos de los otros caciques inferiores que viviesen en aquel pueblo, y esto con los que mereciesen pena de azote (...). Que los caciques nombrasen los Regidores, Alguaciles y otros semejantes oficiales para la gobernación del pueblo, juntamente, con el clérigo o religioso y el Administrador puesto por el Rey".

<sup>346</sup> El problema de la servidumbre se había hecho presente también entre los hebreos. En el Levítico (25.44.46) se tolera la adquisición del siervo y de la sierva que están en derredor, y de los hijos de los forasteros que viven entre israelitas; se les puede poseer por juro de heredad, trasmitirlos a los descendientes del amo como posesión hereditaria y servirse de ellos perpetuamente. ZAVALA, S.: *La filosofía de la conquista*. F.C.E. Segunda reimpresión. 1993. Pág. 42.

<sup>347</sup> ESGUEVA, A.: *Documentos de la historia de Nicaragua, 1523-1857*. Primera edición. Managua. 1993. Pág.28.



para el mando y la dominación, al tiempo que otros son tan toscos y obtusos por naturaleza que parecen destinados a obedecer y servir.

RUBIO consideraba que los infieles renuentes a someterse al dominio cristiano o que no admitían a los predicadores de la fe, daban causa a “una guerra justa”, y que podrían ser esclavizados a consecuencia de ella. Tal esclavitud era de orden legal. Pero creía también que si los infieles no oponían resistencia y admitían a los predicadores, como algunos de ellos eran ineptos e incapaces, en cuanto no sabían en absoluto gobernarse, en sentido lato podían ser llamados esclavos, como nacidos para servir y no para mandar.

Si reconocen como señor al rey de España, éste “vos recibirá con todo amor y caridad y vos dará muchos privilegios y excepciones y os hará muchas mercedes”. En caso contrario, les hará la guerra y “culpa de ellos serán las muertes y daños que sufran en sus personas y en sus bienes”.<sup>348</sup>

A pesar de estos argumentos el principal problema que tuvieron los españoles fue de orden teológico. Decidir si los indígenas nativos eran parte de la especie humana - y si debían de ser tratados como súbditos del rey de España - o si sólo era una “subespecie”, que no tenían por que ser tratada como igual ni en tiempo de paz ni en tiempo de guerra<sup>349</sup>.

<sup>348</sup> ZEA, L.: *Filosofía de la historia americana*. F.C.E. Primera reimpresión. 1987. Pág. 116.

<sup>349</sup> Sepúlveda argumentaba que la guerra en contra de los indígenas era permitida porque todos los indígenas eran bárbaros, carente de educación e inteligencia. Cometían pecados contra la naturaleza ya que Dios mismo ordenó según el Viejo Testamento la expulsión de los bárbaros de la Tierra Prometida. La ley Divina y natural, fundamentada en Santo Tomás de Aquino, consistía en llevar a los bárbaros a la fe sin excluir los medios no-pacíficos. Por eso, si los indígenas no obedecían a los españoles en aceptar la fe y su dominio, había que obligarlos por la fuerza. AQUINO, T.: *Tratado de la ley; tratado de la justicia: opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*. México. Porrúa. 1975. Pág. 296.

Para Sepúlveda la ley “natural” la identifica con la ley de Dios, pues “la ley natural es una participación de la ley eterna en la criatura racional la ley natural es la voluntad de Dios. Así recta razón y la inclinación al deber y aprobar las obras virtuosas, es y se llama ley natural es la que declara en la conciencia de los hombres de bien en lo que es bueno y justo, lo que es malo e injusto”. SEPULVEDA, J. G.: *Tratado de las justas causas de la guerra contra los indios* México. FCE. 1979. Pág. 99-135.

El antecedente del pensamiento de la conquista lo encontramos en Grecia. ARISTOTELES, en una parte de su libro *La Política* la dedica al estudio de la servidumbre; y admite el carácter natural de la servidumbre, cuya base filosófica se da en cuanto al uso de la razón. Son esclavos por naturaleza, afirma, aquellos cuya función estriba en el empleo del cuerpo, hombres que “hasta tanto alcanza razón que puedan percibirla, más no la tienen en sí”. ARISTOTELES.: *La política*, libro II. Madrid. Espasa Calpe. Col. Austral, 1974. Pág. 26

El otro aspecto importante es que ARISTOTELES acepta el uso de la fuerza para la implantación del dominio de los hombres prudentes sobre los bárbaros. En efecto, asegura que conviene usar el arte militar contra aquellos que, siendo ya nacidos de suyo para ser sujetos, no

Estos planteamientos desataron un debate que se conoce en la historiografía como la disputa de Valladolid, entre Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda.<sup>350</sup> La sustentación de ambas tesis la basaron en la tradición greco-romana del Viejo y Nuevo Testamento y de los grandes representantes de la

lo quiere ser, como guerra será naturalmente justa. “La guerra es, en cierto modo, un medio natural de adquirir, puesto que comprende la caz de los animales bravíos y de aquellos hombres que nacidos para obedecer se niegan a someterse, es una guerra que la naturaleza misma ha hecho legítima”

La idea de la diferencia humana, religiosa y política, se asocia a una posibilidad de esclavizar a los extraños. Semejante preocupación llega al mundo antiguo y luego a los Padre de la Iglesia recogen y modifican este legado ideológico. En el estado de inocencia no habría servidumbre, todos los hombres nacerían libres. Dios no quiso que el hombre dominase al hombre, pero la caída por el pecado hizo surgir la esclavitud, como otras instituciones del derecho de gentes que se comparan como medicinas amargas pero necesarias. Pero así mismo la Iglesia reconoce que aunque el cuerpo puede estar en sujeción, la mente y el alma son libres. Y en relación con Dios todas las diferencias carecen de importancia. Los hombres sean libres o esclavos, están llamados a una vida común en Cristo y con Dios. La doctrina de Cristo no es de este mundo, por eso la Iglesia no exige la abolición de la servidumbre. ZAVALA, S.: *La filosofía de la conquista*. F.C.E. Segunda reimpresión. 1993. Pág. 45.

BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, contrario a la tesis de Sepúlveda, le da otra interpretación al evangelio y a la teoría de SAN AGUSTIN; sostiene que el origen del hombre es uno sólo: Dios. Lo cual quiere decir que “todas las naciones del mundo son hombres y de todos los hombres y de cada uno dellos es uno no más su definición, y ésta es que son todos racionales”.

LAS CASAS con respecto a los indígenas se expresa diciendo que “todas estas universas e infinitas gentes, a todo género crió Dios los más simples, sin maldades no dobles, obedientísimas fidelísimas a sus señores naturales y a los cristianos a quien sirven, más humildes, más pacientes, más pacíficos y quietas “Son de vivo entendimiento, muy capaces y dóciles para toda buena doctrina”. LAS CASAS, B.: *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Cita tomada de la obra de GAOS, J.: *Historia de nuestra idea del mundo*. Pág. 219.

LAS CASAS, también utilizando las obras de Aristóteles, buscará argumentos que demuestren la racionalidad de los indígenas y su capacidad para recibir la fe. Si lo racional es el principio por antonomasia, lo que está en tela de juicio es la incapacidad racional de los moradores de este continente, entonces se hacía urgente demostrar lo contrario.

LAS CASAS llega a la conclusión que solamente después de la conversión voluntaria al cristianismo de los indígenas, se puede decir que la conquista y la subordinación es legítima.

En la obra *Apologética Historia*, Las Casas dedica todo su empeño a probar, mediante una doble argumentación, que todos los habitantes naturales del Nuevo Mundo, cualesquiera que fueran las apariencias en contrario, gozaban de plena capacidad racional.

El debate entre Sepúlveda y Las Casas tuvo un alcance mucho más allá del tema americano. En el fondo la discusión contribuyó al cambio radical de los conceptos vigentes hasta aquel entonces sobre el universo y la historia de la humanidad. Este cambio puso en duda la visión del mundo como una unidad cultural con respecto al sistema político-espacial, también supuso un cambio respeto a la visión de la conquista, y puso los fundamentos jurídico-políticos de la sociedad europea de aquella época.

<sup>350</sup> El contenido y la estructura de la *Apologética* gira alrededor del doble argumento de que todos los habitantes naturales del Nuevo Mundo, cualesquiera que fueran las apariencias en contrario, gozaban de plena capacidad racional. Sobre este particular véase: EDMUNDO O' GORMAN, *Cuatro historiadores de las indias*, primera edición, sep/setenta, México, 1972, 87-124.

patrística y la escolástica para establecer la plataforma de sus razonamientos: sobre el derecho de guerra y de la racionalidad de los indios<sup>351</sup>

Los indígenas quedaron en una situación de inferioridad permanente durante los tres siglos de coloniaje (1500-1821). Una inferioridad que se expresaba en lo económico, social e intelectual; y consecuentemente en la normativa jurídica.

En lo económico, los indígenas fueron obligados a tributar; los despojaron de sus tierras y sometidos a la encomienda y el repartimiento indígena. Instituciones que tendrían un papel central en la estructura definitiva en la sociedad colonial. Todo este proceso conllevaría al surgimiento de grandes propietarios de tierra<sup>352</sup>, que serían utilizadas ante todo en los tres rublos siguientes: en el sector de explotación (añil), en el cultivo de medio de consumo y en la ganadería intensiva.

Sin embargo, en las llamadas *Leyes Nuevas*, los indios encomendados no eran siervos, ni vasallos de los encomenderos, sino libres y puestos bajo la protección de la corona. Por un pacto de ésta con los encomenderos, podían imponerles tributos o exigirles servicios personales quienes los tenían encomendados, obligándose ellos, a cambio, a conservar el país bajo la soberanía de los reyes y a proteger y adoctrinar a los indígenas que se les confiaban.<sup>353</sup>

Con el propósito de mantener una mayor presión, dominio y control, los españoles dividieron el mundo colonial en dos componentes: el indígena y el español. Sobre la base de esta división se estableció la organización política,

---

<sup>351</sup> PINTO SORIA explica que en un inicio la Corona española trato de impedir el surgimiento de grandes propietarios, por tal razón, “las disposiciones reales en cuanto que las concesiones de tierra a los primeros pobladores no debían de exceder de las tres caballerías. Así, las grandes adjudicaciones hechas algunos conquistadores sólo tuvieron carácter transitorio y, por lo regular, no se repitieron en el futuro. El factor decisivo, que explica la ausencia de latifundio en este período inicial, lo constituye sin duda el carácter mismo de la actividad económica de los primeros años. Tanto la esclavización intensiva de la población indígena, el saqueo rápido de metales preciosos, como la comercialización del cacao, se basaron, en lo fundamental, en el pillaje y la expoliación de las riquezas anteriormente acumuladas. Esta etapa se prolongó hasta las primeras décadas de la segunda mitad del siglo XVI con la explotación intensiva de aquellos indígenas dedicados al cultivo tradicional de cacao, principalmente a través del sistema tributario de las encomiendas. Fue solo a partir de 1570, aproximadamente, cuando la actividad económica de los colonos empezó a tomar algunos rasgos “racionales” con la acaparamiento sistemática de grandes extensiones de tierra.” *Raíces históricas del Estado en Centroamérica*. Editorial universitaria de Guatemala. Segunda edición. 1983. Págs. 77 y 78.

<sup>352</sup> ROMERO VARGAS, G.: *Las Estructuras sociales de Nicaragua en el siglo XVIII*. Managua, Nicaragua. Editorial Vanguardia. 1988.

<sup>353</sup> BENEYTO, J.: *Historia de la Administración Española e Hispanoamericana*. Aguilar. Madrid. 1958. Pág 434.

legal y territorial. Legal porque las leyes van ser emitidas en función de dicha distinción; e incluso las instituciones se van a crear con el mismo fundamento, de tal forma que se crearon instituciones para los indígenas e instituciones y territorios para españoles. Por esta razón vamos a tener ciudades para españoles y pueblos para indígenas.

Un pueblo de indios era una concentración de familias indígenas sometidas a ciertas obligaciones, la primera de las cuales, base de todas las demás, era radicar en el pueblo y no ausentarse sino en los términos que la autoridad colonial tenía ordenados o permitidos. De esta forma, la vida de los pueblos estaba sometida a la coacción. Un pueblo era, en alguna medida, una cárcel con régimen de municipio<sup>354</sup>. Los habitantes de los pueblos estaban obligados a producir para tributar, acudir a las encomiendas, prestar servicios no remunerados a la parroquia, abrir y mantener gratuitamente los caminos, trabajar en la construcción de edificios en las ciudades, en obras públicas etc. Además de cumplir con estas obligaciones, los indígenas tenían que trabajar para sí en las tierras comunales y ejidales de los pueblos.<sup>355</sup>

Inspirados en la moral de los filósofos cristianos, los monarcas españoles se preocuparon por la situación de los indígenas, y tenían por principio fundamental la caridad, buscaron fomentar la asistencia. ISABEL LA CATOLICA, CARLOS V Y FELIPE II, establecieron como fundamento de la política las obras de caridad.

Así corresponde a CARLOS V las siguiente Ley: “Encargamos y mandamos a nuestros virreyes, audiencias y gobernadores, que con especial cuidado provean que en todos los pueblos de españoles e Indios de sus provincias y jurisdicciones, se funden hospitales donde sean curados los pobres enfermos y se ejercite la caridad cristiana”.

Treinta años más tarde, FELIPE ordena que cuando se fundaré una población, se tenga cuidado de construir un hospital para pobres y enfermos que no sean contagiados y junto a ellos, las iglesias.

Además, señalaba que debían ser construidos en lugares levantados, para que los vientos que pasaran por ellos, no fueran a herir con sus “miasmas” las poblaciones. Los Virreyes estaban encargados de visitar periódicamente los hospitales, vigilar su construcción, la distribución de sus rentas, para que esto “llevará mayor consuelo y alivio a los enfermos”.

<sup>354</sup> AVILA, R.: *Religión y sociedad en Nicaragua*. Managua, Nicaragua. UPOLI. 1998

<sup>355</sup> ARRELLANO, J. E.: *Historia de Nicaragua*. Editorial CIRA. Managua, Nicaragua. 1993. Pág. 154.

En 1508 se edifican hospitales para españoles, en la Rinconada de Santo Domingo. En 1549 se inicia la construcción del Hospital de Santa Ana, por Fray Jerónimo de Loayza, Arzobispo de Lima, destinado a la “curación” de los miserables indios que morían como bestias en los campos y en las calles.

En Nicaragua, para el año de 1586 existían doce conventos y sesenta y siete frailes que desempeñaban su acción misionera en Nicaragua y Costa Rica. En Nicaragua, durante casi toda la época colonial, “se dedicaron a la conquista de los indios infieles y a la conversión de los pueblos conquistados, manteniendo la religión y ejerciendo el ministerio apostólico en toda la vasta extensión del obispado”, ha señalado ARTURO AGUILAR, historiador contemporáneo de la Iglesia; además “alimentaban en sus conventos a muchos niños pobres que se dedicaban al estudio y servían varias cátedras en el Seminario y en casa de enseñanza de Granada.”<sup>356</sup>

A partir de entonces se establece una especie elemental de protección, con coberturas sanitarias, según la cual, con un pago mínimo, que servía para el sostenimiento de los hospitales, se adquiría el derecho a ser atendidos. Pero ocurría muchas veces que los corredores no cobraban a los indígenas, por lo que no tenían derecho asistencial.

La labor de las minas en lamentables condiciones higiénicas, fue una causa de la fuerte despoblación y decadencia del indígena en este período colonial. Tal magnitud adquirió este problema, que obligo al Virrey Don FRANCISCO DE TOLEDO a dictar sus famosas ordenanzas para proteger el trabajo de los indígenas en las minas.

Estas disposiciones y muchas posteriores, desgraciadamente, no alcanzaron en la práctica, justa ejecución. “Desde los primeros momentos se produjo un profundo divorcio entre el derecho y el hecho, entre las aspiraciones generales de moralistas y teólogos victoriosamente reflejados en las leyes y las exigencias incontestables de las minorías colonizadoras de las distintas provincias americanas.”<sup>357</sup>

El tributo de los pueblos fue fundamental para la monarquía, pues representó entre el 80 y 90 por ciento de todos los ingresos fiscales, es decir, la población española casi no pagó impuestos durante la colonia. Con el tributo se pagaron las encomiendas, se premió a los funcionarios reales y se financiaron las prestaciones. A los enfermos la corona los obligo a que pagaran sustitutos.

---

<sup>356</sup> ARRELLANO, J. E.: *Historia de...* Pág. 156

<sup>357</sup> ROMERO VARGAS.: *Las Estructuras sociales de Nicaragua en el siglo XVIII*. Managua, Nicaragua. Editorial Vanguardia. 1988.

Las tensiones y levantamientos violentos que se dieron en los pueblos de indígenas contra los españoles, fueron producto de los abusos y las presiones externas que ejercían éstos sobre las comunidades indígenas. Así como del Tributo. Éste <<era mal visto por los indígenas. Sentían “verdadera repugnancia” en pagarlo. Cuando los indios no podían pagar el tributo o lo “evadían” para recuperar “los rezagos, las autoridades superiores recurrían a los azotes, al encarcelamiento y al embargo de los bienes de los colectores.” El tesorero declara que cada año se vuelve más difícil el cobro y que los colectores se contentan con decir que la provincia es pobre y que la parcialidad no tiene suficiente tributos para pagar tributo completo». <sup>358</sup>

El repartimiento, así como la encomienda, como casi todas las instituciones coloniales, se caracterizó por los desórdenes y abusos.

La perspectiva legal es insuficiente para comprender en su totalidad las instituciones coloniales. La desobediencia a la legislación colonial en general se explica desde la estructura de la sociedad colonial. La Monarquía no podía hacer lo que quería, porque no tenía suficiente poder para ello. Por eso, decía considerar los intereses locales en juegos y su propio poder para actuar en consecuencia en cada caso. Por tanto, el desacato a sus disposiciones siempre implicaba una impotencia insuperable, pero también una tolerancia interesada. Por un lado la monarquía no tenía suficiente poder para evitar los atropellos, pero, por otro lado, también es cierto que éstos no afectaban directamente sus intereses fundamentales en la Audiencia de Guatemala.

La contradicción entre los intereses de los colonizadores y la corona fue también motivo de tensiones durante el período colonial. Entre los criollos se fue desarrollando un sentimiento de suficiente rebeldía frente al dominio de España, conforme fue aumentando la capacidad productiva de sus propiedades y se hacían económicamente más fuertes. Los funcionarios reales y los criollos durante el período colonial tenían un propósito común de extraer el máximo de riqueza de la tierra a base del trabajo de los indígenas, y por esa razón se estorbaban mutuamente. Los abundantes conflictos entre Audiencias y Ayuntamientos fueron una manifestación evidente de aquella pugna, que culminó con la Independencia.

<sup>358</sup> Esta división la realiza WOORTMAN, M.: *Gobierno y sociedad en Centroamérica, 1680-1840*. BCIE. 1991. MELENDEZ ECHAVERRI, por su parte hace la siguiente división: Primera etapa de la ilustración: 1700 a 1750. “Fase revisionista”, la gran figura FEIJOO. Segunda etapa: 1750 a 1808. Aparece la “Sociedad Económica”, y se caracteriza por la aparición de formas verdaderamente ilustradas. La Tercera “corresponde a los años de 1808 y llega más allá de la Independencia digamos básicamente hasta 1830”. *La ilustración en el reino de Guatemala*. Págs. 21 y 22.

## 2. La consolidación del Estado moderno y el concepto de soberanía.

El tránsito de la sociedad colonial hacia una sociedad moderna en Centroamérica, fue parcial, debido a una serie de factores históricos y políticos específicos que la diferencian de los países Europeos.

La historia en Centroamérica, en el siglo XVIII puede ser dividida en dos períodos<sup>359</sup>. Hasta los años 50, se mantuvieron las estructuras políticas administrativas, económicas y también sociales que se habían formado bajo los HABSBURGOS, y tan sólo se introdujeron correcciones mercantilistas. Sólo bajo el reinado de CARLOS III, se trasladaron a América las reformas del Absolutismo Ilustrado, se produjeron cambios profundos que habrían de construir una de las causas del movimiento de independencia. En tanto la corriente intelectual de la ilustración, que influyó en las revoluciones francesas y americana, puede dividirse en Centroamérica en tres fases:

I.- Las nuevas ideas fueron difundidas por los jesuitas, quienes, sobre todo subrayaron los avances científicos-naturales y estimularon los estudios correspondientes, e influyeron en la formación de las sociedades económicas y académicas, jardines botánicos y demás instituciones preocupadas todas por la economía y la producción agrícola. Con sus estudios darían lugar a una nueva forma de tratar la agricultura, la ganadería y la minería, así como también la manufactura. De esta orientación nacería la revolución industrial inglesa, con todas sus repercusiones primero en Europa y más tarde en América, y se aplicaría la tesis de la libertad al comercio con el librecambio que se convertiría en el heraldo de la ideología criolla americana que provocaría los procesos de independencia.

Así se debilitaron las posturas del orden católico que se proyectaron en el siglo XIX, formando un sustrato de tradicionalismo señorial básico para el mundo conservador de América Latina.

Por otro lado, en lo social, la preocupación de las academias y de los clubes llevaría al análisis de la sociedad, que cristalizó en el contrato social y en los

---

<sup>359</sup> LANNING afirma que la ilustración fue un proceso desarrollado por consenso y por lo tanto la resistencia del antiguo régimen colonial fue mínima. La reforma económica logró el surgimiento de la economía, y provocó una emigración de familias con intereses comerciales, entre las cuales destaca la de Don FERMIN DE AYCINENA. En la reforma administrativa, la corona designa funcionarios ilustrados que hicieron todos sus esfuerzos para promover la nueva forma de pensar. Destacan JOCOBO DE VILLA URRUTIA y el peninsular ALEJANDRO RAMIREZ. *La ilustración en la universidad de San Carlos*. Citado por MELENDEZ CHAVERRI.

derechos del hombre, cuyo objetivo final fue acentuar la personalidad y el respeto al individuo; ello lleva a los conceptos de igualdad y democracia, expresado en la independencia de los Estados Unidos y mal planteados en el mundo Centroamericano, donde la igualdad se concibió solamente entre los “señores”, sin considerarse siquiera la posibilidad de proyectarla hacia abajo. Por esa razón los pueblos Centroamericanos quedaron marginados de los movimientos políticos y no hubo revolución social en la independencia, que sólo fue administrativa.

Estas dos perspectivas -técnica y social- dieron cuerpo a una revolución contra ese orden católico-cristiano, sostenido por las grandes monarquías europeas y por el mundo colonial. La ideología social especialmente representada por la revolución francesa y la nueva ideología económica de la revolución industrial, se irguió frente a ese orden.

II.- Tras la expulsión de la orden jesuita, siguió un período de fuerte signo criollo durante el cual -además de cuestiones de ciencia natural -fueron tratados temas políticos.

III. Por último, en la tercera fase de este período, cabe mencionar las reformas borbónicas con sus tendencias protoliberales.

### 3. La ilustración en España y su influencia en Centroamérica.

El pensamiento ilustrado fue recibido inicialmente a través de España<sup>360</sup>. Pero además los criollos cultos tenían acceso directo a los escritos de los pensadores europeos, con los que habían entrado en contacto durante sus residencias en Europa. Por otra parte, mantenían contactos directo con eruditos y academias europeas y norteamericanas<sup>361</sup>. Las distancias geográficas de los centros de la ilustración europea y la vía a través de España provoca-

<sup>360</sup> Una de las figuras más destacadas del absolutismo ilustrado en Centroamérica, fue JOSE CECILIO DEL VALLE, quién mantenía correspondencia con BENTHAM. En una carta al ilustre inglés, escribe: “Antes de nuestra justa independencia, proclamada el 15 de septiembre de 1821, publiqué diversos discursos manifestando mis deseos de que trabaje un Código menos defectuoso que los de Castilla, y anunciando el principio grande del mayor bien posible del mayor número posible, que debe ser la guía de todos los legisladores”. *Pensamiento vivo de JOSE CECILIO DEL VALLE*. Selección y Prólogo de RAFAEL HELIODORO VALLE. EDUCA. San José, Costa Rica. 1971. Pág. 209.

<sup>361</sup> Un examen detallado de los libros prohibidos lo realiza LAGUARDIA GARCIA, en *Orígenes de la democracia constitucional en Centroamérica*. EDUCA. San José Costa Rica. Segunda Edición. 1976. Págs. 23-52.



ron, en la primera mitad del siglo XVIII, un cierto retraso temporal en la difusión del pensamiento ilustrado; retraso que fue superado, en parte, con el comienzo de la política de reformas de los Borbones<sup>362</sup>.

En la aplicación de las ideas ilustradas en Centroamérica, se produjeron conflictos que trajeron como consecuencia, por lo tanto, que las concepciones desarrolladas en el contexto europeo fueran aplicables sólo condicionalmente a la situación en ultramar, étnica, cultural social y económicamente diferente.<sup>363</sup>

En el caso de Centroamérica, es difícil trazar el límite temporal entre Ilustración y liberalismo, ya que muchos representantes de la independencia, siguieron estando en la tradición de la ilustración.

Este hecho se debe a que, en primer lugar, la Ilustración Española se encontraba con problemas específicos de la península, que se acentúan con el marcado apego a los valores cristianos bajo el signo del regalismo. En su objetivo de recuperar, a través de reformas políticas, una posición de gran potencia, similar a la de Francia e Inglaterra, la Ilustración Española se pareció a las corrientes austriaca y prusiana.

A finales del siglo XVIII en España se da una reforma a la escolástica protagonizada por pensadores como BENITO FEIJOO Y MONTENEGRO y GASPAR MELCHOR JOVELLANOS, quienes habían facilitado al lector español el acceso de una gran parte de la literatura francesa e inglesa ilustrada. En 1750, FERNANDO VI prohibió la crítica a los escritos de FEIJOO, proveniente, sobre todo, de los círculos eclesiásticos. Esta reforma permitió una renovación en las viejas ideas y la propagación del pensamiento ilustrado.

Los ilustrados españoles, con propuestas prácticas de reformas se apoyaron tanto en modelos españoles más antiguos como en el nuevo pensamiento extranjero. Sin embargo, hay que destacar que España no era la que creaba ni la que orientaba la gran corriente de la Ilustración, pues sus fuentes se encontraban en París y Londres.

En ese tránsito que España experimentó hacia la modernidad, FEIJOO fue el resorte y JOVELLANOS, su más alto representante. No obstante, FEIJOO se enfrentó a una España adormecida y supertificiosa para proponerle una nueva dirección: “Menos teología y más ciencia naturales es lo que España necesita”<sup>364</sup>.

<sup>362</sup> GARCIA BOSCH, C.: *Las ideologías europeístas*. En: *América Latina en sus ideas* (Ed. Leopoldo Zea), primera edición. 1986. Pág. 240

<sup>363</sup> SARRAILH, J.: *La España ilustrada*. México. México. 1957. Pág. 116.

<sup>364</sup> SARRAILH, J.: *La España ilustrada...* Pág. 117.

FEIJOO participa de las superposiciones filosóficas de la época y esto es lo que quizás le caracteriza más definitivamente como pensador de la transición española hacia la modernidad. Mantiene relaciones con la escolástica -en la que se formó y a la que nunca pudo renunciar definitivamente- con la filosofía renacentista moderna y con la ilustración. Ante los escolásticos españoles aferrados en pleno siglo XVIII a la física aristotélica, recuerda FEIJOO la lucha que contra ella entabló el Renacimiento y pone como ejemplo a la escolástica moderna en el resto de Europa.

Más de una vez su adversario quiso orillararlo a escribir teología; su respuesta encierra en verdad toda una nueva actitud mental: “Protesto que mientras he escrito un pliego de Teatro crítico o de las Cartas eruditas, podrá escribir dos o tres de teología escolástica sin ser copiante de nadie. Pero, ¿qué provecho sacaría de esto el público? ¿Qué fruto resultaría a España? Ciertamente ninguno”<sup>365</sup>.

Propone remover paulatinamente el “estorbo formidable” de los viejos profesores, sustituyéndolos por nuevos” de más que ordinaria capacidad y de espíritu generoso que roma la valla”. Quisiera ver fundadas Academias científicas bajo la protección regia. “Por lo menos -dice- una en la Corte a imitación de la Real de las Ciencias de Paris que daría el tono a todo el reino, en orden a la elección de estudios útiles”<sup>366</sup>.

A pesar del carácter vanguardista de la obra de FEIJOO, no se le puede considerar “ilustrado” en el sentido que tiene esta expresión en el siglo de las Luces. Aunque cronológicamente convive con el Iluminismo, filosóficamente sus obras son producto de la etapa precedente, conforme todavía el espíritu renacentista, en tardía polémica antiescolástica.

FEIJOO permanece extraño a los caracteres esenciales del siglo de las luces: concepción de la razón como fuerza capaz de transformar lo real; filosofía práctica dirigida a la revisión revolucionaria del Derecho, el Estado y la sociedad; progresiva reducción de lo humano al natural físico; explicación histórica de las religiones, crisis de la fe y ruptura con la revelación, para desembocar en el deísmo y ateísmo. “No sólo participó en este tipo de pensamiento, sino que tampoco llegó a conocerlo de manera directa. Al final de su vida llegó apenas su sordo rumor de marejada creciente, que bastó para alarmarlo”<sup>367</sup>.

<sup>365</sup> ARDAO, A.: *La filosofía polémica de FEIJOO*. Buenos Aires. 1962. Pág. 30.

<sup>366</sup> ARDAO, A.: *La filosofía polémica...*Pág. 116.

<sup>367</sup> ARDAO, A.: *La filosofía polémica...*Pág. 117.

Sin embargo, en América y España, resulta el autor más leído y discutido en el siglo XVIII. A través de sus escritos, pueblos de este lado del Atlántico se introducen en los dominios del pensamiento nuevo. JOSE ELIZARDE, rector de la Universidad de México, escribe en 1734 que los escritos de FEIJOO leídos “hasta los distantísimos términos de la América en ambos reinos, y de Asia en las Filipinas”<sup>368</sup>.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca rechaza influencias extranjeras y los juristas declaran que “basta con que la facultad sea el baluarte inexpugnable de la religión”<sup>369</sup> y la Facultad de Artes no juzga oportuno dar cabida en su plan de estudios a la física moderna. Desecha a la mayor parte de los filósofos modernos con DESCARTES a la cabeza.

En el momento en que Carlos III sube al trono, la educación no se considera como un servicio público. Reina la mayor anarquía en la administración y organización de la escuela. Sólo los establecimientos de los jesuitas parecen estar estructurados con coherencia. En cuanto a las universidades, son orgullosamente independientes y sé aferran a su tradición escolástica. Hacia 1770 se hace el primer esfuerzo por poner algo de orden en la maquinaria y hacer respetar la autoridad real por parte de los maestros y estudiantes. Poco a poco se elabora la doctrina de una educación verdaderamente nacional, influida sin duda por la obra decisiva de la Convención francesa y las ideas de CONDORCET<sup>370</sup>.

<sup>368</sup> SARRIA, J. *La España ilustrada*. México. 1957. Pág. 101.

<sup>369</sup> SARRAILH señala que en 1792, en una de las célebres cartas a JOVELLANOS, CABARRUS traza un plan completo y audaz de la enseñanza, completamente impregnado del espíritu revolucionario francés, La enseñanza primaria debe ser “común a todos los ciudadanos, grandes, pequeños, ricos y pobres, deben recibirla igual y simultáneamente. ¿No van todos a la iglesia? ¿Por qué no irían a este centro patriótico? ¿No se olvidan en presencia de Dios de sus vanas distinciones? ¿Y qué son esas ante la imagen de la patria?” “De los seis años hasta los diez, criense juntos los hijos de una misma patria” “Exclúyase de esta importante función todo cuerpo y todo instituto religioso. *La España...* Pág. 206. MUÑOZ MACHADO señala que “JOVELLANOS el más convencido teórico y el más audaz de los realizadores. El 9 de abril de 1789 había solicitado del Rey la autorización para fundar una escuela de mineralogía y de náutica. Obtuvo después la licencia. El instituto contaba con 60 alumnos al principio y una subvención del monarca. La enseñanza era gratuita. En el informe de la Ley Agraria hay muchas referencias a la organización de la enseñanza. Pero es el propio JOVELLANOS el que presenta a la Junta Central, en plena guerra, unas “bases para la formación de una plan general de instrucción pública” el 16 de noviembre de 1809, que interesó mucho al Rey José. El 9 de septiembre de 1814 el poeta Quintana expone ante la Junta encargada de la reforma escolar un importante informe que en buena parte no es sino la traducción del Rappor et project sur l’organisation générale de l’instruction public que presentó los días 20 y 21 de abril de 1792 CONDORCET a la Asamblea francesa”. *Servicio público...* Págs. 63 y 64.

<sup>370</sup> STOETZAR afirma que el Despotismo Ilustrado, estuvo empeñado en una campaña sin tregua contra la teoría “subversiva de FRANCISCO SUAREZ. “Las teorías políticas de SUAREZ, que eran una de las razones para la expulsión de la Compañía en 1767, fueron

Pero serían necesarias varias reformas, la más importante de ellas fue la expulsión de los jesuitas. Por medio de la Real Orden de 5 de octubre de 1767, se instruía a todos los jueces instrucciones para la confiscación de los bienes de la Compañía de Jesús y expresaba la voluntad del Gobierno de atender la enseñanza primaria y secundaria<sup>371</sup>.

Los españoles de la modernidad suelen volver la mirada hacia el extranjero. Allí buscan las soluciones a sus problemas. Es conocido cómo JOVELLANOS repasaba con cuidado los catálogos de los libreros ingleses, y se conocen sus encargos de libros a París y a Londres.<sup>372</sup>

La inquisición recela de las nuevas opiniones y de los escritores extranjeros. El índice registra los edictos contra el Espíritu de las Leyes, y contra de la Enciclopedia. En 1762 se prohíbe en bloque todas las obras de VOLTAIRE. En 1764 prohibición del *Emilio*; y de los *Mélanges de littérature, D' historie et de philosophie* de D' ALEMBERT en 1793. En 1790 el libro del abate DE MABLY *Des droits et des devoirs du citoyen y el Traité de la tolerance, a l'occasion de la ort* de JENA CALAS.<sup>373</sup>

Por medio del contrabando, los libros de extranjeros, desde los inofensivos tratados de agricultura, hasta las temibles obras maestras de VOLTAIRE Y ROUSSEAU, logran deslizarse a los conventos, a las bibliotecas y también a las casas de algunos particulares.

VOLTAIRE mantiene correspondencia con sus admiradores españoles, el conde ARANDA y el marqués de MIRANDA.

En el Diario de JOVELLANOS, es posible encontrar significativas menciones que demuestran su contacto con las modernas corrientes europeas: "Miércoles 19...X me habló de unos libros ingleses que tenía D. JOSE DE LA SALAS; éste me los trajo a la noche. Son tres cuadernos de T. PAYNE (sic): *Rights of man*, primera y segunda parte y cartas"<sup>374</sup>

combatidas tanto como ciertas teorías políticas de la Ilustración como las de ROUSSEAU". "Solo hay que leer -agrega- la correspondencia de tales enemigos de los jesuitas, como el arzobispo FRANCISCO ANTON DE LORENZANA, para descubrir los libros, artículos, panfletos, y otras publicaciones "subrepticias" de tipo escolástico, en contra del despotismo ilustrado". AA.VV.: *El pensamiento político en la América Española durante el período de la emancipación* (1789-1825). Tomo. I. Madrid. 1966. Pág. 81

<sup>371</sup> Así escribe en sus Diarios: "Reconocimiento, el miércoles 14, de cuatro catálogos de libros para escoger para el Instituto y para mí".

<sup>372</sup> SARRIA, J.: *La España*...Pág. 309.

<sup>373</sup> JOVELLANO, M. G.: *Diario*. Madrid. 1967. Pág. 204.

<sup>374</sup> JOVELLANO, M. G.: *Diario*...Pág. 209

Y en otros lugares deja constancia de su lectura de la nueva Constitución Francesa. “Buenos ratos me esperan”. El jueves 18 de enero de 1796 declara: “halla el Poder Ejecutivo en la nueva Constitución débil y de marcada dependencia del legislativo, como nombrado como él y amovible”<sup>375</sup>

En las páginas de sus Diarios nos damos cuenta de las lecturas pacientes, meditadas, de los libros de ROUSSEAU. Pero, al llegar a las Confesiones escribe: “hasta aquí no he hallado en esta obra, sino impertinencias bien escritas, muchas contradicciones y mucho orgullo”<sup>376</sup>.

En una carta enviada a su amigo JARDINE, JOVELLANOS, enemigo de las revoluciones y partidario de las evoluciones pacíficas, escribe: “nada puede ser peor que la anarquía...el despotismo sólo puede sotenerse en medio de la ignorancia, pero la anarquía nace de la corrupción”.

En definitiva, JOVELLANOS, no puede aceptar ni la guerra ni la sangre, ni la violencia. Colocado entre una y otra época, no gusta de decisiones radicales; para su obra es más natural la transacción y el deseo de conversar el equilibrio y el orden.

En la España del siglo de las Luces, se han acogido las nuevas teorías sobre el Derecho penal y la justicia criminal. Los magistrados ilustrados desean una revisión de las leyes criminales, juzgándolas demasiado severas y desproporcionadas a los delitos. En 1770, el abogado ACEVEDO publica una disertación contra la tortura, declarándola contraria a los derechos de la naturaleza y los pactos más solemnes de la sociedad.

Años después impulsado por su ministro MANUEL DE RODAS, CARLOS III pide a su Consejo que se estudie una reforma de la legislación penal, con el fin de sustituir la pena capital, como en los países ilustrados, por otros castigos igualmente ejemplares, pero que permitan a los reos corregirse y servir al *interés público* mediante su trabajo<sup>377</sup>.

En la España del siglo XVIII, todavía encontramos mercantilistas retrasados. Sin embargo, comienzan a aceptarse los nuevos principios que conferían a la tierra un valor primordial, afirmando como consecuencia, que la riqueza no debe confundirse con la posesión de los metales preciosos. JOVELLANOS, la voz más potente de su época, afirma: “La verdadera riqueza de un país

---

<sup>375</sup> JOVELLANO, M. G.: *Diario*. Madrid. 1967. Pág. 549

<sup>376</sup> SARRAILH, J.: *La España ilustrada...* Pág. 549.

<sup>377</sup> SARRAILH, J.: *La España ilustrada...* Cap. VI.

consiste principalmente en la cantidad y en el valor de sus producciones... el dinero no es más que un signo o representación del valor de las cosas, y, consistiendo la riqueza en las cosas y no en el dinero, se dirá país más rico, no el que tiene más dinero, sino el que tienen más cosas<sup>378</sup>”.

La escuela liberal adquiere carta de ciudadanía. La libertad se muestra a no pocos españoles como el medio más eficaz de dar prosperidad y riqueza al país, puesto que el interés personal desarrolla las facultades del ingenio y las iniciativas individuales son tanto más audaces y fructuosas cuanto menos encadenadas se hallan por reglamentos estrictos.

Durante el reinado de CARLOS III no parece haberse planteado en forma aguda el problema del régimen político. Un contemporáneo puede escribir: “Tenemos en España suma escasez de libros de derecho natural y de gentes. Los principales autores extranjeros que han escrito sobre esta ciencia, GRO-CIO, PUFENDORF, BARBEYRAC, etc., están prohibidos. Nuestros españoles, de lo que menos se han cuidado han sido de ellas<sup>379</sup>”.

Puede advertirse que en España, en el siglo XVIII, existe una atonía general en lo que a estos temas se refiere. Ninguna crítica contra la monarquía española. Ni los contados jurisconsultos, ni los aficionados cultos de la época se les plantea el problema del régimen político. Coincide en afirmar que la soberanía radica en el monarca, ignorando así la prédica de ROUSSEAU. La confirmación decisiva de este principio la tenemos en JOVELLANOS, en documentos escrito en ocasión de la invasión napoleónica, cuando la Junta Central se dispone a formar el gobierno de la nación durante la ausencia del Rey: “Haciendo mi profesión de política, diré que, según el derecho público de España, la plenitud de la *soberanía* reside en el monarca y que ninguna parte ni porción de ella existe ni puede existir en otra persona o cuerpo fuera de ella, que por consiguiente es una herejía política decir que una nación cuya constitución es completamente monárquica, es soberana, o atribuirle las funciones de la soberanía reside en el monarca y que ninguna parte ni porción de ella existe ni puede existir en otra persona o cuerpo fuera de ella, que por consiguiente es una herejía política decir que una nación cuya constitución es completamente monárquica, es soberana, o atribuirle las funciones de la soberanía. Y como ésta sea por su naturaleza indivisible, se sigue también que el soberano mismo no puede despojarse no puede ser privado de ninguna parte de ella a favor de otro ni de la nación misma<sup>380</sup>”.

<sup>378</sup> SARRAILH, J.: *La España ilustrada*. Pág. 575.

<sup>379</sup> CARRILLO, I.: *La ideología jurídica de la Constitución del Estado Mexicano*. 1812-1814. México. UNAM. 1986. Pág. 75.

<sup>380</sup> CARRILLO, I.: *La ideología jurídica...Pág. 75.*

Y MURIEL, en su Historia de CARLOS IV, relata con amargura: “En cuanto a los libros de los filósofos, no era ya necesario ir a buscarles a la capital. Las doctrinas perniciosas iban difundándose y las nuevas ideas políticas se introducían por doquiera. Esto se verá claramente en Cádiz, donde los diputados de la nación española olvidaron sus leyes, su Constitución, su historia, para adoptar ciegamente, y sin ningún discernimiento, los paralogismos de la Revolución Francesa”<sup>381</sup>. Lo que pretendió ser reproche y condenación, desde nuestra perspectiva no puede sino constituir el mayor de los elogios.

#### 4. La ilustración y las reformas borbónicas en Centroamérica.

En Centroamérica, los proyectos de reforma de la primera mitad del siglo XVIII, siguieron dominando las concepciones mercantilistas. La prioridad otorgada al comercio y la industria se explica en virtud de la balanza comercial negativa de España frente a sus socios comerciales europeos, y al cada vez más notorio desplazamiento de los mercados centroamericanos e hispánicos.

Con el Estado Mercantilista, propio de la Ilustración, se crean los monopolios estatales, de carácter fiscal, viniendo a cerrar este ciclo el monopolio administrativo, en cuanto a la titularidad de determinadas actividades, que constituyen la técnica propia del Estado moderno, originadora de los servicios públicos.

El defensor intelectual de la corriente mercantilista de las reformas borbónicas en el gobierno fue CAMPILLO Y COSIO, cuyo manuscrito de 1743, “Nuevo sistema de gobierno económico para la América”, sugería una política mercantilista al estilo de los franceses e ingleses. Aconsejaba que para España era más importante que el gobierno fomentara el crecimiento económico al permitir que los indios actuaran como campesinos libres en una economía de exportación agrícola. Los indios serían tratados como “españoles de la misma clase social”. Una vez que se desarrollara un campesinado libre; el libre comercio entre España y los puertos hispanoamericanos causaría el crecimiento económico entre el mercado colonial y en la metrópolis productora.<sup>382</sup>

<sup>381</sup> WOORTMAN, M.: *Gobierno y sociedad en Centroamérica*. 1680-1840. BCIE. San José, Costa Rica. Pág. 64

<sup>382</sup> BENEYTO, J.: *Historia de la Administración española e Hispanoamérica*. Editorial Aguilar. España. 1958. Pág. 441.

En Centroamérica, la estrategia borbónica tuvo seis fines, todos según los principios de CAMPILLO:

- 1- Estimular las comunicaciones y el comercio en un esfuerzo por fomentar mayor tráfico entre todas las ciudades españolas y las coloniales.
- 2- Limitar el poder eclesiástico por medio de los ataques a la propiedad y los privilegios de la Iglesia.
- 3- Apoyar parcialmente a los productores del interior en sus quejas contra el poderío de la clase comerciantes de Cádiz-Guatemala.
- 4- Reformar al gobierno con la institución de intendencias que reemplazarán a los funcionarios “corruptos” en el interior.
- 5- Reformar la estructura tributaria para que ofrecieran mayores rentas con el objetivo de financiar un mayor poder del gobierno.
- 6- Mayor actividad militar dirigida contra la presencia económica y física de los británicos en Centroamérica.

Esta ofensiva borbónica tuvo dos períodos claros:

- 1- El estado se alió con las nuevas familias comerciantes para utilizar su fuerza con el fin de eliminar las instituciones de los HABSBURGOS, los encomenderos, la iglesia y las “viejas familias” cuya riqueza y productividad se había disipado.
- 2- Después de debilitar el poderío de los sectores HABSBURGOS, el gobierno dirigió su ataque contra los nuevos comerciantes que habían adquirido poder durante los primeros dos tercios del siglo XVIII

El Estado Español comenzó a instituir estas reformas a partir de 1760. Dichas reformas cambiaron drásticamente la estructura impositiva, alteraron la dependencia que durante siglos se tuvo de los indios, dado el respaldo fiscal que ofrecieron al estado los fondos suficientes para ampliar su poder.

Sin embargo, estas medidas precipitaron también tensiones y violencias: crearon el antagonismo entre comerciantes y funcionarios del gobierno, que continuarían hasta el movimiento de la independencia, y que fue una de las causas básicas y fundamento del mismo<sup>383</sup>.

---

<sup>383</sup> WERZ, N.: *El pensamiento sociopolítico en América Latina*. Editorial. Nueva Sociedad. Caracas, Venezuela. 1995. Pág. 37.



La ilustración provocó el desarrollo de una conciencia propia y con ello la necesidad del surgimiento de Estados independientes. Los criollos aspiraban también a la liberación del individuo de las coacciones de un ordenamiento social y jurídico corporativo, estamental, es decir, a la igualdad ante la ley, a la eliminación de las limitaciones jurídicas de la propiedad y a la supresión de corporaciones, tales como los gremios y las corporaciones religiosas.

En Centroamérica, la Iglesia Católica apoyo la ilustración en el campo de la educación. Este hecho ha llevado a varios autores a sostener, que se dio una “Ilustración con Dios”<sup>384</sup>. Y ésta puede ser una de las razones que justifican porqué la mayoría de los integrantes del movimiento de la independencia no intentaron una ruptura violenta, como en Francia, con la Iglesia Católica.

LIENDO Y GOICOECHEA, fraile franciscano, se convirtió a partir de 1767 -fecha en que comenzó a impartir física newtoniana en la Universidad de San Carlos, en Guatemala -en el líder de la reforma ilustrada<sup>385</sup>. Fue él quien introdujo la física experimental, también llegó a esbozar un plan de reformas en la Universidad en 1782, sumamente brillante para su tiempo<sup>386</sup>. Este plan lleva a LANNING a expresar: “lo que GOICOECHEA recomendaba para Guatemala, eran precisamente los grandes trabajos de filosofía natural en boga en España, Francia, Italia, Alemania e Inglaterra en el siglo XVIII. Difícilmente podría haber estado más al día”<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> LASCARIS, C.: *Historia de las ideas en Centroamérica*. EDUCA. San José, Costa Rica. 1982. Pág. 291.

<sup>385</sup> CECILIO DEL VALLE, en su “Elogio a GOICOECHEA”, escribe: “Los que se llamaban filósofos eran entonces unas cabezas llenas de universales, de categorías y sutilezas metafísicas; y éstos eran los sabios que en las cátedras daban lecciones a la juventud. El escolasticismo no sólo la formaba en sistemas de errores. Le impedía también salir de él; le prohibía aun el derecho de dudar que exige la debilidad de nuestra constitución física; y aún en lo que no era dogmático, se ordenaba la fe, que sólo es debida a nuestra religión. Fe ciega en la dialéctica: fe ciega en la metafísica: fe ciega en la jurisprudencia. La razón era víctima de lo que se llamaba filosofía...No hizo (GOICOECHEA) en la ciencia aquellos descubrimientos que las hacen progresar a pasos largos: no formo sistemas como BUFON, ni fue como NEWTON, inventor de la teoría de la sencilla del universo. Pero pudo impugnar los sistemas de BUFON; y fue capaz de entender las obras de NEWTON, que aún entre los hombres de letras encuentra pocos lectores”. Pensamiento vivió de JOSE CECILIO DEL VALLE...Pág. 263 y SIG. Sin embargo, LASCARIS afirma que en sus publicaciones era fácil entever proximidad con FEIJOO. “En todo caso, fue el primero que divulgó en Centroamérica las ideas, científicas racionalistas de principios del siglo XVIII; eso, si ya adaptadas a través de los pensadores eclesiásticos españoles”. *Historia de las ideas...* Págs. 295 y 296.

<sup>386</sup> LANNING.: *La ilustración en la universidad de San Carlos*. Citado por MELENDEZ CHAVERRI.

<sup>387</sup> ROMERO VARGAS, G.: *Las estructuras sociales de Nicaragua en el siglo XVIII*. Editorial Vanguardia. Managua. Nicaragua. 1988. Véase también: MARTINEZ PELAEZ, S.: *La patria del Criollo*. EDUCA. San José Costa Rica. 1973. Págs. 197-253.

La aplicación de las ideas ilustradas produjo conflictos, que trajeron como consecuencia que las concepciones desarrolladas en el contexto europeo fueran aplicables sólo condicionalmente a una situación cultural, étnica y políticamente diferente de la de España.

La organización político colonial -tal como se había formado a fines del siglo XVI y que fue afectada por las concepciones de reforma ilustrada -se basaba en los principios de las dos repúblicas, es decir, la comunidad de los españoles y criollos, por una parte, y la de los indios, por la otra.

La república de indios gozaba de un grado de autonomía. Los representantes dirigentes en las aldeas -en parte, también miembros de la nobleza indígena- elegían sus órganos regularmente, en ejercicio de su propia responsabilidad. Ellos eran vigilados por los funcionarios reales, corregidores o alcaldes mayores. También los dignatarios eclesiásticos, los párrocos, cumplían, en cierto modo, funciones de vigilancia. Gracias a la autonomía municipal o aldeana, la población indígena pudo conservar también en la época colonial -al menos parcialmente- sus estructuras sociales tradicionales<sup>388</sup>.

A diferencia de la República de indios, las comunidades hispano-criollas fueron gobernadas más bien de forma absolutista. La Administración municipal estaba en manos de 6 o 12 concejales cuyos cargos, desde el siglo XVI, eran vendidos por la Corona al mejor postor de buena reputación quien, a su vez, tenía el derecho de volver a venderlos o a transmitirlos por herencia. De esta manera, la Administración municipal cayó bajo las manos de las oligarquías urbanas y adquirió el carácter de una administración de notable bajo el control de comisarios reales. Los intentos de los Borbones en el sentido de revitalizar la autonomía municipal en la República de españoles fracasaron ampliamente.

En vista de los diferentes presupuestos jurídicos, sociales y culturales que habían surgido como consecuencia de la política de segregación de los HABSBURGOS, las ideas de la ilustración y del liberalismo encontraron reacciones diferentes en las comunidades indígenas y criollas. Un criterio esencial de las comunidades indígenas era la función que cumplían las instituciones corporativas. Entre ellas se contaban, por ejemplo, la tierra comunitaria, utilizada en común o dividida según determinados criterios, la caja comunitaria formada con el pago de tributos, pero también hermandades religiosas, cuya tierra comunitaria había sido transferida a fin de protegerla frente a la intervención de los hacendados o de los funcionarios oficiales.

<sup>388</sup> *Historia General de Centroamérica*. Tomo III. FLACSO. Madrid. 1993. Págs. 48-69.

Los reformadores borbónicos se había propuesto como objetivo tanto la eliminación de los repartimientos como la desamortización de la propiedad de las hermandades indígenas, la distribución de la propiedad rural comunal y la eliminación de las restricciones a las que estaba sometida la venta de tierras indígenas. Estas medidas fueron percibidas por la república de indios como amenaza de sus instituciones y de sus propiedades comunitarias legalmente garantizadas y, por tanto, durante largo tiempo rechazada.

En la república de españoles, la reacción a las nuevas corrientes fue menos uniforme. Las elites dominantes que controlaban los cabildos vieron en la política del absolutismo ilustrado una amenaza a su posición privilegiada. Ni las tendencias a abrir los cabildos a otros grupos, ni la liberalización del comercio indígena y los mercados internos, la eliminación de los repartimientos, la introducción del sistema de intendencias o la política liberal de las Cortes de Cádiz fueron propiciadas por las élites establecidas<sup>389</sup>.

En cambio, los grupos que hasta entonces habían sido excluidos del poder, entre los que se contaba también mestizos, entendieron las nuevas ideas como oportunidad de ascenso social y mayor participación política. Además de la carrera eclesiástica, se les abría también el servicio militar y las posibilidades propias de los nuevos cargos en la administración. Sin embargo, el clero -cuyos miembros recetaron y transmitieron las ideas de la ilustración como profesores universitarios- rechazaron el fortalecimiento de las tenden-

---

<sup>389</sup> El sistema republicano ha sido poco estudiado en Centroamérica. Sin embargo, como apunta ADOLFO BONILLA, los mejores estudios están asociados a los trabajos de JOHN POCOCK, por tanto, solamente resumiremos sus principales ideas. POCOCK encuentra su origen en la "Polis" aristotélica, continuidad de la república romana, en Florencia y en Venecia, y en la modernidad en Francia, Gran Bretaña y los Estados Unidos. Sus figuras modernas más importantes han sido ROUSSEAU en Francia, JEFFERSON, en los Estados Unidos, FERGUSON en Escocia y BOLIVAR en América Latina. Esta forma de asociación política implica mantener la igualdad cívica entre los que calificaban como miembros de la "polis", y la disposición moral de sus miembros para el mantenimiento del bien público. Este tipo de organización política se desarrolló en una sociedad agraria. Garantizaba la libertad política pero no la individual. El paradigma liberal se desarrolla a partir de la jurisprudencia natural modernizada por GROTIUS, continuada por PUFENDORF y LOCKE. Alcanza refinamiento en el ámbito económico con ADAM SMITH, y estatus de ideología política con CONSTANT. Este pensamiento político no tiene origen antiguo sino moderno. Su influencia se expandió de Europa a América, donde encontraremos grandes exponentes como HAMILTON en Norteamérica, SANTANDER en Colombia y PEINADO en Centroamérica. CONSTANT, hace una diferencia entre libertad política y libertad individual. Según este autor, la libertad de los antiguos -asociada al republicanismo clásico-consistía en una activa y constante participación del poder colectivo", y la libertad de los modernos-asociada al liberalismo- en el goce pacífico de la independencia privada. BONILLA, A.: *Ideas económicas en la Centroamérica Ilustrada. 1793-1838*- FLACSO. San Salvador. 1999. Págs. 17-22.

cias regalistas vinculadas con las reformas borbónicas. Desde luego, ninguno de estos grupos pensaba en una mayor participación de los indios o de grupos sociales inferiores. Por el contrario, con la eliminación de los cacicazgos y de la nobleza indígena, realizada en nombre del liberalismo, se esperaba un debilitamiento de las comunidades indígenas.

La organización política creada por las reformas borbónicas en la última época de la colonia estuvo caracterizada por el antagonismo entre las fuerzas de la administración, el ejército y la iglesia, y las élites establecidas, que también se expresó en el conflicto entre las metrópolis coloniales y las periferias. Esta situación conflictiva de la última época de la colonia explica también los conflictos dentro de los nuevos Estados en la primera mitad del siglo XIX.

## 5. El concepto de soberanía y los primeros servicios público en la Constitución de Cádiz

La revolución Francesa y las guerras napoleónicas marcan el fin de la época de la Ilustración y del Absolutismos ilustrado en Europa. El pensamiento ilustrado constitucional se desarrolla al ritmo del crecimiento de los emergentes paradigmas liberal y republicano<sup>390</sup>. Desde esta concepción el Estado tenía que actuar a favor de las personas, y asegurar la libertad de palabra. La Ilustración experimentó su desarrollo posterior en el liberalismo del siglo XIX, aunque sus reconocimientos teóricos son reconocibles desde antes.

Desde cierto punto de vista, la dependencia Centroamericana del mundo ibérico dificulta la entrada de esta nueva ideología, porque España fue la última en aceptar aquella oleada de cultura occidental existente en el resto de Europa; y este hecho contribuyó a que el mundo español basado en el orden y estructuras basadas en el catolicismo fueran incapaces de compaginarse con la diversidad de formas que el cristianismo origina en Europa Occidental<sup>391</sup>.

La invasión napoleónica de España fue la consecuencia inmediata que inicia el proceso independentista al producir una crisis y un vacío de poder. Las corrientes políticas que salen a luz en 1808, pueden agruparse esquemáticamente en tres grande grupos: Los absolutistas ilustrados, representados por

<sup>390</sup> GARCIA BOSCH, C.: *Las ideologías europeístas*. En: *América Latina en sus ideas*. Edi. Leopoldo Zea, primera edición. 1986 Pág. 241.

<sup>391</sup> GUERRA, FRANCOIS.: *Modernidad e independencia* (Ensayo sobre las revoluciones hispánicas). Fondo de Cultura Económica. México. Segunda Edición. 1993. Pág. 139.

el anciano FLORIDABLANCA, presidente de la Junta Central, partidarios de considerar a ésta como un poder provisional encargado únicamente de suplir al rey y de dirigir la guerra. Los constitucionalistas históricos, usarían la figura más sobresaliente de JOVELLANOS; e inspirados en el modelo inglés, querían la reforma de la Monarquía y la instauración de un sistema constitucional mediante la restauración de las antiguas cortes. Y los revolucionarios, que serán después llamados liberales, cuya eminencia gris es el poeta MANUEL QUINTANA, partidarios de la soberanía del pueblo y de una constitución inspirada en la francesa<sup>392</sup>.

Las mismas corrientes políticas se dieron en Centroamérica, aunque encubiertas todavía en esa época. Los absolutistas eran representados por una buena parte de las autoridades metropolitanas, y por cierto número de criollos. Los constitucionalistas históricos forman sin duda la mayoría, como en la Península. Los revolucionarios, los futuros liberales, partidarios ocultos de la revolución Francesa, son como en España muy minoritarios, jóvenes pertenecientes en su mayor parte las elites intelectuales.

En estas circunstancias, las colonias en su mayoría se aprovecharon de las circunstancias para declarar sus ideas sobre el futuro Estado.

En este proceso ayudó, obviamente, la Constitución (algunos le llaman Estatutos) de Bayona, que aunque tuvo nula vigencia tanto en España como en América, supone el primer ordenamiento constitucional para el Imperio Español, inspirado fundamentalmente en el ordenamiento napoleónico como culminación del proceso revolucionario francés, que había posibilitado la asunción del poder económico y político de la burguesía gala. No obstante, el texto incorpora algunos aspectos tradicionales españoles, como la importancia de la religión católica.

La Constitución de Bayona trajo para la América Española dos consecuencias importantes:

- 1) La quiebra del monolítico imperio español, que se había conservado intacto en lo que al Nuevo Mundo se refiere prácticamente durante más de trescientos años, a pesar de la profunda crisis que arrastraba desde el siglo XVII.
- 2) Sentaba las bases de unas nuevas relaciones entre los territorios americanos y la península. Así mediante el artículo 87 del texto, se reconocían los mismos derechos para los habitantes de España y las provincias ame-

---

<sup>392</sup> NUÑEZ RIVERO, C.: *Teoría del Estado y sistemas políticos*. UNED. 1996. Pág. 199.

ricanas, y en los artículos 88 y 89 se reconocían la libertad de comercio e industria dentro del imperio español. Por otra parte, se suprimían para las Indias las aduanas interiores de provincia a provincia (art. 116), trasladándose las mismas fronteras de tierra y mar. Se establecía igualmente mediante el artículo 96, un solo código de leyes civiles y criminales para España y los territorios americanos<sup>393</sup>.

A la Constitución de Bayona le siguió la de Cádiz, cuyo merito principal radica esencialmente en haber roto la organización del “antiguo régimen”, en España. Desde el punto de vista social, la Constitución de Cádiz rompe la organización estamental, permitiendo el surgimiento de una nueva burguesía integrada por terratenientes, comerciantes, industriales incipientes y una amplia clase media ilustrada. En lo económico, adopta la teoría fisiocrática, y en el artículo 131 se establece entre las facultades de las Cortes la de “promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan” (apartado 21). Al final del texto de la Constitución, el artículo 345 establece también el importante principio de la eliminación de todas las fronteras interiores: “no habrá aduanas sino en los puertos de mar y en las fronteras”<sup>394</sup>. La inspiración central de la ideología liberal se encuentra en el artículo 4, que establece que “la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derecho legítimos de todos los individuos que la componen”.

Desde el punto de vista político, logra la sustitución de la vieja monarquía basada en el derecho divino de los reyes y se constituye en la primera Constitución de España. Además aparece como aporte político del documento: el constitucionalismo, la representación nacional basada en la igualdad de los ciudadanos, la soberanía nacional y la división de poderes<sup>395</sup>.

<sup>393</sup> MUÑOZ MACHADO señala que “todas las medidas de ordenación económica están concentradas en los decretos anteriores, coetáneos y posteriores a la Constitución. En particular, sobre la libertad de comercio e industria los Decretos de 8 de junio de 1813 consagran explícitamente la libertad de trabajo, permitiendo crear fábricas y ejercer oficios sin necesidad de permiso alguno, así como la libertad de comercio y de circulación de mercancías y la de vender sus frutos al precio que libremente se establezcan. *Servicio público y mercado...* Pág. 60. ARTOLA ha valorado esta norma, considerándola casi tan importante como la propia Constitución. *Antiguo Régimen y Revolución liberal*. Barcelona. Ariel. 1978. Pág. 120.

<sup>394</sup> Un análisis mayor de la Constitución de Cádiz, lo puede encontrar en COMELLAS, J. L.: “*Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812*”. Revista de Estudios Políticos. núm., 126. Pág. 75; GARCIA LAGUARDIA.: *Orígenes de la democracia constitucional en Centroamérica*. EDUCA. San José, Costa Rica. Segunda Edición. 1976. Págs. 131-172.

<sup>395</sup> ESCOBAR FORNOS, I.: *El constitucionalismo nicaraguense*. Tomo I. Editorial Hispamer. Managua. Nicaragua. 2000. Págs. 93-118.

La idea del constitucionalismo se puede reducir, por una parte, a la limitación de poder absoluto de los gobernantes, a través de instituciones sólidas, y la legitimación del poder a través de la aprobación de los gobernantes y su participación en el mismo. Esta limitación al poder se logrará por el acuerdo logrado sobre ciertas reglas fijas, y relativamente inmutable, que regularían el proceso político, logrando su objetivo cuando el ejercicio del poder esté debidamente distribuido. Es pues, el constitucionalismo, la primera y posiblemente la más importante decisión política atribuida a la Constitución de Cádiz.

Además, en la Constitución de Cádiz se introdujo la representación política nacional, sustituyendo el pilar del “antiguo régimen”, constituido por la representación estamental. En el artículo 100 de dicha Constitución, se recoge la nueva teoría política: “les otorgan (a los diputados) poderes amplios a todos juntos, y a cada uno de por sí para cumplir y desempeñar las augustas funciones de su encargo, y para que con los demás diputados a Cortes, como representantes de la Nación Española...”. Ya los diputados, no representaban a las circunscripciones por las cuales fueron electos, sino representaban abstractamente a la Nación, ese nuevo cuerpo político que significaba la unidad del país, es la base sociológica del régimen<sup>396</sup>.

Mediante el artículo 10 del texto, al referirse al territorio de los españoles no se establece diferencia en cuanto a importancia a los territorios europeos y americanos, aspecto éste que ya había sido ampliamente discutido con anterioridad, incluso en tiempo de ARANDA y GODOY, tras la independencia de las colonias británicas de Norteamérica, y que puso de manifiesto en la convocatoria para formar la Junta Central que organizó la resistencia contra la invasión napoleónica. Así, en la Real Orden del 22 de enero de 1809 se decía “que los vastos y preciosos dominios que España posee en las Indias, no son propiamente colonias o factorías como las de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la Monarquía Española<sup>397</sup>”, por tanto, se dio representación en dicha Junta a los territorios americanos y con mayor motivo en la convocatoria a Cortes.

<sup>396</sup> GARCIA LAGUARDIA.: *Orígenes de la democracia...*Pág. 157.

<sup>397</sup> En el Discurso Preliminar a la Constitución de 1812, AGUSTIN DE ARGUELLES dice: “El Estado no menos que de soldados que le defiendan, necesita de ciudadanos que ilustren a la nación y promuevan su felicidad con todo género de luces y conocimientos. Así que uno de los primeros ciudadanos que deben ocupar los representantes de un pueblo grande y generoso es la educación pública. Ésta ha de ser general y uniforme...El poderoso influjo que ésta ha de tener en la felicidad futura y estatutos de enseñanza en general y todo lo que pertenezca a la creación y mejora de establecimientos científicos y artísticos”. Discurso Preliminar a la Constitución de 1812. Madrid. 1981. Cita tomada de: MUÑOZ MACHADO.: *Servicio público*. Pág. 64.

En ese mismo sentido, en el artículo 1 se manifestaba que la Nación española era la reunión de “todos los españoles de ambos hemisferios”. En cuanto a la representación que correspondía a América, por el artículo 28 se manifestaba que “la base para la representación nacional es la misma en ambos hemisferios”, primándose incluso por los artículos 32 y 33 a las provincias pequeñas, caso de la isla de Santo Domingo.

La importancia de la educación se puede apreciar en diversos artículos de la Constitución. Así, el artículo 366<sup>398</sup>, en el que dice: “En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñara a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la Religión Católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles”<sup>399</sup>. En el artículo 368 se declara la uniformidad del plan de enseñanza en todo el Reino, obligando también a la explicación de la propia Constitución. El artículo 369 dispone la creación de una Dirección General de Estudios bajo la autoridad del Gobierno a la que se encomienda la inspección de la enseñanza pública. En el artículo 370 se confiere a las Cortes la ordenación de cuanto pertenezca a la instrucción pública. En combinación con estos preceptos, al artículo 371 reconoce a todos los españoles libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes.

El artículo 321 establecía que: “estará a cargo de los Ayuntamientos: 6. Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia bajo las reglas que se prescriban”<sup>400</sup>.

Las otras dos ideas importante, de la Constitución de Cádiz, con respecto a Hispanoamérica, lo constituye la idea de Soberanía y la División de poderes. En el artículo 3 de éste documento expresa: “La soberanía reside esencialmen-

<sup>398</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua*. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1958. Pág. 293.

<sup>399</sup> Sobre este artículo, TOMAS Y VALIENTE recoge la intervención de JOSE ALONSO Y LOPEZ, en la que dijo: “Señor, del mismo modo que se encarga a los Ayuntamientos el cuidado de los establecimientos de educación, de beneficencia y de comodidad, así debe encargárseles también directamente el cuidado de la humanidad paciente y desvalida, porque siendo el objeto de toda buena constitución política procurar la felicidad social del Estado no puede desentenderse el discreto legislador de las necesidad de recomendar los hombres a la beneficencia y protección de los hombres, mediante a que conociendo cuán triste es a veces su suerte...”. Cita recogida por MUÑOZ MACHADO.: *Servicio público...* Págs. 69 y 70.

<sup>400</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua*. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1958. Pág. 303.



te en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales. En los artículos 2 y 3 se establece que la soberanía pertenece a la nación y no puede ser patrimonio de ninguna familia o persona. Sobre el principio de soberanía se constituye el carácter democrático de la Constitución de Cádiz. De esta forma, el poder absoluto quedaba desterrado. Acompañan a la idea de Soberanía, la figura de la democracia representativa. Se adopta el mandato representativo. En el preámbulo se dice que las Cortes como representantes de la nación, ejercen el poder constituyente y el artículo 27 expresa que las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan a la nación.

En varios artículos de la Constitución de Cádiz podemos encontrar la división de los órganos constitucionales: en los artículos 15, 16, 17 hace repartición de poderes: La potestad de hacer leyes reside en las Cortes con el Rey; la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey; y la potestad de aplicar las leyes civiles y criminales en los tribunales. Estos tres órganos son poderes constituidos, pues la soberanía y el poder constituyente pertenecen a la nación.

El discurso Preliminar expresa: “Para darle toda claridad y exactitud que requiere la ley fundamental de un Estado, ha dividido la Constitución en tres partes, que corresponde: Primera la que corresponde a la nación como soberana e independiente, bajo cuyo principio se reserva la autoridad legislativa. Segunda: La potestad ejecutiva en toda su extensión. Tercera: La autoridad judicial delegada a los jueces y tribunales...”

Es en esta Constitución donde se habla por primera vez, y en sentido actual, de “obras u otros objetos de utilidad común” (art. 322), identificando el servicio público con las ramas del servicio de la Administración” (artículo, 341).

El Título VI de la referida Constitución esta dedicado a la regulación del “Gobierno Interior de las Provincias y de los Pueblos”. El primer capítulo de este título habla de los “Ayuntamientos”, que de acuerdo al artículo 321, estaban a cargo de la policía de salubridad y comodidad; auxiliar al alcalde en todo lo que pertenezca a la seguridad de las personas y bienes de los vecinos, y a la conservación del orden público; cuidar de todas las escuelas de primeras letras, y de los demás establecimiento de educación que se paguen de los fondos del común: cuidar los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban; cuidar de la construcción y reparación de caminos, calzadas, puentes y cárceles, de los montes y plantíos del común, y de todas las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato; y, finalmente, en lo que concierne a los servicios públicos, las de promover la agricultura, la industria y el comercio, según la localidad y circunstancia de los pueblos, y cuanto les sea útil y beneficioso.

La Constitución de Cádiz, supuso para América, el fin del “Antiguo Régimen, y la muerte definitiva de la Monarquía Absoluta y la sociedad estamental, que ya nunca volvería a reproducirse en el Continente.

## 6. La independencia y la idea de soberanía popular en la Constitución Federal de 1824

En Centroamérica, el movimiento independentista se puede dividir en dos etapas: Una que se inicia con los acontecimientos desencadenados en Europa con la invasión napoleónica en España, que ya hemos visto; y la otra que comienza a mediados de 1820, con el restablecimiento, el 7 de marzo, de la Constitución de 1812, suspendida en 1814, que creó una nueva situación política en Centroamérica. Se restableció la libertad política, la libertad de prensa, y se reanudaron los procesos electorales.

En los acontecimientos políticos de los años 1820-21, que culminaron con la proclamación de la Independencia política de Centroamérica, tuvieron especial influencia dos hechos externos: el movimiento encabezado por RIEGO en España y la proclamación del Plan de Iguala por ITURBIDE en México.

La independencia nacional se juró el 15 de septiembre de 1821, y, como prometiera AYCINENA, no se hizo cambio alguno. Tanto en las provincias como en la capital, siguieron gobernando las antiguas autoridades coloniales. GABINO GAINZA, el antiguo Capitán General, quedó al mando del nuevo gobierno. Lo único nuevo fue la formación de una Junta Provincial Consultiva.

En el acta de la Independencia, en el inciso 10, queda reflejada nítidamente el triunfo de la oligarquía: “Qué la religión católica que hemos profesado en los siglos anteriores y profesaremos en los siglos sucesivos, se conserve pura e inalterable, manteniendo vivo el espíritu de religiosidad que ha distinguido siempre a Guatemala, respetando a los ministros eclesiásticos seculares y regulares y protegiéndoles en sus personas y propiedades”<sup>401</sup>.

---

<sup>401</sup> CHAMORRO ZELAYA, escribe: “Once meses antes de su promulgación, el poder Ejecutivo Provisional había publicado las bases de la Constitución Federal, la cual - según él presagiaba-...la creación de nuevo orden social, los más análogos a las luces y los deseos y disposición actual de las provincias unidas de Centroamérica. *Historia de la Federación de la América Central*. (1823-1840). Madrid. Ediciones Cultura Hispánica. 1951. Pág. 67. La Asamblea Nacional Constituyente, emitió 137 Decretos, 1186 Ordenes y más de 748 Actas. ALVAREZ LEJARZA.: Las Constituciones...Pág. 80 y 81.

El 24 de junio de 1823 se instauró la Asamblea Nacional Constituyente, en la ciudad de Guatemala<sup>402</sup>. Una de las primeras medidas de los diputados fue declarar la anexión a México como “hecho violento y tiránico”, siendo ésta anulada de hecho y de derecho. El 1 de julio de 1823 fue proclamada la independencia general y absoluta de España y de México, y se escogió el nombre de Provincias Unidas del Centro de América<sup>403</sup>. La Asamblea Nacional constituyente asumió dos tareas distintas: Primero, la función de gobernar Centro América, y segundo, la elaboración de una Constitución para la república de los Estados Centroamericanos. Las dos tareas eran difíciles. Ninguna de las cinco provincias había organizado su gobierno y pasarían por lo menos tres años hasta que promulgaran sus respectivas constituciones<sup>404</sup>.

Una de las obras más grandes que realizó dicha Asamblea fue emitir el decreto que abolía la esclavitud, el 24 de abril de 1824. La moción fue presentada primeramente por el doctor MARIANO GALVEZ y JOSE FRANCISCO BARRUNDIA, y más tarde por el presbítero JOSE SIMEON CAÑAS. A Centro América le cabe el orgullo de haber decretado la abolición de la esclavitud mucho antes que Francia, Estados Unidos, Inglaterra y Brasil, sin que para ello fuese necesario el derramamiento de sangre.

Además de esta medida excepcional, la Asamblea Nacional Constituyente logró entre otras cosas, de forma unánime, abolir los privilegios hereditarios; y por medio del decreto del 23 de julio suprimió los títulos y dignidades, declarando así abolida los tratamientos de Majestad, Alteza, Señoría y Don; asimismo, garantizar una ilimitada libertad de expresión, dictar leyes para fomentar la inmigración, organizar el sistema de tarifas, preparar el proyecto para hacer el canal de Nicaragua; a través de varios decretos, se trató de mejorar el comercio interno, con ese objetivo se abolieron los estancos y demás trabas que ha-

---

<sup>402</sup> En el Decreto de independencia de la Asamblea Constituyente de 1 de julio de 1823, se lee: I. Que las expresadas provincias, representadas en esta Asamblea, son libres e independientes de la antigua España, de México y de cualquier otra potencia, así del antiguo como del nuevo mundo, y que no son ni deben ser el patrimonio de persona ni de familia alguna. 2. Que en consecuencia, son y forman nación soberana, con derecho y aptitud de ejercer y celebrar cuantos actos, contratos y funciones ejercen y celebraren los otros pueblos libres de la tierra. 3. Que las provincias sobredichas, representadas en esta Asamblea (y las demás que espontáneamente se agreguen de las que componían el antiguo reino de Guatemala), se llamarán por ahora, y sin perjuicio de lo que se resuelva en la Constitución que ha de formarse, “Provincias Unidas del Centro de América”. ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua*. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1958. Pág. 317.

<sup>403</sup> ESGUEVA, A.: *Conflicto y paz en la historia de Nicaragua*. Taller de historia. Núm. 7. IHCA. Managua. Nicaragua. 1977.

<sup>404</sup> ESCOBAR FORNOS, I.: *El constitucionalismo nicaraguense...* Pág. 125.

bía creado el sistema colonial para entorpecer el comercio entre las provincias. Con la misma intención se introdujo un sistema de pesos y medidas igual para todos los Estados de la Federación, y se dieron los primeros pasos para mejorar el sistema vial del país<sup>405</sup>.

El 22 de noviembre de 1824 se aprobó la Constitución de la República Federal de Centroamérica<sup>406</sup> - calco imperfecto de la Constitución de los Estados Unidos<sup>407</sup> - en su preámbulo se escribió lo siguiente: “En el nombre del Ser Supremo, autor de las sociedades y legisladores del universo, congregados en Asamblea Nacional constituyente, nosotros los representantes de Centro América, cumpliendo con sus deseos, y en uso de sus soberanos derechos, decretamos la siguiente Constitución para promover su felicidad; sostenerla en el mayor goce posible de sus facultades; afianzar los derechos del hombre y del ciudadano sobre los principios inalterables de libertad, igualdad, seguridad y propiedad; establecer el orden público y formar una perfecta federación”<sup>408</sup>.

---

<sup>405</sup> Las influencias ideológicas que recibieron los protagonistas de la Independencia centroamericana no fueron solamente la de los enciclopedistas franceses, sino que se pueden reconocer diferentes impactos, entre ellos tenemos: El “Constitucionalismo” inglés, el “anticlericalismo” francés, así como los del propio liberalismo” español representado por las Cortes de Cádiz y por la República del Riego. GARCIA BOSCH, C.: *Las ideologías europeístas*

<sup>406</sup> El doctor Pedro Molina, uno de los principales autores de la independencia centroamericana, formuló conceptos substanciales que reflejan las ideas jeffersonianas, éstas fueron:

- 1) “El Supremo Hacedor creó a los hombres iguales, no dio derecho a unos para oprimir a los otros”.
- 2) “La libertad política es absoluta y no admite más ni menos”.
- 3) “Ningún hombre es igual a otro hombre libre, si no es dueño de sus acciones”.
- 4) “Todos los hombres nacimos iguales y todos debemos tener iguales derecho y cargas en la sociedad”.
- 5) “Yo nací libre, luego debo gobernarme a mí mismo, luego debo darme las leyes para gobernar, luego soy soberano de mí mismo”. VALLE, R. H.: *Historia de las ideas Contemporáneas en Centroamérica*. Fondo de Cultura Económica. México. Primera edición. 1960. Pág. 265.

RIVERO YSERN señala sobre este particular, que “el afán de reproducir modelos ha sido una constante en la experiencia política (no digamos económica latinoamericana). Basta con echar un vistazo a muchas Constituciones latinoamericanas, en las que encontramos reproducidos términos y conceptos foráneos, que parecen ser invocados a veces como bálsamos de todos los problemas de la historia por momentos dramática, de las repúblicas de este continente. Gran parte de las instituciones existentes en América Latina sino reproducciones, a imagen y semejanza, de otras existentes en Europa y los Estados Unidos. “Descentralización en Colombia: aportaciones desde la experiencia del Estado de las Autonomías español”. *El Estado de derecho latinoamericano...*Pág. 93

<sup>407</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...*Pág. 331.

<sup>408</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...*Pág. 332. En la Constitución de Cádiz, en el artículo 12, se establecía: “La religión de la nación española es y será perpetuamente la Católica, Apostólica, Romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias.

Sin embargo, al lado de estas ideas ilustradas, podemos encontrar otras propias de la tradición colonial centroamericana, como la preservación constitucional de la religión católica, consagrada en el artículo 11, en donde se establece: “Su religión es la Católica Apostólica Romana, con exclusión del ejercicio de cualquiera otra”<sup>409</sup>.

Esta circunstancia se debió a la situación de los criollos en las postrimerías de la Colonia y el papel preponderante de la Iglesia católica en la difusión de las ideas ilustradas; y principalmente su participación en el proceso de independencia<sup>410</sup>. Estos hechos no solamente determinaron en buena medida el curso de los acontecimientos, sino que impusieron un cierto “estilo mental” que no puede desconocerse, pero sobre todo, no se dio después de la independencia un proceso de desamortización como el ocurrido en Francia y más tarde en España, y tampoco el nuevo Estado se hizo cargo de la Educación y de la asistencia social<sup>411</sup>, ya que la Constitución no cambió las relaciones del Estado con la Iglesia, y tampoco los privó de sus inmuebles y de la posibilidad de los sacerdotes de enseñar, como ocurrió en Francia con la revolución.

No obstante, en la Constitución Federal se establece las bases del liberalismo ilustrado. Se consigna en ella el principio de la separación de los poderes. La influencia de MOSTESQUIEU es determinante. El artículo 55 de dicha Constitución establece: “El poder legislativo de la Federación reside en un Congreso compuesto de representantes popularmente elegidos, en razón de uno por cada treinta mil habitantes”<sup>412</sup>. Y el artículo 89 dice: “Habrá un senado com-

---

<sup>409</sup> El sacerdote TOMÁS RUIZ, fundador la universidad de León en Nicaragua, Vice-Recto del Seminario de la misma ciudad, Juez de Capellanías y Obras Pías y Examinador Sinodal de la Diócesis de León; Bachiller en Filosofía, Licenciado y Doctor en Sagrados Cánones, divulgador de las ideas ilustradas, fue el principal conspirador de la Conjura de Belén en contra de la Corona Española, que fue delatada y reprimida, y, en consecuencia estuvo durante muchos años en una cárcel colonial. En Nicaragua, se le considera prócer de Nicaragua. ARELLANO, E. J.: *Historia básica de Nicaragua*. Vol. 2. Editorial CIRA. Managua, Nicaragua. 1997. Págs. 11 y 12; RODRIGUEZ, M.: *La Conspiración de Belén en nueva perspectiva*. Guatemala, Centro Editorial “JOSE PINEDA IBARRA”. 1965. Pág. 77; MARTINEZ PELAEZ, S.: *La patria del Criollo*...Pág. 328.

<sup>410</sup> Sobre la educación la Constitución Federal, en la sección segunda, “De las atribuciones del Congreso”, en su artículo 69, inciso 14 se lee: “Dirigir la educación, estableciendo los principios generales más conforme al sistema popular y al progreso de las artes útiles de las ciencias, y asegurar a los inventores por el tiempo que se considere justo el derecho exclusivo de sus descubrimientos”. En el Título XII, en la Sección Primera, “Del poder Legislativo”, en el artículo 177, inciso 4, se establece: Erigir los establecimientos, corporaciones o tribunales que se consideren convenientes para el mejor orden en justicia, economía, instrucción pública y en todos los ramos de la administración”. ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua*...Págs. 340 y 357.

<sup>411</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua*...Pág. 338.

<sup>412</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua*...Pág. 345.

puesto de miembros elegidos popularmente en razón de dos por cada Estado; se renovará anualmente por tercios, pudiendo sus individuos ser reelectos una vez sin intervalos alguno<sup>413</sup>. Además de establecer las funciones del poder Ejecutivo, de la Corte Suprema, y del poder legislativo; la Constitución Federal acepta el principio de la Soberanía popular<sup>414</sup>. Esta aceptación significa admitir por entero la visión liberal. La declaración de esta fe liberal se formula, en el preámbulo a la Constitución: "...decretamos la siguiente Constitución para promover su felicidad, sostenerle en el mayor goce posible de sus facultades, afianzar los derechos del hombre y del ciudadano sobre los principios inalterables de libertad, igualdad, seguridad y propiedad; establecer el orden publico, y formar una perfecta Federación"<sup>415</sup>.

Al parecer, las Constituciones francesas de 1793 y de 1795, tuvieron influencia en la Constitución Federal, ya que los constituyentes seleccionaron numerosos conceptos y preceptos vertidos en el preámbulo de la Constitución. Así, por ejemplo, al declarar que el fin de la sociedad es la felicidad común; que el gobierno es instituido para garantizar al hombre el goce de los derechos naturales e imprescriptibles y que estos derechos son la igualdad, libertad, seguridad y propiedad.

La Constitución de 1793 tuvo como fuente inmediata de inspiración el pensamiento rousseauiano, por lo que fue un puente tendido entre el autor del Contrato Social y la generación de la independencia<sup>416</sup>. Sin embargo, a diferen-

<sup>413</sup> Para un estudio completo de la idea de soberanía, véase, DE LA CUEVA, M.: *La Idea del Estado*. UNAN. México. 1975.

<sup>414</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...* Pág. 331.

<sup>415</sup> MADRID HURTADO, M.: *La soberanía popular en el constitucionalismo mexicano y las ideas de ROUSSEAU*. México. 1962. Pág. 342.

<sup>416</sup> De la Constitución Española de Cádiz no se tomó gran cosa, aunque con frecuencia se afirme lo contrario. El parecido entre ambas se debe a que las dos abrevaron en las mismas fuentes, y a las coincidencias de circunstancias, de la que se hizo, por ejemplo, el común reconocimiento de la unidad religiosa. Otro de los prestamos específicos, que la Constitución Federal toma de la española, es el sistema electoral, a la vez tomado de la francesa de 1791, pero modificándolo por el añadido de un grado el procedimiento indirecto de dos grados establecidos por esta última carta. El proceso electoral consignado en la Constitución era muy complicado y su ejecución, requería un largo proceso. La elección era indirecta y se verificaba por varias escalas en diversos tiempos. Así, el último domingo de octubre en la época electoral, se reunían los ciudadanos que tenían derecho del voto, con el nombre de Juntas Populares, y elegían a los "electores primarios", quienes formaban las llamadas juntas de distrito, quienes, a su vez, nombraban las Juntas de Departamento; el primer domingo de diciembre se reunían las Juntas de Departamentos o/y elegían a los Diputados y Suplentes del Congreso, al Presidente y Vice-Presidente de la República, a los miembros de la Suprema Corte de Justicia y a los senadores de Estado. El Senado no era parte del poder legislativo, ya que participaba de esto y del poder Ejecutivo. ESGUEVA, A.: *Las leyes electorales en la historia de Nicaragua*. Tomo I. Editorial El Amanecer. Managua, Nicaragua. 1995

cia de la Constitución de Apatzingán, en donde se estableció un “ejecutivo colegiado”, al estilo de la Constitución francesa de 1795, la Constitución Federal estableció un presidente nombrado por el pueblo<sup>417</sup>.

Lo que parece indiscutible es que los hombres que redactaron la constitución Federal estaban en contacto con las nuevas corrientes del pensamiento. Y las tesis del ginebrino se dejan oír en el preámbulo a la Constitución Federal, al determinar que ésta promueve la felicidad. También son de claro origen rousseuniano, la afirmación de que el sometimiento del ciudadano a la ley, aún no aprobándola, significa un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general: así como la tesis de la plena igualdad formal, recogida en el artículo 153: “Todos los ciudadanos y habitantes de la Republica sin distinción alguna están sometidos al mismo orden de procedimiento y de juicios que determinen las leyes”<sup>418</sup>.

Sin embargo, hay que resaltar que el resultado final de este proceso constitucional fue la separación entre el ámbito público representado de manera exclusiva por el Estado, y el ámbito privado, del mercado incipiente centroamericano.

---

<sup>417</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...* Pág. 353.

<sup>418</sup> En el artículo 2 de la Constitución se establece: “Es esencial al soberano y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad”. En el artículo 175, inciso 4, se lee: “Tomar la propiedad de ninguna persona ni turbarle en el libre uso de sus bienes, si no es en favor del público cuando lo exija una grave urgencia legalmente comprobada y garantizándose previamente la justa indemnización”. ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...* Págs. 332 y 356. En el nuevo orden creado por la revolución francesa, la propiedad y la libertad de comercio e industria, ocupa el primer lugar. En la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1791 se muestra que la Revolución hace de la propiedad uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, El artículo segundo menciona a la propiedad entre esos derechos. Y el famoso artículo 17 sacraliza la propiedad de un modo más explícito: “la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización”. En la Declaración de Derecho 1793, se añadirán matices al derecho de propiedad. El artículo 16 dice: “El derecho de propiedad es el que pertenece a todo ciudadano de disfrutar y disponer a su conveniencia de sus bienes, de sus ingresos, del fruto de su trabajo y de su industria”. MUÑOZ MACHADO comenta que “la propiedad no se preserva de un modo absoluto como había querido los revolucionarios del 89. Se pone ahora el acento en la propiedad que procede de las obras, del trabajo”. *Servicio público...* Pág. 46. Al parecer, los Constituyentes centroamericanos tomaron su inspiración para redactar este artículo en la Declaración de Derechos del Hombre y no en la Declaración de derechos de 1793. Véase también, PEREZ ESTRADA: “Breve historia de la tenencia de la tierra en Nicaragua”. Págs. 15-22

Este nuevo orden de cosas queda garantizado por una Constitución fundada en los principios de legalidad y de división de poderes; en el respecto de la propiedad<sup>419</sup>, en la libertad de comercio e industria<sup>420</sup>, y finalmente el mantenimiento del orden público y los derechos privados a través del ejército y la policía<sup>421</sup>; sistema, por ende, que respondía al ideario ilustrado y liberal. El correo, queda a cargo del Congreso de la República<sup>422</sup>; y desde luego, al ser una copia casi total de la Constitución estadounidense, no existía un capítulo sobre los municipios.

Sin embargo, en este primer liberalismo centroamericano se restringía el derecho de sufragio por motivos económicos y de educación. Las funciones que asume el Estado en este modelo, al ser una copia del norteamericano -con algunas mínimas variantes-se reducía a la defensa nacional, el orden y la seguridad pública, la administración de la Justicia y, en general, la formulación de aquellas reglas jurídicas mínimas que hacen posible el libre juego de los actores económicos en el mercado. La tarea de esta Administración está orientada hacia la fuerza pública (ejército, policía) lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado como garante de los derechos privados y de la preservación de la libertad.

Similares términos e idénticos conceptos encontramos en la Constitución Política del Estado de Nicaragua de 1826, que en su parte introductoria establece: "...Para dar la ley fundamental, que asegure la felicidad y prosperidad

---

<sup>419</sup> En el artículo 175, inciso 7, se establece: "Conceder por tiempo ilimitado privilegios exclusivos a compañías de comercio o corporaciones industriales". Y en la Sección Segunda, "De los ciudadanos", en el artículo 15, inciso 2, se lee: "Por cualquier invención útil y por el ejercicio de alguna ciencia, arte u oficio no establecidos aún en el país, o mejora notable de una industria conocida". ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...* Págs. 333 y 356

<sup>420</sup> En el artículo 182 de la Constitución se establece que está a cargo del Poder Ejecutivo: 1. "Ejecutar la ley y cuidar el orden público; 3. Disponer de la fuerza armada del Estado y usar de ella para la defensa". ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...* Pág. 358.

<sup>421</sup> Artículo 69 de la Constitución: "Corresponde al Congreso", inciso 22, "Abrir los grandes caminos y canales de comunicación y establecer y dirigir postas y correos generales de la República". ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...* Págs. 340 y 341.

<sup>422</sup> VELAZQUEZ PEREIRA señala que "más tarde, la asamblea ordinaria del Estado de Nicaragua, en 1832, hizo énfasis en proteger el derecho de las comunidades sobre sus tierras y ejidos, estableciendo en el artículo I. "Es deber del Estado el promover la industria comunal rural". Posteriormente, la constitución de 1838 hizo pequeñas modificaciones al derecho de propiedad, trazando el marco jurídico para que dentro de él se regulara la distribución de terrenos ejidales. Sin embargo, estas disposiciones no tuvieron ningún efecto por la importancia nula que el ejido tenía en la economía nacional". *La formación del Estado en Nicaragua*. Banco Central de Nicaragua. Managua, Nicaragua. 1992. Pág. 31.



del Estado, que consiste en el perfecto goce de los derechos del hombre y del ciudadano, que son: la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad”. Sin embargo, en su artículo 36 se garantizaba la propiedad de las tierras comunales y la posesión de colonos y ejidatarios<sup>423</sup>.

No obstante, en esta Constitución Estatal, existen tres artículos, el 149, 150 y 151 que regulaban el gobierno interior de los Departamentos (en el art. 3 se adopta la Departamentalización del territorio de claro origen francés) y sus pueblos.

En el preámbulo de la Constitución del 12 de noviembre 1838 (Primera Constitución de Nicaragua como Estado Libre, Soberano e Independiente, una vez fracasada la Federación), se eliminan los conceptos de libertad, seguridad e igualdad y solamente se hace mención a una mejor felicidad y prosperidad”.

El 11 de mayo de 1835 se dicta el primer reglamento para el gobierno interior de los departamentos. En este reglamento se establece que los municipios estarán a cargo de la construcción y composición de calles y caminos (art. 39), creación de rastro público (art. 40), prevención de enfermedades y epidemias (art. 43), cuidado y limpieza de las fuentes y lavaderos públicos (art. 45), construcción y conservación de caminos rurales y ornato (art. 46), cuidado y mejora de todas escuelas de primeras letras y demás establecimientos de educación (art. 50) y seguridad pública y orden público (art. 52). Las competencias de los municipios en materia de servicios, no diferían esencialmente de las contempladas en la Constitución de Cádiz de 1812. Esta ley estará en vigencia 63 años, es decir, hasta 1893.

Como consecuencia de este proceso, se instaura una Constitución inspirada en el modelo liberal norteamericano, en donde el poder se estructura a partir del mercado, y éste a la vez posibilita y articula política y socialmente las distintas estrategias de acumulación capitalista; pero por otro lado, existía una ley municipal que seguía esencialmente el modelo español.

Esta superposición de estructuras evidenciaba una débil legitimidad de las instituciones liberales, la vulnerabilidad económica, la tendencia a la concentración de la riqueza por una parte; y el aumento de la pobreza y la marginalidad por otra.

---

<sup>423</sup> Algunos autores le llaman estado de anarquía, otros de desorden público. En la búsqueda del orden y la república conservadora ARTURO CRUZ dice: “En el siglo de la independencia Nicaragua cayó en un estado de desorden público, al igual que el resto de la América española”. En *Nicaragua: Surgimiento del Estado-Nación, 1798-1858* de E. BRADFORD BURNS.

Después de la independencia de España, y una vez promulgada la Constitución Federal, Centroamérica cayó en un estado de anarquía política y social<sup>424</sup>. La anarquía fue tan grande en este período que resultaba imposible improvisar una nueva burocracia, especialmente atendiendo el gran número de analfabetos y al corto contingente de personas capacitadas para estos cargos, que en un corto tiempo fueron depuestos de la administración pública la cantidad de 318 personas<sup>425</sup>.

Como apuntamos, para organizar el nuevo Estado Centroamericano las élites asumieron la corriente ideológica de la ilustración europea, portadora de novedosos conceptos, como el del contrato social de Rousseau. De esta manera los seguidores de las ideas de la ilustración habían pensado resolver los problemas imitando la democracia europea y estadounidense. Las primeras constituciones post-independencia<sup>426</sup>, mostraban claramente un apego jurídico al modelo anglosajón.

Las Instituciones formadas durante este período se caracterizaron por su debilidad, así como por la ausencia de líderes capaces de centralizar el poder<sup>427</sup>.

Es decir, el proyecto liberal pretendió borrar de un plumazo, todo el pasado hispano, y como buen salvaje roussoniano empezar a partir de cero. No obstante, las ideas de Estado, Nación, libertad, además de ser conceptos ambiguos, eran ajenos a la vida política de la nación, porque no se adaptaban a la realidad.

Este complejo período histórico se caracterizó por el cuestionamiento y la negación de las creencias y tradiciones. La mayoría de la población (dividi-

<sup>424</sup> MARURRE, un historiador de la época, anotó en su “Bosquejo histórico de las revoluciones de Centroamérica”, publicado en 1877 en Guatemala, que entre los años de 1821 a 1842 se dieron 143 acciones bélicas, entre ellas golpes de Estado, motines, revueltas, guerras, lo que produjo 7.088 muertos y 1.735 heridos

<sup>425</sup> El 8 de Marzo de 1826 se publica la Constitución del Estado de Nicaragua, como estado miembro de la Federación Centroamericana. Fue una copia de la Constitución Federal, lo único que se le incluyó es la forma de administración del estado, la organización estatal.

<sup>426</sup> ALVAREZ MONTALVAN considera que por nuestra cultura, los nicaragüenses necesitamos caudillos capaces de cohesionar la sociedad. VÉASE, *Cultura política. El nicaragüense. 27 de Mayo de 1992*.

<sup>427</sup> En Centroamérica, según las palabras de la historiadora LOWELL GUDWDSUN, el liberalismo fue tan “irónico como trágico”. Entre las tragedias conocidas menciona el fusilamiento de Morazán hasta el fiasco de Walker. Entre las ironías del liberalismo está la tendencia al radicalismo social, el cambiar de bando aún dentro de sus propias afiliaciones partidarias, la incapacidad de los dirigentes de articular un programa creíble para construir la nacionalidad y una identidad nacional y, por último, el liberalismo esquivó todo planteamiento directo acerca de la “cuestión indígena”. “Sociedad y política (1646-1871)”. En: *Historia General de Centroamérica* (Ed. Héctor Pérez Brignoli) Tomo III, Madrid. 1993. Pág. 52

dos en indios y mestizos) no mostró interés durante estos años por el proyecto de construir un Estado-Nación según el modelo Europeo y estadounidense<sup>428</sup>. Los valores de estos grupos, que se alimentaban de la tradición colonial, entraban en contradicción con las elites que habían asimilado valores de la corriente ideológica de la ilustración europea. Aunque es notorio, como demuestran recientes estudios, que en esta actitud contestataria de sectores populares en algunos casos dirigidos por miembros de las capas medias, se asimilaban valores y conceptos del liberalismo doctrinario, para oponerlos a la interpretación que del mismo hacían las elites. Cabe citar como ejemplo que los derechos del hombre eran vistos por las mayorías populares como los derechos de las comunidades indígenas a seguir existiendo y ser respetados. De igual modo, otros conceptos como “libertad” e “igualdad” era argumentada para discutir y pugnar por la preservación de sus tradiciones<sup>429</sup>.

Si sumamos a estos hechos, la falta de un mercado interno<sup>430</sup>, el carácter monoexportador de la economía, la existencia de múltiples centros de poder local, el entrecruzamiento de la Iglesia y el Estado en la administración Esta-

<sup>428</sup> Véase, CASANOVA, R.: *La utopía de los vencidos*. (trabajo inédito). I.H.N. 1994, Págs. 20-30.

<sup>429</sup> Señala LANUZA que en 1871 todos los caminos eran muleros, exceptuando el que unía a la ciudades de Chinandega a Granada y los cercanos a algunos pueblos, que eran carreteros. “La formación del Estado nacional en Nicaragua: Las bases económicas comerciales y financieras entre 1821 y 1873”. En: *Economía y sociedad en la construcción del Estado en Nicaragua*. ICAP. San José, Costa Rica. 1983. Pág. 25.

<sup>430</sup> LEVY apunta que “el sistema de administración es de una simplicidad bíblica...la mayor parte de los funcionarios mal retribuidos y muchas veces pagados con irregularidad. No hay ninguna clase de corte ni gastos de representación...”. “Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua”. En: *Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano*. Número. 59-63. Managua, Nicaragua. Editorial Artes Gráficas. 1965. Pág.157. VELAZQUEZ PEREIRA considera que en “general, el aparato del Estado se presentó atrofiado, débil poco desarrollado, con una burocracia escasa y un sistema administrativo reducido al mínimo”. Los órganos que constituían el Estado eran los Supremo Poderes, Relaciones Exteriores, Departamento de Gobernación, de Guerra y de Hacienda. Asimismo, considera que “el Estado desempeñaba funciones básicas en la organización de la economía agro exportadora y de consumo local, por medio de las siguientes actividades: 1. Construyendo el andamiaje jurídico e institucional necesario para efectuar, en primer lugar la expropiación de las tierras comunales y la apropiación de las nacionales; en segundo lugar, promulgando y administrando la legislación requerida para crear un mercado de trabajo mediante la aplicación legal de coacciones extraeconómica diversas. Todas estas medidas estaban encaminadas de por sí a generar el contingente apropiado de fuerza de trabajo. 2. Garantizando el contenido concreto del Pacto en lo referente a la repartición de los ingresos de aduanas, la suspensión del monopolio comercial y los subsidios a la producción. En general, podemos decir que el Estado creaba, a nivel local, las condiciones básicas e indispensables para la reproducción y consolidación de la clase dominante, y de la oligarquía de los plantadores en especial. *La formación del Estado*. Págs. 77, 78 y 79. También véase: OSCAR ISIDRO DELGADILLO CHAVEZ.: *Historia económica de Nicaragua. 1850-1859*. Págs. 41- 54.

tal; así como, la carencia de un aparato estatal que tuviera poder y consenso para hacer efectivas las leyes, podemos fácilmente llegar a la conclusión que el esfuerzo liberal de organizar la vida política e institucional en la región centroamericana conforme patrones institucionales y económicos distintos a los heredados por la colonia fue un fracaso.

Todo ello hacia, como el lector ya había sin duda deducido, imposible el establecimiento y articulación de un sistema de servicios públicos, similar al que existía en ese momento en España y el resto de Europa.

Se comienza a vislumbrar aquí una constante que, desgraciadamente, se va a repetir de forma pertinazmente trágica a lo largo de todo este estudio. El continuo fracaso de los intentos de convertir Nicaragua en un país avanzado, con nivel de desarrollo cuando menos similar a los del mundo más desarrollado, va a venir acompañado del fracaso en la constitución de un sistema de servicios públicos.

El servicio público, como instrumento esencial para la satisfacción por parte del Estado de los intereses públicos, presentes en las relaciones sociales y económicas, no puede encontrar desarrollo en un Estado débil e incapaz de llevar las riendas de la sociedad.

Los condicionantes históricos presentes en el surgimiento del Estado nicaragüense muestran ya la incapacidad para imprimir un sentido a la evolución social y económica. Presentándose más bien como una confusa aglutinación de ideas, muchas veces de signo contradictorio, inmersas en una continua lucha, por la que se escapan los intereses de Nicaragua y de sus ciudadanos.

Los servicios públicos se desarrollan, obviamente, no podía ser de otra forma, aunque sea de forma muy imperfecta y con un notable retraso. Pero lo hacen al margen de toda construcción teórica. No hay una base jurídica, ni política, ni siquiera económica, que imprima una correcta dirección a este proceso.

Inmersa en sus luchas políticas, nunca cerradas, Nicaragua ha sido incapaz de resolver sus problemas administrativos. Esto puede resultar extraño al pensador europeo, acostumbrado a encontrar en las estructuras administrativas una base de continuidad para las fases de gran conflictividad política. Pero para que ello sea posible es necesaria la preexistencia de esas estructuras administrativas, y la débil infraestructura pública que surge de la imposible fusión de la herencia colonial y de las reformas independentistas, no eran base suficiente para cumplir esa función.

Nicaragua nace como Estado con una gran carencia administrativa. Dar salida a sus deficiencias y articular un sistema adecuado de servicios públicos era, pues, un reto a lograr por el Estado de Nicaragua.

Podemos adelantar, sin embargo, que dicho objetivo nunca se logró, los servicios públicos crecen y se plasman en un contexto hostil, inadecuado para su fortalecimiento, y como fruto de impulsos singulares, al margen de cualquier base teórica que uniformase el proceso.

Perdida en una conflictividad política de inusual persistencia, no había tiempo ni impulso para la resolución adecuada de sus problemas administrativos.

## 7. Los servicios públicos durante el período conservador

Al período conocido como la “Anarquía”, y una vez fracasado el proyecto de la Federación Centroamérica, le siguió el llamado período conservador, que aspiraba a ser un gobierno fuerte y centralizado<sup>431</sup>. Sin embargo, los conservadores nicaragüenses no pretendían la vuelta del orden colonial, ni al dominio español. Estaban contra la colonia, pero también contra el dominio institucional que los liberales trataron de imponer por la fuerza.

La Constitución de 1858 reflejaba rotundamente estas ideas. Asimismo, fue la clara expresión del sistema conservador: el mantener un orden basado en la costumbre y en el status quo, en donde el concepto de ciudadano estuviera determinado por una alta concentración de capital y de propiedades<sup>432</sup>. En

<sup>431</sup> El artículo 8 de la Constitución de 1858 establecía: “Son ciudadanos: Los nicaragüenses mayores de veintiún años o de dieciocho que tengan algún grado científico o sean padres de familia, siendo de buena conducta y teniendo una propiedad que no baje de cien pesos o una industria o profesión que al año produzca lo equivalente”. LEVY apunta que en 1871 sólo participaba en el proceso político 640 personas (electores) sobre una población de 230, 000 habitantes. “Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua. En: Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano. Número. 59-63. Managua, Nicaragua. Editorial Artes Gráficas. 1965. Pág. 148. Señala IVA FERNANDEZ, que el tipo de unidad económica más importante en el sector rural -durante el período anterior a 1893- era la llamada “Hacienda Tradicional”, cuyas características o rasgos distintivos era: Ausencia de espíritu de empresa, baja inversión, tecnología rudimentaria, la producción -salvo algunas excepciones. Estaba orientada hacia el mercado interno, la mano de obra se ocupaba en poco número y generalmente se ubicaba en terrenos ejidales y baldíos de los alrededores de las haciendas, ausentismo del propietario quién solía dejar la administración en manos del mandador: siendo el ganado la principal actividad. Monografía. Nicaragua: Estructura económica-social y política del régimen de ZELAYA 1893-1909. Managua, Nicaragua. 1978. Págs. 3; SALOMON DELGADO.: “Unidad de producción más importante durante el período de los 30 años conservadores. Anuario de Estudios Centroamericanos. Núm. 1. Universidad de Costra Rica. Costa Rica. 1974.

<sup>432</sup> CUADRA PASOS señala que la clave del éxito de la Constitución de 1858 fue que “se estableció el método de no precipitarse en cambios bruscos y de afirmar el hoy en el ayer, pero con puerta abierta al progreso realizando con sistemas evolutivos, que avanza sin romper. Y para afirmar el sistema republicano, sobre la sinceridad de los personajes, ordenó una rigurosa alternabilidad en la Presidencia de la República, poder que la Constitución afirmaba en el mando, pero lo hacía rigurosamente transitorio en el tiempo, para librarlo de las tentaciones de la dictadura”. *Historia de medio siglo*. Editorial El pez y la serpiente. Managua, Nicaragua. Pág. 473.

esta Constitución, también se establecía que el mandato del presidente sería de cuatro años, prohibiendo la reelección<sup>433</sup>.

Los conservadores comprendían que el progreso solamente se podía lograr por medio de la introducción de las infraestructuras y los servicios públicos básicos, como el telégrafo<sup>434</sup>, el teléfono<sup>435</sup>, el correo<sup>436</sup>, el buque

<sup>433</sup> La comunicación telegráfica en Nicaragua se produce mediante decreto emitido por el Presidente PEDRO JOAQUIN CHAMORRO ZELAYA el 30 de marzo de 1875. La primera línea telegráfica fue encomendada a Don EMILIO BERNAD. Esta cubrió desde el puerto de San Juan del Sur hasta corinto, pasando por Rivas, Belén, Nandamime, Granada, Masaya, Nindirí, Managua, Materares, Nagarote, La Paz Centro, León, Posoltega, Chichigalpa y Chinandega, enlazaba cinco departamentos en lo que estaba concentrado el movimiento comercial y agrícola del país. En 1878 se instala la primera línea telegráfica entre Masaya y Jinotepe, la longitud total de esta era de 190 millas. LOPEZ DOMINGUEZ, YOLANDA URANIA.: Historia de las telecomunicaciones en Nicaragua 1950-1979. Monografía. Managua, Nicaragua, 1995. Pág. 9, 10 y 11. El 17 de marzo de 1878 por convenio entre Don Ramón Rosas (Honduras) y Don GILBERTO LARIOS (Nicaragua) acordaron llevar la línea telegráfica hasta Honduras, extensiva para Nicaragua, hasta el Salvador y Guatemala, y Honduras extensiva hasta Costa Rica. CHAMORRO BARRIOS, CRISTIANA.: Las primeras bases de infraestructura 1875-1936. Monografía. UCA. Managua, Nicaragua, 1972. Pág. 54.

<sup>434</sup> Bajo el gobierno de JOAQUIN ZAVALA, se inaugura en Nicaragua en el año de 1879 el teléfono. En 1882 se puso al servicio de la ciudadanía de San Juan del sur la primera oficina de Cable Submarino, que enlazaba con los Estados Unidos. El 14 de junio de 1886, se establecieron dos oficinas telefónicas de magneto entre Acoyapa y San Ubaldo con una línea de 15 millas. En mayo de 1887 quedó instalado un servicio telefónico con 12 oficinas entre Managua, Masaya y Granada con 33 millas de línea. En septiembre de 1888 continuará las instalaciones telefónicas entre Momotombo, La Paz Centro y León mediante el tendido de una línea de 24 millas con 4 oficinas al servicio del público. LOPEZ DOMINGUEZ.: Historia de las telecomunicaciones... Pág. 18 y 19. Para 1920 sólo Haití estaba más retrasado que Nicaragua en lo que se refiere al equipo técnico con que se contaba, como en el porcentaje de la población que usaba este servicio. CHAMORRO BARRIO.: Las primeras bases...Pág. 59. En 1931, Managua, fue destruida por un terremoto, y los tendidos telefónicos se cayeron debido a la intensidad del sismo y a lo rudimentarios de estos. A partir de 1941 se construyó el Palacio de Comunicaciones.

<sup>435</sup> FERNANDO V, rey católico de España, inauguró el servicio postal en América en 1514. Sin embargo, la ordenanza de los correos fue emitida el 27 de junio de 1862, bajo el gobierno del General TOMAS MARTINEZ. . Durante el período de gobierno de PEDRO JOAQUIN CHAMORRO ZELAYA (1879) el ramo de correos se preocupa por superar el modo de comunicación interna: establece las comunicaciones más frecuentemente entre los pueblos, mejora las correspondencia entre Granada y Corinto, la que se efectuaba en un máximo de dos días, se establece el correo diario entre Corinto, Chinandega y León y entre Managua y Granada. Las remisiones depositadas en determinada sucursal de un departamento eran entregadas a sus destinatarios el mismo día de su llegada. En abril de 1883 asume la dirección de las oficinas de telégrafos y correos JOSE PASOS, quien elabora el reglamento postal. LOPEZ DOMINGUEZ.: Historia de las telecomunicaciones...Pág. 16; GULLEN, ROSARIO y LOPEZ, MARIA LOURDES.: Diagnóstico sobre las telecomunicaciones en Nicaragua. Monografía. UNAN. Managua, Nicaragua, 1978. Capítulos I y II; Revista Telégrafos, Teléfonos y correos. Octubre-Noviembre, 1976. Año 1976. Núm. 122. Pág. 6.

<sup>436</sup> Para el año de 1858, el Estado de Nicaragua efectuó una reorganización que resultó de gran beneficio para la comunicación Lacustre; entre estas obra tenemos que se habilitaron puertos que ocupaban las cabeceras de las vías interoceánica. GOMEZ ACOSTA, MAR-

de vapor<sup>437</sup>, la locomotora y la educación pública<sup>438</sup>. A lo que se añadía la necesidad de atraer una inmigración trabajadora<sup>439</sup>.

Además de la anhelada inmigración, en el proyecto conservador se contemplaba el deseo de hacer a los “nicaragüenses” individuos distintos de lo que hasta entonces habían sido: El instrumento para el cambio sería la educación. El Presidente del Congreso General don FERNANDO GUZMAN dirá: “Si para todo pueblo que desea hacerse un lugar entre las naciones civilizadas, la instrucción de las masas es de suma trascendencia, para nosotros es cuestión de ser ó no ser. Fuera de que ella es la base de todo adelanto social, el lugar que ocupamos en nuestro Continente, que por su posición en el Globo y sus especiales condiciones topográficas está llamado á ser, en época no muy lejana, el punto á donde se dará cita una numerosa inmigración cosmopolita, nos obliga á elevar cuanto antes, por medio de la enseñanza, la condición social de nuestras masas, si no queremos exponerlas al destino inevitable de las razas incultas al contacto de las civilizadas”<sup>440</sup>.

Para lograr este objetivo se fundaron los institutos nacionales de León y Granada y los colegios de señoritas<sup>441</sup>. Asimismo, por decreto legislativo de 3 de

GARITA.: La comunicación Lacustre en Nicaragua. Monografía. Managua, Nicaragua, 1976. Pág. 60. Véase, así mismo, SALVATIERRA, SOFONIAS.: “La navegación a vapor en el Gran Lago.” *Prensa Literaria*. 8 de diciembre de 1974.

<sup>437</sup> En la Constitución de 1858, en el artículo 42, inciso 20 se establece: “Promover la educación pública con leyes análogas al progreso de la moral, de las ciencias y de las artes”. ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua*. Pág. 541.

<sup>438</sup> En el discurso pronunciado por JOAQUIN ZAVALA ante el congreso al tomar la posesión de la Presidencia de la república dirá:

“Hemos vivido largos año bajo el peso de dos grandes infortunios: La ignorancia i la miseria. Necesitamos luz i trabajo. Una y otra cosa hallaremos en el camino de sosiego i de cordura por donde parece que hemos emprendido la gran jornada de civilización y progreso. El cultivo de las relaciones exteriores es una condición indispensable para el bienestar de todos los pueblos de la tierra, mui particularmente para aquella que como el nuestro necesita imperiosamente una inmigración inteligente i laboriosa.” *La Gaceta*, 1 de marzo de 1879

Evaristo Carazo el 1º de marzo de 1887 en su discurso inaugural ante el Congreso repetirá la misma formula :

“Estoy íntimamente convencido, de que todos nuestros esfuerzos por sacar al país del estado rudimentario en que se encuentra, son pocos eficaces para acelerar su marcha progresiva, mientras no se llame en nuestro auxilio una benéfica corriente de inmigrantes, que nos traigan luz, inteligencia y trabajo”. *La Gaceta*, 5 de marzo de 1887.

<sup>439</sup> *La Gaceta*, 1 de marzo de 1879

<sup>440</sup> *La Gaceta*, 22 de marzo de 1861.

<sup>441</sup> *La Gaceta*, 25 de febrero de 1888. En ambas universidades se fundaron las Facultades de Medicina, Farmacia, Ciencias Naturales y Derecho. *La Gaceta*, 12 de mayo de 1888. En esta última se impartía entre otras materias el Derecho Patrio y el Derecho Canónico en el tercer año de la carrera. Esta última materia obedecía al Concordato firmado entre la Santa Sede

abril de 1879, se mandó establecer dos universidades públicas en las ciudades de León y Granada<sup>442</sup>.

La educación sería el instrumento para formar individuos con virtud y patriotismo. Para este fin había que capacitarlos en la fe, en el dogma cristiano y en los valores patrios, lo que traería como consecuencia la “luz de la razón i de las doctrinas morales por medio de la enseñanza propia i bien sistematizada”<sup>443</sup>, y la paz en la nación nicaragüense<sup>444</sup>.

Apostólica y la República de Nicaragua, en donde claramente se establecía en su artículo I.- La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la Religión en la República de Nicaragua, y se conservará siempre con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar según la ley de Dios y las disposiciones de los Sagrados Cánones.

Artículo II.- En consecuencia, la enseñanza en las Universidades, colegios, escuelas y demás establecimientos de instrucción, será conforme a la doctrina de la misma Religión Católica; al cual efecto los Obispos y Ordinarios locales, tendrán la dirección libre de las Cátedras de Teología de Derecho Canónico y de todos los ramos de enseñanza eclesiástica: y á mas de la influencia que ejercerá en virtud de su ministerio Sagrado en la educación religiosa de la juventud velarán por que en la enseñanza de cualquiera otro ramo nada haya contrariado á la Religión, ni á la Moral. En: CERRUTI, F.: *Los Jesuitas en Nicaragua en el siglo XIX*. Ed. Libro Libre. Serie Histórica. San José. 1984. Págs. 409-420.

VELAZQUEZ PEREIRA indica que la iglesia tenía influencia y poder sobre a) La posesión privada de los aparatos ideológicos, que a su vez eran fuentes de recursos económicos, como las escuelas, universidades, parroquias, etc. b) La administración de ciertos servicios públicos, tales como los registro del estado civil de las personas, cementerios, etc. c) La posesión de grandes propiedades que producían renta a través de la explotación de los campesinos. d) El cobro de diezmos y primicias, que gravitaban sobre la producción agrícola. e) La participación directa en los ingresos del Estado; la iglesia gozó durante este período de asignaciones directas del presupuesto nacional. Tal circunstancia consolidaba las relaciones de poder entre la clase dominante y la jerarquía eclesiástica. *La formación...* Págs. 80 y 81.

Otro elemento importante en la instrucción fue la historia patria, materia obligatoria en las escuelas de primarias y secundarias respectivamente. Miguel Ángel Herrera en su artículo *Nacionalismo e historiografía sobre la guerra de 56. Nicaragua, 1850-1889* explica este fenómeno de la siguiente manera: “En esta etapa, el incipiente estado nicaragüense promovió algunas formas institucionales, mediante las cuales lograron integrar socialmente a determinados sectores de la población: se establecieron las comunicaciones entre las localidades (caminos, ferrocarril, telégrafos, etc); y se realizaron esfuerzos por constituir una educación pública. El surgimiento de una historia nacional, en Nicaragua, también se encuentra asociado al desarrollo de ésta última (la educación pública) y a la necesidad de las elites dirigentes de proyectar lo legítimo que tenía su ejercicio en el poder” Miguel Ángel Herrera, *Nacionalismo e historiografía sobre la guerra de 56. Nicaragua, 1850-1889*. Pág. 1

<sup>442</sup> La Gaceta, 10 de octubre de 1874.

<sup>443</sup> En la mayoría de los discursos de los gobernantes conservadores se repetirá una y otra vez las aspiraciones de paz. Por ejemplo en el discurso del Presidente P. Joaquín Chamorro se lee: “El progreso depende, más que de la voluntad del mandatario, de las condiciones de paz en que se encuentra la nación, i de los elementos que á su sombra hayan podido acumular”. Gaceta, 1 de marzo de 1879.

En el discurso del Subsecretario del Ministerio de Gobernación, BRUNO H. BUITRAGO se lee: “La paz es el principal elemento para el adelanto de las naciones. Una palabra simboliza la prosperidad y la grandeza: La paz”. La Gaceta, 23 de octubre.

<sup>444</sup> La Gaceta, 23 de junio de 1860.



En la apertura del Liceo de San Agustín el Sr.SAMAYOA dirá:

“Pero brilló la divina antorcha del cristianismo, y á su luz creadora nació la fraternidad universal predicada como dogma, estableciendo la unidad moral del género humano los jóvenes pueden adquirir algunos sólidos conocimientos sin el riesgo de perder la moralidad, ó acostumbrarse por lo menos á la continua holganza”<sup>445</sup>.

La educación a partir de 1879 se volvió obligatoria. En el reglamento de Instrucción Primaria, Título Preliminar, se lee: Art.I- “La instrucción primaria es gratuita i obligatoria”<sup>446</sup>. La obligatoriedad estaba regida por la represión, ya que se establecía para tal efecto la policía escolar, entre cuyas funciones estaban la de imponer multas y penas a los padres de familia que sin causa justa no enviaban a sus hijos a las escuelas<sup>447</sup>. En las escuelas públicas era obligatorio que una vez a la semana esta fueran visitadas por los inspectores locales. A los municipios le correspondía cuidar de la moral y de la educación primaria<sup>448</sup>.

Se establecieron impuestos en los departamentos con el fin de “llenar el déficit del presupuesto de la enseñanza primaria”<sup>449</sup>. También se fundaron escuelas nocturnas de instrucción primaria para los artesanos, por ejemplo en Masaya<sup>450</sup>. El único requisito que se establecía era el de “una conducta intachable”. La educación se comprendía durante los años conservadores como la lucha entre la luz y la Tiniebla, entre la ignorancia y la virtud. Cultivar a los ciudadanos en los altos valores morales era la misión de los gobernantes. El medio de lograrlo era la divulgación de la enseñanza religiosa. “La religión es la primera necesidad de las naciones: es el primer deber del hombre. A los sacerdotes incumbe perpetuar su doctrina, inspirar sus sentimientos y hacer practicar sus virtudes”<sup>451</sup>, escribió el Presbítero RAFAEL VILLACICENCIA.

Al igual que en la doctrina liberal, el Estado era el garante de proporcionar a la población la educación necesaria para el progreso. En el reglamento de instrucción primaria establecía: “El Estado que tiene el derecho de castigar el crimen por el bien de la sociedad, debe tenerlo para evitarlo, destruyendo

---

<sup>445</sup> La Gaceta, 5 de enero de 1878

<sup>446</sup> Reglamento de Policía de la República de Nicaragua decretado por el poder Ejecutivo en 25 de octubre de 1880, mandado a reimprimir por el señor Ministro de Policía Dr. VENANCIO Montalbán conteniendo las reformas y adiciones incluidas en la sexta edición oficial de 1914 y las adiciones, reformas y derogaciones en el lapso de 1914 a diciembre de 1919”. Séptima Edición Oficial. Topografía Nacional, Managua. Cáp. XVI, Págs. 42-43.

<sup>447</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...*Pág. 550.

<sup>448</sup> La Gaceta, 25 de febrero de 1880.

<sup>449</sup> La Gaceta, 5 de septiembre de 1880.

<sup>450</sup> La Gaceta, 1 de julio de 1865.

<sup>451</sup> La Gaceta, 14 de noviembre de 1877.

sus causas, i como la ignorancia es una de ellas, puede i debe perseguirla, sus- trayendo de su imperio á las jeneraciones que se levantan<sup>452</sup>. El 4 de marzo de 1871, por un decreto se crea la Biblioteca Nacional, la primera biblioteca pública de Nicaragua.

Para los conservadores era de vital importancia que a la par del progreso moral también se diera el progreso material garantía del orden y la paz.

En esta etapa, el incipiente estado nicaragüense promovió algunas formas institucionales, mediante las cuales lograron integrar socialmente a determinados sectores de la población; asimismo se establecieron y mejoraron los caminos<sup>453</sup>, el servicio de agua por cañería, el cable submarino, el telégra-

<sup>452</sup> CRISTIANA CHAMORRO, afirma que antes de 1875, las vías de comunicación no existía prácticamente, los pueblos entre si estaban forzosamente aislados debido a que carecían de caminos adecuados que permitieran la comunicación permanente entre pueblo y pueblo. La carga usualmente se enviaba por mulas, o carretas si el camino lo permitía. Esto acarrea un comercio pequeño, de escaso intercambio...de 1875 a 1892 cuando la estructura económica se ve alterada constantemente por las necesidades ingerentes a las nuevas formas que se implantan con el advenimiento del café. Nicaragua se integra al mercado mundial de forma definitiva y configura un nuevo orden económico. Durante este último período de los conservadores en el poder se establecen los primeros cimientos de una modernización relativa con el objeto de permitir mejorar en las vías de comunicación y que estas a su vez, conectaran los sectores económicos. Estas obras de infraestructuras son... el ferrocarril, el telégrafo, el teléfono, las carreteras y la navegación lacustre...El desarrollo de la red vial se inicio realmente en 1920, dándose principalmente en la zona central y en el Pacífico, de forma atrasada respecto a las necesidades del país. De acuerdo a su importancia, las carreteras se clasificaron: 1) Nacionales de primera clase: las que servían a más de 100, 000 habitantes comunicándolos con la ciudad capital de Managua, puestos y fronteras internacionales. 2) Nacionales de segunda clase: sirven a más de 25, 000 habitantes o acortan las distancias de los troncales o llegan a lugares de recreo que interesan a más de 10,000 habitantes. 3) Departamentales de primera: viven de 5 mil a 25 mil habitantes. 4) Departamentales de segunda clase: conectan las cabeceras de municipios con menos de 5, 000 habitantes con cualquiera de los caminos anteriores. 5) Caminos vecinales: sirven a los caseríos o haciendas. Monografía. *Las primeras bases de infraestructura en Nicaragua. 1875-1936*. Managua, Nicaragua. 1976. Pág. 3, 4, 5 y 66.

Entre 1858 y 1859, se dictan varios acuerdos legislativos para obligar a los nicaragüenses a dar tres días de trabajo anuales para la composición de caminos. El 19 de febrero de 1861 se celebró un contrato entre el gobierno y una empresa de ENRIQUE GOTTEL sobre la reconstrucción de las viejas carreteras entre León y Granada. En 1868 se firma un nuevo contrato con GOTTEL para establecer la línea de diligencias entre Granada y Chinandega. En enero de 1869 ya la diligencia corría diariamente entre Managua y Granada y se reporta que se trabaja intensamente en el mejoramiento de los caminos de Occidente para que sus servicios puedan ser ampliados hasta esa región. *La formación del Estado...*Págs. 25 y 26.

<sup>453</sup> La primera oficina telegráfica se abrió en San Juan del Sur el 16 de marzo de 1876. Hacia finales del período de 1881-1893, explica VELAZQUEZ PEREIRA, "se recrudecieron más las coacciones contra los campesinos, se aceleró el proceso de expropiación de las tierras comunales y se reclutó mano de obra indígena forzada para la construcción del ferrocarril y telégrafo, bajo el auge del cultivo del café". *La formación...*Pág. 82.

fo<sup>454</sup>, el teléfono<sup>455</sup>, y sobre todo el ferrocarril<sup>456</sup>. La poca y escasa situación de las vías de comunicación internas descubre claramente la inexistencia de un mercado integrado.

Durante el período de los Treinta años conservadores se insertaron nuevos cultivos, y en la segunda mitad del siglo XIX se ampliaron otros como el añil, cacao, tabaco, algodón, caña de azúcar y café, provocando, como consecuencia

---

<sup>454</sup> El teléfono comenzó a instalarse en 1879 entre tres ciudades: León, Managua y Granada. Chamorro, C.: *Las primeras bases...* Pág. 59.

<sup>455</sup> Los primeros intentos para construir el transporte del ferrocarril data de 1859. El inglés Capitán BEDFORD CHAPPERTON TREVELLYAN PIM, concibió la idea de construir un ferrocarril que partiendo de Monkey Point, llegase a San Miguelito, siguiendo por la costa del Gran Lago, atravesara el río Tipitapa, pasara por Managua y terminara en Corinto. Propuso el plan al gobierno de Nicaragua, pero los conflictos internos en que éste se encontraba, más la influencia de la Compañía Accesoría del Tránsito y las gestiones del Sr. FELIZ BELLEY, un francés que en esos días proyecta un contrato para la construcción de un canal interoceánico, estorbaron la empresa. PIM entonces se fue a Inglaterra y escribió un libro sobre el proyecto. En 1863 regresó a Nicaragua, acompañado de dos ingenieros especialistas en la materia: SALMON Y COLLINSON. El cinco de marzo de 1864 PIM logró celebrar un contrato del ferrocarril con el gobierno que fue sustituido por otro en 1865 en este se le concedía el derecho a establecer el tránsito interoceánico a través del ferrocarril continuo hasta Corinto...el representante de la Compañía Accesoría del tránsito, el señor WOOD, quien se oponía a la ejecución del contrato, y para lograr su objetivo propuso al Gobierno de Nicaragua la construcción del ferrocarril de San Juan del Sur a Corinto hostigando a los ingleses. No se logró hacer ni lo uno ni lo otro por la diferencia de intereses entre las dos potencias. CHAMORRO.: *Las primeras bases...* Págs. 18, 19 y 20. El 17 de febrero de 1873, bajo la presidencia de DON VICENTE CUADRA, se celebró un contrato formal con la firma J. E. HOLLEMBECK & Com de San Francisco de California para la construcción de un ferrocarril de Granada a Managua y de la orilla de esta ciudad hasta León. El 19 de marzo del mismo año se celebró otro contrato con el señor ENRIQUE MEIGGS KEITH para la construcción de un línea ferroviaria entre León y Corinto. El recorrido de 12 millas y media del ferrocarril fue inaugurado en 1880. Para 1890 existían 90 millas de ferrocarril y 16 estaciones. A la par del ferrocarril, se instaló la comunicación lacustre entre el Momotombo y Managua para la salida rápida del café, el primer rublo de exportación en esa época. *La formación del Estado...* Págs. 25 y 26. "El transporte primitivo en Nicaragua". En: *Revista Conservadora*. Volumen 2. Número. 11. Agosto de 1961. Pág. 24.

<sup>456</sup> WHEELOCK ROMAN considera que es bueno tener presente que "fuera de los enclaves alienados al abastecimiento metropolitano, el estado de la economía considerado en su conjunto, presentaba un cuadro de atraso extremadamente desalentador. Si sólo se tomara como indicador el flujo de comercio inter colonial, podría pasarse por alto el hecho de que la mayor parte de la población en Nicaragua está prácticamente marginada de la economía de mercado, encontrándose sumida en los niveles más primitivos de la producción parcelaria de autoconsumo, uno de cuyos segmentos más significativos estaba constituido por la producción indígena de tipo comunal primitivo. *Nicaragua: Imperialismo y dictadura*. Editorial de Ciencias Sociales. Ciudad de la Habana, Cuba. 1980. Pág. 52.

<sup>457</sup> Para 1887 y de acuerdo a los estudios de la época, la situación de la tenencia de la tierra era la siguiente: pocos terratenientes que poseían grandes haciendas dedicadas a la producción para el autoconsumo y un poco para la exportación; grandes extensiones de tierra ejidales donde generalmente se ubicaban los pequeños productores de granos básicos que

directa, que la economía de subsistencia que se fundamentaba en la comunidad indígena desapareciera, para dar paso al embrión de una economía agro exportadora, como producto de la demanda del mercado internacional<sup>457</sup>.

Este paso a una economía de agro exportación implicó la confiscación y expropiación de tierras comunales<sup>458</sup>, como también la de los pequeños productores, para fijar la mano de obra en las plantaciones<sup>459</sup>.

En el Decreto sobre la venta de terrenos de ejidos y de Comunidades indígenas, en su artículo primero, se establecía: “Los poseedores ó arrendatarios de terrenos de ejidos, que los tengan acotados ó cultivados, tendrán derecho á que la respectiva Municipalidad les dé en venta la propiedad de ellos pagando no menos de cincuenta centavos por cada manzana”<sup>460</sup>.

a la vez trabajaban en las haciendas; las tierras de capellanías que eran muy cuantiosas y generalmente permanecían ociosas lo cual originó un decreto bajo la presidencia de CHAMORRO en 1887 que estipulaba “Toda tierra improductiva apta para la agricultura, debería ser vendida en subasta pública y el producto pasaría a la iglesia del curato de pertenencia” (La Gaceta. Núm. 9 año XXI) las tierras de las comunidades indígenas y en la Costa Atlántica grandes extensiones casi despobladas. I. FERNANDEZ.: *Nicaragua...* Pág. 4.

<sup>458</sup> En Nicaragua se legisló desde muy temprano en la época independiente sobre el establecimiento de la propiedad ejidal, continuando una política agraria de tipo colonial. La ley de 13 de julio de 1832 señala los motivos para la creación de ejidos en todos los pueblos del Estado, así como la extensión de los mismos. Las razones principales aducidas por los legisladores para el establecimiento de este tipo de propiedad eran: fomento de la industria rural y aumento del valor de la propiedad. LANUZA sostiene que “las verdaderas razones para el establecimiento de este tipo de propiedad muy probablemente fueron el proveer a las municipalidades de fondos propios y sobre todo el evitar que la mano de obra huyese hacia regiones alejadas de las ciudades. *La formación...* Pág. 16.

<sup>459</sup> Colección de Leyes emitidas por el Congreso de la República de Nicaragua, en los años de 1881-1882. Págs. 16-18.

<sup>460</sup> Pablo LEVY realiza la siguiente reflexión:

En una población de 200, 000 almas el número de los que no tienen ni profesión especial ni establecimiento suyo, de los que en una palabra se ven obligados a vivir aislados o si no, a alquilar sus servicios a los demás es excesivamente reducido.

Pero en esos cultivos que sólo pueden hacerse con un capital regular y en los que debe emplearse un mayor número de operarios, es preciso establecese cerca de un centro de población bajo pena de no encontrar a la gente necesaria; en otros tiempos la esclavitud había sido inventada para obviar esa falta, el coolismo que la reemplazó no ha penetrado todavía a Nicaragua. (Pablo Levy).

Pablo Levy observa que en Nicaragua existe mucha tierra, pero poca mano de obra, por lo cuál la expropiación -primer paso de la formación de una economía agroexportadora- en este primer momento no fue lo importante sino la captación de la mano de obra. Ya que en un país de 200, 000 mil personas, la fuerza de trabajo era la única que le podía dar vida a los nuevos procesos productivos.

Este proceso tuvo dos momentos: El primero, periodo del “Colorante”, en el que el añil detentaba el rol hegemónico de las exportaciones, y las expropiaciones que se realizaban en las tierras comunales tenían como finalidad en sí arrancar la fuerza de trabajo - dedicada a la economía de subsistencia- y moverla a nuevos centros de trabajos<sup>461</sup>.

El segundo momento de las expropiaciones de la tierra tuvo lugar con mayor énfasis a partir de 1877, dando lugar a dos modalidades distintas según la calidad de la misma<sup>462</sup>. En primer lugar, las tierras comunales aptas para el cultivo del café, que trajo la incorporación directa de los pobladores y comuneros a la plantación, en calidad de peones, aparceros y precaristas.

En segundo lugar, las tierras comunales no aptas al cultivo agro exportador. Su expropiación conlleva a la aparición de dos situaciones: La incorporación de las tierras al latifundio ganadero extensivo y las tierras aptas a los cultivos de subsistencia.

El ataque más significativo se da a partir de 1870, cuando el cultivo del café inicia su ciclo ascendente. En 1877 se dicta una ley agraria que autorizaba el fraccionamiento de la propiedad comunal y la venta de los ejidos. En su artículo I se lee: “Los poseedores o arrendatario de terrenos ejidales comunes y de comunidad indígena tendrán derecho a que se les dé su propiedad pagando por cada manzana no menos de dos ni más de cinco pesos.

Artículo II. Los demás ejidos comunes o de comunidades indígenas que no estén comprendidos en el artículo anterior, serán puestos a la venta en licitación entre los vecinos o miembros de la comunidad<sup>463</sup>.

---

<sup>461</sup> Con anterioridad a 1877, se habían dictado la Ley Agraria del 18 de abril de 1859. Ley del 15 de febrero de 1862. Ley del 27 de marzo de 1869.

<sup>462</sup> Asimismo, se lee: Que se les dará en propiedad a poseedores o arrendatario de terrenos de ejidos comunes y de comunidad indígena a aquellos que por más de un año las hubiesen trabajado, pagando más de cinco pesos. Los terrenos que no estuviesen comprometidos, de acuerdo a lo estipulado, deberían ser puestos a la venta en licitación entre vecinos y miembros de la comunidad, siendo la base cien centavos por cada manzana para agricultura y setenta para los de crianza de ganado. En caso no se presenten vecinos o miembros a la licitación se hará entre los que no lo sean. La Gaceta. Núm. 20. Año XV. Managua, Mayo 1887. Para 1881 se deroga el decreto de mayo de 1877 y se estipula lo siguiente: “Los poseedores y arrendatarios de terrenos de ejidos que los tengan acotados o los hayan cultivos tienen derecho a la venta de ellos, por no menos de C\$0.05 por cada manzana. Los terrenos ejidales sin acotar o cultivar se mandarán vender por la respectiva municipalidad por medio de licitación. Los terrenos de comunidad indígena o familia que las componen, dejando una parte de dichos terrenos para venderse a beneficio de la instrucción primaria de los miembros de la misma comunidad”. La Gaceta. Núm. 11. Año XXV. 1881.

<sup>463</sup> Para enero de 1892 en la ley de agricultura en el capítulo de los jueces, se legisla lo siguiente: “En todos los pueblos de la República habrá un juez propietario y un suplente”. Respecto a la obligación de los jueces dice la ley: “también son obligaciones de los jueces enganchar a indi-

Por la falta de la mano de obra se emiten leyes de agricultura que permiten el trabajo forzoso<sup>464</sup>, penan la vagancia, regulaban la disciplina de la fuerza de trabajo y la reglamentación del pago de las deudas agrícolas en días de trabajo<sup>465</sup>. Dichas leyes establecían la creación de un juzgado de agricultura encargado de aplicar las normas coercitivas<sup>466</sup>.

Durante este periodo se sustituyen gradualmente la producción artesanal indígena por talleres típicamente urbanos. Se integran sectores productivos, se

viduos conforme artículo 5 y 46; a mandar a capturar a los matriculados que falten a su compromiso entregándolos, después de aplicada la pena, a sus patrones o enviándolos al lugar de donde son exhortados con la custodia necesaria". En capítulo de los Patrones se especifica: "se obliga a los patronos a llevar cuenta de los individuos empleados en un libro donde se anotará bajo, HABER, lo que el operario ha trabajado por día y por semana y bajo, DEBE, se anotará cada cosa y especie de valor para poder liquidar y balancear la cuenta cuando sea necesario". En los artículos 38 y 39 se lee: "se obliga al operario, sirviente, etc., a estar matriculados ante el juez de agricultura bajo pena de estar obligado a obras públicas o cárcel". "Los individuos matriculados que estén al servicios de queseras y de cortes de cacao, café, añil, etc., no podrán salir de la hacienda sino hasta que se concluya la temporada, salvo en caso de enfermedad grave de él, su mujer e hijos o que obtengan permiso escrito del patrón bajo pena de dos días de obras públicas". La Gaceta. Núm. 7 Año XXX. Enero. 1892. FERNANDEZ, comenta, que "estas leyes con respecto a la mano de obra permitían a los nacientes empresarios asegurar la fuerza de trabajo necesario para el cultivo y recolección de sus productos". Nicaragua...Pág. 6.

<sup>464</sup> El 18 de abril de 1859 se promulgó ley que reglamentaba así: "El que estando contratado para algún trabajo y desertase de el, será conducido por medio de agentes de policía a la hacienda o lugar donde servía, o remitido por el alcalde del pueblo donde se hallase, pagándosele en el primer caso un real de sobresueldo a los gendarmes o soldados constructores y tres reales por cada día en el segundo caso". DELGADO, S.: "Unidad de producción"...nota 2. En abril de 1883 el poder legislativo decretó al respecto de los operarios lo siguiente: "Es a cargo del Estado la persecución, captura y remisión de operarios prófugos, a la empresa o labor de donde hubiera desertado", los agricultores y empresarios remitirán mensualmente a la oficina, que el gobierno designe, una lista de los operarios que se les desertasen, con expresión de sus filiales. Se remitirán para que los pongan a disposición del agricultor o empresario en el lugar que este designe", los gastos de aprehensión y remisión de operarios prófugos se pagarán en tesoros públicos..."La Gaceta. Año XXVII. Núm. 15. Managua. Abril 1883.

<sup>465</sup> Ley Agraria del 18 de abril de 1859. Ley del 15 de febrero de 1862. Ley del 27 de marzo de 1869. Reglamento de Policía del 20 de junio de 1875.

<sup>466</sup> VELAZQUEZ PEREIRA, indica que las nuevas tareas asignadas al Estado implicaron una alta dosis de intervención en la economía. De ese modo el Estado se convirtió en un importante protagonista del desarrollo, y en un centro de las decisiones económicas. El llamado Estado liberal en Nicaragua surge en respuesta a las necesidades de expansión y dinamización de la agricultura cafetalera. Por lo tanto, la acción reguladora del Estado en ese período va a corresponder al desarrollo y a las necesidades del nuevo sector de la economía. Se observa entonces que por medio de esta intervención en la esfera económica, el nuevo Estado organizó los intereses de la burguesía cafetalera dando a su acción los contenidos siguientes: a) La creación de la infraestructura económica necesaria a la salida de la producción hacia los centros de ultramar. b) La organización del Sistema Monetario Nacional. c) La creación del Sistema Financiero Nacional (Banco Nacional). d) El subsidio estatal a la producción cafetalera. e) La construcción de beneficios mecanizados.

produce la expansión del intercambio entre la agricultura y la pequeña producción, dando lugar a un mayor desarrollo del mercado local y a la estabilización del sistema político-administrativo.

La incorporación al mercado mundial de la economía nacional trajo como resultado que el desarrollo económico del país dependiera de las condiciones, cuotas, precios y oscilaciones inducidas por las economías centrales que gobernaban el mercado mundial.

Desde la introducción del café en Nicaragua y su exportación al mercado internacional, se modifica la estructura total del país, generando cambios drásticos en el uso de la tierra y con ello, avances en los servicios públicos, especialmente en el transporte y las comunicaciones. Al mismo tiempo se multiplica el transporte fluvial y lacustre y se acondicionaron los puertos del Pacífico por medio de la construcción de un complejo de facilidades portuarias en Corinto. Los servicios telefónicos y telegráficos se extendieron sobre el territorio en esa misma década.

De esta forma la inserción del café aceleró el progreso que se venía dando paulatinamente, y dio como consecuencia directa, que se formara el embrión de lo que sería el Estado Nicaragüense.

Las obras públicas que se realizan en este período se hacen con el propósito de dotar de infraestructuras al país, y están estrechamente relacionadas con los fundamentos del sistema social y económico. No se utiliza en ese momento, ni posteriormente, el concepto del servicio público, sino el de obra pública, cómo sinónimo de satisfacer una necesidad, o de ejecutar algo, o en todo caso, de una necesidad pública del Estado. Los contratos que celebra el Estado con las compañías extranjeras tienen por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública; y en este momento no son contratos administrativos sino civiles.

## 8. La Revolución liberal y los servicios públicos

A los gobiernos conservadores les siguió uno de tendencia liberal, encabezado por el General JOSE SANTOS ZELAYA. Aunque las reformas liberales implementadas por ZELAYA tenían una substanciación congruente con el medio y las necesidades, fueron contradictorias y frustradas, debido a que sí, por una parte significaron un intento serio de modernizar el Estado<sup>467</sup> y el país,

---

<sup>467</sup> TORRES RIVAS, señala que “podría decirse que la República Liberal corresponde a un modelo de desarrollo de una sociedad agro exportadora dirigida por una burguesía de claro perfil oligárquico”. *Interpretación del desarrollo social en Centroamérica*. San José, Costa Rica. 1972. Pág. 63.

por el otro, no lograron establecer un orden político estable ni un progreso económico duradero<sup>468</sup>.

En el aspecto constitucional, con la promulgación de la “Libérrima” en 1893, se establecen los principios ideológicos del liberalismo y se inicia la transición hacia nuevas instituciones modernas.

Entre algunos cambios sustanciales, la nueva constitución prohibió una religión estatal, garantizó la libertad de cultos, negó a los clérigos el derecho de servir en la Asamblea Legislativa o como oficiales ejecutivos o jueces, prohibió los conventos y los monasterios, estableció la asamblea unicameral y negó a los extranjeros el derecho de permanecer en el país después de hacer “reclamaciones” injustas. Abolió la pena de muerte, estableció la libertad de trabajo y de imprenta, de profesiones y de impuestos. Suprimió los monopolios; estableció el control de las rentas públicas, introdujo el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, jurado para juicios civiles, la separación del Estado de la Iglesia, el registro civil de las personas y eliminó la prisión por deudas<sup>469</sup>. En los años de 1904 y 1906, respectivamente, se promulgan

<sup>468</sup> ALVAREZ LEJARZA apunta en su *Ensayo Histórico de las Constituciones en Nicaragua*, que en la práctica nueve meses después de la promulgación, se decretó la Ley Marcial, el Estado de Guerra y de estado de sitio.

En el año de 1896, Zelaya realizó Reformas a la Constitución: suprimió el artículo 152, que establecía: “...el Presidente y los Secretarios de Estado podrán ser acusados por delitos oficiales, hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones”. También eliminó algunas leyes constitutivas: la de imprenta, la marcial, la de amparo y la electoral.

En el año de 1905 promulgó otra Constitución. Lo más interesante de esta nueva Constitución fue el hecho de que el período presidencial sería de seis años y el presidente sería elegido por voto popular. No se mencionaba nada sobre la reelección, lo que denota que la reelección era posible, ya que la ley no lo prohibía.

<sup>469</sup> SANTA MARÍA DE PAREDES, en su influyente Curso de Derecho Administrativo, por ejemplo, afirma que “...podemos emplear desde luego como sinónimos los nombres *Poder ejecutivo* y *Poder administrativo* sin más aclaraciones, con solo advertir que la primera denominación se usa más en el lenguaje constitucional al marcar sus relaciones con los otros poderes, y la segunda en el lenguaje técnico de la vida administrativa”. *Curso de Derecho Administrativo*. Quinta edición. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1898. Págs. 138-143. POSADA, en cambio, sí establece la distinción entre gobierno y administración en 1897: “... no (hay que) confundir la *Administración* con el *Poder Ejecutivo* ni con su fin”. Por otra parte, adelanta una tercera función del Poder Ejecutivo, que sería la actividad preponderante del Estado desde mediados del siglo xx: “... la *acción protectora* —ingerencia social—del Estado”. No obstante, denota confusión—desde el punto de vista de las concepciones actuales— al aclarar que “...el Poder Ejecutivo tiene su *aspecto administrativo*”. *Tratado de Derecho Administrativo*. Librería de Victoriano Suárez. Madrid, 1897. Pág. 57.



los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, aún vigentes. A pesar de estas medidas importantes, ZELAYA no separó el gobierno de la Administración Pública<sup>470</sup>.

También en ese período se desarrolló notablemente el ferrocarril, el transporte lacustre<sup>471</sup>, el correo, el teléfono y el telégrafo<sup>472</sup>.

En lo que respecta a la educación, el gobierno liberal, rompe la abstención de la Constitución Federal, y la exclusión de la Constitución conservadora, ya que garantiza la libertad de aprender y de enseñar como medio para hacer posible “la libre enseñanza. La que se costee con fondos públicos será laica

---

<sup>470</sup> Cuando el general ZELAYA asume la presidencia, la comunicación estaba en manos de una Compañía de los Estados Unidos denominada “Nicaragua Mail Steam Navigation Trading Co. Sin embargo para el año de 1895, se declaró caduca la concesión por incumplimiento de contrato. Para 1903, las embarcaciones que surcaban el Lago eran más de 200, entre las pertenecientes al Estado y las privadas. Habían 57 veleros, 100 lanchas privadas, 43 no clasificadas; el resto eran embarcaciones grandes. GOMEZ ACOSTA.: *La comunicación... Pág. 74.*

<sup>471</sup> Para 1980 existía en Nicaragua un total de 90 millas de ferrocarril construidas, con 16 estaciones. El número de pasajeros que utilizaban los servicios en mención, alcanzó en ese año 375, 861. En el año de 1897, observamos que el número de pasajeros ascendió a 591, 236, lo que significó un aumento del 78 por ciento en siete años, resultando un incremento anual del 11.15 por ciento. Este incremento extraordinario de personas, es explicado como un movimiento migratorio de trabajadores agrícolas, ya que éstos eran transportados en la época del levantamiento de las cosechas de café, de azúcar, de añil, etc. Asimismo, la creciente usurpación de tierras de los campesinos y pueblos, coadyuvó a empujar a la gente a que abandonara sus lugares...los ferrocarriles fomentaron la migración interna, tanto atrayendo como empujando núcleos poblacionales a desplazarse. RENE VARGAS.: *Historia del siglo XX...Págs. 108, 109, 110.*

En 1890 existían 1, 549 millas (2, 478. 4 kilómetros) de cables de telégrafo tendidos entre las principales ciudades del país, habían 80 estaciones y se repartieron 1, 118, 929 piezas de correo, también existían 61 millas (97. 6 kilómetros) de cables de teléfonos tendidos. El régimen de ZELAYA va a impulsar todos estos sectores del Estado, que implicaban un incremento en la división social del trabajo y, por lo tanto, un incremento del mercado interno. En 1897, el número de mensajes telegráficos cursados entre las principales ciudades alcanzó la cifra de 477, 020 mensajes, lo que representaba un aumento del 17. 65 por ciento en relación al 1890. Dicho porcentaje representó un incremento del 2.52 por ciento anual. En relación a las piezas de correos repartidos, vemos que en el año 1896 esta cifra alcanzó las 2, 618, 242 piezas de correo, es decir un incremento absoluto en relación a 1890 de 1, 499, 313 piezas de correo, lo que representó un aumento del 134 por ciento, lo que nos da un incremento anual del 22. 33 por ciento. Las líneas telegráficas alcanzaron en 1905, la cifra de 2, 706 m millas (4, 329. 6 kilómetros), lo que representó un incremento absoluto de 1, 157 millas (1, 851 kilómetros) en relación a 1893; es decir, tuvo un aumento del 74. 69 por ciento durante esos 12 años, dando incremento anual del 6. 22 por ciento. Las líneas telefónicas, en 1905, alcanzaron la cifra de 582 millas, 931. 2 kilómetros, es decir, tuvo un aumento en los 12 años señalados, de 854. 09 por ciento, que nos da un incremento anual de 56. 94 por ciento. .: *Historia del siglo XX...Págs. 119 y 120.*

<sup>472</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...Pág. 563.*

y la primaria será, gratuita y obligatoria<sup>473</sup>. Pero, además por la separación de la Iglesia con el Estado<sup>474</sup>, acentúa la tendencia secularizadora de la enseñanza; la educación va a ser considerada un asunto público cuya tutela y promoción corresponde al Estado<sup>475</sup>. Los servicios de beneficencia no están contemplados en la Constitución, al igual que los de la salud.

<sup>473</sup> En la nueva Constitución se establecía, de acuerdo al artículo 47 de su título V: “En Nicaragua no se podrá legislar estableciendo o protegiendo ninguna religión ni prohibiendo su libre ejercicio”. En el mismo título artículo 48: “No podrá someterse el estado civil de las personas a una creencia religiosa”. Así mismo según Decreto Legislativo que disponía relación a las llamadas “Cofradías”, en 1899 se dispuso: Los bienes raíces, muebles, semovientes y demás valores llamados de cofradías, son propiedad de los pueblos donde se hayan creado. Estos bienes serán administrados por la municipalidad y ocupados para el desarrollo de la localidad. Los anteriores tenedores o administradores de estos fondos concurrirán a rendir sus cuentas para su finiquitación o cancelación”. La Gaceta. Núm. 905. 14 de octubre de 1899. Año IV. Tercera Época. En sección editorial de la Gaceta, el diario oficial, del ese mismo mes, se hace alusión a las declaraciones de el Obispo Auxiliar de la Diócesis, DON SIMEON PEREIRA, quién decía que la Ley arriba citada despoja a la Iglesia de sus propiedades legítimamente adquiridas sin las formalidades de la expropiación por causa de utilidad pública, lo cual constituía un atentado contra la Constitución de 1893. La citada declaración decía: “No ha sido suficiente Señores Diputados, todos los vejámenes y tropelías, las injurias recibidas y el criminal desprecio por los sentimientos católicos de estos pueblos; ayer se decretó el ateísmo oficial, la separación de la Iglesia del Estado, se profanó el Sagrado Recinto de los nuestros y se conculcaron todos los fueros de la razón, hoy, no satisfecho aún, se consuma la mayo de las injurias, usurpando los únicos medios de subsistencia que se les había dejado a la Iglesia en Nicaragua. Es imposible señores y por más hábito de paz y tolerancia que se tenga, el espíritu se rebela y siente la necesidad de protestar. La Gaceta. Núm. 915. Año IV. Octubre 1899. En 1904, el poder Ejecutivo, no permite la entrada al país a individuos pertenecientes a congregaciones religiosas de cualquier índole, además decreto: Art. 1. Las manifestaciones de cualquier culto religioso solamente podrán verificarse dentro de los templos respectivos. Art. 2. A ningún miembro de corporaciones religiosas de varones se les permitirá usar el traje talar fuera de los templos. Art. 3 Se impondrá una multa de C\$ 100.00 a los que no cumplan estas disposiciones. La Gaceta. Núm. 2352. Año IX. Octubre. Managua. 1904.

<sup>474</sup> En 1867 existían solamente 60 escuelas primarias con 2, 800 alumnos. Para 1875, el número de escuelas primarias se incrementó a 180, en 1892 ya existían 315 centros de educación, 474 profesores y 20, 315 alumnos. En 1881 se abrió una escuela para entrenar operadores de telégrafos. A partir de 1890, el gobierno se preocupó por enviar becarios al extranjero a estudiar carreras universitarias. En 1896 habían 100 estudiantes en Europa y los Estados Unidos. ; RENE VARGAS.: *Historia del siglo XX...*Págs. 122. Para un estudio más detallado de la educación en Nicaragua, véase: ARELLANO, J. E.: *Brevísima historia de la educación en Nicaragua*. Managua Instituto Nicaragüense de Cultura Hispánica. 1997; RODRIGUEZ ROSALES, I.: *La educación durante el liberalismo en Nicaragua: 1893-1909*. Managua. Hispamer. 1998.

<sup>475</sup> Artículos 143: “ Las atribuciones de las municipalidades serán puramente económicas y administrativas. La ley las determinará, lo mismo que las condiciones que deben tener sus miembros para ser electos”. Artículo 144: “ En el ejercicio de sus funciones privativas, serán absolutamente independientes de los otros poderes, sin contrariar en ningún caso las leyes generales del país, y serán responsables por los abusos que cometan colectiva o individualmente ante los tribunales de Justicia”. ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...*Pág. 579.

La nueva Constitución le dedicó un Título entero (XVIII), compuesto por once artículos, al gobierno municipal. Dentro de las atribuciones de la municipalidad estaba el nombrar a los agentes de policía, seguridad y orden; asimismo, legislar sobre policía, higiene e instrucción pública (145).

El principio de autonomía municipal se establece en los artículos 143 y 144<sup>476</sup>, al reconocer que las “atribuciones de las Municipalidades son puramente económicas y administrativas”; y por otro lado, reconociéndole funciones privativas a las entidades municipales, quienes las ejercerán bajo su propia responsabilidad y sujetas únicamente a la revisión de su actuación, por parte de los tribunales de justicia<sup>477</sup>.

---

<sup>476</sup> FLAVIO ESCORCIA, sobre este punto señala que “en este punto, hasta podría discutirse sobre la autorización que la propia Carta Magna otorga a las municipalidades, para dictar reglamentos autónomos e independiente de cualquier ley, sujetos únicamente a la Ley Suprema. En segundo lugar, las municipalidades en su actuación, son absolutamente independientes de los otros poderes (incluido el Ejecutivo). Se le está reconociendo a las municipalidades la calidad de poderes públicos. En tercer lugar, a mayor independencia en su funcionamiento, mayor responsabilidad de los actos. Por último, se configura un sistema de controles sobre las municipalidades por el que sus actos y disposiciones emitidas, no necesitan no la aprobación ratificación del Gobierno Central o de cualquier otro poder, sino que la revisión de sus actos se encuentra sujeta al poder judicial. *Municipalidad y Autonomía en Nicaragua*. Editorial universitaria. León, Nicaragua. 1999. Pág.44.

<sup>477</sup> RENE VARGAS, apunta que “el peso, mayor o menor, que se dio en la política liberal, bien hacia la expropiación de las tierras comunales, o bien hacia la incautación de los bienes de la iglesia o hacia formas combinadas, es de suma importancia para explicarse la intensidad que asume en la época la lucha de clase. Por ese motivo, no podemos ver solamente la incautación de los bienes eclesiásticos en el plano meramente económico, sino que también como expresión de la lucha entre las diferentes fracciones de la burguesía, y como expresión, también, del afianzamiento del sector cafetalero dentro de la clase dominante, que tenía como objetivo fundamental el desarrollo del capitalismo. La Ley que dicta ZELAYA, a la incautación de los bienes eclesiásticos en 1899, dispuso que “los bienes raíces, muebles, semovientes y demás valores llamados de cofradía, son propiedades de los pueblos donde se hayan creado. Estos bienes serán administrados por la municipalidad y ocupados para el desarrollo de la localidad”. Como podemos observar, el objetivo de esta ley constituye no solamente el rescate de los bienes de las “manos muertas” para lanzarlos al mercado, sino que está buscando, a través de esta forma de acumulación originaria, impulsar el desarrollo de las municipalidades que permitiese, tanto un mayor desarrollo del capitalismo como una ampliación del mercado interno”. *Historia del siglo XX. Tomo I. Nicaragua 1893-1909*. CEREN. Managua, Nicaragua. 2001. Pág. 57. Por su parte, BENAJAMIN TEPLITZ, señala que “la iglesia y el Estado fueron separados constitucionalmente como parte de un impulso hacia una sociedad moderna y secularizada. Acabaron con el diezmo compulsatorio y la entrega de la primera cosecha a la Iglesia. Se establecieron cementerios seculares (municipales), se rompió con un concordato del Vaticano, se trató igualmente a todos los religiosos, se hizo ilegal el derecho de las manos muertas. Esta última fue para terminar con la posesión perpetua que la Iglesia mantuvo sobre la propiedad, una acción que se consideró necesaria para estimular la agricultura”. *The Political and Economic Foundations of Modernization in Nicaragua: The Administration of JOSE SANTOS ZELAYA. 1893-1909*. Ph. D. DISSERTATION. Howard University. Washington. D.C. EE.UU. 1973. Pág. 231.

El 15 de junio de 1894, se promulgó una Ley Orgánica de Municipalidades, que constaba de diecisiete Títulos y noventa y seis artículos, en la que la autonomía municipal encuentra su más alta expresión.

Dicha Ley establece sobre el servicio público, que las Juntas de Regidores, podrá formar juntas de beneficencia, fundar y administrar hospitales, cementerios, casas de asilo de maternidad, de educación, museos, paseos públicos; dar licencias de toda clase de obras o instituciones de utilidad pública o de beneficencia; Organizar y reglamentar debidamente el servicio del alumbrado público; organizar y reglamentar espectáculos públicos, la caza y la pesca; enajenación de los bienes por motivos de utilidad pública. (Art. 23, inciso 9, 10, 11, 12 y 13). Entre las atribuciones del Alcalde, estaba la conservación de caminos y demás obras de utilidad pública.

En el tema de la propiedad, la Constitución 1893 establece que “todo individuo es libre de disponer de sus propiedades sin restricción alguna, por venta, donación testamento o cualquier título legal (art. 53). El gobierno liberal logró que el Estado se apropiase de las manos muertas (propiedades eclesíásticas)<sup>478</sup>, suprimiendo luego las cofradías; y prohibiendo “las vinculaciones y toda institución a favor de manos muertas (art. 54)”.

<sup>478</sup> En los años de 1881 y 1893 se promulgaron leyes en las que se le confería al Estado el derecho de “persecución, captura y remisión de los obreros prófugos a la empresa o labor de donde hubiese desertado”. *Contribución para la construcción de caminos y calles: Trabajo forzoso o dinero. Leyes emitidas por el Congreso Legislativo de Nicaragua en su reunión ordinaria de 1861-1884*, Managua, Imprenta del progreso. Pág. 22.-23. Estas leyes eran prácticamente una reglamentación de la servidumbre, en donde protegían a los patrones y no a los obreros agrícolas.

El General ZELAYA, el 11 de agosto de 1894, promulga la Ley de Agricultura y Trabajadores, que contenía cincuenta y dos artículos. Esta ley establecía que los jueces llamados de agricultura conocieran privativamente en juicio verbal de las demandas civiles de menor cuantía que versaran sobre “agricultura, empresas rurales, ganadería, edificación, servicios domésticos y contratos con artesanos”. En el artículo 11 se habla de una lista “en orden alfabético, de todos los deudores prófugos de sus trabajos”. En el artículo 34 se dispone de la persecución, captura y remisión a sus trabajos de “los operarios prófugos o remisos en el cumplimiento de su obligación, si por cualquier medio fehaciente se justificare su compromiso”. Los empresarios o hacendados tienen conforme la Ley, derechos tremendos, hasta de aprehender al trabajador delincuente en caso de cometer delito y su autoridad, derechos y obligaciones “se traspasan por su ausencia de la finca, a sus representantes, agentes, personeros y mayordomos o mondadores” (Art. 40).

Finalmente, para dar una idea de lo que fue esta ley, veamos detenidamente este artículo 44: “Los operarios que reincidan en la deserción de la hacienda donde estén cumpliendo su compromiso, serán destinados al servicio militar en las guarniciones de las fronteras, si en vez de volverlos a sus trabajos, así lo pidieren los hacendados, pagando lo que adeuden a éstos con la tercera parte de sus sueldos”.

Hasta en 1898, apareció una ley humanitaria en que se prohibían los adelantos hechos en dinero a los obreros a cuenta de trabajo que tenían que desempeñar, pues anteriormente los patrones otorgando nuevos créditos, mantenían al trabajador en un régimen casi de esclavitud.

Asimismo, impulsó una serie de leyes de agricultura para asegurar la mano de obra -o forzar a los campesinos- en la producción cafetalera, a la cual se incorporaron tierras ociosas y baldías<sup>479</sup>.

La consolidación de la estructura de tierras ociosas basadas en el café, promovió que se llevaran a efecto una serie de obras de infraestructura, apertura de caminos, vías férreas, modernizaciones portuarias, comunicaciones telegráficas, tendentes a facilitar un desarrollo capitalista apoyado en la potencialidad de las exportaciones cafetaleras<sup>480</sup>.

La expulsión de los ingleses de la Costa Atlántica, y la incorporación a la soberanía nicaragüense el territorio de la Mosquitia consolidó el poder liberal y permitió la legitimación de un Estado centralizado, pero al mismo tiempo tiempo excluyente. En lo económico, se construyó un modelo agro exportador dependiente, basado en dos cultivos de exportación: el café y el banano.

Con el café surge una nueva elite oligárquica, que exigió que el estado efectuara cambios en la legislatura y en las instituciones para garantizar una oferta adecuada de tierras y mano de obra con el fin de expandir al sector exportador.

A pesar de estos logros, todos quedaron relegados cuando comienza las presiones exteriores en torno al canal interoceánico y por las constantes ambiciones del General Zelaya de extender su poder en Centroamérica.

Éste interfiere en los asuntos políticos de Guatemala, El Salvador y Honduras. Invade este último país y depone al presidente Bonilla, colocando en su lugar una Junta totalmente dominada por él<sup>481</sup>.

---

<sup>479</sup> WHEELLOCK ROMAN.: *Nicaragua: Imperialismo y dictadura...* Pág. 26

<sup>480</sup> ARGUELLO, A.: "Incidencias del Imperialismo en el proceso político de Nicaragua". En: *Revista Pensamiento Centroamericano*, Número. 159 (Abril-Junio, 1978). Pág. 33.

<sup>481</sup> El Secretario de Estado ELIHU ROOT concibió la idea de un tratado General de Paz y Amistad, que fue ratificado en la conferencia de Washington el 17 de septiembre de 1907. En dicho tratado los países centroamericanos se comprometen a que no se use el territorio nacional como base para la organización de movimientos revolucionarios contra los otros estados, y a restringir las actividades políticas de los emigrados. También se comprometían a no reconocer ningún gobierno centroamericano que haya llegado al poder por medio de un golpe de estado o por una revolución contra un gobierno reconocido. Por supuesto, ZELAYA violó sistemáticamente todas estas estipulaciones. Para una exposición detallada sobre este proceso, véase, ARGUELLO, A.: "Incidencias del Imperialismo en el proceso político de Nicaragua". En: *Revista Pensamiento Centroamericano*, Número. 159 (Abril-Junio, 1978).

Los países centroamericanos en busca de una solución, y con el temor de ser invadidos, acudieron a los Estados Unidos<sup>482</sup>.

De este modo, el general ZELAYA, convertido en una causa de intranquilidad en Centroamérica –genero tensiones en el interior del país y guerras en las relaciones exteriores-, al enfrentarse a los Estados Unidos por el canal cae del poder en 1909, comenzado, con ello, a estructurarse un nuevo orden político, con base en instituciones muy débiles.

Por medio del protectorado, que se instaura a partir de 1912, los conservadores logran mantenerse en el poder entre 1912 y 1928, “no porque existía un gobierno fuerte o una coalición política, sino porque se le tenía miedo a los Estados Unidos”<sup>483</sup>.

Durante este período los norteamericanos crearon algunas instituciones como la Recaudación General de Aduanas (RGA), el Banco Nacional de Nicaragua y la Alta Comisión, cuya función era autorizar, fiscalizar y supervisar el presupuesto nacional<sup>484</sup>.

---

<sup>482</sup> WALTER KNUT: *El somocismo: Del protectorado a la revolución*. En: *Encuentros con la historia. Primera edición*, Universidad Centroamericana, 1995. Pág. 331.

<sup>483</sup> El Tratado Knox-Castrillo entre el departamento de Estado de los Estados Unidos y el gobierno de Nicaragua fue el instrumento que proporcionó el marco jurídico-político de la intervención norteamericana. En el artículo 4, el referido tratado establecía la creación de un organismo llamado *Collector General of Customs*, que se convertía en el recaudador de todos los ingresos fiscales del Estado, los cuales una vez recolectados eran transferidos a la segunda institución del sistema que a su vez cumplía con otras tareas, es decir el Banco Central. En un telegrama de JUAN JOSE ESTRADA, se puede leer: “En mi administración tratare’ de rehabilitar la Hacienda Pública, refundir la deuda nacional, para lo cual pediré ayuda al Gobierno de los Estados Unidos, con el objeto de conseguir un empréstito, con la garantía de parte de los derecho aduaneros, cuya colectación se hará de la manera que sea convenida entre Nicaragua y Estados Unidos”. QUIJANO, CARLOS.: Nicaragua. Ensayo sobre El imperialismo de los Estados Unidos. En: *El Pensamiento Centroamericano*. Vol. XXX. Núm. 149. 1975. Pág. 86.

<sup>484</sup> En una sentencia que la Corte Suprema de Justicia dicta el 19 de septiembre de 1923, se lee que “...por el Contrato del Gobierno con la Compañía del Ferrocarril del Pacífico de Nicaragua... se concedió a la Compañía el privilegio de que los ferrocarriles y otras obras de la Compañía sean consideradas como de utilidad pública...En este sentido, las obras del Ferrocarril, y para el Ferrocarril del Pacífico de Nicaragua, deben mirarse como obras del Estado; y por esta misma razón debe admitirse: que la colisión de derechos a que se alude...es como si versara entre el Estado y la dicha Municipalidad”. Y en otra parte de la Sentencia se establece: “En cuanto a los otros caminos de hierro, sea que pertenezcan al Gobierno, sea que pertenezcan a empresas particulares concesionarias del Estado, por el hecho de estar destinadas al servicio público, son y han de tenerse por vías públicas; y, en efecto, por lo que hace a la seguridad y a la comodidad del pasaje y transporte, se hallan bajo las leyes penales y los reglamentos de policía y bajo la vigilancia del Gobierno; y, tiene el Estado tal interés en que su operación especial y mantenimiento no sean interrumpido, que sin necesidad de especial concesión, las leyes generales proveen a la continuidad del tráfico, como puede verse por los artículos 1127 y 1128 C.C.”. Boletín Judicial. 4081. Sentencia del 19 de septiembre de 1923 a las 12: 00 M-

La intervención directa de los Estados Unidos tuvo como consecuencia la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua, que había venido evolucionando de manera acelerada en los últimos treinta años del siglo XIX.

Los servicios públicos, como el ferrocarril<sup>485</sup> y vapores del Gran lago<sup>486</sup>, fueron desnacionalizados<sup>487</sup> a través de la venta del 51 por ciento de las acciones y la utilización de los dividendos del resto como garantía de la deuda externa<sup>488</sup>. Asimismo, la concesión canalera fue vendida a un precio bajísimo,

---

<sup>485</sup> Para el año de 1914, la vía interoceánica es comprometida a perpetuidad por el entonces Ministro Plenipotenciario de Nicaragua, EMILIANO CHAMORRO, mediante el Tratado firmado en el Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica WILLIAN JENNING BRYAN. Este tratado cedía a perpetuidad a los Estados Unidos los derechos para la Construcción de un Canal Interoceánico por cualquier punto del territorio nacional". GOMEZ ACOSTA.: La comunicación Lacustre...Pág. 76

<sup>486</sup> BELLI, apunta que "el 8 de octubre de 1913 fueron negociados con los banqueros de Nueva York nuevos contratos de préstamos que proporcionaron US 2 millones adicionales. Como garantía los banqueros recibieron Bonos del Tesoro del gobierno de Nicaragua, el 51 % de las acciones y el control del ferrocarril y de las líneas de vapores del gobierno y el 51 % de las acciones y el control del Banco Nacional. "Prolegómenos para una historia económica de Nicaragua de 1905 a 1966". Revista del Pensamiento Conservador. Núm. 146. Pág. 3

<sup>487</sup> QUIJANO escribe, "no le basta al imperialismo yanqui tener el control de las aduanas, de los bancos y los ferrocarriles. Adquiere su propiedad. La total dominación de Nicaragua es un hecho. Arruinada, endeudada, tiene que vender la zona del canal para pagar a sus prestamistas. Es lo que establece el tratado CHAMORRO-BRYAN de 1914. Todavía se extiende más la dominación. Una Alta Comisión compuesta en su mayoría por americanos, controla las finanzas del país. el presupuesto de gastos del país no puede exceder las cantidades que le fija el Departamento de Estado, Todos los fines de la diplomacia yanqui han sido realizados. La dominación económica y financiera del país esta consumada; la zona del canal pertenece a los Estados Unidos. Nicaragua ha vendido sus territorios, ha enajenado sus bancos, sus ferrocarriles, cedido sus aduanas, se ha endeudado y no puede disponer ni de sus propias rentas. Nicaragua. Ensayo sobre El imperialismo de los Estados Unidos. En: El Pensamiento Centroamericano. Vol. XXX. Núm. 149. 1975. Pág. 86.

<sup>488</sup> El 18 de octubre de 1913 Nicaragua contrató con Brown and Brothers un nuevo empréstito por el cual estipulaba lo siguiente: a) Nicaragua hacia, por intermedio de la United Stages Mortgage, una emisión de cédula del Erario por valor de 1, 060, 000 dólares oro, paraderas en un año. Esas células quedaban garantizadas por un gravamen sobre los derechos de aduanas subsiguientes a los gravámenes concedidos en fechas anteriores acciones del Banco Nacional pertenecientes a la república y acciones que también perteneciesen a la republica en el Ferrocarril del Pacífico. Dado el caso que no pudieran pagar en las fechas señaladas, las cédulas devengarían el 6 % de interés y desde el mismo día de vencimiento, las rentas de aduanas se emplearían en el pago de las cedulas. Si seis meses después del vencimiento del plazo, no se hubieran aun efectuado el pago, las acciones del Banco Nacional que se habían dado en prenda serían vendidas en pública subasta en la ciudad de Nueva York. Y si en un año después de expirado el plazo aun se debiera algo, entonces podrían venderse en igual forma que las anteriores las acciones del ferrocarril también dadas en prenda. B) De acuerdo a los estipulado en el contrato del 26 de marzo de 1913 se

que nunca llegó a manos del Estado, al ser directamente, de nuevo, utilizado como pago de la deuda externa<sup>489</sup>. La energía eléctrica y los teléfonos<sup>490</sup> quedaron bajo el control del capital extranjero<sup>491</sup>.

A finales de los años veinte, se establecieron varias instituciones, entre ellas el Ministerio de Higiene y Beneficencia<sup>492</sup>, y se destinan recursos para la cons-

vendió a Brows Brothers el 51 % del capital del Ferrocarril Nacional del Pacífico, es decir 16, 830 acciones, en un millón de dólares. Los banqueros prestaban además al ferrocarril 500, 000 dólares. Esta última disposición aseguraba a los banqueros el dominio absoluto de los ferrocarriles. También los banqueros habían obtenido la garantía a través de esos mismos contratos que si la república quería vender sus acciones, Brown Brothers tenía el derecho preferente de comprarlas. Los directores de las Compañías serían nombrados así: seis por los banqueros, dos por Nicaragua y uno por el Secretario de Estados de los Estados Unidos. Este último debía ser el mismo representante para ambas compañías. La venta del ferrocarril por los conservadores...ocasionó no solo una pérdida material en muchos millones, sino también una fuerte migración del oro causado un gran desequilibrio en la balanza comercial de Nicaragua...EMILLANO CHAMORRO (1917-1921) que sucedió a ADOLFO DIAZ, continuó la política de los empréstitos. El primero de estos contratos fue el más importante: disponía la emisión de bonos por 9, 000, 0000 córdobas pagaderos en 15 años al 7 % con fondos de amortización...Nicaragua no solo quería construir un nuevo ferrocarril, sino también readquirir el antiguo: el llamado del pacífico, que los banqueros habían comprado por un millón de dólares en 1913. Esto requería un nuevo contrato en el que la República debía entregar 300, 000 córdobas en efectivo por el ferrocarril y 1, 450, 000 en cédulas más una comisión de 1 % sobre el valor nominal de esas cédulas. Este contrato no se lleva a cabo sino hasta 1924. Al finalizar su periodo presidencial en 1921, CHAMORRO concluyó en Nicaragua la política restauracionista y la hegemonía conservadora y fue sucedido en la presidencia por DIEGO MANUEL CHAMORRO (1921-1923), quien murió en ejercicio de sus deberes siendo sustituido por BARTOLOME MARTINEZ. Nicaragua, entonces, adquirió una dimensión nacionalista. Se da una apertura a los liberales y comienza una tensión contra la política "americanista". Se compra el ferrocarril y se adquiere el banco, operaciones de rescate que obedecen al cambio de gobierno orientado a una actitud nacionalista. CHAMORRO, C.: Las primera bases...Pág. 79 y 80.

<sup>489</sup> En el campo de las telecomunicaciones la empresa AII American Cable, compañía subsidiaria de la American Telephone and Telegraph controló el servicio de telégrafos y teléfonos, así que para 1928, poseía el cien por ciento de las acciones de las telecomunicaciones pues era la única compañía que prestaba este servicio. LOPEZ DOMINGUEZ.: Historia de las telecomunicaciones...Pág.165.

<sup>490</sup> EVANS, T.: *La transformación neoliberal del sector público*. CRIES. Managua, Nicaragua. Pág. 182.

<sup>491</sup> BARAHONA, hace el siguiente análisis: "Las observancias críticas del informe CUMBERLAND sobre la situación del país durante la gestión interventora, así como la toma de conciencia de la amenaza que representaba, para el modelo de dominación, la lucha popular de SANDINO, motivaron iniciativas del Departamento de Estado tendentes, por una parte, a que el aparato estatal jugase un papel promotor del desarrollo económico (concebido como desarrollo agrícola) y de la cohesión social, y, por otra, a dotarlo de un órgano de coerción verdaderamente eficiente. Como consecuencia, aparecen nuevas instituciones en el sector público". "Intervención Extranjera". En: *Economía y sociedad en la construcción del Estado en Nicaragua*. Pág. 215.

<sup>492</sup> Boletín Judicial. 1925. Pág. 4821.



trucción de una fuerza pública profesional y tecnificada. En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se declara que “no puede privarse al vecindario del uso del agua potable que es de utilidad pública”<sup>493</sup>.

A nivel local, durante los años de ocupación se mantuvo en vigencia, con sus reformas, hasta el año 1939, la ley municipal de 1901<sup>494</sup>.

El Estado Nicaragüense, veinte años después de las reformas emprendidas por el gobierno liberal, se caracterizaba por tener instituciones estatales intervenidas y desnacionalizadas, con una contracción del sector público y sin grandes inversiones en el servicio público.

Como puede verse, Nicaragua inició el camino para constituir un sistema de servicios avanzados. Sin embargo, los excesos del General ZELAYA y la intervención estadounidense frenaron de forma drástica este proceso, hundiendo el incipiente servicio público nicaragüense, que quedó, además, en gran medida, bajo el dominio del capital extranjero.

## 9. Conclusión

Los siglos XVI, XVII y XVIII representan para Europa dos hechos fundamentales: Por una parte, el surgimiento del Estado moderno y la revolución industrial; pero por la otra, las transformaciones políticas y culturales que trae consigo la revolución norteamericana y la francesa. Este conjunto de hechos termina definitivamente con el orden feudal prevaleciente en Europa hasta finales del Siglo XVIII; desaparece con él también la gravitación de la monarquía como eje de la política y del gobierno, surge y se desarrolla el Derecho Administrativo, como consecuencia de este proceso.

Para América Latina, y por ende para Centroamérica y Nicaragua, el Siglo XVI significa el nacimiento y constitución de sus sociedades, que tres siglos

---

<sup>493</sup> Señala FLAVIO ESCORCIA, que el 15 de enero del año de 1903 se dictó la primera reforma al régimen municipal implementado en 1901, en ella no se contiene ningún aspecto trascendental para la vida municipal...una nueva Constitución fue dictada en fecha 30 de marzo de 1905. Sobre el régimen municipal no hubo novedad, ella lo reguló de la misma manera que la Constitución de 1896...El 21 de diciembre de 1911, fue dictada una nueva Constitución Política, pero ella no empezó a regir, sino hasta el primero de marzo del siguiente año según su art. 167. En ella se repiten los preceptos constitucionales de la Libérrima, al establecerse que las atribuciones municipales serían puramente económicas y administrativas (art. 147). *Municipalidad y Autonomía en Nicaragua...*Pág. 52.

<sup>494</sup> ADAMS escribe que el Derecho Administrativo norteamericano a inicios de los años cincuenta, apenas tenía cincuenta años de vida en Inglaterra y Estados Unidos. *El Derecho Administrativo Norteamericano...*Pág. 21.

después se convertirán en naciones. Es decir, mientras Europa echaba las bases del Estado moderno, nuestras sociedades comenzaban solamente a articularse como tales, con la peculiaridad de que dicha constitución se hizo bajo el dominio e influencia de la monarquía española; así como también del catolicismo, lo que en la práctica significó el sometimiento de las nuevas colonias a un ordenamiento absolutista, bajo la reproducción de los modos de vida, de la visión del mundo y del ordenamiento político y económico de las estructuras semif feudales que imperaban en las metrópolis.

Las particularidades políticas y culturales de España repercutirán en las colonias: Y es que, entre la invasión visigoda y la posterior invasión y expulsión musulmana de la península ibérica, en ésta no se despliega ni se desarrolla en plenitud el modo de producción feudal, como si lo hiciese en el resto del continente europeo. Sin embargo, a partir del Siglo XVI España se vio rápidamente incorporada al mundo europeo -que a partir del desgaste de las instituciones feudales, ya comenzaban a echarse las raíces del Estado moderno-, y como el resto de los países europeos, va adoptando las características de la sociedad moderna y de la institucionalidad liberal.

A su vez, la falta de un desarrollo productivo y mercantil y la utilización de las riquezas que provenían de las colonias para el mantenimiento del Imperio, de la burocracia y de las guerras, implicó que tampoco se desarrollara en España la etapa pre-industrial. Todo ello producirá que el acceso de las instituciones sociales, política y culturales al mundo ibérico se hiciera con el mismo retraso y dificultad. Así sucederá en Centroamérica.

Como ocurrió en la metrópoli, surgieron en las nuevas colonias una institucionalidad económica, política y cultural muy particular, con una naturaleza marcadamente feudal, que generará a la vez relaciones sociales de producción que respondían, dentro de su propia especificidad, a los rasgos generales del tipo-ideal weberiano de feudalismo.

Con ello, se consolidó en las sociedades centroamericanas un orden social más estricto y cerrado que el de la metrópolis, que implicó una total ausencia de las prácticas sociales que fijaron la base para la formación de la sociedad civil en Europa. Es como si los elementos feudales, aún presentes en el orden europeo de la época, se hubiesen reforzado para reconstruir, en el Nuevo Mundo, aquel viejo orden que siglos de expansión mercantil estaban borrando en el Viejo.

Sin embargo, el orden económico y social emergente en nuestras sociedades estuvo muy lejos de ser la continuación del orden feudal en el nuevo continente, porque la estructura económica, volcada a la exportación de materias

primas a Europa, tuvo como consecuencia que se desarrollaran unidades económicas sin una red territorial e institucional que cohesionara y que otorgara identidades a los nuevos espacios sociales y políticos a nivel local y regional; que conllevo a que se formaran bases territoriales aisladas entre sí, impidiendo el desarrollo de un mercado interno y de la institucionalización de las practicas sociales mercantiles.

Un sistema productivo de materias primas orientado al mercado exterior, articulado por comerciantes con mentalidad rentista implicó, por una parte, la carencia de una visión a largo plazo de la actividad económica, y por ende la falta de interés por emprender proyectos productivos a largo plazo y de complejidad creciente.

A partir de todos estos antecedentes, podemos aseverar que las sociedades Centroamericanas reprodujeron lo peor del orden feudal y del orden mercantil, ya que no construyeron ni adhirieron espacios económicos y sociales, con la voluntad de construir vínculos territoriales, sino que la riqueza que se producía o que se generaba rápidamente partía a Europa, por lo cual no se reinvertía y no generaba nuevos capitales en los lugares donde era generada.

Podríamos decir, entonces, que la base de la economía colonial, consistía en explotar sin reinvertir, y de masificar el servilísimo para intensificar el uso de la mano de obra y aumentar con ello la ganancia, lo que generaría relaciones e instituciones sociales, políticas y culturales de carácter patrimonial, que habrían moldeando la historia social y política de nuestras sociedades y que determinarán su desarrollo.

Con la independencia, se comienzan a construir Estados Nacionales, con un orden jurídico, diferente a la tradición colonial. Pero lo paradójico, es que la naturaleza y las características del Estado que surge y se consolida en esta época está definida esencialmente por el tipo de relaciones económicas, productivas y sociales que provenían del periodo colonial.

El que haya surgido un Estado con un tipo de orden jurídico liberal, al estilo del modelo estadounidense, sobre las bases económicas y socioculturales del período colonial, significó que en la práctica, los elementos constitutivos para formar una sociedad civil -como correlato necesario del Estado liberal- eran limitados o del todo inexistentes.

Esta superposición de realidades fue posible en la medida que los protagonistas e ideólogos del proceso de independencia nacional y de construcción de los nuevos Estados intentaron recoger y aplicar los principios liberales y anticonservadores que surgieron de la Revolución Francesa y de la Independencia de los Estados Unidos, sin embargo, al ser aplicados en sociedades

que conservaban casi las estructuras coloniales y semif feudales, así como las formas de organizar el poder político y económico, conllevó que estas aplicaciones y construcciones teóricas dieran resultados distintos a los observados en sus lugares de origen.

Se levanta y se consolida entonces un Estado liberal dentro del esquema de relaciones sociales oligárquicas, en el que la institucionalidad resultante le permite a la nueva clase oligárquica imponer sus objetivos, intereses y su discurso ideológico a los sectores que contradecían abiertamente el orden político y económico colonial y que exigían abiertamente una restauración conservadora.

Desde mediados del siglo XIX y hasta principios del Siglo XX, el crecimiento demográfico y la relación entre campo y ciudad no provocaron ningún cambio profundo en los mecanismos tradicionales de las sociedades Centroamericana y nicaragüense; y en las relaciones sociales que la sustentaban, permitiendo que las estructuras sociales precedentes a la independencia mantuvieran toda su vigencia y fueran determinantes en la formación del Estado.

En consecuencia, la formación estatal centroamericana y nicaragüense se aleja de la forma en que surgió el modelo europeo y norteamericano al que quería imitar, ya que la falta de revoluciones burguesas, que dismantelaran el autoritarismo absolutista de la monarquía y el poder feudal de la nobleza, y consolidaran a la burguesía como la fuerza conductora de la sociedad -y de paso, que logran unificar el poder político y jurídico de los nuevos países, crear ejércitos y establecer una burocracia administrativa-, surge una versión autóctona y atrofiada del Estado liberal; que fue producto del desarrollo ulterior de las estructuras semif feudales imperantes en la región, mas que de un intento de destrucción de éstas por parte de las burguesías locales.

Una característica especialmente importante para nuestro tema de estudio es que, a pesar que surge el Estado Nacional en la primera mitad del XIX, en Nicaragua no aparece con ello la Administración Pública, ni leyes administrativa en sentido estricto, posiblemente porque esta disciplina era en ese entonces casi desconocida en el Derecho Anglosajón<sup>495</sup>, y nuestros próceres, constituyentes, gobernantes y legisladores, al imitar fielmente las instituciones norteamericanas, también copiaron su Derecho Público. Es casi a finales del siglo XIX, con el gobierno de ZELAYA, cuando la influencia de Francia se hizo presente a través del Código Civil y de Procedimiento Civil.

---

<sup>495</sup> De la década de los años veinte, es el Decreto sobre Alumbrado, la Comisión Nacional de Luz, y la Ley que otorga tener plantas de Luz.

Las obras que realizaron los gobiernos durante el siglo XIX son servicios económicos de caminos, canales, alumbrado eléctrico; pero a la par, servicios de instrucción pública y de beneficencia, que el Estado asume como responsabilidad propia, pero sin un régimen jurídico definido, ni con precisión jurídica alguna.

A inicios del siglo XX, la intervención norteamericana destruye la precaria institucionalidad y el ya bastante desarrollado sistema de servicios públicos que había generado las exportaciones durante el período liberal (1893-1909).

De tal manera que el Derecho Administrativo, y su figura de moda en Europa, el servicio público, durante este período no influyó, ni apareció en Nicaragua, y se tuvo que esperar cincuenta años para que se publicara la primera obra Derecho Administrativo, teórico y Positivo (Editorial Nuevos Horizontes. Managua, 1947) del maestro ILDELFONSO PALMA MATINEZ.

# CAPITULO V

## EL DESARROLLO HACIA DENTRO Y LA NACIONALIZACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

### 1. La crisis económica producto de la Depresión de 1929

La consolidación del modelo impulsado por las exportaciones en la década de los veinte coincidió con un período de paz y estabilidad. Esta estabilidad, combinada con la mejora en las condiciones económicas, permitió cierta relajación del clima político y facilitó el fortalecimiento del incipiente movimiento laboral tanto en el campo como en la ciudad, y se dieron regularmente elecciones, que en general estuvieron lejos de ser libres, para permitir la transferencia pacífica del poder, con sólo unas pocas excepciones<sup>496</sup>.

Estas tendencias habrían de tener corta duración, y cambiaron de dirección poco después del comienzo de la depresión de 1929, que se manifestó de inmediato en una brusca declinación de los precios internacionales del café, en la reducción en la demanda y, posteriormente, por contradicciones en la oferta de manufactura extranjera, es decir, por un debilitamiento generalizado del comercio exterior.

El primer país de Centroamérica que experimentó una baja en el valor de las exportaciones fue Nicaragua, en 1926<sup>497</sup>. En el periodo comprendido entre

<sup>496</sup> En Honduras la caída de las exportaciones se retardó hasta 1930/1, por consiguiente, la fase “depresión de 1929 es una descripción conveniente, que aunque ligeramente inexacta, de los eventos que se desarrollaron en Centroamérica en el periodo posterior a 1926” PEREZ BRIGNOLL, H.: *Breve Historia de Centroamérica*. Alianza Editorial. España. 1985. Pág. 87

<sup>497</sup> La situación fue particularmente seria en El Salvador, donde se cree, en general, que la demora de tres meses para pagar al ejército contribuyó al golpe militar de 1931, lo que iniciaría un profundo malestar social que devendría en un estallido social y en el levantamiento campesino en la región de Izalco, la cual repercutió hondamente en la región.

1930 y 1945, no aumentó ni la capacidad productiva interna ni se diversificó la exportación. Con lo que los precios del café sufrieron durante los años 30 el descenso más violento de toda su historia.

En Nicaragua, las exportaciones se redujeron en un promedio del 55 por ciento en un periodo de 4 años a partir de 1929. Los precios del café solo recuperan su nivel en 1949.

El agudo descenso en el valor del comercio exterior redujo las rentas del sector público y provocó una crisis fiscal. La primera víctima de la misma fue el gasto en inversión pública y la restricción del crédito bancario y de los gastos presupuestarios, a pesar de lo cual pronto resultó necesario también reducir o diferir los salarios de los empleados públicos.

El Estado impulsó una política deflacionaria que reforzó, a largo plazo, los efectos de la crisis y redujo aun más las posibilidades de movilizar los recursos existentes a través de los instrumentos institucionales.

Los créditos para inversiones se redujeron, y dentro de la pequeña economía urbana, el desempleo se convirtió en un problema serio en el sector privado, mientras que el sector público sufrió de una disminución en salarios reales así como un cierto desempleo.

En el sector cafetalero los salarios reales de los empleados disminuyeron y comenzó a surgir un excedente laboral. Un reto adicional al gobierno provinó de los caficultores, quienes se vieron amenazados por el embargo y la bancarrota a raíz de los precios del café en vías de descenso. Al mismo tiempo, el grupo más rico dentro del sector cafetalero presionó al estado para que retirara las tímidas reformas que se habían extendido a las organizaciones laborales en la década de 1920.

Sin embargo, para 1935, la severidad de la Depresión ya era obvia, y el valor de las importaciones descendió aún más rápidamente que el valor de las exportaciones. Es así como en Nicaragua y otros países centroamericanos incurrieron en excedentes en el comercio visible durante los peores años de la depresión.

En Guatemala, los pagos diferidos de sueldos a finales de 1930 fueron un factor que explicó el golpe militar de diciembre de 1930. El gobierno de Ubico, en 1933 fusiló a los dirigentes sindicales, estudiantes y políticos, al mismo tiempo que dictaría leyes “contra la vagancia” para castigar el descontento del campo. PASTOR RODOLFO.: *Historia de Centroamérica* El Colegio de México. México. 1988. Pág. 140.

El oro comenzó a fugarse del país, ejerciendo una notable presión en las reservas bancarias de las repúblicas y, el gobierno se vio obligado a abandonar el patrón y a prohibir la exportación de oro.

Sin embargo, fueron tres grupos los que experimentaron penurias con particular severidad: empleados del sector público, el proletariado urbano y el sector exportador. El desplome del crecimiento impulsado por las exportaciones, a raíz de la depresión de 1929, dejó a ciertos grupos de la economía más expuestos que otros.

La crisis en la industria cafetalera fue particularmente seria, ya que puso en tela de duda a todo el modelo impulsado por las exportaciones; los mecanismos de los cuales dependían previamente para salvaguardar los intereses del sector cafetalero en un período de depresión (como en 1920/1) resultaron inadecuados después de la depresión de 1929.

El estado débil formado durante el período de la oligarquía liberal estaba sujeto a presiones desde varios ángulos y los intereses de la industria cafetalera ya no estaban seguros.

La depresión de 1929 reveló la debilidad del estado oligárquico liberal y del modelo relacionado de crecimiento impulsado por las exportaciones. Ante el derrumbe de las rentas estatales y la presión de la mayor parte de grupos afectados para que el estado tomara medidas, los gobiernos de las repúblicas respondieron de forma que fueron totalmente inadecuadas<sup>498</sup>.

<sup>498</sup> La década de 1930 se convirtió políticamente en la década de los caudillos. El primer caudillo surgió de las cenizas de la depresión fue el General Jorge Ubico de Guatemala. En El Salvador, el levantamiento de enero de 1932 provocó represiones en Guatemala y pronto los líderes obreros más conocidos del país fueron encarcelados o fusilados.

La transición al caudillismo en Honduras fue afectada por la fecha de llegada de la depresión, la cual no alcanzó a la república hasta 1931. La versión costarricense del caudillismo operó durante parte de la década de 1930 y en la de 1940, aunque no se rompió la tradición de elecciones presidenciales cada cuatro años. León Cortés aunque no era un militar fue descrito como caudillo.

Los acontecimientos políticos en Nicaragua durante la depresión estuvieron condicionados más por las consecuencias de la ocupación de Estados Unidos que por el deterioro en las condiciones económicas y sociales. La elección de noviembre de 1932, supervisada por los infantes de marina de los Estados Unidos, resultó en la victoria del liberal Juan Bautista Sacasa.

El general Augusto César Sandino fue asesinado en febrero de 1934. Esta muerte dejó el camino libre a la presidencia para Anastasio Somoza, que presiono a su tío, el Presidente Sacasa, para que renunciara en junio de 1936. Anastasio Somoza tomó posesión como Presidente el 1º de enero de 1937. Con el ascenso de Somoza al poder en Nicaragua, se completó la transición hacia el caudillismo autoritario en Centroamérica.

La principal causa del surgimiento del caudillismo autoritario fue por lo tanto la propia depresión. La caída en los ingresos reales fue muy pronunciada y, en consecuencia, fue inevitable el trastorno político. BULMER-THOMAS, V.: *La economía política de Centroamérica desde 1920*. ( San José: Banco Centroamericano de Integración económica, 1989). Pág. 43



Dentro de cada república, convergieron las ideas de los grupos más poderosos de interés. Primero, fue necesario salvaguardar los intereses del sector exportador, al cual estaban ligados esos grupos; segundo, todas las manifestaciones de descontento social y laboral se debían aplastar, y tercero, se debían restaurar las finanzas públicas hasta una posición sólida gracias a un presupuesto balanceado.

Las elites consideraban que se necesitaba un hombre fuerte para ejercer programa de gobierno; pero no hubo ninguna escasez de candidatos<sup>499</sup>. La aparición del caudillismo autoritario marco un giro crítico en la economía política, y su principal causa fue la propia depresión de los años treinta.

---

<sup>499</sup> Posterior a la Segunda Guerra Mundial surgen cinco corrientes teóricas y académicas que pretenden analizar las condiciones de pobreza y “atraso” de las sociedades latinoamericanas, las que instalando en sus análisis la dualidad desarrollo-subdesarrollo, pretendían nutrir con sus análisis y propuestas a las políticas y estrategias de intervención del Estado. La primera de estas corrientes es de carácter neoclásico, de la que se desprende que el desarrollo es un *continuum* entre un estado de subdesarrollo hasta otro de desarrollo. El principal exponente de esta corriente, ROSTOW (en su libro *Las etapas del crecimiento económico*. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid. 1993) plantea que en un proceso de tipo lineal el subdesarrollo vendría a ser la antesala necesaria que es preciso superar, debiendo para ello reunir las condiciones de la primera etapa (el subdesarrollo) para así contar con las condiciones que la lleven a un estado de pleno desarrollo capitalista. La segunda corriente es de carácter funcionalista, la que a través de una lógica cuantitativa y determinista, plantea que dentro de un *continuum* global de desarrollo, se puede medir el grado de desarrollo de un país si se consideran determinados indicadores tales como la alfabetización, la educación, la natalidad, etc. Otra variante de carácter estructural-funcionalista, es la denominada corriente de la modernización o sociología del desarrollo, cuyo principal exponente, GERMANI concibió el desarrollo en términos de tránsito de la “sociedad tradicional” a una “sociedad industrial, desarrollada y moderna”, donde las sociedades europeas y norteamericanas eran el modelo a alcanzar; en este sentido era necesario determinar la propensión de una sociedad para transitar hacia el desarrollo en términos de la asimilación de los valores y conductas propias de la sociedad industrial mediante el abandono del subdesarrollo y la superación valorativa de la sociedad tradicional. Existe otra variante dentro de las teorías del desarrollo denominada “dualismo estructural”, esta variante agrupa dos subcorrientes de suma importancia en el pensamiento latinoamericano, la primera conocida como la teoría de la dependencia y la segunda, el pensamiento “cepaliano”. El paradigma del dualismo estructural plantea que en las economías nacionales conviven dos polos, uno capitalista y otro no capitalista o premoderno; el primero posee un alto nivel tecnológico y es generador y concentrador de riqueza; en cambio el otro polo sería atrasado, poseería un sistema productivo básico y tendería a la marginalidad social. Estos polos que convivirían en las economías y en las estructuras sociales latinoamericanas, formarían parte también de un continuum respecto al sistema económico internacional donde las economías latinoamericanas eran parte periférica y donde las economías de Europa y Norteamérica eran el centro. Lo anterior fue el precepto de base de la teoría de la dependencia, que plantea que la condición de dependencia de las economías latinoamericanas respecto a las economías desarrolladas, así como también la condición de desarrollo, eran condiciones estructurales de éstas economías dentro del sistema capitalista internacional. Para profundizar, véa-

## 2. El modelo económico del desarrollo hacia dentro

A partir de los años treinta poco a poco el Estado fue ampliando sus funciones y se transformó en un agente protagónico del desarrollo “hacia adentro”, que tenderá a generar mecanismos y estrategias de desarrollo económico a través de un capitalismo de Estado -llamado “benefactor o desarrollista”- que será un instrumento que cambiará drásticamente las estructuras económicas y sociales del país, ya que fomenta la industrialización sustitutiva de importaciones; invierte en obras de infraestructura, expande los servicios públicos y promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares.

Dentro de las distintas concepciones y teorías para interpretar e intervenir en los problemas asociados al desarrollo<sup>500</sup>, se impusieron las ideas de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL)<sup>501</sup>, organismo de Naciones Unidas que planteaba que el subdesarrollo no es un ‘momento’ en la evolución continua de una sociedad económica política y culturalmente aislada y autónoma, sino que por el contrario es parte de un proceso histórico y global

se entre otros, AGUILAR, A.: *Problemas estructurales del subdesarrollo*. México. UNAM. IIEC. 1971; AGUILAR, A.: *En torno al capitalismo latinoamericano*. México. UNAM, IIEC. 1975; BAGU, S.: *Industrialización, sociedad y dependencia en América Latina*. México. UNAM. 1973; BAMBIRRA, V.: *El capitalismo dependiente en América Latina*. Santiago de Chile. Edi. Prensa Latinoamericana. 1973; HENRIQUE CARDOSO, F.: *Problemas del Subdesarrollo Latinoamericanos*. México. Nuestro Tiempo. 1a Edición, 1973; HENRIQUE CARDOSO.: *El proceso de desarrollo en América Latina (Hipótesis para una interpretación sociológica)*. Santiago de Chile. ILPES. 1965; HENRIQUE CARDOSO.: *Estado y sociedad en América Latina*. Buenos Aires. Nueva Visión. 1973; ENZO FALETTO Y HENRIQUE CARDOSO.: *Dependencia y desarrollo en América Latina*. México. Edi. Siglo XXI. 1969; GUNDER, F. A.: *Capitalismo y subdesarrollo en América Latina*. La Habana. Editorial de Ciencias Sociales del Instituto del Libro. 1970; HINKELAMMERT, F.: *El subdesarrollo latinoamericano*. 1970; KAPLAN, M.: *Formación del estado nacional en América Latina*. Santiago de Chile. Edi. Universitaria. 1969; KAPLAN, M y otros.: *Problemas estructurales de América Latina y planificación para el desarrollo*. Buenos Aires. Edic. Omeba. 1968; TORRES RIVAS, E.: *Interpretación del desarrollo social centroamericano; procesos y estructuras de una sociedad dependiente*. 3a. Ed. San José Costa Rica. Universidad Centroamericana. 1973.

<sup>500</sup> BULMER-THOMAS señala que “para principios de la década de 1950, las ideas de la CEPAL sobre el desarrollo económico ya estaban haciendo sentir su presencia y en Costa Rica, El Salvador, Guatemala e incluso en Honduras, esta en el poder gobiernos nominalmente comprometidos con un enfoque de “desarrollo”. *La economía política desde... Pág. 154.*

<sup>501</sup> SUNKEL, O y PAZ, P.: *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo*. Editorial Siglo XXI. México. 1981.

que incluye a todas las sociedades, que viene definido por una división internacional del trabajo y por los términos de intercambio entre los distintos países<sup>502</sup>.

<sup>502</sup> Como podemos apreciar, la CEPAL intentaba superar la noción subdesarrollo asociada a un proceso aislado respecto al estado ideal de desarrollo, ya que tanto el uno como el otro son partes estructurales -parciales e integradas- de un todo complejo único, que supera las condicionantes nacionales y que forman parte de unos procesos de interacción a nivel internacional. Esto implicaría que en el sistema económico existiría una parte desarrollada y dominante, dada su capacidad endógena de crecimiento, y otra parte subdesarrollada que, producto de un crecimiento inducido, es dependiente. Situación que, como dijimos, se daría en el contexto internacional pero también en las mismas estructuras económicas y sociales de cada uno de los países subdesarrollados.

Al ser un proceso que dependía fundamentalmente de la participación estatal, y a falta de un proceso interno de ahorro e inversión interno y de la generación de tecnología endógena, la industrialización sustitutiva de importaciones se comenzó a financiar a través de un fuerte endeudamiento externo (tanto público como privado), así como también con el consumo de las divisas provenientes de las exiguas exportaciones. A su vez, el deterioro en los términos de intercambio a nivel internacional, limitó la capacidad de desarrollo y expansión del mercado interno; por otra parte el comercio nacional no alcanzaba a desarrollar la industrialización interna que permitiese la sustitución de bienes importados, diversificar las exportaciones y aumentar la entrada y el mantenimiento de divisas en los países. Esta dinámica comenzó a generar un estrangulamiento del sistema económico, en tanto el endeudamiento externo para financiar el proceso de industrialización no fue congruente con la generación de recursos para hacer sustentable las inversiones, generar un sistema solvente de pagos a los acreedores internacionales y contener la fuga de capitales que se producían.

Así, el crecimiento buscado a través de la sustitución de importaciones se disocia de un desarrollo integral; "es un crecimiento insuficiente, respecto al aumento de la población, desigual en la distribución de sus frutos, siempre amenazado de estancamiento y regresión. Favorece la monopolización de sus beneficios, la concentración de la riqueza y el poder, la polarización económica y social. Se frustran necesidades y demandas de grupos significativos o mayoritarios, respecto a las mejoras en el empleo, el ingreso, el consumo, los satisfactores básicos, la seguridad y el bienestar sociales, la participación ampliada y la democratización". Se produjo un estancamiento que impidió superar las relaciones virtuosas con el mercado externo, situación que comenzó a hacer crisis a mediados de los años setentas y tuvo su punto culminante con la crisis de la deuda en 1982. Así, resultado evidente que "el añorado desarrollo nacional autónomo no fue, en efecto, más que una quimera. La economía latinoamericana no logró desarrollar un mecanismo autónomo de acumulación, puesto que ésta siguió dependiendo en última instancia de la dinámica del sector primario exportador y de sus avatares en el mercado internacional".

El rol interventor del estado no sólo se dará en el plano de lo económico, sino que también se expresará en su papel de organizador de lo social y de lo político, lo que tendrá como consecuencia que el Estado se terminará de consolidar como el catalizador y referente principal de la acción colectiva organizada fuera de él, lo que le dará, durante todo este período, un papel central a lo político en la estructuración de la acción social y en la organización de la sociedad.

Se produjo así una relación entre sistema partidario y organización social que se encontraba en permanente tensión hacia el Estado, "en donde el papel del sistema partidario fue fundamental en la constitución de actores colectivos que combinan la referencia política-ideológica con la referencia a la "base organizada". En este caso el papel fundamen-

Bajo esta lógica, el subdesarrollo como el desarrollo vendría a formar parte un mismo proceso histórico universal, ya que ambos procesos son históricamente simultáneos y están vinculados funcionalmente. Es decir, el desarrollo y el subdesarrollo es un proceso de generación de riqueza que posee dos caras, que se relacionan, interactúan y son mutuamente dependientes; proceso que tiene lugar en espacios geográficos concretos, donde se genera una división del mundo en dos polos: por una parte los estados nacionales industriales, avanzados, desarrollados; y, por otro, los estados nacionales subdesarrollados, atrasados, pobres, periféricos, dependientes. Sin embargo, esta dualidad en el campo internacional, se produce también dentro de los estados nacionales, donde existirían áreas, grupos sociales y actividades avanzadas y modernas, que conviven y muchas veces dependen de otras áreas nacionales, grupos y actividades más atrasadas, con menor desarrollo tecnológico y más dependientes<sup>503</sup>.

Para la superación de la situación de dependencia, la CEPAL proponía transformar la estructura productiva y social, a fin de lograr con ello un crecimiento autónomo y un estado de pleno desarrollo capitalista.

Para cumplir estos objetivos, la acción del Estado se hacía fundamental, en tanto era el único instrumento capaz de generar una intervención que crease las condiciones iniciales para el desarrollo, corrigiendo para ello la estructura social que impedía la expansión interna del mercado y con ello la emergencia de una sociedad moderna.

En resumen, ante la inexistencia de bases e instituciones sociales que pudiesen llevar por sí solas a cabo el proceso de modernización y desarrollo, se definió al Estado como el único instrumento capaz de generar las estrategias e implementar las medidas tendentes a crear y consolidar las prácticas sociales de una economía capitalista, así como promocionar el desarrollo y regular la distribución de la riqueza.

El tipo de Estado que surge a partir de los postulados Cepalianos, es el denominado “Estado desarrollista”, y el modelo de desarrollo que se encuentra

tal del Estado como foco de la acción colectiva y agente de desarrollo y distribución, se caracterizó porque la expansión de sus funciones se hizo normalmente por “agregación” y casi nunca por reestructuración o transformación interna.” BULMER-THOMAS, V.: *La historia económica de América Latina desde la independencia*. Fondo de Cultura Económica. México. 2000. Especialmente las páginas, 229-357; CARDOSO, C, PEREZ BRIGNOLI, H.: *Historia económica de América Latina*. Editorial Grijalbo. Tercera Edición. Barcelona.

1984

<sup>503</sup> BULMER THOMAS, V.: *La economía política desde...* Pág. 233-260.

asociado a éste es el modelo de Industrialización por Sustitución de Importaciones, que, en términos generales, buscaba la industrialización a través de la sustitución de bienes de consumo “simples”, cuya elaboración no requería una alta tecnología y cuya rentabilidad estaba asegurada por la manutención de un mercado cautivo, a través de una alta tasa impositiva a los bienes importados.

Con una fuerte inversión por parte del sector público, se iniciaría una rápida transformación y modernización de las estructuras productivas, lo que permitiría la sustitución de bienes simples, el ensanchamiento del mercado interno y la generación de nuevas unidades productivas. En este sentido, la participación del Estado se volvería cada vez mas determinante en el proceso económico, ya que éste proveía los recursos financieros para la inversión a tasas preferenciales, otorgaba subsidios a la importación de bienes de capital, exoneraciones impositivas por un plazo prolongado de años, asistencia tecnológica y protección arancelaria a la naciente manufactura nacional, para ayudarla a superar con éxito la curva de aprendizaje, después de lo cual se suponía que las empresas estarían en condiciones de enfrentarse con éxito la competencia de las empresas extranjeras<sup>504</sup>.

Las ideas de la CEPAL sobre el desarrollo económico pronto hicieron sentir su presencia en Nicaragua<sup>505</sup>, y el gobierno se comprometió con la modernización capitalista, que a la vez requería un mayor gasto estatal, particularmente en infraestructura social (camino, presas y aeropuertos).

---

<sup>504</sup> EVANS señala que en este período (1950-1973) la economía fue caracterizada por un auge internacional que permitió una expansión extraordinaria de la producción capitalista agro exportadora, sobre todo en el algodón. Luego se desarrolló un importante sector financiero, y, a finales de los 60, se añadió un sector de industria manufacturera dentro del marco del Mercado Común Centroamericano. La transformación. Pág. 183.

<sup>505</sup> PATRICIA DEL CARMEN MAYORGA, indica que la “caracterización del Estado Somocista fue su organización administrativa, cuyo rasgo esencial fue su centralismo absoluto por parte de SOMOZA y la concentración del aparato estatal en el Departamento de Managua”. Así mismo, señala que el “aparato Estatal somocista, estaba conformado por diez Ministerios: Gobernación, Relaciones exteriores, Hacienda y crédito público, Educación Pública, Obras Públicas, Defensa, Salud Pública, Economía, Industria y Comercio, Agricultura y Ganadería y Trabajo. Sin embargo, indica que “los sistemas administrativos no estaban definidos, ni mucho menos explícitos; no había un sistema presupuestario coherente, sistemas contables consolidados, sistemas de administración de personal, de auditoría, ni menos de planificación sectorial o regional ni siquiera institucional que le diera coherencia a la gestión estatal, lo que impedía a los directores del Estado tener la capacidad de manejar una serie de instrumentos para dirigir el aparato estatal hacia determinados objetivos optimizando los recursos disponibles. *Transformaciones estructurales y funcionales del aparato burocrático del Estado Nicaragüense. Período. 1975-1985.* Managua, Nicaragua. 1987. Pág. 21 y 52.

Asimismo, esta modernización se manifestó en la creación de una serie de instituciones económicas, que se incluyeron en el Instituto de Fomento Nacional (1958), el Banco Central (1961), el Instituto Nacional de Comercio Exterior e Interior (1962), el Instituto de la Reforma Agraria (1964), el Instituto de Bienestar Campesino (1976) y la Dirección de Planificación<sup>506</sup>.

En el período de 1950 y 1973, la cantidad de entes autónomos ascendió de dos a dieciocho. Entre los años de 1963 y 1966, se desarrolló una campaña masiva de educación que penetró exitosamente a las áreas rurales. El Estado participó activamente en la formación de empresas manufactureras dirigidas al Mercado Común Centroamericano.

En resumen, a partir de esta redefinición del Estado, éste se transformó en un instrumento que cambiará las estructuras económicas y sociales del país, mediante el fomento de la industrialización sustitutiva de importaciones<sup>507</sup>;

<sup>506</sup> En 1958 se firma el Tratado Multilateral sobre Libre Comercio e Integración Económica Centroamericano y el Convenio de Industrias de Integración. A continuación, se creó el Convenio de Equiparación de Aranceles, firmado en septiembre de 1959. BULMER THOMAS, explica que “según las medidas convencionales del progreso económico, la década de 1960 fue una Edad de Oro para Centroamérica...la realidad de la década fue algo diferente. Los formuladores de política no proporcionaron un marco adecuado para garantizar que los beneficios netos del MCCA se distribuyeran equitativamente entre las cinco repúblicas, de manera que la estrategia de industrialización se vio amenazada desde el principio por las diferencias entre los países. *La economía política de Centroamérica desde 1920*. BCIE. San José, Costa Rica. 1989. Pág. 233.

<sup>507</sup> A pesar de estos avances, se observan los siguientes problemas en el desarrollo del aparato estatal: 1) Organización: Poca estructuración de los mecanismos de coordinación entre los niveles superiores del Estado y las Instrucciones. Puesto que los mecanismos de coordinación se basaban en intereses personales de la camarilla gobernante; los sistemas administrativos no estaban definidos ni explicados por lo que las instituciones estatales eran organizaciones aisladas; los mecanismos de orientación y control del aparato administrativo se concentraba en el Banco Central de Nicaragua y la Guardia Nacional. 2) Gestión: Centralización del proceso de decisión y conducción económica en el Banco Central de Nicaragua en detrimento de las otras estructuras formales (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Economía, Industria y Comercio), que se caracterizaba por ser extremadamente débiles. Poca ingerencia en la conducción e implementación de Políticas estatales por parte de casi la totalidad de la Administración Pública. 3) Normativa. La Presidencia no formulaba ni aprobaba políticas macro-económicas en función de indicadores macro-económicos y pautas de desarrollo explicadas. El Estado somocitas tenía dos bases fundamentales para su funcionamiento, la Guardia Nacional, y el Banco central de Nicaragua. Los mecanismos de orientación y control del aparato administrativo del Estado por parte de la dinastía era a través de esos dos organismos. La Guardia Nacional, además de su papel militar daba coherencia al aparato administrativo a través de la ubicación de militares en diferentes puntos estratégicos de la administración pública. El Banco Central, por su parte, reunía todos los elementos de la conducción de la política económica que eran importantes para el modelo de desarrollo que estaba impulsando el

invierte en obras de infraestructura, promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares; y expande los servicios públicos<sup>508</sup>.

### 3. La evolución de los servicios públicos

#### 3.1 Bloque de Servicios Sociales: Seguridad Social, Sanidad y Educación.

**3.1.1 Seguridad Social.** - El 12 de octubre de 1930 se aprueba la Ley del Sistema de Jubilación al magisterio mayor de 60 años, con un periodo mínimo de 20 años de ejercicio<sup>509</sup>. Diez años más tarde en 1940, se emite el Reglamento de jubilación, Pensiones y Subsidios de Obreros y Empleados Ferroviarios<sup>510</sup>.

El 26 de octubre de 1940, se creó el Fondo de Pensiones y Ahorro para Empleados de la Banca Nacional y el 1 de abril de 1945, se aprueba el primer Código del Trabajo, que recoge las inquietudes de los trabajadores con el ánimo de armonizar las relaciones con los empleadores para la garantía de sus derechos. A finales de esa década, el 24 de mayo de 1949, se crea la oficina de Pensiones y Retiros de la Guardia Nacional.

En las Constituciones de 1939 (art. 104), 1948 (art. 85) y en la de 1950 (art. 97), se anuncia la creación de parte del Estado, del Instituto Nacional de Seguridad Social<sup>511</sup> “a favor de los trabajadores, para cubrir los riesgos de enfer-

gobierno somocista...las estructuras organizativas para la conducción económica del país se caracterizaban por ser extremadamente débiles; era el caso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o el Ministerio de Economía, Industria y Comercio que eran estructuras normativas, reguladoras y de control mínimo. Se puede observar muy rápidamente la extrema debilidad de estos organismos comparados con el Banco Central. MAYORGA SACASA: *Transformaciones estructurales...* Pág. 48, 49 y 50.

<sup>508</sup> Decreto sobre Jubilaciones, 22 de agosto de 1930, Gaceta No. 184

<sup>509</sup> 31 de octubre de 1940. Gaceta No. 244. 245, 246

<sup>510</sup> El más antiguo antecedente de participación de Nicaragua en actividades relacionadas con la seguridad social fue en la Convención Internacional sobre Derecho Laboral realizada el 7 de febrero de 1923 en Washington. En la Convención los cinco países Centroamericanos se comprometieron a desarrollar programas de Seguro Social en sus respectivos países. Aunque el Convenio fue ratificado por Nicaragua el 24 de julio de 1924, por desgracia, esta Declaración de intenciones no tuvo una incidencia decisiva, probablemente atribuidas a las condiciones políticas-económicas de los países centroamericanos. Para una mayor información sobre este convenio, véase, SANDINO ARGUELLO.: *Compendio de derecho del trabajo Nicaragüense*. Managua, Nicaragua, Tomo I y II.

<sup>511</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua*. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1958. Pág. 921.

medades comunes, invalidez, ancianidad y desocupación, mediante racional concurrencia del Estado, del beneficiario y del patrón<sup>512</sup>.

<sup>512</sup> El desarrollo de la Seguridad Social en América Latina, lo podemos dividir de la siguiente manera: a) Pioneros (1924-1940). Chile fue el primer país en América Latina en implantar el Seguro Social Obligatorio de Enfermedad y Maternidad, a través de la Ley del 8 de septiembre de 1924. La Organización Internacional del Trabajo influye para que otros países se incorporaran al régimen de protección de los riesgos profesionales con leyes especiales y así lo hicieron Paraguay en 1927, República Dominicana en 1932 y Cuba en 1933.

b) Intermedios (1941-1950) y c) Tardíos (1951-1960). Sin embargo, no fue hasta 1934 cuando cobra creciente actividad legislativa la Seguridad Social en América Latina, cuando el Ecuador en 1935 promulga la ley del Seguro Obligatorio para todos los riesgos, excepto de accidentes.

Bajo el auspicio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se logra celebrar la primera Conferencia Regional del Trabajo de los Estados Americanos, en Santiago de Chile y en la que se hicieron presentes 20 naciones.

En la segunda Conferencia Interamericana del Trabajo de 1939, celebrada en la Habana, se adoptaron las más importantes resoluciones sobre el Seguro Social de Latinoamérica. Venezuela, un año después, implanta un Seguro Obligatorio contra riesgos de Enfermedad, Maternidad accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, creando además un organismo administrativo: El Instituto Central de Seguridad Social.

La importancia que adquirió el tema del Seguro Social en América Latina fue tal que, en Diciembre de 1940, se creo en Lima, Perú, el Comité Interamericano de Iniciativa, en donde acordaron convocar en Santiago de Chile una conferencia para estudiar a profundidad esta materia.

La primera Conferencia Interamericana de Seguridad Social fue honrada con la concurrencia de una Delegación del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y de la Delegación de la Oficina Sanitaria Panamericana. De esta Conferencia nació la Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS) con gran actividad durante los años de 1943 y 1944.

De esta forma, Costa Rica publica un Código de Trabajo y una ley creadora de la Caja Costarricense de Seguridad Social. Panamá promulga su nueva ley de Seguro Social. Ecuador reforma su ley de Seguro Social, integrando con ella todos los infortunios incluso accidente de trabajo. Paraguay implanta el Seguro Social Obligatorio que cubría, todos los riesgos, incluso los accidentes de trabajo. Uruguay crea las Cajas de Compensación de Asignaciones familiares. México publica el Reglamento del Seguro Social. Un año después, Venezuela promulga el Reglamento de la ley de Seguro Social y los Estatutos del Instituto Central del Seguro Social; y Argentina crea el Instituto Nacional de Previsión Social. En 1945 Nicaragua promulga el Código del Trabajo. Sobre este desarrollo, véase, BENAVIDES, JOSE.: *Reseña histórica de la Seguridad Social en Nicaragua, y Concepto y evolución histórica de la "Previsión Social" y su modalidad en Nicaragua*. Monografía; *Ley Orgánica de Seguridad Social y Reglamento general del Instituto Nacional de Seguridad Social*. 4a. ED. Managua. INSS. 1971; ARGUELLO SANDINO.: *Compendio de derecho del trabajo Nicaragüense*. Managua, Nicaragua, Tomo I y II; TIJERINO MEDRANO, A.: *La legislación laboral de Nicaragua y los Convenios de la OIT*. Managua, Nicaragua Tomo I y II. 1978; NAVARRO CARRANZA, G.: *El Seguro Social en Nicaragua*. León, Nicaragua. 1964. Monografía; INSSBI. *Evolución del Seguro Social en Nicaragua*. INSSBI. Nicaragua. 1960-1974; ORTEGA MALIÑO, A.: *Internacionalización de la Seguridad Social*. Monografía; RIVERA PINE, M. A.: *Síntesis del Seguro Social Nicaragüense*. León. Nicaragua. 1962; SIERRO ROJAS, P.: *El sistema de Seguridad Social en Nicaragua*. Monografía. UCA. Managua, Nicaragua, enero. 1994.



La aplicación del Seguro Social en Nicaragua obedeció al mandato constitucional contenido en el Art. 97 de la Ley fundamental de la República de 1950, que dice: “El Estado establecerá el Instituto Nacional de Seguridad Social a favor de los trabajadores, para cubrir los riesgos de enfermedades comunes, invalidez, ancianidad y desocupación, mediante racional concurrencia del Estado, del beneficiario y del patrón. La correspondiente reglamentación será objeto de la ley<sup>513</sup>”.

Consecuentemente, por decreto del 7 de julio de 1952, se crea el Ministerio del Trabajo como Secretaría de Estado, responsable de la aplicación del Código del Trabajo y del Seguro Social<sup>514</sup>.

Por decreto del 9 de mayo de 1955, se crea la “Comisión Planificadora del Instituto Nacional de Seguridad Social”. Esta comisión preparó un Anteproyecto que, después de ser revisado desde el punto de vista legal por una comisión de juristas, fue presentado a consideración al Presidente de la República, quien dio su aprobación en acuerdo número 247 del 29 de septiembre de 1955, para presentarlo a la consideración del Honorable Congreso Nacional como Proyecto de *Ley Orgánica de Seguridad Social*.

De acuerdo al mandato constitucional, fue aprobada la Ley Orgánica de Seguridad Social, promulgada por el Decreto No. 161 del 22 de diciembre de 1955, y publicada en la Gaceta No. del 2 de Enero de 1956.

La Ley establecía el Seguro Social Obligatorio como parte del Sistema de Seguridad Social, con carácter de *servicio público*, para atender exclusivamente a los trabajos asalariados de cualquier naturaleza en la protección de las siguientes contingencias sociales: 1. Enfermedad. 2. Maternidad 3. Invalidez. 4. Vejez. 5. Muerte y Superviviente. En el espíritu de la ley, por Seguridad Social se entendía la protección económica y de la salud de la población, que se desarrolla en tres aspectos primordiales: 1. La Asistencia Social orientada hacia la protección de la población desvalida. 2. La Asistencia Médica encar-

---

<sup>513</sup> En enero de 1954, Nicaragua envió sus delegados al Segundo Seminario Centroamericano Panameño de Seguridad Social, que se efectuó en Panamá, presidido por el Ministro del Trabajo Dr. Ramiro Sacasa Guerrero, a cuya solicitud se incluyó, en uno de los puntos del Seminario en referencia, un *Estudio de las medidas previas a creación de un régimen de Seguridad Social y normas para ponerlo en ejecución*. Revisados por los técnicos de la OIT, y los directores de las Instituciones de México, Centroamericana y Panamá, se preparó un documento llamado *Informe acerca del estudio de las medidas previas a la creación de un régimen de Seguridad Social*, del cual resultó un documento base que posteriormente fue ampliado. *Compendio de derecho del trabajo*, tomo II

<sup>514</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua*. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1958. Pág.780.

gada de la protección de la salud de todo el país; y 3. El Seguro Social, destinado a la protección de los trabajadores en aquellos eventos que disminuyen o anulan temporal o definitivamente su capacidad de trabajo.

El año de 1956 se dedicó a la elaboración del Reglamento General del Instituto Nacional de Seguridad Social, que fue aprobado por Decreto Ejecutivo No. 7 del 12 de Noviembre de 1956. Asimismo, la organización administrativa y las labores de afiliación y de funcionamiento de los servicios médicos. En el mes de Febrero de 1957 se comenzó a aplicar el Seguro Social en Nicaragua.

**3.1.2 Salud.-** En lo que respecta a la salud, la Constitución de 1893 contemplaba que era deber del Gobierno Central y las municipalidades la reglamentación de la higiene. Sin embargo, fue en la Constitución de 1939 en la que se estableció que “El Estado y los municipios velarán por la sanidad y mejoramiento social de la familia”(Art. 79)<sup>515</sup>.

El Ministerio de Salud inició sus funciones a partir de la promulgación y puesta en vigencia de la ley Núm. 2 del 24 de abril de 1964<sup>516</sup>. A este ministerio le correspondía la dirección, organización y funcionamiento de los servicios de higiene, ejercer la asistencia social en el ramo sanitario, elaborar investigaciones y estudios en el campo de la salud, coordinar el servicio social de las profesiones relacionadas con la salud pública. En diciembre de ese mismo año, a través del Decreto N. 1027, se modifica la estructura en el campo de la salud, y por medio del art. 7 se crean “Comisiones Departamentales de Salubridad Pública, que tendrán por objeto cooperar en el mejor desarrollo de los programas *de Salubridad Pública*”<sup>517</sup>.

<sup>515</sup> ESPINOZA FERRANDO, señala que el Ministerio de Salud fue creado por recomendación de la resolución A-2 de la Carta de Punta del Este, en la cual se trazaron metas para el decenio 1961-1970, y, señalo la necesidad de crear una estructura administrativa funcional para la formulación del Plan Nacional de Salud. Nicaragua: *El desarrollo del sistema de salud*. Friedich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. 2003. Pág. 22. Sobre el desarrollo institucional de la salud en Nicaragua, véase, ACOSTA, G.: *Aspectos institucionales del sector salud en Nicaragua*. 1971-1974. UNAN-Managua. 1977; CUANT, M.: *Evolución y análisis de los servicios hospitalarios en Nicaragua*. UNAN. Managua. 1983; *La salud en Nicaragua. antes y después del triunfo de la revolución*. MINSA. 1979

<sup>516</sup> *La Gaceta*. Número. 278. 1964. Pág. 3969.

<sup>517</sup> Señala CUMBERLAND, en el informe, “Hay pocos caminos, puentes o vías que merezcan verdaderamente el nombre de tales: las calles de las ciudades están sin pavimentar, con excepción de unos pocos trabajos iniciados ya en la capital; suministro adecuado de agua potable no se ha logrado; el teléfono, el telégrafo y el servicio de correos no se comparan con los estándares modernos; no se estudian proyectos de irrigación; no se han iniciado obras de mejoramiento portuario, salvo en los servicios aduaneros; las oficinas del Gobierno están en casas inadecuadas. Desde todos los puntos de vista Nicaragua necesita de un extenso programa de obras públicas”. Nicaragua: *Investigación económica y financiera*. Colección cultural del Banco de América. 1928. Pág. 48.

### 3.2. Bloque de Transporte

El Ministerio de Fomento y Obras Públicas tenía como atribución principal el correo, teléfono y telégrafo, mantenimiento de edificios públicos y la administración de carreteras<sup>518</sup>. En el decreto Número 3 D, se habla que “camino públicos”<sup>519</sup>.

**3.2.1 Transporte de Ferrocarril.-** A partir de los años cuarenta se emiten las primeras leyes de transporte y obras públicas. La “ley constitutiva de la empresa del Ferrocarril del Pacífico de Nicaragua” se dictó en 1940. No era una entidad autónoma, pero tenía personalidad jurídica propia, y quedaba incorporada al dominio industrial y comercial del Estado. Aunque en la ley no se la define como servicio público, si que se considera una “empresa de transporte público”<sup>520</sup>.

**3.2.2 Transporte de Servicio Público.-** Las empresas de Servicio Público de Transporte fueron constituidas a través del Decreto Núm. 402, que en su artículo 1 establecía, “Se conceptúan empresas de servicio público comprendidas en el Artículo 70 de la Constitución Política, las que se dediquen al transporte remunerado de personas o cosas, por calles, carreteras y demás vías públicas”<sup>521</sup>. Por su parte, el artículo 70 de la Constitución de 1950, establecía de manera clara que “para fines de interés general, podrá el Estado intervenir en la explotación y régimen de las empresas de servicio y aun nacionalizarlas, previa indemnización en este último caso”<sup>522</sup>.

En ese mismo año, por medio del Decreto Núm. 29, entra en rigor la ley de “Regulaciones para el Transporte de Pasajeros”, y se faculta al Ministerio de Economía para regular el transporte de pasajeros en los siguientes aspectos: a) Fijación de horarios de trabajo, b) Determinación de tarifas, c) Limitación del número de unidades, d) Fijación de las características de las unidades de servicio, e) Continuidad de los servicios, f) Otorgamiento de permisos de línea en las rutas que estime conveniente, g) Establecimiento y funcionamiento de pasajeros<sup>523</sup>.

En el Reglamento al artículo 33 de Ley Creadora del Consejo Nacional de Transporte, el artículo 1 establece que “para proceder a toda cesión, arriendo

<sup>518</sup> La Gaceta. Decreto Núm. 3D. 1941. Pág. 2011. Con anterioridad a esta ley se había promulgado la Ley sobre ancho de caminos público La Gaceta Núm. 98. 30 de abril de 1918. Asimismo, la Ley sobre carreteras. La Gaceta Núm. 196. 2 Octubre de 1929.

<sup>519</sup> La Gaceta. Número 238. 1940. Pág. 2474.

<sup>520</sup> La Gaceta. Número 71. Decreto 402. 1959. Pág. 658.

<sup>521</sup> ALVAREZ LEJARZA, E.: *Las constituciones de Nicaragua...*Pág. 917.

<sup>522</sup> La Gaceta. Número 107. Decreto 29. 1959. Pág. 995.

<sup>523</sup> La Gaceta, Número 107. Decreto 129. 1967. Págs. 2940 y 2941.

o permuta de derecho de línea urbana o rural, de taxi o a sus derecho de placa, deberá solicitarse previamente por escrito autorización al Consejo Nacional de Transporte. En el artículo 8, se lee: “Si a juicio del Consejo considerare que el cesionario, arrendatario o permutante no reúne las condiciones mínimas que el buen servicio público requiere, podrá rechazar la solicitud de cesión, arrendamiento o permuta de cualquier derecho de línea, taxi o sus derecho de placa sin perjuicio alguno para el Estado”<sup>524</sup>.

En 1967, se forma el Consejo Nacional de Transporte, adscrito al Ministerio de Economía<sup>525</sup>, entre cuyas facultades se encontraban “la regulación técnica, económica y administrativa del transporte terrestre y por agua, dentro del territorio de la República”(Art. 1). Asimismo, en el artículo 11 de dicha ley se declara que “las empresas destinadas al transporte regular terrestre y acuático de pasajeros o de carga, son empresas de servicio público”. La concesión de línea se adquiriría por cuatros años, y por licitación pública (Art. 17). Este derecho era considerado “una propiedad del Concesionario de la cual no puede ser desposeído sino de conformidad con la presente ley” (Art. 20)<sup>526</sup>.

**3.2.3 Transporte Aéreo.**- La declaración del transporte aéreo como servicio público no está contemplada en la “Ley de Aviación Civil”, vagamente se habla de “servicios aéreos civiles” (Art. 2). Sin embargo, establece en el artículo 63, inciso e, que las “empresas que deseen establecer servicios aéreos permanentes deberá de celebrar contratos con el Gobierno”. Más adelante la ley afirma que se necesita un “permiso de o una concesión para el establecimiento y explotación de las rutas aéreas”(art. 68), y también la ley considera que “no se otorgará el permiso de explotación de una ruta con carácter exclusivo o de monopolio”(art. 74), y que “serán cancelados en cualquier tiempo, cuando a juicio del Ministerio de Aviación, después de evacuados los informes de los Inspectores de Aviación, haya graves o reincidentes violaciones de la presente ley; cuando se interrumpa sin justa causa el servicio”<sup>527</sup>.

<sup>524</sup> El Consejo estaba conformado por un representante del Ministerio de Economía, un representante del Ministerio de Gobernación, un representante del Ministerio de Fomento y Obras Públicas, un representante de la Junta Nacional de Turismo, un representante de las Asociaciones Nacional de Transporte Terrestre, un representante de los Sindicatos de Chóferes y un representante del Partido de las Minorías, el conservador.

<sup>525</sup> La Gaceta. Número 129. Decreto 1331. 1967. Págs. 1378 y 1379.

<sup>526</sup> La Gaceta. Número. 175. Decreto Núm. 298. 1944. Págs. 1577 y 1582. En 1926, se crea el Ministerio de Aviación civil. La Gaceta Núm. 175. 22 de septiembre de 1926.

<sup>527</sup> Para el caso de Nicaragua, afirma BEATRIZ MARADIAGA, “el servicio eléctrico fue introducido por inversionistas ingleses en la década de 1920-1930, la Empresa fue vendida al FPN (entidad del estado) en 1941, quien operó en sistema hasta 1954, año en que se crea ENALUF. ENALUF como empresa Estatal tenía como objetivo la producción y suministro de energía eléctrica tanto al sector público como privado. Bajo la rectoría de ENALUF, existieron 13 entes privados de suministro de energía y 5 cooperativas de electrificación rural,

### 3.3 Bloque de suministros: Agua, energía eléctrica

**3.3.1 Suministro de energía eléctrica**<sup>528</sup>.- A mediados de los años cincuenta, se constituye la “Empresa Nacional de Luz y Fuerza”, que tenía personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. La Empresa, según el artículo segundo tenía por objeto la producción y suministro, público y privado, de luz y fuerza eléctrica, pudiendo extender sus actividades a otros servicios de índole similar o complementario<sup>529</sup>.

A finales de los años sesenta, se forma el Instituto Nacional de Energía Eléctrica, que tenía su antecedente próximo en la Comisión Nacional de Energía, que estaba adscrita al Ministerio de Fomento y Obras Públicas en 1955<sup>530</sup>.

El Instituto tenía dentro de sus objetivos que todas las “Empresas de *servicio público* de energía eléctrica, ya sean estatales, particulares o municipales, estarán sujetas a la Supervigilancia del Instituto”. Según esta ley el Instituto podría exigir a las empresas que le presenten cada seis meses los datos estadísticos y contables, y un estado detallado de sus operaciones, con el fin de conocer el cumplimiento de las obligaciones que les impone su carácter de concesionarios de un servicio público.

También el Instituto, tenía a su cargo el estudio y la formulación de planes de planificación y desarrollo del sistema Nacional de electrificación: establecimiento de bases para el funcionamiento, regulación y supervisión de la generación, transmisión, distribución, comercialización, utilización y consumo de la energía eléctrica del país<sup>531</sup>.

además de 3 organismos municipales de suministro de energía. Las cooperativas de electrificación rural surgieron como una exigencia de A.I.D., para que los beneficiarios del crédito fueran los usuarios del sistema agrupados en las mencionadas cooperativas. Estos entes eran prácticamente una dependencia de ENALUF, y no tenían fines de lucro, en resumen eran asociaciones de usuarios. Las empresas privadas eran más bien de autogeneración representando para 1974, aproximadamente el 1 % de la generación bruta”. Marco referencial preliminar para la privatización del sector eléctrico en Nicaragua. Monografía. 1992. Pág. 6.

<sup>528</sup> La Gaceta. Número. 239. Decreto 102. 1954. Pág. 2184.

<sup>529</sup> En el Decreto de creación de la Comisión Nacional de Energía, solamente en una parte de la ley art. 3, inciso 5, habla del “establecimiento y operación de centrales de energía eléctrica, públicas y privadas”. La Gaceta. Número 69. Decreto Núm.18-D. 1955. Pág. 642. Esta ley fue reformada en 1957, en los siguientes artículos: 4, 6, 9 y 11. La Gaceta. Número 233. Decreto Núm.266. 1957. Pág. 2201 y 2202.

<sup>530</sup> La Gaceta. Número 139. Decreto 1573. 1967. Pág. 1836. En el año de 1967, se forma el Comité Nacional de Normas Eléctricas, “a fin de evitar la proliferación de normas” eléctricas. La Gaceta. 73. Decreto. Núm. 131. 1967. Págs. 828, 829 y 830. En 1967, se declara de Utilidad Pública la Planta Térmica de Managua.

<sup>531</sup> La Gaceta. Núm. 86 del día 11 de 1957.

Otra importante ley que se aprueba en 1957 es la de Industrias Eléctricas, que en el capítulo I, inciso IV, establecía: “estimular la inversión del capital privado a largo plazo en las actividades de la industria eléctrica, asegurándosele una justa utilidad y el recobro de la inversiones efectuadas en obras e instalaciones dedicadas al servicio público; V) Fijar los requisitos a que debe sujetarse el otorgamiento de concesiones y permisos necesario para desarrollar actividades relativas a la industria eléctrica. En el artículo 5, “se consideran de utilidad pública todas las actividades relacionadas con la industria eléctrica comprendidas en la presente ley. El artículo 7, establece que “las actividades de la industria eléctrica dedica al abastecimiento regular de energía para el uso del público constituyen un *servicio público*”. Más adelante, en esta ley se establece que “las concesiones y permisos para ejercer actividades de la industria eléctrica con aprovechamiento de energía hidráulica, se otorgarán subordinándolos a la preferente satisfacción de los intereses generales relativos a la alimentación, a la salud pública, a la agricultura, a la protección contra las inundaciones, a la conservación y libre circulación de los peces y al retorno de las aguas a sus cauces (art. 9). El artículo 29, habla que los concesionarios “de *servicio público* de electricidad están obligados”: “A suministrar energía para el *servicio público*, a todo el que la solicite dentro de la zona fijada en el contrato de concesión, sin establecer preferencia alguna, salvo que el concesionario demuestre ante la Comisión que existe impedimento técnico o económico para hacer el suministro, sujetándose en todo caso a lo que establezca el Reglamento de la presente ley” (II)<sup>532</sup>.

<sup>532</sup> JORGE ESPINOZA ORTEGA, señala que en “nuestra legislación nunca existieron normas específicamente sancionadas en función del recurso del agua, tampoco existía una concepción del ciclo hidrológico y, aunque nuestra legislación no era absolutamente deficiente en materia de agua, ciertamente las leyes dictadas no formaban una unidad coherente y ordenada. Los antecedentes legislativos los encontramos en: a) La Constitución política de 1974, art. 82, 84, 209 y 211. b) El Código Civil (1904-1905), se ocupa de las aguas fundamentalmente en su libro II, especialmente en sus títulos I (Distinción de los Bienes); II (de la propiedad); y, XXXII (de la servidumbre). c) El Código de Procedimiento Civil, que data de mil novecientos cinco y su vigencia tiene lugar hasta su promulgación un año después. Las principales disposiciones adjetivas se encuentran en este Código principalmente en lo relacionado con los “juicios sobre Distribución de Aguas”. Comprendidas en los Art. 1481 al 1495. De las disposiciones del Código de Procedimiento Civil merecen referencia especial aquellas que permiten la participación de los usuarios-condóminos (Art. 1482) o concesionarios (Art. 1495) en el gobierno o Administración. La ley sobre corrientes y caídas de agua (20 de febrero de mil novecientos diecinueve. La Gaceta. No. 20 del veinte de febrero del mismo año, y reglamentada el cinco de febrero de mil novecientos veintitrés. Esta ley es de gran importancia, por la particularidad de ser la única, junto con su Reglamento, que regula detenidamente el Régimen de las Concesiones de Agua, estableciendo entre otras cosas: cuales son las aguas sujetas a Concesión; termino máximo de la Concesión y su renovación; reversión de las obras al Estado; canon de tazas anuales en razón de volumen, tiempo, superficie de fuerza regada o caballo nominal de fuerza motriz, según los casos. Otra ley sobre aguas, es la de Permisos de perforación y Establecimiento de un registro Nacional de Pozos”. (La Gaceta. Num. Ochenta y dos del dieciséis de abril de mil novecientos se setenta y nueve. Esta ley, se refiera a aguas subterráneas. El recurso de agua en la legislación Nicaragüense. Monografía. Managua. 1991. Pág. 113-117.

3.3.2 *Agua*<sup>533</sup>.- A inicios de los años cincuenta<sup>534</sup>, se crea la oficina de Recursos Hidráulicos y Agua Potable, que funciona bajo la dependencia del Ministerio de Fomento y Obras Públicas. En el considerando de la ley, se puede leer: “Se hace necesario para el desarrollo económico del país resolver de una manera permanente los problemas referentes a Fuerzas Hidráulicas, Irrigación, Drenaje, abastecimientos y purificación de aguas, acondicionamiento de Ríos, lagos y puertos, para propósitos de navegación y recreación, control de inundaciones y desarrollo de los recursos hidráulicos...con ello se obtendrá una reducción considerable en el índice de mortalidad, el mejoramiento de la *salubridad pública* y la elevación del nivel de vida del pueblo nicaragüense”<sup>535</sup>. Aunque no existe, como es evidente la inclusión de esta actividad como *servicio público*, no obstante se evidencia en la ley una preocupación del gobierno por la salud pública<sup>536</sup>.

En la Ley de Usos de Agua para Riego de Beneficio Colectivo, se declara de *utilidad pública* las obras necesarias para la realización de proyectos cuyo objeto sea el aprovechamiento de los recursos hidráulicos del país para propósitos de riego, *beneficio colectivo* de una determinada región<sup>537</sup>; obras que pueden ser emprendidas por personas aún particulares organizadas en em-

<sup>533</sup> Hasta 1955 el abastecimiento de agua potable en el país era responsabilidad de las Municipalidades. Y fue en este año que se creó, por Decreto Legislativo, el Departamento Nacional de Servicios Municipales con el fin de planear, diseñar y construir obras de abastecimiento de agua potable y administrar acueductos que estaban a cargo de las Municipalidades y que éstas rechazaban su administración. El Departamento Nacional de Servicios Municipales dependía del Ministerio de Fomento. Funcionaban separadamente las siguientes entidades: La Empresa Aguadora de Managua adscrita al Ministerio de Fomento. El Alcantarillado Sanitario de Managua administrado por la Junta Nacional de Asistencia Social. El Departamento Nacional de Servicios Municipales (SERMUNIC), que administraba la mayoría de las aguadoras del interior del país. Las Aguadoras de Matagalpa, Jinotega, León, Chinandega, Chichigalpa, Masaya, Granada y Masatepe administradas por las respectivas Municipalidades. Reglamento de la Empresa Aguadora de Managua, del 15 de abril de 1958. . Reglamento de la Empresa Aguadora. Gaceta. 61. 13 de marzo de 1972 y La Gaceta 61. 14 de marzo de 1977. Véase, también BERGMAN PADILLA.: *Aspectos legales e institucionales de los Recursos Hidráulicos*. Nicaragua. 1976.; SANDOVAL, M. T.: *Legislación de agua en América Central y México*; PEREYRA GARCIA, C. A.: *Instrucción al estudio de la legislación del agua en Nicaragua*; ESPINOZA ORTEGA, J. M.: *El recurso del Agua en la Legislación de Nicaragua*. Monografía.

<sup>534</sup> La Gaceta 165. Decreto Núm. 31-D. 1953. Pág. 1503.

<sup>535</sup> En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1964 se lee: “Es servicio público una actividad destinada a satisfacer una necesidad colectiva, como agua, luz, transporte. Bolefín Judicial. 494/1964. 30 de Enero de 1964.

<sup>536</sup> Ley de Usos de Agua para Riego de Beneficio Colectivo. Art. 1. Ley núm. 747.13 de abril de 1962.

<sup>537</sup> El *Código Civil de Nicaragua* declara públicos los ríos, sus lechos, los lagos, lagunas, canales y corrientes navegables o flotables, sus puentes y cauces, las fuentes públicas. Código Civil de Nicaragua. Art. 611.

presas que tengan el carácter de *servicio público*, precisándose en este único caso, de una autorización del Poder Ejecutivo en el Ramo de Economía.

En el Reglamento de la Empresa Aguadora de Managua, en 1963, se declara el suministro de agua como *servicio público*<sup>538</sup>. En los considerándolos podemos leer, “es el propósito del Gobierno mejorar y ampliar el *servicio público* de agua potable que suministra a través de la Empresa Aguadora de Managua, para llevar dicho servicio hasta las zonas actualmente urbanizadas, lo mismo que a zonas o áreas en proceso de urbanización o potencialmente en desarrollo, a fin de que la Empresa extienda sus funciones para las cuales fue creada”<sup>539</sup>. En el artículo primero del reglamento se puede leer: El Gobierno de la República de Nicaragua suministra a la ciudad de Managua, el *servicio público* de agua potable a través de la entidad conocida con el nombre de “Empresa Aguadora de Managua”. En el artículo 33 se establece que “la empresa suministrará el servicio de agua potable en la forma más *regular y continua posible*, pudiendo solamente interrumpir el suministro por circunstancias especiales, tales como disminución del caudal de las fuentes, reparación o mejoras de los sistemas de operación; o caso fortuito o de fuerza mayor o conforme lo estipulado en el art. 43<sup>540</sup>.

La Ley creadora del Departamento Nacional de Acueductos y Alcantarillados (DENACAL), del 22 de julio de 1967<sup>541</sup>, lo organiza como una dependencia del Ministerio de Salud Pública (Art. 1). Los artículos 1, 3, 6 y 8 de su Ley creadora señalan sus funciones, sin embargo, no estipula expresamente el de servicio público<sup>542</sup>.

<sup>538</sup> Por Decreto Ejecutivo No. 847, de 24 de Junio de 1963 fue trasladado el Departamento Nacional de Servicios Municipales al Ministerio de Gobernación. En Julio de 1967 se crea por Decreto No. 1349, el Departamento Nacional de Acueductos y Alcantarillados (DENACAL), adscrito al Ministerio de Salubridad Pública y sustituyendo a SERMUNIC. Se incorpora la administración del alcantarillado sanitario de Managua a DENACAL.

<sup>539</sup> La Gaceta Decreto Núm. 17-B. 1963. Págs. 1514, 1515, 1516.

<sup>540</sup> La Gaceta. Núm. 168. 27 de julio de 1967.

<sup>541</sup> Entre sus funciones se señalan: 1) A solicitud de las Municipalidades, previa aprobación del Ministerio de Gobernación, planear y diseñar obras de abastecimiento de agua potable y alcantarillado. Art. 2. Estudiar y construir, mantener y operar, en los casos pertinentes, sistemas de acueductos y alcantarillados urbanos y sus afluentes de aguas servidas. 3) Reglamentar la construcción, mantenimiento y operación de obras. 4) Vigilar su funcionamiento, aún cuando dependan de autoridades locales. El Reglamento de DENACAL, fue dictado con fecha 4 de julio de 1972. La Gaceta Núm. 165 y 166. Julio de 1972.

<sup>542</sup> La Gaceta. Decreto Núm. 9B. Pág. 2268. Otros reglamentos a mencionar serían Reglamento de Radio Comunicación. La Gaceta Núm. 280. 17 de diciembre de 1935, Reglamento de uso de radio emisoras Reglamento Radio Nacional. La Gaceta 284, 21 de Diciembre de 1935, Reglamento uso Radio Emisora. La Gaceta Núm. 20, 24 de Enero 1940. En estos Reglamentos se establece la noción de servicio público. En Nicaragua la radiocomunicación se desarrolla con la presencia de emisoras militares extranjeras, las que induraron el



### 3.4 Bloque de comunicación: Radiocomunicación, telégrafos, Correos

**3.4.1 Radiocomunicación.**- En el Decreto Núm. 9B, en el artículo 10, inciso f, se habla que la “estación pública de Radiocomunicación, es una estación abierta al *servicio público*, ya sea de la propiedad del Estado o de particulares o compañías a quienes el Estado hay concedido derecho para establecerlas, por medio de contratos particulares”<sup>543</sup>

**3.4.2 Servicio de Correo.**- La declaración de esta actividad como *servicio público* se encuentra en la Ley de Especies y Filatelia, de 1944, que en su art. 1. establece que “constituye las Especies Postales los sellos o estampillas de correo interior é internacional, ordinario o aéreo, y las tarjetas y sobres timbrados para uso exclusivo del *servicio público* de correos de Nicaragua”. Esta ley fue reformada en 1956, sin embargo, el artículo primero no sufre modificación alguna<sup>544</sup>.

En 1971 se creó TELCOR (Telecomunicaciones y Correos), que vino a reemplazar las actividades de telecomunicaciones a la Dirección General de Comunicaciones<sup>545</sup>. En el artículo 1, se establece: “Créase la Dirección General de Telecomunicaciones y Correos de Nicaragua, cuyo nombre abreviado será TELCOR, la cual será una Entidad Estatal Descentralizada, con Personalidad Jurídica, patrimonio propio, plena capacidad para adquirir y ejercer derechos y contraer obligaciones, de duración ilimitada, y con domicilio en

espacio radioeléctrico en los años 20, al inaugurarse un sistema de radiocomunicaciones militares ordenado por el gobierno norteamericano de aquellas época. Al retirarse los militares del “proyecto” en 1933 el mismo fue asumido por la Guardia Nacional el 15 de enero de ese año. La Guardia Nacional denominó estas actividades radicales como Radio Guardia Nacional. El 2 de diciembre de 1935 por decreto ejecutivo el Presidente de la República doctor JUAN BAUTISTA SACASA, y el Ministro de Fomento y Obras Públicas, ISAAC MONTEALEGRA, firman el Reglamento Nacional de Estaciones Inalámbricas, con el que las compañías de comunicaciones “Tropical Radio, “Telegraph Company” y “All American Cable and Radio” legalizan sus operaciones en Nicaragua. Desde el 27 de mayo de 1936 la Radio G.N empezó a conocerse como Nacional. Con este calificativo, el proyecto de radio contaba con 53 estaciones en todo el país. Es importante destacar que en febrero de 1940 se inaugura la Escuela de Telegrafía y, empieza a funcionar en el edificio de telecomunicaciones. ACUÑA, ISABA, Y OTROS.: Historia y diagnósticos actuales de la infraestructura de los medios masivos de comunicación en Nicaragua (1930-1992). UCA. Monografía. Managua, Nicaragua, 1993. Tomo III. Radio. Pág. 2; Memorias de Guerra, Marina y Aviación 1950. Managua, Nicaragua, 1951. Págs. 229 y 230.

<sup>543</sup> Los artículos que se reforman de la Ley de Especies y Filatelia de 1944, son los siguientes: Art. 3, se modifica el inciso 1o. del art. 4, el Art. 4 y el art. 19. La Gaceta. Número 149. 1956. Págs. 1601 y 1602.

<sup>544</sup> Decreto 1862. 21 de junio de 1971. La Gaceta Núm. 174.

<sup>545</sup> La Gaceta. Decreto. Núm. 59.

la ciudad de Managua, pero podrá establecer agencias en el interior de la República y representaciones o agencias en el exterior. Esta entidad sustituye a la Dependencia Administrativa, que a la fecha ha fungido como programa del Ministerio de Defensa, con el nombre de Dirección General de Comunicaciones”. Sin embargo, es en el artículo 26, en donde se declara a esta actividad como de “servicio público y general, los servicios que dentro de esta ley, prestare cualquier sociedad u organización de que TELCOR llegare a formar parte”.

### 3.5 Servicio público municipal

Entre los años cuarenta y ochenta, se promulgan en Nicaragua cuatro constituciones (1939, 1948, 1950 y 1974) y, todas, sin excepción establecen que las atribuciones municipales serían puramente económicas y administrativas. Sin embargo, la ley municipal de 15 de diciembre de 1939<sup>546</sup>, no se refiere a ninguna atribución. Fue el reglamento orgánico de municipalidades, quien se encargó en su art. 8 de realizar una enumeración de atribuciones que en el fondo, venían a significar la subordinación de la actuación municipal a dictados del Ejecutivo.

En la práctica -señala ESCORCIA- el art. 306 de la Carta Magna, que había reconocido a las municipalidades una atribuciones económicas y administrativas, quedaban al mismo tiempo, desnaturalizadas, cuando en el mismo artículo se prescribía, que dichas atribuciones estarían sujetas a la vigilancia correccional y económica del Poder Ejecutivo<sup>547</sup>. La situación de las municipalidades continuó siendo la misma, es decir muy limitada, durante casi cuarenta años.

En el reglamento de la Ley Orgánica de municipalidades de 1958, en el Capítulo III, “De la emisión de Leyes Locales”, en el art. 18, se lee: “Las Municipalidades tendrán la representación directa de la comprensión o comunidad de cada Municipio, sin perjuicio de la representación judicial y extra-judicial concedida por la ley al Síndico Municipal. En general, es de la exclusiva competencia de las Municipalidades, el gobierno, la administración y dirección de los intereses comunales de las ciudades, villas y pueblos comprendidos dentro de sus límites jurisdiccionales, y en especial, cuanto tenga relación con los objetivos siguientes: a) Todos aquellos servicios públicos de interés local que no estén encomendados o no se encomendaren en el futuro a otros organismos y entidades independientes del Municipio; b) La limpieza, em-

<sup>546</sup> FLAVIO ESCORCIA.: *Municipalidad y Autonomía...*Pág. 65.

<sup>547</sup> La Gaceta 225. Decreto Núm. 506. 1958.

bellecimiento e higiene de su circunscripción territorial en cuanto no corresponda a otro rama de la Administración pública. Art. 19, inciso c) Decretar la creación o construcción de nuevos mercados, mesones, mataderos públicos, expendios de carnes, de víveres, y crematorios públicos...<sup>548</sup>

La Ley Orgánica municipal de 1963, en art. 18, inciso e, disponía que era esfera de su competencia el mantenimiento del buen estado de “los caminos y comunicaciones “; h) Autorizar y aprobar los contratos de obras y servicios públicos de carácter local, y n) Prestar especial y principal atención al fomento de la educación pública y salubridad de la localidad<sup>549</sup>.

Por su parte, en la Ley Orgánica del Distrito Nacional y de Municipalidades de 1967, se lee que “El gobierno del Distrito Nacional estará a cargo del Presidente de la República, quien lo ejercerá por medio de un funcionario que se denominará Ministro Nacional. Habrá también un Vice-Ministro que colaborará en el Despacho subordinando al Ministro y hará las veces de éste en su defecto”. En la esfera de la competencia al Ministro del Distrito Nacional, le correspondía de acuerdo al art. 14, g) Autorizar y aprobar los contratos y servicios públicos de carácter local; m) Prestar especial y principal atención al fomento de la educación pública y salubridad de la localidad<sup>550</sup>.

Y, por último, en la Ley Orgánica de 1978, artículo 3, se establece que “los residentes y los transeúntes de un término municipal gozará de los *servicios públicos* del mismo y estarán sujetos, en su caso, a las cargas y obligaciones que las leyes, acuerdos o decretos municipales establezcan”. Entre las atribuciones del Consejo se incluían, según el art. 14, inciso g) Establecer escuelas, bibliotecas, teatros, museos, gimnasios, bandas municipales, parques zoológicos y estimular toda clase de actividades culturales y deportivas; prestar especial atención al fomento de la salud, la educación pública, ornato y el turismo<sup>551</sup>.

<sup>548</sup> La Gaceta. Decreto Núm. 827.

<sup>549</sup> La Gaceta, 8 de abril. Decreto Núm. 1330.

<sup>550</sup> Decreto Núm. 725.

<sup>551</sup> En los años sesenta, se dio una reforma agraria. Es evidente que en los programas de desarrollo diseñados por el Banco Mundial y en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y social 1965-1969, no existía una política congruente contra el hambre y la desnutrición. Sólo se limitaban -al igual que le posterior plan de 1975-1979- a reconocer las deficiencia en la educación, atención sanitaria y la desnutrición. En los años sesenta y setenta, se establecieron el Instituto de Reforma Agraria (1964), y el Instituto de Bienestar Campesino (1976). Plan de Desarrollo Económico y Social de Nicaragua 1965-1969. Parte I. Managua, D.N., 1965. Págs. 171-174; Consejo de Planificación Nacional. Plan Nacional de Reconstrucción y Desarrollo 1975-1979. Vol. I. Págs. 44-47; EVANS.: *La Transformación...* Pág. 183

Es decir, en estas leyes municipales se engloba actividades para las cuales la atribución de competencia no juega como “publicatio” (creación de títulos especiales de potestad), sino como mera delimitación del ámbito de su propia actuación de legalidad. En tal sentido, los servicios que prestan los municipios, serán los referentes a la limpieza, higiene, mataderos y crematorios públicos, caminos y comunicaciones, contratos de obras y de servicios públicos, educación y salud.

#### **4. La crisis de los ochenta y la nacionalización de las Empresas**

En términos generales se puede decir que la crisis de los ochenta en Nicaragua y Centroamérica, comenzó con el agotamiento de una determinada manera de acumular, sustentada en el latifundio agro exportador - que parece alcanzar su fin en esta década- y de una manera de gobernar: la del estado autoritario a través de su forma específica: la dictadura militar. Ambos agotamientos, entrelazados y mutuamente determinados, constituyeron las causas de la crisis.

Sin embargo, no fue un proceso homogéneo y único. En realidad, en la región se vivieron durante esta década varias crisis, todas ellas de distinta naturaleza a pesar de sus rasgos comunes, las cuales se interrelacionaron e influyeron mutuamente al coincidir en el tiempo.

Podemos mencionar que Nicaragua, (al igual que en el resto de la sociedad centroamericana) vivió un profundo desequilibrio económico, resultado inmediato del desorden financiero internacional. Las manifestaciones macroeconómicas fueron el déficit comercial y en la balanza de pagos, la inflación y la desvalorización monetaria, la crisis financiera del estado, la desocupación y la caída del ingreso real. El desequilibrio monetario y financiero se vieron, además, agravados por lo denominada crisis de la deuda externa.

En la raíz de esta situación podemos encontrar diversos factores. Así, el atraso rural expresado en el complejo del gran latifundio y la atomización de la propiedad campesina, que dio lugar a la pobreza extrema de ésta; y una total ausencia de derechos con posibilidad real de ejercicio. La miseria campesina, la atroz subordinación política y el abandono cultural fueron tan graves como los dos primeros<sup>552</sup>.

<sup>552</sup> La Gaceta. 22 de Agosto de 1979. Los artículos 9, 10, 18 y 28 del Estatuto fueron reformados el 21 de febrero de 1984. A través de esta reforma se designan los nuevos Poderes del Estado: Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Supremo Electoral. El Consejo de Estado tenía la función de un Poder Legislativo, pero era compartida esta función con la Junta de Gobierno (Poder Ejecutivo).

Las luchas sociales, demandas sectoriales y, en general, las reivindicaciones políticas democráticas fueron derivando en buena medida por efecto de la represión del Estado, en una solución violenta, masiva y radical.

El derrocamiento de ANASTASIO SOMOZA el 19 de julio de 1979 fue recibido con entusiasmo, instalándose en esa fecha la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, que ejerció las funciones de Poder Ejecutivo y Legislativo, a la vez, entre los años de 1979 y 1984.

El 20 de julio la Junta promulga el Estatuto fundamental de la República de Nicaragua<sup>553</sup>, por el cuál se deroga la Constitución Política de 1974 y las leyes constitutivas (Art. 3). Asimismo, el 21 de agosto de ese mismo año se promulga el Estatuto sobre derechos y garantías de los nicaragüenses, los cuales se clasificaban en: Derechos del pueblo, Derechos individuales, civiles y políticos, Derechos individuales, económicos, sociales y culturales. Estos Estatutos constituían el fundamento teórico sobre el que se irá desarrollando el nuevo régimen político<sup>554</sup>.

A nivel económico, la estrategia del Gobierno de Reconstrucción Nacional, se basó en la clara comprensión de que la riqueza de la nación dependía del

---

<sup>553</sup> ESGUEVA, A.: *Conflicto y paz en Nicaragua*. Taller No. 7. Editorial UCA. 1998. Págs. 95-96. Véase también, *En Busca de la democracia*. BCN. Managua. Nicaragua. 1994. Págs. 447-448. Mediante el Decreto Ley número seis (6) de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, publicado en La gaceta, número uno (1), del 22 de agosto de 1979, se derogó el Decreto número ciento seis (6), Ley Creadora de los Ministerios del Estado y otras dependencias del Poder Ejecutivo. Sin embargo, como señala FLAVIO ESCORCIA señala que en ninguno de estos textos “se hizo alusión alguna a las entidades municipales, no sabemos a que pudo haberse debido tal omisión; si a la falta de interés por el tema local o a un olvido involuntario producido por las tensiones del momento. Sin embargo, la primera ley sobre el régimen municipal, se dictó unos días después de haberse cumplido seis meses de la caída de Somoza. Con esta ley se vinieron a formalizar las Juntas Municipales, las que de hecho se habían venido creando en cada una de las ciudades que iban siendo liberadas por el movimiento revolucionario durante la guerra”. *Municipalidad y Autonomía...* Págs. 83 y 84. Por medio del Decreto Núm. 270, dictado el 31 de enero de 1980, se reguló lo referente al nuevo régimen local. El Art. 1 dispuso: “El gobierno de los Municipios estará a cargo de las Juntas Municipales de Reconstrucción, que serán electas mediante consulta popular con los fines y competencias que esta ley señala”. La Gaceta. 5 de febrero de 1980.

<sup>554</sup> En el primer documento emitido por el nuevo gobierno la víspera de llegada al poder, se afirma que la prioridad económica corresponderá a la producción agrícola, las industrias basadas en el procesamiento de la producción de fincas y las inversiones en usos de la tierra con aplicación intensiva de trabajo. Primera Proclama del Gobierno de Reconstrucción Nacional. 18 de junio de 1979. Pág. 7. Sobre este aspecto, véase, BIONDI-MORRA.: *Revolución y política alimentaria. Un análisis crítico de Nicaragua*. Siglo XX Editores. México. 1990. Págs. 45-69.

destino de su sector campesino<sup>555</sup>. Como explica BRIONDI-MORA, “por primera vez en la historia de ese país, el gobierno hizo explícitamente de la política alimentaria la piedra fundamental de su estrategia económica<sup>556</sup>.”

Es decir, el nuevo gobierno planteó como prioridad nacional la seguridad alimentaria, el bienestar nutricional y una distribución más equitativa de la tierra y del ingreso. Esta estrategia suponía cultivar, procesar y exportar granos básicos y otros productos agrícolas diversificados, con el objetivo de satisfacer las necesidades básicas de la población, para la captación de divisas para importar bienes de capital, construir una industria de base agrícola y consecuentemente reducir la dependencia del país de la exportación.

Para aplicar esta política, el gobierno contaba con una amplia variedad de mecanismos económicos derivados de su decisión de nacionalizar todos los canales de comercialización de las exportaciones agrícolas<sup>557</sup>, proceder directamente a la compra y venta de los granos básicos<sup>558</sup>, controlar las rentas<sup>559</sup> y nacionalizar el sistema bancario<sup>560</sup>.

<sup>555</sup> BIONDI-MORRA señala que el gobierno de Reconstrucción realizó un gran esfuerzo, por subrayar su ruptura con la política anterior, y señaló explícitamente la necesidad de un vasto esfuerzo político tendente a integrar el sistema alimentario del país en el contexto macro económico. *Revolución y política alimentaria...* Pág. 11. Marco estratégico del Desarrollo agropecuario. 6 Vols. Managua. MIDINRA. 1983; Sistema de comercialización: productos básicos de consumo popular. 6 Vols. Managua. Ministerio de Comercio Interior. 1983; Informe final del Proyecto de Estrategia Alimentaria. CIERA PAN CIDA. 4 Vols. Managua. MIDINRA. 1984; Managua es Nicaragua: el impacto de la capital en el sistema alimentario nacional. Managua. CIERA-UNRISD. 1984; Marco perspectivo del desarrollo agroindustrial. 3 Vols. Managua, Nicaragua. MIDINRA. 1985 y Marco estratégico del desarrollo agropecuario regionalizado. 4 Vols. Managua, MIDINRA. 1984.

<sup>556</sup> Decretos Núm. 82 y 135, del 9 de septiembre y el 3 de noviembre de 1979.

<sup>557</sup> Decreto Núm. 484 del 16 de agosto de 1980.

<sup>558</sup> Decretos números 230 y 263, del 7 de enero y 2 de febrero de 1980.

<sup>559</sup> La Gaceta Núm. 3. Decreto 25. 24 de septiembre de 1979. Además del sistema financiero, se nacionalizó el Sistema de Seguros (Decreto 107. 20 de noviembre de 1979. La Gaceta Núm. 37); el Sector Minero (Decreto 137. 3 de Noviembre de 1979. La Gaceta Núm. 48); y las Compañías Eléctricas privadas (Decreto 189. 5 de Diciembre de 1979. La Gaceta Núm. 75).

<sup>560</sup> Las empresas de propiedad estatal, las definía RUIZ, H., como “la esencia de la nueva acumulación por lo tanto de la economía sandinista”. *El papel político del APP en la nueva economía sandinista*. Managua. FSLN. 1980. En un folleto de propaganda se lee: “el papel del APP es no sólo económico sino también político. La clase trabajadora debe entender que su interés estratégico no está en una simple distribución de la pobreza, ni en participar de las migajas que los patrones privados están dispuestos a regalar (...) el objetivo es crear (con el APP) una base económica fuerte para satisfacer las crecientes necesidades del pueblo (...) tenemos que explicar a los trabajadores que el APP tiene que generar beneficios; que esos beneficios se utilizarán para nuevas inversiones y nuevos proyectos capaces de crear nuevas fuentes de trabajo o beneficios sociales como servicios de salud, educación, vivienda y transporte. FSLN. *Propaganda de la producción*. Managua. Secretaría Nacional de Propaganda y Educación Política del FSLN. 1980. Pág. 7. Véase también: *Transformaciones estructurales*, Pág. 25 y 26.

Entre esos instrumentos de política destacaban más de cien empresas agroindustriales de propiedad estatal acabadas de fundar, que constituían el Área Propiedad del Pueblo (APP)<sup>561</sup>. Estas empresas, que habían pertenecido a la familia Somoza<sup>562</sup>, pasaron a ser propiedad del Estado, y a tener un papel principal en la política alimenticia del país<sup>563</sup>. Con los años se agregaron una serie de nuevas empresas<sup>564</sup>, como resultado de un ambicioso plan de inversiones públicas. A mediados de los años ochenta, las empresas estatales comprendían los rubros agropecuario, industria-manufacturera y de comercio. Las empresas estatales representaban el 21 por ciento del valor agregado en la agricultura y el 31 por ciento en la industria manufacturera.

Las empresas estatales tenían con el nuevo gobierno una posición privilegiada en la economía<sup>565</sup>, que alcanzaron porque en ellas se veía la esperanza para el desarrollo del país en términos materiales, además, eran una valiosa fuente de empleo y, consecuentemente, permitían el aumento del poder adquisitivo de la población; y, finalmente eran un medio para lograr un incre-

---

<sup>561</sup> Las empresas propiedad de la familia Somoza y de sus colaboradores fueron confiscadas de acuerdo al decreto 3. La Gaceta Núm. 1. Decreto 3. del 22 de septiembre de 1979.

<sup>562</sup> Las empresas nacionalizadas tenían diversos “regímenes de propiedad, los que incluían sociedades anónimas, mixtas o 100 por ciento estatales, empresas de reforma agraria y empresas creadas por decretos ministerial. Estas dos últimas firmas tienen su propio régimen jurídico, diferente al de la Sociedad Anónima.

<sup>563</sup> Además de los bienes de la familia SOMOZA, se confiscaron propiedades cuyos dueños se ausentaron del país por más de seis meses. Decreto Núm 760. 19 de julio de 1981. Las propiedades agrícolas fueron adquiridas por el Estado en virtud del decreto 329 del 29 de febrero de 1980 y las Leyes de Reforma Agraria. Decreto 782 y Ley Núm. 14 del 19 de julio de 1981 y del 11 de enero de 1986.

<sup>564</sup> En el documento “Avance del proceso de privatización”, se lee “En general las empresas operaron durante la década de los 80 con mercados cautivos, concesiones especiales, subsidios indirectos, alto grado de protección, o arancelario o producto de las distorsiones y desequilibrios que la economía experimenta”. “La presencia del Estado en la esfera de la producción y de los servicios no básicos (exceptuando el agua, energía, etc.) antes de 1979 fue mínima. A partir de 1979, el Estado confisca e interviene diversas formas numerosas empresas privadas en todos los rubros de la economía. A estas empresas se le suman también las empresas productivas y de servicios creadas por el estado, entre las cuales sobresalen los nuevos proyectos de inversión. La adscripción de las empresas a ministerios según algún criterio de afinidad, o simplemente por la necesidad de que alguien las administrara, produjo un conflicto entre las funciones normativas del Estado y los intereses específicos de las empresas estatales, resuelto en detrimento del sector privado y de la eficiencia de gestión de las empresas estatales”. *Avance del proceso de privatización. Managua, Nicaragua*. Marzo 1995. Documento.

<sup>565</sup> EVANS.: *La transformación...* Pág. 184. En un documento de la CORNAP, se lee que las empresas del Estado, aportaban un 31 por ciento del PIB, empleaban a 77, 637 empleados, de un total de 814, 600 puestos de trabajo en Nicaragua, lo que representaba el 9.4 por ciento del total. Las empresas estatales de transporte, en 1989, transportaron al 68 por ciento de pasajeros movilizados en el país y el 3 por ciento de la carga. *CORNAP. Información básica*. 1990. Managua, Nicaragua. Págs. 2 y 9.

mento importante en el número de usuarios de los servicios públicos de agua potable, energía eléctrica y transporte público<sup>566</sup>.

De esta forma, el Estado ordenaba y regulaba el mercado; intervenía en él como operador económico, en la producción e intermediación de bienes y servicios<sup>567</sup>. Desde el punto de vista social, trataba de distribuir la riqueza generada; asimismo, pretendía evitar la inflación y los movimientos especuladores a través del control de los precios y lograr finalmente la estabilización económica.

La política alimentaria, en conjunto con las empresas agroindustrias estatales, adquirió unas dimensiones relevantes para el desarrollo económico y social del país; y para las necesidades de la población. El nuevo gobierno consideraba que el Estado debía de intervenir en la producción económica para procurar la satisfacción de las necesidades mínimas de la población, y procurar el interés general.

Sin embargo, las empresas propiedad del Estado pronto comenzaron a operar con pérdidas. Situación que perdura hasta inicios de los años noventa, momento en que se implementan las políticas de privatización.

A nivel social, por medio de la ley (Decreto No. 35) del 28 de septiembre de 1979<sup>568</sup>, se creó el Sistema Nacional Unido de Salud (SNUS) a cargo del

<sup>566</sup> A pesar de estos notables logros, como apunta MAYORGA SACASA, “el nuevo Estado se desarrolla dentro del contexto de una sociedad heredada cuyas fuerzas productivas tienen una naturaleza atrasada y subdesarrollada. Las transformaciones que el proyecto revolucionario impulsa están condicionadas en múltiples formas por el escaso y desigual desarrollo de las fuerzas productivas, tecnología atrasada, desarticulación de los sectores productivos y el carácter dependiente de la economía.” *Transformaciones estructurales...* Pág. 24. Por su parte CARLOS VILLAS, explica que el “esquema de economía mixta que se impulsa y que contiene el programa de la Junta de Gobierno de Reconstrucción nacional (redactado antes del triunfo) plantea, el avance gradual hacia la conformación de una economía mixta en la cual coexistan: Una área estatal y de propiedad social de alcance preciso y características claramente delimitadas; una área privada; y, una tercera, caracterizada por inversiones conjuntas o coordinadas por los sectores públicos. “Unidad Nacional y contradicciones sociales en una economía mixta. Nicaragua. 1979-1984”. En: HARRIS, RICHARD. (comp.). *La Revolución en Nicaragua*. México. Editorial Era. 1985. Pág. 24.

<sup>567</sup> *La Gaceta Núm. 4, de 28 de septiembre de 1979.*

<sup>568</sup> El Decreto de creación del SNUS estableció las siguientes acciones: Crear el Sistema Nacional Único de Salud, bajo la dependencia del Ministerio de Salud (Art. 1). Son abolidas la Junta Nacional de Asistencia y Previsión Social y las Juntas Locales de Asistencia Social (Art. 2). Todas las atribuciones que, en materia de asistencia médica, tenían estas estructuras, serían ejercidas por el Ministerio de Salud (Art. 3) y las correspondientes a Asistencia Social al Ministerio de Bienestar Social (Art. 7). Los hospitales y demás establecimientos destinados a los asistencia médica, propiedad de las estructuras abolidas, pasarán a ser propiedad del Estado y serán administrados por el Ministerio de Salud, la Junta de Seguro Social por el traslado de estos activos (Art. 5). La Ley Orgánica del Ministerio de Salud, fue promulgada el 3 de junio de 1982. Decreto 1030. *La Gaceta*. Núm. 102.



Ministerio de Salud, correspondiéndole a éste la atención médica preventiva y curativa de toda la población<sup>569</sup>.

Los hospitales y demás establecimiento destinados a la atención médica del Seguro Social pasaron a ser propiedad del Estado, y a ser administrados por el Ministerio de Salud. De esta forma quedó establecido que el INSS (Instituto Nicaragüense de Seguridad Social) entregaría mensualmente al Ministerio de Salud lo recaudado en concepto del 9 % de salarios de cotizaciones de los trabajadores asegurados, con el propósito de financiar las prestaciones de enfermedad y maternidad, incluyendo los subsidios y las prestaciones médicas de riesgo profesionales, y el subsidio de incapacidad temporal.

Lo que siguió siendo atendido por el Seguro Social, en concepto de liquidación, control y pago, fueron los subsidios por incapacidad temporal de los asegurados protegidos por enfermedad-maternidad y riesgos del trabajo prescrito por los médicos del Ministerio de Salud.

Se reestructura el Seguro Social Obligatorio por el decreto No. 974 del 11 de febrero de 1982, superándose el concepto clásico de trabajador dependiente. De conformidad con el decreto No. 976 del 23 de febrero de 1982, se anexa al Seguro Social las atribuciones del Ministerio de Bienestar Social transformándose el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social en un nuevo organismo denominado Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar (INSSBI).

Por medio del Decreto No. 974, de 11 de febrero de 1982<sup>570</sup>, se promulga la Ley de Seguridad Social, en su considerando se lee: Que el Derecho de Seguridad Social “debe funcionar como un *servicio público* especializado, cuya responsabilidad corresponde al Estado”, y la “Sociedad debe estar obligada no sólo por imperativos morales de solidaridad, sino también por imposición legal, a contribuir en las medidas de sus posibilidades, al sostenimiento de los seguros y servicios sociales y del bienestar común para lo cual el Estado crea diversos organismos centrales y autónomos”. En el artículo 1 de la ley “se establece como parte del sistema de la Seguridad Social de Nicaragua, el Seguro Social Obligatorio, como un *servicio público* de carácter nacional, cuyo objetivo es la protección de los trabajadores y sus familias, de acuerdo a las actividades señaladas en ésta Ley y su Reglamento”.

---

<sup>569</sup> La Gaceta No. 49 de 1 de marzo de 1982

<sup>570</sup> Decreto No. 1,146 de 29 de noviembre de 1982. La Gaceta No. 288 de 9 de diciembre de 1982.

Los programas de Bienestar Social tenían por objeto atender a la población no asegurada, que se encontraba en estado de necesidad o de protección. Bajo esta nueva estructura se desarrollan los siguientes programas:

1. Atención a la niñez, el centro Tutelar del Menor atendía los siguientes aspectos: a) Implementar Centros de Desarrollo Infantil (CDI) para cuidar y atender a los niños durante el día, a fin de que sus padres pudieran asistir a su trabajo, b) conocer todas las situaciones irregulares en que pudieran encontrarse los menores, como maltratos, actuaciones transgresoras de la ley, etc., pudiendo culminar el tratamiento de la problemática con su internamiento en hogares y centros especializados bajo la orientación del Centro Tutelar del Menor que también interviene directamente en las diligencias de la adopción en general y especialmente en casos de niños abandonados.
2. La rehabilitación integral obedecía a la necesidad de proporcionar a las personas con discapacidad los medios adecuados, que les permitieran desarrollar sus potencialidades residuales de carácter psíquico y físico, a fin de incorporarlos a las producciones de bienes y servicios.

La atención brindada a través de este programa esta subdividida en dos áreas: rehabilitación ocupacional para el tratamiento de no-videntes, sordos, retardados mentales, parapléjicos, etc., contando para ello con centros que atienden a discapacitados, y Rehabilitación Psico-social, que posibilita la atención reeducativa sobre los individuos que, conservando sus habilidades, no las utilizan productivamente a fin de recuperar los valores sociales que han perdido. Este campo comprendía a las prostitutas, alcohólicos y toxicómanos.

3. Servicios sociales a la vejez, se encargaban de la administración para el establecimiento de servicios de protección a los indigentes y daban asesoría técnica a centros privados que atendieran este problema.

Se crearon cuatro hogares a cargo de INSSBI, donde se atendían a 250 ancianos, desarrollándose actividades creativas, culturales, productivas, servicio de alimentación, hospedaje, atención psicológica y siquiátrica, vestuario y otras actividades.

A nivel educativo, en noviembre de 1982, se promulga la Ley Orgánica del Ministerio de Educación<sup>571</sup>, y en su artículo 2 define el ámbito de su competencia, y sus funciones y establece, “autorizar, y supervisar, en nombre del

<sup>571</sup> Decreto-Ley No. 255 del 20 de marzo de 1987. La Gaceta No. 79 de 6 de abril de 1987.

Estado todos los servicios educativos que ofrezcan entidades particulares o privadas, ya sea en planteles escolares regulares o en cursos libres” (inciso d). Sin embargo, ni en la Ley Orgánica, ni en el Decreto-Ley de creación del Consejo Nacional de Educación<sup>572</sup>, se califica esta actividad educativa como servicio público.

En este proceso de refundación del Estado de Nicaragua<sup>573</sup>, también se emi-

---

<sup>572</sup> En cuanto a la estructura administrativa, el nuevo estado se organizó de la siguiente manera: Ministerios de Desarrollo Agropecuario, Comercio Exterior, Vivienda y Asentamientos humanos, Salud, Educación, Cultura, Exterior, Interior, Defensa, Construcción y Transporte, Planificación y Bienestar Social.

El Ministerio de Planificación tenía instrumentos especializados de apoyo el Instituto Nicaragüense de Estadísticas y Censos (INEC); el Instituto Nicaragüense de Administración Pública y la Dirección Nacional de Informática (DNI). El Ministerio Agropecuario, tenía como organismos de apoyo a la Empresa Nacional de Productos Agropecuarios (PROAGRO); Empresa Nacional de Agro mecanización (AGROMECA); Empresa de Riego de INRA; Empresa de Comunicación Agropecuario (PROCAMPO); y el Banco Nacional de Desarrollo (BND). Al ministerio de Transporte se adscribían nueve organismos de transporte: Empresa de Ferrocarriles: Empresa de Transporte Internacional (TISA), División de Administración de Servicios de Transporte (DST); Empresa Naviera Nicaragüense (NANICA); Empresa Nicaragüense de Cabotaje (ENICAB); Agencia Marítima Nicaragüense (AMANIC); Empresa Aérea de Nicaragua (LANICA); Aeropuertos y Puertos. El Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados (INAA), surgió de la fusión de la Empresa Aguadora de Managua y el Departamento de Acueductos y Alcantarillados (DENACAL) MAYORGA SACASA, afirma que “la realización simultánea de todas las tareas que demandaba nuestro pueblo, obligó a combinar muchos recursos humanos, sin experiencia administrativa lo que provocó que las distintas dependencias y Ministerios buscaran realizar de la manera más rápida posible, las tareas encomendadas. No existían mecanismos ni procedimientos para unificar la dirección y el control estatal. Se daba una débil coordinación entre dependencias estatales. *Transformaciones estructurales...* Pág. 27.

<sup>573</sup> En el área de transporte se crean las siguientes instituciones y se aprueban las siguientes leyes: Instituto Nicaragüense del Ferrocarril (Decreto 1344. Del 23 de Noviembre de 1981); Empresa Ferrocarril de Nicaragua (Decreto 718. 2 de junio de 1981. La Gaceta. Núm. 93); Decreto Número. 117. Ley de Transporte y obras Públicas”(27 de octubre 1979); Decreto Número 423. Creación de la Corporación de Transporte del Pueblo (5 de julio de 1980); Decreto Número 424. Regulaciones para el Transporte colectivo automotor (5 de julio 1980); Ley reglamentaria obtención licencias funcionamiento de transporte terrestre (La Gaceta. 280. Decreto 1140 de 3 de diciembre de 1982).Esta Ley fue cambiada por la ley número 381 “Ley de reforma a la ley reglamentaria para la emisión y obtención de las licencias de funcionamiento en el transporte terrestre que entro en vigencia el 8 de marzo de 2001); Ley Orgánica del Ministerio de Transporte (Decreto 117. 25 de Octubre de 1985); Decreto Número 117, “Ley Orgánica del Ministerio del Transporte (25 de septiembre de 1985); Decreto Número 164 “Ley General de Transporte (17 de febrero 1986); Ley Creadora del Ministerio de la Construcción y Transporte (Decreto 328. 7 de mayo de 1986); Ley de Transporte y obras públicas (Decreto 117. 27 de noviembre de 1979. La Gaceta Núm. 42); Ley General de Transporte (Decreto 164. 17 de febrero de 1986. La Gaceta Núm. 34); Empresa Nacional de terminales terrestre (Decreto 712. 4 de junio de 1981). Es necesario señalar que el decreto Número 6 sólo se limitó a crear los Ministerios, sin indicar su estructura y funcionamiento. Sin embargo, esto fue complementado en octubre de mil novecientos setenta y nueve con el Decreto número ciento diecisiete (117), Ley de Transporte y

ten una serie de Decretos-Leyes sobre transporte terrestre<sup>574</sup>, aéreo<sup>575</sup> y acuático, y éstos, en la norma jurídica se le declara de manera expresa como servicio público<sup>576</sup>.

Obras Públicas, publicada en la Gaceta, número cuarenta y dos (42) del veintisiete de octubre de mil novecientos setenta y nueve con el cual se derogó el Decreto creador del Consejo Nacional de Transporte. El Decreto ciento diecisiete consta de quince artículos. Según el Decreto 117 el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, éste, tiene como objetivo: “promover, fomentar y desarrollar la vida activa del Estado por medio de la utilización de las vías terrestres, ferroviarias, marítimas, lacustre, fluviales y áreas, el transporte de personas, bienes, objetivos y vehículo por las vías antes mencionadas en todo el territorio nacional”. Acuerdo Ministerial Núm. 31-98, del 3 de octubre de 1998 que le otorga facultades a la Dirección General de Transporte Terrestre para resolver asuntos relativos al a concesiones de transporte y sus actividades conexas.

SANCHEZ CABALLERO, señala que en el período sandinista, “la inadecuada utilización de los vocablos propios del sector transporte, por lo que fácilmente podemos observar cómo se confunden los términos de una legislación a otra, pues en tiempo del “Consejo Nacional de Transporte” la legislación era bastante clara y sencilla, definiendo algunos conceptos del ramos por su propio nombre tales como transporte de pasajeros, ruta, horario, itinerarios y sobre todo define claramente lo que es el derecho de línea y la forma de obtenerla. Después, con el triunfo de la Revolución Sandinista, se comienza a legislar en otro sentido; por un lado, se nota que el espíritu de la Ley de Transporte y obras Públicas da apertura al mayor número posible de trabajadores, fomentando la organización de éstos en cooperativas y se refiere todavía a las Licencias de funcionamiento, como el derecho de líneas, el cual se obtenía a través de licitación, pero posteriormente, con la promulgación de la Ley Reglamentaria para la Emisión y Obtención de Licencias de funcionamiento en el Transporte Terrestre, se confunden los términos, limitando los derecho de los prestatarios del servicio de transporte, ya que no se define a la licencia de funcionamiento, como un derecho, sino que la define como una autorización, a pesar de todo se de todo se puede sostener que dicha autorización es igual o semejante a la Concesión.” Derecho administrativo y la regulación del transporte urbano colectivo. Monografía Managua. 2002. Pág. 79. Actualmente las nuevas normativas dan competencia al órgano rector de carácter nacional como es el Ministerio de Transporte e Infraestructura (MIT) y a las Municipalidades; así mismo por medio de la Ley 290, Ley de Organización, Competencia y Procedimiento del Poder Ejecutivo otorga las facultades y funciones del MIT y las leyes 40 y 261, Ley de Reforma a la Ley de Municipios, transfiere las funciones de administrar el transporte intramunicipal a las Alcaldías, las que a su vez dictan a través de resoluciones de los Consejos Municipales la creación de instancias de regulación y control. MARTINEZ VALLE, HERMOGENEZ Y BERMUDEZ CUEVAS, SALVADOR.: Reguleciones administrativas en transporte terrestre de pasajeros. Monografía. Managua, Nicaragua, 2002.

<sup>574</sup> En los años ochenta, se forman dos instituciones relacionadas con el transporte aéreo: Instituto Aeronáutico (Decreto 1033. 5 de junio de 1982); y la Empresa Administradora de Aeropuertos Internacionales (Decreto 1292. 16 de septiembre de 1983. La Gaceta 186). Sin embargo el transporte aéreo está regido por un Reglamento de Aeronáutica Internacional y un organismo llamado Organización de Aeronáutica Civil Internacional (OACI) y el transporte acuático por la Organización Marítima Internacional (OMI).

<sup>575</sup> Por ejemplo en la “Ley General de Transporte” (Decreto Número 164, 17 de febrero de 1986) en el Artículo 4, se lee: “ Para efectos de la presente Ley, el servicio público de transporte se presta en los siguientes Niveles: Nacional o Internacional”. En la “Ley reglamentaria para la emisión y obtención de licencia de funcionamiento en el transporte terrestre (Decreto Numero 1140. 30 de noviembre de 1982), también se lee: “Se exige para la prestación del servicio público de transporte que las cooperativas o empresas llenen los requisitos que continué, obteniendo la respectiva licencia y tarjeta de operación sin lo cual estarán impedidos para su funcionamiento”.

<sup>576</sup> Decreto 20. Gaceta Núm. 3. 24 de Agosto de 1979.

Mediante el Decreto No. 20<sup>577</sup>, se crea el Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillado Sanitario (INAA), con la fusión del Departamento Nacional de Acueductos y Alcantarillados (DENACAL), la Empresa Aguadora de Managua (EAM)<sup>578</sup> y el resto de Empresas Municipales independientes que operaban a la fecha.

En la ley Orgánica de INAA<sup>579</sup>, artículo 4, se establece que “el Instituto será el encargado de realizar la planificación, ejecución y control de los Sistemas Municipales y Locales que se incluyen en el Plan Nacional de Acueductos y Alcantarillados, los cuales se declaran obras de interés nacional y de *utilidad pública*”. En el artículo 5 se lee: “El Instituto mediante Decreto del Poder Ejecutivo, podrá declarar zonas de reserva en terrenos comunales o particulares, donde no se podrá emprender ninguna obra de exploración o explotación de aguas de cualesquier naturaleza, en beneficio de persona natural o jurídica alguna; con el objeto de garantizar la existencia de fuentes de aguas suficientes para *los servicios públicos de interés general* que presta el Instituto”. Asimismo, el artículo 6, al regular los deberes y atribuciones, establece, entre otras: d) Determinar las normas nacionales sobre tarifas de los *Servicios Públicos* de Acueductos y/o Alcantarillados tanto para los que administre el Instituto como para los que funcionen temporalmente bajo otras autoridades públicas o particulares.

Por su parte, el Instituto Nicaragüense de Energía (I.N.E)<sup>580</sup> fue creado por Decreto legislativo el 23 de Julio de 1979. Asimismo, mediante su [Ley Orgánica](#)<sup>581</sup>, en su artículo 2, se especifica que “el Instituto tendrá por objeto la articulación y desarrollo del sistema nacional de electrificación mediante el estudio, investigación, planificación, generación, transmisión, distribución y suministro de energía eléctrica”. En su artículo 3 se fija su carácter monopólico, ya que “Las funciones de generar, transformar, transmitir, distribuir y suministrar energía eléctrica para uso público corresponden única y exclusivamente al INE, y ningún otro organismo, público o privado, puede ejercer las funciones antes mencionadas”.

---

<sup>577</sup> La EAM era administrada y operaba bajo ciertos criterios empresariales y organizaciones que permitían que fuera una entidad productiva, rentable y brindara un buen servicio. DENACAL, era administrado y operado como Ministerio del Estado con dependencia del presupuesto nacional. JOSE ANTONIO DARCE. Pág. 12.

<sup>578</sup> Decreto No. 123, 23 de octubre de 1979. La Gaceta Núm. 44 de 30 de octubre de 1979.

<sup>579</sup> Gaceta Diario Oficial Núm. 2. 23 de Agosto de 1979.

<sup>580</sup> Decreto No. 352 de 24 de marzo de 1980. La Gaceta No. 76 de 29 de marzo de 1980.

<sup>581</sup> Decreto Núm. 1,053. La Gaceta No. 137 de 12 de junio de 1982. En la ley Orgánica se establece que TELCOR va a controlar todo lo relativo a las actividades en las ramas telefónicas, telegráficas, postal facsímile, radio foto, datos tele frecuencias, filatelias, o cualquier otro servicio relativo conocido o por conocerse en el campo de las telecomunicaciones, para lo cual tendrá que participar en actividades de planificación y ejecución de proyectos, en todos estos campo o en cualquier otra actividad mencionada con sus objetivos. (Art.3).

El Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos (TELCOR), fue creado como una entidad descentralizada, con personalidad jurídica, duración indefinida, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. En su ley Orgánica<sup>582</sup>, artículo 3, se habla de *Servicio Público*: “Se concede a TELCOR la facultad de elaborar los Reglamentos generales relativos a la utilización de los *servicios públicos* que preste, a fin de someterlos a la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional para su aprobación. El Reglamento General Orgánico del Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos (TELCOR)<sup>583</sup> contendrán las normas que deben cumplir los usuarios de los *servicios públicos* que preste TELCOR, estableciendo en los mismos, sanciones consistentes en multas de acuerdo con la gravedad de la infracción, hasta la suma de Veinte Mil Córdobas. Asimismo, en el artículo 14, se establece que “los servicios de TELCOR se consideran de *servicio público*, así como también se consideran de *servicio público* aquellos que prestaron, dentro de las finalidades de esta Ley, cualquier Sociedad, Empresa u Organización de la cual TELCOR forma o llegare a formar parte a causa de la autorización que se da en el literal b) del Artículo 2, de esta Ley. Cuando estos servicios públicos sean prestados por cualquier sociedad o empresa de las cuales TELCOR forma o llegare a formar parte, éstas gozarán de los mismos privilegios señalados en el Artículo 12 de esta Ley, asimismo TELCOR podrá hacer extensivos estos últimos a los concesionarios”.

A inicios de los años ochenta por medio del Decreto 682, se establece la “Ley de Especies Postales y Filatelia”. Mediante esta ley TELCOR tiene el dominio, la emisión, control y comercialización de las Especies Postales y Filatelia de Nicaragua<sup>584</sup>.

La creación de una televisión pública se dio por medio del Decreto Núm. 1, 398<sup>585</sup>, que en su artículo 1 establece: “Créase el Sistema Sandinista de Televisión (SSTV), como una corporación Estatal de Derecho público, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones”<sup>586</sup>.

<sup>582</sup> En el año de 1983 se emitió el Decreto Número 1306 del 22 de junio. La Gaceta Número 198. 30 de agosto. Reglamento General Orgánico del Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos (TELCOR). Un estudio sobre el desarrollo de TELCOR, en la década de los ochenta, GONZALEZ GARCIA, YAMMILLET DEL CARMEN.: Historia de las telecomunicaciones en Nicaragua de 1980 a 1992. Monografía. Junio de 1995.

<sup>583</sup> Gaceta Número 66. 21 de marzo de 1981.

<sup>584</sup> Decreto No. 1.398 de 10 de febrero de 1984. La Gaceta No.38, de 22 de febrero de 1984.

<sup>585</sup> En 1989, un grupo de recurrentes, interpuso un Recurso por Inconstitucionalidad en contra de la Ley No. 52, “Ley General sobre los Medio y la Comunicación Social”. En una parte de la Sentencia se lee: “...El Estado, está facultado para determinar por medio de leyes especiales o concesiones que recursos naturales son de su uso exclusivo, cuáles se reservan para desarrollarlos y explicarlos directamente, y qué parte de los mismos otorga a particulares, sin que esto signifique que se está desconociendo que existen otros bienes, cuya forma de propiedad puede ser privada, asociativa, cooperativa y comunicativa”. *Jurisprudencia Constitucional de Nicaragua*. Pág. 1266.

<sup>586</sup> Decreto Núm. 106. 9 de Octubre de 1979.

En lo que respecta a los municipios, mediante el Decreto Núm. 270, dictado el 31 de enero de 1980, se reguló el nuevo régimen local. Asimismo, se formó una Secretaría de Asuntos Municipales<sup>587</sup>, que de acuerdo con el art. 1 de su Ley Creadora, estaba dirigida y vigilada por el Poder Ejecutivo, correspondiéndole las funciones de coordinar y dirigir las actividades de las Juntas Municipales en todo el territorio nacional.

A inicios de 1982 se creó una nueva división político-administrativa basada en Regiones y Zonas Especiales<sup>588</sup>, y en el mes de enero de 1985 se creó el Ministerio de la Presidencia, y se adscribió a él, la Secretaría de Asuntos Regionales, que vino a coordinar y dirigir, tanto la actividad regional como municipal. Posteriormente, mediante una reforma producida en septiembre del mismo año<sup>589</sup>, se confirió directamente al Ministerio de la Presidencia, el ejercicio tanto de las atribuciones, como de las funciones de dicha Secretaría. Creándose en el interior de dicho Ministerio una Dirección de Asuntos Municipales y Regionales (DAMUR), así como una Dirección de Investigación y Capacitación Municipal (DICAM)<sup>590</sup>. Al igual que en las anteriores leyes, las competencias que correspondían a las Juntas Municipales fueron económicas y administrativas, pero sujetas a la vigilancia y coordinación del Poder Ejecutivo.

En el artículo 11 de la ley municipal<sup>591</sup> se establecen las competencias que podían ejercer los municipios, entre ellas: c) Promover la sanidad ambiental

---

<sup>587</sup> Decreto Núm. 1081. La Gaceta. 2 de agosto de 1982. Por medio de este Decreto, la división política y administrativa departamental y municipal se dejaba atrás, y se asumía una nueva, las de Regiones y Zonas especiales. Se formaron nueve regiones y tres zonas especiales, cada una de estas circunscripciones se componía de uno o varios departamentos que a la vez conformaban los Municipios. Al frente de cada región se encontraba un Delegado de Gobierno con el rango de Ministro, nombrado por el Poder Ejecutivo.

<sup>588</sup> Decreto Núm. 118. La Gaceta 26 de septiembre.

<sup>589</sup> FLAVIO ESCORCIA.: *Municipalidad...*Pág. 86.

<sup>590</sup> Ley creadora de las Juntas Municipales de Reconstrucción. 31 de enero de 1980. Gaceta Diario Oficial 5 de febrero.

<sup>591</sup> En la Ley Núm. 40, (La Gaceta. 17 de Agosto de 1988) en su artículo 7, se establece que el Municipio ejerce competencias sobre las siguientes materias: 3) Ornato público; 4) Construcción y mantenimiento de las calles, aceras, andenes, parques, plazas, puentes y áreas de esparcimiento y recreo; 5) Construcción y administración de mercados, rastros y lavaderos públicos; 6) Limpieza pública y recolección, desaparición y tratamientos de residuos; Construcción, mantenimiento y administración de cementerios; Establecimiento de bibliotecas, museos, bandas municipales, parques, zoológicos, promoción de fiestas tradicionales y del folklore y toda clase de actividades que promuevan la educación, la cultura, el deporte y el turismo; Alumbrado público. Esta ley fue reformada por la número doscientos sesenta y uno (261) publicada en La Gaceta, número ciento sesenta y dos (162) del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y siete. El Transporte colectivo urbano es un área asignada a los municipios por mandato expreso de la Ley de Municipios y sus

y proteger la salud de los ciudadanos de la localidad en coordinación con las autoridades competentes; k) Prestar especial atención al fomento de la educación, creando bibliotecas, teatros, museos y otras instituciones culturales, en coordinación con los organismos correspondiente. Estas competencias, el gobierno central las podía asumir de manera total y parcial en cualquier momento, de modo que las propiamente municipales no existían. Esta situación duro durante la década de los ochenta, y aunque fue promulgada una nueva Constitución en 1987 y una nueva Ley Municipal en 1988<sup>592</sup>, no se reglamentó, sino hasta marzo de 1990, cuando iniciaba un nuevo gobierno.

reformas, en la ley doscientos noventa (290) y la ley trescientos noventa y cinco (395), última que interpretó auténticamente quien tiene la competencia sobre el sector transporte untramunicipal. En el inciso doce del artículo siete de la ley de Municipios y sus reformas, se faculta a las autoridades locales a desarrollar el transporte y las vías de comunicación, así como impulsar y controlar el servicio de transporte colectivo intra municipal, urbano y rural. En el municipio de Managua, el Consejo Municipal dictó la Resolución número catorce guión noventa y nueva mediante el cual se creó el Instituto Regulador de Transporte del Municipio de Managua (INTRAMMA) que goza de autonomía financiera y administrativa; con personalidad jurídica, autonomía administrativa y económica, capacidad para adquirir derechos, acciones y obligaciones y con domicilio en la ciudad de Managua, para contribuir con el transporte público. (Resolución pública en la Gaceta. Número doscientos doce 212, del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueva. Cuenta con 44 artículos).

En mil novecientos noventa y ocho, por medio de la ley 290 (La Gaceta, número ciento dos 102 del tres de junio de ese año) se formo el Ministerio de Transporte e infraestructura. El artículo 25 de esta ley contiene la competencia del Ministerio de Construcción y Transporte, que marca la diferencia entre el servicio de transporte público intramunicipal y el intermunicipal que corresponde al municipio y al Ministerio respectivamente. En el año 2001 surgió una discusión administrativa entre el Instituto Regulador del Transporte del Municipio de Managua y el Ministerio del ramo, el cual fue resuelto por interpretación auténtica que hizo la Asamblea Nacional en la ley trescientos noventa y cinco (395) del cuatro de julio del año dos mil uno. Sobre este aspecto véase: SANCHEZ CABALLERO, J.: *Derecho administrativo y la regulación del transporte colectivo*. Monografía. Managua, Nicaragua. 2002. Pág. 90.

<sup>592</sup> TORRES BRIONES, I.: *Historia del poder legislativo en Nicaragua 1823-1998*. Managua. Parlamento. 1998; ESGUEVA GOMEZ, A.: *Las constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua*. Managua. El parlamento. 1994. Tomo II; AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*. HISPAMER. Managua. 1999; AA.VV.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Nicaragüense*. Universidad de Sevilla Secretariado de Publicaciones. Sevilla. 1999; NAVARRO, K, SENDIN GARCIA, M.: "Las bases constitucionales del Derecho Administrativo de Nicaragua". En: *El marco constitucional del Derecho Administrativo en Ibero América*. Quito, Ecuador. 2006. Pág. 291-300; ALVAREZ ARGUELLO, G.: *La Ley en la Constitución nicaragüense*, Cedecs, Barcelona 1999; CHAMORRO MORA, R.: *Constitución política. Comentarios*. Universidad Centroamericana, Managua 1990; CUADRA, F.: "Breve análisis de la Justicia Constitucional en Nicaragua en el período histórico comprendido entre 1939 y 1992", en AA.VV., *La Justicia Constitucional: una promesa de la democracia*. San José de Costa Rica 1992, págs. 177-199



## 5. El Servicio Público en la Constitución de Nicaragua.

El 9 de Enero de 1987, la Asamblea Nacional de Nicaragua culminó su labor constituyente, con la aprobación de la nueva Constitución Política, que fue promulgada de forma inmediata por el Presidente de la República<sup>593</sup>.

Nuestra Norma Fundamental es relevante, por cuanto su posición de supremacía opera respecto de todos los poderes públicos, y contiene importantes aportaciones a la hora de concretar jurídicamente la noción de servicio público.

Resulta, por ello, preciso abordar el estudio de los diversos pasajes de nuestra Norma Fundamental de los que pudiera derivarse consecuencias relevantes para concretar qué debe entenderse en nuestro ordenamiento jurídico por *servicio público*, tarea que nos permitirá diferenciarlo con precisión del resto de las técnicas de intervención en la economía constitucionalmente reconocidas a favor del poder público.

Los preceptos constitucionales que hacen referencia a materias de índole económicas en la Constitución se encuentran ubicados, en primer lugar, en el Capítulo I. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. CAPÍTULO ÚNICO. Artículo 5, párrafo 2 que establece que “la economía mixta asegura la existencia de distintas formas de propiedad: pública, privada, asociativa, cooperativa y comunitaria; todas deben estar en función de los intereses superiores de la nación y contribuir a la creación de riqueza para satisfacción de las necesidades del país y sus habitantes”.

En segundo lugar, en el Título IV. DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS DEL PUEBLO NICARAGÜENSE. Capítulo I. DERECHOS INDIVIDUALES. Artículo 44 establece “*Los nicaragüenses tienen derecho a la propiedad personal que les garantice los bienes necesarios y esenciales para su desarrollo integral*”. A su vez, siempre dentro del mismo Título IV, aparece en el Capítulo III. DERECHOS SOCIALES. Artículo 57 y ss. Referidos *al Derecho de todos los Nicaragüenses al trabajo, la educación, la cultura, la salud, la seguridad social, vivienda digna, cómoda y segura que garantice la seguridad familiar*. Siempre dentro del Título IV, aparece el Capítulo V. DERECHOS LABORALES. Artículo 80 y ss. Este capítulo señala que *el trabajo es un derecho y una responsabilidad social. Establece la participación en la gestión de la empresa por parte de los trabajadores. Reconoce el derecho a la huelga y a la libertad sindical*.

<sup>593</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, A.: *El recurso de amparo*: Estado de la cuestión. Biblioteca Nueva. Madrid. 2001.

La ubicación de estos preceptos no obedece a ninguna lógica estructural en cuanto a la protección de los contenidos, ya que esta Constitución carece de “protección jerarquizada” de los derechos fundamentales, dentro los cuales se encierran los económicos, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución Española, que establece los derechos protegidos que son objeto del amparo y otros que no lo son<sup>594</sup>.

En tercer lugar, el texto constitucional establece un apartado exclusivo en el Título VI. ECONOMÍA NACIONAL, REFORMA AGRARIA Y FINANZAS PÚBLICAS, este Título se divide en tres capítulos que, como vemos, se encargan de regular la economía, la reforma agraria y las finanzas del país.

El artículo 98 establece que “*la función principal del Estado en la economía es desarrollar materialmente el país; suprimir el atraso y la dependencia heredados; mejorar las condiciones de vida del pueblo y realizar una distribución cada vez más justa de las riquezas*”.

Sin embargo, los artículos 99 y ss. son los que establecen las pautas para determinar cuál es el tipo o modelo económico que el Estado debe seguir. Concretamente, su artículo 99 inciso 2 dice: “*El Estado dirige y planifica la economía nacional para garantizar y defender los intereses de las mayorías y orientarlas en función de los objetivos del progreso económico social*. El artículo 103 establece que “*El Estado garantiza la coexistencia democrática de las formas de propiedad pública, privada, cooperativa, asociativa y comunitaria; todas ellas forman parte de la economía mixta, están supeditadas a los intereses superiores de la nación y cumplen una función social*”.

De la lectura de los preceptos constitucionales se puede deducir que se trata de una *economía mixta*. Es necesario recordar que el texto constitucional de Nicaragua es del año de 1987, período que el país se encontraba bajo un régimen que tendía más hacia el socialismo que el capitalismo<sup>595</sup>.

El texto del '87 establecía por tanto el principio de la dirección y planificación de la economía y el principio de la economía mixta. El texto pretendía buscar el equilibrio entre ambos, aunque definitivamente el grado de inter-

<sup>594</sup> CORAGGIO, J.L y DEERE, C.D.: La transición difícil. Siglo XXI. México. 1987; “Economics and Politics in the Transition to Socialism: Reflections on the Nicaraguan Experience”, en R. Fagen, C.D. Deere y J.L. Coraggio (eds.): Transition and Development. Problems of Third World Socialism. MUÑEZ, O.: La transición difícil: la autodeterminación de los pequeños países periféricos. México: Siglo XXI. CRIES, 1986.

<sup>595</sup> AA.VV.: *La economía mixta en Nicaragua: proyecto o realidad* (una visión de académicos y políticos nacionales. Managua. CINASE.1986. Biondi-Morra, Brizio N.: *Revolución y política alimentaria...*

vencionismo del Estado era mayor que el de la participación de la empresa privada<sup>596</sup>.

En 1995 el texto constitucional fue reformado, el régimen político había cambiado y el Estado estaba bajo la dirección de fuerzas políticas que se inclinaban hacia la empresa privada. Hacia la intervención de los sujetos privados en el mundo económico más que hacia el Estado. Sin embargo, esto no deslindaba las responsabilidades del Estado a la hora de dirigir la economía, garantizar y promover el desarrollo integral del país (Art. 99)<sup>597</sup>.

Debido a la reforma Constitucional, en particular los artículos 99, 104, 105 del Capítulo I. ECONOMÍA NACIONAL, se logró adecuar el texto constitucional a los objetivos del Gobierno, y de esta forma trazar la política económica que ha seguido el Estado de Nicaragua en la última década.

En la actualidad la economía está siendo movida por la empresa privada, como establece el mismo texto constitucional, *...El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares*. Asimismo, el artículo 103 consagra un modelo de economía mixta, en el cual conviven por un lado la libertad económica, la iniciativa privada y las inversiones extranjeras y, por otro, la intervención, la planificación, la dirección y las reservas de determinadas actividades o industriales del Estado.

---

<sup>596</sup> AA.VV.: *Nicaragua 1995: Un nuevo intento Constitucional (cronología del proceso de reforma constitucional)*. Universidad de Sevilla. 1996; NAVARRO, K y SENDIN GARCIA.: "Las bases Constitucionales... Pág. 175-

<sup>597</sup> SENDIN GARCIA y NAVARRO, señalan que de este artículo se debe destacar que la "noción de servicio público se hace más desde la idea de garantía de una correcta prestación y control por parte de los poderes públicos, y derecho al acceso por parte de los sujetos privados, que desde la idea de monopolio. De esta forma, no parece que esta consagración del servicio público plante problema de adaptación algunos a la nueva forma de entender el servicio público, tras los procesos de liberalización y desregulación, en el que se presta éste en un entorno competitivo y no monopolístico. Por otra parte, sorprende que el legislador constituyente, sin embargo, sigue reservando el término servicio público para referirse a los servicios económicos, esto es, aquellos que tradicionalmente se prestaban en monopolio; y eluda dicho término para referirse a los servicios de carácter social. La vieja formas de pensar parecen haber sido aquí decisivas, llevando a situar este tipo de servicios, tradicionalmente designados como servicios compartidos, como una realidad próxima pero diferente al servicio público. Huelga decir que dicha redacción no debe impedir la consideración de ambas realidades como dos especies (servicios públicos económicos y servicios sociales) de un mismo genero (servicios público). "Las bases constitucionales"... Pág. 178. Véase, también los mismos autores: *La formación y consolidación del Derecho Administrativo nicaragüense*. Editorial, Hispamer. Managua, Nicaragua. 2006. Pág. 199 y ss.

Todos estos principios son los que fundamentan la existencia de una economía social de mercado, dentro del marco del Estado social y democrático de derecho (art- 130).

Conforme a los principios constitucionales, “es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básico de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y derecho inalienable de la misma el acceso ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas serán reguladas por la Ley de cada caso. Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenadas bajo ninguna modalidad” (art. 105)<sup>598</sup>.

Coadyuvando con lo anterior, el artículo 59 establece que los nicaragüenses “tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en la defensa de la misma”.

El artículo 119, define que la “educación es función indeclinable del Estado. Corresponde a éste planificarla, dirigirla y organizarla. El artículo 112, garantiza “el acceso a la educación es libre e igual para todos lo nicaragüenses. La enseñanza primaria es gratuita y obligatoria en los centros del Estado... nadie podrá ser excluido en ninguna forma de un centro estatal por razones económicas”.

---

<sup>598</sup> RIVERO ORTEGA señala que podemos distinguir tres tipos de privatización: formal, material y patrimonial. La privatización formal consiste en la utilización que la Administración hace de formas de Derecho Privado (“Huida al Derecho Privado”), para evitar los procedimientos y los controles jurídicos-públicos, que encorsetan y ralentizan la realización de algunos de sus objetivos. Hablamos de privatización material cuando se transfiera la gestión de los servicios públicos (actividades materialmente administrativas) a empresas privadas, a través de la clásica fórmula de la concesión u otra técnica (concerto, sociedades mixtas). Por último, la privatización patrimonial es la venta de participaciones públicas en empresas al sector privado, retirándose así el sector público de la intervención directa en la economía suministrando bienes o prestando servicios”. *Introducción al Derecho...*Pág. 31. Esta tipología que realiza RIVERO ORTEGA es perfectamente extrapolable a Nicaragua, donde también se han manifestado estos tres tipos de privatización.

Merece la pena, hacer alguna observación respecto a esta regulación:

En primer lugar, a diferencia que en periodo anterior, se puede observar ya una cierta concepción general de lo que es servicio público. Esto se hace evidente mediante la simple lectura del artículo 105 de la Constitución, que con este término designa claramente a una institución jurídica concreta, a la que se vincula un régimen jurídico determinado.

Es reseñable igualmente la relevancia constitucional de este concepto, que aparece consignado expresamente a tan alto nivel.

No se puede encontrar en la norma fundamenta, sin embargo, una definición concreta de esta figura de forma explicita, pero implícitamente hay una clara consagración de una noción concreta de la misma. Bastante coincidente con la española.

Aunque no se muestre de una forma clara y precisa, no es necesaria una compleja interpretación jurídica para darse cuenta que la idea de servicios público se equipara a la actividad monopolística y sujeta a concesión. Mientras que se pretende aludir este término, cuando se trata de sectores no monopolísticos, como la educación. Supuestos en los que se habla tan solo de la obligación del Estado de garantizar su prestación, como un deber indeclinable.

No parece, no obstante, que esta distinción acabe de convencer mucho al legislador constituyente, que lejos de dar una separación tajante a ambos supuestos, lo regula de forma conjunta, indicando con ello su proximidad.

Esta configuración, en algunos aspectos muy similar al artículo 128 de la Constitución Española, tiene como ésta el defecto de estar anclado en su tiempo, y se anuda, por ello, a una concepción muy concreta del servicios público, la tradicional noción monopolista, hoy en día en franco retroceso.

Esta proximidad a su tiempo, hace que en la actualidad haya quedado en cierto modo desfasada y anticuada. Tras los procesos de liberalización los servicios públicos han dejado de ser monopolios, y, con ello, han dejado en el artículo 105 de la Constitución, un cierto sabor de épocas pasada.

Una muestra más de que las Constituciones, por su papel básico deben de buscar aspectos de valides general y permanente, y no perderse en convencionalismos temporales, que el paso del tiempo acabará invalidando.

## 6. Conclusiones

De lo expuesto podemos deducir que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, en la Constitución y en el ordenamiento jurídico positivo, se califica explícitamente determinadas actividades como *servicio público*. Ya en este período el servicio público, es una cierta forma de acción administrativa; es decir un tipo de actividad con un contenido concreto, tendente al suministro de una prestación.

En estas leyes la noción de *servicio público* no forma una unidad coordinada ni un sistemático ordenamiento; es más bien una técnica que se utiliza en la normativa jurídica para dar una respuesta a necesidades colectivas, en un régimen especial, y cuya titularidad pertenece a la Administración Pública.

Como puede verse, el servicio público aparece en todas partes, en ocasiones la idea se perfila claramente, pero falta en todo caso la inserción en un marco jurídico general.

La falta de una reflexión doctrinal sobre la materia, se convierte así en decisiva. Convirtiendo los servicios públicos nicaragüenses en un mero agregado, confuso y poco claro, de sectores sujetos a regimenes diversos, aunque casi siempre próximos a lo que tradicionalmente se considera servicios públicos en la tradición continental europea.

En cualquier caso, si parece evidente la impronta claramente publicista que informa el servicio público nicaragüense en este momento. La tendencia a la gestión monopolística u oligopolística es clara.

# CAPITULO SEXTO

## LA PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICO<sup>599</sup>

### Introducción

La quiebra del paradigma económico de raíz keynesiana se sitúa en las grandes crisis energéticas a inicios de los años setenta, y ochenta, que provocaron la actual reforma del Estado<sup>600</sup>.

El aumento generalizado de los costes de los factores productivos y el nuevo equilibrio económico mundial derivado del mismo condujeron a los países industrializados occidentales a una situación de desempleo masivo con inflación (la llamada *stagflation*), a la que no pudieron hacer frente eficazmente los mecanismos keynesianos de gobierno público de la economía. Al contrario, la aplicación de éstos, en un primer momento, agravó la crisis y disparó el déficit público, poniendo en serio peligro la viabilidad del amplio sistema asistencial y de prestaciones garantizadas por los Poderes públicos que constituía el “Estado del bienestar”<sup>601</sup>.

---

<sup>599</sup> DE LA CRUZ FERRER, J.: *La liberalización de los servicios públicos...* Pág. 24 y ss.

<sup>600</sup> ARIÑO ORTIZ.: *EL nuevo servicio...* Pág. 24 y 25.

<sup>601</sup> No es necesario enumerar una lista exhaustiva de libros y artículos escritos por estos destacados economistas, porque sería muy grande e innecesaria. Sin embargo, podemos citar algunos libros importantes, como por ejemplo: STIGLER, J. : *The citizen and the State Essays on Regulation*. 1975; *El papel económico del estado*. Madrid : Instituto de Estudios Fiscales, 1993. Editado por Arnold Heertje. Prólogo, Miguel Ángel Lasheras Merino. Traducción, Bienvenido Pascual Encuentra]; *La economía del sector público*. Antoni Bosch. Barcelona. 1992. traducción de María Esther Rabasco, Luis Toharia ; revisión, comentarios y capítulo 2 de Antoni Bosch. FRIEDMAN, M.: *Capitalismo y libertad*. Madrid. 1966; *Ensayos sobre economía positiva*. Gredos. Madrid. 1967; *Ensayos sobre la economía positiva*. Gredos. Madrid. 1967; *Libertad de elegir: Hacia un nuevos liberalismo económico*. Editorial Grijalbo. Barcelona. 1982. COASE,

En los países anglosajones, fue donde surgieron las nuevas tendencias ideológicas que intentaron dar una respuesta a ésta situación, por medio de la recuperación de los principios liberales, y prestando una mayor atención a la gestión de la oferta agregada, bastante desatendida por la orientación casi exclusivamente del lado de la demanda propia del keynesianismo. Por un lado, se desarrollaron diversas corrientes normativas próximas entre sí que coincidían en el rechazo del gobierno público de la economía diseñado por los economistas keynesianos. El monetarismo de la Escuela de Chicago, la Escuela de las expectativas racionales o, en fin, los economistas “libertarios” son algunos ejemplos de esta tendencia<sup>602</sup>.

Con la crisis del paradigma keynesiano en los años setenta, estas teorías encontraron una aceptación que nunca habían tenido con anterioridad, y se convirtieron en el fundamento de la nueva “economía del lado de la oferta”, que constituye uno de los pilares ideológicos de la revolución neoliberal de los años ochenta en los Estados Unidos y la Gran Bretaña, y cuya influencia se ha extendido por todo el mundo durante esa década y la siguiente, coincidiendo con la quiebra de los sistemas del llamado “socialismo real”<sup>603</sup>.

Los partidarios de este neoliberalismo proponían una profunda transformación del modo de concebir la gestión pública de la economía que se había impuesto con el keynesianismo. Así, la política económica no debería buscar ya objetivos a corto plazo por medio de medidas discrecionales, que muchas veces sólo producen inestabilidad, inflación y déficit público, con la consiguiente perturbación del correcto y automático funcionamiento del mercado; por el contrario, el gobierno público de la economía tendría que mirar a largo plazo, dirigiendo sus esfuerzos a eliminar las rigideces de los mercados y a incentivar la productividad, el ahorro y las inversiones privadas, y dejando al libre juego de las fuerzas del mercado el equilibrio cotidiano. Por lo demás, era objeto de fuerte contestación la dependencia que la sociedad civil había adquirido con respecto al Estado, reclamándose en consecuencia un retorno al principio de responsabilidad individual y una disminución de los gastos sociales y asistenciales públicos.

R. H.: *La empresa, el mercado y la ley*. Alianza Editorial. Madrid. 1994. Versión española de Guillermo Concome y Borel. POSNER, R. A.: *El análisis económico del derecho*. México. FCE. 1998. Traducción de Eduardo L. SUAREZ. ACKERMAN.: *Economic Foundations of Property Law*. Boston 1975. HAYEK: F. A. VON.: *The fatal conceit, the errors of Socialism*. London. 1988; *Camino de servidumbre*. Alianza Editorial. Madrid. 1978. BREYER, S.: *Regulation and its reform*. Harvard. 1982. MACAIVROY.: *The crisis of the Regulatory Commissions*. Norton. 1970.

<sup>602</sup> ARIÑO GASPAR.: *Economía y Estado*...Pág. 31, 332 y 33.

<sup>603</sup> TRONCOSO REIGADA.: *Privatización, Empresa Pública y constitución*. Marcial Pons. Madrid, España. 1997; NIEVES DE LA SERNA.: *La privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*. Ed. Técnos. Madrid. 1992. SENDIN GARCÍA.: *Regulación y servicios públicos*...Pág. 53 y ss



De este modo, las propuestas neoliberales, en la forma en que se plasmaron en los programas políticos a principios de los años ochenta, incluían la reducción de los impuestos y del gasto público, la supresión de buena parte de la intervención pública reguladora de la actividad económica (*deregulation* o liberalización, según los países) y la introducción de los principios de la gestión empresarial en el ámbito de las Administraciones públicas, además de la conversión de los entes públicos económicos en sociedades de Derecho privado y la venta de las acciones de las mismas (privatización)<sup>604</sup>.

El éxito de la corriente llamada neoliberal ha sido grande, y ello a pesar de que los economistas han puesto en duda la efectividad real de estas medidas en la superación de la crisis de los años setenta, porque no es posible asegurar que la política de incentivación de las inversiones y el ahorro privado basada en la reducción de los impuestos haya alcanzado los objetivos esperados en los países donde se aplicó con mayor rigor (Estados Unidos, Gran Bretaña).

En cualquier caso, en el Occidente industrializado se ha impuesto finalmente una política económica pragmática, que busca el equilibrio general de la economía y trata de conseguir un crecimiento moderado sin perturbaciones excesivas, sean en forma de inflación, de desempleo o de déficit público incontrolado, en el convencimiento de que una reducción del nivel general de precios y salarios, el pleno empleo o el fin del aumento anual del déficit son ideales imposibles de alcanzar en las economías de mercado modernas. Asimismo, se tiende a eliminar las rigideces que impiden el funcionamiento fluido de los mercados y la propia efectividad de la política económica, lo que tiene una particular relevancia en los países pertenecientes a la Unión europea, porque la liberalización es requerida también por el proceso de formación de un sistema económico y monetario unificado. Desgraciadamente, las dificultades para mantener los gastos asistenciales que el “Estado del bienestar” exige no han sido resueltas y la crisis fiscal del Estado es todavía una grave amenaza para la continuidad del sistema<sup>605</sup>.

En América Latina, la reforma y modernización del Estado es una respuesta al agotamiento político del estado desarrollista y a la crisis económica generada por la incapacidad de los países latinoamericanos de pagar la deuda externa en 1982<sup>606</sup>.

---

<sup>604</sup> ARIÑO ORTIZ.: *Principios de derecho público...* Pág. 445-485.

<sup>605</sup> BULMER-THOMAS, V.: *La economía política de Centroamérica desde 1920*. Banco Centroamericano de Integración económica. San José, Costa Rica. 1989. Pág. 317-325.

<sup>606</sup> Existe una abundante bibliografía sobre este tema en América Latina, sin embargo, haremos referencia únicamente a los estudios que a nuestro entender son más significativos: BOENINGER, E. “Reforma y Modernización del Estado en América Latina” en *Reforma y modernización del Estado* ILPES-CEPAL. Santiago de Chile. 1995; GARRETON, M. A.:

Para las fuerzas políticas y económicas neoconservadoras que comenzaron a ganar posiciones en cada uno de los países de la región, un Estado mínimo y la liberalización de la economía, era la única estrategia viable para el logro de la estabilización financiera, el crecimiento económico y el cumplimiento en el pago de la deuda externa<sup>607</sup>.

¿Reforma del Estado o cambio en la matriz socio-política? Documento de Trabajo N° 30 FLACSO-Chile (mimeo) 1992; KAPLAN, M.: "Crisis y reformas del Estado en América Latina". En: Revista del CLAD Reforma y Democracia N° 9 Caracas, 1997; BULMER-THOMAS, V.: *La economía política de Centroamérica desde 1920*. Banco Centroamericano de Integración económica. San José, Costa Rica. 1989; CALDERON, F y DOS SANTOS, M. R.: *Sociedad sin atajos: Cultura Política, reestructuración y democratización en América Latina*. Buenos Aires Editorial Paidós. 1995; Centro de Estudios Sociológicos.: *Transformaciones sociales y acciones colectivas: América Latina en el contexto internacional de los noventa*. México. El Colegio de México. 1994; CEPAL.: *América Latina y el Caribe: Políticas para mejorar la inserción en la economía mundial*. Santiago de Chile. 1994; CEPAL.: *América Latina y el Caribe 1980-1995*. Quince años de desempeño económico. Santiago de Chile. 1996; CEPAL-UNESC.: *Educación y conocimiento: Eje de la transformación productiva con equidad*. Santiago de Chile. 1992; COOK, M. L. (Edi.): *Las dimensiones políticas de la reestructuración económica*. México. Fondo de Cultura Económica; FORO DEL AJUSCO.: *Desarrollo sostenible y reforma del Estado en América Latina y el Caribe*. Colegio de México. 1995; GURRIERI, A.: *Los noventa: ¿Desarrollo con equidad?* 1990. FLACSO, CEPAL, San José. 1990; ILPES.: *Reforma y modernización del Estado*. Santiago de Chile. 1995; ROJAS, M.: *La gobernabilidad en Centroamérica. Ajuste, sectores populares y gobernabilidad*. San José. FLACSO. Programa Costa Rica. 1995; SOJO, C.: *Gobernabilidad en Centroamérica. La sociedad después del ajuste*. San José. FLACSO. Programa Costa Rica. 1995; TOMASSINI, L.: *Estado, gobernabilidad y desarrollo*. Banco Interamericano de Desarrollo, Serie Monográficas, No. 7, Washington D.C. 1993; TORRES-RIVAS, E.: *Centroamérica: La democracia posible*. San José, Costa Rica. EDUCA-FLACSO. 1987; TORRES-RIVAS, E.: *El sistema político y la transición a la democracia en Centroamérica*. FLACSO, San José Cuadernos de Ciencias Sociales. No.36, 95. 1987; CALDERON, F.: "Hacia un nuevo orden estatal en América Latina. Veinte tesis sociopolíticas y un corolario de cierre" En: *América Latina: opciones estratégicas de desarrollo*, Editorial Nueva Sociedad. Pág.141-146. 1992; CALDERON, F.: "Gobernabilidad, competitividad e integración social". En *Revista de la CEPAL*. No. 57. Diciembre. Págs. 43-54. 1995; CEPAL (1995): "Modernización del Estado: resúmenes de documentos". En: *Serie INFOPLAN. Temas Especiales del Desarrollo*. No. 11. Pág. 75. 1995; CALDERON F y DOS SANTOS, M. R.: "Hacia un nuevo orden estatal en América Latina. Veinte tesis socio-políticas y un corolario de cierre", En: *Estudios Sociales Centroamericanos*, No. 53. Mayo.-Agosto. Págs. 125-150. 1990; DE FRANCO, S y VELAZQUEZ, J: (1994): "Transiciones democráticas en Nicaragua", En: DOMINGUEZ, J Y LINDERBERG.: *Transiciones democráticas en Centroamérica*. San José. INCAE. Págs. 205-251. 1994; GARCIA-GRANADOS, C.: "Estado y sociedad en el neoliberalismo dependiente". En: *Revista mexicana de Sociología*, No. 4, Año LVI, Octubre-Diciembre. 1994; GERT, R: "Democracia y economía". *Revista de la CEPAL*. Abril. No. 43. 1991.

607

El consenso de Washington hace alusión al acuerdo sobre política macroeconómica que habrían alcanzado distintos representantes de los organismos multilaterales y miembros de la academia latinoamericanos en la conferencia patrocinada por el Institute for International Economics en Washington en 1989; en la que se llegó a la conclusión de que los gobiernos latinoamericanos debían: 1) privilegiar las políticas que permitieran lograr

Sin embargo, esta necesidad de iniciar el proceso de reforma del Estado no fue producto de una discusión política interna, sino que por el contrario fue un proceso de transformación que, a partir de un eje exclusivamente económico, instaló y consolidó los criterios, necesidades y exigencias provenientes de presiones y políticas externas a los países. En otras palabras, se trata de una política de reforma cuya raíz, no proviene de las necesidades sentidas y manifiestas de la propia sociedad (empresarios medianos y pequeños, trabajadores urbanos, burócratas, profesionistas, campesinos), sino que es una propuesta surgida del acatamiento interno de las recomendaciones del Banco Mundial, de las exigencias del Fondo Monetario Internacional y de las propuestas de lo que se ha llamado el consenso de Washington<sup>608</sup>.

la disciplina fiscal; 2) priorizar el gasto público en educación y salud; 3) llevar a cabo la reforma tributaria; 4) dejar que el mercado determinara las tasas de interés positivas; 5) mantener un tipo de cambio competitivo; 6) realizar una política comercial liberal; 7) permitir la inversión directa extranjera; 8) privatizar las empresas del Estado; 9) desregular los distintos sectores de la economía; 10) comprometerse a proteger los derechos de propiedad de la piratería. Para profundizar véase, entre otros ENZO DEL BÚFALO “Las reformas económicas en América Latina” En Revista. Venezolana de Economía y Ciencias Sociales, 2002, vol. 8 n° 2 (mayo-agosto); WILLIANSO, J.: “What Washington Means by Policy Reform” en *Latin America Adjustment. How much has happened?*, Washington, *Institute of International*.

<sup>608</sup> Los objetivos generales de estas medidas eran reequilibrar las cuentas del sector externo (balanza comercial, balanza de servicios, balanzas de capitales), con el fin de liberar divisas que permitieran asumir los compromisos de los altos niveles de endeudamiento con los organismos internacionales de crédito y la banca privada internacional. Para liberar divisas se necesita:

- 1) Disponer de ahorro. Ello se lograría a partir de la disminución del déficit fiscal, lo que preemitiría contar con nuevos saldos con los cuales se cancelaría la deuda externa. Esta operación contable se logrará: a) por el lado del gasto público, reduciendo el número de funcionarios y reorganizando algunos diseños organizativos de las instituciones públicas, reduciendo el nivel de inversión pública, transfiriendo actividades tradicionalmente a cargo del sector público al sector privado, privatizaciones de empresas, etc.; b) por el lado de los ingresos, modificando tanto la estructura como la presión tributaria, vendiendo activos públicos, etc..
- 2) Disponer de saldos en la balanza comercial, requiriéndose: a) aumentar las exportaciones para equiparar la balanza comercial en relación a las importaciones; y b) captar divisas externas a través de la inversión extranjera directa y abriendo el mercado de capitales. Esto lleva una nueva andanada de desregulaciones, que deben asegurar el libre mercado de capitales. En una segunda fase, habrá que mantener el equilibrio de una cuidadosa ecuación entre tipo de cambio y tasas internas de interés, en relación a las tasas de interés y de ‘rendimiento de las bolsas internacionales’, con el fin de que el capital financiero permanezca en el país y no genere bruscos movimientos en la cuenta de capital. PRATS, JOAN: “El consenso de Washington ha muerto. ¿viva qué?”. Revista *Gobernanza*. Núm. 11. Noviembre. 2004. WEB: [www.iigv.org](http://www.iigv.org). Consultada 16 de mayo. 2006. STIGLITZ, J. E.: más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo. hacia el consenso post-washington. Revista: *Instituciones y desarrollo*. Núm. 1. 1988. WEB: [www.iigv.org](http://www.iigv.org). Consultada 16 de mayo.

A partir de este proceso de reforma se producirá un nuevo cambio histórico en el paradigma acerca del rol del Estado. Desde los años ochenta, y producto de las políticas neoliberales, se intenta construir en América Latina un Estado mínimo, con lo cual se esperaba que dejara de cumplir todas las funciones y características del Estado desarrollista; es decir, se piensa en un Estado que abandone su rol como planificador, empresario, distribuidor de la riqueza, articulador de los social y mediador de los distintos intereses y conflictos sociales.

Esta nueva “estrategia de desarrollo” tiene sus raíces y expresiones concretas, a partir de la crisis fiscal de los ochenta provocada entre otros factores, por el excesivo crecimiento del Estado -que condujo a una hipertrofia política-administrativa-, por el populismo económico y por lo tanto por la incapacidad de controlar el déficit público, por sucesivos y fuertes arranques inflacionarios, por el déficit financiero provocado por el no pago de la deuda externa. Lo que conllevó presiones de organismos internacionales para tomar un conjunto de medidas tendentes a promover la estabilidad a través de políticas orientadas por los mecanismos del mercado y a reducir el tamaño del Estado y su grado de intervención en la economía.

En términos generales estas medidas implicaban a) Saneamiento y estabilización de las finanzas públicas, mediante la reducción del déficit presupuestario y la disminución del gasto público; b) Control de la inflación, con la tasa de cambio estable como ancla de las otras variables macroeconómicas; c) Rígidas políticas monetarias, crediticias y fiscales; d) Renegociación de la deuda externa e) Reforma fiscal, mediante la ampliación de la base gravable, la reducción del impuesto sobre la renta, la renuncia al impuesto sobre el capital y el refuerzo de la imposición indirecta (impuesto al valor agregado); f) La liberalización de la economía hacia afuera y hacia adentro, mediante la desregulación de la empresa privada, de la competencia y el mercado, y por la apertura externa en lo comercial y financiero; g) Disminución del aparato Estatal. Se reducen los gastos públicos, el personal burocrático, las inversiones y actividades productivas, la seguridad social; h) La privatización de empresas estatales; i) Flexibilización del régimen salarial y del mercado de trabajo<sup>609</sup>.

Este tipo de estrategia es la que se impondrá a nivel latinoamericano, siendo llamada comúnmente como “ajuste estructural”. Sin embargo, estas políticas de reforma han servido para introducir, asentar y hasta construir un modelo económico y político caracterizado por sus excesos privatizadores y por

<sup>609</sup> SANCHEZ DIEZ A.: La internacionalización de la economía española hacia América Latina: los elementos determinantes en la década de los noventa. Revista Instituciones y Desarrollo. Núm. 14. 2003. WEB: [www.iigv.org](http://www.iigv.org)

su extrema polarización social. Es decir, si bien en su conjunto la reforma del Estado en América Latina ha servido para equilibrar las cuentas fiscales, también ha provocado la notoria disminución de la responsabilidad del Estado respecto a los problemas sociales y a la dinámica del mercado interno<sup>610</sup>.

En lo económico, las privatizaciones de empresas y servicios sociales; la desregulación estatal de precios y toda actividad económica (mercado laboral y salarios), y la apertura al comercio exterior, constituyeron los tres pilares de la política económica neoliberal durante los años 90s<sup>611</sup>.

Las privatizaciones acabaron con la función de empresario del Estado y dejaron fuera de su control actividades económicas y servicios públicos, antes considerados estratégicos tanto por su importancia económica como social (comunicaciones, transporte, energía eléctrica, agua potable, etc). Éstas, además de restituir la confianza empresarial y transferir patrimonio y recursos productivos a unos pocos grupos económicos, se tradujeron en la emergencia de una poderosa clase política empresarial.

Así, y a partir de la consolidación de una estrategia de acumulación de capital de carácter financiero, que necesita de una amplia desregulación de las relaciones sociales y económicas para reproducirse, ha permitido que se construyan políticas reformistas que se presentan como modernizadoras y por lo tanto aparecen como un avance, si bien en realidad constituyen en ocasiones un verdadero retroceso.

A través de estas políticas, el Estado perdió sus funciones de empleador, al deteriorarse los servicios sociales que prestaba, las que se eran fuentes importantes de empleo. Se le despoja además, de uno de su mecanismo distributivo a través de la transformación y desmantelamiento de la institucionalidad social -y su sometimiento a las leyes del mercado- en materia previsional, salud, vivienda y educación. A la vez, la desregulación de precios y salarios, especialmente la flexibilización del empleo, ha afectado profundamente al factor trabajo, modificando el complejo entramado de interrelaciones entre el Estado, los empresarios y los trabajadores, desapareciendo las intermediaciones políticas de los conflictos<sup>612</sup>.

---

<sup>610</sup> PRATS, JOAN. : Los efectos distributivos de las políticas de privatización. Revista Desarrollo Humano e Institucional de América Latina. Núm. 39. 2003. WEB: [www.iigv.org](http://www.iigv.org). Consultada 16 de mayo.

<sup>611</sup> FLEURY, SONIA.: Reforma del Estado en América Latina. Revista Nueva Sociedad. Núm. 160. Pág. 58-80; OSZLAK, O.: "De menor a mejor. El desafío de la segunda reforma del Estado". Revista Nueva Sociedad. Núm. 160. Pág. 81-100.

<sup>612</sup> PRATS, JOAN. : Los efectos distributivos de las políticas de privatización. Revista Desarrollo Humano e Institucional de América Latina. Núm. 39. 2003. WEB: [www.iigv.org](http://www.iigv.org). Consultada 16 de mayo.

Más aún, podemos ver que el Estado neoliberal a posibilitado el aumento en la concentración de la riqueza de las elites tradicionales, quienes a partir de dicha concentración han renovado las formas en que realizan su poder político y social. A la vez, el Estado neoliberal desarrolla practicas económicas que han acentuado la polarización y la marginalidad social, el desempleo y la pobreza.

Con ello, podemos ver que a partir del Consenso de Washington, se produjo y consolidó en América Latina, una reforma conservadora del Estado en la medida que ha conservado intactas las instituciones y las relaciones políticas tradicionales, ha reforzado la concentración del poder político y económico, ha tendido a la despolitización de la sociedad y a la desarticulación de las fuerzas sociales y políticas que a través de una acción reivindicatoria pudiesen obstaculizar o retardar el libre juego del mercado. En resumen, a diferencia de lo que debía ser una reforma de carácter liberal, la reforma conservadora del Estado no ha favorecido las políticas de distribución del poder en la sociedad, ni lo ha pretendido, sino que por el contrario, ha disminuido las esferas de participación y ha tecnificando las decisiones políticas; separando con ello los aspectos políticos de las necesidades y problemas sociales.

Si bien la reforma del Estado ha logrado ciertos avances en torno a la democratización de los sistemas políticos y del conjunto de las instituciones del Estado -donde quedan descartados por el momento los autoritarismos y los regímenes militares- así como también ha logrado la institucionalización de los derechos ciudadanos y de las organizaciones sociales y de barrio, ha consolidado regímenes de democracia liberal restringida, donde formalmente se respetan los derechos civiles y políticos de los ciudadanos a la organización, la expresión de ideas, la movilización y participación política, pero cuyo margen de acción tiene como límite no chocar con las políticas económicas y sociales establecidas desde el Estado y desde los organismos financieros internacionales<sup>613</sup>.

## 1. La reforma de los servicios públicos en América Latina

En América Latina, los servicios públicos han sido tradicionalmente responsabilidad del Estado. A partir de la década de los cincuenta, en estos países se desarrollaron numerosas empresas públicas y entidades estatales a cargo de los servicios de agua, electricidad, hidrocarburos, telecomunicacio-

<sup>613</sup> REYES, E. G.: "Síntesis de la historia económica de América Latina 1960-2000". I, II y III Parte. Revista DHIAL. Núm. 11, 12 Y 13. WEB: [www.iigv.org](http://www.iigv.org). Consultada 10 de febrero, 2006.

nes y transportes. Esta política tiene su base en dos argumentos principales. Por una parte, era evidente que se requerían grandes inversiones para elevar la cobertura de los servicios y mejorar su calidad de prestación. Asimismo, los mercados financieros no estaban lo suficientemente desarrollados como para que el sector privado pudiera, en muchos casos, y en particular en los países Centroamericanos, satisfacer esta necesidad. Por tanto, solamente el Estado podía disponer de los recursos requeridos.<sup>614</sup>

Asimismo, la mayoría de estos servicios eran monopolísticos, por lo que existía el temor de que un prestador privado pudiera abusar de su posición dominante. En consecuencia, el patrimonio público de las empresas se constituía en una garantía de protección del usuario.

No obstante, a partir de los años setenta se empezaron a notar los defectos del modelo tradicional de los servicios públicos. La gestión de las empresas públicas era en muchos casos ineficiente; existía una tendencia al favoritismo político, impulsados a veces por equivocadas políticas macroeconómicas de generación de empleo, antes que por reales necesidades laborales de la empresa. Se difundió la práctica de adjudicar los contratos de obras y servicios en favor de determinadas empresas, que no siempre representaban la oferta más económica. Estos factores, y otros como la falta de eficiencia, contribuyeron a que los costos del servicio fueran más altos de lo que debieran haber sido.

La calidad del servicio brindado seguía siendo inadecuada; y era perceptible una grave falta de continuidad, pues los servicios estaban sujetos a frecuentes interrupciones y racionamientos. Además, se carecía de sistemas para que los usuarios dieran a conocer sus reclamaciones y fueron atendidos oportunamente.

A pesar de que el Estado asignó significativos recursos de inversión a estos sectores, que en su mayor parte provenían de financiamiento externo concesional, la cobertura de los servicios resultaban insuficientes; en consecuencia, una parte significativa de la población seguía sin acceso a los servicios públicos más imprescindibles.

Los precios y tarifas de los servicios públicos se convirtieron en un instrumento de interés político, a menudo se mantenían artificialmente bajos como parte de una estrategia anti-inflacionaria. Adicionalmente, la Administración del Estado recibía, en algunos casos gratuitamente, ciertos servi-

---

<sup>614</sup> Sobre este proceso véase, EVANS, T (Coord.): EVANS, T.: *La transformación neoliberal del sector público*. CRIES. Managua, Nicaragua.

cios públicos, o no los cancelaba oportunamente. Ambos fenómenos contribuyeron a que las empresas mostraban déficit operacional que tuvieron que ser cubiertos con subvenciones del Tesoro General de la Nación. Asimismo, se establecieron subsidios cruzados que generalmente beneficiaron más a los usuarios de medianos y altos ingresos y no a los más necesitados como se pretendía<sup>615</sup>.

Finalmente, las empresas fueron obligadas a adoptar políticas de empleo y asignación de inversiones que obedecían más a criterios de interés político que a normas de buena gestión empresarial. Por lo tanto, el modelo tradicional se caracterizó por la profunda confusión entre los papeles de la política, la regulación y la prestación.

Como consecuencia de esta experiencia, durante la década de los ochenta surgió una corriente de reforma de los servicios públicos -que como hemos analizado- se inició en el Reino Unido.

El propósito de la reforma ha sido modificar el mencionado esquema mediante la transferencia de la prestación de los servicios a la empresa privada y la creación de un marco regulatorio. Cabe observar que el concepto de regulación establecido por el movimiento de reforma no es novedoso en el contexto internacional; ya que en los Estados Unidos, la regulación data de fines del siglo pasado, momento en el que ésta fue aplicada al sector ferroviario, existiendo una larga tradición de "Public Utilities Commissions" encargadas de la regulación del conjunto de los servicios públicos. El movimiento de reforma tiende al redescubrimiento de la regulación por la gran mayoría de los países que originalmente habían elegido el modelo de capitalismo de estado.

---

<sup>615</sup> En 1978 se promulgó la Política Nacional de Telecomunicaciones, documento base de la Ley 18.168, de 1982, que rige actualmente el sector. En ella se dieron las directrices para el desarrollo de la iniciativa privada, eliminándose prácticas discriminatorias en favor de las empresas estatales. También esa ley determinó que la explotación de los servicios públicos de telecomunicaciones y los de radiodifusión sonora y televisiva se realizarían normalmente por medio de terceros y que las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias que otorgara el Estado, debían ser abiertas y ceñirse a criterios objetivos y claramente establecidos en la legislación pertinente. Se estableció que las tarifas serían acordadas libremente entre los proveedores y los usuarios, dejándose la posibilidad de una fijación para ciertos servicios. En este cuerpo legal se establecieron los organismos reguladores, fundamentalmente la Subtel (Subsecretaría de Telecomunicaciones), que es el organismo oficial encargado de regular el sector y las instituciones antimonopolio, particularmente las resoluciones emitidas por la Comisión Resolutiva. VERGARA BLANCO, ALEJANDRO: "Panorama General del Derecho Administrativo Chileno". En: *El Derecho Administrativo Ibero Americano*. Director SANTIAGO GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ. Núm. 9. Granada, España. INAP. 2005. Pág. 172.



En la década de los ochenta y en los noventa, a partir de las reformas del Estado, numerosos países latinoamericanos, apoyados por los analistas de la banca multilateral, comenzaron a identificarse con el movimiento de reforma de los servicios públicos.

El Estado, en el nuevo modelo ha evolucionado de su papel empresario al de regulador, enfrentándose a nuevos retos y problemas. Las reformas emprendidas en la mayoría de los países en las últimas décadas ha tenido un denominador común: la implementación de organismos reguladores como parte de las reformas en las economías, en la búsqueda de solucionar las crisis originadas por la falta de infraestructura para los servicios públicos y la escasez de recursos estatales.

## 2. La reforma de los servicios públicos en Chile, Colombia, Bolivia, Argentina y Perú

Chile fue el primer país latinoamericano en participar en el proceso de reforma de los servicios públicos, de hecho fue un líder en este campo a nivel mundial. Las reformas comenzaron en los sectores de telecomunicaciones<sup>616</sup> y electricidad<sup>617</sup> a fines de los años setenta y alcanzaron al sector de agua potable a comienzos de la década de los noventa. Por ser los primeros, los entes reguladores chilenos no gozan de autonomía política y financiera como los creados posteriormente en otros países; este menor grado de independencia puede ser consecuencia de la alta institucionalidad que caracteriza a la sociedad chilena. La secuencia de reformas en regulación en Chile se inició con un conjunto de medidas que situaron al Estado en un rol menos interventor en materia productiva, focalizándolo en los aspectos de regulación antimo-

---

<sup>616</sup> La industria eléctrica tuvo su origen en Chile por obra de la iniciativa privada, pero llegó a ser casi completamente estatal a principios de los años 70; y, continuó así hasta hecha la privatización. La normativa del sector eléctrico vigente tiene tres características fundamentales; la primera, sigue la filosofía general económica no establecer diferencias entre empresas en base a la propiedad, aspecto esencial para una real competencia y no discriminación por parte del Estado. Las otras dos características son la promoción de la competencia en la generación eléctrica y la regulación en las etapas de transmisión y distribución. Tres instituciones participan en la regulación del sector eléctrico chileno. La Comisión Nacional de Energía (CNE), la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) y el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (ME). VERGARA BLANCO, ALEJANDRO.: "Panorama General del Derecho Administrativo Chileno"... Pág. 172.

<sup>617</sup> MUÑOZ, O. (Ed.): "Algunas Reflexiones en torno al Rol Regulador y Empresarial del Estado," En: Después de las Privatizaciones: Hacia el Estado Regulador, O. Muñoz, editor, CIEPLAN, Santiago, Chile. 1993.

nopolios<sup>618</sup>. En este período, el programa económico revirtió la tendencia intervencionista, partiendo por la devolución de las empresas intervenidas, la reducción de activos estatales prescindibles y una drástica reducción del déficit fiscal, lo que además de corregir fuertes distorsiones macroeconómicas, inició el control de la inflación<sup>619</sup>. Parte de esta coherencia política y económica se consiguió también con la promulgación de una nueva legislación antimonopolios en la primera etapa de reformas, un cambio fundamental que permitió reducir la presión de postergar la desregulación de precios y redujo el temor al control privado de las empresas. Con ella se aseguraba que las firmas privadas no actuarían en forma abusiva, temor que prevalecía ampliamente en la población que, definitivamente, no contaba con la experiencia de vivir en una economía de mercado.

A comienzos de los años 80 se realizaron una serie de reformas legales e institucionales en sectores caracterizados históricamente como monopolios naturales<sup>620</sup>. Se reformaron las leyes de telecomunicaciones, electricidad, de bancos, de sociedades anónimas y se reestructuraron las empresas estatales para abordar ciertos problemas de la organización industrial. Muchas de las reformas regulatorias tuvieron lugar previamente a la privatización, pero por otra parte, la necesidad de regulación pareció más apremiante después de la privatización.

La tercera etapa fue la privatización de las empresas tradicionalmente consideradas monopolios naturales, que se inició en la segunda mitad de la década de los 80. Se pueden distinguir dos olas de privatizaciones.

<sup>618</sup> El sector público alcanzó su máximo tamaño a comienzos de los años 70. Así, ese año, cuando SALVADOR ALLENDE asumió la Presidencia, el Estado tenía 75 empresas y en 1973, cuando fue derrocado a través de un golpe de Estado, tenía más de 200. Adicionalmente, en 1973 existían 259 firmas que estaban bajo control estatal. De esta forma, el Estado tenía una importancia de casi un 40% del PGB en 1973. El sector bancario se encontraba casi completamente estatizado, y como la cuenta de capitales se encontraba virtualmente cerrada, el financiamiento de las firmas dependía de la autoridad administrativa.

Aparte del gran número de firmas bajo algunas formas de control, más de tres mil precios, incluyendo la tasa de interés y el tipo de cambio, estaban regulados a través de decretos administrativos. Las tarifas arancelarias eran de 105% en promedio y mostraban una gran dispersión, que obedecía fundamentalmente a la presión de grupos de interés. Asimismo, los servicios sociales, tales como educación, seguridad social y salud eran virtualmente provistos en condiciones monopólicas por el Estado. MUÑOZ, O. (Ed.): "Algunas Reflexiones en torno al Rol Regulador y Empresarial del Estado"...

<sup>619</sup> A juicio de SIGMUND, estas reformas han sido la más importante en la historia moderna SIGMUND, P. (1990): "Chile: Privatization, Reprivatization, Hyperprivatization", in Exra N. Suleiman and John Waterbury, editors, "The Political Economy of Public Sector Reform and Privatization", Westview Press, United States. 44

<sup>620</sup> GODILLO, A.: *Después de la reforma del Estado*. Segunda edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. 1996.

Un primer grupo de privatizaciones fue de empresas que históricamente habían sido privadas, pero que habían sido intervenidas por el gobierno socialista de SALVADOR ALLENDE. Esta primera etapa de privatizaciones empezó en 1974 y duró hasta 1978, y en ella el Gobierno devolvió 259 de las firmas intervenidas a los dueños originales y vendió 20 firmas y bancos, todos considerados potencialmente competitivos, es decir, que no tenían ninguna característica de monopolio natural. En esta etapa, no se fijó un set de regulaciones para las empresas privadas. Ello porque el tipo de controles aplicados a monopolios naturales no eran necesarios para las firmas que se privatizaron, ni tampoco estaba en el programa gubernamental privatizar firmas con características de monopolio. Más aún, durante esta fase, el Gobierno si bien no alentó, al menos no cuestionó la concentración de la propiedad de las firmas, y no objetó su venta en paquete. Tampoco el Ejecutivo en esa época visualizó ningún problema en relación con la creación de conglomerados, a los que dejó consolidarse. La única preocupación que mostraba en cuanto a la estructura industrial se refería a la eficiencia económica, por lo que en tal contexto, optó por la política de dejar hacer.

Con la reprivatización de las firmas intervenidas a través del proceso de rescate a los bancos, en 1985, el Gobierno anunció su intención de privatizar importantes firmas que no habían sido incluidas en la primera ronda de privatizaciones. Algunas de ellas eran productoras de bienes transables, tales como SOQUIMICH (salitre) y IANSA (refinadora de azúcar), pero las firmas privatizadas más significativas desde el punto de vista de la regulación, fueron ENTEL, CTC, ENDESA y CHILECTRA, hasta entonces considerados monopolios naturales. El primer anuncio de privatización estableció una meta bastante conservadora, al señalarse que el Gobierno no perdería el control de esas firmas. El aumento de participación privada y la privatización de estas empresas se llevaron a cabo en un período de tres años.

Esta segunda ola de privatizaciones es la más relevante no sólo por los montos involucrados, sino por el interés tanto académico como de política pública. Después de concluir el primer período de privatizaciones en 1979, el Gobierno controlaba 58 firmas (menos que las 75 que controlaba en 1970). Sin embargo, el Estado todavía mantenía bajo su tutela a ENTEL y a ENDESA, el monopolio de larga distancia en telecomunicaciones y el monopolio de generación eléctrica, respectivamente. También el Estado controlaba CODELCO, la más grande firma cuprífera chilena, CHILECTRA (distribuidora eléctrica), CTC (monopolio de la red básica telefónica) y la mayoría de las empresas de distribución de agua potable.

Al igual que en Chile en Argentina se produce un proceso de reformas económicas, donde la transformación del rol del Estado se establece como pie-

za fundamental, dando lugar a la búsqueda de la eficiencia instrumentada principalmente a través de la privatización, descentralización, tercerización y desregulación de actividades económicas<sup>621</sup>.

El proceso privatizador, profundizado en la década del '90, puede explicitarse por medio de dos fases: la primera, entre julio de 1989 y febrero de 1991, donde se vendieron paquetes de control de Aerolíneas Argentinas y ENTEL y se adjudicaron al sector privado participaciones menores en empresas petroquímicas, concesiones de televisión y viales; la segunda etapa comenzó en 1991, debido a los aprendizajes obtenidos en el transcurso de la fase previa y a una disminución de la situación de crisis procuró la existencia de mecanismos reguladores previamente establecidos<sup>622</sup>.

<sup>621</sup> DROMI, J. R.: *Empresas públicas: de estatales a privadas*. Madrid : Tres Américas, 1997

<sup>622</sup> MONTAÑA PLATA, señala que “si bien el articulado contenido (Arts. 365 a 370) se refiere a los servicios públicos de modo general, también lo hace en una algunas de sus disposiciones de manera específica respecto a una especie de ellos: los servicios públicos domiciliarios (Art. 367, 368, 370 y 369, inc. 2 CP). Distingue de este modo nuestro texto político una especie dentro del género de los servicios públicos: aquellos calificados como “domiciliarios”, y si bien no los define, les atribuye una importancia singular, pues no sólo hace referencia específica a los mismos, sino que dispone una estructura general y normativa para que sea desarrollada por el legislador. Por su parte, la ley tampoco los define de manera inequívoca, pues se ha limitado a establecer su régimen jurídico, señalar los sectores concretos que comprende y calificarlos como esencial (art. 4). El artículo 14.21 de la Ley 142 de 1994 establece: “Servicios Públicos domiciliarios. Son los servicios de acueductos, alcantarillados, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible, tal como se definen en este capítulo”: El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Universidad del Externado de Colombia. Bogota, Colombia. 2005. Pág. 95.

En una sentencia de la Corte Constitucional, se lee: “Se consagra en esta disposición (Art. 367) una categoría especial de servicios públicos, los llamados “domiciliarios”, que son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específicas de satisfacer las necesidades esenciales de personas. Y, más adelante, el fallo atribuye las siguientes características a los servicios domiciliarios: a) El servicios público domiciliario –de conformidad con el artículo 365 de la Constitución –puede ser prestado directa o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, aunque el Estado mantiene la regulación, el control y la vigilancia de los servicios; b. El servicio público domiciliario tiene un “punto terminal” que son las viviendas o lo sitios de trabajo de los usuarios, se entiende por usuario “la persona que usa ciertos servicios, es decir, quien disfruta el uso de ciertas cosas”; y c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir, en concreto. Así pues, no se encuentra en estas circunstancias el uso del agua, destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna. Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992. M.P.: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Página WEB de la Superintendencia de Servicios Domiciliarios de Colombia: [www.superservicios.gov.co](http://www.superservicios.gov.co). Consultada: 12 de mayo. 2006.

Por medio de la ley de Reforma del Estado se acuerda crear una Comisión Bicameral de seguimiento de las privatizaciones. Asimismo, y a través de la Ley de Emergencia Económica, se concedía al Poder Ejecutivo amplios poderes de decisión, que fueron utilizados en su mayor potencialidad e incluso con el fin de modificar la estructura y composición de los órganos de gobierno capaces de controlar la política privatizadora. Argentina optó por una regulación de servicios públicos separada por sectores.

En Colombia las Comisiones de Regulación aparecen con la aplicación del artículo 20 Transitorio de la Constitución de 1991, el cual establece: “El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”.

La Ley 142 de Servicios Públicos de 1994, estableció un marco común para la regulación de los servicios de agua, energía (electricidad y gas) y telecomunicaciones<sup>623</sup>. Las Comisiones creadas esta ley son: Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico (ministerio de desarrollo económico); Comisión de regulación de energía y gas combustible (ministerio de minas y energía); Comisión de regulación de telecomunicaciones (ministerio de comunicaciones)<sup>624</sup>. Para cada uno de estos sectores se creó una comisión reguladora, constituida por tres expertos técnicos y tres ministros de Estado, que tiene la responsabilidad de emitir la normatividad regulatoria. La aplicación de la misma, para los tres sectores, se encuentra a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, institución que también se ocupa de atender las reclamaciones de los usuarios. A diferencia de otros ordenamientos<sup>625</sup>, la Superintendencia se encuentra dividida en razón de las

---

<sup>623</sup> Art.69 Ley 142 de 1994.

<sup>624</sup> La mayoría de los modelos de Europa occidental y los Estados Unidos, reúnen en las Comisiones (independientes) funciones de regulación, control y vigilancia. MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado...*259 y ss.

<sup>625</sup> “Corresponde al Presidente de la República”... “ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten” Art. 370 de la C.P.

funciones de inspección, control y vigilancia por una parte y regulación por la otra. La función de inspección, control y vigilancia, le ha sido conferida a una entidad administrativa, a partir del mismo texto constitucional<sup>626</sup>; la de regulación, a las denominadas Comisiones de Regulación de servicios públicos creadas por la ley<sup>627</sup>.

Bolivia participó plenamente en este proceso de reforma, aportando además, elementos novedosos. Como en los países vecinos, la regulación y la participación del sector privado se introdujeron conjuntamente, en ambos casos bajo modalidades distintas.

A la participación privada en Bolivia se le dio el nombre de capitalización. Los fondos generados por la venta de nuevas acciones de las empresas estatales, en lugar de constituir un ingreso para el Tesoro General de la Nación, fueron inyectados a las mismas empresas para el financiamiento de nuevas inversiones. Simultáneamente, los contratos de capitalización establecen que las empresas deben cumplir ciertas obligaciones relacionadas con el uso de los recursos provenientes de este proceso.

La Ley de Capitalización fue seguida a los pocos meses, por la Ley del Sistema de Regulación Sectorial (Ley SIRESE) que establece el marco regulatorio

<sup>626</sup> Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo Ministerio, las siguientes Comisiones de Regulación...” Art. 69 de la C.P.

<sup>627</sup> Por medio de la Ley Núm. 1600 del 28 de octubre de 1994, se creó el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE). En el Título I, Artículo, 1, que sus objetivos, son “regular, controlar y supervisar aquellas actividades de los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes, aguas y las de otros sectores que mediante ley sean incorporados al Sistema y que se encuentren sometidas a regulación conforme a las respectivas normas legales sectoriales, asegurando que:

- a) Las actividades bajo su jurisdicción operen eficientemente, contribuyan al desarrollo de la economía nacional y tiendan a que todos los habitantes de la República puedan acceder a los servicios;
- b) Tanto los intereses de los usuarios, las empresas y demás entidades reguladas cualesquiera fuera su forma y lugar de organización o constitución, como los del Estado, gocen de la protección prevista por ley en forma efectiva; y
- c) La potestad de regulación estatal se ejerza estrictamente de acuerdo con la ley.

Y seguidamente, en el artículo 2, se establece, que “el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE), como parte del Poder Ejecutivo, bajo institución del Ministerio de Hacienda y Desarrollo Económico, estará regido por la Superintendencia General y las Superintendencias Sectoriales, de acuerdo a lo establecido en la presente ley y otras normas legales sectoriales y tendrán su domicilio principal en la ciudad de La Paz.

La Superintendencia General y las Superintendencias Sectoriales, como órganos autónomos, son personas jurídicas de derecho público, con jurisdicción nacional, autonomía de gestión técnica, administrativa y económica”. El Decreto Supremo Núm. 24504, reglamenta el Sistema de Regulación Sectorial.

para los servicios de agua, electricidad, hidrocarburos, telecomunicaciones y transportes<sup>628</sup>. Posteriormente, se crearon el Sistema de Regulación Financiera (SIREFI)<sup>629</sup>, que regula las actividades de los sectores de pensiones, valores, seguros y bancos, y el Sistema de Regulación de Recursos Naturales Renovables (SIRENARE), que regula los sectores forestal y agrario. Ambos sistemas fueron creados bajo los mismos principios y objetivos del SIRESE.

Es importante destacar que la Ley SIRESE no estableció entes reguladores multisectoriales (según el modelo estadounidense) ni entes reguladores de alcance unisectorial (como los que fueron establecidos en Reino Unido, Argentina, Chile y Perú). Creó, en cambio, como lo indica el mismo título de la Ley, un Sistema de regulación, con una Superintendencia General y Superintendencias Sectoriales. Las Superintendencias Sectoriales gozan de plena autonomía para ejercer la función regulatoria en sus respectivos sectores. Al mismo tiempo, operan dentro de un marco común establecido por la Ley SIRESE que permite la consistencia y coherencia de las actividades regulatorias en todos los servicios públicos. La función básica de las Superintendencias Sectoriales es la de hacer cumplir la ley SIRESE y las normas sectoriales, lo cual implica que se ocupen de las siguientes actividades: otorgar derechos,

---

<sup>628</sup> El Sistema de Regulación Financiera (SIREFI), se crea en 1996, con el objeto de controlar, regular y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con el seguro social obligatorio de largo plazo, bancos y entidades financieras, entidades aseguradoras y reaseguradoras y del mercado de valores en al ámbito de su competencia, integrado por la Superintendencia General, la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y la Superintendencia de Seguros y Reaseguros y la Superintendencia de Valores.

El modelo de configuración implementado para el SIREFI en 1996, desde el punto de vista del sistema constituía una copia del modelo del Sistema de Regulación Sectorial, con cinco Superintendencias sectoriales (en el caso del SIREFI existían cuatro) y una Superintendencia General que tenía tres funciones esenciales: 1) Justicia Administrativa: Resolver recursos jerárquicos contra las resoluciones de las superintendencias sectoriales. 2) Fiscalización: Emitir opinión sobre la eficiencia o eficacia de la gestión de los superintendentes sectoriales. 3) Control administrativo: Revisar y aprobar las normas internas, administrativas y presupuestarias de las superintendencias sectoriales, así como efectuar el seguimiento de sus planes operativos y elaborar el presupuesto consolidado.

Mediante Ley de 26 noviembre de 2002 (Ley del Bonosol) se reconfigura el Sistema de Regulación Financiera eliminando la Superintendencia de Recursos Jerárquicos, reestableciendo la Superintendencia General del SIREFI e incluyendo la Superintendencia de Empresas. Las reformas en el Sistema de Regulación “Financiera en Bolivia, avances y retrocesos”. En: [www.eumed.net](http://www.eumed.net). Consultada el día 15 de mayo. 2005.

<sup>629</sup> Véase también: “Administración pública y regulación en Bolivia desde una perspectiva comparada”. Joan Oriol Prats. Revista de Desarrollo Humano e Institucional de América Latina. Núm. 44. Agosto. 2003. [www.ii.gov.org](http://www.ii.gov.org). Consultada el 15 de mayo. 2006. Sobre el proceso de reforma del Estado y la descentralización, véase: SERRATE PAZ, JOSE MARIO: “Marco constitucional del Derecho Administrativo en Bolivia”. En: El marco constitucional del Derecho Administrativo en Ibero América. Quito, Ecuador. 2006. Pág. 291-300.

promover la competencia, aprobar tarifas, verificar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas, resolver las reclamaciones de los usuarios, los conflictos entre empresas y las impugnaciones presentadas por los usuarios, las empresas y el Estado.

La Superintendencia General no ejerce directamente la función regulatoria ni tiene autoridad jerárquica sobre las Superintendencias Sectoriales, sino que desempeña una serie de papeles que sirven para sostener y fortalecer el SIRESE en su totalidad. Sus principales atribuciones son: actuar como instancia de apelación de las decisiones de las Superintendencias Sectoriales y fiscalizar la gestión y la función regulatoria de las mismas, emitiendo opinión sobre la eficiencia y eficacia de su desempeño. A estas atribuciones debe sumarse la función de coordinación, que permite asegurar la consistencia del Sistema<sup>630</sup>.

Como se puede apreciar, el SIRESE representa un modelo único de regulación, que es híbrido entre los sistemas unisectoriales y multisectoriales.

Perú - A principios de la década de los noventa se vivió un intenso período de reforma de los servicios públicos. Al igual que en Argentina, no existe un marco regulatorio común para todos los sectores, adoptándose para cada sector un modelo diferente. La participación del sector privado fue un importante ingrediente en la reforma de los sectores de electricidad y telecomunicaciones. Sin embargo, en el sector aguas no se manifestó la misma voluntad política para la privatización<sup>631</sup>.

<sup>630</sup> Sobre la reforma del Estado, la descentralización y regulación de los servicios públicos en Perú, véase: DANOS, J.: "Panorama General del Derecho Administrativo en Perú". En: *Derecho Administrativo Iberoamericano*... Pág. 627-636.

<sup>631</sup> En realidad en los dos primeros años fueron dos planes de estabilización: el primero en mayo de 1990, que incluyó planes para recortar el gasto público a través de reducciones en las remuneraciones y una política de austeridad. El segundo de los programas fue lanzado en marzo de 1991. Este plan, entre otras medidas, redujo el gasto público corriente (salarios y la compra de bienes y servicios) tenía que ser financiado exclusivamente por los ingresos ordinarios del gobierno (mayores impuestos), y se prohibió incurrir en cualquier déficit en relación a este tipo de gasto. En relación al gasto público en inversiones (construcción de carreteras, hospitales, etc) se permitió contraer créditos, pero solamente si esos eran financiados por fuentes externas, y no por la creación y emisión de moneda por el Banco Central. Véase, *Documento Presentado por el Gobierno de Nicaragua ante la Conferencia de Donantes en Roma*. Junio de 1990; Banco Central de Nicaragua.: *Informe anual 1990; Programa de Estabilización y Ajuste Estructural para Nicaragua 1990-93*. Septiembre de 1990. Un análisis crítico de este tema, véase, NEIRA, O. y ACEVEDO, A.: *Nicaragua: hiperinflación y (des) estabilización. Análisis de la política económica 1988 a 1991*. Cuadernos de CRIES. Serie ensayos. No. 21. Managua. 1992.



Recientemente, la reforma se ha extendido a otros países latinoamericanos. Resalta el caso de Brasil, país que se encuentra en medio de un amplio proceso de reforma en todos los sectores de servicios públicos que está conduciendo a la creación de entes reguladores, tanto en el ámbito nacional como en el estadual. Numerosos países de la región centroamericana y del Caribe también están reformando los servicios públicos.

Una característica interesante de las reformas más recientes, es la tendencia a crear un solo ente regulador con alcance multisectorial en vez de una serie de entes reguladores para ocuparse de cada uno de los servicios, siguiendo la tradición estadounidense de los “Public Utility Commissions”.

Incluso en países que adoptaron, en la primera ola de la reforma, el modelo unisectorial, se puede observar una tendencia integradora de los diversos organismos de regulación. Por ejemplo, en Argentina se está debatiendo la posibilidad de crear un super-ente para supervisar las acciones de los reguladores unisectoriales y en el Reino Unido y en España se tomó recientemente la decisión de integrar los entes reguladores de los sectores de electricidad y gas para asegurar un mayor grado de coherencia en las decisiones regulatorias que afectan el mercado energético.

## **1. La privatización y Descentralización de los servicios públicos en Nicaragua**

El 25 de febrero de 1990, en cumplimiento de los Acuerdos de Estipulas, se efectuaron elecciones para elegir al Presidente y Vice-Presidente de la República, representantes ante la Asamblea Nacional y Concejales municipales.

El resultado de las elecciones fue el triunfo de la coalición de Partidos Políticos identificado como Unión Nacional Opositora (UNO). En los primeros años de gobierno, la Presidenta VIOLETA BARRIOS DE CHAMORRO implementó un programa de reforma del Estado<sup>632</sup> (Programa de Estabilización Económica y Ajuste Estructural de la economía, con la ayuda del Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Asociación Internacional para el Desarrollo (IDA) del Banco Mundial) que centró sus esfuerzo en la estabilización y ba-

---

<sup>632</sup> La reforma del Estado en Nicaragua fue tardía, debido a que producto de la revolución que derrocó a SOMOZA se continuó con la política del estado desarrollista, pero con otro signo ideológico. En otros países de América Latina, el proceso de reforma al Estado, había comenzado a inicios de los ochenta. Sin embargo, en ambos casos, la reforma no fue producto de una discusión política interna, sino por las recomendaciones del Banco Mundial, a las exigencias del Fondo Monetario Internacional y a las propuestas de lo que se ha llamado el consenso de Washington.

lance de los indicadores macroeconómicos, a partir del elevado déficit fiscal, resultando de aproximadamente 10 años de política expansiva de Estado<sup>633</sup>. Se estableció entonces un programa de reforma, con enfoque reduccionista, que perseguía: la racionalización del papel del gobierno y del tamaño del sector público, la liberalización del comercio, del sistema financiero<sup>634</sup>, la reducción del gasto público, del déficit fiscal<sup>635</sup>, la modernización del sector productivo, la privatización<sup>636</sup> y descentralización de los servicios públicos<sup>637</sup>.

A través del proceso de reforma del Estado se privatizaron 351 empresas<sup>638</sup>

<sup>633</sup> Sobre la creación de la banca privada y la reestructuración de la banca estatal. Véase, SALDOMANDO, A.: *El retorno de la AID*. Ediciones CRIES. Managua, 1992. Págs. 85-94.

<sup>634</sup> OBED LOPEZ, N (comp.): *Modernización y descentralización de los Estados Centroamericanos*. Friedrich Ebert. 2001. Pág. 123-129

<sup>635</sup> En el documento “Estrategia de privatización”, definen el término privatización en el sentido de “reducir la participación del estado, vía desincorporación, en aquellos sectores en los que el sector privado pueda intervenir de manera económicamente más eficiente. El objetivo general de privatización para el Gobierno de Nicaragua consiste en facilitar la reestructuración de la economía hacia un sistema de mercado operando eficientemente. Los objetivos específicos de la privatización son: 1) Reactivar la economía al atraer inversiones del sector privado (nacional y extranjero) y al mejorar la eficiencia de la gestión empresarial. 2) Obtener ingresos tanto del ahorro de subsidios, como de la venta de las empresas que aumentan el presupuesto nacional. 3. Diversificar la propiedad de las empresas, brindando a todos los sectores la oportunidad de participar en el proceso. *Estrategia de privatización. Documento*. Managua, Nicaragua. 1993. Pág. 8 y 9.

<sup>636</sup> Al inicio, la privatización fue dirigida a las empresas agrícolas, industriales y comerciales, pero en una fase subsiguiente se planteó la privatización de las empresas de utilidad pública, iniciando con TELCOR (Telecomunicaciones) y siguiendo con INE (energía eléctrica). EVANS.: *La transformación...* Pág. 191. Así mismo, DARCE CASTILLO, J. A.: Avances del programa de reforma de INE, INAA y TELCOR, acordado entre el gobierno de Nicaragua y el Banco Interamericano de Desarrollo. Monografía. Managua, Nicaragua.

<sup>637</sup> En junio de 1990 se contabilizaron 351 empresas, 340 bajo el control de las 22 corporaciones y 11 separadamente. Se estima que estas empresas conglomeraban al menos 800 Unidades Operativas. *Estrategia de privatización*. Pág. 5.

<sup>638</sup> La estrategia de privatización de las empresas estatales, fue desarrollado con la colaboración de la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (USAID), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y otros. *Estrategia de privatización. Documento*. Managua, Nicaragua. 1993. Por medio del Decreto-Ley Núm. 7-90 de mayo de 1990 se forma la Corporaciones Nacionales del Sector Público (CORNAP), que tenía como objetivos a) Proponer al Presidente de la República las áreas y políticas de actividad económica en que deba existir y desarrollarse la actividad 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. No se consideran actos de privatización los actos de disposición realizados en el giro normal de la actividad que constituye el objeto de la corporación o empresa; y c) Dictar las políticas que debe regir las relaciones entre corporaciones estatales en lo concerniente a sus ámbitos de acción, y aprobar lineamientos de política general aplicables a las distintas corporaciones”. Según el documento “*Avance del proceso de privatización*”, las Corporaciones y empresas de CORNAP, tenían niveles de endeudamiento del orden de US\$ 310 millones con la banca comercial y de US\$77 millones con el Banco Central al 30 de abril de 1990.

que anteriormente fueron propiedad estatal<sup>639</sup>. La privatización, tenía por objetivo: a) La reconversión y modernización del aparato productivo; b) El saneamiento de las finanzas del estado; c) El incremento en la generación de empleos, inversión, producción y exportaciones<sup>640</sup>.

De esta forma, el gobierno de Nicaragua concibe la privatización como uno de los instrumentos principales de la estrategia de desarrollo, de la racionalización del estado, y de la modernización de los sectores productivos. La transferencia al sector privado de empresas y de activos se enmarca dentro del más amplio contexto de ajuste estructural, y de una política de apertura al comercio internacional que tenía como objetivos centrales fomentar la

---

<sup>639</sup> Corporaciones Nacionales del Sector Público. Avance del proceso de privatización. Marzo de 1995. Documento. RENE VARGAS señala que para agosto de 1991 23 empresas habían sido devueltas a sus antiguos dueños, 3 privatizadas totalmente, 34 parcialmente privatizadas, y/o parcialmente retornadas a sus antiguos dueños, y 26 empresas liquidadas o fusionadas con otras empresas. *La economía de Nicaragua*. CEREN. Managua, Nicaragua. 1992.

<sup>640</sup> En el mes de marzo de 1991 se produjo, con la asesoría de consultores del PNUD, ONUDI, USAID Y BID, entre otros, un documento para discusión en el que se formulaba la “Estrategia de Privatización del Gobierno de Nicaragua. La estrategia fue revisada en el mes de 1992, para incorporar las experiencias de 1991 y la cambiante realidad económica y social del país. Del documento de estrategia se han extraído los elementos que se han considerado relevantes: La privatización en sí se entiende como un proceso, no un objetivo. Los objetivos son y pueden ser muy variados: Procurar la reconversión y modernización del aparato productivo, el saneamiento de las finanzas del Estado a través de la eliminación de subsidios explícitos e implícitos, democratización de los bienes de capital, aumentar la eficiencia gerencial y otros. Todos estos objetivos pueden ser logrados durante el proceso de privatización, aunque no todos pueden ser logrados en el mismo momento, ni tampoco en cada acción de desincorporación. A diferencia de la estrategia de privatización desarrollada en otros países, CORNAP ha decidido no ligar la implantación de la privatización con la ejecución de estrategias sectoriales. Lo que se pretende más bien es ajustar -en la medida de lo posible- la estrategia de privatización diseñada y ejecutada por la CORNAP a la estrategia general de pacificación social, por un lado, y de estabilización y ajuste, por otro, que conduce el Gobierno de la República. El objetivo General del proceso de privatización para el Gobierno de Nicaragua, expresado de manera resumida y consistente con los planteamientos del punto 2.2 consiste en facilitar la reestructuración de la economía hacia un sistema de mercado operando eficientemente. De manera más específica, se ha perseguido: 1) Reactivar la economía al traer inversiones del sector privado (nacional y extranjero) y a mejorar la eficiencia de la gestión empresarial. 2) Mejorar el balance del presupuesto nacional, tanto por el ahorro de subsidios, como por el producto de la venta de las empresas. 3) Diversificar la propiedad de las empresas, brindando a todos los sectores la oportunidad de participar en el proceso. Para la selección de empresas a desincorporar, CORNAP consideró tres situaciones claramente diferenciables, ante las que debió proceder de manera diferente: a) Empresas que cumplían con criterios “técnicos” enunciados más adelante; b) Empresas y Corporaciones cuya selección para privatización obedecía a un objetivo social, principalmente empresas del sector agropecuario y; c) Empresas que por razones de diversa índole llegaron a presentar situaciones de crisis tales que provocaron su cierre, justificando su cierre o privatización acelerada.

competitividad internacional de la economía y lograr un aumento en los niveles de vida a través de la creación de empleos<sup>641</sup>.

Por medio del Plan de Conversión Ocupacional se transfirió personal del sector público al sector privado<sup>642</sup>. El 10 de mayo de 1990 se suspende la Ley de Servicio Civil, permitiendo el despido de los trabajadores del sector público<sup>643</sup>, que paso del 7.7% de la población a un 2.6%.

Para 1994 la inversión privada y la actividad económica no habían mejorado como se esperaba, y el sector público no financiero aún era muy grande: la economía del sector público representaba aproximadamente 40% del PIB y su déficit corriente, aún después de donaciones, era de 8 % del PIB.

En junio de 1994 se inició la segunda generación de reformas<sup>644</sup>, con la negociación del primer ESAF (*Enhanced Structural Adjustment Facility*); el cual promulgaba la implantación de un programa a medio plazo, que promoviera la consolidación de la estabilización macroeconómica, la profundización de

<sup>641</sup> En un documento de la CORNAP se lee, que estas empresas “da empleo a por lo menos 77, 637 personas. En lo que respecta al Transporte, las empresas estatales, transportaron en 1989 al 68 por ciento de pasajeros movilizados en el país y el 3 por ciento de la carga”. *CORNAP Información básica. Managua, Nicaragua. 1990. Págs. 10 y 19.*

<sup>642</sup> El proceso de privatización y de transformación estructural buscaba “devolver a la empresa privada el papel protagónico que debe de desempeñar en la producción de bienes y servicios domésticos. *Documento de Roma. Junio de 1990. Véase también, Programa de Estabilización y Ajuste Estructural para Nicaragua. 1990-93. Pág. 14-33*

<sup>643</sup> SONIA FLEURY señala que “la propuesta de una segunda generación de reformas en América Latina, por parte de los organismos internacionales, proviene de la constatación del fracaso de las reformas de primera generación -relativas a la liberalización financiera y comercial de los mercados nacionales y su inserción en una economía globalizada - a fin de generar las condiciones necesarias para la superación de los problemas más apremiantes de la región. En otras palabras, la primera generación de reformas, también conocida como las políticas recomendadas en el marco del consenso de Washington, se mostró incapaz de crear tanto las condiciones de desarrollo sostenible como la reducción significativa de la pobreza y la desigualdad...las revisiones del Consenso de Washington ampliaron la agenda de las reformas institucionales y de intervenir en educación, dando origen a la actual discusión sobre el rol del capital social y humano en el proceso de desarrollo económico...la búsqueda de soluciones para la crónica crisis de gobernabilidad de América Latina encontró apoyo y fuente de inspiración teórica en las corrientes del neoinstitucionalismo y en las teorías de la economías conocidas como *public choice* y Principal- Agente. A partir de ese cuerpo teórico se diseñaron las estrategias de reforma institucional para la región, en áreas tan distintas como las reformas judiciales, las de seguridad social, los servicios sociales. etc. “Reforma del Estado en América Latina: ¿Hacia donde?”. Revista “Nueva Sociedad” Núm. 160. Marzo-Abril 1999. Págs. 58-59.

<sup>644</sup> Banco Mundial Memorándum y recomendaciones el Presidente de la IDA a los Directores Ejecutivos en el crédito propuesto para la República de Nicaragua para un Proyecto de Desarrollo Institucional. *Notas Técnicas. Febrero. 24, 1995*

las reformas estructurales y la promoción de condiciones para la viabilidad externa. Esto implicaba mejorar las finanzas públicas; ajustar el crédito; establecer políticas salariales y políticas de tipo cambiario estable; así como llevar a efecto reformas estructurales que incluyeran la reducción del tamaño del sector público, el fortalecimiento de los derechos de propiedad, y la promoción de las actividades del sector financiero a través de la eliminación de operaciones bancarias estatales<sup>645</sup>.

<sup>645</sup> Se puede definir la DESCENTRALIZACIÓN como la transferencia de competencias de la Administración Central a la administración descentralizada que esta compuesta por una serie de entes ( entes públicos menores ) que junto con el Estado tienen encomendada la realización de los fines públicos. La descentralización supone la existencia de otras personas jurídico-públicas dentro del Estado que administran bajo su responsabilidad determinadas materias o servicios. Los requisitos para que se produzca la descentralización son los siguientes: Requisitos Objetivos: transmisión de competencia o disminución de la tutela o vigilancia. La transmisión de competencia es la manifestación típica de la descentralización y hay que decir, que no es suficiente una mera delegación del ejercicio de la competencia. Respecto a la disminución de la tutela o vigilancia hay que resaltar que muchos autores no la consideran como manifestación de descentralización. Otros consideran que supone una distancia entre la Administración central y la descentralizada y que por tanto puede ser una forma de acceder a la descentralización.

Desde un punto de vista subjetivo pueda hablarse de descentralización cuando necesariamente existe transferencia de competencias o disminución de la tutela entre entes. No hay descentralización cuando se traspasan competencias o hay disminución de las facultades derivadas de la jerarquía de los órganos superiores respecto de los inferiores. Tampoco se da descentralización cuando se transfieren competencias pero el ente de la Administración descentralizada no actúa como tal, sino como órgano de la Administración Central. Para ARIÑO ORTIZ, toda descentralización trata de lograr “la traslación real de una parte del poder ejecutivo desde el aparato central del Estado-organización a centros de imputación independientes de aquél; el contenido de esa parte del poder que se transfiere es lo que llamamos “competencias administrativas” (en ningún caso alcanza a la legislación o a la justicia); la transferencia se opera a través de una partición de las competencias (atribución de titularidad, no sólo de un ejercicio) entre los órganos o entes encuadrados en la organización general del Estado y otros entes distintos de aquél. Esencialmente, la descentralización es la atribución por norma legal de facultades de decisión independientes en los asuntos que integran la acción administrativa, a autoridades o centros no encuadrados en la Administración del Estado. Lo cual supone que no hay descentralización más que cuando se dan estas condiciones: 1. Que la transferencia de potestad se realice a autoridades no sometidas jerárquicamente a las autoridades centrales del Estado (organización). 2. Que la atribución de potestad se haga de tal forma que el ente pueda decidir irrevocablemente, sin que estas decisiones sean, de ordinario, enmendadas por el Estado. 3. Que el ejercicio de esa potestad sea necesario (no puede ser sustituido) e independiente (no puede ser mediatizado, al menos jurídicamente). 4. Todo ello, salvo en los aspectos y casos tasados, en que existe legalmente establecidos, un poder de control por el Estado, en garantía de la legalidad de las actuaciones y -más excepcionalmente todavía- de una ordenada y diligente gestión. Pues bien, lo que había de preguntarse es: ¿Cuáles son las técnicas o mecanismo jurídicos-administrativos que hacen posible este resultado? Para mí, éstos eran -y siguen siendo- los siguientes: Primero, la designación o elección de autoridad; segundo, la atribución de competencia específica (exclusiva o compartida), pero siempre de necesario ejercicio por el ente que la tiene atribuida, y tercero, el carácter

ejecutivo de sus decisiones y el carácter estricto y tasado de los poderes de revisión y control (autorizaciones, aprobaciones, suspensiones, alzas, etc.), que pueden integrar su situación de dependencia respecto de la organización central del Estado". ARIÑO ORTIZ, G.: Principios de descentralización y desconcentración. Documentación Administrativa. Núm. 215. Abril-junio. 1988. Págs. 24, 25 y 26. Del mismo autor: "Realidad y dogmática de la descentralización. Notas para la delimitación de un concepto". Estudio homenaje al profesor LOPEZ RODO. Madrid. 1972. Págs. 174 a 229. Descentralización y planificación. IEAL. Madrid. 1973.

Clases de descentralización. Se habla de tres tipos de descentralización que se corresponden con los tres tipos de personas jurídicas del Estado. 1.- Descentralización Territorial (entes locales): se efectúa a través de los entes territoriales. Tiene un papel fundamental en la Constitución española de 1978 que en su art. 137 reconoce la autonomía de los municipios, provincias y Comunidades Autónomas. Este tipo de descentralización también se aplicará al ámbito de la Administración Autonómica en sus relaciones con los entes territoriales encuadrados en ella. Toma como fundamento la existencia de unos intereses peculiares de los entes locales. 2.- Descentralización Institucional (entes funcionales; organismos autónomos y otros entes públicos de base fundacional): da lugar a la creación de entidades, dotadas de personalidad jurídica propia, a las que se encomienda la realización de ciertas funciones de la Administración del Estado. Se trata de una técnica para agilizar la actividad de la Administración y descargar a ésta de determinadas funciones. 3.- Descentralización originaria: es aquella que se produce cuando el ente de que se trata deriva o depende de la Administración estatal en sentido estricto. 4.- Descentralización derivada: se produce cuando un ente descentralizado realiza a su vez una descentralización. Por ejemplo, cuando los entes locales prestan sus servicios públicos por el sistema de fundación pública del servicio que consiste en la creación de un ente público al que se encomienda la gestión de dicho servicio. 5.- Descentralización corporativa: corresponde a los entes públicos de base asociativa: cámaras, colegios, comunidades.

La Constitución Española incluye en su artículo 103 la descentralización como principio que ha de regir la organización de la Administración Pública. En su art. 137 se recoge el principio de autonomía de los municipios, provincias y Comunidades Autónomas. Esto configura un sistema organizativo basado en la idea de acercamiento entre la Administración y el administrado, mediante la transferencia de las funciones a los entes territoriales inferiores, que actuarán con plena capacidad de decisión, únicamente con las excepciones impuestas por los principios de coordinación y unidad (posibilidad de imponer a determinados órganos o entes una determinada línea de actuación dirigida a un objetivo común).

Un concepto que hay que diferenciar del concepto de descentralización es el término DESCENCONTRACION. Se define como la transferencia de competencias realizada por un órgano superior a otro u otros subordinados. Los requisitos que se han de dar son los siguientes: Se ha de producir un traslado de la titularidad de la competencia de un órgano superior a otro inferior. No habrá desconcentración si lo que se transfiere es sólo el ejercicio de la competencia y no su titularidad. Disminución de la subordinación de los órganos inferiores respecto a los superiores. La desconcentración (a diferencia de la descentralización) se da entre órganos de un mismo ente.

Hay varios tipos de desconcentración: Desconcentración horizontal: cuando el destinatario es un órgano central. Por ejemplo: transferencia de competencias de un subsecretario a un director general. Desconcentración vertical: cuando el destinatario es un órgano periférico de la Administración Central.

## 2. La descentralización del Estado de Nicaragua

A inicios de 1990, se inicia un proceso de descentralización del Estado<sup>646</sup>. Conforme el Decreto Número 1-90<sup>647</sup> y de acuerdo al artículo 151 de la Constitución<sup>648</sup>, la Presidencia de la República descentraliza doce instituciones, entre ellas el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar Social (INSSBI), el Instituto Nicaragüense de Energía (INE), Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados (INAA) y el Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos (TELCOR).

El Decreto Núm. 4-90<sup>649</sup> fue el marco jurídico de la descentralización y re-

La Constitución española recoge este principio como informador de la actuación de la Administración Pública en su art. 103, que establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Que la Constitución recoja este principio es una nueva manifestación de la voluntad de los constituyentes de conseguir el acercamiento de la toma de decisiones a niveles orgánicos inferiores más en contacto con los problemas reales de la sociedad. Véase, GARRIDO FALLA, F.: *La Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*. Madrid. 1950. Pág. 121. VILLAR PALASI, J. L.: *Apuntes de Derecho Administrativo*. Madrid. 1977. Pág. 105; MATEO, MARTIN.: "Municipalismo, descentralización y democracia." *REVL*. Núm. 157. 1968. Págs. 62-63; MUÑOZ MACHADO.:

<sup>646</sup> Decreto-Ley Núm. 1-90. Decreto de Ley Creadora de Ministerios de Estado. La Gaceta Núm. 87 de 8 de mayo de 1990. Se reforma a través del Decreto Núm. 3-92. 6 de enero de 1992. *La Gaceta* Núm. 2 de 7 de enero 1992.

<sup>647</sup> Artículo 151 de la Constitución de 1987 establecía: "El Presidente de la República determina el número, organización y competencia de los ministerios de Estado, entes autónomos y gubernamentales. Los Ministros, Viceministros y Presidentes o Directores de entes autónomos y gubernamentales gozan de inmunidad".

<sup>648</sup> Decreto-Ley Núm. 4-90. "Entes Autónomos Descentralizados del Estado". La Gaceta Núm. 87 de 8 de mayo de 1990. l Decreto 4-90, "Entes Autónomos Descentralizados", publicado en La Gaceta No. 87, del 8 de mayo de 1990; y su posterior reforma, contenida en el Decreto 38-90, Reforma al Decreto 4-90, Ley de Entes Autónomos Descentralizados", publicado en La Gaceta No. 156, del 16 de agosto de 1990. Estos decretos fueron, derogados por la "Ley de Organización, competencia y procedimientos del Poder Ejecutivo". *Ley Núm. 290, capítulo V*. Disposiciones finales y transitorias. Artículo 50, inciso 2.

<sup>649</sup> En el artículo 1 del Decreto Núm. 4-90, se lee: "Los Entes Autónomos descentralizados del Estado son los siguientes: 1. Instituto Nicaragüense de Repatriación. 2. Instituto Nicaragüense de Fomento Municipal. 3. Instituto Nicaragüense de Desarrollo de las Regiones Autónomas. 4. Instituto Nicaragüense de Reforma Agraria. 5. Instituto Nicaragüense de Recursos Naturales y del Ambiente. 6. Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar. 7. Instituto Nicaragüense de Cultura. 8. Instituto Nicaragüense de Deportes. 9. Instituto nicaragüense de Turismo. 10. Instituto Nicaragüense de Seguros y Reaseguros. 11. Instituto Nicaragüense de Energía. 12. Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados. 13. Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos. 14. Banco Central de Nicaragua".

Artículo 2.- Para cada Ente Autónomo, el Presidente de la República nombrará un Director, a excepción para el Banco Central de Nicaragua, el cual tendrá el cargo de Presidente.

forma de la Administración Pública en Nicaragua<sup>650</sup>. A través del Decreto 44-94 se crea el Comité Ejecutivo de la reforma de la Administración Pública (CERAP) y la Comisión Sectorial para la Descentralización (CSD)<sup>651</sup>; además, siete Comisiones Sectoriales de Reforma, la Secretaría Ejecutiva para la

<sup>650</sup> En el capítulo I de este Decreto se establece: “El citado Comité será responsable de la dirección estratégica de un Programa dirigido a efectuar su reorganización estructural, administrativa, revertir la baja productividad del gasto público, elevar la eficiencia y calidad de las prestaciones, mejorar la asignación, administración y utilización de los recursos, jerarquizar sus cuadros gerenciales y técnicos y fortalecer la capacidad de decisión”.

<sup>651</sup> Como base para el diseño de la reforma institucional, el Gobierno de Nicaragua elaboró en 1995, una serie de diagnósticos orgánico funcionales de algunas instituciones del Poder Ejecutivo; los cuales incluían, entre otros elementos, una valoración de la situación informática y la capacidad de gestión de los recursos humanos (servicio civil) y de la situación del sistema de gestión financiera del Gobierno de Nicaragua.

En cuanto a la organización, base legal y funcionamiento de las instituciones, los diagnósticos revelaron que éstas se caracterizaban por falta de claridad en su misión, sobredimensionamiento, confusión organizacional, fragmentación de responsabilidades, servicios de baja calidad e inexistencia de mecanismos e instrumentos de evaluación de desempeño institucional. Además, permitió detectar duplicidad de funciones entre instituciones en sus bases legales.

La precaria situación de la Administración Pública que presentaron los diagnósticos se acentuaba aún más ante el limitado desarrollo informático del país; el cual se encontraba atrofiado por la escasez de proveedores, la falta de utilización de ciertos equipos y el pobre mantenimiento al equipo con que se contaba durante la década de los 80. Para 1994 únicamente 9 de 31 instituciones del Gobierno Central contaban con centros y sistemas de información; sólo un pequeño número de empleados y funcionarios públicos tenía entrenamiento en sistemas de tecnología de la información; en las instituciones que contaban con computadoras su uso era limitado por la ausencia de sistemas de información; y los sistemas de hardware y software eran diversos y generalmente incompatibles.

Asimismo, en materia de gestión de los recursos humanos, los diagnósticos confirmaron que, para todos los efectos reales, el empleo del sector público nicaragüense nunca había contado con tal base legal y no existía una oficina de Gobierno que actuara como administradora central del servicio civil ni un registro nacional de empleados públicos. El Estado no contaba con un sistema de clasificación de cargos, de remuneración, ni de políticas y procedimientos; por el contrario, el esquema dentro del cual funcionaba el servicio civil estaba basado en costumbre y tradición, sumado a la existencia de leyes independientes y convenios colectivos con acuerdos negociados por cada institución por separado. Adicionalmente, las instancias institucionales responsables de los recursos humanos eran rudimentarias, al punto que los procesos de reclutamiento, selección, contratación, promoción y despido se realizaban fuera de éstas y con normas y procedimientos heterogéneos. En cuanto a capacitación del personal, las oportunidades eran extremadamente limitadas y la remuneración estaba muy por debajo del mercado, en contraste con un amplio rango de salarios para ocupaciones similares.

Por su parte, el sistema de gestión financiera del sector público era pobre y constituía una limitación para la capacidad del Gobierno para ejecutar sus políticas y programas de manera eficiente, efectiva y transparente ante la falta de un sistema contable único para todo el Gobierno; los controles del gasto y de las prácticas de administración del flujo de caja eran débiles; el sistema de adquisiciones era engorroso; y la capacidad de auditoría interna y externa era débil y limitada.



Reforma de la Administración Pública<sup>652</sup> y la Unidad de Coordinación del

En 1996 se actualizaron algunos diagnósticos institucionales y se elaboraron diagnósticos sectoriales (sector agropecuario, económico, social, infraestructura, sub-sector de recursos naturales y sector público empresarial) con el fin de contar con una base de análisis y referencia para la reorganización de la macro estructura del Poder Ejecutivo.

Los diagnósticos sectoriales evidenciaron la desarticulación de la política económica, la división de la deuda externa al ser una función compartida entre múltiples instituciones del Poder Ejecutivo, la poca claridad en la administración de los recursos naturales, la carencia de instrumentos para el desarrollo rural y el vacío de políticas en el sector social. Véase, Acuerdos de Reestructuración Institucional suscritos entre el Comité Ejecutivo para la Reforma de la Administración Pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio, Ministerio de Transporte e Infraestructura, Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales, Ministerio de la Familia, Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Ministerio de Fomento, Industria y Comercio. Banco Mundial. Memorándum y Recomendaciones el Presidente de la IDA a los Directores Ejecutivos en el crédito propuesto para la República de Nicaragua para un Proyecto de Desarrollo Institucional. Notas Técnicas. Febrero 24, 1995. CERAP. Propuesta Técnica y Financiera para la segunda etapa del Programa de Reforma del Servicio Civil y Carrera Administrativa. Marzo, 1999. MARIA JOSE JARQUIN.: "Sistema de Evaluación de Servicios. Marco Conceptual y Metodológico". Vicepresidencia de la República. UCRESEP. Octubre, 1998. MARIA JOSE JARQUIN y equipo de UCRESEP.: "Sistema de Evaluación de Servicios (SES). 1995 - 1997. Reseña Histórica". Vicepresidencia de la República. UCRESEP. Octubre, 1998. Pricewaterhouse Coopers. "República de Nicaragua. Programa de Reforma y Modernización del Sector Público. Componente de Reestructuración Institucional y Modernización. Informe Final - Borrador", Mayo 1998. Serie de Cuadernos UCRESEP: "La Modernización del Sector Público (1997), SIGFA (1999) y Reforma del Servicio Civil (1999). UCRESEP. "Nicaragua. Actual government efforts towards a more efficient public sector". Abril 1996. UCRESEP. Reporte de Actividades 1995-1999 (Abril). UCRESEP, Dirección General de la Función Pública (MHCP) y Proyecto de Promoción de Políticas de Género de GTZ. Presentación sobre el Diagnóstico de Género en el Servicio Civil Nicaragüense. Julio, 1999. Vicepresidencia de la República. CERAP/UCRESEP. "Presentación Ley 290. Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo", 1998.

<sup>652</sup> El Comité Ejecutivo para la Reforma de la Administración Pública (CERAP) estaba conformado por siete Comisiones Sectoriales de Reforma, la Secretaría Ejecutiva para al Reforma de la Administración Pública y la Unidad de Coordinación del Programa de Reforma y Modernización del Sector Público (UCRESEP). UCRESEP fue creada inicialmente en el ámbito de Ministerio de Finanzas y con el Decreto Presidencial No. 10-98 pasó a funcionar en el ámbito de la Vicepresidencia de la República - con la responsabilidad de brindar apoyo técnico y operativo a la Secretaría Ejecutiva (de CERAP), servir de enlace con los Organismo Internacionales y administrar los recursos financieros del Banco Mundial y de cualquier otro Organismo multilateral y/o bilateral que así lo requiera. Esta Unidad era dirigida por un Coordinador Técnico con la función de brindar apoyo técnico y operativo en la ejecución de los proyectos de la Reforma a fin de poder centralizar toda la información y documentación respectiva; para lo cual cuenta con un equipo técnico de reforma conformado por consultores nacionales responsables de coordinar los principales componentes del Programa de Reforma y de actuar como contraparte de las instituciones beneficiarias de éste. Adicionalmente cuenta con la asistencia de un equipo administrativo financiero, de un especialista en adquisiciones y de un asesor legal.

Programa de Reforma y Modernización del Sector Público (UCRESEP)<sup>653</sup>.

CERAP fue creada, en el ámbito de la Presidencia de la República, a fin de integrar y dar continuidad a las políticas emprendidas por el Gobierno tendentes a consolidar la estabilización económica y crear una Administración Pública, moderna; y con la responsabilidad de dirigir el Programa de Reforma cuyo ámbito de competencia esta comprendido por las Instituciones y organizaciones del Gobierno Central, entes autónomos, empresas y otras unidades administrativas dependientes del Poder Ejecutivo. Inicialmente CERAP estuvo coordinado por el Ministro de la Presidencia y su sede administrativa funcionaba en el Ministerio de la Presidencia. A partir de Febrero de 1998, según el Decreto Presidencial No. 10-98 que reforma al Decreto Presidencial No. 44-94, la coordinación de CERAP pasó a estar a cargo del Vicepresidente de la República y su sede administrativa a funcionar en la Vicepresidencia de la República.

El mismo Decreto Presidencial creador de CERAP y UCRESEP establece la finalidad y los objetivos del Programa de Reforma. La misión de éste es “crear una Administración Pública moderna, pequeña, fuerte, eficiente y facilitadora”; para lo cual se establecieron los siguientes objetivos: Efectuar la reorganización estructural y administrativa del Gobierno (entendiéndose éste último como Poder Ejecutivo); revertir la baja productividad del gasto público; elevar la eficiencia y la calidad de las prestaciones; mejorar la asignación, administración y utilización de los recursos; jerarquizar los cuadros gerenciales y técnicos; Fortalecer la capacidad de decisión y gestión de los servicios en las áreas o funciones indelegables del Estado, en el ámbito del Poder Ejecutivo.

En Junio de 1998 se aprueba la Ley No. 290 de “Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo” que ha permitido al Gobierno de Nicaragua contar con una estructura más coherente, eficiente y ordenada. Ese mismo año se elabora el Reglamento de los Ministerios de Estado acorde con dicha Ley (Reglamento de la Ley No. 290), en el cual se definen las estructuras organizativas de estas instituciones y que, a partir del Presupuesto General de la República del 2000, son la base para la conformación de sus estructuras programáticas presupuestarias. Ley Núm. 290. Aprobada el 27 de Marzo de 1998. *La Gaceta Núm* 102. 3 de Junio de 1988.

653

Con la Reforma del Sistema de Gestión Financiera y Control Gubernamental el Gobierno espera lograr el fortalecimiento del sistema de gestión financiera del sector público y elevar su transparencia, para lo cual, desde finales de 1995 se dio inicio al diseño, desarrollo e implantación de un Sistema Integrado de Gestión Financiera, Administrativa y Auditoría (SIGFA), que permitiera coordinar, desde el punto de vista normativo y de procedimientos, las operaciones presupuestarias, contables, de tesorería y de crédito público; y desde el punto de vista de sistemas de información, que permitiera integrar y relacionar datos operativos que sirvieran de apoyo efectivo a los procesos de toma de decisiones y de control interno y externo gubernamental. De ahí el hecho de que a este componente se le conozca como “Proyecto SIGFA”.

Legalmente el SIGFA se define como Sistema Integrado de Gestión Financiera, Administrativa y Auditoría constituido por “un conjunto de normas tanto legales, reglamentarias y procedimentales que tienen como función establecer controles internos, a través del cual se administran y contabilizan la ejecución financiera del Presupuesto General de la República, así como de los recursos bajo la responsabilidad de la Tesorería General de la República”. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) es su órgano rector.

Los resultados que el Gobierno de Nicaragua espera alcanzar con la Reforma del Sistema de Gestión Financiera y Control Gubernamental son los siguientes:

- Un nuevo sistema integrado de gestión financiera e implantación de regulaciones para todas las unidades ejecutoras del Presupuesto General de la República (SIGFA Local en estas y SIGFA Central en el MHCP);

Este decreto, en su artículo 9, establece la creación de siete Comisiones Sectoriales de Reforma:

**2.1 Comisión Sectorial para la Descentralización**, con el objetivo de diseñar, proponer y promover los planes y programas que garanticen un proceso fiscal, administrativo y funcional ordenado en materia de desconcentración y/o descentralización de actividades y servicios a los Gobiernos Municipales. Esta Comisión estará presidida por el Presidente del INIFOM y tendrá como miembros al Ministro de Salud, al Ministro de Educación, al Ministro de Finanzas, al Ministro de Gobernación, al Director de INAA y al Vice-Ministro de la Presidencia para Asuntos de Estado, o sus delegados respectivos.

**2.2 Comisión Sectorial para la Reforma de Las Empresas Públicas** a fin de diseñar, proponer y promover los planes y programas que garanticen la adecuada reestructuración, reorganización y racionalización de las empresas y/o instituciones en las áreas de Hidrocarburos, Electricidad, Acueductos y Alcantarillados, Telecomunicaciones, Correos, Puertos, Aeropuertos y cualquier otra área de infraestructura que garantice el adecuado balance entre entes reguladores, normativos, planificadores y empresas operativas de dichos servicios.

**2.3 Comisión sectorial para la Reforma del Sector Financiero Estatal**<sup>654</sup> a fin de diseñar, proponer y promover los planes y programas que garanti-

- Un nuevo sistema contable, automatizado y estandarizado, para todo el Gobierno, funcionando en todas las unidades ejecutoras del Presupuesto General de la República de tal forma que se puedan generar informes financieros anuales consolidados para todo el Gobierno Central;
- Mejoramiento en la capacidad de auditoria externa de la Contraloría General de la República;
- Mejoramiento de la administración del flujo de caja y las funciones de Tesorería;
- Mejoramiento de las operaciones del manejo de la deuda e integración al sistema de gestión financiera del Gobierno.

<sup>654</sup> Para alcanzar estos objetivos, el Gobierno de Nicaragua creó, dentro del MHCP, la Dirección de la Función Pública (DIFUP) para que fungiera como Oficina de Administración de Servicio Civil y dirigiera la Reforma del Servicio Civil; el cual fue diseñado para ser ejecutado en dos etapas en un período de cuatro años. En la primera etapa se definiría el marco conceptual del Servicio Civil de Nicaragua y su base legal, lo que conlleva el desarrollo del Modelo de Función Pública requerida, el diseño metodológico de los sistemas de gestión de los recursos humanos y el desarrollo de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y su reglamento. En la segunda etapa se concentrarían los esfuerzos en la implantación, progresiva, de los sistemas de gestión de recursos humanos diseñados en la primera etapa.

Los resultados que se esperan alcanzar con la Reforma del Servicio Civil son los siguientes:

- Diseño e implantación de un sistema de servicio civil basado en el mérito;
- Desarrollo de códigos de regulaciones del servicio civil relativos a procedimientos, evaluaciones de desempeño y otros aspectos de la gestión de personal;
- Desarrollo y funcionamiento de un sistema de clasificación de cargos para la Administración Pública y una base de datos computarizada del personal de ésta;
- Desarrollo de una estructura y agenda salarial basada en incentivos para toda la administración pública; así como la capacidad para que ésta pueda ser actualizada periódicamente a partir de encuestas sobre el salario laboral de mercado;
- Diseño y ejecución de las reducciones de personal requerido en las instituciones con ARI a partir de las revisiones de funciones y el proceso de reestructuración institucional;
- Desarrollo y aplicación de adecuados procesos de selección y reclutamiento del personal, basado en el mérito;
- Diseño y entrega, como piloto, de programas de capacitación de gerentes, personal administrativo y técnicos de las instituciones sujetos al Programa de Reforma.
- De acuerdo a la serie de “Cuadernos UCRESEP. Reforma del Servicio Civil” a la fecha se lograron los siguientes resultados:
  - Definición de un Modelo de Función Pública para la Administración Pública en el que se propone una tipología del empleo público, garantías de empleo, ámbito de la función pública y criterios base de la gestión de los recursos humanos.
  - Diseño del modelo organizativo y la organización horizonte de la Dirección de la Función Pública para poder asumir el rol de impulsor del desarrollo del servicio civil y su futura administración.
  - Elaboración del Reglamento Interno Modelo para la administración pública de los recursos humanos del sector público, en el cual se delinean procedimientos para selección y contratación de personal, horarios de trabajo, sanciones disciplinarias, evaluación de desempeño y otros similares.
  - Descripción, análisis, valoración y clasificación de una muestra representativa de la Administración Pública de más de ochocientos cargos del servicio civil nicaragüense que permitió el ordenamiento y agrupación racional de los cargos en tramos profesionales de contenido organizativo homogéneo y cargos tipo funcionales; y que a su vez dio como resultado un Manual de cargos tipo u ocupaciones del Estado y el clasificador de cargos.
  - Elaboración de un diccionario de competencias del servicio civil.
  - Diseño de un sistema de gestión de recursos humanos, basado en el mérito, que comprende los siguientes módulos: (i) descripción, análisis, valoración y clasificación de cargos; (ii) gestión del desempeño; (iii) provisión de cargos; y (iv) diseño de estructura retributiva. Sin embargo la implantación del sistema tiene que ser progresiva, partiendo con la clasificación de cargos, sobre la cual se tienen avances significativos.
  - Diseño del Sistema de Información del Servicio Civil

Entre 1996 y 1998 se elaboraron tanto el Anteproyecto de Ley de Servicio Civil y la Carrera Administrativa como su Reglamento y el Reglamento Interno Modelo para la administración de los Recursos Humanos. Paralelamente se diseñaron y entregaron programas de capacitación de gerentes, personal administrativo y técnicos de las instituciones seleccionadas y se ha continuado el desarrollo de este Programa General de Capacitación del Proyecto. *Cuadernos UCRESEP. Reforma del Servicio Civil.*

cen la adecuada reestructuración, racionalización y eficiencia del Sector Financiero Estatal. Esta Comisión estará presidida por el Ministro de Finanzas y tendrá como miembros al Ministro de Economía y Desarrollo, al Presidente del Banco Central, al Superintendente de Bancos o sus delegados y además al director del Banco Estatal sujeto a reforma

**2.4 La Comisión para la Reforma del Servicio Civil y Carrera Administrativa**<sup>655</sup>: a fin de elaborar planes y programas que tiendan a la creación de un régimen integral de servicio civil y desarrollo de la carrera administrativa del Estado.

**2.5 Comisión para la Reforma de la Administración Financiera y Control Gubernamental**: Para llevar a efecto la implantación de los sistemas integrados de presupuesto, tesorería, crédito, compra y suministros, control interno y externo y contabilidad gubernamental.

**2.6 Comisión para la Reforma Administrativa**<sup>656</sup>, con el fin de proponer la reestructuración administrativa y orgánica de los Ministerios e Instituciones del Gobierno Central sobre la base de una política macroinstitucional y de acuerdo a las características propias de los mismos.

**2.7 Comisión Sectorial para la Reforma de Seguridad Social y Bienestar**: a fin de garantizar la adecuada reestructuración, reorganización, racionalización y eficiencia de las instituciones y/o empresas que prestan los servicios de seguridad social.

A continuación, vamos a analizar por bloques el contenido y alcance de estas reformas estatales de segunda generación aplicadas a Nicaragua:

---

<sup>655</sup> La Secretaría Ejecutiva para la Reforma de la Administración Pública era ejercida por un Secretario Ejecutivo que tiene la responsabilidad de velar por la ejecución, supervisión y seguimiento de los planes y programas que sean aprobados por el CERAP. Hasta Febrero de 1998 el Secretario Ejecutivo era el Viceministro de Finanzas por mandato del Decreto Presidencial No. 44-94, pero a partir de esa fecha, y según el Decreto Presidencial No. 10-98, éste es nombrado por el Presidente de la República.

<sup>656</sup> LOPEZ, H.: "La Seguridad Social en Nicaragua, su crisis y su proyección". Estudios de la Seguridad Social. Núm.73. Pág. 101.

## 2.1 Bloque de servicios sociales:

### 2.1.1 *La descentralización del Instituto de Seguridad Social y el proceso de privatización de las pensiones*

De acuerdo a los objetivos trazados por el Decreto 44-94, la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social, con apoyo financiero del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), promovió el estudio y la elaboración de una propuesta de un Nuevo Modelo Previsional.

Conforme a los resultados y recomendaciones, el Resumen Ejecutivo del documento establece que: “Urge entonces, sobre la base de la definición de Nuevos Modelos de Seguridad Social y de atención a los grupos vulnerables, elaborar un nuevo marco económico, jurídico y de organización que responda a las recientes orientaciones de democracia participativa con descentralización operativa-financiera y dentro del marco de una economía social de mercado”<sup>657</sup>.

Para la efectiva realización del modelo propuesto, la comisión de expertos, propuso las siguientes acciones: Reestructurar el INSSBI, tanto en sus aspectos de organización administrativa como financiera, definición de un nuevo marco jurídico, fomentar la participación activa del sector privado en las acciones tanto de previsión como de desarrollo social. En ese mismo año el INSS revisa y readequa su programa institucional, definiendo cuatro áreas específicas que son: a) Fortalecimiento Salud Previsional, c) El Modelo de Riesgos Profesionales, d) El Modelo Privado del Sistema de Pensiones<sup>658</sup>.

A inicios de 1993, como parte del proceso de reforma del Sector Salud en Nicaragua, en el marco del proyecto de Modernización del Sector Salud, y con el argumento de que el Seguro Social no cumplía con los compromisos de ofrecer a los asegurados y a su familia la atención medica adecuada, y al habersele privado todos los hospitales y tres policlínicas, se va a implementar un nuevo modelo de atención medica a través de la contratación de servicios médicos privados con las Empresas Medicas Previsionales (EMP)<sup>659</sup> reconociéndoles un per cápita por cada trabajador asegurado adscrita a cada una

<sup>657</sup> RIZO, S.: *Reforma de la Seguridad Social en Nicaragua*, Managua, Nicaragua, 1996.

<sup>658</sup> Estas empresas médicas derivan su nombre del llamado “Modelo de Salud Previsional” que fue creado por el INSS para brindar atención médica a los asegurados que pagaban los Seguros de Enfermedad-Maternidad y Riesgos Profesionales, Maternidad y Riesgos Profesionales

<sup>659</sup> VALLADARES, L.: *Modelo de salud previsional en Nicaragua*. Segunda edición. Friedrich Ebert. Managua. Nicaragua, 2002

de estas empresas. Ese per cápita único que paga al INSS por un asegurado le confiere el derecho a él, a su cónyuge en estado de embarazo y a sus hijos menores de 6 años, para que reciban la atención médica y quirúrgica, los medicamentos y los exámenes de laboratorio que se establece en los listados del contrato. Además, por esos mismos per cápita, la EMP debe de pagar al asegurado el subsidio de reposo por enfermedad<sup>660</sup>.

Desde la creación del Modelo de Salud Previsional se identificaron cuatro componentes: El Instituto Nicaragüenses de Seguridad Social (INSS)<sup>661</sup>, las Empresas Médicas Previsionales (EMP), los Asegurados Activos, Empleadores<sup>662</sup>.

Con las reformas al sistema de salud, en la primera mitad de la década de los noventa, en la práctica se creó un sistema mixto de Atención a la Salud con los siguientes componentes:

- Un subsistema público, integrado por el Ministerio de Salud, Ministerio de Gobernación, Ministerio de Defensa y otras instituciones del Estado.
- El subsector privado, en el cual se incluyen hospitales, clínicas, organismos no gubernamentales, farmacias, ópticas, laboratorios, de análisis y centro de diagnósticos.

---

<sup>660</sup> Es necesario aclarar que entre los conceptos de Seguridad Social y el Seguro Social existe notables diferencias. Los Seguros Sociales abarcan seis programas principales, que son: Enfermedad, Maternidad, Invalidez, Vejez, Muerte, Riesgos Profesionales y atención de salud de las enfermedades y accidentes comunes.

La Seguridad Social moderna, al ser más amplia que un Seguro Social, incluye los siguientes programas:

- Prestaciones de dinero. (Aquí se incluye pensiones de Vejez, Invalidez, subsidios de sobrevivientes y Desempleo).
- Cuidados de Salud (atención curativa, salud preventiva, atención a la maternidad y atención en rehabilitación).
- Asignaciones Familiares por matrimonio, nacimiento, número de hijos.
- Prestaciones Familiares por matrimonio, nacimiento, número de hijos.
- Prestaciones Sociales, en la forma de servicios adicionales que proporciona la Seguridad Social en el campo de la educación, salud y vivienda, préstamos, guarderías, entretenimiento, servicios de recreación y vocacional.

De acuerdo a esta distinción, los artículos 61, 82, inciso 7 y el 105 de la Constitución Política claramente establecen el concepto de Seguridad Social y no de Seguro Social.

Del contenido de los referidos artículos de la Constitución Política podemos establecer que, por una parte, el Estado garantiza la prestación de servicios básicos, pero, por otra, permite el establecimiento de servicios privados en las áreas de salud y educación, por lo tanto, lo más sensato hubiese sido el establecimiento de un sistema mixto, en donde el usuario pudiese escoger entre un sistema estatal o privado de seguros sociales.

---

<sup>661</sup> VALLADARES, L.: *Modelo de salud previsional en Nicaragua...* Pág. 13.

<sup>662</sup> Reflexiones sobre las reformas de la seguridad Social. CISS-CEDES, México, 1997. Pág. 303.

- El subsector Previsional, en el que se incluyen las Empresas Médicas Previsionales y las Unidades de Salud Acreditadas para atender enfermedades y agresiones a la salud que se producen por Riesgo Profesional. Ambas venden sus servicios al INSS, a quien garantizan el cumplimiento de las obligaciones que este contrae por las cotizaciones obligatorias a los trabajadores.

El INSS de esta forma se convierte en un ente normador, regulador y facilitador de la salud que recibirían los asegurados. Sin embargo, hasta el día de hoy, el Modelo de Salud Previsional ha sido cuestionado públicamente por organismos gubernamentales como la Contraloría de la República, debido a que la Ley orgánica vigente del Seguro Social no contempla la compra de servicios médicos a terceros; o sea, que las reformas al sistema de salud y de riesgos profesionales fueron de “facto”, al no haber sido sometidos a legislación alguna<sup>663</sup>.

<sup>663</sup> A solicitud del INSS, la organización Internacional del trabajo (OIT), realizó una evaluación que dio como resultado un informe, que contenía las recomendaciones siguientes: Separar los programas del INSS, de las Pensiones Especiales a cargo del Estado, y de los servicios del Ministerio de Salud (MINSA), establecer una mejor coordinación entre el INSS y el MINSA para mejorar las prestaciones de salud de los asegurados, suprimir las medidades dictadas en 1982 que redujeron los años de cotización y aumentaron las tasas de reemplazo en el programa de IVM, modernizar los procedimientos de afiliación y control del pago de las contribuciones para reducir la enorme mora, extender la cobertura de la población a nuevos grupos de trabajadores. De todas las recomendaciones, solamente el INSS siguió la tercera, ya que se derogaron las normas que flexibilizaban las condiciones de acceso, aspecto que tuvo un impacto positivo en las finanzas del INSS.

Propuesta del INSS. Con el apoyo del PNUD, el INSS elaboró propuestas para la reforma de salud y pensiones. Con respecto a las reformas en salud, la propuesta recomendaba: Otorgar atención de salud diferenciada de la del MINSA a los asegurados del INSS y a sus familiares dependientes. Al no tener infraestructura hospitalaria propia (ya que la traspaso al MINSA en los ochenta), tuvieron que utilizarse servicios externos mediante contratos con el MINSA. Los asegurados tendrían libre elección entre establecimientos públicos y privados y el INSS supervisaría el sistema. Esta propuesta contribuye para el establecimiento de las Empresas Médicas Previsionales. En cuanto a la propuesta de reforma de pensiones, hacia las siguientes recomendaciones: Crear un programa de capitalización plena e individual, al que contribuirían obligatoriamente el empleador, el asegurado y el Estado. El sistema sería administrado por el INSS, que recaudaría las contribuciones, mantendría las cuentas individuales e invertiría los fondos. La distribución del rendimiento del referido fondo entre las cuentas individuales se harían en forma “solidaria”, favoreciendo a los asegurados de menores ingresos. Según el criterio del doctor CARMELO MESA-LAGO, esta propuesta era vaga, y tenía problemas conceptuales y no fue implantada, pero algunos de sus elementos fueron retomados en la posterior propuesta que sería presentada en 1996.

El informe de la Comisión Técnica Internacional de la OIT-AISS-CISS-OISS. 1995. En octubre de 1994, por medio de la invitación del INSS, se constituyó la Comisión Técnica Internacional para la evaluación del régimen de IVM. La comisión analizó varios escenarios: Primero: Mantenimiento del sistema actual (de prima escalonada por la ley), pero



modificado y perfeccionado. Segundo: Substitución del sistema actual por otro basado exclusivamente en un sistema de ahorro individual. Tercero: Integración de un sistema mixto. De acuerdo a la Comisión, la mayor fortaleza del sistema actual, pero modificado y perfeccionado, sería la de no implicar gastos de transición que resultarían inevitables al cambio de sistema. Con respecto a la substitución por un Sistema de Cuenta de Ahorro Individual, la Comisión concluía que por las condiciones macroeconómicas, la situación salarial y laboral, así como las condiciones intrínsecas de los “sistemas de ahorro individual parecen inalcanzables por lo pronto en Nicaragua”.

Y con respecto al último sistema, el mixto, la Comisión analizó la posibilidad de considerar un régimen general de prestaciones definidas que fuera complementado por uno o varios regímenes de ahorro individual, conforme la capacidad económica de los diferentes sectores. Sin embargo, en ese momento la Comisión considera necesario realizar mayores estudios que garantizaran su viabilidad financiera, su respeto a las normas internacionales del trabajo y que reflejaran la voluntad y las posibilidades de los nicaragüenses.

Propuesta de JULIO BUSTAMANTE. En 1995, a solicitud del INSS, el Superintendente de las AFP de Chile, Julio Bustamante, con un equipo de asesores chilenos elaboró un estudio y propuesta, que consta de tres partes principales: 1) Una descripción breve de 3 páginas, de las tres alternativas de reformas a los sistemas de pensiones “tradicionales”, o sea, modelos público-reformado, mixto y sustitutivo. 2) Alternativas para la reforma de IVM en Nicaragua (en que analiza la viabilidad de dos modelos: el perfeccionamiento del sistema actual y el modelo sustitutivo). 3) La propuesta en sí (una mezcla de los tres modelos). En esta última parte del estudio se contiene la propuesta, que es la siguiente: 1) Se mantiene el actual programa de IVM del INSS con carácter obligatorio, pero dividido en dos subsistemas: a) Transitorio, en el cual se mantendrán los actuales asegurados de 45 ó más años de edad y los actuales pensionados. b) Permanente, en el cuál se incorporarán los actuales asegurados de menos de 45 años y los futuros ingresantes del mercado de trabajo. El sistema voluntario pagará pensiones complementarias a los dos subsistemas del obligatorio, se basará en capitalización plena e individual y será administrado por administradoras privadas iguales a las chilenas: Entidades Gestoras de Pensiones Complementarias (ESPC). Se crea un nuevo sistema de pensiones complementario, de carácter voluntario. La propuesta del superintendente se salía de los modelos existentes para crear un nuevo modelo híbrido, una combinación de sustitutivo y mixto voluntario.

La segunda propuesta del INSS (RIZO) en salud y riesgos profesionales. Esta propuesta fue elaborada por SIMEON RIZO CASTELLON y comprende tres componentes: salud, riesgos profesionales y pensiones. El modelo de Salud Previsional, ratificaba la práctica de las Empresas Médicas Previsionales iniciadas en 1993, aunque propone algunas mejoras para el futuro. Con respecto al “Nuevo Modelo de Riesgos Profesionales”, propone la separación de los servicios y el fondo del programa de riesgos profesionales (RP) de los de pensiones (IVM) y salud, con el objetivo de lograr: a) Proveer mejores incentivos a la afiliación del trabajador y reducir la evasión, mora y subdeclaración de ingresos, suministrando atención de salud especializada (preventiva, curativa y rehabilitadora) a los asegurados en RP; b) permitir una evaluación de los costos de RP y hacer más transparente el financiamiento de este programa; y c) evaluar actuarialmente las reservas del programa de RP a fin de determinar su situación y la prima adecuada.

Con respecto a la reforma del sistema de IVM, el doctor MESA-LAGO, catedrático distinguido de la universidad de Pittsburg, consultor del Banco Mundial y experto en Seguridad Social, hace la siguiente reflexión sobre la propuesta de RIZO CASTELLON: “adolece de

serios problemas de confusión conceptual y técnica, contradicciones y falta de precisión en aspectos claves como: los sistemas transitorios y permanente, los tres pilares, el régimen financiero y el financiamiento, la pensión mínima, el bono de reconocimiento, las transferencias entre los dos sistemas, y la administración de los mismos y los tres pilares. De hecho no queda clara en la propuesta si se trata de un modelo sustitutivo o mixto. También introduce elementos excepcionales de reforma, los cuales no son adecuadamente elaborados y de cuestionable viabilidad”.

Propuesta de CARMELO MEZA-LAGO. El estudio realizado por el doctor Carmelo Mesa lago y publicado por la Fundación Friedrich Ebert, analiza profundamente la situación de la rama de IVM, y propone como solución, un sistema mixto, en este caso, transitorio, ya que al dividir la población a la edad de 45 años, la gente que queda en el sistema antiguo, va desapareciendo a medida que no hay nuevos ingresos y se van jubilando los que permanecen en el pilar público. Esto, en su opinión, daría tiempo suficiente para que las condiciones de que hablaba en el informe de la OIT se vayan mejorando gradualmente, al igual que el desarrollo de mercados de capitales y de seguros.

Creación de la Comisión de Reforma de Pensiones de Nicaragua. En este contexto de debates propuestas y diagnósticos se formó la Comisión para la Reforma de Pensiones de Nicaragua (CEPREN), a través de la Resolución Ministerial No. 014-98, concebida para el análisis de la situación y para dar una solución viable para nuestro país y crear un modelo propio, adecuado, factible y sostenible, acorde con la realidad nicaragüense, con las aspiraciones y demandas del conglomerado social que cotiza y cotizó para obtener al momento de requerirlo una pensión decorosa. Para un examen detallado de este tema véase: AVENDAÑO, NESTOR.: El sistema de Salud en Nicaragua. Friedrich Ebert, Managua, Nicaragua, 2001; JARAMILLO, IVAN.: Evaluación de los sistemas locales de atención integral de salud-silais, Friedrich Ebert, Managua, Nicaragua, 2001; La crisis de la seguridad social y la atención a la salud, experiencias y lecciones latinoamericanas, selección de CARMELO MEZA-LAGO, México, F.C.E., 1986, II.t; La Seguridad Social en Nicaragua: El Nuevo Modelo, Managua, Nicaragua, INSS, 1994; LOPEZ, HUMBERTO.: La Seguridad Social en Nicaragua, su crisis y su proyección. Estudios de la Seguridad Social. No. 73. pp. 101-124; QUINTANA, PEDRO J.: Evaluación de la gestión técnica-administrativa e impactos del seguro de Enfermedad-Maternidad, 1997-2001, Friedrich Ebert, Managua, Nicaragua, 2001; Reflexiones sobre las reformas de la seguridad Social. CISS-CEDES, México, 1997; RIZO CASTELLON, SIMEON.: La reforma de la seguridad social en Nicaragua. Managua, INSS, 1996; RIZO CASTELLÓN, SIMEÓN.: Seguridad Social para el siglo XXI, INSS; Managua, Nicaragua, 1996; RIZO CASTELLON, SIMEON.: Contra la pobreza, INSS, Managua, Nicaragua, 1996; RUIZ ARIAS, MANUEL ISRAEL.: Análisis sobre las empresas médicas previsionales organizadas y financiadas por el INSS, Managua, Nicaragua, MIRACOM-96; VALLADARES, LARRY.: Modelo de salud Previsional en Nicaragua: Evolución y perspectivas de las EMP, Friedrich Ebert, Managua, Nicaragua, 2002; VOGEL DELGADILLO, ALAJANDRO.: Reformas al sistema de pensiones en Nicaragua, INSS, Managua, Nicaragua, 1998; SIERRO ROJAS, PEDRO.: El sistema de Seguridad Social en Nicaragua, Monografía, UCA; Managua, Nicaragua, enero, 1994; MEZA-LAGO, CARMELO.: Seguridad social y desarrollo en América Latina, Revista de la CEPAL No. 28, 1986; MEZA-LAGO, CARMELO.: Las reformas de las pensiones en América Latina y la posición de los organismos internacionales, Revista de la CEPAL, No. 60, 1996; MEZA-LAGO, CARMELO.: Política y reforma de la seguridad social en América Latina, Nueva Sociedad 160; MEZA-LAGO, CARMELO.: La privatización de los sistemas de pensiones de la seguridad social en América Latina: un balance al final de

### 2.1.2 La privatización de las pensiones

En la primera mitad de la década de los noventa se realizaron diversos diagnósticos y estudios sobre la reforma al sistema de pensiones. Entre los más importantes tenemos: Los de la OIT, AISS, CISS, Julio Bustamante, Superintendente de Chile, diagnóstico de la Fundación Friedrich Ebert, realizado por el doctor Carmelo Mesa-Lago y la propuesta de reforma del Foro Democrático Nicaragüense<sup>664</sup>.

Por su parte, la Comisión para la Reforma de Pensiones de Nicaragua (CE-PREN), recomendó al Gobierno de Nicaragua adoptar una reforma al sistema de pensiones basada en la capitalización individual y en la administración privada de los Fondos de Pensiones<sup>665</sup>.

Sin embargo, este modelo propuesto entra en contradicción con la Constitución Política, que establece en su art. 105 que “los servicios de educación,

siglo. En: Anuario Social y Político de América Latina, FLACSO, San José, 1999. CARMELO MEZA-LAGO.: La Seguridad Social en Nicaragua. Diagnóstico y propuesta de reforma, Friedrich Ebert, Managua, Nicaragua. Págs. 109-126. AA.VV.: La privatización que sangra, INPRHU, Managua Nicaragua. 1999.

<sup>664</sup> El nuevo modelo planteado es de cuenta individual, en la que entrarían todos los asegurados obligatoriamente. Los fondos serán administrados por las AFP y estas, a su vez, reguladas y controladas por la superintendencia de valores, seguros y pensiones. Los fondos serán invertidos en el mercado de capitales, para eventualmente ser convertidos en rentas vitalicias a través de las compañías de seguro. Los fondos se constituirían sobre la base de los ahorros de los asegurados más un bono de reconocimiento con mantenimiento de valor y la rentabilidad de la inversión de fondos. Habrá una separación patrimonial entre los que administran los fondos y los que los invierten para proteger la integridad de los ahorros. En caso en que quiebren las administradoras, los fondos no sufrirían ningún daño y podrán trasladarse a otra administración.

Las empresas que formen el Sistema Financiero de Administradoras de pensiones, estarán constituidas por sociedades anónimas, con participación pública o privada, y serán instituciones de giro especial, es decir, solamente a este objetivo podrán dedicarse. No existirán limitaciones en cuanto a la propiedad accionaria y las únicas serán las que señale el Código de Comercio y otras leyes que sean aplicables. Estas empresas incluirán en su nombre comercial la frase Administradora de Fondos de Pensiones, o las siglas AFP'S. El patrimonio será determinado por estudios actuariales, se pactara mantener un patrimonio igual a capital mínimo el que aumentara con relación al número de afiliados que se encuentren adscritos a las administradoras.

<sup>665</sup> En Nicaragua, el derecho de la Seguridad Social se estableció por primera vez en la Constitución de 1939. Sin embargo, es en la Constitución de 1948, donde con claridad en el artículo 85 se lee: “El Estado establecerá el Instituto Nacional de Seguro Social. La ley regulará la forma de establecer el fondo del seguro a favor de los asalariados del Estado, del beneficiario y del patrón, para cubrir los riesgos de enfermedad, invalidez, ancianidad y desocupación”. La Constitución de abril de 1948, sustituyó a la de 1950, sin embargo, conservó el derecho constitucional y en base al artículo 97, se aprobó en 1955, la Ley orgánica de Seguridad Social. EN 1982, se aprobó una nueva ley de Seguridad Social. En el artículo, se establecía la Seguridad Social como un Servicio Público.

salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que ésta obligado a prestarlos sin exclusiones; mejorarlos y ampliarlos”.<sup>666</sup>

El artículo 130 de la actual Constitución, establece como forma de organización política un “Estado Social de Derecho que vela por hacer realidad toda una serie de derechos fundamentales para las personas contempladas en los tratados internacionales”.

Por su parte el artículo 46, establece de manera clara “que los nicaragüense gozamos de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a las personas humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social...art. 22); en la Declaración Americana de derechos y Deberes del hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultural; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

Después de un intenso debate, la Asamblea Nacional, a través de la Ley Número 568, aprobada el 25 de noviembre del 2005, derogó la Ley Núm. 340, Ley de sistema de ahorro para pensiones y la Ley Núm. 388, Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones<sup>667</sup>.

---

<sup>666</sup> En la Ley Núm. 568, en su considerando III, se lee: “ Que el Gabinete Económico del Gobierno, con base en los estudios y análisis realizados por el Poder Ejecutivo y Legislativo, así como los Organismos Financieros Internacionales, resolvió suspender en el año 2005 la implementación de la Ley Núm. 340, “Ley de Sistema de Ahorro de Pensiones”, debido que pone en peligro la estabilidad macroeconómica del país, al causar un déficit insostenible para el Estado; las alternativas de financiación propuesta son insuficientes para cubrir el déficit; y genera desigualdad social, al obligar a la población a asumir costos de transición que benefician solamente al sector laboral formal del país. La Gaceta Núm. 05 del 06 de Enero 2006.

<sup>667</sup> JAIME ESPINOSA escribe: “Desde la Constitución de 1893 se contemplaba que era deber del Gobierno Central y las municipalidades la reglamentación de la higiene. En la Constitución de 1939 se estableció que la maternidad y la salud (sanidad) deberían ser tuteladas por el Estado. En 1948 se estableció la creación de un sistema de seguridad social y en la Constitución de 1987 y sus reformas, que es la vigente, se concibe la salud como un derecho que debe ser (CN. 59): Equitativo: “Los nicaragüenses tiene derecho, por igual, a la salud”. Integral: “El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación”. Público: “Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud”. Participativo: “Corresponde al Estado promover la participación popular en defensa de la misma”. Normativo: “(los ciudadanos) tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen”. Otras disposiciones constitucionales que tiene que ver con el tema son: CN. 60 sobre la Obligación del Es-

### 2.1.3 Salud Pública

Durante casi un siglo, la Constitución fue el único marco jurídico legal de la Salud en Nicaragua<sup>668</sup>. Sin embargo, en la Constitución de 1987 (y sus reformas) se establece, que “los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en la defensa de la misma. Los ciudadanos tiene la obligación de acatarlas medidas sanitarias que se determinen”<sup>669</sup>.

Es necesario destacar que en la segunda mitad de los años ochenta, momento en que se aprueba la Constitución, el Ministerio de Salud (MINSa) se caracteriza por una excesiva centralización. No obstante, en la década de los noventa se efectuó una reforma al sistema de salud, transformándose el MINSa en el rector, controlador, normador y regulador de los servicios de Salud, con participación del sector privado. Asimismo, se inició un proceso de desconcentración y de municipalización de salud<sup>670</sup>.

tado de la “preservación, conservación y rescate del medio ambiente”; el CN. 61. Derecho a la Seguridad Social; CN. 62. Se establece la obligación del Estado de elaborar programas para la “rehabilitación física, psico-social y Profesional de los discapacitados. CN. 71. “La niñez goza de protección especial”. CN. 74. “La mujer tendrá protección especial durante el embarazo”. CN. 89. “Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional”... Nicaragua: El desarrollo del Sistema de salud”(Desde mediados del siglo XX hasta nuestro días). Friedrich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. Managua, Nicaragua. Pág. 19.

<sup>668</sup> Otras disposiciones constitucionales que tiene que ver con el tema son: Art. 60 de la Constitución, sobre la Obligación del Estado de la “preservación, conservación y rescate del medio ambiente”. Art. 61. Derecho a la Seguridad Social; Art. 62, establece la obligación del Estado de elaborar programas para la “rehabilitación física, psico-social y profesional” de los discapacitados. Art 71, “La niñez goza de protección especial”, art. 74, “La mujer tendrá protección especial durante el embarazo”, Art. 89, “Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad Nacional”.

<sup>669</sup> El plan Maestro de salud 1991-1996, fue el primer documento de política de salud del gobierno que tomaba el poder a inicios de la década de los noventa. Este Plan fue elaborado en 1990 y publicado en 1991, y según sus propias palabras debía ser “el marco de referencia de las políticas de salud en Nicaragua y el instrumento que orientará la programación y movilización de recursos para este quinquenio”. El eje de las políticas del Plan Maestro de salud era “...la implementación de la estrategia de Atención Primaria” y “como parte de esta estrategia se organizarán los Sistemas Locales de Salud (SILOS), bajo el concepto de “Fortalecimiento de los Servicios de Salud”. El proyecto tenía como objetivo “profundizar el proceso de descentralización y atender los programas prioritarios, con énfasis en la población de riesgo” ESPINOZA, E: Nicaragua: El desarrollo del Sistema de salud...Pág. 81

<sup>670</sup> Resolución Ministerial Núm. 91. 1991.

En abril de 1991, por medio de la resolución 91<sup>671</sup>, se crearon los Sistemas Integrales Locales de Atención Integral en Salud (SILAIS) en todo el país. Un año más tarde, mediante un decreto Ministerial<sup>672</sup>, se orientaba la disolución de las representaciones regionales, asumiendo los SILAIS la delegación del MINSA en los departamentos<sup>673</sup>. En octubre de 1993, producto de un proceso de discusión, e influenciados por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, se aprobó la “Política Nacional de Salud”, que entre otras medidas importantes señalaba que, la implantación de los SILAIS era el “eje de la reforma del sector”,

Ratificando “la atención Primaria de Salud como la estrategia central del modelo”.

El MINSA definió dos niveles de participación de la sociedad en la gestión de salud. A nivel nacional, a través del Consejo Nacional de Salud, y a nivel local a través de los Consejos Departamentales de Salud y los Consejos municipales.

En 1997, el MINSA presentó un nuevo cuerpo de políticas de salud<sup>674</sup>. La Atención Primaria en Salud no fue retomada como la estrategia central del modelo, y fue sustituida por el concepto de “modernización sectorial”, la

---

<sup>671</sup> Resolución Ministerial Núm. 96. 1992.

<sup>672</sup> En la resolución 96, se definirán a los SILAIS, como “el lugar donde se articulan las políticas nacionales de salud con la realidad de a población y donde las estrategias deben convertirse en acciones concretas relacionado los problemas y necesidades de salud de la población con los conocimientos (clínicos, epidemiológicos, sociales y administrativos) y los recursos (gubernamentales, privados, de la comunidad y de otros organismos), definiendo prioridades, considerando alternativas de acción y conduciendo el proceso hasta la resolución y centro de los problemas, mediante el fortalecimiento de la Atención Primaria, como la estrategia para proveer a toda la población de servicios básicos de salud”.

<sup>673</sup> MINSA. “Política Nacional de Salud 1997-2000. Julio de 1997. Managua, Nicaragua.

<sup>674</sup> HUMBERO BELLI señala que la Autonomía se basa en tres elementos: (i) Una transferencia fiscal a las escuelas, en base a criterios técnicos y de equidad; (ii) el control de los padres sobre la transferencia fiscal a nivel de la escuela y (iii) la plena autoridad del Consejo Escolar local sobre las decisiones de contratación y despido. La autonomía escolar en Nicaragua: o restableciendo el contrato social. PREAL. Núm. 21. Diciembre. 2001. Pág. 7. Asimismo véase su versión anterior, ARCIA, GUSTAVO y BELLI, HUMBERTO.: Rebuilding the Social Contract: School Autonomy in Nicaragua. (Reconstruyendo el contrato social: La autonomía escolar en Nicaragua). LCSHD Paper Series #40, Dept. of Human Development, Latin America and the Caribbean Regional Office, The World Bank, 1999. También, KAESTNER, ROBERT.: Lessons Learned from Nicaragua’s School Autonomy Reform. A Review of Research by the Nicaragua. Reform Evaluation Team of the World Bank Institute of Government and Public Affairs University of Illinois at Chicago Paper written for the project “Empowering Parents While Making Them Pay: Autonomous Schools in Nicaragua,” funded by the Tinker Foundation. New York: New School University, Milano Graduate School of Management & Urban Policy. See <http://www.newschool.edu/milano/cdrc/schoolreport/index.html> for the project web site.

cual giraba en torno a cinco políticas: Completamiento y modernización del marco jurídico, fortalecimiento del Ministerio de Salud, fortalecimiento de la atención hospitalaria, desarrollo de nuevas estrategias en salud pública y modernización de la seguridad social.

De acuerdo a esta política, los SILAIS se constituyen en la unidad organizativa intermedia del Ministerio de Salud, éste “cuenta con servicios municipales de salud y hospitales con descentralización creciente”, más adelante se señala que “el proceso de descentralización debe profundizar hacia los municipios” y al “aumento de la autonomía hospitalaria”.

El 7 de mayo del año 2002 fue aprobada la Ley General de Salud (423), entre sus disposiciones destaca que sus principios básicos son:

1. **Gratuidad:** Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno-infantil, personas de la tercera edad y discapacitados.
2. **Universalidad:** Se garantiza la cobertura del servicio de salud a toda la población, conforme los términos previstos en los regímenes que se establecen en la presente Ley.
3. **Solidaridad:** Se garantiza el acceso a los servicios esenciales de salud, a través de la contribución y distribución de los recursos y conforme las reglas propias de los diferentes regímenes que se establecen en la presente Ley.
4. **Integralidad:** Se garantiza un conjunto de acciones integradas en las diferentes fases de la prevención, promoción, tratamiento o recuperación y rehabilitación de la salud, así como contribuir a la protección del medio ambiente, con el objeto de lograr una atención integral de la persona, su núcleo familiar y la comunidad, de acuerdo a los diferentes planes de salud.
5. **Participación Social:** Se garantiza la participación activa de la sociedad civil en las propuestas para la formulación de políticas, planes, programas y proyectos de salud en sus distintos niveles, así como en su seguimiento y evaluación.

Hay que señalar, necesariamente, que en la política educativa de EEUU la descentralización, aparece conectada a políticas de desinstitutionalización, privatización subsidio estatal a la demanda educativa, sistema de vouchers y escuelas charter. Lo que queda en evidencia es que no hay modelo único para descentralizar los servicios educativos, como lo plantea BELLI. Vésase, HANNAWAT, JANE.: “Decentralization in two school districts, challenging the standard paradigm”, en CARNOY, MARTIN (edit.): *Decentralization and school improvement*. San Francisco, Jossey-Bass Publishers. 1993.

6. **Eficiencia:** Optimizar los Recursos del Sector Social, a fin de brindar los servicios esenciales que requiere la población.
7. **Calidad:** Se garantiza el mejoramiento continuo de la situación de salud de la población en sus diferentes fases y niveles de atención conforme la disponibilidad de recursos y tecnología existente, para brindar el máximo beneficio y satisfacción con el menor costo y riesgo posible.
8. **Equidad:** Oportunidad que tiene la población de acceder a los servicios esenciales de salud, privilegiando a los sectores vulnerables, para resolver sus problemas de salud.
9. **Sostenibilidad:** Se garantiza la viabilidad del sector a través de la continuidad de acciones y procesos dirigidos a preservar la salud, de manera que no decaiga o se extinga por factores políticos, culturales, sociales, financieros, organizacionales o de otra naturaleza, considerando las limitaciones propias en materia de recursos disponibles.
10. **Responsabilidad de los Ciudadanos:** Todos los habitantes de la República están obligado a velar, mejorar y conservar su salud personal, familiar y comunitaria, así como las condiciones de salubridad del medio ambiente en que viven y desarrollan sus actividades.

Respecto al Modelo de Atención, la Ley establece en el artículo 7, inciso 38, que entre las funciones del MINSA está la de “definir el modelo de atención que regirá la organización de los establecimientos de salud pública, incluyendo su organización interna y sus interrelaciones”. Más adelante, en el Art. 11, se indica que “las Regionales Autónomas de la Costa Atlántica podrán definir un modelo de atención de salud conforme a sus tradiciones, cultura, usos y costumbres dentro del marco de las políticas, planes, programas y proyectos del Ministerio de Salud”.

La Política de Descentralización establece únicamente la rectoría del sector a través del MINSA, para la elaboración de políticas, normación de la organización de la previsión de servicios a la población, regulación del ejercicio profesional en coordinación con universidades y gremios, y la decisión de las formas de financiamiento de sus unidades de salud.

Una breve evaluación del proceso nos permite deducir que si bien, a través de la descentralización, se pretendía transferir capacidad de decisiones y recursos a diferentes niveles (Departamental y Municipal), en la práctica lo que se ha venido impulsando, ha sido más bien un proceso de desconcentración, con la particularidad de que dicho proceso es acompañado por niveles considerables de participación de los pobladores.



No ha habido una descentralización efectiva hacia los municipios, pues la hegemonía y control de las decisiones y recursos, se concentra en el MINSA, sin poder de decisión en los Municipios, porque todavía se mantiene la dependencia del nivel central en términos económicos, materiales y administrativos. La Descentralización, en este sentido, no ha tenido como efecto la mejoría en los niveles de eficiencia en la prestación del servicio. Más bien la calidad de la prestación del mismo se ha deteriorado como efecto de la reducción del gasto en salud.

### 2.1.4 Educación

Durante la década de los 90's, las reformas educativas ha ido adquiriendo una mayor amplitud y profundidad en Nicaragua. La reforma educativa ha estado centrada en tres grandes objetivos: descentralización educativa en su versión de autonomía escolar<sup>675</sup> y la Administración delegada a los gobierno municipal, transformación curricular y formación en valores.

---

<sup>675</sup> Entre las competencias de los consejos directivos se encuentran: establecen el calendario, horario y las horas de clase por tema; eligen la metodología pedagógica; seleccionan algunos textos; definen el programa de estudios y las actividades extracurriculares; y establecen normas para la evaluación de alumnos. Pero en la medida en que el Ministerio establece los estándares de materiales y el currículo nacional, los consejos no intervienen en la práctica, pese a las numerosas competencias que tienen asignadas. Se observa que los padres tienen cabida más fácil en aspectos de la gestión pedagógica relacionados con la definición del horario y el calendario escolar, el monitoreo de la asistencia de los alumnos y especialmente con el seguimiento a los resultados institucionales en materia de los logros obtenidos por los alumnos, organizando así una especie de veeduría sobre la calidad del servicio educativo.

Los Consejos Directivos Escolares, también administran fondos transferidos mensualmente por el Ministerio de Finanzas. El monto de la transferencia se calcula con base en el número de estudiantes, el tamaño y la ubicación de las escuelas; e incluye los recursos para el pago de los salarios que pueden ser incrementados con fondos recolectados por el mismo centro educativo. Una vez que estos recursos llegan a la escuela, el Consejo puede decidir su gasto de manera autónoma. Además, preparan y hacen seguimiento a las asignaciones presupuestarias, buscan recursos adicionales, establecen las tarifas escolares, y administran los fondos para la compra de materiales escolares, la construcción y el mantenimiento. Los Consejos contratan y despiden a maestros y administrativos a través del director; pagan y supervisan el desempeño de los docentes y establecen incentivos. Resulta interesante que, además de pagar las remuneraciones de los docentes, la escuela puede aumentar el salario de los profesores hasta 25% dependiendo de la asistencia de alumnos y docentes. Los contratos de los maestros se hacen por un año. Los Consejos también seleccionan, contratan y despiden al director. MARGARITA LOPEZ, M.C.: Una revisión a la participación escolar en América Latina. Documento preparado para el grupo de trabajo sobre descentralización educativa y Autonomía Escolar de PREAL. De la misma autora: Pluralidad en la manera de hacer política educativa: Reforma de descentralización de la educación. Bogotá, Colombia. 2001.

La participación de los padres y docentes en la toma de decisiones escolares fue considerada como un elemento fundamental en la reforma de 1990, que buscaba mejorar la eficiencia y la efectividad del servicio educativo. Los primeros pasos hacia el Programa de Escuelas Autónomas se dieron en 1991, cuando los Consejos Consultivos se establecieron en todas las escuelas públicas para asegurar la participación de la comunidad, especialmente de los padres en la toma de decisiones escolares.

En 1993 esta iniciativa se profundizó en un proyecto piloto con la transformación de los consejos consultivos en consejos directivos en 24 colegios de secundaria. Al inicio el programa tuvo como objetivo únicamente los colegios de secundaria ubicados en áreas urbanas, pero desde 1995 incluyó escuelas primarias siguiendo dos modelos: uno de ellos, igual al ya mencionado, dirigido a escuelas urbanas, incluyendo por lo tanto la figura de los consejos directivos; y el otro para escuelas rurales organizadas en núcleos municipales en donde una escuela del grupo administra y lleva las cuentas bancarias para todo el núcleo. En este caso el consejo directivo funciona a nivel municipal<sup>676</sup>.

Según documentos oficiales del Ministerio de Educación, el proceso de descentralizaron “va dirigido a garantizar la participación de la sociedad civil en los asuntos educativos, en los que involucra a los padres de familia, docentes, alumnos, la Iglesia, la Empresa privada y al Gobierno Municipal, donde a través de estructuras representativas, les ha transferido recursos y poder de decisión... propiciando de esta manera un control más eficiente de los recursos, y a la vez contribuyendo a la profundización de la democracia en el país por la vía de la participación ciudadana<sup>677</sup>”.

---

<sup>676</sup> En el año 2002 la Asamblea Nacional aprobó la Ley Número 413 de participación educativa, publicada en la Gaceta No. 56 del 21 de Marzo del 2002. En el Artículo 1 se establece que el objeto de esta ley es “regular el régimen de la participación de la sociedad civil en la función educativa, en especial de padres de familia, educadores y estudiantes”.

<sup>677</sup> En el primer foro de Descentralización realizado en el Mes de Enero de 1999, el Dr. José Antonio Alvarado, Ministro de Educación, expresó: “A Diciembre de 1998, en Autonomía Escolar se dio cobertura a 1,781 centros escolares que significó una cobertura del 37% a nivel nacional. En el ámbito de los alumnos se dio cobertura a 501,344 escolares con una cobertura del 63%, mientras los maestros sumaron 13,419 docentes con una cobertura del 55%”. De acuerdo a las posiciones anteriormente expuestas, desde el punto de vista oficial, el proceso ha avanzado exitosamente, y el MECD se propone como retos para los próximos años, expandir la Autonomía escolar hasta en un 93% de los Centros Escolares, así como mejorar y profundizar los mecanismos de supervisión educativa, entre otros. Boletín informativo... Pág.4.

Sin embargo, en la práctica ha significado (aunque se ha trasladado autonomía a muchos centros escolares<sup>678</sup>) una carga para los padres de familia con hijos en dichos centros<sup>679</sup>, quienes deben pagar mensualmente una cuota voluntaria, como complemento a las transferencias de recursos que hace al Ministerio de Educación Cultura y Deporte (MECD) a los Centros<sup>680</sup>.

Según la Constitución Política de Nicaragua, artículo 105, la educación es un servicio público y un deber indeclinable del Estado. Asimismo, la Ley de Participación Ciudadana, en su CAPITULO VI DEL FINANCIAMIENTO DE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS ESCOLARES, artículo 16.- Del Financiamiento Estatal, de manera clara establece que “El Gobierno de la República por medio del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes garantizará a cada centro educativo bajo Régimen de Participación Educativa, una partida presupuestaria; mensual para cubrir los gastos de funcionamiento del mismo.

El respeto al proceso constitucional de gratitud de la educación, sé prohíben los cobros de cualquier índole en los centros educativos del Estado. Nadie podrá ser excluido en ninguna forma de un centro estatal por razones económicas”.

Podemos concluir que la responsabilidad legal sobre el funcionamiento de las escuelas de primaria y secundaria se encuentra a cargo del gobierno central, y se sigue considerando la educación como un servicio público. Sin embargo, en los años noventa, como hemos constatado, se dio gran importancia

---

<sup>678</sup> En un estudio realizado por la fundación EBERT, los profesores entrevistados opinaban que más que una Descentralización, el proceso ha significado un traspaso de la competencia de educación a los padres de familia y por ende una carga para ellos, que deben asumir los costos de educación de sus hijos. Sienten que el Estado está abandonando las competencias que establece la Constitución Política de Nicaragua en materia de Educación y la traspasa a los padres sin ningún fundamento legal para ello. LOPEZ ABED, NEHEMIAS (ED). Descentralización y desarrollo económico local en Nicaragua. Friedrich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. 2004. Pág. 23.

<sup>679</sup> En el documento, “Lecciones aprendidas de la autonomía escolar nicaragüense” se lee: “Los aportes económicos de los padres y madres se han reducido significativamente en los últimos años, apreciándose en los centros de primaria, especialmente aquellos ubicados en comunidades más pobres, una tendencia a desaparecer por acuerdo de los CDE; mientras en los centros de Secundaria la tendencia es a ser cada vez menores, manteniéndose la percepción de obligación, a pesar de que la política del MECD es que sean voluntarios. Esto deja grandes interrogantes sobre la auto-sostenibilidad económica de esta estrategia”. Reporte para el Proyecto “Empowering Parents While Making Them Pay: Autonomous Schools in Nicaragua,” patrocinado por The Tinker Foundation. New School University, Milano Graduate School of Management and Urban Policy. Véase: <http://www.newschool.edu/milano/cdrc/schoolreport/index.html>

<sup>680</sup> Ley Núm. 524. Aprobado el 2 de Marzo del 2005. Publicado en La Gaceta No. 72 del 14 de Abril del 2005.

a la autonomía escolar y a la participación comunitaria, como una nueva forma de gestión educativa, por encima de la descentralización educativa hacia gobiernos locales.

## 2.2 Bloque de transporte

### 2.2.1 Transporte Público

La Descentralización del Servicio de Transporte Público que hasta 1990 estaba centralizado en manos del Gobierno Central, tiene su fundamento jurídico en el Artículo 7. Inciso 12, de la Ley de Municipios, que dice: “El Gobierno Municipal tendrá entre otras, las competencias siguientes: Desarrollar el transporte y las vías de comunicación; además podrá: Impulsar, Regular y Controlar el Servicio de Transporte colectivo intramunicipal, urbano, rural así como administrar las terminales de transporte terrestre interurbano, en coordinación con el ente nacional correspondiente”.

En base a ese artículo, el 2 de Diciembre de 1999, el Ministerio de Transporte e Infraestructura entregó oficialmente a 12 Municipalidades la competencia relativa al transporte intramunicipal, entendiéndose éste como el transporte de pasajeros urbanos y rurales que se realiza dentro del municipio, el transporte con fines turísticos, la carga en general y la administración de las terminales terrestres; proponiéndose con ello los siguientes objetivos:

- Incrementar los ingresos de las Alcaldías
- Mejorar la calidad del Servicio de Transporte
- Fortalecer la Administración del Gobierno Local
- Responder con mayor eficiencia a las necesidades del transporte en los Municipios.

Se puede afirmar que en esta competencia se está produciendo un verdadero proceso de Descentralización, pues se observa con claridad la transferencia de poder de decisión al nivel municipal, así como la respectiva dotación de recursos para ejercerla.

Sin embargo, es evidente que el Ministerio de Transporte e infraestructura ejerce las funciones de normación y control, y se sigue considerando el transporte como un servicio público. Así se desprende de la Ley General

de Transporte Terrestre<sup>681</sup>, en su artículo 1, que establece que la presente ley “tiene por objeto normar, dirigir y regular el servicio público de transporte terrestre de personas y bienes en el territorio nacional, así como establecer los requisitos y procedimientos administrativos para la obtención, renovación y cancelación de concesiones de explotación o licencias de operación del transporte terrestre”.

### 2.3 Bloque de suministros

Dentro de la Comisión sectorial para la reforma de las empresas públicas, el gobierno reestructuró las empresas autónomas del Estado: INE (Instituto Nicaragüense de Energía); INAA (Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados) y TELCOR (Telecomunicaciones y Correos).

#### 2.3.1 Energía

Hasta 1994 el Instituto Nicaragüense de Energía (I.N.E)<sup>682</sup> funcionó como operador del sector eléctrico del país y como ente regulador y rector de la política energética nacional, teniendo a su cargo la Planificación, Organización, Dirección, Administración, Exploración, Aprovechamiento, Control y Manejo de los Recursos Energéticos, tanto nacionales como importados<sup>683</sup>.

En el año 1993, el Gobierno de Nicaragua inició un proceso de reformas del Sector Energía, creando a finales de 1994 la Empresa Nicaragüense de Electricidad (ENEL), mediante Decreto Legislativo No. 46-94<sup>684</sup>. De esta manera,

---

<sup>681</sup> El Instituto Nicaragüense de Energía (I. N.E) fue creado por Decreto legislativo del 23 de Julio de 1979, publicado en la Gaceta Diario Oficial No. 2 del 23 de Agosto del mismo año. Asimismo, mediante su Ley Orgánica, constituida por decreto el 6 de Junio de 1985, Gaceta No. 106, se especifica que el INE es un Ente Autónomo, con personalidad jurídica, duración indefinida, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

<sup>682</sup> JOSE ANTONIO DARCE afirma que se perseguía en el sector de la energía, la creación de un nuevo marco legal, introducción de nuevas compañías generadoras de electricidad, movilización de recursos financieros para poder concretar las adiciones de generación, recuperación de cartera y nuevos sistemas de precios-tarifas que se obtendrán a través de la contratación de consultores internacionales que efectúen estudios de revisión de las tarifas, introducción de reformas legales, regulatorias e institucionales en cada sector, al igual que reformas organizacionales. Avances del programa de reformas de INE, INAA y TELCOR acordado entre el gobierno de Nicaragua y el BID. Monografía. Managua, Nicaragua. Págs. 8 y 9.

<sup>683</sup> Decreto 46/94. La Gaceta Diario Oficial, Núm. 204. 1 de Noviembre 1994.

<sup>684</sup> La Gaceta Diario Oficial Núm. 63. 1 de Abril de 1998.

se separan del INE las funciones netamente empresariales, quedando éste con las funciones de planificación, formulación de políticas, normación, y regulación de las actividades que realizan las empresas en el sector energía.

Por su parte, ENEL, tiene entre otras las siguientes funciones: a) Generar, transmitir, distribuir y comercializar energía eléctrica, b) Comprar y vender energía eléctrica, c) Investigar sobre las necesidades presentes y futuras, d) Explotar los recursos convencionales, e) Elaborar planes de expansión de empresa a corto, mediano y largo plazo.

Sin embargo, el proceso de reforma integral del sector eléctrico se refuerza con la aprobación de la Ley No. 271<sup>685</sup> (Ley de Reformas a la Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Energía), definiéndole al INE las funciones de regulación, supervisión y fiscalización del sector energético y de la aplicación de las políticas energéticas fijadas por la Comisión Nacional de Energía.

El marco regulatorio está constituido por la Ley de la Industria Eléctrica (LIE No. 272)<sup>686</sup>, su reglamento<sup>687</sup> y reformas, mediante el Decreto Núm. 128-99<sup>688</sup>. La ley de Industria Eléctrica tiene por objeto establecer el régimen legal sobre las actividades de la industria eléctrica, las cuales comprenden la generación, transmisión, distribución, comercialización, importación y exportación de la energía eléctrica (Art.1). En su artículo 2, entre las actividades de la industria eléctrica se ajustarán las siguientes reglas: 1) Seguridad, continuidad y calidad en la prestación del servicio eléctrico. En su artículo e, se establece que “las actividades de la industria eléctrica por ser elemento indispensable para el progreso de la Nación, son de interés general...dentro de las actividades de la industria eléctrica, la actividad de Transmisión y la Actividad de Distribución constituyen además servicios públicos de carácter

<sup>685</sup> Publicada en la Gaceta, Diario Oficial, No. 74 del 23 de Abril de 1998, derogando así la Ley No. 11-D del 11 de Abril de 1957.

<sup>686</sup> Publicado en la Gaceta Diario Oficial No. 116 del 23 de Junio de 1998, mediante Decreto No. 42-98, y sus reformas mediante el Decreto No. 128-99 publicado en la Gaceta Diario Oficial del 16 de diciembre del año 1999.

<sup>687</sup> La Gaceta, Diario Oficial. 16 de diciembre de 1999.

<sup>688</sup> El Decreto 1-90 señala que la organización interna de cada ministerio será reglamentada de acuerdo a las disposiciones del mismo y deroga todas las leyes y decretos creadores y órganos emitidos por el Ejecutivo y demás disposiciones contrarias a él (Art.14). En el caso de INAA, mediante el Decreto Núm. 38-90 se restableció la vigencia de las leyes orgánicas que habían sido derogadas por el Decreto-Ley 4-90. Decreto-ley Núm. 38-90 “Reforma al Decreto Núm. 4-90 “Entes Autónomos Descentralizados. La Gaceta Núm. 156. 16 de agosto 1990. Por Acuerdos Gubernativos Núm. 12-90 y 20-90 se nombran, entre otros al Director y al Sub-Director, respectivamente, del INAA. La Gaceta Núm. 100. 25 de mayo de 1990 y Núm. 104. 31 de mayo de 1990.

esencial por estar destinadas a satisfacer necesidades primordiales en forma permanente”.

La función de regulación del servicio de energía eléctrica tendrá como objetivo básico propiciar la adecuada y eficiente prestación de los servicios de electricidad, cuidando de su continuidad, calidad y cobertura, velando por evitar prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado. (Art. 18)

Los reclamos de los clientes respecto a la prestación y facturación del servicio público de electricidad se regirán por lo establecido en la Normativa de Servicio Eléctrico y las leyes pertinentes a los derechos de los Consumidores (art. 52).

El INE, en su actuar, debe hacer un balance ecuánime para preservar los intereses, usualmente contrapuestos, de los suplidores del servicio por un lado, y los consumidores finales, por el otro.

En el SubSector Eléctrico promueve las relaciones transparentes y eficientes entre los suministradores y consumidores, que tendrá como resultado tarifas menores al consumidor y ganancias razonables a las empresas eléctricas.

En el SubSector Hidrocarburos, fiscaliza la seguridad en las instalaciones petroleras y las operaciones que en ellas se realizan, exactitud en el volumen y calidad del producto entregado al consumidor.

Mediante la administración de las concesiones y licencias, el INE vela por la explotación racional y eficiente de los recursos energéticos naturales.

El INE tiene autonomía financiera, lo cual le permite independencia en su actuación; los fondos para su operación los obtiene de los sectores regulados.

La Dirección del INE está a cargo de un Consejo de Dirección, integrado por tres miembros de reconocida capacidad profesional, de nacionalidad nicaragüense, electos a través de ternas propuestas por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional. Estos miembros ejercerán su cargo en periodos alternos respecto a las elecciones Presidenciales, con el objetivo de evitar influencia política en la dirección del INE. Bajo este cuerpo colegiado recae la responsabilidad de aprobar las normas y regulaciones técnicas que rigen los servicios energéticos, administrar las Concesiones y Licencias, la apertura de las áreas y la negociación de contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos y conocer en segunda instancia las apelaciones de resoluciones emitidas.

El patrimonio del INE goza de autonomía administrativa y financiera bajo la aprobación directa de la Presidencia de la República, estando formado de la siguiente manera:

- En el caso de la industria eléctrica, un cargo por servicio de regulación de hasta 1.5% de la facturación de las actividades que realicen los concesionarios y titulares de licencias de distribución.

El costo para la regulación y fiscalización de las actividades de hidrocarburos será sufragado por un cargo de hasta seis (6) centavos de dólares norteamericanos por barril de petróleo o productos derivados vendidos

El Instituto Nicaragüense de Energía (INE), ente regulador y fiscalizador del sector energía, tiene como objetivo principal para el sub-sector eléctrico, el promover la competencia, a fin de propiciar a medio plazo, costos menores y mejor calidad del servicio al consumidor, asegurando la suficiencia financiera a los agentes del mercado; así también los siguientes objetivos específicos:

1. Velar por los derechos de los consumidores de energía eléctrica.
2. Aprobar y controlar las tarifas de ventas al consumidor final y servicios conexos (peajes).
3. Vigilar el cumplimiento de Normativas, Criterios y Especificaciones para garantizar la operación eficiente y confiable.
4. Prevenir y adoptar las medidas necesarias para impedir prácticas restrictivas de la competencia.
5. Autorizar Licencias Provisionales, de Generación y Transmisión, y Concesiones de Distribución.
6. Aplicar sanciones en los casos previstos por las Leyes y Normativas.
  7. Resolver controversias entre los agentes económicos que participan en la industria eléctrica.

El INE está conformado por dos áreas sustantivas: Dirección General de Electricidad y Dirección General de Hidrocarburos; cuenta además con las áreas de apoyo: Secretaría Ejecutiva, Administrativa-Financiera, Legal, Ambiental, Divulgación y Asesorías Especializadas.

La dirección general de electricidad es la encargada de:

1. Normar, regular y fiscalizar el mercado de energía eléctrica, promoviendo la competencia y la eficiencia entre los generadores y distribuidores



de energía, lo que conducirá a un servicio de mejor calidad y a precios razonables para los consumidores.

2. Elaborar y poner en vigencia las normas y reglamentos que rigen todas las actividades relacionadas a la generación, transmisión, distribución, comercialización de la energía eléctrica y verificar su correcto cumplimiento. Las normativas vigentes son: Operación, Transporte, Tarifas, Calidad del Servicio, Licencias y Concesiones, Servicio Eléctrico, Multas y Sanciones.
3. Garantizar el cumplimiento de los requisitos técnicos, económicos y legales para el otorgamiento de las licencias y concesiones y supervisar que las mismas sean utilizadas acorde a las condiciones contractuales. Así, se concedieron licencias a las plantas de generación térmicas, hidroeléctricas y geotérmicas, que pertenecieron a la Empresa Nicaragüense de Electricidad (ENEL), para que pudieran operar bajo el nuevo marco legal, de igual forma a la Empresa Nacional de Transmisión (ENTRESA). Se otorgó la concesión de distribución a las Distribuidoras DISNORTE y DISSUR, surgida también de la antigua empresa eléctrica ENEL.

La expansión de la generación eléctrica para atender la creciente demanda, se realiza por medio del capital privado, y los recursos energéticos naturales constituyen una opción muy atractiva, por lo cual diversas empresas han obtenido del INE sus respectivas licencias para estudiar el potencial de proyectos geotérmicos, hidroeléctricos, eólicos y biomasa para su futuro desarrollo para generación de electricidad.

En cuanto a la calidad y eficiencia de los servicios, la Dirección General de Electricidad vela por el buen funcionamiento del servicio eléctrico, definiendo indicadores de calidad, confiabilidad y seguridad, indicadores que en la medida que madure y se fortalezca el mercado eléctrico serán más exigentes en beneficio de los usuarios.

Complementario a estas exigencias, la Dirección General de Electricidad atiende reclamos de los consumidores, relacionados con errores de lectura, mala facturación, cobros indebidos y otros.

Además, evalúa y aprueba, bajo justificación, las tarifas de energía eléctrica al consumidor final solicitadas por las Concesionarias de Distribución y fiscaliza la tarifa de peaje de transmisión.

La dirección General de Hidrocarburos es la encargada de regular, supervisar y fiscalizar las actividades e instalaciones relacionadas con el suministro del petróleo y sus derivados, así como establecer las condiciones básicas para

el reconocimiento superficial y promover las actividades de exploración y explotación de los hidrocarburos del país.

Con relación a la comercialización, la DGH previene e impide prácticas restrictivas a la competencia en suministro de servicios y productos en el subsector hidrocarburos, permitiendo un mercado abierto en igualdad de oportunidades a los inversionistas y una mayor libertad de opciones a los consumidores. Mediante un monitoreo permanente de los precios internacionales, la DGH verifica que los precios al consumidor en Nicaragua sean competitivos.

A fin de proteger la economía de la población, esta instancia del INE establece y controla el precio del gas licuado de petróleo.

Procesa solicitudes de Licencias de Operación y Autorización para la Construcción de Instalaciones Petroleras, asimismo elabora y pone en vigencia las normas y especificaciones técnicas de calidad y seguridad industrial, supervisando y controlando su adecuado cumplimiento.

Promociona y negocia las actividades para la exploración y explotación de hidrocarburos, garantizando el cumplimiento de los Contratos de Concesión, de acuerdo a las Normas técnicas y de Seguridad y a las leyes especializadas en las materias y demás leyes vigentes en el país; también aprueba los Permisos de Reconocimiento Superficial para realizar prospección geológica o geofísica.

El INE con sus propios recursos realiza estudios para fortalecer el conocimiento sobre el potencial hidrocarburífero del país, a fin de atraer la inversión en esta área.

### 2.3.2 Agua

El Sector de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario en Nicaragua en el transcurso de la década de los noventa, ha sufrido una serie de cambios y transformaciones hasta llegar a la actualidad con un marco legal y regulatorio relativamente avanzado<sup>689</sup>.

Como se conoce, mediante Decreto No. 20<sup>690</sup> de 1979 se crea el Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillado Sanitario (INAA), con la fu-

<sup>689</sup> Gaceta No. 3 del 24 de Agosto de 1979.

<sup>690</sup> Hasta 1955 el abastecimiento de agua potable en el país, era responsabilidad de las Municipalidades. Y fue en este año que se creó por Decreto Legislativo, el Departamento Nacional de Servicios Municipales con el fin de planear, diseñar y construir obras de abastecimiento de agua potable y administrar acueductos que estaban a cargo de los Municipales y que éstas rechazaban su administración.

sión de: el Departamento Nacional de Acueductos y Alcantarillados (DENACAL), la Empresa Aguadora de Managua (EAM) y el resto de Empresas Municipales independientes que operaban a la fecha<sup>691</sup>. El INAA, en la década de los ochenta ejerce las funciones de planificación, operador, ente regulador y rector de la política nacional.

El Departamento Nacional de Servicios Municipales dependía del Ministerio de Fomento. Funcionaban separadamente las siguientes entidades: La Empresa Aguadora de Managua adscrita al Ministerio de Fomento. El Alcantarillado Sanitario de Managua administrado por la Junta Nacional de Asistencia Social. El Departamento Nacional de Servicios Municipales (SERMUNIC), que administraba la mayoría de las agudadoras del interior del país. Las Aguadoras de Matagalpa, Jinotega, León, Chinandega, Chichigalpa, Masaya, Granada y Masatepe administradas por las respectivas Municipalidades.

Por Decreto Ejecutivo No. 847 del 24 de Junio de 1963 fue trasladado el Departamento Nacional de Servicios Municipales al Ministerio de Gobernación. En Julio de 1967 se crea por Decreto No. 1349, el Departamento Nacional de Acueductos y Alcantarillados (DENACAL), adscrito al Ministerio de Salubridad Pública y sustituyendo a SERMUNIC. Se incorpora la administración del alcantarillado sanitario de Managua a DENACAL. Véase, RAMOS MENDOZA, JOSEFINA Y VEGA VARGAS, GUSTAVO.: *Aspectos jurídicos de la descentralización, la desconcentración y la participación en Nicaragua* (en Educación, Salud y Agua). Serie: Descentralización y Desarrollo Municipal. Friedrich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. 1993, Págs. 48, 49, 50 y 51; TERCERO SILVA, LUIS (Comp.): *Descentralización del servicio del Agua* (Experiencia Nicaragüense). INIFON- Friedrich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. 1993; LOPEZ ABED, NEHEMIAS (Ed.): *Descentralización y desarrollo económico local en Nicaragua*. Friedrich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. 2004.

<sup>691</sup> Escribe OROZCO, que las funciones fundamentales o sustantivas de gestión del agua son casi siempre ejercidas en Estado Unitarios por órganos del gobierno central; y, en Estados Federales por órganos de las entidades federativas (provincias o estados), normalmente con alguna participación del gobierno federal o nacional: "No existe en la legislación relativa a los recursos naturales un traslado real de competencias a las municipalidades, es decir, no se puede hablar de descentralización de la gestión de recursos naturales a nivel local, pues la competencia directa son mínimas". OROZCO, RANDAL MARIN.: "Competencias municipales en materia ambiental". Ensayos número 1. Mayo 2003. Instituto de fomento y asesoría municipal. IFAM. (Disponible en Internet: [http://www.ifam.go.cr/publish/article\\_263.html](http://www.ifam.go.cr/publish/article_263.html)). Por su parte, JOURAVLEV afirma que la estrategia más común es la desconcentración administrativa, que es un proceso jurídico administrativo que permite a la autoridad de agua a nivel nacional o central delegar en sus oficinas, direcciones o gerencias a nivel local (de cuentas, regiones hidrológicas o de jurisdicciones políticas-administrativas) la responsabilidad del ejercicio de algunas funciones que le son legalmente encomendadas y transferir los recursos necesarios para el desempeño de tales responsabilidades. Su objetivo es doble: por un lado hacer que se tomen decisiones con mayor cercanía a los usuarios y al sistema hídrico, y por el otro, descongestionar al nivel central. Lo que normalmente se desconcentra son: (i) las funciones que no implican actos de autoridad (por ejemplo, monitoreo y recolección de datos); y, (ii) las funciones sustantivas que implican actos de autoridad, pero hasta un cierto umbral de relevancia (por ejemplo, entrega de permisos de uso o de carga hasta cierto caudal. JOURAVLEV, ANDRE.: Los municipios y la gestión de los recursos hídricos. Serie 66. Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago de Chile. Nov. 2003. Pág. 13 y 14.

En los noventa, se inicia el proceso de transformación en el interior del INAA, con la descentralización de funciones hacia las delegaciones regionales<sup>692</sup>. Se separan las funciones de regulación y operación con la aprobación de la Ley No. 275 del 28 de enero de 1998, que reforma la Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados (INAA), que anteriormente planificaba, regulaba y proveía los servicios en todo el país, en un Ente Regulador autónomo.

Mediante Decreto Ley No. 276 del 20 de enero de 1998, se crea la Empresa Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados (ENACAL), como nuevo operador público nacional, incorporado como entidad de giro comercial a partir de los activos anteriores del INAA.

Se fundamentan las reformas del Sector con la aprobación de la Ley No. 297 del 2 de Julio de 1998, “Ley General de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario” y su Reglamento Decreto No. 52 del 24 de Julio de 1998, donde se destacan: La separación de las funciones de regulador y operador de servicios; La separación de las funciones de regulador y operador de servicios; La definición de un sistema tarifario orientado al autofinanciamiento de los servicios; La definición de un marco de concesiones que permite la participación del sector privado en la provisión de los servicios en igualdad de condiciones con los proveedores público.

## 2.4 Bloque de Comunicación

### 2.4.1 Telecomunicaciones y Correos

Hasta 1995 en Nicaragua existía una sola institución encargada tanto de operar el monopolio estatal sobre los servicios públicos de telecomunicaciones, como de regular la prestación de tales servicios: TELCOR.

Con el fin de proceder a la privatización de los servicios públicos de telecomunicaciones, se promulgó la Ley No. 210, Ley de Incorporación de Particulares en la Operación y Ampliación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones<sup>693</sup>, que creó la Empresa Nicaragüense de Telecomunicaciones (ENITEL), como sociedad concesionaria del servicio de telefonía básica y

<sup>692</sup> La Gaceta, Diario Oficial No.231 del día 7 de Diciembre de 1995.

<sup>693</sup> Sobre el proceso de privatización de las telecomunicaciones, existe muy poca literatura jurídica. Besase, DARCE CASTILLO, JOSE ANTONIO.: Avances del programa de reforma de INE, INAA y TELCOR, acordado entre el gobierno de Nicaragua y el Banco Interame-

demás servicios hasta esa fecha prestados por TELCOR, quien desde ese entonces fue limitado a desempeñar funciones de Ente Regulador<sup>694</sup>.

Dicha Ley, reformada por Ley Número 293<sup>695</sup>, autoriza al Gobierno de Nicaragua para que una primera etapa venda en Licitación Pública el 40% de las acciones de ENITEL, incluyendo el Contrato de Administración a una empresa o consorcio de prestigio internacional en telecomunicaciones.

Un 10 % de las acciones se privatizarán a favor de los trabajadores en calidad de venta, y un 1% adicional de las acciones originales de ENITEL se otorgarán en concepto de donación.

En una etapa posterior, el Poder Ejecutivo podrá enajenar el 49% restante de las acciones mediante la colocación de bloques accionarios en una o varias bolsas de valores de Nicaragua o de otros países o en procesos directos de licitación pública. Esta segunda etapa comenzará después de transcurridos seis meses de la adjudicación del 40% inicial.

Una vez privatizado ENITEL, se suscribirá con TELCOR un Contrato de Concesión con un plazo de duración de 20 años renovables, y que incluirá el otorgamiento de exclusividad en toda Nicaragua por un período de 3 años

ricano de Desarrollo. Monografía. Managua, Nicaragua; YAMMILLET DEL CARMEN.: Historia de las telecomunicaciones en Nicaragua de 1980 a 1992. Monografía. Junio de 1995; LOPEZ DOMINGUEZ, YOLANDA.: Historia de las telecomunicaciones. Monografía. UCA. 1995. La privatización de TELCOR: Comentarios. Banco Central de Nicaragua. Dirección de Infraestructura económica. Managua, Junio. 1994.

<sup>694</sup> La Gaceta, Diario Oficial No.123 del día 2 de Julio de 1998.

<sup>695</sup> Características de los entes descentralizados: Autonomía: es la facultad atribuida a los entes descentralizados de constituir su propio ordenamiento mediante la promulgación de normas que pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico estatal y al que estarán subordinados. Esta autonomía se predica sólo para los entes públicos menores.

Autarquía: es la capacidad de dictar actos administrativos no normativos que tienen la misma naturaleza y producen los mismos efectos que si derivasen del Estado. Están revestidos de las mismas prerrogativas que los actos administrativos del Estado: pueden ser ejecutados de manera inmediata (sin que sea necesaria la declaración de un Tribunal acerca de su validez) y por la propia Administración (sin que haya que acudir a un juicio ejecutivo). Esta capacidad puede hacerse valer si los actos han sido dictados conforme al Derecho Administrativo.

Autogobierno: es la posibilidad de que quienes integren los entes descentralizados designen a las personas que hayan de regirlos. La Constitución establece respecto a los entes territoriales y corporativos que su estructura y funcionamiento sean democráticos.

Están sometidos a un control superior del Estado o del ente inferior del que dependan. Si no existiera ese control los entes descentralizados serían soberanos. En este control siempre se ha de respetar, sobre todo si son entes revestidos de autonomía, la capacidad de autodeterminación de tales entes para la gestión de sus respectivos intereses.

para los servicios de Telefonía Básica (Telefonía Local, Larga Distancia Nacional e Internacional y Suministros de Enlaces de Télex y Telegrafía), las Licencias de los servicios de interés general y especial que antes de la venta ya prestaba ENITEL y la Licencia para operar la banda B de Telefonía Celular.

Posteriormente, la referida Ley No.210 fue modificada nuevamente con el objeto de brindar mayor participación a los posibles oferentes. La licitación pública para la venta del 40% de las acciones de ENITEL se efectuó en el presente año, la cual incluyó el Contrato de Administración.

## 2.5 La descentralización de los Servicios públicos locales

La Constitución Política de Nicaragua en sus Artículos 176 y 177 establece que el Municipio es la unidad base de la división política administrativa del país. Los Municipios gozan de autonomía política, administrativa y financiera. La autonomía da el derecho y la capacidad efectiva a las municipalidades para regular y administrar, bajo su propia responsabilidad, y en provecho de sus pobladores, los asuntos públicos que la Constitución y las leyes le señalan<sup>696</sup>.

La Autonomía de los municipios se expresa en la existencia de autoridades locales electas mediante el ejercicio del sufragio universal por los habitantes de su circunscripción; en la creación y organización de estructuras administrativas en concordancia con la realidad del Municipio; en la gestión y disposición de sus propios recursos; en el ejercicio de las competencias municipales señaladas en las leyes, con el fin de satisfacer las necesidades de la población; en cualquier materia que incida en el desarrollo socio económico del municipio; en el derecho de tener un patrimonio propio y; en el ejercicio de las demás funciones de sus competencias establecidas en la Ley de Municipios y su reglamento.

La Autonomía Municipal es un proceso relativamente nuevo en Nicaragua, como demuestra la aprobación de su marco jurídico, que es de reciente data. Éste, está conformado entre otras por las siguientes Leyes y Decretos: Ley de Municipios, 1988, Plan de Arbitrios de Managua 1988, Plan de Arbitrios Municipales 1989, Reformas a la Ley de Municipios y su Reglamento 1997, Ley de Régimen Presupuestario 2001 y sus reformas 2002, Ley de Equidad Fiscal 2003 y Ley de Transferencias 2003.

<sup>696</sup> Reformas e incorporaciones a la Ley Núm. 40 "Ley de Municipios"; publicada en la Gaceta, Diario Oficial, Núm. 155 de 17 de agosto de 1988.

Si bien el proceso de Autonomía es un proceso nuevo, desde la perspectiva jurídica podemos afirmar que es un proceso en marcha y en constante avance. La reciente aprobación de la Ley de Régimen Presupuestario Municipal, y la Ley de Transferencias hacia las Municipalidades, le vienen a dar un nuevo impulso a la Autonomía Municipal.

Por su parte, la Ley de Municipios y su reforma vigente, señala en su Arto. 1 que el Municipio se organiza y funciona con la participación ciudadana, y que los elementos esenciales del Municipio son: el territorio, la población y el gobierno.

Las Leyes N° 40 y 261<sup>697</sup> regulan la actividad de las municipalidades del país, y asignan un amplio abanico de competencias a los Gobiernos Municipales en su Artículo 7. Entre esas competencias figuran las siguientes: Promover la salud y la higiene comunal; Cumplir y hacer cumplir el funcionamiento seguro e higiénico de mercados, rastros y lavaderos públicos; Normar el funcionamiento de los cementerios; Planificar, normar y controlar el uso del Suelo y el desarrollo urbano; Promover la cultura, el deporte y la recreación; Prestación a la población de los servicios básicos de agua, alcantarillado sanitario y electricidad; Desarrollar, conservar y controlar el uso racional del medioambiente y los recursos naturales; Impulsar y desarrollar el turismo local; Desarrollar el transporte y las vías de comunicación; Administrar el Registro Civil de las Personas. La mayoría de estas competencias eran ejercidas de manera centralizada por el Gobierno Nacional antes de Agosto de 1988, fecha en que se publicó la primera Ley de Municipios del País. En ese sentido, significa un importante avance orientado a la descentralización y al fortalecimiento de la autonomía de los municipios.

La Ley de Municipios y sus Reformas es el documento principal del marco jurídico para una descentralización de competencias del gobierno central hacia los municipios, es decir, a través de ella se ha ampliado el abanico de competencias hacia los gobiernos municipales.

Un límite de la Ley de Municipios es que no fue reglamentada totalmente, situación que a la fecha no se ha podido superar. Los artículos que están referidos a las competencias transferidas de Prestación de los Servicios de Agua, Energía Eléctrica y Desarrollo del Turismo entre otras, y que requieren una alta dotación de recursos de todo tipo para que los municipios puedan ejer-

---

<sup>697</sup> LOPEZ ABED, NEHEMIAS (Ed): *Descentralización y desarrollo económico...*Pág. 19.

cerlas de forma descentralizada, ni si quiera fueron tomados en cuenta en el Reglamento<sup>698</sup>.

<sup>698</sup> De acuerdo a las experiencias anteriormente analizadas y algunas entrevistas realizadas, las principales barreras que frenan el proceso de Descentralización son las siguientes:

- Persiste la falta de voluntad política del Gobierno Central de traspasar o ceder poder, autoridad y recursos a niveles inferiores de Gobierno. Ello está ligado con la cultura centralista tradicional existente en el país.
- Ausencia de mecanismos de coordinación entre el Gobierno Central y los Gobiernos Municipales, lo que a su vez expresa la necesidad de un nivel intermedio con facultades claras y precisas, dotación de recursos, y poder de decisión en el proceso de Descentralización.
- Ausencia de un marco jurídico coherente. A la fecha el país no cuenta con una Política Nacional de Descentralización.
- Ausencia de un proyecto político nacional que apunte verdaderamente hacia una Descentralización, que signifique transferencia de poder político hacia niveles inferiores de Gobierno, que sean receptores de esa transferencia, y actúen como actores principales del proceso.
- Carencia de una estrategia de desarrollo nacional y municipal que facilite la Descentralización ordenada y gradual hacia el territorio.
- No existen en el proceso, etapas claramente definidas para su implementación.
- No existen mecanismos de seguimiento y evaluación periódica del proceso.
- Los grandes desequilibrios existentes entre unos municipios y otros, en cuanto a concentración y disposición de recursos, materiales, financieros, técnicos y humanos.
- Falta de Autonomía Financiera de los Municipios, que no les permite definir sus propios impuestos y obtener ingresos que le permitan costear el ejercicio de las competencias descentralizadas.
- Incapacidad técnica y administrativa de una gran cantidad de municipios.
- La Polarización Política.
- Falta de motivación de la ciudadanía como efecto del poco conocimiento que posee sobre el proceso, para participar de manera activa en el mismo.

Solamente superando estas barreras, podría avanzarse y pasarse de medidas de Desconcentración con cierto nivel de participación ciudadana como está sucediendo actualmente, a un verdadero proceso de descentralización que signifique traspaso efectivo de poder y autoridad a órganos inferiores de gobierno.

- La Descentralización como proceso de cambio político administrativo, no ha permitido establecer los niveles de equilibrio deseados entre el Gobierno Central y los Gobiernos Municipales, tampoco se ha permitido mejorar de manera significativa los niveles de participación ciudadana en el proceso.
- La Descentralización no es implementada de forma sistemática como una política de Estado, ni como un proceso político - administrativo global e integral; se ha limitado a sectores como la Salud, Educación, y a determinados Ministerios, por lo que se corre el riesgo de estancamiento del proceso. La Descentralización se desarrolla en Nicaragua como un proceso impuesto desde el Gobierno Central como actor principal, lo que opaca el papel de los Gobiernos Locales, la Sociedad Civil y la Empresa privada en el mismo.
- A pesar de algunas medidas de desconcentración y de descentralización en el caso de la competencia de transporte intramunicipal, la Descentralización en Nicaragua no ha significado una redistribución del poder orientada al logro de la equidad social. El Gobierno central concentra la mayor cantidad de funciones y recursos todavía.



Es decir, a los municipios se les asignó una serie de competencias que no pueden ni saben como ejercerlas. Por otro lado, se han privatizado servicios como el de distribución de Energía Eléctrica, que la Ley de Municipios en su Arto. 7 inciso 7.C, establece como competencia municipal, cuando dice que los municipios podrán construir, dar mantenimiento y administrar las redes de abastecimiento de energía a nivel domiciliario y público en el Municipio<sup>699</sup>.

- La Descentralización ha significado en algunos casos, el abandono de responsabilidades del Estado y su traslado a los Municipios y Pobladores, lo que se ha convertido en una pesada carga al no contar con los recursos necesarios para ejercer las competencias descentralizadas. Dicha situación mejorará para los municipios a partir del 2004 cuando estos comiencen a recibir los recursos de las transferencias.
- Al parecer, la sociedad civil y sus diferentes expresiones organizadas no se involucran directamente en el proceso, ya que no tienen conocimiento del mismo, no conocen sus ventajas y por tanto no lo demandan desde la base.
- El proceso de Descentralización más que a una política de Estado elaborada de forma concertada entre los diferentes actores, responde a presiones de los organismos internacionales. O en todo caso se implementa como exigencia de éstos para conseguir recursos frescos de la cooperación.
- La gran mayoría de actividades realizadas en el marco del proceso de Descentralización responden más bien a medidas de desconcentración y privatización. Ello es claramente observable en los SILAIS, como órganos intermedios de Administración de la Salud en los departamentos, pero que dependen directamente del Gobierno Central.

En ellos los Gobiernos Municipales y la Población de las comunidades locales, solamente participan en reuniones para planificar la ejecución de algunas actividades conjuntas, pero no tienen ningún poder de decisión. Tampoco los Gobiernos Municipales reciben recursos para ejercer competencias de Salud.

- Contrario a lo que sucede en otros países de la Región y del Continente, en Nicaragua existe un marco jurídico avanzado aunque todavía con algunas lagunas e incoherencias, sin embargo ello no se corresponde con la voluntad política del Gobierno, sus Ministros y Directores que se resisten a ceder poder de decisión y recursos a los Gobiernos Municipales y la Sociedad Civil Organizada.

Tal como se desarrolla el proceso en la actualidad, no contribuye ni a mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios, ni a acercar a los ciudadanos a la gestión pública. La Descentralización tampoco puede considerarse como instrumento para la promoción del Desarrollo Económico Local. Para ello las municipalidades deben jugar un rol más activo por un lado, y el gobierno central por el otro, debe estar dispuesto a ceder más espacios y poder de decisión a los niveles inferiores de gobierno.

<sup>699</sup> Derecho Administrativo (II). Facultad de Derecho. Madrid, España. UNED. 1983. Pág. 167.

# CAPITULO SIETE

## MODOS DE GESTION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

### Introducción

Los modos de gestión de los servicios públicos son los mecanismos técnicos y los instrumentos jurídicos que se utilizan en la prestación de un servicio<sup>700</sup>, “tengan o no éstas carácter de servicio público<sup>701</sup>”, por parte de la Administración<sup>702</sup>.

La Administración puede determinar, en ejercicio de su potestad organizativa y a fin de fijar la forma de llevar a cabo la gestión de la actividad, el modo o sistema que considere más adecuado, entre las diversas modalidades que el ordenamiento administrativo prevé<sup>703</sup>. Es decir, que la Administración es libre de elegir el sistema que considera más idóneo para cada servicio y en cada momento.

De ahí que en las forma de gestión de los servicios públicos se mezclen indistintamente formas jurídicas típicas del Derecho Administrativo con formas jurídicas-privadas, lo que repercute en el régimen jurídico que regula sus relaciones con los administrados<sup>704</sup>.

<sup>700</sup> GARRIDO FALLA, F.: Tratado de Derecho Administrativo... Pág. 327.

<sup>701</sup> ALBI define los modos de gestión como “la serie sistemática de fórmulas legales, de carácter orgánico, funcional y financiero, a las cuales ha de ajustarse la actividad de la Administración pública para realizar sus fines peculiares, mediante la localización de porciones de competencia en estructuras adecuadas, sometidas a un régimen jurídico especial”

<sup>702</sup> Sobre la evolución de los modos de gestión de los servicios públicos: Derecho Administrativo (II). Facultad de Derecho. Madrid, España. UNED. 1983. Págs. 167, 168 y 169.

<sup>703</sup> GARRIDO FALLA.: Tratado de Derecho... Pág. 326.

<sup>704</sup> En la doctrina española existen diversas clasificaciones de los modos de gestión de los servicios públicos. GARCIA DE ENTERRIA, propuso distinguir en las formas de gestión directa entre las indiferenciadas (es decir directa stricto sensu) y las diferenciadas, fuera ésta puramente orgánica, patrimonial y mixta (orgánica y patrimonial). A su vez, estas

formas de gestión directa admiten, según su tesis, la interposición de una persona jurídica bien pública (establecimiento o empresa pública), bien privada (sociedad mercantil, propiedad exclusiva del ente local o propiedad mixta, en la que conviven el ente local y los particulares). La actividad industrial y mercantil de los Municipios. RAP. Núm.17. Pág. 130 y ss.

De acuerdo a ALBI, el análisis de las formas gestoras específicas se efectúa conforme los siguientes aspectos: a) localización de competencia; b) el gestor; c) transitoriedad; d) estructura; e) demanialidad; f) fórmula financiera; g) régimen jurídico especial; los que se detalla a continuación:

- a) Localización de competencia.- La principal finalidad del establecimiento de los modos gestores es la de impedir que se acumulen excesivamente las tareas en la Administración central y repartirlas en forma racional —descentralizarlas adecuadamente. Cabe aclarar que ninguna localización de competencia se lleva a cabo mediante un traspaso absoluto de facultades, que están inevitablemente vinculadas al núcleo central: el modo de gestión asume una porción concreta de la competencia general de la administración que la ha creado, mas esa competencia no pasa a convertirse en propia del organismo gestor. b) Las características del gestor son un importante aspecto de este análisis. Un gestor debe siempre existir para que se pueda hablar de modos gestores: es quien asume la iniciativa y la responsabilidad de las actividades encomendadas, y se le aplican los principios siguientes:
1. El principio descentralizador.- En la descentralización por servicios, para cada servicio se establece un gestor dotado de atribuciones específicas, y responsable ante la autoridad central.
  2. El principio básico es control privativo, en último término, del Estado sobre los modos de gestión que establece y desarrolla, sin importar cuán autónoma la institución creada sea, como se vio anteriormente al tratar de la autonomía. Es un principio que se considera fundamental y que no puede faltar en ninguno de los modos de gestión. No se debe incluir en este caso a las municipalidades, que gozan de una verdadera autonomía en razón de su tradición, paralela a la del Estado y del origen de su autoridad en el sufragio popular.

Este principio se manifiesta en dos direcciones:

- (1) Por la "ley de la mutabilidad", el Estado puede variar unilateralmente la estructura del modo de gestión, sea creándolo, sea modificándolo o incluso suprimiéndolo.
- (2) En virtud de su potestad interventora, el Estado se reserva forzosamente la facultad de regular la actividad del modo gestor mediante las funciones de dirección, vigilancia, tutela y sanción. Esta potestad interventora se manifiesta a través de:
  - (a) El poder de dirección, que faculta a la Administración pública a señalar las directivas generales del modo gestor, sin por eso interferir en la autonomía funcional del mismo;
  - (b) El poder de tutela, por el cual el organismo superior interviene en determinadas actividades del gestor, principalmente a través de autorizaciones y aprobaciones;
  - (c) Los poderes de vigilancia y sanción.

Estos tres aspectos, como se vio con anterioridad, comprenden la llamada tutela administrativa que se ha entendido como "el conjunto de poderes limitados concedidos por una ley a una autoridad superior sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos, con el fin de proteger el interés general".

- c) La transitoriedad es una característica esencial de los modos gestores, en cuanto están sujetos a la transformación de acuerdo con la voluntad de la administración central. Ellos nunca se constituyen en situaciones definitivas e inalterables.

## Clasificación jurídica de los modos de gestión de los Servicios Públicos<sup>705</sup>

La variedad de regímenes de gestión no está en los orígenes de los servicios públicos. A finales del siglo XIX, y comienzos del XX, la gestión directa de la

e) La fórmula financiera es el problema inicial en la elección de una modalidad gestora. En efecto, la característica del elemento financiero es el que va a determinar la forma que asuma el modo gestor. Se puede afirmar con ALBI que todo modo gestor contiene, inexorablemente, una fórmula financiera:

A. Capitales exclusivos de la administración pública:

1. Gestión directa (Servicio sin personalidad jurídica);
2. Empresa privada de propiedad de la Administración Pública (Persona Jurídica privada).
3. Establecimiento público (Persona jurídica pública).

B. Capitales aportados, en su totalidad por los particulares:

1. Concesión;
2. Autorización reglamentada.

C. Fórmula mixta:

1. Empresa mixta mercantil;
2. Subvención;
3. Consorcio.

En todas estas manifestaciones financieras se destaca la intervención y vigilancia de la Administración pública en los aspectos económicos.

g) Un régimen jurídico especial es otra característica del modo gestor. Tal régimen es: a. primordialmente administrativo; b. mixto; y c. de garantías para el interés general. En razón de este último elemento, por una parte se encuentran sistemas exorbitantes que pretenden la prevalencia del interés general; lo que se trata de balancear con el uso cada vez mayor de métodos de carácter privado, que contrarresten y mitiguen la unilateralidad de los actos administrativos.

En virtud de lo expuesto se pueden sistematizar con ALBI los modos de gestión del Estado en el cuadro siguiente:

1) Modos centralizados:

2) Gestión directa simple -dependencias administrativas

3) Modos descentralizados:

a. Dotación financiera pública exclusivamente

1. Forma administrativa: entidad pública -personalidad jurídica de derecho público
2. Forma mercantil: compañía anónima con capital público; compañías anónimas de capitales públicos b. Dotación financiera en colaboración:

Con capital mixto: Empresa mixta; Compañía de Economía Mixta; Subvención; Consorcio.

c. Con capital privado exclusivo: Concesión; Autorización reglamentada. ALBI, F: "El servicio público municipal y sus modos de gestión". REVL. 1947. Núm. 35 y 36; ALBI, F: Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Locales. Aguilar. Madrid, 1960.

Otras clasificaciones se pueden encontrar en, VILLAR PALASI.: La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo. RAP. Núm. 3. Págs. 76 y ss; GARCIA-TREVIJANO.: Aspectos de la Administración económica. RAP. Núm. 12. Pág. 46 y ss.

<sup>705</sup> Sólo en los casos de concesión, entraba en juego el Derecho privado aplicable al concesionario en sus relaciones con los usuarios y los terceros, así como la Jurisdicción civil para resolución de los conflictos. Sobre la evolución histórica de la concesión véase: BALLESTEROS FERNANDEZ, A.: Manual de gestión de los servicios públicos locales (Doctrina, jurisprudencia y formularios). El Consultor. Madrid, España. 2005. Pág. 290 y ss; RIVERO YSERN, JOSE LUIS.: Manual de Derecho Local. Quinta Edición. Civitas. Madrid, España. 2003. Págs. 458 y 459.

Administración entrañaba la aplicación de un régimen integral de Derecho Administrativo. El órgano gestor era de naturaleza administrativa, el personal íntegramente funcionarial, los bienes de dominio público, e igualmente las relaciones con los usuarios, y, en fin, la Justicia Administrativa estaba encargada de la garantía judicial<sup>706</sup>.

Sin embargo, con la aparición de los servicios públicos de carácter industrial y comercial en 1914; y después de 1940 con la actuación de diversas entidades, entre las que se destacan las cámaras de Comercio y Asociaciones sindicales de propietarios; además, de la nacionalización de empresas privadas y la expropiación, el Estado empieza a realizar bajo un régimen jurídico privado, la gestión de estos servicios.

Esto supuso, por una parte, la tendencia estatal de intervenir en un conjunto de nuevas materias, tradicionalmente reservadas de modo exclusivo a la actividad de los particulares. Y por otro, produjo la colaboración de los mismos particulares con sujeción a su propio régimen jurídico de derecho privado, en finalidades de interés general, promovidas y fiscalizadas por la Administración pública.

Esta evolución del servicio público produjo una diversidad de modos de gestión y su clasificación jurídica, atiende básicamente al tipo de entidad, sea pública o privada, que asume el riesgo de la gestión, para llevar a cabo la actividad de prestación correspondiente; entidad que puede ser, bien la propia Administración Pública titular del servicio (modo de gestión directa), o bien puede ser otra persona distinta, normalmente un particular o entidad privada, en virtud del correspondiente contrato de gestión del servicio (modos de gestión indirecta o mediata)<sup>707</sup>.

Estos dos grandes grupos de modos gestores se completan con otras formas o modos de gestión mixta<sup>708</sup>, en que intervienen o participan, conjuntamente

---

<sup>706</sup> GARRIDO FALLA, indica que “el criterio de clasificación que se emplea tiene en cuenta, ante todo, la participación más o menos directa que la Administración tiene en la gestión de la actividad o servicio”. Tratado de Derecho... Pág. 326.

<sup>707</sup> LOPEZ PELLICER, JOSE A.: Lecciones de Derecho Administrativo. Tomo II. Murcia, España. 1989. Pág. 161.

<sup>708</sup> En todos los cursos de Derecho Administrativo de España se sigue esta tipología, véase: Derecho Administrativo (II). Facultad de Derecho. Madrid, España. UNED. 1983. Págs. 167-217; GARRIDO FALLA, F.: Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Editorial Técno. Novena Edición. España. 1989. Págs. 327- 355; LOPEZ PELLICER, JOSE A.: Lecciones de Derecho Administrativo. Tomo II. Murcia, España. 1989. Pág. 161.181; PARADA VAZQUEZ, RAMON.: Derecho Administrativo (I)...Pág. 432-434.

te, ambos tipos de personas o entidades, mediante diversas fórmulas de colaboración entre ellas<sup>709</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en Nicaragua, donde falta totalmente una reflexión dogmática sobre la materia, en España existen disposiciones legales<sup>710</sup> y una doctrina sólida<sup>711</sup>, que pueden aportar los datos necesarios para una adecuada comprensión de la estructura de los modos de gestión de los servicios públicos.

<sup>709</sup> Ley de Contrato de las Administraciones Públicas. Real Decreto Legislativo 2/2000. 16 de junio. BOE de 21 de junio de 2000; corrección de errores en BOE de 21 de septiembre. Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098, de 12 de octubre. BOE de 26 de octubre de 2001; y 8 de febrero de 2002. Ley reguladora de las Bases del Régimen Local. Ley 7/1985. 2 de abril. BOE de 3 de abril de 1985.

<sup>710</sup> ARIÑO ORTIZ.: *El contrato de gestión de servicios públicos. Su trascendencia en la problemática del servicio público*. En la obra colectiva "Contratación Pública II", Marcial Pons, Madrid, 1996; CORELLA PLA, J.: *El contrato de gestión de servicios públicos. Algunos problemas surgidos durante su vigencia*. En la obra colectiva "Contratación Pública II", Marcial Pons, Madrid, 1996; DORREGO DE CARLOS, A.; MOLINA VAQUERO, A.: *Contratos públicos. Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Cisspraxis, Madrid, 2000; FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*. Bosch, Barcelona, 2000; Lliset Borrrell, F.; LLISSET CANELLES, A.: *Manual de los contratos públicos*. Bayer Hnos., Barcelona, 1996; MORENO MOLINA, J.A.: *Nuevo régimen de contratación administrativa*. La Ley, Madrid, 2000; PALACIOS DE LA VILLA, P. (coord.): *Nueva redacción de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios Prácticos*. Consejería de Hacienda, Comunidad de Madrid, Madrid, 2000; VELASQUEZ CUBELO, F.: *Manual práctico de contratación administrativa*. Marcial Pons, Madrid, 1997; VICENTE LOPEZ, C.: *La contratación administrativa: condiciones generales y eficacia*. Comares, Granada, 1996; VILLAR PALASI, J.L.: *Lecciones sobre contratación administrativa*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1969; BALLESTEROS FERNANDEZ, A.: *Manual de gestión de los servicios públicos locales (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*. El Consultor. Madrid, España. 2005.; RIVERO YSERN, JOSE LUIS.: *Manual de Derecho Local*. Quinta Edición. Civitas. Madrid, España. 2003; SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*. Thomson. Civitas. Sexta Edición. Madrid, España. 2004.

<sup>711</sup> SOSA WAGNER, afirma que la expresión "directa" que utiliza "el legislador local desde hace tiempo (el Estatuto de CALVO Y SOTELO decía que los Ayuntamientos podrán administrar y explotar directamente los servicios...art. 169) no resulta muy precisa desde el punto de vista lingüístico pues directa es, según el Diccionario de la Real Academia Española, "lo que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios", cuando lo cierto es que varias de las formas de gestión directa, como vamos a ver, suponen precisamente la existencia de un intermedio, de un intermediario, que comparece en el mundo del Derecho revestido de personalidad jurídica propia, independientemente de la que ostenta la entidad local. Sin embargo, tal distinción resulta clásica en el Derecho español (se repite en la Ley de 1935 y en la posterior legislación local) y hay que atribuirle con toda probabilidad a esa tradición el hecho de que aparezca también hoy recogida en la LB pero sin que resulte prudente atribuirle a la misma consecuencias de especial relieve." *La gestión de los servicios públicos...* Pág. 79.

Parece, por ello, oportuno, examinar el entramado teórico generado por la doctrina y la jurisprudencia españolas, que puede servir como un referente básico que supla las deficiencias del ordenamiento jurídico nicaragüense en la materia.

Si bien, debe adelantarse que pese a la proximidad que en algunos casos se da entre uno y otro, se trata de dos sistemas jurídicos diferentes, en los que las soluciones no son siempre extrapolables, por lo que las respuestas jurídicas que ofrece el Derecho español, no siempre van a ser aplicables a la problemática de Nicaragua.

## 1. Gestión directa<sup>712</sup>

La gestión directa de los servicios públicos es la que realiza la propia Administración<sup>713</sup>. La Administración titular del servicio atiende, por sí misma, por sus propios órganos y medios, la prestación del servicio<sup>714</sup>. Su característica principal es que la Administración actúa a través de su propia estructura y organización burocrática, a través de sus funcionarios y personal contratado, que realizan la gestión bajo la dirección política y administrativa de los órganos correspondientes<sup>715</sup>.

---

<sup>712</sup> Sobre la gestión directa de los servicios públicos, véase: Derecho Administrativo (II). Facultad de Derecho. Madrid, España. UNED. 1983. Pág. 173; GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo...*Págs. 328- 355; LOPEZ PELLICER, JOSE A.: *Lecciones de Derecho Administrativo*. Tomo II. Murcia, España. 1989. Págs. 163.169; PARADA VAZ-QUEZ, RAMON.: *Derecho Administrativo (I)*...Pág. 433.

<sup>713</sup> Inicialmente, la gestión directa era asumida por los propios órganos de los municipios, que utilizaban su propia organización. Sin embargo, la complejidad creciente de tales intervenciones produjo paralelamente un enriquecimiento de las modalidades gestoras que la legislación europea asimilaría poco a poco. CLAVERO.: *Municipalización*; GARCIA DE ENTERRIA.: *La actividad industrial...*; BALLESTEROS FERNANDEZ, A.: *Manual de gestión de los servicios públicos locales...*Pág. 289 y 290; GASCON Y MARIN.: *Municipalización de servicios públicos*. Madrid, España. 1904.

<sup>714</sup> GARRIDO FALLA indica que "las formas de gestión directa son aplicables tanto a los servicios asistenciales como a los servicios económicos...la actividad de la prestación de la Administración Pública se realizará en muchos casos a través de los órganos ordinarios de que constituye la burocracia Administrativa. Es ésta la forma que el Derecho Administrativo clásico francés bautizó con el nombre de explotación en régime". *Tratado de Derecho Administrativo...*Pág. 328 y 329.

<sup>715</sup> Lo característico de esta forma de gestión está en que, no obstante realizarse una actividad directamente imputable a una Administración Pública, existe un principio de diferenciación que determina la aparición de unos órganos de gestión distintos a los encuadrados en la organización burocrática. Esta diferenciación es consecuencia del carácter técnico de la actividad prestadora de la Administración Pública; y consecuentemente dará lugar a un establecimiento propio o una empresa propia. A la par de la diferenciación orgánica, también tiene una autonomía financiera de carácter limitado. LOPEZ PELLICER, J. A.: *Lecciones de Derecho Administrativo...*Pág. 164 y 164; GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo...*Pág. 330.

Es decir, no existe intermediario, no hay un contratista que se interponga entre la Administración titular y la gestora de los servicios y los destinatarios del mismo. Pero, además, la administración aporta el capital, la base económica y financiera del servicio, y también soporta, el riesgo de la actividad de gestión; asimismo asume la responsabilidad económica por los daños y perjuicios que a los particulares irroga el funcionamiento del servicio.

La actividad del servicio puede efectuarse por la Administración, bien de una forma integrada o centralizada, sin personificación jurídica del servicio, o bien de forma descentralizada, esto es, con atribución de personalidad jurídica a la organización del mismo. Personalidad jurídica que, a su vez, puede ser pública (organismos autónomos), privada, mercantil, en cuyo caso el capital social es íntegramente público<sup>716</sup>.

A su vez, la primera, ofrece dos submodalidades, según que la prestación del servicio se realice mediante los propios órganos comunes u ordinarios de la Administración titular, en cuyo supuesto la gestión del servicio es atendida de forma integrada en la organización administrativa general u ordinaria de la propia Administración ( por ejemplo, en la Administración del Estado, a través de una Dirección General, como sucedía con el servicio de correo o de una sección), o bien mediante creación de un órgano administrativo especial, diferenciado de la común organización burocrática o administrativa.

La gestión directa desconcentrada o diferenciada con organización especial, en la Administración del Estado ofrece como modalidad típica los servicios administrativos sin personalidad jurídica.

La gestión descentralizada, se atiende mediante la institución o creación de una entidad jurídica ad hoc; la Administración titular del servicio descentraliza la organización y prestación del servicio, al que atribuye personalidad jurídica, que puede ser pública o privada. En el primer supuesto, la personificación pública de los servicios, se dota al servicio personalidad jurídica y, en concreto, de Derecho Público, por lo que el servicio se desgaja y descentraliza de la Administración territorial titular del mismo, que utiliza esta técnica de la personalidad jurídica, como instrumento para llevar a cabo la gestión y prestación. La entidad jurídica es aquí, por tanto, instrumental y, aunque formalmente es independiente de la Administración matriz, y quede al margen de la línea jerárquica de ésta, sin embargo, se encuentra sujeta a un control de “tutela” Administrativa.

---

<sup>716</sup> La tendencia descentralizadora que se produjo en las relaciones entre el Estado y las entidades territoriales, tuvo como consecuencia jurídica una pluralidad de personas jurídicas. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo...*Pág. 331.



Se trata de una técnica jurídica bien conocida, de la personificación, estudiada dentro de la tipología de entes públicos, como “fundacionales”, para atender determinados fines de interés público propios del ente territorial fundador, de cuya voluntad y sostenimiento económico depende, por lo que su autonomía jurídica y administrativa es meramente ejecutiva<sup>717</sup>.

La gestión directa descentralizada de los servicios (económicos: industriales o mercantiles) puede adoptar otra modalidad, consistente en su personificación jurídica pero conforme fórmulas o técnicas de Derecho privado, concretamente de empresa o sociedad mercantil<sup>718</sup>.

La sociedad privada puede ser de economía exclusiva, que constituye un tipo de “sociedad de ente público”, en la que éste es el único socio, cuando el capital de la sociedad es íntegramente público, o bien la sociedad privada puede ser de economía mixta, en cuyo caso Administración pública y particulares participan en su capital social en mayor o menor proporción (supuesto este último que queda fuera de los modos de gestión directa), en los cuales, como es lógico, sólo se incluye, de ambas modalidades, el supuesto de sociedad mercantil cuyo capital social es íntegramente público.

## 2. Gestión indirecta

La Administración titular del servicio público puede gestionarlo y prestarlo de forma indirecta o mediata, cuando transfiere y encomienda estas funciones a otra persona o entidad, normalmente privada, en virtud del correspondiente contrato administrativo de gestión. Las modalidades más típicas son la concesión, la gestión interesada, el concierto y arrendamiento<sup>719</sup>.

---

<sup>717</sup> GARRIDO FALLA, F.: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*. Madrid, España, 1950.

<sup>718</sup> SOSA WAGNER, incluye los consorcios, “la razón -explica- de su inclusión radica, sin embargo, en el hecho de aparecer citados en el artículo 87 LB, es decir, dentro del capítulo de Actividades y Servicios. Esta razón y, además, la de ser discutida su condición de entes locales (pues no aparecen en el artículo 3 LB) me llevan a estudiar los consorcios como una modalidad gestora sui generis”. *La gestión...* Pág. 185.

<sup>719</sup> Sobre la concesión existe abundante bibliografía, pero para los efectos del presente apartado he consultado: VILLAR PALASI.: voz “concesiones administrativas”, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Barcelona. 1952; LOPEZ RAMON, F.: voz “Concesión” en Enciclopedia jurídica básica. Civitas. Madrid. 1995; MEILAN GIL.: Sobre la determinación conceptual entre autorización y concesión. RAP. Núm. 71. Pág. 82; LOPEZ PELLICER y SANCHEZ DIAZ.: *La concesión administrativa en la esfera local*. Madrid, España. 1976; DOMINGUEZ BERRUETA DE JUAN, M.: El Incumplimiento en la concesión...; SANCHEZ ISAC.: Teoría y práctica de la concesiones de servicios locales. Barcelona. 1992; SOSA WAGNER.: *La gestión de los...* Pág. 185-250; Derecho Administrativo (II). Facultad de Derecho. Madrid,

## 2.1 Concesión<sup>720</sup>

La concesión es la forma paradigmática de la gestión indirecta de los servicios públicos. Consiste en la transferencia al gestor indirecto (una persona física o jurídica) de la gestión de un servicio, asumiendo esté el riesgo económico de la actividad concedida. Puede comprender la construcción de una obra o instalación, soporte físico del servicio a prestar o la pura gestión del servicio, cuando éste no exija obras de instalaciones.

El concesionario puede, incluso, dictar, por delegación de la Administración titular del servicio, actos administrativos impugnables en recurso ordinario o de alzada ante la Administración de cobertura<sup>721</sup>.

GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ apuntan que “la concesión permite: primero, elegir los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la indicada actividad se cumpla en el sentido que al interés público convenga; segundo, tasar de una manera previa y bien delimitada el contenido de las facultades de ejercicio que se transmiten, en función del objetivo social que con ello se pretende; tercero, imponer a la vez ese ejercicio de una manera forzosa, de modo que elimine la posibilidad de un no ejercicio que se juzga contrario al interés general, todo ello bajo la fiscalización administrativa; y, en fin, reservar la posibilidad de una caducidad de los derechos otorgados o de un rescate de los mismos o de una reversión a tiempo establecida en virtud de una titularidad remanente y última que permanece en la Administración, desde la cual se efectúa y se apoya todo el proceso in-

España. UNED. 1983. Pág. 173; GARRIDO FALLA, F.: Tratado de Derecho Administrativo...Págs. 338- 348; LOPEZ PELLICER, JOSE A.: Lecciones de Derecho...Pág. 170-176; RIVERO YSERN, J. L.: Manual de Derecho Local...Págs. 458-468; BALLESTEROS FERNANDEZ, A.: Manual de gestión de Servicios Públicos locales (Doctrina, jurisprudencia y formularios). El Consultor. Madrid, España. 2005. Págs. 287-317; Derecho Administrativo (II). Facultad de Derecho. Madrid, España. UNED. 1983. Pág. 173.

<sup>720</sup> VILLAR PALASI, niega el carácter contractual de la concesión, aunque admite claramente “la relación de bilateralidad”. *Voz Concesión*...Pág. 702. Para DOMÍNGUEZ BERRUETA, “el acto de otorgamiento de la concesión de servicio público es un acto administrativo de carácter unilateral. La concesión, en cuanto gestión de un servicio público por un particular concesionario, supone unas relaciones entre la Administración concedente y el concesionario que significan relaciones bilaterales de carácter contractual. *El incumplimiento*... Pág. 91 y ss.

<sup>721</sup> Los mismos autores citan entre los ejemplos de esta técnica interventora “las concesiones de servicios públicos o industriales” que permiten otorgar derecho de explotación a empresas privadas “en atención a los fines sociales que el servicio público intenta atender... técnica ésta que es especialmente visible en las llamadas municipalizaciones o provincializaciones de servicios con monopolio”. *Tratado de Derecho*...Pág. 138.

terventor descrito y que puede recuperar la plenitud de facultades con vistas o bien a una explotación directa ulterior por la propia Administración o bien a una nueva distribución concesional en favor de nuevos titulares”<sup>722</sup>.

*Las características de esta forma de gestión son:* 1) Que la titularidad del servicio se mantiene en todo caso en manos de la Administración, la cual se limita a transferir a otra persona, física o jurídica privada o pública (concesionario), que asume así una función de colaboración de aquélla, la gestión del servicio, esto es, la actividad de prestación y explotación del mismo, mediante una retribución, a satisfacer por los usuarios o, en su caso, por la Administración (así mediante subvención-retribución), por lo que puede revestir su remuneración varias formas, aunque la más típica y común sea la primera. 2) La concesión tiene carácter traslativo, en cuanto transfiere al concesionario una esfera de actuación originalmente administrativa, esto es, perteneciente a la propia Administración titular del servicio (a diferencia de la autorización o licencia, que simplemente atribuye la posibilidad de ejercer derecho que corresponden al patrimonio jurídico del propio sujeto autorizado). 3) Tiene un carácter temporal, no indefinido o perpetuo, ya que ha de otorgarse por un determinado plazo de duración. 4) La concesión es la gestión y explotación del servicio concedido por el concesionario, pero siempre bajo control, fiscalización o vigilancia de la Administración titular concedente, y 5) El concesionario tiene el riesgo económico de la explotación, percibiendo una remuneración, que puede revestir varias formas (tarifa, subvención) a diferencia de lo que sucede con las formas de gestión directa, en las que el riesgo económico lo asume la Administración, y a diferencia de la gestión mixta en que el riesgo de la gestión se comparte conjuntamente por la Administración titular y los particulares que con ella colaboran.

## 2.2 El concierto

El concierto<sup>723</sup> es una modalidad de gestión contractual de servicios en que la Administración se vale, para realizar su prestación, de la existencia de

<sup>722</sup> PEMAN GAVIM.: La gestión de obras y servicios públicos. Nuevas entidades instrumentales y nueva formas de contratación. Revista Aragonesa de Administración Pública. 17, 2000, especialmente, páginas 390 y ss.

<sup>723</sup> SOSA WAGNER, define el concierto de la siguiente manera: “permite convenir con una persona natural o jurídica la prestación de un servicio público, siempre que esa persona realice como propio de su giro o tráfico las prestaciones caracterizadoras de ese servicio”. La gestión...Pág. 255; RIVERO YSERN, JOSE LUIS.: *Manual de Derecho Local*...Pág. 454. El artículo 156c LC se refiere al “concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”.

otras personas o entidades que realizan las mismas o similares actividades o prestaciones, mediante la pertinente compensación económica<sup>724</sup>.

El contrato administrativo que para ello se celebra tiene por objeto la gestión de una actividad prestacional que no constituye, por ello, propiamente un servicio público, sino una actividad análoga a éste, que viene siendo realizada por otra persona o entidad distinta de la Administración<sup>725</sup>.

En el concierto se dan cita: El contratante, el concertado o gestor del servicio (que podría ser otra entidad pública, o un particular) y un beneficiario o usuario del servicio.

El concierto viene a suplir la “incapacidad” actual de la Administración para la prestación de un servicio, por lo que, por definición, se caracteriza por la nota de interinidad o transitoriedad.

GARRIDO FALLA, encuentra los siguientes rasgos característicos y específicos del concierto:

- 1- El servicio se presta por entidad distinta de la Corporación legalmente obligada al mismo. Tratándose de entidad o personas privadas, el servicio no deviene público, por lo que la Administración interesada no tiene sobre los mismos poderes reglamentarios específicos.
- 2- Se trata, como regla, de servicios asistenciales, por tanto, no concesionables, estando aquí cabalmente la justificación del concierto.
- 3- Es una solución provisional, por lo que está sometido a un plazo no muy amplio de duración, que se presume es suficiente para que la Corporación local establezca por sí misma el servicio<sup>726</sup>.

De esta forma, el concierto es en primer lugar un convenio o contrato; segundo, no origina el nacimiento de una nueva persona jurídica; tercero, exige que los servicios contratados se encuentren ya instalados y en funcionamiento, de forma que ésta se limita a utilizarlos, y por último es una modalidad gestora que puede tener carácter extraterritorial<sup>727</sup>.

<sup>724</sup> El artículo 156c LC se refiere al “concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”.

<sup>725</sup> GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho...* Pág. 350.

<sup>726</sup> Artículos 143, 145 y 146 del Reglamento de Organización y funcionamiento y Régimen jurídico de las Cooperaciones locales.

<sup>727</sup> En la doctrina española existe una polémica en torno al límite que existe entre el arriendo y la concesión. Las contestaciones han sido muy variadas, y no se ha llegado a una conclusión final. Para MESTRE DELGADO, “el elemento que diferencia ambas figuras es la

### 2.3 El arrendamiento<sup>728</sup>

El arrendamiento constituye otra modalidad de gestión indirecta, contractual, cuya particularidad reside en que la Administración cede la explotación de un servicio previamente instalado por ella a otra persona, durante cierto tiempo, a cambio de un canon o precio determinado<sup>729</sup>. Sólo podrán ser objeto del arrendamiento los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación, o que sea propiedad de ésta<sup>730</sup>.

No podrán ser prestados de esta forma los servicios de beneficencia, asistencia sanitaria, incendios y establecimientos de crédito<sup>731</sup>. De tal forma que, se deberá utilizar cuando haya que tener en cuenta primordialmente los intereses económicos de la Corporación, esto es, disminución de los costos o aumento de los ingresos.

La obligación del arrendador esta en entregar la instalación, en mantener tal situación durante el tiempo que dure el contrato. En cuanto al arrendatario, deberá prestar el servicio, pagar el precio en los términos previstos, y conservar las instalaciones, atribuyéndose el pago de las reparaciones necesarias, pero no podrá introducir mejoras si no cuenta con autorización de la Admi-

esencial y profunda colaboración que el concesionario presta en la gestión del servicio, no parangonable a la situación que ostenta el arrendatario”. Las formas de prestación...Pág. 1244. Por su parte, SOSA WAGNER, escribe que “se trata de un modo gesto de regulación sucinta pero no por ello clara; antes al contrario, en los escasos preceptos que le dedica el RS, se puede encontrar expresiones de difícil inteligencia y hasta enigmáticas. ALBI que fue coautor del texto, ha explicado con disgusto (e incluso irritación mal disimulada) la intrahistoria de los artículos 138 y ss RS, donde sus tesis naufragaron, lamentablemente resultado si se contempla el asunto con la pacificadora distancia que da el tiempo”. La gestión... Págs. 257 y 258. RIVERO YSERN, J. L.: *Manual de Derecho Local...* Págs. 254 y 257.

<sup>728</sup> SOSA WAGNER, explica que “la nota caracterizadora del arrendamiento viene determinada por el hecho de que la instalación que sirve de base al servicio es propiedad de la Corporación”. La gestión...Pág. 258. Así lo dice el artículo 138. 1 RS: “Las Corporaciones locales podrán disponer la prestación de los servicios mediante arrendamiento de las instalaciones de su pertenencia” y para el TR “sólo podrán ser objeto de arrendamiento los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación o que sea propiedad de ésta”

<sup>729</sup> Dentro de los Elementos que menciona SOSA WAGNER, se encuentra el contenido material del arrendamiento que consiste en las instalaciones, que, perteneciendo a la Corporación local, se ponen a disposición del particular para que éste pueda prestar los servicios. *La gestión...* Pág. 262.

<sup>730</sup> Artículo 138.2 RS.

<sup>731</sup> Art. 108, infine, del TR.

nistración arrendadora<sup>732</sup>. Por último, deberán regresar las instalaciones en el mismo estado que las recibió.

Se extingue este contrato por el incumplimiento de las partes, la falta de pago, cuando se produzcan deficiencias del arrendatario en la conservación de las instalaciones cedidas, por fallecimiento del arrendatario y desistimiento unilateral.

## 2.4 La gestión mixta

Además de los modos de gestión directa y de gestión indirecta, hay otras formas que cabe calificar de mixtas, en cuanto resultan de la colaboración o participación conjunta y simultánea de la Administración y de otras personas, físicas o jurídicas, privadas.

## 2.5 Gestión interesada<sup>733</sup>

La gestión interesada de un servicio público se produce cuando el gestor, comprometido en la prestación del servicios público, cuenta, de un lado, con la colaboración de la Administración (que frecuentemente aporta una parte relevante de las instalaciones necesarias para su desarrollo) y, de otro, con una remuneración mínima en forma de interesamiento, que se concreta en una cláusula en virtud de la cual, cuando se produce beneficios por encima del mínimo asegurado, se atribuye al gestor una parte de ellos con el objetivo de fermentar la prestación eficaz del servicio público encomendado<sup>734</sup>.

<sup>732</sup> Como figura autónoma apareció en la vieja Ley de contratos del Estado. Hoy, cuando el artículo 156 b de la LC se refiere a la gestión interesada dice de ella: "La gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato". El trabajo más clásico en la literatura española sobre esta figura jurídica es el escritor por MARTIN-RE-TORTILLO, L.: "De la "gestión interesada" a la "cláusulas de interesamiento". RAP. Núm. 36. Pág. 70. Véase también: NIEVES CORREGO.: " La gestión interesada en el derecho Administrativo". RAP. Núm. 26. 1958.

<sup>733</sup> El artículo 180 RC dice: "Cuando el contrato se verifique bajo la modalidad de gestión interesada, se podrá establecer un ingreso mínimo en favor de cualquiera de las partes asociadas, a abonar a la otra parte, cuando el resultado de la explotación no alcance a cubrir un determinado importe de beneficios".

<sup>734</sup> SOSA WAGNER explica que en el derecho francés, la circular ministerial número 75.634 del 13 de diciembre de 1975 precisó que en "*la régie intéressée*", la colectividad financia el establecimiento al que se confía la explotación...la persona privada asume la gestión por cuenta de la colectividad mediante una remuneración que no está asegurada por los usuarios, sino por medio de una prima fijada en porcentaje de cifra de negocios, completada por una prima de productividad y eventualmente por una parte de beneficios. Todos los elementos de

Como el mínimo asegurado cubre habitualmente gastos de inversión y gastos de actividad, el gestor no explota “a riesgo y ventura”, sino que tiene siempre garantizada la retribución de sus inversiones, con independencia del resultado de la gestión, que se cuantifica de acuerdo con la fórmula adoptada para el interesamiento<sup>735</sup>.

Es decir, la gestión interesada es aquella forma de gestión en cuya virtud la Administración y el empresario participaren en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. La gestión interesada es la traducción administrativa del contrato mercantil de la aparcería industrial, intermedio entre el contrato de arrendamiento y el de sociedad<sup>736</sup>. En definitiva, se trata de un contrato de arrendamiento con cláusula parciaria, de forma que Administración y gestor indirecto participen en los resultados de la actividad en la proporción que se establezca (ingresos brutos, beneficio neto, etc.)<sup>737</sup>.

la remuneración del explotador son entregados por la colectividad a su *régisseur intéressé*. La definición clásica que se suele citar es la formulada por DE SOTO (en su comentario a la sentencia del Consejo de Estado 10 de marzo de 1950), según la cual la “*régie intéressée*” está caracterizada por el hecho de “la explotación de un servicio por un particular por cuenta de una Administración y con una participación del explotador en los resultados financieros de la explotación, eventualmente incluso en las pérdidas, pero todo ello en una medida determinada...en Francia existe otro modo de gestión cercano a la gestión interesada y que se llama de “gerencia”, del que se distingue sobre todo en la medida en que el gerente no participa de los resultados, de forma que es la Corporación local la que conserva los beneficios o, en caso de déficit, reembolsa ésta al gerente que recibe una remuneración a tanto alzado constituida en la mayor parte de los casos por una prima anual, mejorada en ocasiones por otra proporcional a los productos entregados. El gerente no tiene ningún riesgo y ésta es su característica diferenciadora. *La gestión...*Nota 215. Pág. 252.

<sup>735</sup> GARRIDO FALLA, señala que “las dificultades para definir esta figura jurídica derivan de su carácter limítrofe, pues como la doctrina ha puesto de manifiesto, estamos ante una forma transaccional entre la gestión directa y la concesión. El problema se presenta así incluso en la interpretación misma de la designación empleada pues mientras para unos es la Administración quien explota el servicio, aunque valiéndose de un gestor a quien interesa en los posibles beneficios que se obtengan, otros entienden que es el gestor quien explota a su propio riesgo, siendo la Administración la interesada”. Tratado de Derecho Administra... Págs. 350 y 351. MARTIN-RETORTILLO, llegó a proponer su desaparición por cláusulas de interesamiento a insertar en los pliegos de condiciones, con lo que se conseguiría “que el sujeto particular se interese por el buen funcionamiento de su actuación -el desarrollo de su servicio público, por ejemplo- de manera que cuando mejor sea este funcionamiento, mayores serán los ingresos globales y también mayor el beneficio neto que perciba el particular. A la Administración, tal tipo de cláusulas le son muy beneficiosas ya que, de una parte, se estimula el buen funcionamiento del servicio público; pero, por otra, le cabe la posibilidad de que parte de los ingresos producidos por ese buen funcionamiento le sean atribuidos. En ese sentido, este tipo de cláusulas juegan un importante papel como correctores de los efectos que las concesiones, tal como tradicionalmente se venían concibiendo, producían”. *De la “gestión interesada...*Pág. 98.

<sup>736</sup> LOPEZ PELLICER, JOSE A.: *Lecciones de Derecho...*Pág.

<sup>737</sup> GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho...*Pág. 352.

## 2.6 Sociedad de economía mixta

De acuerdo a GARRIDO FALLA, el origen de la sociedad de economía mixta se encuentra en los tímidos ensayos realizados en diversos países para hacer compatible el principio económico del *laissez-faire* con la necesidad del estímulo estatal a ciertas obras y empresas de interés público<sup>738</sup>.

Esta sociedad implica que la Administración participa parcialmente en el capital. Esta participación ha de ser minoritaria pero ha de ir acompañada de los medios precisos para que la Administración tenga un cierto control de la sociedad<sup>739</sup>. Entre estos medios de control cabe destacar la posibilidad de nombramiento de un delegado de la Administración en la sociedad, con facultades de inspección, de suspensión o, incluso, de veto de determinados acuerdos sociales que pueden ser lesivos para el interés público, en la forma que determinen los Estatutos.

## 3. Los modos de gestión de los servicios públicos en Nicaragua

Hasta la actualidad, en Nicaragua no existe un estudio que sistematice los modos de gestión de los Servicios Públicos. Posiblemente ésta carencia se deba a la falta de coherencia y las deficiencias técnicas que presenta las leyes administrativas, y en especial la Ley de Contrataciones del Estado<sup>740</sup> y su Reglamento<sup>741</sup>, así como la Ley de Municipios<sup>742</sup> y su Reglamento<sup>743</sup>. Esta insuficiencia, también se refleja en el poco desarrollo normativo, y en la falta de un reconocimiento jurisprudencial a estas figuras jurídicas.

Este hecho resulta llamativo, si se tiene en cuenta la relevancia que presenta los modos de gestión de los servicios públicos en las sociedades modernas, cuya importancia está llamada a crecer en la actualidad, a causa de la influencia de los procesos de liberalización y de privatización impulsados por el neoliberalismo imperante y por el Derecho comunitario.

Como hemos estudiado, las Administraciones Públicas pueden gestionar los servicios que son de su competencia de forma directa o indirecta, es decir, a

<sup>738</sup> LOPEZ PELLICER, J.: *Lecciones de Derecho...* Pág. 179.

<sup>739</sup> Ley de Contrataciones del Estado. Ley 323. La Gaceta Núm. 1-2 del 3 y 4 de enero del 2000.

<sup>740</sup> Reglamento General de la Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Núm. 21-2000. La Gaceta. Núm. 46 del 6 de marzo de 2000.

<sup>741</sup> Leyes Núm. 40 y 261. La Gaceta. Núm. 155 de 17 de agosto de 1988.

<sup>742</sup> Decreto Núm. 52-97. La Gaceta Núm. 171. 8 de septiembre de 1997.

<sup>743</sup> La regulada en el Título II (Art. 154 y ss) del Libro II del TRLCAP bajo el concepto de gestión de servicios públicos.



través de sus propios órganos o entidades, con o sin personalidad jurídica, o por mediación de otras entidades que no tengan el concepto de públicas, siendo precisamente esta última, denominada gestión indirecta<sup>744</sup>.

Los modos de gestión de los servicios públicos extrañamente los encontramos en la constitución de Nicaragua, a través del artículo 105, que establece: “Es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas serán reguladas por la ley en cada caso.

Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenadas bajo ninguna modalidad.

Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno-infantil. Los servicios estatales de salud y educación deberán ser ampliados y fortalecidos. Se garantiza el derecho de establecer servicios privados en las áreas de salud y educación”.

De este largo artículo podemos tipificar tres modos de gestión de los servicios públicos:

- 1- Directos: a) seguridad social<sup>745</sup> b) Educación<sup>746</sup> c) salud<sup>747</sup>. Sin embargo, es necesario aclarar que la seguridad social es un servicio monopolístico

<sup>744</sup> CN. Art. 61.- El Estado garantiza a los nicaragüenses el derecho a la seguridad social para su protección integral frente a las contingencias sociales de la vida y el trabajo, en la forma y condiciones que determine la ley.

<sup>745</sup> CN. Art 58.- Los nicaragüenses tienen derecho a la educación y a la cultura. CN. Art.119.- La educación es función indeclinable del Estado. Corresponde a éste planificarla, dirigirla y organizarla. El sistema nacional de educación funciona de manera integrada y de acuerdo con planes nacionales. Su organización y funcionamiento son determinados por la ley. Es deber del Estado formar y capacitar en todos los niveles y especialidades al personal técnico y profesional necesario para el desarrollo y transformación del país.

<sup>746</sup> CN. Art. 59.- Los nicaragüense tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma. Los ciudadanos tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen.

<sup>747</sup> Tal vez esta omisión se deba a que la Ley de Contrataciones tiene como objetivo “establecer las normas generales y los procedimientos que regulen la adquisición, arrendamiento de bienes, construcción de obras, consultorías y contratación de servicios de cualquier

del Estado. En cambio, la educación y la salud, sólo es servicio público la actividad que presta directamente el Estado, pero no la privada.

- 2- Indirectos: prestados a través de la figura de la concesión. “Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas serán reguladas por la ley en cada caso”. (art. 105).

En la ley de Contrataciones del Estado no está reflejado estos modos de gestión<sup>748</sup>, y solamente se refiere a los contratos de obras públicas<sup>749</sup>, de arrendamiento de bienes inmuebles<sup>750</sup>, contratación de servicios complementarios<sup>751</sup>

naturaleza que efectúan los organismos o entidades del Sector Público”. De este párrafo, podemos extraer, que esta ley no pretende la gestión de un servicio público”. En la Ley de Contratos de España, el art. 54, establece que los contratos de gestión de servicios públicos, es “mediante los que las Administraciones públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público”. Ley de Contrato de las Administraciones Públicas. Real Decreto Legislativo 2/2000. 16 de junio. BOE de 21 de junio de 2000.

<sup>748</sup> En el Capítulo VI, Regulaciones Especiales sobre tipos Contractuales. Sección Primera. Obra Pública, en el artículo 59.- Alcance de la Obra Pública, se lee: “Se consideran obras del sector público, todos los trabajos de ingeniería y/o arquitectura, diseño de construcción, reforma o ampliación que se realicen directa o indirectamente, parcial o totalmente, con fondos del Estado o financiamiento externo. Quedan comprendidos: La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los Bienes inmuebles a que se refiere este artículo, incluido los que tienden a mejorar y utilizar los recursos agropecuarios del país, así como los trabajos de exploración, localización, perforación, extracción, servicio de industria y aquéllos similares que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentran en el suelo o en el subsuelo. Ley de Contrataciones del Estado. Ley 323. La Gaceta Núm. 1-2 del 3 y 4 de enero del 2000.

<sup>749</sup> En el Capítulo VI, Regulaciones Especiales sobre tipos Contractuales. Sección Tercera. Del Arrendamiento de Bienes Inmuebles, en el artículo 67.- Disposición General, se lee: “ Los contratos de arrendamiento para el caso en que el estado o una entidad del sector público tenga la calidad de arrendataria, se sujetarán al procedimiento de licitación pública. Cuando el alquiler mensual de un inmueble no supere treinta mil córdobas mensuales, se aplicará el procedimiento de compra por cotización. Ley de Contrataciones del Estado. Ley 323. La Gaceta Núm. 1-2 del 3 y 4 de enero del 2000.

<sup>750</sup> En el Capítulo VI, Regulaciones Especiales sobre tipos Contractuales. Sección Cuarta. Contratación de Servicios Complementarios, en el artículo 71.- Procedimiento Aplicable y Alcance se lee: “Siguiendo el Procedimiento que corresponda de acuerdo con el monto, los organismos sujetos a la presente Ley podrán contratar con personas jurídicas la prestación de servicios complementarios. Se consideran servicios complementarios todas aquellas actividades relacionadas con el apoyo a las unidades decisorias y ejecutoras, tales como servicios de vigilancia, limpieza, impresiones, lavandería, soporte informático, mantenimiento y otras similares que no impliquen ejercicio de competencias públicas. Ley de Contrataciones del Estado. Ley 323. La Gaceta Núm. 1-2 del 3 y 4 de enero del 2000.

<sup>751</sup> En el Capítulo VI, Regulaciones Especiales sobre tipos Contractuales. Sección Quinta. Contratación de Servicios de Consultoría, en el artículo 74.-Procedimiento de Contratación de Servicios, se lee: “ Los servicios técnicos o profesionales, a cargo de personas físicas o jurídicas, se contratarán por los procedimientos de licitación pública, licitación por registro, licitación restringida o compra por cotización, según corresponda de acuerdo con el monto”. Ley de Contrataciones del Estado. Ley 323. La Gaceta Núm. 1-2 del 3 y 4 de enero del 2000.

y contratación de servicios de consultarías<sup>752</sup>. Por su parte, el Reglamento se refiere únicamente al contrato de concesión de obra pública y de instalaciones públicas.

Es en la Ley de disposiciones de Bienes del Estado y entes Reguladores de los servicios públicos<sup>753</sup>, artículo 2, se establece que “El patrimonio en uso, así como los servicios que brinda el Estado en salud, educación y seguridad social, no son enajenables, no se darán en concesión, ni en delegación administrativa a personas naturales o jurídicas de carácter privado”.

Es decir, por imperativo constitucional (CN. art. 105) y por el artículo segundo de esta ley, se impone la gestión directa de estos servicios públicos. De tal modo que deben ser prestados directamente por el Estado la Educación, Salud y Seguridad Social, eliminándose, con ello, la posibilidad de prestación por un empresario privado, como ocurre por ejemplo en España con la Educación concertada<sup>754</sup>.

El artículo 3 de la Ley de disposiciones de bienes del Estado, establece que “la dirección, normación, regulación, planificación, supervisión, de los servicios públicos como energía, petróleo, agua potable, telecomunicaciones, correos, puertos, aeropuertos, aduanas, transporte, carreteras, caminos, deporte, cultura, medios de comunicación y almacenamiento de granos básicos, serán funciones indeclinables e indelegables del Estado. Se creará por ley un ente regulador para cada uno de los servicios públicos objetos del párrafo anterior, de acuerdo a la iniciativa que envíe el Presidente de la República”.

De acuerdo a este párrafo, las tareas de regulación corresponden al Estado. Lo que no impide que la gestión de estos servicios pueda corresponder a sujetos privados, si bien puede prestarlos directamente si lo considera necesario, por ejemplo, a través de una empresa pública. Y, por último, no condiciona el tipo de regulación, que puede ser, bien, indirecta al modo tradicional (concesión) o de acuerdo al nuevo modelo de regulación de servicios público, mediante la creación y puesta en práctica de un mercado regulado.

---

<sup>752</sup> Ley de disposiciones de bienes del Estado y entes reguladores de los servicios públicos. Ley Núm. 169, Gaceta Núm. 103, 3 de junio de 1994.

<sup>753</sup> Sobre la educación concertada, véase: DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.; SENDIN GARCIA, M. A.: *Derecho y Educación: Régimen jurídico de la Educación*. Salamanca, España. 2005 Págs. 40-43.

<sup>754</sup> Ley No. 524, Aprobado el 2 de Marzo del 2005 Publicado en La Gaceta No. 72 del 14 de Abril del 2005.

Sin embargo, la figura jurídica de la concesión la encontramos en la Ley General de Transporte terrestre<sup>755</sup>, Ley General de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario<sup>756</sup>, Ley de Industria Eléctrica y en su reglamento<sup>757</sup> y en la Ley General de Telecomunicaciones y servicios Postales<sup>758</sup>.

La Ley General de Transporte terrestre, define a la concesión como un “derecho que otorga el Estado a través del MTI o de las municipalidades, a una persona natural o jurídica, con carácter exclusivo para que trabaje una ruta en un tiempo y horario determinado” (Art. 47). Por su parte, el artículo 49 establece que “cualquier persona natural o jurídica, para explotar el servicio público de transporte de pasajeros, requerirá de una concesión otorgada por el Estado a través del MTI o las municipalidades. Las empresas o cooperativas destinadas a prestar este servicio, son de servicio público, la concesión constituye un derecho de propiedad del concesionario de la cual no podrá ser desposeído sino de conformidad con la presente Ley, la concesión puede ser gravable, transferible, enajenable y heredable. Todo gravamen o enajenación de dicha concesión debe estar debidamente registrado en el Registro Nacional de Concesiones. La adjudicación de varias concesiones o líneas a una misma persona podrá hacerse siempre que con ello no se constituya monopolio, el MTI o las municipalidades, en su caso, establecerán las normativas pertinentes a fin de evitar la concertación monopólica”.

Entre los requisitos, que se debe de llenar para obtener una concesión, se encuentran:

- a) Debe ser ofrecida en licitación pública”(Art. 51).
- b) La concesión se formalizará bajo la forma de un contrato (Art. 53).
- c) El plazo para la expiración de la concesión, será de 20 años. Sin embargo, “estas se considerarán automáticamente renovadas previa solicitud y el pago del precio base (Art. 58)
- d) El órgano encargado de otorgar concesiones y permisos en el servicio de transporte público es el MIT (Art 41).

<sup>755</sup> Ley No. 297, del 16 Junio 1998. Publicado en la Gaceta No. 123 del 2 Julio 1998.

<sup>756</sup> Ley Núm.272. Aprobada en el 18 de abril de 1998. Publicada en la Gaceta. Núm. 30, el 23 del mayo de 1998.

<sup>757</sup> Ley No. 200 de 8 de agosto de 1995. Publicado en La Gaceta No. 154 de 18 de agosto de 1995.

<sup>758</sup> En el Reglamento General de la Ley de Industria Eléctrica, Capítulo I, se lee: “**Concesión:** es el derecho exclusivo otorgado por el Estado, a través del INE a un distribuidor, para desarrollar la actividad de distribución en un área geográfica determinada”. Decreto 24-98.

En la Ley General de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, en su artículo 5 inciso 6 define la concesión, como “un acto jurídico de carácter administrativo por el cual el Estado, otorga un derecho a un agente económico para explotar un recurso natural o un servicio público” Con más precisión el artículo 6, de la misma ley define nuevamente a la concesión como “el derecho otorgado por el Estado a través de la Asamblea Nacional, a propuesta del Ente Regulador, a un agente económico privado denominado concesionario para prestar los servicios de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas”.

El plazo por el que se otorgan las concesiones de distribución de agua potable, recolección de aguas servidas y disposición de las mismas, será de un máximo de 25 años contados desde el inicio de la explotación comercial del servicio, sin perjuicio de la sanción de caducidad declarada de conformidad con lo establecido en la presente Ley. (Artículo 10) El otorgamiento de las concesiones se regirá por un proceso de licitación pública (Art. 13), en el que podrán participar personas jurídicas de derecho privado y público en igualdad de condiciones y oportunidades.

En el CAPÍTULO IX, Derecho y deberes del Estado, se establece el derecho de fiscalización y control sobre la concesionaria, para garantizar que los servicios sean prestados de conformidad a lo dispuesto en las leyes y reglamentos que regulan la materia. (Art. 34). El Ente Regulador en el ejercicio de este derecho, ejercerá la fiscalización y control de la calidad y continuidad del servicio, regulará, fijará y fiscalizará las tarifas de los servicios, y hará uso de las facultades o potestades que le concedan las leyes para sancionar los casos de incumplimiento o infracción a las mismas y sus reglamentos.

La Ley de Industria Eléctrica, en su artículo 66, inciso 2, establece: “se entiende por concesión el derecho exclusivo otorgado por el Estado a través del Instituto Nicaragüense de Energía, a un distribuidor para desarrollar la actividad de distribución en un área geográfica determinada, hasta por un plazo máximo de treinta años conforme las obligaciones que le imponen la presente Ley, su Reglamento y demás normativas”. Las concesiones para distribuir energía eléctrica serán otorgadas mediante licitación o negociación directa” (Arto. 71)<sup>759</sup>.

---

<sup>759</sup> La Sentencia Núm.55, dictada por la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, el 29 de agosto de 1997, dice textualmente: “La Concesión en términos generales, es una institución del Derecho Administrativo de reciente aplicación en las relaciones de los particulares con la Administración. Los tratadistas de Derecho Administrativo distinguen dos clases de concesiones. Para la prestación de servicios públicos y para la ocupación y aprovechamiento de bienes del dominio público, que no son de uso público, como las

Los Derechos y Obligaciones de los Concesionarios se encuentra en el capítulo XI, entre ellos se encuentran:

- 1) Arrendar o bajo otra figura jurídica, adquirir bienes y/o solicitar el establecimiento de servidumbres sobre aquellos bienes que fueren necesarios para la construcción, operación y mantenimiento de las instalaciones, según el correspondiente proceso de declaratoria de utilidad pública.
- 2) Al libre acceso, uso y ocupación de los bienes estatales, municipales o de dominio público que fueren necesarios para la construcción y operación de sus instalaciones.
- 3) A que la concesión o licencia permanezca a su nombre, durante todo el plazo y en las condiciones que se indican en el acuerdo de otorgamiento y el correspondiente contrato.
- 4) A percibir los demás beneficios que le otorgue la Ley y el contrato o resolución.

Arto. 83. Los concesionarios de distribución tendrán el derecho a ser distribuidores exclusivos en su zona de operación autorizada en lo que se refiere a los pequeños y medianos consumidores.

Arto. 84. Las concesiones o licencias, incluyendo los bienes y derechos destinados para su objeto, podrán ser transferidos a terceros calificados, previa autorización del INE. Cualquier acto que no cumpla con este requisito será considerado nulo.

Arto. 85. Los concesionarios, titulares de licencia y consumidores de energía eléctrica están obligados a proporcionar al INE todas las facilidades que sean necesarias para ejecutar las revisiones e inspecciones a que se refiere la presente Ley y su Reglamento.

minas, canteras, bosques, etc. En nuestro ordenamiento jurídico las concesiones mineras emanan de un acto administrativo mediante un Acuerdo del Ministerio de Economía y Desarrollo (MEDE) que autoriza la concesión, ya sea de exploración o de explotación, el que se comunica al solicitante para su aceptación en el término de treinta días de que habla el art. 66 de la Ley General sobre Explotación de la Riquezas Naturales, quedado el concesionario, al aceptarla, vinculado a un conjunto de obligaciones impuestas por la regulación impuestas por la regulación legal que sirve de base a ese acto administrativo". Véase también, el Boletín Judicial de 1945. Pág. 244 (12944), Cons. I; que considera también a la Concesión como un acto administrativo unilateral.

Arto. 86. Los concesionarios y titulares de licencia están obligados a proporcionar copia de los contratos de compra-venta de energía, información técnica y económica, modelos matemáticos y cualquier otro material informativo que el INE les solicite de conformidad al Reglamento de la presente Ley.

Al analizar las conceptualizaciones que sobre la concesión ha plasmado el legislador en la Ley General de Transporte Terrestre, Ley General de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario, Ley de Industria Eléctrica y en su reglamento, podemos desprender y sintetizar que los elementos sustantivos que definen a esta figura jurídica-administrativa en el derecho nicaragüense son los siguientes:

- a) Es un acto administrativo de carácter discrecional.
- b) Realizado por una autoridad administrativa, denominada concedente.
- c) Qué se otorga a una persona natural o jurídica, que son los titulares de la concesión.
- d) Otorga un derecho a explotar un bien propiedad del Estado o para establecer y prestar un servicio público.
- e) Los concesionarios están sujetos a derecho y obligaciones regulados preponderantemente, por normas de Derecho Público.

Una vez definido los elementos sustantivos de la concesión administrativa, podemos determinar que el significado del concepto de concesión en el derecho nicaragüense es el siguiente:

Acto administrativo discrecional mediante el cual el Estado, concede a una persona natural o jurídica, un derecho para establecer, explotar y prestar un servicio público<sup>760</sup>.

En el derecho nicaragüense, la concesión, es un acto unilateral, que se somete a un mando del poder público, a una situación legal y reglamentaria predeterminada sin que la voluntad del concesionario intervenga, ya que se concreta a aceptar las condiciones preestablecidas por el Estado. Es decir, el acto de otorgamiento de la concesión de servicio público es un acto administrativo de carácter unilateral<sup>761</sup>.

---

<sup>760</sup> Sobre el acto administrativo de carácter unilateral, véase, DOMINGUEZ BERRUETA.: *El incumplimiento...* Pág. 91 y ss.

<sup>761</sup> ANORVE BAÑOS, M.: *Servicios Públicos Municipales*. Editorial Porrúa. México. 1998. Pág. 87.

#### 4. Los modos de gestión de los servicios Públicos locales

Como es sabido, para el cumplimiento de sus fines y en interés público, las Entidades locales deben llevar a cabo una actividad de prestación de servicios, dirigidos a las necesidades colectivas locales<sup>762</sup>. Estas prestaciones se realizan de forma directa, lo que no excluye, sin embargo, que también pueda resultar implicado en la prestación del servicio otro sujeto distinto de la Entidad local competente para ello. Con todo, la relación jurídica que se establece entonces entre ambos sujetos no es contractual, sino de pura dependencia instrumental y organizativa, que responde a la llamada des-centralización funcional o por servicios en unas ocasiones y, en otras, a la formalización jurídico-privada de una actividad empresarial pública.

La forma indirecta de la prestación de un servicios público es “cuando la entidad local presta un servicio al público recurriendo a otros sujetos, que será el gestor del servicio, en virtud de un contrato”<sup>763</sup>.

El artículo 177, inciso 3 de la Constitución establece que “Los gobiernos municipales tienen competencia en materia que incida en el desarrollo socio-económico de su circunscripción. En los contratos de explotación racional de los recursos naturales ubicados en el municipio respectivo, el Estado solicitará y tomará en cuenta la opinión de los gobiernos municipales antes de autorizarlos”.

FLAVIO ESCORCIA señala que “puede notarse en dicho precepto de la norma fundamental, que los términos utilizados son muy amplios y ambiguos y que puede dar pie a diversas interpretaciones, a saber, ¿cuál es la materia que incide en el desarrollo social y económico del municipio?, tarea jurisprudencial y doctrinal han de ser las llamadas a concretizar tales conceptos jurídicos indeterminados, evitando que se produzca un vaciamiento del contenido competencial que ha de corresponder a las entidades municipales...a nivel constitucional se ha optado por el sistema genérico, al poder el municipio, intervenir en cualquier materia que incida en el desarrollo socio-económico de su circunscripción. Por otro lado, a nivel legal se atribuye un número de materias sobre las que el municipio puede ejercer competencias. Se trata entonces de un sistema mixto de atribución competencial en el ámbito municipal, y que, constitucionalmente está sujeto a una amplia interpretación que no constituye un límite a la intervención de los municipios, en aquellos asuntos que, bien por el devenir histórico, bien por coyunturas sociales, posteriormente se consideren propios de las entidades municipales”<sup>764</sup>.

<sup>762</sup> DE LOS MOZOS TOUYA, I. M.: “La gestión indirecta de los servicios públicos locales. Revista de Estudio de la Administración Local. 291. Homenaje a SEBASTIAN MARTIN-RETORTILLO. Pág. 751.

<sup>763</sup> FLAVIO ESCORCIA.: *Municipalidad y Autonomía...* Págs. 192 y 193.

<sup>764</sup> Ley de Municipios y sus reformas. Leyes Núm. 40 y 261. La Gaceta. Núm 155, 17 de agosto de 1988.



La Ley de Municipios<sup>765</sup>, en el Título II, de las competencias, en su artículo 7, establece que el Gobierno Municipal tendrá, entre otras, las siguientes competencias<sup>766</sup>:

- 1.- Promover la salud y la higiene comunal. (Art. 7, inciso 1)
- 2.- Cumplir y hacer cumplir el funcionamiento seguro e higiénico de mercados, rastros, lavaderos públicos. (Art. 7, inciso 2)
- 3.- Autorizar y registrar fieros, guías de transporte y cartas de venta de semovientes. (Art. 7, inciso 3)
- 4.- Otorgar concesiones cuando lo estimase conveniente para la construcción o administración de cementerios privados y supervisar el cumplimiento del reglamento respectivo (Art. 7. Inciso 4.B). En el artículo 8 inciso a, emitir opinión respecto a los contratos o concesiones de explotación de los recursos naturales ubicados en su circunscripción, como condición previa para su aprobación por la autoridad competente.

---

<sup>765</sup> El derecho de los municipios a participar en la gestión de los asuntos que afectan al círculo de sus intereses se concreta para los municipios en un listado de materias. Como afirma SOSA WARGNER Y P. DE MIGUEL, “al hablar de competencias propias de los entes locales equivale a reconocer no sólo la existencia de unas competencias atribuidas por ley a los mismos para la gestión de sus intereses, sino también la seguridad de que aquéllas van a ser ejercidas en régimen de autonomía, es decir, por su propia cuenta, bajo su responsabilidad y sin intromisiones por parte de otras Administraciones”. *Las competencias de las Corporaciones Locales*. IEAL. 1985. Pág. 39. J. SALAS, ha realizado una clasificación de las competencias administrativas, caracterizándolas de la siguiente manera: 1. Competencias Concurrentes. 2. Competencias Coincidentes. 3. Competencias Compartidas. 4. Competencias Exclusivas. 5. Competencias Decisorias. “El Tema de las Competencias: Instrumentación de las Relaciones entre el Estado y la Administración Local desde la perspectiva de la Descentralización Territorial. En: *Descentralización Administrativa y Organización Política*. Tomo II. S. MARTIN RETORTILLO (DIR). Ediciones Alfabuara. Madrid, España. 1973. Pág. 305-306.

<sup>766</sup> En la Sentencia Núm. 12 del 27 de febrero de 1997, de la Corte Suprema de Justicia, se declara que, “de conformidad con el Art. 181 CN., que establece en su párrafo segundo “Las concesiones y los contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, deberán contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente” y dicha norma estaba vigente en el momento de aprobarse la concesión forestal de sesenta y dos mil hectáreas de bosque en las cercanías del cerro Wacambay a la Empresa Coreana “sol del Caribe, S.A”. Con fecha del trece de Marzo de mil novecientos noventa y seis, según rola en las diligencias en el presente recurso, se considera que fue violada la disposición constitucional antes citada; ya que dicha concesión no fue aprobada por el Consejo Regional Autónomo, sino por la Junta Directiva del mismo, y por el Coordinador Regional de la Región Autónoma del Atlántico Norte, quienes no están facultados para realizar el otorgamiento de la referida concesión forestal”.

- 5.- La prestación a la población de los servicios básicos de agua, alcantarillados sanitarios y electricidad.
- 6.- Impulsar, regular y controlar el servicio de transporte colectivo intramunicipal, urbano, rural así como administrar las terminales de transporte terrestre interurbano, en coordinación con el ente nacional correspondiente (art. 12, inciso b).
- 7.- En el ejercicio de su competencia, los Municipios podrán: a) Contratar con otras instituciones del Estado la prestación de servicios que por su naturaleza puedan ser realizados por ellas de una mejor forma, observar su correcta ejecución (art. 9, inciso a).
- 8.- Los municipios podrán constituir empresas para la prestación de servicios municipales, estrictamente relacionados con el ejercicio de sus competencias establecidas en el Artículo 7 de la presente Ley (Art. 58)
- 9.- En el caso de los contratos o concesiones de explotación de los recursos naturales ubicados en la circunscripción municipal, el Consejo Municipal respectivo deberá emitir respecto a los mismos, como condición previa para su aprobación por el Consejo Regional Autónomo correspondiente (Art. 64)<sup>767</sup>.

En razón de la competencia, por una parte tenemos que los municipios pueden promover, autorizar, construir, reparar, explotar y conservar obras públicas y asimismo, puede prestar y regular un servicio público en condiciones de eficiencia y continuidad que satisfagan las necesidades normales de la respectiva comunidad, bien que el servicio sea prestado por el Municipio de forma directa, por otros organismos o entidades, por una empresa estatal o a través de la concesión.

También la prestación de los servicios públicos municipales podrá ser realizada mediante una mancomunidad o por el Municipio en forma directa y a través de la concesión otorgada mediante licitación pública.

A estos últimos, corresponde, el transporte. El artículo 42, de la Ley General de Transporte, establece que “corresponde a las alcaldías el otorga-

<sup>767</sup> FLAVIO ESCORCIA, indica que las competencias enumeradas en el artículo citado “han venido siendo ejercida de manera concurrente con la Administración Central de Estado, quien debido a mayores recursos económicos y personal técnico, ha venido alejándolas de las intervenciones municipales”. *Municipalidades y Autonomía...* Pág. 214. Véase también, LOPEZ ABED, NEHEMIAS (Ed.): *Descentralización y desarrollo...*

miento de concesiones y permisos en las siguientes modalidades: a) Nivel intramunicipal: Urbano, suburbano, rural, taxis ruleteros, taxis de parada y otros. b) Carga liviana y comercial. c) Transporte especial: Escolar y cualquier otra modalidad de transporte de personal interurbano. Los municipios enviarán informes trimestrales al MTI sobre la cantidad y tipo de concesiones y permisos aprobados, para actualizar el Registro Nacional de Concesionarios”.

De acuerdo a este artículo, el transporte es un servicio público concesionable, mediante el cual se entablen las rutas de transporte para asegurar la comunicación confiable, segura y a precios accesibles.

De todo lo dicho podemos concluir que las formas de gestión de los servicios públicos municipales para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, son de dos tipos:

- 1) La gestión directa por la administración municipal, como el transporte, el alumbrado público. etc.
- 2) La gestión indirecta, se da a través de la intervención de un particular o de una persona jurídica empresarial, mediante una relación contractual, a través de la concesión de servicios públicos.

Sin embargo, debido a la poca presión de la Ley de Municipios, y de su reglamento, en torno a la prestación de los servicios municipales de manera obligatoria y exclusiva, en la práctica se ha venido produciendo un abandono de competencias por parte de algunos municipios, los que se han visto imposibilitados de prestar esos servicios a la población<sup>768</sup>.

---

<sup>768</sup> GARCIA DE ENTERRIA escribe: “Arranca del fenómeno, cada vez más visible, de la tentación de adoptar para las Administraciones los modos privados de gestión, lo que implica una “huida del Derecho Administrativo. Esa práctica es conocida, sobre todo a partir de la generalización del sistema de empresas públicas, que comienza en el período de entreguerras y se generaliza con las nacionalizaciones de la posguerra y por efecto de las doctrinas socialistas. Pero lo singular del hecho ahora estudiado viene de la aplicación de estas técnicas no a empresas industriales o comerciales, sino a verdaderos servicios públicos materiales que no es imaginable que puedan funcionar sin someterse al Derecho Público. El ejemplo más claro –y en cierto modo escandaloso para las mentalidades jurídicas establecidas- es el de la Agencia Estatal Tributaria en 1991 (y que por cierto, la Ley de Presupuestos para 1992 financia con un 16 por 100 bruto de la recaudación fiscal total, fórmula de financiación que es completamente nueva en nuestra práctica presupuestaria y que envidiarán, sin duda, tanto por su importancia como por su facilidad de gestión, los servicios públicos más esenciales y caracterizados : la Justicia, el Ejército, la Enseñanza, etc)”. Prólogo al libro “Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios”. C. CHINCHILLA, B. LOZANO, S DE SAZ. Madrid. 1992. Págs. 12 y 13. Por su parte, TRONCOSO REIGADA afirma que “La Administración será siempre titular de un ser-

## 5. Los mercados regulados de servicios públicos

Como hemos estudiado, la figura del servicio público es protagonista de una larga historia, que ha diluido su significado, adaptándolo a las necesidades de cada momento histórico. Inicialmente, la calificación de una actividad como servicio público suponía la aplicación de un régimen jurídico consistente en la intervención directa de una autoridad pública, sujeta al derecho público, en defensa del interés público. La provisión del servicio por sujetos privados, y la aplicación del derecho privado, supusieron la crisis del servicio público tradicional. La exigencia de títulos jurídicos para la intervención pública, fruto del nuevo modelo económico keynesiano de la posguerra europea, salvó de la crisis a la figura del servicio público, que, no obstante, se transformó en el concepto impreciso, cuyo contenido mínimo, común a todos los Estados de tradición jurídica francesa, radica en el otorgamiento a las autoridades públicas de cierta potestad de intervención en un sector o actividad determinada. El legislador, invocando el siempre difuso interés público, podía determinar el grado de intervención pública en la economía, dentro de amplísimos límites constitucionales.

Sin embargo, las nuevas circunstancias económicas (globalización de la actividad económica), políticas (caída del bloque socialista y fortalecimiento de entidades supraestatales como la Unión Europea) y la reforma del Estado, ha tenido en los países en donde prevalece la figura del servicios públicos dos tipos de consecuencias: por una parte, se está produciendo una reorganización de las formas de gestión<sup>769</sup> de los servicios públicos; por otra, la privati-

vicio público, pero podrá gestionarlo, bien directamente a través de órganos de la Administración territorial, Organismos autónomos, empresas públicas, bien indirectamente, a través de particulares que gocen de una concesión administrativa. Además, la Administración podrá impedir la existencia de particulares gestores del servicio público declarando la actividad monopolio del Estado". *Privatización, Empresa Pública y constitución...*Pág. 105.

<sup>769</sup> NIEVES DE LA SERNA, afirma que la doctrina utiliza el término privatización en aquellos casos en que los poderes públicos se valen para el desarrollo de su actividad del ordenamiento jurídico-privado; fórmula que ha sido denominada "privatización en la gestión". *La privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*. Aranzadi. Madrid, España. 1995. Pág. 31. Por su parte, VILLAR ROJAS considera que la llamada privatización de la gestión de la actividad es, en cierta medida, una privatización relativa, por cuanto sólo supone la transferencia del ejercicio (gestión) de una competencia o titularidad pública exclusiva, y no la competencia o titularidad propiamente dicha. *La privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico...* Pág. 337.

zación<sup>770</sup> y la des-regulación<sup>771</sup> se introduce también en este ámbito, aunque con ciertas particularidades, que es necesario examinar.

El término desregulación ha de ser entendido en el contexto de la regulación estadounidense. Si regulación es el control continuo y concentrado de un sector económico por parte de una comisión especializada, ejercido a través de la imposición de obligaciones jurídicas a los actores privados en el sector, la desregulación es el relajamiento del control ejercido por la comisión reguladora, a través de la eliminación de determinadas obligaciones jurídicas impuestas a las empresas privadas del sector en cuestión.

<sup>770</sup> CASSAGNE, explica que la desregulación ha supuesto un examen profundo de todas las potestades de intervención, poniendo en cuestión aquellas que no se justifican por el fin para el que teóricamente se exigieron. *La intervención...* Pág. 96. Por su parte, SORIANO GARCIA, afirma que con la introducción de la desregulación, han aumentado considerablemente las potestades de disciplina y de supervisión... pues, no equivale en modo alguno a supresión de normas. No se trata de provocar las pura anomía. Se trata más bien de examinar qué tipo de normas regulaban el sector y sustituirlas por otras diferentes. La libertad y autoridad sabiamente mezcladas. Ese es parte del futuro del derecho administrativo. Volver al criterio de la autoridad y hacer una ponderación pública de los intereses en juego desde la lógica del poder... La desregulación no supone, pues, merma alguna de los objetivos públicos, sino su consecución por medios diferentes. Desregulación, privatización y derecho administrativo. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, Italia. 1993. Págs. 10 y 11. Por su parte VILLAR ROJAS, distingue tres funciones que los poderes públicos pueden desarrollar respecto al mercado, la primera distributiva, que le permite actuar como un operador económico más en el mercado mediante el gasto público y la actividad empresarial directa; la segunda redistributiva, por la cual se trata de encauzar la iniciativa económica privada hacia fines socialmente deseables mediante la política fiscal y las subvenciones; y por último, la reguladora, mediante el establecimiento de controles para acceder o salir de un sector económico, determinación de condiciones sobre los niveles de producción y calidad de los servicios, y fijación de los requisitos en la relación entre compañías; todo ello bajo la amenaza de sanción. La regulación es pues una forma de intervención administrativa en el mercado, si bien no de carácter directo, sino mediante el establecimiento de normas jurídicas generales que han de observar todos los que operen en él. Consecuentemente, la potestad sancionadora, y la adopción de medidas cautelares y correctoras de la actividad desviada, se acentúan en cuanto vienen a sustituir al desarrollo de la actividad directa económica por la Administración... Donde mayor importancia reviste la regulación, es en el supuesto de privatización de los servicios públicos. En tales casos las potestades administrativas comprenden un conjunto de facultades y medidas, establecidas en normas jurídicas al efecto, mediante las que se persigue la correcta prestación del servicio, de suerte que se produzca de forma óptima y se extiende a toda la población. Privatización y regulación, son, complemento. La regulación supone, una opción en la que, aprovechando las ventajas de la iniciativa privada en la actividad económica, se eviten los fallos del mercado y los fallos del Gobierno. *Privatización de servicios públicos*. Tecnos, Editorial. Madrid, España. 1993.

<sup>771</sup> "Titularidad privada de los servicios de interés general". En: *Derecho de las telecomunicaciones*. Ministerio de Fomento. Madrid, España. Págs. 1220 y 1221; CREMADES GARCIA, J.: "El Derecho de las telecomunicaciones en Europa y España". En: *Derecho de las telecomunicaciones*. Ministerio de Fomento. Madrid, España. 1997. Pág. 9; SENDIN GARCIA.: *Regulación y servicios...* Págs. 5 y 6.

El extremo de la desregulación es la retirada de todas las obligaciones jurídicas especiales, de todo el control ejercido por la comisión reguladora. El proceso de desregulación, sin embargo, no tiene por qué llegar tan lejos. Las autoridades públicas pueden por lo tanto, determinar el grado de la desregulación, fijando nuevos límites a la intervención pública en la economía<sup>772</sup>.

Desde mediados de la década de los setenta, existe cierto consenso en la existencia de una sobrerregulación, de una excesiva intervención pública en la economía a través de las comisiones reguladoras. Fruto de esta convicción política es la decisión de derogar la regulación más agresiva, aquella que impide el funcionamiento de los mecanismos del mercado: la regulación definidora de precios y barreras de entrada. La desregulación estadounidense no afecta decisivamente a la regulación social introducida en la década de los sesenta (ambiente, salud, defensa de los consumidores, etcétera), sino a la regulación económica introducida fundamentalmente en la época del *New Deal*<sup>773</sup>.

Este proceso ha significado el fin de un determinado modo de intervención pública, encaminada a la sustitución del mercado a través de la fijación de precios y de las barreras de entrada. La nueva opción confía a los mecanismos del mercado la ordenación del sector, con una intervención subsidiaria de los poderes públicos, bien para fomentar y mantener el carácter competitivo de los mercados, bien para alcanzar fines ignorados por el mercado. La reforma pretende que sean los mecanismos del mercado los que determinen, primero, los actores del mercado; segundo, los precios y, tercero, otros elementos tales como la calidad y cantidad de servicios. La desregulación supone un retorno a los orígenes de la regulación económica, una intervención que con el tiempo se había excedido en sus funciones.

Sin embargo, como indica MONTERO PASCUAL, en la Europa continental no se puede hablar de desregulación, pues la regulación económica no ha sido el modo de control público de la satisfacción del interés general. Los monopolios europeos eran al mismo tiempo reguladores y gestores, por lo que los problemas se solucionaban a través de decisiones internas y raramente a través de normas jurídicas. La liberalización impone la separación de estas funciones y un significativo aumento de la cantidad y complejidad de las normas jurídicas que reglamentan los sectores de interés general, pues

<sup>772</sup> Sobre los orígenes del proceso de liberalización en los Estados Unidos véase: QUADRA-SALCEDO, TOMÁS DE LA.: Telecomunicaciones y Derecho Público. En: *Derecho de las telecomunicaciones...* Págs. 131-141.

<sup>773</sup> "Titularidad privada de los servicios de interés general". En: *Derecho de las telecomunicaciones...* Pág. 1221.

es necesario resolver nuevos conflictos generados por la existencia de varios competidores en el mercado. En Europa, más que de desregulación, estamos ante un proceso de regulación, pues la nueva estructura de mercado exige la introducción en nuestro ámbito de este nuevo modo de actuación administrativa. La intervención de las autoridades públicas para la satisfacción de los intereses públicos sólo puede ser encauzada a través de la imposición de obligaciones jurídicas a los operadores privados, regularizando el sector<sup>774</sup>.

<sup>774</sup> El concepto de privatización es polisémico. NIEVES DE LA SERNA, considera que se pueden diferenciar tres posturas que no son excluyentes entre sí, a saber: a) En primer lugar, un sector de la doctrina 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, o en otras palabras, la acción de los poderes públicos que tiene como objetivo abrir el mercado en beneficio del sector privado. Se considera que aumenta la presencia del sector privado y retrae la acción de los poderes públicos en aquel mercado fortalece el orden económico. El fundamento de esta posición radica en la consideración de que la iniciativa privada resulta más eficaz y eficiente que la actuación de los poderes públicos. Desde esta perspectiva, el concepto de privatización incluiría toda medida que tenga como objeto disminuir la presencia y la acción del Estado en la esfera de las actividades de contenido económico. b) En segundo lugar, la doctrina utiliza el término privatización en aquellos casos en que los poderes públicos se valen para el desarrollo de su actividad del ordenamiento jurídico-privado...los poderes públicos, y en concreto la Administración, utilizan el Derecho privado para la organización y para el desarrollo de las actividades pública y económica. c) Finalmente, algún sector de la doctrina ha acuñado el concepto de privatizaciones circunstanciales, con relación a la venta -devolución al sector privado -de empresas previamente expropiadas por los poderes públicos por motivaciones diversas. *La Privatización...*Págs. 29-36. SORIANO GARCIA afirma que "los procesos de privatización responden, a la lógica de la devolución a la sociedad mercantil de cometidos propios de ésta, del mercadeo, del intercambio comercial, de la persecución del lucro como forma normal y deseable de comunicación entre los sujetos económicos que intervienen en la misma...En todo caso, conviene recordar que ambos procesos, privatización y desregularización, pueden transcurrir en paralelo o, simplemente, acontecer cada uno por su cuenta. Puede privatizarse sectores ya desregulados anteriormente y puede desregularse sobre sectores previamente privatizados. *Desregulación, privatización...* Pág. 14.

Por su parte, VILLAR ROJAS, define la privatización como la reducción de la actividad pública en la producción y distribución de bienes y servicios, mediante el traspaso de dicha función a la iniciativa privada. Tal traspaso de actividades puede hacerse aplicando diversas técnicas: a) Venta de la empresa pública. Es el medio más intenso de admisión de la iniciativa privada en la producción o distribución del bien o servicio. Se produce una transferencia en la titularidad de la empresa, ya sea total o parcial, bien mediante la venta en bloque de la misma a uno o varios sujetos determinados, bien, mediante la enajenación de participaciones, total o parcialmente, ocasionando un cambio en el control de la compañía. La venta de la empresa puede hacerse de forma directa; o mediante licitación pública, ya sea en un procedimiento abierto -admitiendo a todos los participantes-, ya se restringiendo -en el que existe una selección previa de los participantes-, y por concurso o subasta. La enajenación de las participaciones puede efectuarse de forma directa, ofertándolas al público de forma abierta o restringida, por su negociación en Bolsa si cotizan en ella las acciones; b) Inclusión de capital privado. En tal caso, no existe enajenación de activos públicos, pero, mediante un incremento del capital no suscrito, se opera un cambio

Por su parte, la privatización como concepto es polisémico<sup>775</sup>; y aunque existen diversas formas y posturas acerca de este proceso. Como apunta TRONCOSO REIGADA, existen diversas modalidades de privatización. La primera sería la material de la actividad –o genuina privatización de tareas- (Matrtirllr-oder echt Aufgabán-Privatisierung), que también puede ser denominada privatización del régimen jurídico, que se caracteriza por modificar la titularidad de una actividad, que deja de ser estatal para permitir la titularidad de los particulares. Esta es la denominada despublicatio de una actividad, que abandona así el carácter de servicios público en sentido subjetivo. Frecuentemente esta privatización de tareas o de la actividad van unidad a una mayor actividad de regulación del sector público, de manera que no se produce una completa desestatalización. Esto es lo que la doctrina alemana ha calificado como “falsa privatización de tareas”. –Unechte Aufgabánprivatisierung. Una variante de la

en el control de la empresa, pasando el capital privado a ser mayoritario; c) Transferencia de la producción o prestación del bien o servicio. En tal caso, la Administración se reserva la titularidad de la empresa, pero encarga su gestión a un sujeto privado. Es el caso de la concesión; d) Sometimiento de la empresa al ordenamiento jurídico privado. No existe en tal caso, ni transferencia de titularidad, ni de gestión; es la propia Administración la que gestiona la producción y prestación del bien o servicio, pero sometiendo la actuación de la empresa pública a los criterios de actuación de los sujetos privados: e) Liberalización del mercado. Es el supuesto en el que un sector de la actividad productiva o de intermediación, reservado a la iniciativa pública, es abierto a la iniciativa privada, bien en concurrencia con los poderes públicos, bien cesando éstos en la realización de actividades mercantiles en dicho sector. Supone esta técnica la eliminación de límites jurídicos en la actuación en un sector del mercado y por ello se la denomina, igualmente, desregularización, en cuanto somete al régimen común un sector antes protegido. *Privatización de servicios públicos*. Tecnos, Editorial. Madrid, España. 1993.

CONCEPCION MONTERO, indica que “en un sentido amplio puede hablarse de privatización, bien porque la titularidad de una empresa pública es transferida, bien porque, no siendo altera tal titularidad, se acude a la gestión privada de la misma, o porque la actuación de la Administración se sujeta a normas jurídico privadas, o bien porque se admiten nuevos operadores económicos en sectores antes reservados a la iniciativa pública. Es posible una primera clasificación que distingue la privatización formal, cuando sin cambio de titularidad en la empresa, ésta es gestionada con criterios privados, ya sea por la propia Administración, ya por un sujeto privado; y la privatización material cuando se produce efectiva transferencia en la titularidad o se abre a la iniciativa privada un sector reservado a la iniciativa pública. “Empresa pública y privatización”. En: *La Intervención administrativa en la economía*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996. Pág. 76. CASSAGNE afirma que, “en definitiva, la privatización supone una delimitación de los campos propios del Estado y de la sociedad, devolviendo a cada uno sus responsabilidades y descargando al Estado de la pesada carga de ser empresario y autoridad a la vez. De ahí que los estudiosos del tema hayan teorizado inclusive esta técnica dentro de lo que denominan el “Estado subsidiario”. *La intervención...* Págs. 123 y ss.

<sup>775</sup> *Privatización, Empresa Pública y constitución*. Marcial Pons. Madrid, España. 1997. Págs. 42, 43, 44, 45 y 46.



privatización material o de tareas es lo que se puede denominar privatización indirecta de tareas –Mittelbare Aufgabenprivatisierung–, que se distingue en que aquí la asunción de competencias que antes eran públicas por el sector privado proviene indirectamente de la reducción de las prestaciones del estado en campo. Este modelo de privatización desempeña un papel decisivo principalmente en el terreno de la Seguridad Social, y en general –de gran actualidad en este momento–, en la reducción del nivel de prestaciones sociales. La segunda modalidad sería la privatización de la gestión o funcional –o privatización del desempeño de tareas –(Funktionale Privatisierung-oder Prevtatisierung Aufgabenerledigung). A diferencia de lo que sucede en la privatización material, en esta modalidad la competencia de las tareas sigue recayendo en el sector público, mientras que únicamente su ejecución se transfiere a un sujeto de Derecho Privado, que actúa en el terreno en cuestión como auxiliar de la Administración. El particular actúa como empresario concesionario para el desempeño de tareas de titularidad pública que le son transferidas. No basta, por tanto, la venta de una empresa pública que presta una actividad de servicio público para que los particulares puedan desarrollar tal actividad. Es necesario que la empresa privada –que puede nacer de la privatización o que puede ser de nueva creación –sea receptora de la concesión del servicio público. La tercera modalidad sería la privatización del patrimonio-Vermögensprivatisierung–, que consiste en la privatización de empresas con ánimo de lucro, que no realizan una actividad de servicio público, sino una actividad económica libre en el mercado en competencia con los particulares. Se produce en este caso únicamente una privatización de la empresa, siendo innecesaria la privatización material –o de la actividad- y la utilización de la técnica de la concesión. A diferencia de la privatización material, no tiene lugar en la privatización del patrimonio una desestatalización por reducción del desempeño de tareas por parte del Estado, sino simplemente una disminución de la presencia competitiva de los poderes públicos en la economía. La cuarta modalidad sería la privatización de la financiación –Finanzierungsprivatisierung. Esta forma de privatización prevé la realización de proyectos públicos de inversión valiéndose de formas de financiación propias de la economía privada, como por ejemplo la utilización de capital privado en lugar de la usar financiación con cargos a los Presupuestos del Estado. Como por ejemplo de esta posibilidad de privatización se puede citar la financiación privada de las autopistas –que condiciona la adjudicación del contrato con la prefinanciación del concesionario – o la transferencia a los consumidores, a las empresas farmacéuticas o las farmacias de parte del gasto estatal en medicamentos. Obviamente, todos estos supuestos de privatización están entrelazados<sup>776</sup>.

<sup>776</sup> SENDIN GARCIA, MIGUEL ANGEL.: *Regulación y servicios públicos...* Págs. 56, 57 y 58. Véase también: MONTES, PEDRO.: *La integración en Europa*. Editorial Trotta. Madrid, España. 1993. MUÑOZ MACHADO.: *Servicio público y mercado...* Págs. 140-155.

La tendencia privatizadora de la organización y de la actividad de las Administraciones públicas, no ha sido provocado sólo por los cambios de los años ochenta, sino que se había iniciado ya a finales de los años sesenta, con el desarrollo de las formas de actuación administrativa de carácter consensual, frente a los instrumentos unilaterales y autoritarios clásicos y, también, como hemos estudiado, en los países de la Unión europea ha sido fundamentales para esta evolución las presiones liberalizadoras del proceso de integración comunitario<sup>777</sup>.

Entrando en el campo más concreto de los servicios públicos, debemos señalar que la reorganización de la gestión de éstos presenta diversas modalidades. En primer lugar, hay que mencionar la privatización de los entes de gestión, que incluye, en los países en que aquéllos estaban dotados de formas de personificación jurídico-públicas, una primera fase de transformación de los mismos en sujetos de Derecho privado y una segunda de venta pública de todas o parte de las acciones<sup>778</sup>. Tras el proceso de privatización, sin embargo, los Poderes públicos suelen conservar amplios poderes de control sobre estas sociedades, por medio de diversas técnicas.

En segundo lugar, la concesión y, en general, las formas de gestión indirecta de los servicios públicos son preferidas a la gestión directa, como sucedía en los tiempos del Estado liberal de Derecho clásico. Con todo, también aquí se han producido novedades, y así hoy se intenta introducir la competencia entre concesionarios, en lugar de la gestión con cláusula de exclusiva<sup>779</sup>.

<sup>777</sup> DESDENTADO DAROCA, EVA.: *Crisis de identidad del derecho...*Págs. 132-190.

<sup>778</sup> Señala ARIÑO, que “aunque después del proceso de privatización varias actividades públicas hayan sido atribuidas al sector privado mediante la concesión no significa que estas salgan del ámbito de lo público. Los poderes públicos siempre son los titulares de la actividad. Por esa circunstancia, es erróneo plantar que el cambio de gestión de actividades públicas mediante concesión supone una verdadera privatización”. ARIÑO ORTIZ, GASPAR.: *Economía y Estado...*Pág. 288.

<sup>779</sup> DILORENZO, explica que un monopolio natural emerge cuando la tecnología de producción, como por ejemplo costos fijos elevados, provoca que los costos totales en el largo plazo declinen al aumentar la producción. En tales industrias, dice tal teoría, un solo productor eventualmente será capaz de producir a un costo más bajo que cualquier otro par de productores, por lo tanto creándose un monopolio “natural”. El resultado serán precios más altos si más de un productor sirve a ese mercado.

Más aún, se dice que la competencia causaría inconvenientes al consumidor dada la construcción de infraestructura redundante, por ejemplo, excavaciones en las calles para el tendido de líneas dobles de gas o agua potable...Evitar tales inconvenientes es otra razón presentada para otorgar exclusividad a industrias cuyos costos promedio declinan en el largo plazo. La teoría del monopolio natural fue desarrollada primero por economistas, y utilizada luego por legisladores para “justificar” exclusividades (monopolios). Durante la última parte del siglo diecinueve, cuando los gobiernos locales empezaban a otorgar exclusividades, la noción económica generalizada era que un “monopolio” era algo cau-

Esto resulta posible gracias a la reformulación de la teoría de los monopolios naturales realizada en los últimos años por la Ciencia económica, en la cual ha tenido una gran influencia las nuevas posibilidades abiertas por el progreso tecnológico<sup>780</sup>. Asimismo, las relaciones entre los entes gestores de los servicios públicos (sean todavía sujetos dotados de personalidad jurídico-pública, sean ya sociedades privadas) y las Administraciones titulares de aquéllos se articulan de una manera más flexible y paritaria, de acuerdo con la tendencia ya mencionada a la utilización por parte de las Administraciones públicas de formas de actuación consensuada.

sado por la intervención gubernamental, no por el libre mercado, a través de contratos exclusivos, proteccionismo y otros medios. La teoría del monopolio natural es una ficción económica...Tal cosa como un “monopolio natural” jamás ha existido. La historia de los así llamados “servicios públicos” es que a fines del siglo diecinueve y principios del veinte las empresas competían vigorosamente y, como en todo el resto de industrias, no les gustaba la competencia. Las empresas obtuvieron monopolios por parte del gobierno, y entonces, con ayuda de algunos economistas influyentes, fabricaron la racionalización (justificación) *ex post* para su poder monopólico...Como todos los monopolistas, tratarán de utilizar hasta el último recurso para manipular y mantener sus privilegios monopólicos, pero las ganancias potenciales -para los consumidores- de tener mercados libres son demasiado grandes para justificarlos. La teoría del monopolio natural es una ficción económica del siglo diecinueve que defiende privilegios monopólicos del siglo diecinueve (o dieciocho, en el caso del Servicio Postal de los EE.UU.), y no tiene lugar válido en la economía estadounidense del siglo veintiuno. DILORENZO, J. THOMAS.: El mito del monopolio natural. Traducido por [Juan Fernando Carpio](#). *The Review of Austrian Economics Vol. 9, No. 2 (1996)*. Véase también, DE LA CRUZ FERRER.: *La liberalización de los servicios...* 100 y 101.

Esta teoría del monopolio natural, comienza a cuestionarse a mediados de la década de 1950, por un grupo reducido de economistas americanos y británicos. La escuela liberal de pensamiento económico, que cristaliza en esos años en Chicago y otros lugares, da pie a un intenso periodo de investigación en los grandes centros académicos de los EE.UU., donde estas críticas se formalizan teóricamente. Entre los más destacados, se encuentran STIGLER, FRIEDMAN, COASE, DEMSETZ y otros. Su trabajo se consagrará en la década de los 70, cuando en palabras de ALFRED KAHN, arraiga el consenso de que la gestión pública o semipública en monopolio había “suprimido la innovación, cobijado la ineficiencia, fomentado una creciente espiral de precios/salarios, promovido un severo desajuste de recursos, al romper el vínculo entre precios y costes marginales, fomentado una competencia improductiva e inflacionaria de costes, denegando al público la variedad de precios y opciones de calidad que hubiera ofrecido el mercado competitivo”. KAHN, ALFRED E., “*The Economics of Regulation: Principles and Institutions*”, MIT Press, 1988, Sexta Edición, página xvi.

<sup>780</sup> Una política de privatizaciones y de reforma del servicio público vuelve a dar fuerza al denostado principio de subsidiariedad. Por principio de subsidiaridad –o principio de suplencia de la intervención del Estado–, los poderes públicos sólo prestarán directamente servicios públicos en caso de insuficiencia de la iniciativa privada o como complemento de ella –sanidad, educación y transporte. STOBER, R.: *Derecho Administrativo Económico*. INAP. 1992. Págs. 103-105; O. DE JUAN ASENJO.: *La Constitución Económica Española*. Madrid.CEC. 1984. Págs. 93-98; ARIÑO, G.: *Economía y Sociedad...* Págs. 63-80.

Esta revalorización de la gestión indirecta, sin embargo, vuelve a poner de actualidad los problemas que conlleva la concesión de servicio público. En este sentido, sigue viva la vieja cuestión de la compatibilidad entre la autonomía empresarial de los concesionarios y los necesarios controles públicos dirigidos a asegurar la sujeción de la actividad de aquéllos a los principios y fines propios del servicio público<sup>781</sup>.

A estas dificultades se añade hoy la necesidad de garantizar la transparencia de los procedimientos de selección de los concesionarios y de la contratación<sup>782</sup>.

Una tercera forma de reorganización de la gestión de los servicios públicos es la incentivación de la colaboración de voluntarios y de asociaciones privadas sin fines de lucro en los servicios sociales. El fenómeno del voluntariado es una expresión de la idea de solidaridad que se halla en fase de expansión en las sociedades modernas y subdesarrolladas, en buena parte a causa de la incapacidad de los Poderes públicos para asumir o mantener ciertas tareas asistenciales, como consecuencia de la situación de la reforma del Estado. Con la admisión de estas organizaciones de voluntarios en la gestión de los servicios sociales se busca reducir las cargas financieras públicas en los servicios públicos en los que los problemas presupuestarios de las Administraciones públicas son más graves, sin tener que adoptar medidas difícilmente sostenibles desde el punto de vista político como sería la supresión de prestaciones<sup>783</sup>.

---

<sup>781</sup> MUÑOZ MACHADO, considera que “la apertura de la contratación pública ha tenido por objeto hacer efectiva las libertades de libre circulación de trabajadores, de establecimiento y libre prestación de servicios, más que asegurar la igualdad de oportunidad entre las empresas públicas y privadas. Ello sin perjuicio de que, obviamente, ha servido también para evitar las reservas en exclusiva de la realización de obras o servicios por empresas públicas, facilitando la concurrencia de todos los operadores económicos en cada sector”. *Servicio público y mercado...* Pág. 213. RIVERO ORTEGA, por su parte, afirma que “el fundamento de los contratos administrativos se encontraría, pues, en la necesidad de que la Administración mantenga un poder de control sobre la realización de determinados contratos (encargos) que ésta realiza con empresas privadas, contratos cuyo cumplimiento en tiempo y forma es fundamental para los intereses generales de la comunidad, por lo que el legislador decide que no debe regirse únicamente por el Derecho Privado”. *Administraciones Públicas y Derecho privado...* Pag. 183. Véase también, GONZALEZ IGLESIAS, M. A.: *El contrato administrativo de consultaría*. Marcial Pons. Madrid, España. 2002. Págs. 22-32.

<sup>782</sup> SENDIN GARCIA.: *Hacia un servicio europeo...* Pág. 290-292.

<sup>783</sup> En América Latina, el ejemplo más típico y reciente de este proceso ha sido la privatización de la Seguridad y la salud. Sobre este particular véase, MESA-LAGO, CARMELO.: “Política y reforma de la Seguridad Social en América Latina. Revista, Nueva Sociedad. Número. 160. Marzo-abril. 1999. Pags. 133-150.

En el ámbito concreto de los servicios públicos económicos, se ha transformado de pública en privada la forma de personificación de algunos entes de gestión de gran relevancia, y se ha reforzado la aplicación de las reglas de empresa, en busca de una mejora de los niveles de calidad en la prestación de los servicios. El panorama es más complejo en los servicios de carácter social, donde la introducción de los criterios empresariales plantea mayores dificultades técnicas y también fuertes resistencias sociales de parte de los sindicatos y de los ciudadanos<sup>784</sup>.

Por lo que se refiere a la influencia del proceso de liberalización de la economía sobre los servicios públicos de carácter económico-empresarial, hay que hacer notar que no conlleva siempre la devolución al mercado de enteras actividades de prestación de utilidades a los particulares cuya titularidad fue asumida en su momento por los Poderes públicos; con frecuencia, lo que se liberalizan son únicamente algunas de las prestaciones de titularidad pública, quedando el resto de ellas sometidas al régimen jurídico del servicio público.

Pero, además, incluso en el primer caso es difícil de imaginar que la regulación y el control público sobre las actividades económicas concernidas llegue a desaparecer del todo, pues generalmente se mantendrá un régimen de autorizaciones administrativas en el sector y los Poderes públicos conservarán en todo caso la titularidad de las redes básicas de infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios afectados.

De esta manera, en los sectores donde la liberalización ha progresado más se detecta hoy en los países con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa una tendencia todavía incipiente a la sustitución total o parcial de la técnica del servicio público por la forma de intervención sobre estas actividades propia del Derecho anglosajón, que no implica la asunción en bloque por los Poderes públicos de la titularidad de sectores enteros de actividad económica, sino la mera *regulación* de los mismos.

Otra característica destacable de este modelo de intervención es que las funciones públicas de control del cumplimiento de las normas reguladoras del sector por los sujetos que operan en él se atribuyen normalmente a autoridades administrativas independientes, y no a los órganos administrativos y entes públicos clásicos<sup>785</sup>.

---

<sup>784</sup> Sobre los entes reguladores, su estructura, formación y reglas de funcionamiento, véase, ARIÑO ORTIZ.: “*Economía y Estado*”, Marcial Pons, Madrid, 1992, especialmente capítulo XI, páginas 376 a 389.

<sup>785</sup> ARIÑO ORTIZ.: *El nuevo servicio...* Pág. 25.

## 6. El nuevo servicio público

El concepto tradicional del servicio público estaba determinado por las ideas de solidaridad e igualdad (ideología); la universalidad en la prestación y la regularidad en la misma (técnica); el interés general y la “publicatio” (jurídico); y el monopolio y el precio por el coste inferior (económicas).

Con el proceso de privatización y regulación, como ya hemos apuntado, se empezó a discutir y cuestionar precisamente los postulados económicos del servicio público; y todo este proceso tuvo como consecuencia un cambio de modelo, que en palabras de ARIÑO ORTIZ, consiste “esencialmente en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de “servicios universal”, pero no con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados no ciudadanos cautivos). Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad que se trate”<sup>786</sup>.

El nuevo modelo de ordenación jurídico-económico, ha traído consigo, además nuevas autoridades (Gobiernos y “reguladores independientes”), protagonistas (empresas privatizadas) y nuevas normas e instituciones.

En este proceso, la Administración adquiere un nuevo papel sumamente importante: regular, supervisar y controlar los mercados para garantizar su funcionamiento conforme al principio de libre competencia e incluso, ahí donde la tendencia natural es el monopolio u oligopolio, para crear las condiciones de un auténtico mercado de competencia<sup>787</sup>.

De esta forma, la actividad del Estado se transforma, pasa de ser prestatario, a un actor imparcial con varias tareas a su cargo: promover la libre competencia en los sectores en que ésta puede darse y servir de árbitro en el juego de intereses que se genera entre usuarios, prestatarios, etc.

<sup>786</sup> DESDENTADO DAROCA.: *La crisis de identidad...* Pág. 118.

<sup>787</sup> HESSE, K.: *Significado de los derechos fundamentales*. Traducción de ANTONIO LOPEZ PINA. En *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid, España. Instituto Vasco de Administración Pública. Marcial Pons. 1996.

Todo este proceso exige la aprobación legislativa de leyes denominadas normas de organización y procedimiento<sup>788</sup>, idóneas y necesarias para hacer posible, en este caso, la libertad de elección del usuario, el servicio universal, la libertad de competir de los operadores de los servicios públicos.

Esta nueva concepción del servicio público trata de conciliar, por una parte, la instauración de “un sistema más eficaz y competitivo<sup>789</sup>”, y por otro, la garantía de un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho, a través del servicio universal<sup>790</sup>. A través de la introducción de la competencia en los servicios públicos lo que se pretende es precisamente mejorar la eficiencia del sistema en beneficio de todos, especialmente de los consumidores<sup>791</sup>.

Este modelo se rige, por la separación de actividades del sector, y con ello se busca que una actividad que ha operado en monopolio en un mercado, de forma concentrada, sea objeto de una separación en varios aspectos. Primero, se pretende hacer una separación de las actividades del sector<sup>792</sup>, después se busca separar las actividades competitivas y no competitivas, principio que se refleja en toda la estructura del nuevo modelo de regulación<sup>793</sup>. Por último separar las actividades del regulador y del operador<sup>794</sup>.

Con la separación de actividades se busca alcanzar, dos objetivos: Por un lado, establecer un régimen jurídico diferenciado; y, por otro, procurar la

---

<sup>788</sup> DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN: Prólogo al libro *Regulación y servicios públicos...* Pág. XIX.

<sup>789</sup> Véase: ARIÑO ORTIZ, G Y LOPEZ DE CASTRO, L.: *La competencia en Sectores Regulados*. Granada. Editorial Comares. 2003. Pág. 13; ARIÑO ORTIZ.: “El Nuevo Servicio Público”. En: *Principios de Derecho Público...* Págs. 557 y ss.

<sup>790</sup> CABALLERO SANCHEZ, R.: *Infraestructura en red y liberalización de servicios públicos*. Madrid, España. INAP. 2003. Págs. 353 y 354.

<sup>791</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAS y LOPEZ DE CASTRO, L.: *La competencia en Sectores Regulados*. Granada. Editorial Comares. 2003. Pág. 16; ARIÑO ORTIZ.: “El Nuevo Servicio Público”. En: *Principios de Derecho Público...* Pág. 562; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: *El Nuevo Servicio...* Pág. 27; SENDIN GARCIA.: *Regulación y servicio público...* Pág. 61.

<sup>792</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAS y LOPEZ DE CASTRO, L.: *La competencia en Sectores Regulados*. Granada. Editorial Comares. 2003. Pág. 15; ARIÑO ORTIZ.: “El Nuevo Servicio Público”. En: *Principios de Derecho Público...* Pág. 561; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: *El Nuevo Servicio...* Pág. 26; SENDIN GARCIA.: *Regulación y servicio público...* Pág. 61.

<sup>793</sup> ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: *El Nuevo Servicio...* Pág. 26.

<sup>794</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAS y LOPEZ DE CASTRO, L.: *La competencia en Sectores Regulados...* Pág. 16; ARIÑO ORTIZ.: “El Nuevo Servicio Público”. En: *Principios de Derecho Público...* Pág. 562; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: *El Nuevo Servicio...* Pág. 27; SENDIN GARCIA.: *Regulación y servicio público...* Pág. 61.

transparencia en los precios y costos de la actividad<sup>795</sup>, evitando las subvenciones cruzadas.

La separación o disociación de las actividades del sector, es un mecanismo que busca introducir transparencia en los precios y en los costos de los servicios. Esa transparencia permite reducir las distorsiones de la competencia entre operadores que producen las subvenciones cruzadas. La separación puede referirse a varios ámbitos: separación contable<sup>796</sup>, funcional o por gestión<sup>797</sup>; jurídica o estructural y material<sup>798</sup>, y accionaría<sup>799</sup>.

Hasta el momento no se ha establecido reglas para determinar cuál es la separación más adecuada, lo importante es que la transparencia pueda ser efectiva. Es preciso advertir que el nuevo esquema de regulación “no prejuzga la estructura empresarial, que salvando ciertos límites debe dejarse a las decisiones de las fuerzas del mercado<sup>800</sup>”.

De acuerdo con ARIÑO ORTIZ, el régimen jurídico de las actividades competitivas esta de determinada por cuatros libertades:

<sup>795</sup> La separación contable de las actividades del sector es la distinción en las cuentas del operador de las diferentes actividades. Esta separación es un instrumento indispensable para posibilitar la transparencia contable y financiera, con el objetivo de obtener un mínimo de información sobre los precios y los costos de los servicios. En la Unión Europea, existe normativa que contempla esa exigencia. Tal es el caso, por ejemplo, del sector ferroviario, en el cual, mediante la directiva 91/440 relativa al desarrollo de ferrocarriles, se ha establecido la obligatoriedad de esta separación desde 1991. En el caso de las telecomunicaciones, la directiva Núm 97/33/CE relativa a la interconexión, prevé como obligatorias la separación contable de las actividades.

<sup>796</sup> Este tipo de gestión implica la creación de una entidad jurídica integrada pero disponiendo de una autonomía de gestión.

<sup>797</sup> La separación jurídica o estructural es la creación de entidades jurídicamente distintas. Con esta separación se pretende que cada una de las actividades tenga una estructura empresarial jurídicamente diversa. Esto no impide, sin embargo, la creación de grupos o holding de la que dependan las diferentes sociedades. Con la separación material, por su parte, se pretende que cada actividad o empresa cuente con su propio personal reclutado extermanente y sin relación con otras empresas. Toda prestación gratuita debe ser excluida. ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: *El Nuevo Servicio... Pág. 17.*

<sup>798</sup> Mediante este criterio regulatorio, se prohíbe “por ley la presencia de un mismo accionista dominante en los distintos sectores o áreas de actividad. ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: *El Nuevo Servicio... Pág. 17.*

<sup>799</sup> ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: *El Nuevo Servicio... Pág. 17.*

<sup>800</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPARG y LOPEZ DE CASTRO, L.: *La competencia en Sectores Regulados... Págs. 21 y 22; ARIÑO ORTIZ.: “El Nuevo Servicio Público”. En: Principios de Derecho Público... Pág. 564; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUE TARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: *El Nuevo Servicio... Pág. 27.**



- 1) Libertad de entrada: Consiste básicamente en la apertura del sector a la iniciativa privada y pluralidad de oferta en los servicios. Cualquier operador que reúna los requisitos necesarios, tendrá derecho a construir, explotar, comprar y/o vender las instalaciones necesarias para la actividad de que se trate<sup>801</sup>. El único requisito es la obtención de una autorización administrativa, que tendrá carácter reglado y no discrecional<sup>802</sup>
- 2) Libre acceso al mercado, a la red, a las infraestructuras (doctrina de las esencial facilities<sup>803</sup>): Se reconoce a todos los operadores el libre acceso a las instalaciones o infraestructura sobre las que la prestación de los servicios descansa (físicas o infraestructuras: redes eléctricas, oleoductos y

---

<sup>801</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LOPEZ DE CASTRO, L.: *La competencia en Sectores Regulados...* Págs. 21 y 22.

<sup>802</sup> VILLAR ROJAS señala que “La doctrina de las “essential facilities” surge y se desarrolla en el marco del artículo 2 de la Sherman Act, esto es, la norma fundamental del derecho de la competencia norteamericano. Este precepto prohíbe monopolizar, intentar monopolizar, o llegar a acuerdos para monopolizar cualquier parte del comercio entre los estados o el comercio internacional. Se trata de un mandato equivalente al artículo 82 del Tratado de la Unión Europea y al artículo 6 de la Ley española de Defensa de la Competencia; si bien, mientras aquél tiene como presupuesto de hecho los monopolios, estos últimos actúan sobre las conductas que supongan un abuso de posición dominante, aun sin existir un monopolio. La finalidad en los tres preceptos es común: actuar frente a aquellas situaciones de dominio, de las que el monopolio es su manifestación más extrema, que permiten a quien ocupa esa posición menoscabar la libre competencia, bien imponiendo a empresarios y consumidores condiciones comerciales injustificadas, o bien impidiendo que sus competidores tengan acceso a ese mercado o a otro secundario que sea dependiente de aquél. El artículo 2 de la Sherman Act ha servido de fundamento de resoluciones limitativas de la libre iniciativa empresarial, entre ellas la libertad de contratación. La doctrina ha reconocido hasta tres explicaciones de este precepto que sirven para legitimar la limitación de la libertad que todo empresario tiene de elegir con quien establece relaciones comerciales y, por tanto, de negarse a establecerlas. La primera es la “intent doctrine”, que pretende determinar si la voluntad de la empresa que deniega un suministro o un acceso es mantener o lograr una situación de monopolio, no una simple decisión empresarial. La segunda es el “monopoly levering test”, que enjuicia la negativa a contratar considerando si, con esa decisión, el operador obtiene ventaja en un mercado secundario o dependiente. La tercera es la “essential facilities”, es buena medida una combinación de las anteriores. En una primera aproximación, la doctrina de las “essential facilities” identifica aquellas situaciones en las que un monopolista, que controla un bien indispensable para realizar una actividad económica, impide a un competidor el uso del mismo, o le impone condiciones irrazonables y discriminatorias, sin que existan razones técnicas o empresariales que justifiquen esa decisión. En estas circunstancias, esa doctrina legitima que la autoridad judicial competente obligue al monopolista a contratar con el competidor en condiciones razonables y no discriminatorias, con independencia de las sanciones que pudieran corresponder por conductas anticompetitivas ilegales”. *Las instalaciones esenciales para la competencia*. Granada, España. Editorial Comares. 2004. 2005. Págs. 13,15 y 15.

<sup>803</sup> ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑOZ.: *El Nuevo Servicio...* Pág. 28.

gasoductos, redes ferroviarias, estaciones y aeropuertos, redes de telecomunicaciones (cables o ondas), redes de abastecimiento de agua, de autopistas, etc. La efectividad de dicho acceso determina la competencia real en la oferta de servicios. Las condiciones de acceso en términos objetivos (no discriminatorios), la fijación de un canon para su uso, y las razones exactas para justificar una denegación de acceso, deben de quedar definidas en la regulación, a través de un Estatuto Jurídico de las redes<sup>804</sup>.

- 3) y 4) Libertad de contratación y formación competitiva de los precios: Este principio significa que las empresas gestoras de los servicios competitivos, tiene libertad para operar bajo principios comerciales (comprar y vender; importar y exportar; extender sus actividades a otras áreas, libertad de fijación de precios a sus clientes) sujeto sólo a límites o restricciones generales aplicables a todas las empresas de mercado. La función del regulador es el garantizar el respecto a las reglas en la formación competitiva de precios y actuar contra prácticas restrictivas de la competencia. d) Libertad de inversión: Esta consiste en la plena libertad para diseñar o realizar inversiones cuya rentabilidad quedará al riesgo y ventura del inversor. No se limita beneficios ni pérdidas<sup>805</sup>

Con lo que respeta a las actividades no competitivas, se caracteriza por las notas siguientes:

- 1) Instalación y gestión de infraestructuras: Las infraestructuras son de uso común, y sobre las mismas los distintos operadores pueden ofrecer servicios variados, distintas modalidad de transporte, distintos horarios, distintas modalidades de suministros (Ferrocarril: uso de estaciones y vías; transporte aéreo: aeropuertos y servicios portuarios; energía eléctrica: redes de alta tensión; telecomunicaciones: redes de cables y red telefónica; petróleo y gas: oleoductos y gasoductos)<sup>806</sup>.

La importancia de las redes e infraestructuras esenciales, radica en que son la vía física por medio de la cual se materializa el mercado. Se define

<sup>804</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LOPEZ DE CASTRO, L.: *La competencia en Sectores Regulados...* Pág. 26; ARIÑO ORTIZ.: "El Nuevo Servicio Publico". En: *Principios de Derecho Público...* Pág. 567; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: *El Nuevo Servicio...* Pág. 29.

<sup>805</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LOPEZ DE CASTRO, L.: *La competencia en Sectores Regulados...* Pág. 27; ARIÑO ORTIZ.: "El Nuevo Servicio Publico". En: *Principios de Derecho Público...* Pág. 568; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: *El Nuevo Servicio...* Pág. 30.

<sup>806</sup> CABALLERO SANCHEZ, R.: *Infraestructura en red y liberalización...* Pág. 151.

a las infraestructuras en red, como aquéllas “instalaciones de valor estratégico, ramificadas por le territorio y con conexión física entre sus extremos, caracterizadas por su configuración unitaria al estar entrelazadas, su capacidad limitada y su duplicación antieconómica debido a su altos costos de implantación todo lo cual constituye conductos de paso obligado para participar en un determinado mercado de interés general<sup>807</sup>”

La red es la clave del mercado, y su regulación debe de tener las siguientes características: a) Gestión autonómica, b) Estatuto jurídico de las redes y acceso a terceros, c) un nuevo concepto de propiedad que afecta al uso público, en la que se separa propiedad y uso, y aparece un nuevo tipo de propiedad vinculada por su destino, por su uso y no por su titularidad<sup>808</sup>.

- 2) Servicio universal: El servicio universal integra aquellas prestaciones a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta, por lo que la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicios al que todos tienen derecho. En este tipo de servicios no hay competencia, porque no hay oferta. En este caso la regulación interviene imponiendo obligatorias prestaciones a cualquiera de los operadores del sector. Para ARIÑO ORTIZ este planeamiento ha supuesto una radical transformación del concepto de servicio público<sup>809</sup>. La apertura de los servicios a la competencia y al mercado, se caracteriza por lo siguiente: a) La no calificación como servicio público de una ac-

---

<sup>807</sup> ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: *El Nuevo Servicio...* Pág. 31.

<sup>808</sup> ARIÑO ORTIZ.: *El nuevo servicio...* Pág. 32.

<sup>809</sup> La *communications Act* de los Estados Unidos, definió la noción de servicio universal, en el año de 1934, como el acceso de todo ciudadano a una operadora telefónica local, y recoge las siguientes novedades:

- a) El servicio universal es definido como: El acceso de todos los ciudadanos a todo tipo de servicios de telecomunicación a precios justos y razonables, incluidos los servicios avanzados y de información, asegurando el acceso a ellos de las áreas rurales y las de menor renta per cápita en condiciones de calidad y precio comparable a los servicios ofrecidos en áreas urbanas y asegurando su disponibilidad en escuelas, centros sanitarios y bibliotecas. Un concepto dinámico que requiere ser revisado periódicamente con objeto de adaptarlo a la evolución tecnológica y del mercado, ampliándolo con aquellos nuevos servicios a los que se considere que debe tener acceso todo el público.
- b) Se crea la *Federal-state Joint Borrad on Universal Service*, una comisión conjunta de la FCC y las *State Public Utilities Commissions* cuyas competencias son la definición de los principios generales del servicio universal y de las directrices para su desarrollo. La FCC es responsable de desarrollar las recomendaciones de la comisión conjunta y de revisar periódicamente la definición de servicio universal teniendo en cuenta las recomendaciones de los legisladores y del público en general y que los servicios incluidos en el concepto sean esenciales para la educación, sanidad y seguridad pública y beneficiosos para el interés público.

tividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél. Es necesario precisar en cada sector cuales son las obligaciones o cargas de servicio público; es decir de servicio universal obligatorio para el operado garantice el interés general. b) Abandono del concepto de reserva: Es decir se abandona el concepto de titularidad de la actividad a favor del Estado, y se introduce la idea de actividad reglamentada<sup>810</sup>.

c) Establece la obligación de todos los proveedores de los servicios de telecomunicaciones de participar en el fomento del servicio universal mediante contribuciones al Fondo de Servicio Universal de forma no discriminatoria. MEDINA ORS, GUILLERMO.: “Régimen jurídico de las telecomunicaciones en los Estados Unidos”. En: *Derecho de las telecomunicaciones*. Ministerio de Fomento. Madrid, España. Pág. 1196.

SENDIN GARCIA, por su parte, señala, que “el servicio universal supone la imposición de obligaciones de servicio público a escala comunitaria, con el objetivo de hacer compatible la satisfacción del interés público con la apertura de determinadas actividades a la concurrencia...Se ha dicho respecto al servicios universal que no es una técnica, sino un objetivo, esto es, indica el interés público que se debe satisfacer, pero no como hacerlo. Igualmente se ha destacado su mutabilidad, y su flexibilidad, en cuanto debe adaptarse a las características y necesidades peculiares de cada servicio. Se ha señalado también que la determinación de que prestaciones forman parte del mismo es una decisión política. Así como, por último, que la principal consecuencia que se deriva de su formulación, es la sujeción de determinadas actividades a una serie de principios, que viene a coincidir con los principios tradicionales del servicio público, al os que se añade algún otro de nuevo cuño (eficacia, calidad, transparencia, participación). *Hacia un servicio...* Págs. 293 y 294. ARIÑO ORTIZ, lo define como “aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituye un estándar mínimo de servicios al que todos tiene derecho. En este caso, la competencia no es posible porque no hay oferta. Y no la hay, porque el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir”. “Servicio Público y servicio universal en las telecomunicaciones”. En: *Derecho de las telecomunicaciones*. Ministerio de Fomento. Madrid, España. Pág. 761.

La comisión europea señala que “constituye un complemento básico de la liberalización del mercado de servicios”, a lo que añade que al “definir y garantizar los servicios universales se asegura la disponibilidad permanente y la calidad de los servicios existentes para todos los usuarios y consumidores durante la transición de la prestación en régimen de monopolio a unos mercados abiertos a la competencia”. Y define el servicio universal, como “el conjunto mínimo de servicios de una determinada calidad a los que tiene acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible”. Los servicios de interés general en Europa. Comunicación de la Comisión de 20-09-2000. COM (2000). Pág. 40.

<sup>810</sup> En el derecho español, tradicionalmente se ha distinguido entre autorización y concesión. De este modo, la concesión se considera propia de un ámbito en el que existe una titularidad administrativa previa (servicio público), mientras que la autorización se da en aquellas actividades cuya titularidad corresponde originariamente a los particulares. SENDIN GARCIA.: *Regulación y servicio público...* Pág. 77. Sin embargo, en lo que se refiere a la autorización no existe una unidad de criterio. Existen dos grandes teorías. La primera se inicia con RANELLETTI, y se fundamenta en que la autorización constituye una

remoción de los límites para el ejercicio de un derecho preexistente, por lo que no implica un incremento de las facultades del particular. Frente a ello, en la concesión no se da la preexistencia de un derecho, sino que este nace de la concesión misma, por lo que supone una ampliación de las facultades del sujeto privado. MEILAN GIL, J. L.: “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión”. En: *Revista de la Administración pública* 71, mayo-agosto de 1973. págs. 80-84. PARADA VAZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo...* pág. 437. La segunda teoría tiene su origen en la obra de OTTO MAYER, que concibe la autorización como el levantamiento de una prohibición previa. De tal forma que, al establecerse una prohibición de policía, puede “que la disposición policial introduzca una excepción para el caso particular. A eso es lo que llamamos la prohibición de la policía con reserva de permiso (autorización)”. La cual “se dirige a las manifestaciones de la vida individual que no son consideradas en absoluto como perturbadoras del buen orden de la cosa pública, pero que pueden presentar una perturbación según la persona de la cual emanan, según la manera como la empresa está instalada, administrada y dirigida. Por lo tanto al iniciar esta actividad, se impone un examen: ella no debe comenzar a manifestarse ante de que dicho examen haya sido debidamente hecho, antes de que se haya logrado una respuesta favorable y que ésta haya sido certificada mediante un acto de autoridad. Dicha certificación está contenida en el permiso que descarta la prohibición. En todo esto sólo se trata de medidas de vigilancia contra las perturbaciones posibles bajo la forma de prohibición. La prohibición alcanza también a situaciones que, en sí mismas, no tiene realmente nada de contrario a la policía, las que se crean prescindiendo de la prohibición son alcanzadas por sus efectos nada más que a causa de su origen jurídicamente defectuoso”. A esto añade que esta “prohibición con reserva de permiso es una regla de derecho que consta de dos partes distintas. Una, la prohibición, dice siempre lo mismo: no debe ejercerse tal empresa. La reserva de permiso, por el contrario, puede revestir fórmulas muy diferentes según la mayor o menor amplitud de acción asignada a la voluntad de la autoridad. Esta va desde la apreciación completamente libre hasta la simple aplicación al caso individual de la regla que determina el permiso. El permiso no se confunde con un simple reconocimiento de la libertad: antes del ejercicio de ella, debe cumplirse una formalidad; es preciso haberse obtenido el permiso, para comprobar que el ejercicio de la libertad es posible. *Derecho administrativo alemán. Tomo II. Traducción del original francés de 104, realizada por H.H HEREDIA Y E. KROTOSCHIN. Editorial de Palma. Buenos Aires, 1950. Págs. 59 y 61. GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ RODRIGUEZ* –siguiendo a MAYER- y conciben la autorización como 2una prohibición general previa que actúa sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares, lo cual es suficiente para distinguir la autorización de las concesiones, que operan a partir de una previa publicatio o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente”. *Curso de derecho Administrativo...* Pág. 134-135. PARADA VAZQUEZ, se identifica más con RAMELLETTI, y considera, “que por ser más moderna y garantista, se debe partir de un concepto de autorización mas restrictivo, como un acto reglado, que libera la prohibición del ejercicio de un derecho o libertad preexistente, de forma que la autorización trata simplemente de determinar si la actividad o el ejercicio del derecho o libertad en cuestión cumplen las exigencias legales o reglamentarias”. Si bien precisa que “el concepto de autorización debe limitarse a los supuestos en que no hay limitación en el número de los beneficiarios del derecho o actividad ejercitada, ni discrecionalidad en el otorgamiento (...), remitiendo al concepto de concesión los demás supuestos en que la legislación permite claramente la discrecionalidad en el otorgamiento o limita el número de beneficiarios del ejercicio del derecho o actividad en función de condiciones legalmente definidas”. *Derecho Administrativo...* Págs. 438 y 439.

- 3) Sustitución de un régimen cerrado y en exclusiva por un régimen abierto, en el que basta una autorización para entrar en el sector<sup>811</sup>. Sin embargo, se le imponen obligaciones y cargas de servicio, en la medida que haya que determinadas prestaciones al público, que se impondrá de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector, ya se unilateralmente por la norma reguladora del servicio, o contractualmente, pactándolo en cada caso con los distintos operadores.
- 4) Régimen de los precios. Este tema siempre ha resultado polémico. En el sistema de servicio público, éste se regulaba fundamentalmente entre el regulador y el regulado. En el nuevo modelo los precios de las prestaciones y servicios serán determinados por el propio mercado, y en otros, regulados de acuerdo si existe o no competencia real. La revisión del control de ha de caracterizarse por su estabilidad y no por su flexibilidad.
- 5) Las empresas de servicio público. Las empresas privatizadas de servicio público no representan solamente un negocio privado, donde lo importante es los beneficios y abaratamiento de los precios al consumidor, sino que tiene una dimensión pública, y la actitud del regulador y del juez debe de observar por su austeridad y moderación en la retribución de directivos y accionistas, como por su fortaleza y buena cotización en el mercado.

## 7. El Nuevo servicio Público en Nicaragua

En Nicaragua los servicios públicos han sido, tradicionalmente, responsabilidad del Estado. A partir de la década de los cincuenta, y hasta finales de los años noventa, se desarrollaron empresas públicas y entidades estatales a

<sup>811</sup> En un estudio elaborado por el Instituto Nicaragüense de Administración de Empresas, en 1973, se reconocía que a partir de 1953, “se han creado una serie de instituciones autónomas de servicios que han absorbido ciertas funciones antes efectuadas por la empresa privada y los propios municipios”. “Análisis del Sistema urbano-regional de Nicaragua”. Volumen I Consejo Nacional de Planificación. Octubre 1977. Por su parte AMARU BARAHORAN, señala que “el Estado, pasó a jugar el papel de agente propulsor permanentemente del desarrollo económico (...) congruentemente con este nuevo atributo del Estado, se fueron incrementando y complicando sus funciones. Junto a los viejos órganos del aparato estatal fueron apareciendo instituciones encargadas de poner en práctica las directrices que trataban de encauzar la economía (Banco Centro, Instituto de Fomento Nacional, Instituto de Comercio Exterior, Dirección de Planificación, etc.) o bien de amortiguar las contradicciones que el sistema social generaba (Instituto Agrario de Nicaragua, Instituto de Bienestar Campesino, etc.). Junto a las instituciones del poder central aparecieron los llamados entes descentralizados, que de un número de dos en 1950, pasan a quince en 1970”. “Intervención extranjera y dictadura”. En: *Economía y sociedad en la Construcción del Estado en Nicaragua*. Pág. 231. también véase, del mismo autor, *Estudio sobre la Historia de Nicaragua: del auge cafetalero al triunfo de la revolución*. Managua, Nicaragua INIES, 1989.

cargo de los servicios de agua, electricidad, hidrocarburos, telecomunicaciones y transportes<sup>812</sup>. Esta política tiene su base en lo siguientes argumentos principales:

Por una parte, se requieren grandes inversiones para elevar la cobertura de los servicios y mejorar su calidad de prestación (teoría del monopolio natural). La solución tradicional fue la explotación de dichas actividades por empresas integradas verticalmente, que asumía la obligación de invertir y de suministrar los servicios; y, asimismo los derechos exclusivos de suministro sobre una zona o sobre el país entero.

En aquella época, los mercados financieros no estaban lo suficientemente desarrollados como para que el sector privado pudiera, en muchos casos, satisfacer esta necesidad. Por lo tanto, solamente el Estado podía disponer de los recursos requeridos<sup>813</sup>.

Todos los servicios eran monopólicos, por lo que existía el temor de que un prestador privado pudiera abusar de su posición dominante. En consecuencia, el patrimonio público de las empresas se constituía en una garantía de protección del usuario.

Otro de los argumentos se centraba que eran servicios esenciales para la comunidad, lo que daba lugar a la declaración de servicios público a la actividad, y a una regulación típica de servicios público, en particular a una retribución basada en coste.

Asimismo eran sectores estratégicos para la economía del país y eran consideradas actividades intensivas en capital y de gran complejidad técnica, lo que conlleva barreras de entrada y a exigir cierta coordinación técnica en la operación.

Sin embargo, la gestión de las empresas públicas era, en muchos casos, ineficiente; existía una tendencia hacia los favoritismos políticos, impulsados a veces por equivocadas políticas macroeconómicas de generación de empleo, antes que por reales necesidades laborales de la empresa. Se difundió la práctica de adjudicar los contratos de obras y servicios en favor de determinadas

---

<sup>812</sup> Sobre el desarrollo de los grupos económicos y sus inversiones en Nicaragua a partir de los años cincuenta véase el excelente libro de JAIME WHEELLOCK ROMAN.: *Imperialismo y dictadura...* 141-196.

<sup>813</sup> Sobre la ineficiencia de las empresas estatales véase, BULMER-THOMAS, V.: *La economía política de Centroamérica desde 1920*. Banco Centroamericano de Integración económica. San José, Costa Rica. 1989; BIONDI-MORRA.: *Revolución y política alimentaria. Un análisis crítico de Nicaragua...* Pág. 45-69.

empresas, que no siempre representaban la oferta más económica. Estos factores, y otros como la falta de eficiencia, contribuyeron a que los costos del servicio fueran más altos de lo que debieron haber sido<sup>814</sup>.

La calidad del servicio brindado seguía siendo inadecuada; tal vez el problema más grave fue la falta de continuidad, pues los servicios estaban sujetos a frecuentes interrupciones y racionamientos, principalmente en la década de los ochenta. Además, se carecía de sistemas para que los usuarios dieran a conocer sus reclamaciones y fueran atendidos oportunamente.

A pesar de que el Estado asignó significativos recursos de inversión a estos sectores, que en su mayor parte provenían de financiamiento externo concesional, la cobertura de los servicios resultaba insuficiente; en consecuencia una parte significativa de la población seguía sin acceso a los servicios públicos más imprescindibles.

La raíz de estos problemas se encuentra, en gran parte, en la injerencia política que caracterizaba la operación de muchas empresas estatales que permitió que se convirtieran en un instrumento del favoritismo político, fenómeno que se manifestaba de diversas formas. Los directores y gerentes de las empresas estatales, que eran nombrados por el poder político, podían ser muy fácilmente removidos. En la práctica, duraban relativamente poco tiempo en sus cargos, generando una grave inestabilidad dentro de las instituciones, además de no ser siempre las personas idóneas para dirigir las empresas estatales.

Los precios y tarifas de los servicios públicos se convirtieron en un instrumento de interés político, a menudo se mantenían artificialmente bajas como parte de una estrategia anti-inflacionaria. Adicionalmente, la administración del Estado recibía, en algunas cosas gratuitamente, ciertos servicios públicos, o no los cancelaba oportunamente. Ambos fenómenos contribuyeron a que las empresas mostraran déficit operacional que tuvieron que ser cubiertos con subvenciones del Tesoro General de la Nación. Asimismo, se establecieron subsidios cruzados, que generalmente beneficiaron más a los usuarios de medianos y altos ingresos, y no a lo pobres, como se pretendía.

---

<sup>814</sup> Véase, *Documento Presentado por el Gobierno de Nicaragua ante la Conferencia de Donantes en Roma*. Junio de 1990; Banco Central de Nicaragua.: *Informe anual 1990; Programa de Estabilización y Ajuste Estructural para Nicaragua 1990-93*. Septiembre de 1990. Un análisis crítico de este tema, véase, NEIRA, O y ACEVEDO, A.: *Nicaragua: hiperinflación y (des) estabilización. Análisis de la política económica 1988 a 1991*. Cuadernos de CRIES. Serie ensayos. No. 21. Managua. 1992.



Finalmente, las empresas fueron obligadas a adoptar políticas de empleo y asignación de inversiones que obedecían más a criterios de interés político que a normas de buena gestión empresarial.

En estas circunstancias, durante casi medio siglo, se optó por un modelo de regulación tradicional, que se caracterizaba por ser cerrado, con derechos de exclusiva, con una regulación exhaustiva, con integración vertical de actividades, y presidido por los principios de planificación conjunta vinculante, explotación centralizada y remuneración en base a coste.

En la década de los noventa, se inició un proceso de privatización y, consecuentemente, la reorganización de los servicios públicos. Las razones, son las siguientes: Ideológicas: política liberalizadora; jurídica: apertura al mercado; económicas: búsqueda de la eficiencia mediante la apertura de la competencia, en la medida en que ello sea posible en cada sector.

Sin embargo, en Nicaragua este proceso tiene algunas particularidades, que es necesario señalar, ya que perseguía también: a) Racionalización del Estado, b) Modernización de los sectores productivos; c) Ajuste estructural, d) Apertura al comercio internacional y e) un instrumento de la estrategia de desarrollo<sup>815</sup>.

Desde luego, como hemos señalado, este proceso no fue endógeno, sino impuesto por los organismos internacionales, y se encuentra todavía en una fase incipiente del proceso liberalizador. Sin embargo, ante todo los nicaragüenses se plantea la cuestión, si la privatización y la liberalización no serán otra cosa que una simple y preocupante “huida del Derecho administrati-

---

<sup>815</sup> “Uno de los rasgos más característicos de las Administraciones institucionales es su huida del Derecho Administrativo para recalcar en el Derecho Privado. Esta huida se concreta de dos maneras: “a través de la constitución de estas Administraciones bajo formas organizativas de Derecho Privado –la sociedad de capital-, y mediante el recurso por parte de la Administración pública en su actuación al ordenamiento jurídico privado, abandonando así su Derecho estatutario propio, que es el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo deja de ser, por tanto, el *ius commune* de la Administración Pública, el ordenamiento común y normal que regula los entes públicos para convertirse en un Derecho especial y excepcional –en relación con el Derecho Privado- que solo ordena un aspecto parcial de la vida de estos entes. Privatización, Empresa Pública y constitución...Pág. 30. Sobre esta particular véase: GARCIA DE ENTERRIA Y T. R. FERNANDEZ.: *Curso de Derecho...*Págs.49-57; R. PARADA.: *Derecho Administrativo I*, Parte General...Pág. 28-35; SANTAMARIA PASTOR.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, Ceura. 1998. Pág. 1988. Págs. 55-60.

vo<sup>816</sup> en la gestión de actividades que siguen bajo el control de los poderes públicos, realizada a través de instrumentos de dudosa adecuación para asegurar a los ciudadanos el suministro de ciertas prestaciones esenciales en condiciones de igualdad, continuidad y regularidad, y con adaptación a las necesidades públicas y al progreso tecnológico<sup>817</sup>.

La introducción en nuestro ambiente jurídico de nuevos modelos de intervención pública, como es el anglosajón de *regulación*,<sup>818</sup> en sustitución de la “tradicional” técnica del servicio público, es una posible respuesta al problema, pero no está claro que la importación de este tipo de instrumentos a países con una tradición tan distinta de la que los vio nacer vaya a dar los resultados esperados. En especial, hay que preguntarse si en los sectores en los que la competencia nunca podrá ser perfecta, por limitaciones técnicas, económicas y de personal calificado, estas nuevas técnicas de control y regulación pública van a ser capaces de evitar la formación de oligopolios, coaliciones de empresas en perjuicio de los usuarios.

En todo caso, en la década de los noventa se impuso (al igual que en todo el mundo), el modelo de “regulación para la competencia”, abierto, introduciendo competencia en lo posible, presidido por los principios de planificación empresarial, explotación descentralizada, con acceso a las redes y remuneración en base a precios.

El modelo de regulación para la competencia, se aplica al sector eléctrico, al transporte, a las telecomunicaciones y al servicio de agua potable, y se caracteriza por los siguientes rasgos:

1. Separación de actividades, que permita introducir competencia allí donde ésta es posible.
2. Libertad de entrada y libertad de inversión en las actividades competitivas, abandonando el sometimiento a planificación central.
3. Libertad de contratación y formación competitiva de precios.

<sup>816</sup> DESDENTADO DAROCA, indica que “la denuncia de la ineficiencia de las estructuras organizativas y de las regulaciones restrictivas de la actuación administrativa ha llevado a un movimiento de pseudo privatización que consiste en la huida de la Administración de la regulación pública. Se abandonan los modos de organización y las técnicas de gestión del Derecho Público para acudir al Derecho Privado. *La crisis de identidad del derecho administrativo: Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Tirant Lo Blach. Valencia, España. 1999. Pág. 87.

<sup>817</sup> SENDIN GARCIA: *Regulación y...* Págs. 25-30; ARIÑO ORTIZ.: *Nuevo servicio...* Págs. 31 y 32; CRUZ FERRER.: *La liberalización...* Págs. 57 y 58.

<sup>818</sup> ARIÑO ORTIZ.: *El nuevo servicio...* Págs. 26, 27, 28, 29.

4. Libre acceso a la red, a la infraestructura sobre la que se prestan los servicios competitivos.
5. Transformación del concepto de servicios público, con el que se identificará, no el sector en su conjunto, sino prestaciones singulares de servicio universal.
6. Vigilancia del modelo a través de la figura del ente regulador independiente<sup>819</sup>.

## 8. Ente regulador independiente

La figura del ente regulador independiente proviene de los Estados Unidos, y viene a reproducir el modelo de las *Independent Regulatory Commissions norteamericanas*, que se caracterizan por ser neutrales e independiente, y por tener fines y objetivos que conseguir, al margen y por encima de la línea política imperante<sup>820</sup>.

RAMON PARADA<sup>821</sup> señala que, desde sus orígenes, las “Agencias Independientes” han nacido con la polémica a cuestas, como quiera que la Constitución americana en nada se refiere a las administraciones independientes. Los constituyentes se imaginaban unas mínimas autoridades adscritas a algún Ministerio bajo la dirección del Presidente. En ese sentido es en el que se vieron como un atentado a la atribución presidencial de vigilar la ejecución de las leyes. El mismo autor continua, “para la mayoría, sin embargo, la costumbre constitucional habría lavado las agencias independientes de esta sospecha de inconstitucionalidad, restando importancia al hecho de que el Presidente no puede revocar, libremente, a los *commissioners* sin ‘justa’ causa, lo que se compensaría con los poderes de nombramiento. Además, si bien el artículo II de la Constitución confiere al Presidente el derecho de obtener los informes sobre el funcionamiento de cualquier Departamento y le encarga velar por la ejecución de las leyes, tales poderes de información, supervisión y coordinación se ejercitarían sobre las Administraciones independientes por medio del *Office of management and Budget*, una oficina de presupuestos, que puede alterar sus créditos. De otro lado se argumenta que

<sup>819</sup> BETANCOR RODRIGUEZ, A.: *Las administraciones Independientes*. Madrid, España. Editorial Tecnos. 1994.

<sup>820</sup> *Derecho Administrativo II*. Decimotercera Edición, editorial Marcial Pons, Barcelona 1999. Págs. 314-315.

<sup>821</sup> Citado por PARADA.: *Derecho Administrativo II*...Pág. 315.

las agencias independientes no se benefician de delegaciones legislativas ni de funciones judiciales propiamente dichas, sino de funciones cuasilegislativas y cuasijudiciales”.

GARCIA DE ENTERRIA,<sup>822</sup> por su parte, señala que en el mismo momento (1987) en que se conmemoraba el centenario de la pionera “Interstate Commerce Commission”, el Ministro de Justicia del Presidente Reagan, el Attorney General Meese ponía en cuestión la constitucionalidad de la fórmula de las Comisiones o agencias independientes, sosteniendo que no son ‘quasi’ esto o ‘independientes’ de aquello. El tribunal Supremo dicta en 1986 la capital Sentencia Booswsher, que declara inconstitucional que el Congreso se reserve un control sobre agentes o personas a quienes corresponde la ejecución de la ley, como ‘intrusión en la función ejecutiva por el legislador que la Constitución no permite’; en definitiva, las agencias independientes del tipo de la Interstate Commerce Commission y Federal Trade Commission comienzan a ver cuestionada su constitucionalidad, que se apoyaba pacíficamente en una Sentencia Humphrey’s Ejecutor de 1935, que había consagrado la independencia de los *Commissioners* frente a los poderes revocatorios del Presidente”.

En España, las llamadas administraciones independientes son de creación legal. Por ello, como ha señalado GARCIA LLOVET, no han sido pocos los cuestionamientos surgidos en relación con la constitucionalidad de estas autoridades, básicamente al concebir su independencia del Gobierno central o Autonómico. Uno de los problemas que allí se analizan es el de la potestad reglamentaria que ostentan algunos y el mandato constitucional de control jurisdiccional de los actos que expiden. Su problema radica concretamente en determinar si el ejercicio de funciones cuasijurisdiccionales es ajustado o no la Constitución, toda vez que ésta establece que en los órganos del Poder Judicial radica exclusivamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 117-3 C.E.) en todo tipo de procesos<sup>823</sup>. Igualmente, se discute si las administraciones u órganos independientes son acordes a lo dispuesto por la Constitución, en el entendimiento de que forman parte del Gobierno, al

---

<sup>822</sup> TCE “La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación del Gobierno de la Nación que contiene el artículo 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y las instituciones como el Banco de España” Cita tomada del artículo de ENRIQUE GARCIA LLOVET: “Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho” RAP No. 131 mayo/agosto 93.

<sup>823</sup> POMED SANCHEZ, L. A.: “Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes” en RAP No. 132 septiembre-diciembre de 1993 págs. 117-169.

ser éste quien dirige la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 97 C.E.).

En cuanto a la primera crítica, POMED SANCHEZ<sup>824</sup> concluye que si se mantiene el poder de los órganos judiciales de decidir en última instancia, no ve por qué no puedan existir dichos órganos independientes. En cuanto a la segunda, PARADA VAZQUEZ<sup>825</sup> es de la idea que por ser el artículo 97 de la Constitución Española el que “refuerza y clarifica notablemente el papel constitucional del Gobierno que *“dirige la política interior y exterior, la Administración Civil y militar y la defensa del Estado, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”*, esta dirección implica, en principio, la libre designación y remoción de los titulares de los órganos directivos de todas las organizaciones que formalmente integran la Administración Pública, y solamente en ese caso es asimismo posible exigir al Gobierno la responsabilidad política que pueda derivarse de su defectuoso funcionamiento”. A juicio de este autor, “... además de los poderes de dirección del Gobierno sobre toda la Administración hay otra razón para rechazar en el constitucionalismo español la técnica de las Administraciones Independientes: La Constitución española obliga a todas las administraciones a servir con ‘objetividad’ los intereses generales y a organizar todo el sistema de función pública con arreglo a reglas que garanticen la ‘imparcialidad’ de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones (art. 103). No cabe, por ello, que unas administraciones sean más objetivas y neutrales que otras por la razón que desempeñan, pues todas deben serlo por igual, y es responsabilidad del Gobierno que se respete esa ‘independencia’ administrativa constitucionalmente garantizada. Por el contrario, admitir que determinadas funciones o servicios públicos exigen garantías especiales contra el Gobierno, es tanto como aceptar que en el común de ellas la objetividad y la imparcialidad no se respetan, conclusión constitucionalmente inaceptable”.

De lo anterior se puede concluir que algunos tratadistas no encuentran problema alguno en que existan estas autoridades, puesto que, si bien es cierto que ellas gozan de una amplia autonomía o independencia del Gobierno o de las autoridades de las comunidades autónomas, ello no les da *patente de corso* para que sus actos o sus decisiones rayen con la arbitrariedad e ilegalidad motivo por el cual sus actuaciones deben ser controladas por el Poder

<sup>824</sup> PARADA VAZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo II...* Págs. 316 -319.

<sup>825</sup> CANALES NETTLE, PATRICIA. : “Administraciones Independientes”. En: SERIE ESTUDIOS, publicación realizada por el Departamento de Estudios de la Biblioteca del Congreso Nacional No. 219 de julio de 1999, Santiago de Chile (Chile).

Judicial o por el Tribunal Constitucional, en tanto que, a juicio de otros, esa independencia del Gobierno, no puede exceder los límites constitucionales que, predicados por el artículo 97 de la Constitución española, se traducen en una *independencia en términos de jerarquía*, más no de dirección a cargo del Gobierno, puesto que sería inaceptable constitucionalmente que unas autoridades fueran más o menos objetivas que otras. Por lo cual, la independencia la traducen términos de jerarquía frente al mismo Gobierno, quien en suma, será el que responda en general por la Administración Pública y en ella contenida las Autoridades Independientes, por lo establecido por el artículo 97 del CE.

Sin embargo, es importante señalar que las Administraciones independientes no son solamente propias del diseño norteamericano, sino que también las encontramos en Inglaterra, y tiene un papel neutral.

Todo lo que en la Administración cerrada o napoleónica es objeto de la actividad ministerial o de establecimientos públicos u organismos autónomos de las más variadas clases, en Inglaterra se articula en buena medida como organismos independientes con la preextensión de asegurar una gestión neutral y personalizada.

Estas organizaciones abreviadamente conocidas como “*quangos*” (*quasiautonomous non governmental organizations*), no responden a rasgos precisos, sus formas de funcionamiento no se describen genéricamente, ni aparecen investidas de funciones homogéneas, por lo contrario son de lo más variadas”<sup>826</sup>.

PARADA VAZQUEZ<sup>827</sup> indica que dentro de las variadas funciones se pueden encontrar desde consultivas, de gestión de fondos públicos, de difusión de informaciones, de arbitraje, y de decisión ejecutiva o de poderes cuasi-judiciales. Dicho abanico ante los ojos continentales hace que se les tilde de confusos y desconcertantes. Como dice MODERNE, citado por este Autor, “...se caracterizan por datos muy imprecisos: negativamente por el dato for-

<sup>826</sup> PARADA.: *Derecho Administrativo*... Págs. 287 y ss.

<sup>827</sup> Señala JORDANA SANCHO que el “*boom* de los Entes Reguladores en América Latina fue impresionante: si en 1990 sólo un país de la región tenía establecido un ente regulador, sólo ocho años más tarde, en 1998, había ya 18 países con agencias similares en el sector de las telecomunicaciones”. *Reforma del Estado y telecomunicaciones en América Latina*. Revista Instituciones y Desarrollo. Núm. 5. Diciembre. 1999. Instituto de la Gobernabilidad de Cataluña. [www.iigov.org](http://www.iigov.org). En términos similares, SIFONTES: *Regulación económica y agencias de regulación independientes. Una revisión de la literatura*. En: [www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm](http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm). Consultado el 16 de mayo. 2006.

mal de no pertenecer a la estructura de un departamento ministerial (non departmental bodies) y, positivamente, por disponer de un cierto grado de autonomía. Precisar el alcance de esta no es fácil, pues no se da aquí un reparto de poderes entre partidos al modo de las agencias norteamericanas, ni la técnica de la autonomía se concreta, como en aquéllas, en la negación al ejecutivo del poder de destitución”.

La autonomía se concibe, según PARADA, más como una cuestión sociológica que jurídica. Simplemente se confía en el prestigio aristocrático, profesional o científico de sus miembros, pero éstos son nombrados o destituidos por el ejecutivo, sin que se planteen problemas formales sobre la atribución de este poder. La autonomía varía según la importancia de las funciones, el coste del sistema, el grado de antigüedad, etc.

De otro lado, la responsabilidad ministerial por el funcionamiento de estos organismos está muy atenuada, toda vez que ellos responden únicamente por las grandes operaciones y el presupuesto que depende de su autoridad. Además, los departamentos ministeriales disponen de un equipo burocrático mínimo, lo que impide un seguimiento y fiscalización adecuada. Lo mismo puede decirse del Parlamento, escasamente interesado, salvo en épocas de crisis política, en controlar estas instituciones.

## 9. Las Agencias de Regulación en Nicaragua

Como hemos estudiado, a inicios de la década de los noventa, en Nicaragua, se inició un proceso de transformación institucional en los sectores de los servicios públicos. Se adoptó el modelo de regulación por agencia, que toman base en la tradición estadounidense de las Comisiones Independientes<sup>828</sup>, en el cual existe un cuerpo legal o marco específico para el sector, en el que se detalla la normativa que se aplica para orientar y evaluar el comportamiento de los operadores. La agencia tiene naturaleza, y tiene el objetivo de control del cumplimiento de la normativa vigente.

La eficiencia de los operadores es inducida por intermedio de sistemas de incentivos, principalmente de tarifas, que periódicamente aprueba el Ente Regulador. La eficiencia del modelo está sujeta, fundamentalmente, a la competencia e independencia del Ente Regulador.

---

<sup>828</sup> La Gaceta Diario Oficial Núm. 63. 1 de Abril de 1998.

La aplicación de este modelo es de tipo integral, ya que incluye reglamentos en los Marcos Regulatorios y en los Pliegos de Licitación para el otorgamiento de concesiones, aspectos técnicos (normas sobre la calidad de la operación y estándares técnicos), económicos (determinación de tarifas y precios), financieros (ejecución y financiamiento de inversiones), legales (derechos y obligaciones de clientes y Operadores) y ambientales, relacionando directamente la operación eficiente, la calidad de la prestación y los beneficios obtenidos, con los derechos y obligaciones de las partes, con el fin de alcanzar un desempeño equilibrado.

El elemento en el que se sustenta la Regulación es el Plan de Inversiones propuesto por el concesionario para cumplir con el mejoramiento de los servicios, las exigencias de expansión de cobertura y rehabilitación de las instalaciones existentes.

La regulación puede variar de un sector a otro, pero en general los entes reguladores tienen las siguientes características o principios fundamentales y generales:

- Persiguen fines estatales.
- Poseen recursos asignados para cumplir sus fines.
- Se aplica el régimen de control establecido para el sector público.
- Existe la imposibilidad de reconocerles plena autonomía.

Son entidades autárquicas que actúan en el marco de la organización administrativa del Estado hallándose sometidos al poder de tutela del Poder Ejecutivo o de los ministros competentes según se el caso.

- El ente regulador tiene como características básicas la autonomía gerencial, política, económica y responsabilidad (accountability), esta última implica que el ente regulador debe ser eficiente y eficaz.

El ordenamiento jurídico le otorga potestades a estos entes reguladores, con distinta naturaleza y extensión. Están vinculadas con la fiscalización de los servicios, el cumplimiento de las condiciones fijadas en los contratos de concesión o licencias, incluyendo el control sobre la aplicación de las tasas y el cálculo de las bases de los contratos de concesión que se celebren, imposición de sanciones, prevención de conductas anticompetitivas, resolución de controversias, continuidad en la prestación del servicio público, la regularidad del servicio, la protección del principio de igualdad evitando cualquier forma de discriminación, etc.



Entre los principales objetivos que tienen los entes reguladores están la promoción de la competencia, la defensa del mercado y de las libertades económicas de las personas vinculadas con la prestación de servicios públicos junto a la justicia y razonabilidad en las tarifas, la protección del usuario y de las empresas.

En la regulación de los servicios públicos podemos encontrar tres modelos o formas de regular, a saber:

- a) El modelo de regulación unisectorial, esto es, un ente regulatorio para cada sector objeto de regulación, viene dado por instituciones regulatorias que operan de forma aislada.

Este modelo presenta algunas ventajas:

- No concentra la regulación en una sola institución, es decir, no existe la concentración de la regulación en un solo ente regulatorio.
  - Existe una mayor posibilidad de desarrollar un conocimiento especializado de las características tecnológicas, económicas e institucionales del sector que se regula.
  - Existe una competencia interinstitucional indirecta entre los entes regulatorios unisectoriales, al existir la posibilidad de comparar a los entes entre si con el fin de optimizar la regulación.
- b) El modelo de regulación multisectorial se da cuando un ente regulador controla varios servicios, como por ejemplo transportes, hidrocarburos, y telecomunicaciones.
    - Permite reducir los costos de la regulación, compartiendo recursos humanos especializados en la realización de las actividades reguladoras que son comunes a las diferentes industrias.
    - Permite un tratamiento similar a actividades regulatorias comunes.
    - Promueve mayor consistencia en las decisiones regulatorias que se adoptan en los distintos sectores de cada industria
    - Controla con una mayor resistencia a las presiones de los intereses de los usuarios, empresas y al Estado al regular una diversidad de servicios correspondientes a diferentes industrias existiendo una mayor consistencia en las decisiones.
    - Generalmente tienen bajo su cargo la función reguladora y normativa.

- c) El modelo de regulación mixto, que según la idea de algunos autores, es el que ha sido adoptado por Bolivia. Este modelo nace en razón a las características que el mismo presenta, provenientes del modelo unisectorial, ya que cada sector es regulado por una sujeto independiente y a las características tomadas del modelo multisectorial como son la apelación, fiscalización y coordinación de la Superintendencia General.

En Nicaragua, en la década de los noventa, se optó por un modelo de regulación unisectorial, sin embargo, con las reformas constitucionales, aprobada en el 2005, se adoptó una regulación multisectorial. A continuación analizamos este proceso, en dos sectores importantes: La energía y las telecomunicaciones.

## 9.1 Energía

La reforma al sector eléctrico se inició en 1994, cuando se crea la Empresa Nicaragüense de Electricidad (ENEL), teniendo ésta las funciones siguientes: a) Generar, transmitir, distribuir y comercializar energía eléctrica, b) Comprar y vender energía eléctrica, c) Investigar sobre la necesidades presentes y futuras, d) Explotar los recursos convencionales, e) Elaborar planes de expansión de la empresa a corto, mediano y largo plazo.

Por su parte el INE, tiene las funciones de planificación, formulación de políticas, normación, y regulación de las actividades que realizan las empresas en el sector energía. Con la aprobación de la Ley No. 271<sup>829</sup> (Ley de Reformas a la Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Energía), se re-define las funciones de INE, y tiene los siguientes objetivos: 1) Regulación, supervi-

---

<sup>829</sup> Ley de Reforma a la Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Energía (INE) No. 271: Artículo 3.-El Instituto 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 por la Comisión Nacional de Energía. Para el exacto cumplimiento de sus Artículos

Artículo 4.-El Instituto tendrá las siguientes funciones en relación con el subsector de energía eléctrica:

- a) Velar por los derechos de los consumidores de energía.
- b) Fiscalizar el cumplimiento de las normas, criterios, especificaciones, reglamentos y regulaciones técnicas que regirán las actividades de reconocimiento, exploración, explotación, aprovechamiento, producción, transporte, transformación, distribución, manejo y uso de los recursos energéticos, de conformidad con las normas y la política energética.
- c) Elaborar, poner en vigencia y fiscalizar el cumplimiento de normas y regulaciones tendientes a aprovechar la energía en una forma racional y eficiente.
- d) Elaborar, poner en vigencia y fiscalizar el cumplimiento de normas y regulaciones técnicas sobre la generación, transmisión, distribución y uso de energía eléctrica.
- e) Otorgar, modificar, prorrogar o cancelar los permisos de reconocimiento de cualquier fuente de energía.

sión y fiscalización del sector energético y de la aplicación de las políticas energéticas fijadas por la Comisión Nacional de Energía (Arto. 18 de la Ley de industria eléctrica), 2) Propiciar a mediano plazo, costos menores y mejor calidad del servicio al consumidor, asegurando la suficiencia financiera a los agentes del mercado; 3) Velar por los derechos de los consumidores de energía eléctrica; 4) Aprobar y controlar las tarifas de ventas al consumidor final y servicios conexos (peajes); Vigilar el cumplimiento de Normativas, Criterios y Especificaciones para garantizar la operación eficiente y confiable; 5) Prevenir y adoptar las medidas necesarias para impedir prácticas restrictivas de la competencia; 6) Autorizar Licencias Provisionales, de Generación y Transmisión, y Concesiones de Distribución; 7) Aplicar sanciones en los casos previstos por las Leyes y Normativas; 7) Resolver controversias entre los agentes económicos que participan en la industria eléctrica<sup>830</sup>.

- f) Velar por el buen funcionamiento del servicio eléctrico y definir sus indicadores de calidad, confiabilidad y seguridad.
- g) Aprobar, publicar y controlar las tarifas de venta de energía de los distribuidores a los consumidores.
- h) Aprobar, publicar y controlar las tarifas de peaje por el uso de las redes de transmisión y distribución eléctrica.
- i) Aplicar las sanciones en los casos previstos por las leyes, normas, reglamentos, contratos de concesiones y licencias y demás disposiciones.
- j) Resolver las controversias entre los agentes económicos que participan en el sector energía según lo establecido en la Ley de la Industria Eléctrica.
- k) Otorgar, prorrogar, declarar la caducidad o cancelar las licencias de generación y transmisión de energía, así como las concesiones de distribución.
- l) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos de los titulares de licencias y concesiones.
- m) Designar interventores en su caso
- n) Establecer las categorías de grande, mediano y pequeño consumidor con base en parámetros técnicos y económicos cuando la ley de la materia no lo determine.
- ñ) Aprobar e inspeccionar las obras e instalaciones de los titulares de licencias y concesiones para la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.
- o) Aprobar, inspeccionar y controlar los instrumentos de medición instalados por el concesionario y titulares de licencia para el registro de la producción y entrega de la energía eléctrica.
- p) Prevenir y adoptar medidas necesarias para impedir prácticas restrictivas de la competencia en el suministro o prestación de los productos y servicios regulados en el subsector eléctrico.
- q) Fiscalizar el cumplimiento de las regulaciones de protección al medio ambiente por parte de los titulares de licencias y concesiones.
- r) Establecer y mantener el sistema de información de las variables más importantes del sector.
- s) Elaborar y presentar al Poder Ejecutivo proyectos de leyes relacionados con el sector, para ser presentados al Poder Legislativo para su debido trámite.

f) Cualquier otra función que le conceda la ley, según sus facultades.

<sup>830</sup> La Gaceta, Diario Oficial No.231 del día 7 de Diciembre de 1995.

Las obligaciones del servicio universal las encontramos en el Arto. 2 de la Ley de industrias eléctricas, que en su artículo 2, inciso 1, establece que “Las actividades de la industria eléctrica se ajustarán a las siguientes reglas: 1) Seguridad, continuidad y calidad en la prestación del servicio eléctrico”. Asimismo, al final del artículo 3 se lee, “que la Actividad de Transmisión y la Actividad de Distribución constituyen además servicios públicos de carácter esencial por estar destinadas a satisfacer necesidades primordiales en forma permanente”.

El artículo 6 garantiza que “el Estado por medio de la Comisión Nacional de Energía (CNE), tiene la responsabilidad de desarrollar la electrificación en el área rural y en las poblaciones menores donde no se ha desarrollado interés de participar de parte de cualquiera de los agentes económicos que se dediquen a las actividades de la industria eléctrica independientemente de su régimen de propiedad. El Estado asignará recursos disponibles a través de los organismos competentes para el desarrollo de la electrificación rural”. Por su parte, el artículo 38, establece que “El Estado podrá otorgar recursos financieros a los distribuidores para costear total o parcialmente la inversión de proyectos de electrificación que no mostraren niveles de rentabilidad adecuados en poblaciones menores o en áreas rurales y que no estén contemplado en su Programa de Inversiones, dentro de sus áreas de concesión o cercanas a ellas”.

La Transmisión y la distribución de la energía eléctrica se realiza por agentes económicos privados, pero regulados por el Estado, y de acuerdo al artículo 7, esta actividad se realizara “en un contexto de libre competencia; no obstante, no podrán realizar actos que impliquen competencia desleal ni abuso de una eventual posición dominante en el mercado”.

El agente económico puede desarrollar la actividad con la obtención de una licencia, “que es el derecho otorgado por el Estado, a través del Instituto Nicaragüense de Energía, a un agente económico titular de la misma, para generar energía eléctrica utilizando recursos naturales de conformidad a las leyes de la materia”(art. 66). Y también por medio de la concesión, que se entiende según la Ley de industria eléctrica, como “el derecho exclusivo otorgado por el Estado a través del Instituto Nicaragüense de Energía, a un distribuidor para desarrollar la actividad de distribución en un área geográfica determinada” (art. 66). Ambas, la concesión y la licencia tienen, un plazo máximo de treinta años conforme las obligaciones que le impone la Ley.

De acuerdo al artículo 20 el Estado tiene acceso a los estados contables, y “los concesionarios y titulares de licencia están obligados a presentar toda la información técnica, económica y financiera que el INE les solicite para

finés estadísticos, de control, supervisión, y fijación de precios y tarifas, en la forma y plazos fijados en el Reglamento General de la presente Ley”.

El acceso a la red, está garantizado en el artículo 34, “Los agentes económicos propietarios de líneas y demás elementos de un sistema de distribución están obligados a permitir la conexión a sus instalaciones a los demás agentes económicos y grandes consumidores que lo soliciten, previo cumplimiento de las normas que rigen el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan”.

El régimen tarifario, de acuerdo al artículo 109, se califica en precio libre y precio regulado. “En el Régimen de Precio Libre las transacciones se realizan sin la intervención del Estado. En el Régimen de Precio Regulado las transacciones son remuneradas mediante precios aprobados por el INE” (art. 109). El Régimen de Precio Libre comprende las transacciones de electricidad:

- 1) Entre generadores, cogeneradores, auto productores, distribuidores, comercializadores y grandes consumidores; 2) Las importaciones y exportaciones de energía eléctrica y potencia” (art. 110).

El Régimen de Precio Regulado comprende las transacciones siguientes:

- 1) Las ventas de energía y potencia de los distribuidores a los consumidores finales; 2) El transporte de energía y potencia en el sistema de transmisión y distribución o sea el peaje (art. 111).

El artículo 112 establece que “el régimen tarifario para los consumidores finales será aprobado por el INE, y estará orientado por los principios de eficiencia económica, suficiencia financiera, simplicidad e igualdad. También tomarán en cuenta las políticas de precios de la energía eléctrica emitida por la Comisión Nacional de Energía (CNE)”. Por igualdad “se refiere a la indiscriminación del consumidor que presenta características semejantes de consumo. Está ligada a la determinación de la estructura tarifaria para los distintos consumidores” (art. 112, inciso 4).

## 9.2 Telecomunicaciones y Servicios Postales

Mediante Decreto Ley No. 1053, de 5 de junio de 1982, (publicado en La Gaceta diario oficial Núm. 137 del 12 del mismo mes y año) se creó el Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos (TELCOR), quién ejercía el monopolio estatal sobre los servicios de las telecomunicaciones.

Con la promulgación de la Ley Núm. 210, Ley de Incorporación de Particulares en la Operación y Ampliación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones<sup>831</sup>, se creó la Empresa Nicaragüense de Telecomunicaciones (ENITEL) como sociedad concesionaria del servicio de telefonía básica y demás servicios, hasta esa fecha prestados por TELCOR, quien desde ese entonces fue limitado a desempeñar funciones de Ente Regulador.

La Ley General de Telecomunicaciones y Servicios Postales (Ley No. 200 del 21 de julio de 1995) se estableció un marco general institucional y jurídico que permite la regulación del sector de las telecomunicaciones y faculta al Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos, como ente Autónomo bajo la rectoría de la Presidencia de la República, a normar, regular, planificar, supervisar, aplicar y controlar el cumplimiento de las normas que rigen las telecomunicaciones y los Servicios Postales.

Ese mismo año, esta ley fue reglamentada por el Presidente de la República mediante Decreto Presidencial No. 19-96, de 12 de septiembre de 1996, con el fin de dotar a la ley de los pormenores que exige la aplicación y ejecución de la misma a casos concretos, estableciendo por ejemplo una serie de requisitos y procedimientos que deben cumplir los interesados para la obtención de títulos habilitantes, para operar cualquier tipo de servicio de telecomunicación o postal, de los establecidos en la ley Núm. 200. Posteriormente a través del Decreto ejecutivo Núm. 131-2004 (publicado en la gaceta diario oficial del 4 de Enero del 2005), fueron reformados algunos artículos del Reglamento de la Ley General de Telecomunicaciones y Servicios Postales.

La Ley General de Telecomunicaciones y Servicios Postales<sup>832</sup> norma los servicios de telecomunicaciones y servicios postales, establece los derechos y deberes de los usuarios y de los operadores en condiciones de calidad, equidad, y seguridad, y regula el desarrollo planificado y sostenido de las telecomunicaciones y servicios postales.

Esta ley ordena las telecomunicaciones en cinco clases:

1. Servicios públicos: aquellos esenciales, de utilidad e importancia para la generalidad de los habitantes del país. Ejemplos: telefonía básica, telégrafo, télex y servicio postal. El servicio público para ser explotado necesita una Concesión de TELCOR. (Art. 9)

<sup>831</sup> Ley 200. La Gaceta. Diario Oficial No.154 del día 18 de Agosto de 1995

<sup>832</sup> Ley No.511. Aprobada el 24 de Noviembre del 2004. Publicada en La Gaceta No. 39 del 24 de Febrero del 2005.

2. Servicios de interés general: servicios no esenciales pero ofrecidos al público bajo esquema tarifario aprobado por TELCOR o bajo libertad de contratación con los usuarios.

La telefonía celular, la telefonía pública, la radio, la televisión abierta, la televisión por suscripción, los servicios portadores, las redes especializadas de datos y la conmutación de paquetes pertenecen a esta clase de servicios. La operación de los servicios de interés general requiere de una Licencia. (Arts. 10, 16).

3. Servicios de interés especial: pueden ser ofrecidos por un operador a un número determinado de usuarios de conformidad con las normas jurídicas aplicables. Ejemplos de estos servicios son la radiolocalización móvil de personas, los servicios de enlaces troncalizados, la radiodeterminación, las estaciones terrenas o telepuertos para comunicaciones por satélite, los servicios de teleconferencia, las redes de radio comunicación con técnicas de multiacceso u otras tecnologías y los repetidores comunitarios. La operación de los servicios de interés especial requiere de una Licencia. (Arts. 11, 16).
4. Servicios de interés particular: son establecidos por una persona natural o jurídica para satisfacer sus propias necesidades de telecomunicación, utilizando redes autorizadas o instalaciones propias. Estos servicios no pueden ser prestados a terceros, salvo que sean complementarios para el cumplimiento de un objetivo social. Los servicios de interés particular requieren de Registro en TELCOR y Permiso, cuando a juicio de éste sea necesario para vigilar el cumplimiento de restricciones de interconexión de ciertos servicios de redes privadas. (Art. 12, 18).
5. Servicios no regulados: aquellos que por sus características técnicas o económicas, a juicio de TELCOR, pueden operar sin mayor regulación que la de registrarse ante la oficina correspondiente, debido a que se pueden prestar en competencia abierta y no requieren de asignación de frecuencia. Dentro de esta categoría encontramos los servicios de comunicación de valor agregado tales como el acceso a Internet, el correo electrónico, el correo de voz, los servicios de información, el teleprocesamiento, el acceso a base de datos y el almacenamiento y envío de facsímile. Los servicios no regulados únicamente necesitan ser registrados en TELCOR. (art. 13, 19).

### **9.2.1 Principios Rectores y Plazos:**

Los servicios de telecomunicaciones serán prestados en régimen de libre competencia. (Art. 24).

También podrán ser prestados en régimen de exclusividad o para un número limitado de operadores y por un plazo previamente establecido. TELCOR podrá otorgar otra u otras Concesiones y Licencias a favor de terceras personas para que exploten en igualdad de circunstancias, dentro de la misma área geográfica o en otra diferente, servicios idénticos o similares a los que sean materia de concesiones o licencias previamente otorgadas, salvo en las excepciones y para los casos previstos por la ley. (Art. 24).

En general, las Concesiones se otorgan por un plazo que no podrá exceder cinco años, y las Licencias hasta por 10 años, igualmente renovables. (Art. 110., inciso c).

Las Concesiones para servicios postales se otorgarán por un plazo que no podrá exceder de 5 años, pudiendo renovarse por igual período.

El otorgamiento de una Concesión o Licencia incluye la asignación de frecuencias radioeléctricas necesarias para la prestación del servicio. El operador podrá solicitar de manera justificada otras frecuencias que requiera para la instalación de equipos para el desarrollo de su red y para la expansión de los servicios. (Art. 27).

En ningún caso se podrá vender, ceder, hipotecar o, en manera alguna, gravar o transferir la Concesión, Licencia, Permiso y autorizaciones y los derechos en ellos conferidos. (Art. 32).

El artículo 68 de la Constitución determina que el Estado vigilará que los medios de comunicación social no sean sometidos a intereses extranjeros o al monopolio económico de algún grupo.

### **9.2.2 Servicios de Telecomunicaciones y Autorizaciones:**

#### **Solicitud de autorización:**

El otorgamiento de una Concesión requiere de un proceso de licitación, salvo en el caso de la prestación de servicios postales, en que la ley excluye tal requisito. La Licencia puede otorgarse directamente por TELCOR para servicios que se presten en régimen de libre competencia, no siendo necesaria



la licitación, a menos que el número de solicitudes de determinado servicio exceda la disponibilidad de frecuencias radioeléctricas que se requieren para atender todas las solicitudes. En el caso de Licencia para telefonía celular, el requisito de licitación pública es ineludible.

Las solicitudes de Concesión de servicio público y solicitudes de Licencia de servicio de interés general deberán ser publicadas en dos periódicos de circulación nacional, con el objeto de permitir a cualquier interesado ejercer la oposición al otorgamiento de lo solicitado, para lo cual tendrá el plazo de treinta días contados a partir de la última publicación. El otorgamiento o cancelación de tal Concesión o Licencia sólo tendrá efecto a partir de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial. (Art. 34 y 35).

Los interesados en obtener Licencias deberán incluir al menos en su solicitud la siguiente información:

Toda solicitud de licencia, permiso o registro deberá contener los siguientes aspectos:

- a) Nombre de la persona natural o jurídica que lo solicita.
- b) Partida de nacimiento y número RUC del solicitante o de los socios.
- c) Prueba de que la sociedad está constituida legalmente.
- d) Información detallada de las inversiones y de las actividades que se pretendan realizar. (Art. 64).

### **Contratos:**

En los contratos de concesión se observará, entre otras, las siguientes disposiciones normativas de cumplimiento obligatorio:

- a) Los concesionarios podrán ser personas naturales o jurídicas. En este último caso pueden organizarse en cualesquiera de las formas previstas por la Ley.
- b) Las concesiones serán otorgadas directamente por TELCOR mediante contrato sin necesidad de licitación pública, a los particulares que soliciten prestar el servicio postal y que cumplan los requisitos exigidos en el Reglamento correspondiente. Esta concesión se otorga basado en el Reglamento.

- c) Las concesiones son temporales, bajo sanción de nulidad. El plazo no podrá exceder de cinco años, pudiendo renovarse por igual período.
- d) El ámbito territorial de la concesión puede ser local, regional, nacional o internacional. Esta precisión es necesaria en cada contrato de concesión.
- e) Los concesionarios están obligados a admitir y a expedir los envíos de correspondencia que les sean encargadas y que se encuentran de acuerdo a la Reglamentación vigente.
- f) Los concesionarios quedan facultados para pactar libremente con los usuarios del servicio, las tarifas correspondientes. TELCOR fijará los límites máximos y mínimos de las tarifas sociales, tomando en consideración los Convenios Internacionales.
- g) Las empresas extranjeras que deseen obtener una concesión, deberán establecerse en el país y se someterán expresamente a las Leyes y Tribunales de la República, renunciando a toda reclamación diplomática.
- h) Corresponde al Estado, a través de TELCOR supervisar la actividad de los concesionarios de acuerdo a sus contratos respectivos.( Artículo 110)

### 9.2.3 Servicio de correo

El servicio de correos se presta a través de una empresa, cuyo propietario es el Estado de Nicaragua, y esta organizada como persona jurídica de derecho privado, bajo la forma comercial de sociedad anónima. (Artículo 115). En el artículo 117 se establece que el Estado otorga la “concesión, sin exclusividad, del servicio postal en todo el país. Esta concesión obliga a “Correos de Nicaragua” a prestar el servicio postal en todo el país, con carácter de administración postal del Estado, encargada del cumplimiento de los acuerdos y convenios internacionales. Por su parte el artículo 121, indica que “ La concesión del servicio postal la otorga TELCOR a solicitud de interesado, sin necesidad de licitación pública. La concesión se otorga mediante la suscripción de un contrato, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Reglamento y sus normas complementarias. La concesión tiene carácter temporal e intransferible” Según el artículo 125, del Reglamento, el Estado brinda en concesión las siguientes modalidades de Servicios Postales: a) El Correo Ordinario Nacional o Internacional o el Servicio Postal Universal; b) El Correo Certificado Nacional o Internacional; c) El Correo Expreso, Urgente (Courier) Nacional o Internacional de Documentos d) El Paquete

Postal o Encomienda Postal, Nacional o Internacional; e) El Giro Postal, Remesa Postal o Transferencia Postal Nacional o Internacional.

## 10. Superintendencia de servicios públicos

El 18 de febrero del año 2005 fue publicado en la Gaceta (Diario Oficial) la “Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua (Ley 520). Conforme el artículo 3, se reforma el numeral 9) del Arto. 138, del Capítulo II “Poder Legislativo” del Título VII “De la Organización del Estado”, de la Constitución Política, que establece lo siguiente:

Arto. 138, inciso 9, “Elegir con el sesenta por ciento de los votos del total de los Diputados de la Asamblea Nacional, de listas separadas propuestas para cada cargo por el Presidente de la República y por los Diputados, en consulta con las asociaciones civiles pertinentes:

- a. Al Superintendente y Vice Superintendente General de Bancos y otras Instituciones Financieras
- b. Al Fiscal General de la República quien estará a cargo del Ministerio Público y al Fiscal General Adjunto de la República, quienes deberán tener las mismas calidades que se requieren para ser Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Contraloría General de la República
- c. Al Procurador y Sub Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos
- d. Al Superintendente y a los Intendentes de Servicios Públicos
- e. Al Director y Subdirector del Instituto de la Propiedad Reformada Urbana y Rural.

Una vez aprobada la Ley de la Superintendencia de Servicios públicos, la Asamblea Nacional reformó el artículo 14 Ley de Organización, Competencias y Procedimientos del Poder Ejecutivo (Ley 290). Se anularon de ésta Ley los incisos i, d, e y f que decían que las entidades INE, Telcor e INAA estaban adscritos a la Presidencia de la República, que de ahora en adelante pasan a ser del ente autónomo denominado Superintendencia de Servicios Públicos.

Agrega el mismo artículo que “la entidad estatal Correos de Nicaragua, pasa a ser un ente descentralizado del poder Ejecutivo que en un término no mayor de 60 días después de entrada en vigencia la presente ley, deberá elaborar la Ley Orgánica de Correos de Nicaragua”.

Esta reforma constitucional introduce una nueva figura: La Superintendencia de Servicios Públicos (SISEP), y de acuerdo a la Ley 511<sup>833</sup>, es “un órgano autónomo del Estado, que tiene a su cargo la normación, regulación, supervisión, aplicación y control del cumplimiento de las normas que rigen las telecomunicaciones y servicios postales, los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario y los servicios de energía, en su carácter de Ente Regulador de estos servicios públicos”.

El carácter autónomo de la Superintendencia de Servicios Públicos será administrativo, funcional y financiero.

De acuerdo al artículo 2, la SISEP estará integrada por un Superintendente y cuatro Intendencias:

- 1) La Intendencia de Telecomunicaciones que será sucesora de TELCOR.
- 2) La Intendencia de Energía que será sucesora del INE.
- 3) La Intendencia de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario que será sucesora del INAA.
- 4) La Intendencia de Atención a los Usuarios y Consumidores que será integrada por las áreas de atención a usuarios o consumidores de TELCOR, INE e INAA.

La novedad que presenta esta ley, es el Capítulo VI, la Intendencia de atención a los consumidores y usuarios, que “tendrá a su cargo garantizar los derechos efectivos de los consumidores de los servicios públicos de acueductos y alcantarillado sanitario, energía y telecomunicaciones. Para prestar efectivamente su función deberá establecer sucursales de atención a los usuarios en el territorio nacional, de acuerdo a normativa de funcionamiento dictada por el Consejo Directivo. Sus resoluciones serán consideradas de primera instancia”(Artículo 14).

De acuerdo al artículo 17, El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata la presente Ley, para cumplir con los siguientes fines:

1. Armonizar los intereses de los consumidores, usuarios y prestatarios de los servicios públicos regulados en esta Ley.
2. Procurar el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y los intereses de los prestatarios de estos servicios públicos.

<sup>833</sup> Declaraciones del Diputado Edwin Castro. El Nuevo Diario. 25 de noviembre 2005.

3. La Superintendencia debe velar porque se cumplan con los requisitos de calidad cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesaria para prestar en forma óptima los servicios públicos sujetos a su autoridad.

Vigilar que los derechos de los usuarios sean respetados y que se protejan sus intereses.

Deberá además velar porque se cumplan, en coordinación con los órganos del Estado competentes, la protección al medio ambiente y el uso racional y sostenible de los recursos naturales, ejercer la regulación de estos servicios públicos, coadyuvar con los usuarios y las organizaciones de consumidores o usuarios en la defensa de sus intereses“ .

De esta forma, la Superintendencia vigila y controla que las empresas de servicios públicos cumplan con las leyes y actos administrativos a los que estén sujetas. De acuerdo a lo anterior, evalúa la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación. Igualmente, supervisa el cumplimiento de los contratos entre los usuarios y estas empresas.

Para llevar a cabo la función de inspección, la Superintendencia investiga las irregularidades que presenten los prestadores de servicios públicos. Estas investigaciones se desarrollan solicitando información, realizando inspecciones y obteniendo pruebas.

### **10.1 Conflicto entre los poderes del Estado**

Esta reforma constitucional produjo una crisis política, entre el poder Ejecutivo, que no reconocía las reformas; y la Asamblea Nacional. Los diputados consideraban que con la “Superintendencia de Servicios Públicos habrá un control más eficiente en los servicios públicos, ya que la ley manda a abrir oficinas de esa instancia en todos los departamentos para que ahí los usuarios de los servicios acudan a interponer sus reclamos”<sup>834</sup>.

En otra declaración, el mismo diputado, justificando la reforma constitucional expresó que en “el caso de TELCOR, en dos año y medio van pasando cuatro directores, en el caso del agua...por presión de la Asamblea detuvo el aumento de las tarifas y la privatización del servicio de agua en León, “lo corrió el Presidente de la República”. “Esto demuestra la debilidad de esas

---

<sup>834</sup> Declaraciones del Diputado Edwin Castro. El Nuevo Diario.19 de junio. 2004.

instituciones cuando son órganos gubernamentales porque se politizan y se vuelven caros de mantener como organismos independientes. “Por eso es que creemos que debe ser un solo organismo denominado Superintendencia de Servicios Públicos, como en Panamá, EU, Inglaterra, Chile, donde los parlamentos los constituyen para que sean entes autónomos y sus directores tengan independencia de criterio. Con la ley se pretende que exista un Superintendente que administre el sistema y que funcionen cuatro Intendentes por área definida, altamente calificados porque un intendente de telecomunicaciones debe ser técnicamente un profesional de esa área.”<sup>835</sup>

Otro de los argumentos de los diputados consistía, en afirmar que esta institución “se acerca a la ciudadanía, pues tendrá cobertura nacional y crea la intendencia de protección de los intereses de los consumidores, que permitirá que personal especializado les garantice que las empresas les brinden niveles de calidad y oportunidad en los servicios de telefonía, electricidad y agua potable. Estas entidades continuarán operando con su mismo presupuesto equivalente al uno por ciento de su facturación de INAA e INE, y en el caso de TELCOR oscila entre el 1.5 ó 2 por ciento, porcentaje que mensualmente es cargado a los clientes en su facturación.

Quiere decir que en lugar de que haya una oficina de TELCOR, INE e INAA en un departamento, en una sola oficina, una persona capacitada para poder tramitar los reclamos de los usuarios, puede hacer llegar el reclamo del ciudadano, al área técnica respectiva y eso te baja significativamente los costos. Igualmente las operaciones administrativas y financieras se van a concentrar en una sola área, lo mismo que las demás áreas de apoyo como asesoría legal, servicios generales”, explicó. “Por fuera de las inestabilidades políticas”.

Para este diputado, la creación de la Sisep no tiene ningún tipo de desventaja y, por el contrario, agregó, permitirá garantizar a los funcionarios que no serán removidos por razones políticas como ocurre cuando los nombra el Presidente de la República.

“Para la modernidad de los servicios públicos, es necesario que las autoridades actúen sin influencia de ningún tipo. De allí que darles autonomía en un plazo definido de nombramiento, y una garantía real de su autonomía, basada en una elección de 56 votos que es una votación calificada y que por tanto, lo aleja de los vaivenes que se pueden dar en una u otra bancada que

<sup>835</sup> El Nuevo Diario. 25 de mayo 2005. Entrevista al Diputado David Castillo.

<sup>836</sup> ARIÑO ORTIZ.: *Economía y Estado...*Pág. 321

los quiera presionar”<sup>836</sup>.

Por su parte, el poder Ejecutivo, no reconoció las reformas, ya que éstas, pasaban de un sistema presidencialista, a uno parlamentario, y concentrarían en el Poder Legislativo las funciones propias del Poder Ejecutivo. El presidente del Ejecutivo acudió a la Corte Centroamericana de Justicia para demandar a la Asamblea Nacional de Nicaragua ya que, en su opinión, “actúa en franca violación de la normativa jurídica del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), específicamente del Protocolo de Tegucigalpa...”. Agregando: “Durante los últimos meses ha sido puesta en peligro la democracia, la institucionalidad y la división, balance y separación de poderes del Estado en Nicaragua.”

Al acoger la pretensión del demandante, la Corte Centroamericana de Justicia en la Sentencia en el Considerando IV dice: “1.- Que las denominadas reformas parciales a la Constitución Política de la República de Nicaragua, aprobadas en primera legislatura el pasado 25 de noviembre de 2004 constituyen una clara violación, entre otros, a los artículos 5, 7, 129, 130, 150 incisos 8 y 12, 183 y 193 de la Constitución Política de la República de Nicaragua; del artículo 3 del Protocolo de Tegucigalpa; del inciso a) del artículo 3 del citado Protocolo y de los incisos b) e i) del artículo 4 del mismo, la Carta Democrática Interamericana de la Organización de Estados Americanos (OEA) y del artículo 1 del Tratado Marco de Seguridad Democrática. 2.- Para que el sistema político funcione, los Poderes del Estado deben cooperar coordinándose armónicamente, en forma independiente y sin subordinación del uno a otro.”

Y agrega en el número 4 de dicho Considerando “4.- Que las leyes y procesos de formación de leyes, vinculadas a esta reforma institucional, reseñadas en capítulo relativo a la Relación de los Hechos, constituyen también una violación al principio de separación e independencia de poderes, y en general, adolecen de los mismos vicios de afectación a la democracia representativa que las reformas constitucionales, debiendo revisarse para ajustarse a derecho.”

Es evidente que la Sentencia fue congruente con la pretensión de la parte demandante y por ello en el numeral Tercero de la parte Resolutiva dispuso: “TERCERO: Que los actos antes mencionados, atentan contra la independencia del Poder Ejecutivo y contra el equilibrio de los Poderes del Estado que consagra la Constitución Política de la República de Nicaragua, siendo por ello, actos de injerencia de la Asamblea Nacional en las facultades y atribuciones del Poder Ejecutivo que sólo pueden ser reformadas por una Asamblea Nacional Constituyente convocada al efecto.”

La Asamblea Nacional, no acató la medida cautelar dictada por La Corte y no ejecuto acto alguno para cumplir con el efecto vinculante del fallo. Sin embargo la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua de fecha 7 de enero de 2005, este Tribunal resolvió “II. Déjase sin efecto la medida cautelar de suspender la tramitación de las reformas constitucionales dictada por la Corte Centroamericana de Justicia, en su resolución de las tres de la tarde del seis de enero del corriente año, por no haberse agotado el derecho interno y no existir medidas cautelares en materia de inconstitucionalidad...” La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en el numeral IV declara la inconstitucionalidad parcial del inciso f) del artículo 22 del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

El magistrado de la Corte Centroamericana de Justicia ADOLFO LEÓN GOMEZ, en conferencia pronunciada en la Universidad Centroamérica, sobre la Sentencia del 29 de Marzo de 2005 en el conflicto entre poderes del Estado en Nicaragua, concluía diciendo:

1. No hay contradicción entre la Sentencia nacional de la Corte Suprema y la internacional de la Corte Centroamericana de Justicia y esta última por su condición de supranacional, es de aplicación inmediata y de ineludible cumplimiento en las materias señaladas en los Tratados comunitarios suscritos y vigentes; y resoluciones que se incorporan al derecho nacional.
2. La Sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia, no se pronunció sobre la validez o no de las reformas constitucionales, sino sobre que tales reformas violentan el principio democrático de la división de Poderes.
3. El no acatamiento a la Sentencia de la Corte Centroamericana, produce responsabilidad al incumplirse por los Estados suscriptores del Protocolo de Tegucigalpa, dado su carácter vinculante y aplicación directa e inmediata.
4. Las reformas constitucionales aún estando vigentes, no pueden ser aplicadas, por lo que el Estado debe hacer las reformas necesarias para adecuar su derecho interno al derecho internacional y comunitario, como resulta de lo convenido en los Tratados suscritos por Nicaragua y que están en vigencia y a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados.

Sin embargo, este conflicto entre los poderes del Estado, finalizó con un acuerdo alcanzado entre la Asamblea Nacional, a través de los partidos políticos representado en ella y el poder Ejecutivo; de acuerdo al cual se aprobó y publicó la Ley Marco para la Estabilidad y Gobernabilidad del país (Ley.



558).

En artículo 1 se lee: **La Ley No. 520, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua; la Ley No. 511, Ley de la Superintendencia de los Servicios Públicos; la Ley No. 512, Ley Creadora del Instituto de la Propiedad Reformada Urbana y Rural; la Ley de Seguridad Social; así como las demás leyes y actos legislativos que se derivan de las mismas, se suspenden en su aplicación hasta el 20 de enero del 2007. Las nuevas autoridades electas en el 2006, Presidente de la República y Asamblea Nacional, tendrán las facultades de aceptar o rechazar estas leyes antes de o hasta la fecha señalada.**

Los funcionarios públicos nombrados por la Asamblea Nacional en virtud de actos legislativos derivados de La Ley No. 520, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, y de otras leyes conexas, asumirán sus cargos a partir del 20 de enero de 2007, salvo lo establecido en la parte final del párrafo anterior.

Art. 2. En el actual período presidencial que concluye el 10 de enero del 2007, continuarán en pleno ejercicio de sus cargos, las autoridades nombradas de acuerdo a las leyes que regían antes de la Ley No. 520 y las que se derivan de la misma. En el caso del Instituto Nicaragüense de Energía (INE), el Presidente de la República someterá a la Asamblea Nacional las ternas para los nombramientos establecidos en la Ley No. 271, Ley de Reforma a la Ley Orgánica del INE.

## 11. Conclusiones

Como resultado de las nuevas realidades políticas, económicas y sociales que se presentan a partir de la depresión de 1929 y el colapso del Estado Oligárquico liberal, se comienza a construir un Estado interventor; en donde a éste se le asigna un papel de promotor del desarrollo (hacia dentro) y del bienestar general de la sociedad.

El rol asignado al Estado se pudo cumplir en parte, debido a las demandas a que la coyuntura económica mundial (la reconstrucción de Europa y el crecimiento económico de los Estados Unidos) revalorizó los productos Centroamericanos de exportación y los Estados tuvieron recursos para el lanzamiento de programas sociales y para realizar su papel de agente relativamente redistribuidor de la riqueza nacional.

A partir de los años cincuenta, en Nicaragua los servicios públicos queda-

ron bajo la responsabilidad del Estado. Asimismo, a partir de esta década, se desarrollaron numerosas empresas públicas y entidades estatales a cargo de los servicios de agua, electricidad, hidrocarburos, telecomunicaciones y transporte. Por otra parte, debido al modelo de “desarrollo hacia dentro”, la mayoría de estos servicios eran monopólicos, por lo que existía el temor de que un prestador privado pudiera abusar de su posición dominante. En consecuencia, el patrimonio público de las empresas se constituía en una garantía de protección del usuario.

La estrategia económica y social del Estado se basó, por orientaciones de la CEPAL, en el fortalecimiento del mercado interno y en el impulso del proceso de sustitución de importaciones.

La idea del “crecimiento hacia adentro” fue sustituida por la tesis del “crecimiento hacia afuera”, en íntima relación con la integración económica latinoamericana como forma de solucionar el problema de la estrechez de los mercados nacionales, fue el hilo conductor de este enfoque. Pero el enfoque de la CEPAL y de los partidos nacionales y populares no era simplemente tecno-económico, sino que también hizo propuestas y realizaciones en el campo social, educativo y hasta político.

No obstante, a partir de los años setenta se empezó a notar los defectos del modelo tradicional de los servicios públicos. La gestión de las empresas públicas era, en muchos casos, ineficiente; existía una tendencia al favoritismo político, impulsados a veces por equivocadas políticas macroeconómicas de generación de empleo, antes que por las verdaderas necesidades laborales de la empresa. Se difundió la práctica de adjudicar los contratos de obras y servicios en favor de determinadas empresas, que no siempre representaban la oferta más económica. Estos factores, y otros como la falta de eficiencia, contribuyeron a que los costos del servicio fueran más altos de lo que debieron haber sido.

A la par de estas deficiencias y distorsiones del modelo, hay que sumar la crisis del llamado “Estado del Bienestar”, que se sitúa en los años setenta y de 1979 con las crisis energéticas, que condujeron a los países industrializados a un desempleo masivo con inflación, y que provocaron la quiebra del paradigma económico entonces vigente, de raíz keynesiana. Esta crisis, puso en peligro la viabilidad del amplio sistema de asistencia y de prestaciones garantizadas por los Poderes Públicos que constituían el “Estado del Bienestar”.

En América Latina, la crisis tuvo su expresión concreta en la crisis fiscal de los años ochenta provocada, entre otros factores, por el excesivo crecimiento del Estado, por el populismo económico y por la incapacidad de controlar

el déficit público, por sucesivos y fuertes arranques inflacionarios, por las dificultades financieras provocadas por el no pago de la deuda externa.

Los países anglosajones fueron los primeros que enfrentaron esta situación, y trataron de darle respuesta por medio de la recuperación de los principios liberales, pero adaptados a las nuevas realidad. Se trataba de prestar mayor atención a la gestión de la oferta agregada, bastante desatendida por la orientación casi exclusivamente del lado de la demanda propia del keynesianismo.

Se formaron varias escuelas, o corrientes, que coincidían en el rechazo del gobierno público de la economía diseñado por los economistas keynesianos. Entre ellas se puede citar el monetarismo de la Escuela de Chicago, la Escuela de las expectativas racionales o los economistas “libertarios”.

Con la crisis del paradigma keynesiano en los años setenta, estas teorías encontraron una aceptación que nunca habían tenido con anterioridad, y se convirtieron en el fundamento de la nueva “economía del lado de la oferta”, que constituye uno de los pilares ideológicos de la revolución neoliberal de los años ochenta en los Estados Unidos y la Gran Bretaña, y cuya influencia se ha extendido por todo el mundo durante esa década y la siguiente, coincidiendo con la quiebra de los sistemas del llamado “socialismo real”.

Los partidarios de este neoliberalismo proponían una profunda transformación del modo de concebir la gestión pública de la economía que se había impuesto con el keynesianismo. Así, la política económica no debería buscar ya objetivos a corto plazo por medio de medidas discrecionales, que muchas veces sólo producen inestabilidad, inflación y déficit público, con la consiguiente perturbación del correcto y automático funcionamiento del mercado; por el contrario, el gobierno público de la economía tendría que mirar a largo plazo, dirigiendo sus esfuerzos a eliminar las rigideces de los mercados y a incentivar la productividad, el ahorro y las inversiones privadas, y dejando al libre juego de las fuerzas del mercado el equilibrio cotidiano.

Por lo demás, era objeto de fuerte contestación la dependencia que la sociedad civil había adquirido con respecto al Estado, reclamándose en consecuencia un retorno al principio de responsabilidad individual y una disminución de los gastos sociales y asistenciales públicos. De este modo, las propuestas neoliberales, en la forma en que se plasmaron en los programas políticos a principios de los años ochenta, incluían la reducción de los impuestos y del gasto público, la supresión de buena parte de la intervención pública reguladora de la actividad económica (*deregulation* o liberalización, según los países ) y la introducción de los principios de la gestión empresarial en el ámbito de las Administraciones públicas, además de la conversión

de los entes públicos económicos en sociedades de Derecho privado y la venta de las acciones de las mismas (privatización).

La reorganización de la gestión de los servicios públicos ha presentado diversas modalidades: En primer lugar, la privatización de los entes de gestión; y una segunda, de venta pública de todas o parte de las acciones. Sin embargo, en este proceso de privatización, los poderes públicos, siempre conservan amplios poderes de control sobre estas sociedades, por medio de diversas técnicas.

En las formas de gestión indirecta de los servicios públicos, se han producido novedades, y se ha introducido la competencia entre prestadores, y ya no se utiliza la gestión con cláusula de exclusiva, como sucedía en el Estado liberal clásico. Esto resulta posible gracias a la reformulación de la teoría de los monopolios naturales realizada en los últimos años por la Ciencia económica, en la cual han tenido una gran influencia las nuevas posibilidades abiertas por el progreso tecnológico.

Con lo que respecta a Nicaragua, la crisis del “Estado del Bienestar” y el proceso de privatizaciones de las empresas públicas y de los servicios públicos llega con cierto retraso, debido a la revolución sandinista.

Sin embargo, a inicios de los años noventa, en el ámbito de los servicios públicos económicos, se transforman de públicos en privados, en busca de una mejora de los niveles de calidad en la prestación de los servicios. Si bien los servicios de carácter social, su privatización, ha planteado dificultades técnicas, y también sociales por las fuertes resistencias sociales.

Con la privatización, el Derecho norteamericano ha tenido una nueva e importante impronta sobre nuestro Derecho, hasta el punto de que los expertos de los organismos internacionales, generalmente norteamericanos y latinoamericanos graduados en estas universidades colaboran en la redacción de los proyectos de ley.

La principal institución tomada del Derecho norteamericano ha sido la creación de entes reguladores moldeados sobre las *regulatory agencies*. En su creación hubo que adaptar el modelo norteamericano a las particularidades del derecho nicaragüenses. Por una parte, se separa la autoridad concedente del entre regulador. A la primera, el Poder Ejecutivo, se le otorga la potestad de otorgar y cancelar la habilitación. Al segundo, las facultades de control de las actividades que se ejercen, aplicando un marco regulatorio “exterior” al servicio, y no potestades “de dirección y control internos del servicio”, utilizando la terminología de ARIÑO ORTIZ<sup>837</sup>

Recientemente, el país se encuentra en medio de un amplio proceso de reforma, y una de las características más interesantes, ha sido la creación de un sólo ente regulador con alcance multisectorial en vez de una serie de entes reguladores para ocuparse de cada uno de los servicios.

Sobre la viabilidad de la Superintendencia de Servicios público han existido opiniones a favor y en contra. La reforma constitucional del 2005, produjo una crisis institucional, y un enfrentamiento entre el poder Ejecutivo y Legislativo, que tuvo, una salida, a través de una Ley Marco, firmada por el Presidente de la República, y los diputados de la Asamblea Nacional.

Según este acuerdo político, en el año 2007 las nuevas autoridades electas en noviembre del 2006, tendrán las facultades de aceptar o rechazar esta reforma constitucional.

## CONCLUSIONES FINALES

1. La elaboración doctrinal de una verdadera teoría jurídica del servicio público no se produjo hasta que la institución que nos ocupa se convirtió en Francia en la base sobre la cual se trató de construir científicamente todo el Derecho administrativo

En este contexto, a principios de siglo fueron retomadas las conclusiones del Arrêt Blanco, de 1873, que versaba sobre una cuestión de responsabilidad de la Administración pública, y se empezó a determinar el ámbito del Derecho administrativo como Ordenamiento jurídico a través del criterio del servicio público. Pero si esta orientación tiene un origen pragmático y jurisprudencial, los autores de la Escuela del servicio público aportaron rápidamente un fundamento ideológico para la identificación de la actuación de las Administraciones públicas en su conjunto con el servicio público. Partiendo de una perspectiva pretendidamente realista, estos autores manifestaban su rechazo frente a la concepción “metafísica” del Estado como ente soberano y querían ver en aquél una federación de servicios públicos gobernada por las reglas objetivas de Derecho nacidas de la conciencia social.

Las tesis de la Escuela de Burdeos alcanzaron un importante éxito por su carácter novedoso y su sensibilidad hacia las nuevas funciones que los Poderes públicos estaban asumiendo en los ámbitos económico y social, pero también encontraron fuertes resistencias entre los partidarios de la vieja teoría de los actos de autoridad o de poder público.

2. Sin embargo, la teoría del servicio público, sufrió un duro revés por parte de la misma jurisprudencia francesa, que en los años veinte identificó

la nueva categoría de los servicios públicos industriales y comerciales, cuyo régimen jurídico estaría regido por el Derecho privado, de manera que la determinación del ámbito de aplicación del Derecho administrativo a través del criterio del servicio público quedó en entredicho y, con ello, la propia validez de dicha noción, que fue sometida a una severa crítica.

Ciertamente, la teoría tradicional del servicio público regio solo durante un breve periodo de tiempo, sobre el Derecho Administrativo francés. La expansión de la acción administrativa, con la consolidación del Estado Social acabo con ella. Pero esta crisis fue solo parcial. La idea de servicio público introdujo, una nueva concepción del Estado y la Administración, una nueva forma de administrar informada por una honda preocupación social, y el predominio de la idea de servicio al ciudadano, sobre la de autoridad.

Este elemento, ha perdurado hasta nuestros días y, sin duda, es una de las grandes aportaciones del Derecho Francés, a la ciencia del Derecho Administrativo.

3. Por influencia de la doctrina francesa, la teoría jurídica del servicio público se extendió a lo largo de los treinta primeros años de nuestro siglo a otros países con regímenes de Derecho administrativo, como Italia o España, aunque ello conllevó inevitablemente una adaptación de aquella a las peculiaridades de cada Ordenamiento jurídico. En especial, a la larga en ninguno de esos países se pudo aceptar un concepto de la institución tan amplio como el que se había acabado imponiendo en Francia.

Es evidente que esta diversidad de orígenes históricos del Estado de Derecho, en Inglaterra y posteriormente en los Estados Unidos; y en Francia y en España va a dar lugar a formas distintas de evolución de los servicios públicos, que no es necesario nuevamente repasar pues basta con puntualizar ciertos elementos:

- 1) En España, al igual que en Francia, el Estado asume los servicios públicos de forma directa, como resultado del proceso de desamortización; de la emergencia de una poderosa Administración pública, y del escaso vigor del modelo capitalista. La técnica utilizada fue la concesión en monopolio, que sirvió para organizar el servicio de transporte ferroviario y para la explotación de los bienes de dominio público afectados al fomento de la riqueza nacional, agua y minas. En siglo XX, la técnica del servicio público se extiende para satisfacer nuevas necesidades de interés público. El modelo de “in-

terés público” es el dominante en España. Este interés público no puede ser perseguido por personas privadas, pues éstas están solo encaminadas a la consecución de su interés privados. Por eso es necesario que un ente superior defina y gestione la consecución del bien público. Las autoridades públicas son las únicas con la legitimidad y el poder suficiente para cumplir esta función, y por ello están legitimadas para realizar una reserva de la actividad (*publicatio*) que les permite gestionar directamente, en régimen de monopolio, los servicios públicos. El servicio público estaría definido por tres rasgos: gestión por una autoridad pública, bajo el régimen de derecho público, para la consecución de un fin de “interés público”.

En los Estados Unidos, debido a la desconcentración del poder político, tanto en el ámbito vertical Estado federal, como horizontal: férrea separación de poderes; y por su tradición y cultura política, la intervención, para favorecer el interés público, se realizó por medios indirectos. El modelo del “interés común” es el predominante en Estados Unidos. La prestación de servicios de interés general está encomendada a personas privadas, las cuales, en régimen de competencia, persiguen la satisfacción de su propio interés particular, al mismo tiempo que satisfacen la de sus clientes y el de la comunidad en general. La función de las autoridades públicas es garantizar que el enfrentamiento de intereses particulares no es corrompido por prácticas injustas que impidan la satisfacción del interés común, así como intervenir en el caso de que el mercado no sea plenamente eficiente, imponiendo obligaciones directamente a los prestadores del servicio de interés general.

Sin embargo, a pesar de sus diversos orígenes y técnicas, el servicio público español y la *public utility* norteamericana, tiene similitudes, ya que ambos tienen como objetivo garantizar un servicio universal en determinadas actividades económicas, sociales, y quizás política a los ciudadanos.

4. La figura del servicio público es protagonista de una larga historia, que ha diluido su significado, adaptándolo a las necesidades de cada momento histórico. Inicialmente, la calificación de una actividad como servicio público suponía la aplicación de un régimen jurídico, consistente en la intervención directa de una autoridad pública, sujeta al derecho público, en defensa del interés público. La provisión del servicio por un agente privado, a través de la técnica de la concesión, y la aplicación del derecho privado, supusieron la crisis del servicio público tradicional. La exigencia de títulos jurídicos para la intervención pública, fruto del nuevo modelo económico keynesiano de la posguerra europea, salvó de la crisis a la figura del servicio público, que, no obstante, se transformó en el concepto impreciso, cuyo contenido mínimo, común a todos los

Estados de tradición jurídica francesa, radica en el otorgamiento a las autoridades públicas de cierta potestad de intervención en un sector o actividad determinada, excediendo el régimen común de actividad de la administración. El legislador, invocando el siempre difuso interés público, podía determinar el grado de intervención pública en la economía, dentro de amplísimos límites constitucionales.

En el modelo tradicional se entendía que el Estado era el titular de aquellas actividades que se calificaban de “servicios públicos” (gestionaba también otras que estaban lejos de serlo). Era el *dominus* de unos recursos o sectores que calificaba de “reservados” y que podía gestionar directamente mediante empresa pública o, a través de terceros, mediante concesión. Tales “concesiones” se configuraban como una transferencia de funciones y tareas cuya titularidad correspondía primariamente al Estado, pese a que estas actividades no eran intrínsecamente públicas, no eran actividad soberana, no formaban parte de los fines históricos del Estado, de sus fines esenciales. Pero habían quedado “publicadas”. Por ello, lo que la Administración cedía en la concesión no era la titularidad de la actividad, sino el “privilegio” de su ejercicio.

Este modelo, aplicado en varios países de Europa durante décadas, comenzó a ser cuestionado, debido a que en el mundo anglosajón en la década de los años cincuenta, un grupo reducido de economistas americanos y británicos, cuestión el papel del Estado; y, a través de sus investigaciones se entendió que el papel del Estado era otro distinto del que venía ejerciendo.

A través de estas teorías, se comprendió que los sectores estratégicos o esenciales no son “propiedad” del Estado y no tienen por qué ser gestionados directamente por las autoridades públicas y, consecuentemente, debían de ser abiertos a la competencia y al mercado.

5. Para América Latina, y por ende para Centroamérica y Nicaragua, el Siglo XVI significa el nacimiento y constitución de sus sociedades, que tres siglos después se convertirán en naciones. Es decir, mientras Europa echaba las bases del Estado moderno, nuestras sociedades comenzaban solamente a articularse como tales, con la peculiaridad de que dicha constitución se hizo bajo el dominio e influencia de la monarquía española; así como del catolicismo, lo que en la práctica significó el sometimiento de las nuevas colonias a un ordenamiento absolutista, bajo la reproducción de los modos de vida, la visión del mundo y el ordenamiento político y económico de las estructuras semif feudales que imperaban en las metrópolis.

Las particularidades políticas y culturales de España, repercutirán en las



colonias: Entre la invasión visigoda y la posterior invasión y expulsión musulmana de la península ibérica, en esta no se despliega ni se desarrolla en plenitud el modo de producción feudal, como si lo hiciese en el resto del continente europeo. Sin embargo, a partir del Siglo XVI España se vio rápidamente incorporada al mundo europeo - que a partir del desgaste de las instituciones feudales y, a partir de éstas, comenzaba a echar las raíces del Estado moderno-, sin que ella haya vivido a cabalidad el proceso, que como al resto de los países europeos, la llevaría a adoptar las características de la sociedad moderna y de la institucionalidad liberal.

A su vez, la falta de un desarrollo productivo y mercantil y la utilización de las riquezas que provenían de las colonias para el mantenimiento del Imperio, de la burocracia y de las guerras, implicó a la vez que tampoco se desarrollara en España la etapa pre-industrial; por lo cual, el acceso de las instituciones sociales política y culturales al mundo ibérico será hecho con el mismo retraso y dificultad. Así sucederá de hecho en Centroamérica.

Como lo habían hecho en la metrópoli, surgieron en las nuevas colonias una institucionalidad económica, política y cultural muy particular, pero con una naturaleza marcadamente feudal, que generaran a la vez relaciones sociales de producción que respondían, dentro de sus propia especificidad, a los rasgos generales del tipo-ideal weberiano de feudalismo.

Con ello, se consolidó en las sociedades centroamericanas un orden social más estricto y cerrado que el de la metrópoli, que implicó una total ausencia de prácticas sociales que eran la base para la formación de la sociedad civil en Europa. Es como si los elementos feudales, aún presentes en el orden europeo de la época, se hubiesen reforzado para reconstruir, en el Nuevo Mundo, aquel viejo orden que siglos de expansión mercantil estaban borrando en el Viejo.

Sin embargo, el orden económico y social emergente en nuestras sociedades estuvo muy lejos de ser la continuación del orden feudal en el nuevo continente, porque la estructura económica volcada a la exportación de materias primas a Europa, tuvo como consecuencia que se desarrollara unidades económicas sin una red territorial e institucional que cohesionara y que otorgara identidades a los nuevos espacios sociales y políticos a nivel local y regional; que conllevó que se formaran bases territoriales aisladas entre sí, impidiendo el desarrollo de un mercado interno y la institucionalización de las practicas sociales mercantiles.

Un sistema productivo de materias primas orientado al mercado exterior, articulado por comerciantes con mentalidad rentista implicó por una parte la carencia de una visión a largo plazo de la actividad económica y, por ende,

a la falta de interés por emprender proyectos productivos a largo plazo y de complejidad creciente.

A partir de todos estos antecedentes, podemos aseverar que las sociedades Centroamericanas reprodujeron lo peor del orden feudal y del orden mercantil, ya que no construyeron ni adhirieron espacios económicos y sociales, con la voluntad de construir vínculos territoriales, sino que la riqueza que se producía o que se generaba rápidamente partía a Europa, por lo cual no se reinvertía y no generaba nuevos capitales en los lugares donde era generada.

Podríamos decir, entonces, que la base de la economía colonial consistía en explotar sin reinvertir, y de masificar el servilísimo para intensificar el uso de la mano de obra y aumentar con ello la ganancia, lo que generaría relaciones e instituciones sociales, políticas y culturales de carácter patrimonial, que habrían moldeando la historia social y política de nuestras sociedades y que determinarían su desarrollo.

Cuando llega la independencia se comienzan a construir Estados Nacionales, con un orden jurídico diferente a la tradición colonial. Pero lo paradójico es que la naturaleza y las características del Estado que surge y se consolida en esta época está definida esencialmente por el tipo de relaciones económicas, productivas y sociales que provenían del periodo colonial.

Que haya surgido un Estado con un tipo de orden jurídico liberal, al estilo del modelo estadounidense, sobre las bases económicas y socioculturales del período colonial, significó, en la práctica, que los elementos constitutivos para formar una sociedad civil -como correlato necesario del Estado liberal-eran limitados o del todo inexistentes.

Esta superposición de realidades fue posible en la medida de que los protagonistas e ideólogos del proceso de independencia nacional y de construcción de los nuevos Estados intentaron recoger y aplicar los principios liberales y anticonservadores que surgieron de la Revolución Francesa y de la Independencia de los Estados Unidos, sin embargo, al ser aplicada en sociedades que conservaban casi las estructuras coloniales y semif feudales, así como las formas de organizar el poder político y económico, conllevó a que estas aplicaciones y construcciones teóricas dieran resultados distintos a los observados en sus lugares de origen.

Se levanta y se consolida entonces un Estado liberal dentro del esquema de relaciones sociales oligárquicas, lo que conllevaría que la institucionalidad resultante le permitiese a la nueva clase oligárquica imponer sus objetivos, intereses y su discurso ideológico a los sectores que contradecían abiertamente el orden político y económico colonial y que exigían abiertamente

una restauración conservadora.

6. Desde mediados del siglo XIX y hasta principios del Siglo XX, el crecimiento demográfico y la relación entre campo y ciudad no provocaron ningún cambio profundo en los mecanismos tradicionales de las sociedades Centroamericana y nicaragüense; y en las relaciones sociales que la sustentaban, permitiendo que las estructuras sociales precedentes a la independencia mantuvieran toda su vigencia y fueran determinantes en la formación del Estado.

En consecuencia, la formación estatal centroamericana y nicaragüense se aleja de la forma en que surgió el modelo europeo y norteamericano al que quería imitar, ya que la falta de revoluciones burguesas, que desmantelaran el autoritarismo absolutista de la monarquía y el poder feudal de la nobleza, que consolidado a la burguesía como la fuerza conductora de la sociedad -y de paso, que logrando unificar el poder político y jurídico de los nuevos países, crear ejércitos y establecer una burocracia administrativa-, surge una versión autóctona y atrofiada del Estado liberal; que fue producto del desarrollo ulterior de las estructuras semif feudales imperantes en la región, mas que de un intento de destrucción de éstas por parte de las burguesías locales.

Una de las características, y quizás las más importantes para nuestro tema de estudio, es que a pesar que surge el Estado Nacional en la primera mitad del XIX, en Nicaragua no aparece, con ello, la Administración Pública, ni leyes administrativa en sentido estricto, posiblemente, porque esta disciplina era en ese entonces casi desconocida en el Derecho Anglosajón, y nuestros próceres, constituyentes, gobernantes y legisladores, al imitar fielmente las instituciones norteamericanas, también copiaron su Derecho Público. Es hasta casi a finales del siglo XIX, con el gobierno de ZELAYA, que la influencia de Francia se hizo presente a través del Código Civil y de Procedimiento Civil.

Las obras que realizaron los gobiernos durante el siglo XIX son servicios económicos de caminos, canales, alumbrado eléctrico; pero a la par, servicios de instrucción pública y de beneficencia, que el Estado asume como responsabilidad propia, pero sin un régimen jurídico definido, ni con precisión jurídica.

A inicios del siglo XX, la intervención norteamericana destruye la precaria institucionalidad y el ya bastante desarrollado sistema de servicios públicos que había generado las exportaciones durante el período liberal (1893-1909).

De tal manera que el Derecho Administrativo, y su figura de moda en Europa, el servicio público, durante este período no influyo, ni apareció en Nicaragua, y se tuvo que esperar cincuenta años para que se publicara la primera

obra Derecho Administrativo, teórico y Positivo (Editorial Nuevos Horizontes. Managua, 1947) del maestro ILDELFONSO PALMA MATINEZ

7. Como resultado de las nuevas realidades políticas, económicas y sociales que se presentan a partir de la depresión de 1929 y el colapso del Estado Oligárquico liberal, se comienza a construir un Estado interventor; en donde a éste se le asigna un papel de promotor del desarrollo (hacia dentro) y del bienestar general de la sociedad.

El rol asignado al Estado se pudo cumplir en parte, debido a las demandas a que la coyuntura económica mundial (la reconstrucción de Europa y el crecimiento económico de los Estados Unidos) revalorizó los productos Centroamericanos de exportación y los Estados tuvieron recursos para el lanzamiento de programas sociales y para realizar su papel de agente relativamente redistribuidor de la riqueza nacional.

A partir de los años cincuenta, en Nicaragua los servicios públicos quedaron bajo la responsabilidad del Estado. Asimismo, a partir de esta década, se desarrollaron numerosas empresas públicas y entidades estatales a cargo de los servicios de agua, electricidad, hidrocarburos, telecomunicaciones y transporte. Por otra parte, debido al modelo de “desarrollo hacia dentro”, la mayoría de estos servicios eran monopólicos por lo que existía el temor de que un prestador privado pudiera abusar de su posición dominante. En consecuencia, el patrimonio público de las empresas se constituía en una garantía de protección del usuario.

La estrategia económica y social del Estado se basó, por orientaciones de la CEPAL, en el fortalecimiento del mercado interno y en el impulso del proceso de sustitución de importaciones.

La idea del “crecimiento hacia adentro” fue sustituida por la tesis del “crecimiento hacia afuera”, en íntima relación con la integración económica latinoamericana como forma de solucionar el problema de la estrechez de los mercados nacionales, fue el hilo conductor de este enfoque. Pero el enfoque de la CEPAL y de los partidos nacionales y populares no era simplemente tecno-económico, sino que también hizo propuestas y realizaciones en el campo social, educativo y hasta político.

No obstante, a partir de los años setenta se empezó a notar los defectos del modelo tradicional de los servicios públicos. La gestión de las empresas públicas era, en muchos casos, ineficiente; existía una tendencia al favoritismo político, impulsados a veces por equivocadas políticas macroeconómicas de generación de empleo, antes que por las verdaderas necesidades laborales de la empresa. Se difundió la práctica de adjudicar los contratos de obras y

servicios en favor de determinadas empresas, que no siempre representaban la oferta más económica. Estos factores, y otros como la falta de eficiencia, contribuyeron a que los costos del servicio fueran más altos de lo que debieron haber sido.

A la par de estas deficiencias y distorsiones del modelo, hay que sumar la crisis del llamado “Estado del Bienestar”, que se sitúa en los años setenta y de 1979 con las crisis energéticas, que condujeron a los países industrializados a un desempleo masivo con inflación y que provocaron la quiebra del paradigma económico entonces vigente, de raíz keynesiana. Esta crisis puso en peligro la viabilidad del amplio sistema de asistencia y de prestaciones garantizadas por los Poderes Públicos que constituían el “Estado del Bienestar”.

En América Latina, la crisis tuvo su expresión concreta en la crisis fiscal de los años ochenta, provocada, entre otros factores, por el excesivo crecimiento del Estado, por el populismo económico y por la incapacidad de controlar el déficit público, por sucesivos y fuertes arranques inflacionarios, por las dificultades financieras provocadas por el no pago de la deuda externa.

8. Los países anglosajones fueron los primeros que enfrentaron esta situación y trataron de darle respuesta por medio de la recuperación de los principios liberales, pero adaptados a las nuevas realidad. Se trataba de prestar mayor atención a la gestión de la oferta agregada, bastante desatendida por la orientación casi exclusivamente del lado de la demanda propia del keynesianismo.

Se formaron varias escuelas, o corrientes, que coincidían en el rechazo del gobierno público de la economía diseñado por los economistas keynesianos. Entre ellas tenemos, el monetarismo de la Escuela de Chicago, la Escuela de las expectativas racionales o los economistas “libertarios”.

Con la crisis del paradigma keynesiano en los años setenta, estas teorías encontraron una aceptación que nunca habían tenido con anterioridad y se convirtieron en el fundamento de la nueva “economía del lado de la oferta”, que constituye uno de los pilares ideológicos de la revolución neoliberal de los años ochenta en los Estados Unidos y la Gran Bretaña, y cuya influencia se ha extendido por todo el mundo durante esa década y la siguiente, coincidiendo con la quiebra de los sistemas del llamado “socialismo real”.

Los partidarios de este neoliberalismo proponían una profunda transformación del modo de concebir la gestión pública de la economía que se había impuesto con el keynesianismo. Así, la política económica no debería buscar ya objetivos a corto plazo por medio de medidas discrecionales, que muchas veces sólo producen inestabilidad, inflación y déficit público, con la consi-

guiente perturbación del correcto y automático funcionamiento del mercado; por el contrario, el gobierno público de la economía tendría que mirar a largo plazo, dirigiendo sus esfuerzos a eliminar las rigideces de los mercados y a incentivar la productividad, el ahorro y las inversiones privadas, y dejando al libre juego de las fuerzas del mercado el equilibrio cotidiano

Por lo demás, era objeto de fuerte contestación la dependencia que la sociedad civil había adquirido con respecto al Estado, reclamándose, en consecuencia, un retorno al principio de responsabilidad individual y una disminución de los gastos sociales y asistenciales públicos. De este modo, las propuestas neoliberales, en la forma en que se plasmaron en los programas políticos a principios de los años ochenta, incluían la reducción de los impuestos y del gasto público, la supresión de buena parte de la intervención pública reguladora de la actividad económica (*deregulation* o liberalización, según los países ) y la introducción de los principios de la gestión empresarial en el ámbito de las Administraciones públicas, además de la conversión de los entes públicos económicos en sociedades de Derecho privado y la venta de las acciones de las mismas (privatización).

La reorganización de la gestión de los servicios públicos ha presentado diversas modalidades: En primer lugar, la privatización de los entes de gestión; y una segunda, de venta pública de todas o parte de las acciones. Sin embargo, en este proceso de privatización, los poderes públicos, siempre conservan amplios poderes de control sobre estas sociedades, por medio de diversas técnicas.

En las formas de gestión indirecta de los servicios públicos, se han producido novedades, y se ha introducido la competencia entre prestadores, y ya no se utiliza la gestión con cláusula de exclusiva, como sucedía en el Estado liberal clásico. Esto resulta posible gracias a la reformulación de la teoría de los monopolios naturales realizada en los últimos años por la Ciencia económica, en la cual han tenido una gran influencia las nuevas posibilidades abiertas por el progreso tecnológico.

9. Con lo que respecta a Nicaragua, la crisis del “Estado del Bienestar” y el proceso de privatizaciones de las empresas públicas y de los servicios públicos llega con cierto retraso, debido a la revolución sandinista.

Sin embargo, a inicios de los años noventa, en el ámbito de los servicios públicos económicos, se transforman de públicos en privados, en busca de una mejora de los niveles de calidad en la prestación de los servicios. Si bien la privatización de los servicios de carácter social ha planteado dificultades técnicas y fuertes resistencias sociales.

Con la privatización, el Derecho norteamericano ha tenido una nueva e importante impronta sobre nuestro Derecho, hasta el punto de que los expertos de los organismos internacionales, generalmente norteamericanos y latinoamericanos graduados en estas universidades, colaboran en la redacción de los proyectos de ley.

La principal institución tomada del Derecho norteamericano ha sido la creación de entes reguladores moldeados sobre las *regulatory agencies*. En su creación hubo que adaptar el modelo norteamericano a las particularidades del derecho nicaragüenses. Por una parte, se separa la autoridad concedente del ente regulador. A la primera, el Poder Ejecutivo, le otorga la potestad de otorgar y cancelar la habilitación. Al segundo, las facultades de control de las actividades que se ejercen, aplicando un marco regulatorio “exterior” al servicio, y no potestades “de dirección y control internos del servicio” utilizando la terminología de ARIÑO ORTIZ.

10. Recientemente, el país se encuentra en medio de un amplio proceso de reforma, y una de las características interesantes es la tendencia a crear un solo ente regulador con alcance multisectorial en vez de una serie de entes reguladores para ocuparse de cada uno de los servicios.

Este cambio produjo una gran conflictividad política, que enfrentó al Ejecutivo con el Poder Legislativo, pero que ha encontrado, felizmente, solución a través de un acuerdo entre ambos..

# ANEXO

## Indice Jurisprudencial Sentencias del Tribunal Supremo de España

STS	20/07/1983.	RCJ. 1983-4524.
STS	30/09/1987.	RCJ. 1987-9204.
STS	22/01/1988.	RCJ 1988. F.J.1
STS	13/07/1995.	RCJ. 1995-8597. FJ.6.
STS	23/03/1982.	RCJ 1982-2329.
STS	18/03/1988.	RCJ. 1988-2181. FJ. 1.
STS	15/06/1988.	RCJ. 1988-3196. FJ. 5
STS	20/01/1981.	RCJ. 1981-178.
STS	30/09/1987.	RCJ. 1983-4524.
STS	22/01/1988.	
STS	13/10/1995.	
STS	22/01/1988.	
STS	23/03/1982.	
STS	18/03/1988.	
STS	20/01/1981.	RCJ. 1981-178.
STC	05/05/1994.	RATC 1994-127.
STJCE	19/05/1993.	
STJCE	27/04/1994.	
RCJ	1987-9204.	
RCJ	1988. F.J.	
RCJ	1988-323. F.J.1.	



RCJ	1995-8597. FJ.6.
RCJ	1982-2329. Cdo.
RCJ	1988-2181. FJ. 1.
RCJ	1988-3196. FJ. 5.

**Sentencias de la Corte Suprema de Nicaragua**

SCS	21/11/95	Sentencia Núm. 87
SCS	06/07/98	Sentencia Núm. 100
SCS	19/09/93	Sentencia S/N
SCS	18/12/00	Sentencia Núm. 129
SCS	20/02/75	Sentencia S/N
SCS	29/07/97	Sentencia Núm. 55
SCS	27/05/63	Sentencia S/N
SCS	30/01/64	B.J. 494/1964.
SCS	27/02/1997	Sentencia Núm. 12
SCS	29//08/1997	Sentencia Núm. 55
CSS	27/02/1997	Sentencia Núm. 12

# INDICE DE LEYES Y DECRETOS DE NICARAGUA

Boletín Judicial. 1925.

Boletín Judicial. 494/1964. 30 de Enero de 1964.

Ley Agraria del 18 de abril de 1859.

Ley Agraria del 18 de abril de 1859.

Ley creadora de las Juntas Municipales de Reconstrucción. 31 de enero de 1980. Gaceta Diario Oficial 5 de febrero.

Ley Creadora del Ministerio de la Construcción y Transporte. Decreto 328. 7 de mayo de 1986.

Ley de Especies y Filatelia de 1944. La Gaceta. Número 149. 1956.

Ley de Transporte y obras públicas (Decreto 117. 27 de noviembre de 1979. La Gaceta Núm. 42); Ley General de Transporte. Decreto 164. 17 de febrero de 1986. La Gaceta Núm 34.

Ley de Usos de Agua para Riego de Benefico Colectivo. Ley Núm 747.13 de abril de 1962.

Ley del 15 de febrero de 1862.

Ley del 15 de febrero de 1862.

Ley del 27 de marzo de 1869.

Ley del 27 de marzo de 1869.

Ley No. 290 de “Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo” Aprobada el 27 de Marzo de 1998. La Gaceta No. 102 del 3 de Junio de 1998.

Ley Núm. 14 del 19 de julio de 1981 y del 11 de enero de 1986.

Ley Orgánica del Ministerio de Salud 3 de junio de 1982. Decreto 1030. La Gaceta. Núm. 102.

Ley No. 524, Aprobado el 2 de Marzo del 2005. Publicado en La Gaceta No. 72 del 14 de Abril del 2005.

Ley No. 297, del 16 Junio 1998. Publicado en la Gaceta No. 123 del 2 Julio 1998.

Ley Núm.272. Aprobada en el 18 de abril de 1998. Publicada en la Gaceta. Núm. 30, el 23 del mayo de 1998.

Ley No. 200 de 8 de agosto de 1995. Publicado en La Gaceta No. 154 de 18 de agosto de 1995

Ley No. 297, del 16 Junio 1998. Publicado en la Gaceta No. 123 del 2 Julio 1998.

Ley Núm.272. Aprobada en el 18 de abril de 1998. Publicada en la Gaceta. Núm. 30, el 23 del mayo de 1998.

Ley No. 200 de 8 de agosto de 1995. Publicado en La Gaceta No. 154 de 18 de agosto de 1995

Ley Orgánica del Ministerio de Transporte. Decreto 117. 25 de Octubre de 1985.

Ley reglamentaria obtención licencias funcionamiento de transporte terrestre (La Gaceta. 280. Decreto 1140 de 3 de diciembre de 1982).

Leyes de Reforma Agraria. Decreto 782.

Leyes emitidas por el Congreso Legislativo de Nicaragua en su reunión ordinaria de 1861-1884, Managua, Imprenta del progreso.

Decreto 107. 20 de noviembre de 1979. La Gaceta Núm. 37.

Decreto 1344. Del 23 de Noviembre de 1988.

Decreto 137. 3 de Noviembre de 1979. La Gaceta Núm. 48.

Decreto 20. Gaceta Núm. 3. 24 de Agosto de 1979

Decreto 329 del 29 de febrero de 1980

Decreto 718. 2 de junio de 1981. La Gaceta. Núm. 93.

Decreto Ejecutivo No. 847 del 24 de Junio de 1963

Decreto No. 1,146 de 29 de noviembre de 1982.

Decreto No. 1,398 de 10 de febrero de 1984. La Gaceta No.38 de 22 de febrero de 1984.

Decreto No. 123. 23 de octubre de 1979. La Gaceta Núm. 44 de 30 de octubre de 1979.

Decreto No. 352 de 24 de marzo de 1980. La Gaceta No. 76 de 29 de marzo de 1980

Decreto Núm 760. 19 de julio de 1981.

Decreto Núm. 1,053. La Gaceta No. 137 de 12 de junio de 1982.

Decreto Núm. 118. La Gaceta 26 de septiembre.

- Decreto Núm. 484 del 16 de agosto de 1980
- Decreto sobre Jubilaciones, 22 de agosto de 1930, Gaceta No. 184.
- Decreto-Ley No. 255 del 20 de marzo de 1987.
- Decreto-Ley Núm. 7-90 de mayo de 1990
- Decreto-Ley Núm. 4-90. Decreto de Ley Creadora de Ministerios de Estado.  
La Gaceta Núm. 87 de 8 de mayo de 1990.
- Decreto-Ley Núm. 4-90. Entes Autónomos Descentralizados del Estado. La  
Gaceta Núm. 87 de 8 de mayo de 1990.
- Decretos Núm. 82 y 135, del 9 de septiembre y el 3 de noviembre de 1979.
- Decretos números 230 y 263, del 7 de enero y 2 de febrero de 1980.
- Decreto Núm. 506. 1958. La Gaceta 225.
- La Gaceta 61. 14 de marzo de 1977.
- Decreto Núm. 17-B. 1963.
- La Gaceta No. 288 de 9 de diciembre de 1982.
- La Gaceta No. 49 de 1 de marzo de 1982
- La Gaceta No. 79 de 6 de abril de 1987
- La Gaceta Núm 280. 17 de diciembre de 1935.
- La Gaceta Núm 3. Decreto 25. 24 de septiembre de 1979.
- La Gaceta Núm. 1. Decreto 3. 22 de septiembre de 1979.
- La Gaceta Núm. 196. 2 Octubre de 1929.
- La Gaceta Núm. 4 del 28 de septiembre de 1979.
- La Gaceta Núm. 98. 30 de abril de 1918.
- La Gaceta, 1 de julio de 1865.
- La Gaceta, 1 de marzo de 1879
- La Gaceta, 1 de marzo de 1879.
- La Gaceta, 14 de noviembre de 1877.
- La Gaceta, 10 de octubre de 1874.
- La Gaceta, 22 de marzo de 1861.
- La Gaceta, 23 de junio de 1860.
- La Gaceta, 23 de octubre.
- La Gaceta, 25 de febrero de 1880.
- La Gaceta, 25 de febrero de 1888.
- La Gaceta, 5 de enero de 1878
- La Gaceta, 5 de marzo de 1887.

- La Gaceta, 5 de septiembre de 1880.
- La Gaceta, 8 de abril. Decreto Núm 1330.
- La Gaceta, Número 107. Decreto 129. 1967.
- La Gaceta, Número 107. Decreto 29. 1959.
- La Gaceta, Número 129. Decreto 1331. 1967.
- La Gaceta, Número 71. Decreto 402. 1959.
- La Gaceta, 4 de diciembre. Decreto Núm. 725.
- La Gaceta. 22 de Agosto de 1979.
- La Gaceta. 61. 13 de marzo de 1972.
- La Gaceta. 73. Decreto. Núm. 131. 1967.
- La Gaceta. Decreto Núm. 3D. 1941.
- La Gaceta. Decreto Núm. 827.
- La Gaceta. Decreto Núm. 9B.
- La Gaceta. Decreto. Núm. 59.
- La Gaceta. Núm. 168. 27 de julio de 1967.
- La Gaceta. Núm. 86 del día 11 de 1957.
- La Gaceta. Núm. 139. Decreto 1573. 1967.
- La Gaceta. Núm. 238. 1940. Pág. 2474.
- La Gaceta. Núm. 69. Decreto Núm.18-D. 1955.
- La Gaceta. Núm. 175. Decreto Núm.298. 1944.
- La Gaceta Núm. 175. 22 de septiembre de 1926.
- La Gaceta. Núm. 239. Decreto 102. 1954. Pág. 2184.
- La Gaceta. Núm. 278. 1964.
- La Gaceta.e Núm. 233. Decreto Núm.266. 1957
- La Gaceta165. Decreto Núm. 31-D. 1953.
- La Gaceta Núm. 165 y 166. Julio de 1972.
- Reglamento de Policía del 20 de junio de 1875.
- Reglamento de uso de radio emisoras Reglamento Radio Nacional. La Gaceta 284, 21 de Diciembre de 1935
- Reglamento uso Radio Emisora. La Gaceta Núm. 20. 24 de Enero 1940.
- El Reglamento de DENACAL, fue dictado con fecha 4 de julio de 1972.



**KARLOS NAVARRO MEDAL** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Master en Administración Pública, por la Universidad de Castilla la Mancha, Master en Contrataciones del Estado, por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Master en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia post doctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y, en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

Ha sido asesor externo de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Corte Suprema de Justicia, PNUD y OIT.

Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Fundador y miembro Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Red Iberoamericana de Contratación Pública. Miembro de Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro de Honor de las Asociaciones Mexicana, costarricense y ecuatoriana de Derecho Administrativo. Académico correspondiente Academias de Legislación y Jurisprudencia de Galicia, Córdoba (Argentina), Granada y de Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, España. Autor de libros de historia, ciencias políticas y derecho administrativo. Profesor invitado de diversas Universidades españolas e Iberoamericanas.

Ha sido decano de la facultad de derecho de la Universidad hispanoamericana, y director del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores.

ISBN 978-99924-21-29-1



9 789992 421291



"Universitas Granadensis"



EDITORIAL  
HISPANOAMERICANA