

Revista Científica

de Estudios Sociales

Revista científica de Estudios Sociales RCES
E-ISSN: 2958-6070
ISSN: 2959-4685
revistacienciasociales@uam.edu.ni
Universidad Americana, UAM
Managua, Nicaragua

LICENCIA DE GENERACIÓN: ¿UNA AUTORIZACIÓN JUSTIFICADA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR ELÉCTRICO NICARAGÜENSE?

Cómo citar:

Izaba-Ruíz, C., R. (2023). Licencia de Generación: ¿una autorización justificada en el régimen jurídico del sector eléctrico nicaragüense? *Revista Científica de Estudios Sociales*, 2(1), 76-98 .



Obra bajo una licencia Creative Commons-Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0

LICENCIA DE GENERACIÓN: ¿UNA AUTORIZACIÓN JUSTIFICADA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR ELÉCTRICO NICARAGÜENSE?

GENERATION LICENSE: A JUSTIFIED AUTHORIZATION IN THE LEGAL FRAMEWORK OF THE NICARAGUAN ELECTRICITY SECTOR?

Carlos Ricardo Izaba Ruíz
Máster en Derecho de Energía por Universidad Americana (UAM)
cizaba@uamv.edu.ni
<https://orcid.org/0000-0001-6710-6588>

Recepción: 28 de febrero de 2023 | **Aceptación:** 02 de marzo de 2023

RESUMEN

La Ley 272, Ley de la Industria Eléctrica, despublicó a la generación eléctrica, anteriormente reservada al Estado en su condición de servicio público, convirtiéndola en una actividad privada y, por tanto, sometiéndola a la dinámica del mercado. Sin embargo, para desarrollar la producción de electricidad, la Ley 272 contempla a la licencia de generación como autorización previa, que opera como una barrera de entrada al mercado de generación eléctrica. El presente artículo aborda el tema del régimen autorizatorio de la generación eléctrica, como actividad despubblicada, en el contexto de la industria eléctrica, como industria de red, en que la libertad de empresa, iniciativa privada y libre competencia ya se encuentran con limitaciones objetivas, para plantear la necesidad de admitir solo aquellas autorizaciones que se ajustan a los principios de necesidad y proporcionalidad, con miras a que la Administración Pública pueda proteger los intereses generales a ella encomendados, a la vez que respeta la libertad de empresa e iniciativa privada, necesarias para la creación de un mercado de generación competitivo. Recurriendo a la exposición de lineamientos doctrinales, así como del Derecho comparado de países como España, Guatemala y Chile, este artículo cuestiona la necesidad de la licencia de generación, y propone una reforma de lege ferenda que instituya una generación de electricidad libre. Para la investigación se ha hecho empleo principalmente del método sistémico por el que se sustenta la contradicción entre una generación despubblicada y su sujeción a la licencia de generación.

PALABRAS CLAVES

Autorización administrativa, concesión administrativa, despubblicación, licencia de generación.

ABSTRACT

Law 272, the Electric Industry Law, de-published electricity generation, previously reserved to the State as a public service, turning it into a private activity and subjecting it to market dynamics. However, to develop the production of electricity, Law 272 establishes the generation license as a prior authorization, which operates as an entry barrier into the electricity generation market. This article addresses the issue of the authorization regime for electricity generation, as an unpublished activity, in the context of the electricity industry, as a network industry, in which the freedom of enterprise, private initiative, and free competition already



meet objective limitations, to raise the need to admit only those authorizations that conform to the principles of necessity and proportionality, with a view to the Public Administration being able to protect the general interests entrusted to it, while respecting the freedom of enterprise and private initiative, necessary for the creation of a competitive generation market. Resorting to the exposition of doctrinal guidelines, as well as the comparative law of countries such as Spain, Guatemala, and Chile, this article questions the need for a generation license and proposes a *lege ferenda* reform that institutes free electricity generation. For the investigation, use has been made mainly of the systemic method by which the contradiction between an unpublished generation and its subjection to the generation license is sustained.

KEYWORDS

Administrative concession, authorization, depublishing administrative, generation license.

INTRODUCCIÓN

La generación eléctrica en Nicaragua antes de las reformas liberalizadoras de la Ley 272, Ley de la Industria Eléctrica, publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 74 del 23 de abril de 1998, se había constituido en un servicio público y por tanto como una actividad reservada al Estado, debiéndose obtener una concesión administrativa de servicio público por parte de los particulares para poder desarrollarla.

La liberalización introducida por la Ley 272 despoja a la generación eléctrica de su estatus de servicio público, pasando de ser una actividad pública a ser una actividad privada, y legalmente sometiéndola a un régimen de libre competencia con miras a desarrollar un mercado competitivo que fuese atractivo para la inversión privada, con la finalidad de expandir la capacidad de generación y con ella el servicio eléctrico.

Sin embargo, para producir energía eléctrica y, por tanto, participar en el mercado de generación, la Ley 272 ha establecido como requisito la licencia de generación que opera como una barrera de entrada a dicho mercado, limitando de forma innecesaria la iniciativa privada y la libertad de empresa que deben regir una actividad que ha sido despublicada. La licencia de generación como autorización administrativa, de acuerdo con su definición en el artículo 67 de la Ley 272, debe regirse por los principios que informan la actividad administrativa de limitación, de la cual es una técnica de intervención.

Entre los principios que rigen la actividad de limitación y, por ende, a la autorización administrativa, figuran los de necesidad y proporcionalidad, de acuerdo a los cuales solo se puede limitar la libertad de empresa en la medida en que se dispense una protección adecuada a los intereses generales, a la vez que se restringe a la libertad de empresa en lo menos posible (Jordana de Pozas, 1949). Tomando en cuenta que la industria eléctrica es una industria de red, es decir, que es un sector en que la actividad económica depende del uso indispensable de unas infraestructuras de red, como conductos de paso obligado y con capacidad limitada (Caballero Sánchez, 2003), se reconoce que en ella ya existen límites físicos y objetivos a la entrada de nuevos agentes y, por tanto, a la libre competencia, lográndose identificar en la autorización referida a la conexión a las redes el instrumento jurídico por el que se limita de forma adecuada a la libertad de empresa en relación con la generación eléctrica, siendo esta autorización más relevante que la licencia de generación, como autorización de entrada al mercado de generación (Esteve Pardo, 2021).

Se verifica que la autorización de conexión a las redes es establecida conforme a razones de asignación de recursos escasos y de riesgo (Laguna de Paz, 2006), razones para la admisión de una autorización administrativa por el legislador de acuerdo a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Todo esto conduce a considerar la supresión de la licencia de generación como título de entrada al mercado de generación, como lo han conseguido los ordenamientos jurídicos chileno y guatemalteco que han instituido una generación eléctrica libre.

El objetivo general trazado consiste en sustentar que una ausencia de título de entrada al mercado de generación es el más conforme a la libertad de empresa e iniciativa privada con vistas a crear un mercado de generación competitivo. Para ello, se han establecido tres objetivos específicos:

1. Exponer que la licencia de generación, como título de entrada al mercado de generación eléctrica, es un obstáculo innecesario y desproporcionado que constituye una barrera injustificada para la entrada de nuevos agentes al mercado de generación.
2. Demostrar que el sistema de autorizaciones, conformado por el conjunto de autorizaciones ambientales, urbanísticas y de conexión a las redes, que actualmente rige a la generación eléctrica es suficiente para limitar en una justa medida a dicha actividad en pro de los intereses generales.

La presente investigación es jurídica, teórica-cualitativa que se ha basado en los siguientes métodos de investigación jurídica:

1. Método de derecho comparado para hacer referencia a los ordenamientos jurídicos que han adoptado regímenes libres de entrada al mercado de generación con el fin de crear mercados de generación competitivos.
2. Método sistémico que permite identificar en el régimen libre de entrada al mercado de generación el más conforme a las disposiciones generales referidas a las actividades de la industria eléctrica contenidas en el Capítulo I de la Ley 272, Ley de la Industria Eléctrica.
3. Método de análisis y síntesis con el que se logra comprender la naturaleza propia de la autorización administrativa y los principios que la rigen en relación con las actividades de los particulares.

La técnica de investigación empleada ha sido la documental que permitió el análisis de documentos legales y doctrina científica sobre el tema. Con el fin de abordar las cuestiones planteadas, el presente artículo se estructura en seis partes:

- a. La primera parte aborda el tema de la generación eléctrica como servicio público y, por tanto, como actividad reservada a la Administración Pública, a la cual el particular solo podía tener acceso mediante el otorgamiento de una concesión administrativa, único título habilitante para el desarrollo de la generación eléctrica.

- b. La segunda parte versa sobre el tema de la liberalización de la generación eléctrica convirtiéndola en una actividad privada, sujeta a la libertad de empresa e iniciativa privada, y la adopción por parte de la Ley No. 272 de la licencia de generación como título de entrada al mercado de generación.
- c. La tercera parte presenta la formulación doctrinal sobre la autorización administrativa como técnica de la actividad administrativa de limitación, la cual ha de regirse por los principios de proporcionalidad y necesidad que permiten a la Administración Pública velar por los intereses generales, así como limitar a la libertad de empresa en una justa medida.
- d. La cuarta parte expone los criterios jurisprudenciales y legales para la adopción de un adecuado régimen autorizador adoptados por la jurisprudencia y legislación de la Unión Europea, así como por la legislación española.
- e. La quinta parte presenta los dos ordenamientos jurídicos (Chile y Guatemala) que han suprimido un título de entrada al mercado de generación eléctrica, por el que se demuestra la viabilidad de un régimen de libre entrada al mercado de generación.
- f. La sexta parte aborda la necesidad de realizar reformas en la Ley No. 272 encaminadas a suprimir la licencia de generación como título de entrada al mercado de generación eléctrica.

I. Generación eléctrica como servicio público y régimen concesional

Antes de los intentos liberalizadores introducidos por la Ley 272, Ley de la Industria Eléctrica, el sector eléctrico nicaragüense se encontraba regido por el Decreto No. 11-D, Ley sobre la Industria Eléctrica, publicado en la Gaceta Diario Oficial No. 86 del 11 abril de 1957.

El Decreto 11-D en su artículo 4 reconoce como actividades de la industria eléctrica a la generación, transmisión, distribución y comercialización, adquiriendo estas un estatus de servicio público cuando su finalidad era el abastecimiento de electricidad al público de acuerdo con el artículo 7.

Al ser estas actividades catalogadas como servicio público, se requería de una concesión de servicio público para su desarrollo según el artículo 11, inciso I.

Esta catalogación por parte del legislador de ciertas actividades como servicio público es lo que en la doctrina jurídica se conoce como *publicatio*, siendo esta una declaración a favor de la Administración Pública de una titularidad exclusiva sobre la actividad. Blanquer Criado (2012) explica que "...la 'publicatio' alude a la reserva de una actividad económica al sector público; es decir, esa decisión convierte a la Administración en dueña o titular de un determinado servicio, que en virtud de la reserva deviene un servicio de naturaleza pública..." (p. 297).

La consecuencia jurídica de esta reserva a favor de la Administración pública fue la sustracción de dichas actividades reservadas de la esfera de la iniciativa empresarial privada, para sujetarse por completo a la iniciativa pública, como lo indica Blanquer Criado: "...la consecuencia de la 'publicatio' de un servicio, es dejar a la iniciativa privada fuera de esa actividad económica" (2012, p.297). En virtud de esta reserva, la Administración Pública asume la prestación de estos servicios destinados a satisfacer necesidades de la sociedad: "... lo que define a la actividad de servicio público no es sólo que consista en prestaciones, sino

que su finalidad esencial, o al menos predominante, es la satisfacción de las necesidades de los individuos” (Rebollo Puig et al., 2019. pp. 184-185).

Sin embargo, la titularidad exclusiva sobre las actividades no implicó una exclusividad en la gestión del servicio. A la par de la gestión directa de los servicios públicos por parte de la Administración mediante empresas públicas u órganos administrativos, los particulares podían participar de forma colaborativa con esta en la prestación de los mismos, dándose de esta forma una gestión indirecta (Rivero Ortega, 2021).

El título habilitante para esta gestión indirecta fue la concesión administrativa de servicio público, por la cual la Administración Pública otorgaba derechos de explotación de cualquier actividad reservada; sobre la naturaleza de la concesión de servicio público, Blanquer Criado (2012) indica que:

...la concesión administrativa es un título jurídico habilitante que amplía la esfera de actuación de los particulares: hay un ámbito de actividad que se reserva en exclusiva a los poderes públicos; esa reserva comporta una prohibición de la libre iniciativa privada; los particulares sólo pueden acceder a la zona reservada utilizando la llave jurídica de la concesión, título habilitante que tiene eficacia constitutiva, pues atribuye ‘ex novo’ la posibilidad de actuar en un sector económico reservado en exclusiva a los poderes públicos. (p. 162).

Así se verificó una clara distinción entre titularidad y gestión del servicio público. La titularidad sería siempre del Estado; la gestión podía ser desarrollada por el Estado mismo o por particulares mediante la técnica concesional, estableciéndose así un régimen de habilitación concesional para las actividades del sector. Es este el régimen de habilitación que adopta el Decreto 11-D en su artículo 11, inciso I, ya mencionado.

Precisamente porque la titularidad se conserva a favor de la Administración, esta determina las condiciones en las que se prestará el servicio, creándose una relación de especial sujeción del administrado concesionario frente a la Administración concedente. Esto indica que, si bien la actividad de servicio público no tiene como núcleo el ejercicio de potestades administrativas, sino la satisfacción de necesidades como anteriormente se ha expresado, la Administración Pública está dotada de aquellas facultades de imperium necesarias para que la prestación fuese efectiva:

...el servicio público también entraña una nueva legitimación para la actuación administrativa y ejercicio de poder como medio para suministrar prestaciones y de organizar todo lo necesario para asegurarlas. Podrá decirse que en la actividad de servicio público el ejercicio del poder no es lo esencial, que no consiste precisamente en ejercicio del poder; pero también supone ejercicio de poder como un medio para garantizar las prestaciones. Esto es consustancial a la idea de servicio público. Incluso cabe decir que una actividad se declaraba —y se declara— servicio público justamente para contar con la posibilidad de ejercer un amplio poder público sobre la actividad en que consiste, o sea, para dar a la Administración nuevos campos de actuación y un extenso poder de intervención. (Rebollo Puig et al., 2019. p. 186).

Estos poderes conferidos a la Administración Pública le permiten ejercer una intervención tan intensa en el desarrollo de las actividades económicas reservadas que estas no pueden desenvolverse en un contexto de mercado, caracterizado por el efectivo ejercicio de la libertad

de empresa en un ambiente de libre competencia. Así que el servicio público es siempre, aunque no vaya acompañado de reserva de toda la actividad al sector público, un límite al mercado y a la libre competencia. Esto es congénito, intrínseco, a la idea de servicio público. (Rebollo Puig et al., 2019. p.199).

II. La liberalización de la generación eléctrica en la Ley No. 272

La liberalización vendría a cambiar la situación descrita anteriormente, en virtud de la cual aquello que estaba reservado con exclusividad al Estado se entrega a las fuerzas del mercado, al concebirse a estas como medio más eficiente para la asignación de recursos y la prestación de servicios, con miras a un aumento de la calidad en los servicios y una disminución de los precios a favor de los consumidores; esto es lo que expresa la Comunicación de la Comisión Europea sobre los Servicios de Interés General en Europa, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 26 de septiembre de 1996 en el contexto de liberalización de sectores económicos en la Unión Europea: “Las fuerzas del mercado permiten una mejor asignación de los recursos y una mayor eficacia en la prestación de servicios, beneficiando a los consumidores que obtienen más calidad a mejor precio.”

En esta línea liberalizadora se inserta la Ley 272, Ley de la Industria Eléctrica, que, en su Capítulo I, dedicado a Disposiciones Generales, adopta ese espíritu a favor del mercado, aunque sin la claridad de la Comunicación sobre los Servicios de Interés General de Europa.

La primera disposición que destaca es la contenida en el artículo 2, inciso 3 que establece entre las reglas de las actividades de la industria eléctrica la “Promoción de una efectiva competencia y atracción del capital privado, con el fin de incentivar su participación en la industria eléctrica”. Esta regla se encuentra conectada con lo dispuesto en el artículo 5 que reconoce como obligación del Estado “asegurar el suministro de energía eléctrica al país, creando las condiciones propicias para que los Agentes Económicos puedan expandir la oferta de energía.”

Las disposiciones citadas anteriormente apuntan hacia un mayor protagonismo del sector empresarial privado para el desarrollo de la industria eléctrica que a la vez se encuentran en consonancia con otras reglas contenidas en el artículo 2 de la Ley 272: “Seguridad, continuidad y calidad en la prestación del servicio eléctrico” (artículo 2, inciso 1) y “Expansión de la capacidad de generación de energía y del servicio eléctrico.” (artículo 2, inciso 7).

Pero, en realidad, de la lectura de las disposiciones generales referidas a las actividades eléctricas, se verifica que es la generación eléctrica la actividad que se pretende entregar a la dinámica del mercado, entorno en el que se puede desarrollar las actividades en un ambiente de competencia que a la vez sea atractivo para el empresariado privado. Las demás actividades, transmisión y distribución, se encuentran sujetas a disposiciones contenidas en el Capítulo I que, más bien, las sustraen a las fuerzas del mercado.

La primera de estas disposiciones se contiene en el artículo 3 de la Ley 272 que, si bien, considera a todas las actividades de la industria eléctrica como actividades de interés nacional, solo comprende en la categoría de servicio público a la transmisión y distribución, excluyendo a la generación eléctrica. Esta exclusión ha de interpretarse como una despublicación (*despublicatio*, como algo apuesto a la *publicatio*) de la generación eléctrica y esta *despublicatio* consiste en constituir actividades antes reservadas al Estado en propias de los particulares, sujetándolas a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa (Blanquer Criado, 2012).

La entrega a las fuerzas del mercado de la generación eléctrica por vía de esta *despublicatio* se confirma por lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 272 que establece que los agentes “que se dediquen a la generación de electricidad realizarán sus operaciones en un contexto de libre competencia...”, contrastando esto con lo referido a la categorización de la transmisión y distribución como actividades reguladas por el mismo artículo 7: “Los Agentes Económicos que se dediquen a las actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica están regulados por el Estado...”

Y es que, partiendo de las consecuencias ya expuestas por la *publicatio* en relación con las limitaciones a la libertad de empresa y la iniciativa privada, y por ende su sustracción de una dinámica de mercado, no podía prescindirse de esta *despublicatio* para la generación eléctrica, si lo que se deseaba era que hubiese competencia en su desarrollo.

Un aspecto más que debía añadirse a la creación de la generación eléctrica como actividad sujeta a competencia, era su desgaje de las actividades reguladas como la transmisión y distribución, precisamente para crear las condiciones indispensables para que su desarrollo se diera en un contexto de libre competencia. De esta forma, se establecieron prohibiciones al ejercicio de forma directa o indirecta de actividades de red, como la transmisión y distribución, por parte de agentes generadores, tal y como lo establece el artículo 26 de la Ley 272: “Los Agentes Económicos, filiales y accionistas de empresas dedicadas a la actividad de generación no podrán ser propietarios, ni socios accionistas de estas cuando las instalaciones sirvan para la transmisión y/o de distribución de energía eléctrica.”

Esta prohibición establece una separación jurídica de la generación de las demás actividades de la industria eléctrica, lo que se ha venido a conocer como segmentación, aplicada también a la transmisión y distribución con miras a superar el carácter monopólico de la totalidad de la industria eléctrica, como lo confirman otras disposiciones prohibitivas de la Ley 272: “Artículo 29: Los Agentes Económicos dedicados a la actividad de transmisión no podrán comprar y/o vender energía eléctrica.”¹ “Artículo 41: Las distribuidoras no podrán generar y/o transmitir energía eléctrica...”

Que la generación se desarrolle en un contexto de libre competencia, de acuerdo con el artículo 7, significa que su retribución económica será mediante un régimen de precio libre, el cual de acuerdo con el artículo 109 de la Ley 272 consiste en que las transacciones entre agentes del mercado se realizan sin la intervención del Estado, siendo las leyes de la oferta y la demanda las que determinen ese precio.

Este régimen se contrapone al Régimen de Precio Regulado, el establecido por el mismo artículo 109 de la Ley 272 para las actividades categorizadas como actividades reguladas según el artículo 7 de la ley: la transmisión y distribución. Este régimen se caracteriza porque las actividades son remuneradas mediante precios aprobados por el Instituto Nicaragüense de Energía (INE).

Estableciéndose en estos términos el marco general del régimen jurídico de la generación

¹ Esta disposición fue reformada parcialmente por el artículo 5 de la Ley No. 1056, Ley de Aseguramiento Soberano y Garantía del Suministro de la Energía Eléctrica a la Población Nicaragüense, publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 237 del 22 de diciembre del 2020, estableciéndose una excepción a favor de la Empresa Nacional de Transmisión (ENATREL): “Reformese el artículo 29 de la Ley N.º. 272, Ley de la Industria Eléctrica y sus reformas, el que se leerá así: ‘Artículo 29. Los Agentes Económicos dedicados a la actividad de transmisión no podrán comprar y/o vender energía eléctrica, exceptuando de esta disposición a ENATREL.’ Siendo esta una excepción a la regla general de la segmentación, se decidió dejar el texto original antes de las reformas efectuadas en el 2020.

eléctrica, era de esperar que la Administración Pública perdiera las potestades respecto de la generación eléctrica que había ejercido cuando ella se encontraba comprendida en su actividad de servicio público.

Siendo ahora una actividad privada, las relaciones entre los generadores y la Administración dejarían de ser aquellas relaciones de especial sujeción entre administrado concesionario y Administración concedente. La intensidad ahora de la actividad administrativa ha de ser una que respete la libertad de empresa y la iniciativa privada (aquellas que quedaban significativamente reducidas por la publicación de las actividades), limitando a estas en solo aquello que sea necesario para proteger los intereses generales por los que la Administración Pública está llamada a velar.

En el nuevo contexto, el legislador debió crear un régimen jurídico coherente con el marco general previsto para la generación eléctrica principalmente en lo que se refiere a la entrada al mercado de generación eléctrica. Sin embargo, la misma Ley 272 estableció disposiciones referidas a la entrada al mercado de generación en las que se contempla a la licencia de generación como título de entrada o título habilitante que contradice ese marco general ya expuesto.

2.1 La licencia de generación en la Ley No. 272 como título de entrada al mercado de generación eléctrica

La licencia de generación contemplada por la Ley 272 tiene como único objetivo habilitar a su titular para realizar la actividad de generación eléctrica. Esto se desprende de la lectura de los artículos 66 y 67 de la Ley 272:

Artículo 66. Para efectos de esta Ley, se entiende por licencia el derecho otorgado por el Estado a través del Ministerio de Energía y Minas, a un Agente Económico titular de la misma, para generar energía eléctrica utilizando recursos naturales de conformidad a las leyes de la materia...

Artículo 67. Se entiende por Licencia la autorización otorgada por el Estado a través del Ministerio de Energía y Minas, a un Agente Económico, denominado Titular de Licencia para:

- 1) La generación de electricidad cuando la potencia instalada sea mayor a la mínima establecida en el Reglamento de la presente Ley².

De esta forma, la licencia de generación se presenta como un título de entrada al mercado de generación, y por tanto opera como una limitación a la entrada de dicho mercado, porque de no disponer un sujeto de la licencia de generación no podrá desarrollar la actividad y no podrá participar en las transacciones del mercado eléctrico.

Dado que según el marco general previsto para la generación eléctrica en las Disposiciones Generales esta se constituye en una actividad privada a ser desarrollada en un contexto de libre competencia, se admite su sujeción a la libertad de empresa e iniciativa privada. Pero la libertad de empresa e iniciativa privada que se ejercen en el desarrollo de la generación eléctrica ha de encontrar limitaciones de cara a la protección de intereses generales, como lo expresa el artículo 23 de la Ley 272:

² El Decreto No. 42-98, Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica, publicado en la Gaceta Diario Oficial No. 116 del 23 de junio de 1998, en su artículo 122, inciso 1) establece como potencia instalada mínima 1 MW.

La construcción, instalación, mantenimiento y operación de centrales de generación eléctrica está permitida a todos los Agentes Económicos calificados, siempre y cuando no constituyan un peligro para la seguridad de las personas, la propiedad y el medio ambiente. Las limitaciones a las que se hace alusión están íntimamente conectadas con lo que se ha denominado actividad administrativa de limitación (también conocida como actividad administrativa de policía), de la cual la autorización administrativa se presenta como técnica de intervención propia.

La figura de la autorización administrativa adquiere aún más importancia para este trabajo, ya que la licencia de generación se define por el artículo 67 de la Ley 272 como una autorización. Y es que no podía ser de otra forma, dada la despublificación experimentada por la generación eléctrica de la que ya se ha tratado en este escrito:

...la mayor parte de la doctrina excluye la aplicación del régimen concesional en los sectores en los que se ha eliminado la publicatio ...La intervención pública en materia de entrada a los mercados liberalizados tan solo puede desarrollarse, si se desea condicionar la entrada a algún tipo de intervención pública, a través del otorgamiento de autorizaciones. (Montero Pascual, 2020. pp. 120-121)

Así se deja sentado que de la misma forma en que la concesión administrativa fue el título habilitante cuando una actividad había sido catalogada como servicio público y por tanto reservada al Estado, la autorización administrativa ha de ser el título habilitante adoptado por el legislador una vez que una actividad es privatizada (despublificada). No obstante, es de advertir, que la adopción de una autorización administrativa como título de entrada a un mercado debe someterse a examen para determinar su necesidad. El sometimiento de la entrada a un mercado a una autorización administrativa no es una exigencia sin más de su despublificación; su implementación deberá sujetarse a los lineamientos y principios que configuran a la actividad de limitación en su relación con la libertad genérica, y de forma más particular con la libertad de empresa.

III. Autorización administrativa: un enfoque doctrinal

Partiendo del reconocimiento de la autorización administrativa como técnica de la actividad de limitación, todo aquello que se ha formulado en torno a la actividad de limitación ha de informar a la autorización administrativa. El primer aspecto a destacar de la actividad de limitación, como se ha expuesto anteriormente, es que tiene como objeto solo la actividad de los particulares. Al respecto Rebollo Puig et al. (2019) indica que:

Lo que caracteriza a toda la actividad administrativa de limitación es que persigue sus fines imponiendo restricciones, deberes o de cualquier otra forma ordenando imperativamente las actuaciones privadas. Así, limita la libertad de los ciudadanos, ya sea a su simple libertad genérica (la de hacer todo lo no prohibido) ya sea a la que se presente como contenido de algún derecho, incluso de derechos fundamentales. (pp. 18-19).

Esto sitúa a la actividad de limitación en una estrecha relación con los derechos individuales, entre los que se destaca la libertad como esfera en la que en principio el Estado no debe de interferir. Garrido Falla (1953) citando a Ranalletti indica:

...caracteriza RANELLETTI el estado de libertad civil como «aquella posición del individuo sustraída a la intervención y mando del Estado, y por éste reconocida y protegida, en la que el individuo se manifiesta en su vida natural y desarrolla su actividad para conseguir los fines y satisfacer los intereses que tiene como hombre, independientemente, esto es, de su calidad de miembro del Estado». Y el propio autor caracteriza la policía con las siguientes palabras: «La policía tiene el fin de garantizar al todo social y a sus partes contra daños o lesiones, infracciones de sus derechos que pueden provenir de la actividad de los individuos» (p. 12)

Siguiendo lo citado por Garrido Falla, se entiende que la actividad de limitación se sitúa entre dos esferas de intereses jurídicos legítimos, por un lado, la libertad individual; y, por otro lado, los intereses de la sociedad. A los segundos se les protege de las acciones dañosas de los individuos en ejercicio de su libertad, debiendo esta última por ello quedar limitada.

Pero esta limitación tiene un carácter excepcional respecto de la libertad. El estado normal es el de la libertad; las excepciones a este estado se establecen en la medida que se vean protegidos los intereses generales de posibles lesiones derivadas del ejercicio de la libertad individual; por ello la actividad de limitación ha de ejercerse de acuerdo a unos criterios que justifiquen ese sacrificio de la libertad. Al respecto, Jordana de Pozas (1949) dice lo siguiente:

El mismo concepto de la persona... supone la existencia de una esfera de libertad, dentro de la cual la persona actúa según su propia voluntad, y que debe ser tan amplia como lo permita el bien común. Toda disminución de esa esfera y toda intervención (aun cuando sea circunstancial) de la autoridad dentro de ella requiere una justificación basada en la voluntad de la propia persona o en el bien común. (pp. 41-42).

La actividad de limitación solo será justificada en la medida en que sea adecuada para la protección del interés general y menos restrictiva de la libertad para alcanzar este fin; sigue expresando Jordana de Pozas (1949):

La intervención ha de ser proporcionada o ajustada al motivo que la justifica, lo que determina una suave gradación de los medios empleados, que deben ser en buena doctrina aquellos que consigan el fin perseguido en el momento adecuado, pero con el grado mínimo de coacción. (p.42).

En lo anteriormente expresado por Jordana de Pozas se destaca la exigencia de la proporcionalidad de toda acción de limitación de la libertad individual. Y dado que la Administración tiene una vinculación positiva respecto de la ley, de acuerdo al principio de legalidad, la proporcionalidad de los medios de control administrativo ya debe ser contemplada por la norma con rango de ley.

En este contexto, la autorización administrativa como técnica de la actividad de limitación es definida por García de Enterría y Fernández (2008) como "...un acto de la administración por el que esta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio..." (p. 124).

Es en este control administrativo del ejercicio de la actividad en el que se verifica la actividad de limitación de la Administración Pública mediante la técnica autorizatoria, porque de no verificarse ese acto administrativo que consiente dicha actividad una vez se ha comprobado

que no lesiona intereses generales, el particular no podrá ejercerla. El consentimiento de la Administración es indispensable para el ejercicio de la actividad:

...una actividad privada es consentida por la administración previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar. La intervención de la administración por vía de consentimiento del ejercicio de la actividad se configura siempre como requisito necesario de dicho ejercicio, que, de otro modo, o bien no podría desplegarse válidamente, o bien se vería privado de efectos jurídicos. (García de Enterría y Fernández, 2008. p. 120).

Se comprueba que la actividad privada solo podrá desplegarse una vez que la Administración Pública consiente su ejercicio, siempre y cuando la actividad no lesione intereses generales. Dado que los intereses generales o intereses públicos son diversos, cada normativa ha de establecer una específica autorización administrativa como forma de control previo del actuar de los particulares. Esto da como resultado una concurrencia de autorizaciones sobre una misma actividad que encuentra su justificación en el hecho de que una autorización no limita en todo a la actividad privada. Laguna de Paz (2006) explica:

...las normas encomiendan a la Administración Pública la tarea de verificar la conformidad de la iniciativa privada con el interés general, en sus distintas vertientes. Con frecuencia, cada norma sectorial añade una nueva autorización. El resultado es que una misma iniciativa normalmente está sujeta a múltiples autorizaciones: de actividad, ambientales..., urbanísticas, de inicio de actividad y demaniales. (p. 172).

Y Rebollo Puig et al. (2019) expresan:

El hecho de que cada autorización no lo controle todo explica que sea posible que la misma actividad privada necesite varias autorizaciones, incluso de distintas autoridades y hasta de diversas Administraciones: una autorización urbanística, otra ambiental, otra de sanidad o de industria o de instalación de oficinas de farmacia, etc. (p.72).

De este modo, la concurrencia de autorizaciones da lugar a un sistema autorizatorio que debe someterse a análisis con el fin de determinar qué autorizaciones realmente gozan de una justificación real para evitar una redundancia, con miras a beneficiar tanto a la Administración Pública como al administrado, dado el peligro de una tendencia a establecer autorizaciones innecesarias:

...la experiencia también demuestra que la intervención administrativa alimenta una tendencia expansiva. El riesgo no suele estar tanto en la desatención de algún aspecto de interés general por falta de intervención administrativa, sino -justo al contrario- en la proliferación de autorizaciones. La protección del interés público no se consigue multiplicando los controles administrativos. El exceso de intervención debilita a la Administración, que se desgasta en una interminable sucesión de

controles inoperativos, y dificulta la iniciativa privada, sujeta a una no desdeñable carga burocrática, gravosa en tiempo y dinero. (Laguna de Paz, 2006, p. 173).

Laguna de Paz (2006) ha identificado como razones para la implementación de una autorización administrativa al riesgo y a la intensidad de uso de un bien de dominio público que presenta una actividad privada, por un lado, y a la asignación de recursos escasos. De estos tres criterios, los de riesgo y de asignación de recursos escasos serán los de mayor importancia para el objeto de este trabajo.

Tomando en cuenta el criterio del riesgo, cuando una actividad está supeditada al otorgamiento de una autorización administrativa se ha de entender que el legislador ha identificado en ella la potencialidad de provocar daños a los intereses generales y por tanto prevé en la norma ese mecanismo de control previo.

Al respecto, Franco Escobar (2017) indica:

Quando el ordenamiento jurídico somete al operador a la obtención de una autorización o licencia, antes de que pueda entrar al mercado, lo que pretende con ello es llevar a cabo un control público que consiste en una actividad administrativa de comprobación de unos requisitos legales. Se trata de una actuación pública de carácter preventivo, de vigilancia de diversos extremos, incluida la lesión real o potencial que puede suponer sobre el interés general el despliegue de esos servicios o actividades que se autorizan. (p.292).

En el sistema de autorizaciones que rige a la generación eléctrica como actividad privada, se identifican ciertas autorizaciones adoptadas claramente por razones del riesgo que presentan, tales son los casos de las contempladas por la normativa ambiental que limitan la actividad privada para prevenir daños en el medio ambiente, y las adoptadas por la normativa municipal que limitan la libertad y el derecho de propiedad en relación con el uso del suelo y la construcción de edificaciones, dentro de la jurisdicción de cada municipalidad.

Las autorizaciones ambientales se encuentran contempladas en el Decreto Ejecutivo No. 20-2017, del Sistema de Evaluación Ambiental de Permisos y Autorizaciones para el Uso Sostenible de los Recursos Naturales, publicado en la Gaceta, Diario Oficial No. 228 del 29 de noviembre de 2017. El Decreto establece las distintas categorías en las que se comprenden los proyectos sujetos a permisos y autorizaciones ambientales, disponiendo que la autoridad competente de aplicación del Decreto es el Ministerio del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales.

Las autorizaciones urbanísticas son otorgadas en ejercicio de las competencias atribuidas a los gobiernos municipales por la Ley No. 40, Ley de Municipios, publicada en la Gaceta, Diario Oficial No. 155 del 17 de agosto de 1988, destacándose las establecidas en el artículo 7, inciso 5 y 6, que se refieren a la planificación, normación y control del suelo y el desarrollo urbano, suburbano y rural; y la protección del patrimonio arqueológico e histórico de la circunscripción, respectivamente. Las facultades contempladas por el artículo 7, inciso 5 son:

- A. Regular y controlar el uso del suelo urbano de acuerdo a los planes de desarrollo vigente;
- B. Monitorear el uso del subsuelo, de conformidad con la ley de la materia y el ente estatal correspondiente;
- C. Controlar el cumplimiento de las normas de construcción en general, que se realicen en su territorio.

Por su lado, la normativa del sector eléctrico en Nicaragua establece unas autorizaciones específicas para la generación como actividad de la industria eléctrica, entre las que figura la licencia de generación, como autorización de actividad y de entrada al mercado, y las referidas a la conexión al sistema eléctrico. Respecto de las autorizaciones para la conexión al sistema eléctrico, se verifica que son adoptadas por razones de asignación de recursos escasos, aunque no se excluyen razones de riesgo. Y esto tiene su explicación en las particularidades que presenta la industria eléctrica como una industria de red, por su dependencia de infraestructuras de red que Caballero Sánchez (2003) define como:

...instalaciones de valor estratégico, ramificadas por el 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 sus altos costes de implantación por todo lo cual constituyen conductos de paso obligado para participar en un determinado mercado de interés general. (p.151).

De la definición ofrecida por Caballero Sánchez (2003) se desprenden para este trabajo dos aspectos de suma importancia relativos a las redes en la industria eléctrica: su función como conductos de paso obligado para ser agente en el mercado eléctrico y su capacidad limitada.

La absoluta dependencia de las redes eléctricas (que las hace ese paso obligado al que se hizo referencia en el párrafo anterior), para llevar al consumidor la electricidad generada, al igual que la capacidad limitada de las mismas, exige la implementación de unas autorizaciones cuya otorgabilidad se juzgará en dependencia de la capacidad física existente de las redes de soportar la inyección de electricidad producida por los generadores, debido a que es imposible objetivamente admitirse agentes sin restricción alguna. Pero también, estas autorizaciones se adoptan por razones de riesgo, ya que su otorgamiento dependerá de que el generador cumpla con los requisitos técnicos de seguridad establecidos.

Así, las autorizaciones para la conexión a la red son precisamente los instrumentos de control previo contemplados en la normativa del sector eléctrico cuya justificación no se pone en duda. Esteve Pardo (2021) considera estas autorizaciones más relevantes inclusive que una autorización de entrada al mercado:

Si se ha cumplimentado ya la fórmula o trámite de entrada de un operador en el mercado y se trata de un servicio en red, el operador necesitará imperiosamente del acceso a la red. Se trata de una autorización o habilitación, para acceder a la red, que tiene su propio marco y procedimiento, pero que resulta del todo necesaria para el operador. Esa es la autorización verdaderamente relevante y no tanto la autorización o declaración de entrada en el sector. (p. 133).

Siguiendo a Esteve Pardo (2021), una autorización de actividad como la licencia de generación cuyo único objeto es permitir la entrada al mercado de generación deviene innecesaria porque la limitación justificada recae en las autorizaciones para el acceso a las redes eléctricas.

En el caso de Nicaragua, la autorización de acceso a la capacidad de transporte existente es la figura autorizatoria fundamental para la conexión a las redes. Esta se encuentra establecida por la Resolución No. 04-2000, Normativa de Transporte, y a ella se asocia una figura contractual denominada Convenio de Conexión. Tanto la autorización como el Convenio de Conexión tienen su fundamento legal en el derecho de acceso de terceros a la red (ATR), que se consagra en el artículo 30 de la Ley 272:

Los Agentes Económicos propietarios de líneas y demás elementos de un sistema de transmisión 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.

La creación de este derecho por el ordenamiento jurídico es fruto del mismo proceso de liberalización con el efecto de separación entre las actividades de red, en régimen monopólico y por tanto reguladas, y las actividades a ser desarrolladas en régimen de libre competencia. Todo esto con la finalidad de que aquellos segmentos en régimen de competencia puedan realmente desarrollarse en un ambiente competitivo:

El derecho de acceso es un mecanismo liberalizador que supone el contrapunto al régimen de monopolio natural que caracteriza a las redes. Con arreglo a ello, la empresa que controla la red, entendida esta como un recurso o activo empresarial esencial, debe dar acceso a quien lo solicite y cumpla una serie de requisitos, ya que sin este devendría imposible la oferta de bienes o de servicios en un mercado como el eléctrico. El derecho de acceso, para generación y consumo, permite a los operadores hacer uso de las redes titularidad de un tercero, contribuyendo así a la formación de un mercado eléctrico competitivo (47). La autoridad reguladora nacional (CNMC), en sus numerosas resoluciones de conflictos de acceso, define el ATR como la pieza angular de la liberalización del mercado eléctrico, ya que la apertura de éste queda condicionada a que las redes estén disponibles para todos los sujetos. (Leiva López, 2017. p. 106-107).

Es por esta razón que la Normativa de Transporte en su artículo TRA 2.3.1. dispone lo siguiente:

La capacidad de Transmisión del SNT³, será de uso abierto y no discriminatorio para todos los Agentes Económicos y Grandes Consumidores para sus operaciones en el Mercado Eléctrico de Nicaragua y sus operaciones de importación o exportación. El uso de esta capacidad de Transmisión será determinado en función del despacho y la operación en tiempo real que realice el CNDC⁴, de acuerdo a los procedimientos que establece la Normativa de Operación.

Con dicho derecho, el ordenamiento jurídico impone la obligación del propietario de la red a que los agentes que lo requieran se conecten a sus infraestructuras de red, siempre que se cumplan con los requisitos técnicos para asegurar la estabilidad del sistema y se retribuya debidamente al transmisor, tal y como expresa el ya citado artículo 30 de la Ley 272.

³ SNT: Sistema Nacional de Transmisión.

⁴ CNDC: Centro Nacional de Despacho de Carga.

La autorización de acceso a la red se otorga a partir de la solicitud de acceso a la capacidad de transporte existente⁵. Una vez otorgada dicha autorización, se procede a la suscripción del convenio de conexión.

La Normativa de Transporte en su artículo TRA 3.1.1. contempla estas figuras como medios para ejercer el derecho de acceso de terceros a la red:

Para hacer uso del derecho que establece la Ley en su Arto. 30, el interesado deberá tramitar ante el transmisor propietario de las instalaciones a las cuales quiere conectarse una Solicitud de Acceso a la Capacidad de Transporte Existente, en adelante denominado la Solicitud. La aprobación de esta Solicitud es requisito indispensable para la suscripción del Convenio de Conexión.

La naturaleza autorizatoria de la aprobación de la solicitud de acceso se desprende de la lectura de la Normativa de Operación en su artículo TNG 3.2.2., inciso c):

Un agente económico o Gran Consumidor que quiera convertirse en Agente del Mercado debe cumplir los siguientes requisitos:

a) De corresponder a nueva carga o planta generadora que se conecta al SIN⁶, contar con la autorización de acceso a la red nacional, cumpliendo con los procedimientos indicados en la Normativa de Transporte.

Además de ser el acceso a la capacidad de transporte o transmisión existente una manifestación del derecho de acceso a la red, se deduce de la necesidad de hacer la solicitud el que la capacidad es limitada, debiendo el transmisor determinar si existe. Solo habiendo esa capacidad y cumpliendo el generador solicitante con los requisitos técnicos es que podrá obtener una respuesta positiva a su solicitud, procediéndose a la suscripción del Convenio de Conexión que determina la vinculación eléctrica a un punto del sistema de transmisión como lo establece el artículo TRA 2.4.1. de la Normativa de Transporte.

Solo mediante la suscripción del convenio de conexión es que podrá permitir el transmisor la energización del punto o nodo de conexión objeto del convenio. Y ese convenio es indispensable para que el CNDC, el operador técnico y comercial del sistema eléctrico, habilite al generador de acuerdo con el artículo TRA 2.4.2.

Así que siguiendo los criterios de riesgo y de asignación de recursos escasos, la licencia de generación, como autorización de actividad, no juega ningún papel en la protección de los intereses generales en el contexto de la industria eléctrica, que es precisamente lo que justificaría su admisión en la normativa del sector eléctrico.

5 La transmisión se define por el artículo 8 de la Ley 272 como "...el transporte de energía eléctrica a través de líneas y subestaciones a un voltaje no menor de 69 (Kv), desde las centrales eléctricas de generación hasta los centros de distribución." Entendiendo la transmisión como este tipo de transporte de electricidad se entiende, conforme la Normativa de Operación en su artículo TNG 2.1.1., que la capacidad de transmisión es la "Cargabilidad de una línea de Transmisión. Puede estar determinada por la capacidad térmica de los conductores o del equipo terminal, por la caída del voltaje que ocurre entre los extremos de envío y recepción, o por la separación angular máxima entre las fuentes de voltaje de los equivalentes en ambos extremos (margen de Estabilidad de Estado Estable)".

⁶ SIN: Sistema Interconectado Nacional.

Este es el juicio que se puede hacer respecto de un título de entrada al mercado como la licencia de generación a la luz de los planteamientos presentados por la doctrina. Las referencias de Derecho Comparado al Derecho de la Unión Europea, al Derecho español, y a la normativa eléctrica de Chile y Guatemala, confirmarán a nivel jurisprudencial y legislativo, la necesidad de un régimen de autorizaciones para la generación eléctrica que no contemple un título de entrada al mercado como la licencia de generación.

IV. Regímenes autorizatorios en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho español

La necesidad de revisar los regímenes autorizatorios con el fin de eliminar a aquellas autorizaciones que no gozan de una justificación es un criterio ampliamente adoptado por el Derecho de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia del 22 de enero del 2002 sobre el litigio pendiente ante el Tribunal Supremo español entre Canal Satélite Digital, S.L. y la Administración General del Estado, resuelve asumiendo los siguientes criterios para considerar un régimen autorizatorio adecuado:

- para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado... debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano...
- no puede considerarse necesaria para alcanzar el objetivo perseguido una medida adoptada por un Estado miembro que, esencialmente, duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos...
- un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control *a posteriori* es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido; (Considerando 43).

Con posterioridad a esta sentencia, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre del 2006, conocida como Directiva Bolkenstein, que establece las disposiciones referentes a los servicios en el mercado interior europeo, contempla en sus considerandos los siguientes lineamientos:

(54) La posibilidad de acceder a una actividad de servicios solo debe quedar supeditada a la obtención de una autorización por parte de las autoridades competentes cuando dicho acto cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. En concreto, esto significa que la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control *a priori*.

(56) De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los objetivos de salud pública, protección de los consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano constituyen razones imperiosas de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones. No obstante, ningún régimen de autorización o restricción de estas características debe discriminar en razón de nacionalidad. Además, deben respetarse siempre los principios de necesidad y proporcionalidad.

(59) Como norma general, la autorización debe dar al prestador la posibilidad de acceder a la actividad de servicios o de ejercerla en todo el territorio nacional, salvo que una razón imperiosa de interés general justifique una limitación territorial. Por

ejemplo, la protección del medio ambiente justifica que se exija una autorización individual para cada instalación física en el territorio nacional.

Conforme a esos considerandos, la Directiva establece luego en su artículo 16, referido a la prestación de servicios, los principios que deben regir los requisitos para la prestación de servicios, siendo estos los principios de no discriminación, de necesidad y de proporcionalidad. De estos tres, los dos últimos son los más relevantes para efectos de este trabajo y el contenido de ellos lo establece la Directiva a continuación:

- *necesidad*: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente;
- *proporcionalidad*: el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo.

Los lineamientos del derecho Europeo sirven como base jurídica para la adopción de un régimen libre de entrada para una generación eléctrica liberalizada, que es el modelo adoptado por los ordenamientos jurídicos chileno y guatemalteco, objeto del siguiente apartado.

Pero antes, como profundización en el tema de los principios que debe fundamentar un régimen autorizatorio adecuado, se ha de hacer referencia al ordenamiento jurídico español, de manera concreta a la Ley 20/2013 de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

La utilidad de la referencia a esta norma es que presenta de manera concreta las aplicaciones de los principios de proporcionalidad y necesidad adoptados por la Directiva Bolkenstein. El artículo 17 de la Ley 20/2013 se titula “Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad” y establece los supuestos en los que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad en un régimen autorizatorio, siendo estos:

- a. Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad...
- b. Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio históricoartístico...
- c. Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado. (art. 17)

Una aproximación al régimen autorizatorio en el ordenamiento jurídico nicaragüense a la luz de lo establecido por el legislador español, confirma que la necesidad de las autorizaciones contempladas por las normas jurídico-ambientales y las normas de Derecho urbanístico es una constante.

Se puede identificar en la aplicación de los principios de proporcionalidad y necesidad por la Ley de Garantía de Unidad de Mercado, la referencia tanto a las razones de riesgo y de asignación de recursos escasos que justifican la adopción de una autorización determinada.

El inciso c) del artículo citado más arriba hace referencia precisamente a lo que se ha afirmado

en relación con las industrias de red: la limitación en el número de operadores económicos en el mercado por impedimentos técnicos. Aquí entra en juego el criterio de la asignación de recursos escasos ya aludido, aunque también el del riesgo, debido a que la capacidad limitada de las redes impide que se inyecte una carga de electricidad mayor de la que pueden soportar las redes eléctricas, que provocaría el colapso del sistema eléctrico, afectándose así el interés general de la seguridad y continuidad del servicio eléctrico.

La aplicación de los principios de proporcionalidad y necesidad por la Ley de Garantía de Unidad del Mercado confirma, a nivel normativo, que la justificación de una autorización en el marco jurídico de la industria eléctrica que tenga como objeto habilitar a un agente económico para desarrollar la actividad y de esta forma entrar en el mercado, ha de fundarse en la limitación técnica que presentan las redes eléctricas, dada la importancia esencial de las infraestructuras de red para la sociedad que admite el legislador nicaragüense en el artículo 3 de la Ley 272 al considerar a la transmisión y distribución (las dos actividades de red) como servicios públicos, “por estar destinadas a satisfacer necesidades primordiales en forma permanente.”

Solo estas autorizaciones administrativas contempladas por la normativa de la industria eléctrica gozan de proporcionalidad y necesidad porque se basan en auténticas limitaciones objetivas. La licencia de generación se presenta como autorización administrativa carente de justificación de acuerdo con estos criterios y por tanto su admisión por el legislador nicaragüense no goza de un carácter objetivo.

Esta carencia de necesidad y proporcionalidad que recae sobre un título de entrada al mercado de generación es lo que ha hecho posible y justificado la supresión de un título de igual naturaleza en los ordenamientos jurídicos de Chile y Guatemala.

V. Ausencia de título de entrada al mercado de generación eléctrica en Chile y Guatemala

La supresión de un título habilitante o de entrada al mercado para la generación eléctrica en Chile y Guatemala fue anterior a la creación de los lineamientos del derecho de la Unión Europea expuestos, no obstante, dichos lineamientos son útiles para exponer en términos teórico-jurídicos la viabilidad de un régimen de entrada libre al mercado de generación. Los procesos de liberalización llevados a cabo en Chile y Guatemala que establecieron este régimen libre para la generación eléctrica no se han basado en una construcción jurídica como la que se ha desarrollado a partir del derecho de la Unión Europea. Esto puede deberse al hecho de que la liberalización en Hispanoamérica operó a través de entidades internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional con una marcada perspectiva económica más que jurídica (Navarro, 2019).

En Chile el ordenamiento jurídico estableció una generación eléctrica libre a través del Decreto con Fuerza de Ley No. 1, de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, que ha sido reformado, y cuyo texto consolidado se encuentra en el actual Decreto con Fuerza de Ley 4/20018, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile No. 38.681, del 5 de febrero del 2007. En su artículo 2, referido a disposiciones generales, el Decreto establece un régimen concesional en el que incluye a la generación hidroeléctrica. Sin embargo, en su artículo 3 excluye de este régimen concesional a la generación eléctrica que no se desarrolla a partir de la explotación del recurso hídrico: “No están sometidas a las concesiones a que se refiere el artículo anterior:

A) Las centrales productoras de energía eléctrica distintas de las señaladas en la letra a) del No. 1 del artículo precedente...”

La nota de importancia de la exclusión de la generación eléctrica de un régimen concesional previsto para la generación hidroeléctrica radica en que dicho régimen concesional no se sustituye por uno autorizatorio, quedando la generación eléctrica que no se desarrolla a partir del recurso hídrico libre de cualquier título habilitante.

Si bien el régimen libre de entrada al mercado de generación en el ordenamiento jurídico chileno opera por la exclusión ya relacionada, en Guatemala, la Ley General de Electricidad de 1996 va más allá, expresamente declarando la plena libertad para el desarrollo de la generación eléctrica en su artículo 8:

Es libre la instalación de centrales generadoras, las cuales no requerirán de autorización de ente gubernamental alguno y sin más limitaciones que las que se den de la conservación del medio ambiente y de la protección a las personas, a sus derechos y a sus bienes...

El régimen libre así elimina por completo el requisito de obtener un título habilitante para la actividad de generación, sea este una concesión o una autorización administrativa, debiéndose siempre someter la actividad a las limitaciones correspondientes para proteger los intereses generales, siendo el caso más destacado el del medio ambiente con sus respectivas autorizaciones.

Con la adopción del régimen libre se identifica un marco jurídico respetuoso de la libertad de empresa y la iniciativa privada, así como un factor que propicia el desarrollo de un mercado de generación auténticamente competitivo, ya que, al eliminarse barreras injustificadas de entrada al mercado, los particulares tienen un mayor incentivo para participar en dicho mercado. Y esto porque las autorizaciones que operan como títulos de entrada a un mercado han sido consideradas un desincentivo para nuevos operadores: “La autorización como medida preventiva es un recurso de utilización restrictiva en los sectores con servicios y actividades liberalizadas, porque suponen un desincentivo para nuevos inversores y porque obstaculizan la entrada al mercado...” (Franco Escobar, 2017. p. 244).

A la vez, a la par del régimen libre, se encuentran las autorizaciones administrativas necesarias para la protección del medio ambiente, la seguridad de las personas y de los bienes, conjugándose un respeto a la actividad empresarial de los particulares y la protección de los intereses generales. En fin, el marco jurídico para la generación que contempla este régimen libre de entrada al mercado, a la vez que la limita en lo necesario, se presenta informado por los principios de necesidad y proporcionalidad, que son básicos para un marco legal adecuado a los objetivos buscados por la liberalización en el sector eléctrico.

VI. Necesidad de suprimir la licencia de generación como título de entrada al mercado de generación eléctrica en Nicaragua

A lo largo del presente escrito, se ha ido confirmando que la licencia de generación como título de entrada al mercado de generación necesita ser suprimida. La generación eléctrica como

actividad sujeta a la libertad de empresa e iniciativa privada ya se encuentra adecuadamente limitada por un régimen autorizador que contempla a las autorizaciones ambientales, urbanísticas y las referidas a la conexión a las redes.

Con el sistema de autorizaciones brevemente descrito más arriba, puede verse en la licencia de generación a un vestigio adoptado por el legislador nicaragüense tan familiarizado con instrumentos de control previo que han dejado de ser necesarios. Esto se demuestra más aún por los marcados rasgos concesionales que tiene la licencia de generación a pesar de definirse como autorización y a pesar de recaer sobre una actividad despublicada. Se ha constatado cómo el artículo 66 de la Ley 272 la define como el derecho otorgado para generar electricidad, viéndose en esta definición, de acuerdo a lo que se expuso sobre la concesión administrativa, algo más conforme a un título concesional que autorizador.

Se podría aducir que el legislador no ha sido exacto con el empleo de los términos; sin embargo, algunas disposiciones referidas al otorgamiento de la licencia de la generación confirman que esta funciona más como una concesión de servicio público que como una autorización administrativa. Esto se confirma con la lectura del artículo 73 de la Ley 272:

El Estado a través del Ministerio de Energía y Minas, se reserva el derecho a rechazar todas o cualquiera de las solicitudes u ofertas recibidas, para suscribir un contrato de concesión o licencia.

La entrada al mercado de generación se encuentra sujeta a la discrecionalidad de la Administración Pública, facultada para rechazar cualquier solicitud; y esta facultad solo puede derivarse de una titularidad sobre la actividad. El dato de la discrecionalidad es determinante para considerar si un título de entrada al mercado es concesional, siendo indiferente cómo lo denomine la ley. Al respecto, Montero Pascual (2020) señala:

En cualquier caso, más allá del debate nominalístico, la clave reside en el margen de discrecionalidad. Eliminada la reserva para el Estado de la actividad, las restricciones a la entrada al mercado deben limitarse a lo que pueda ser objetivamente justificado como necesario e interpretarse restrictivamente, en función del principio *pro libertate*. (p.121).

Una discrecionalidad tal que permita a la Administración Pública, en este caso al Ministerio de Energía y Minas, rechazar sin más el otorgamiento de una licencia de generación, sin sujetar su decisión principalmente al respeto al principio de libertad de empresa, hace de la Administración Pública titular de dicha actividad.

Esta titularidad sobre la generación eléctrica queda confirmada por el mismo artículo 73 cuando establece la necesidad de suscribir un contrato mediante el que la Administración Pública establece las cláusulas referentes a los términos en que el licenciatario ha de ejercer la actividad, condicionamientos que contrastan con el estatus de actividad privada de una generación eléctrica que fue sometida a una *despublicatio*.

El licenciatario en virtud de este contrato asume unas obligaciones frente a la Administración Pública; obligaciones a las que ha de soportar con una garantía de cumplimiento constituida a favor del Ministerio de Energía y Minas de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 272, que solo podrá ser retirada por el licenciatario una vez que el Ministerio encuentre satisfechos sus derechos de crédito, reforzándose el carácter de servicio público de la generación

eléctrica, debido a que se encuentra rodeada de muchos condicionamientos dispuestos por la Administración que la hacen distar de una actividad propia de los particulares y por tanto una que pueda ejercerse en un ambiente de libre competencia.

Así que cuando se está ante la licencia de generación se tiene a un título habilitante que nominalmente era coherente con el estatus de actividad privada de la generación eléctrica cuando se define como autorización, ya que esta fue excluida de la categoría de servicio público, pero que fue dotado de un contenido propio de una concesión de servicio público.

Y es significativo que por lo general el texto de la Ley 272 establezca disposiciones para la licencia conjuntamente con la concesión de distribución, cuando esta última es el título habilitante para una actividad, la distribución eléctrica, que es catalogada como servicio público por el artículo 3 de la Ley 272. Los regímenes autorizatorio y concesional guardan tantas diferencias esenciales entre sí que no pueden tener las mismas disposiciones legales.

El caso de los títulos habilitantes autorizatorios con contenido concesional, es decir, títulos habilitantes nominalmente autorizatorios, pero que en verdad son concesiones es un fenómeno bastante común en los sectores que han sido sujetos a liberalización.

Rivera Staff (2014) reconoce que, en el ordenamiento jurídico panameño, aunque se contemplan las figuras de la concesión y la licencia para la generación eléctrica debería reducirse el título habilitante nada más que a una figura concesional, porque el contenido de ambas es propio de la concesión de servicio público. Fuentejada Pastor (2003) aunque tratando el tema de los títulos habilitantes en el sector de las telecomunicaciones, también identifica elementos concesionales en títulos que en principio son autorizatorios.

Siendo esto así, se tiene en el régimen actual de entrada al mercado de generación obstáculos aún más intensos en contra de la libertad de empresa y de la creación de un mercado competitivo que si se tuviese a una licencia de generación como un título autorizatorio puro. Pero esto no debe llevar a considerar que la solución radica en lograr depurar a la licencia de generación de sus rasgos concesionales. Por lo ya expuesto en este trabajo, la meta es la completa supresión de un título de entrada al mercado de generación, de la misma forma que lo han hecho los legisladores de Chile y Guatemala que, rompiendo con el paradigma de someter a la generación eléctrica a un título habilitante, han demostrado la viabilidad de la adopción de un régimen libre para el desarrollo de esta actividad.

Solo este régimen libre es el adecuado para la creación de un mercado de generación eléctrica en el que concurran la pluralidad de agentes económicos necesaria para lograr una efectiva competencia, y con esto la atracción del capital privado en el sector.

CONCLUSIONES

La generación eléctrica se constituye en actividad privada gracias a la despublificación operada por la Ley 272, Ley de la Industria Eléctrica, con el fin de crear una industria eléctrica sostenida por el fomento de la inversión privada y una efectiva competencia, con miras específicamente a una ampliación del mercado de generación eléctrica, y con esta a una ampliación del servicio eléctrico en general.

La generación eléctrica, en virtud de la Ley 272, se ha sometido a una autorización administrativa, la licencia de generación, que opera como barrera de entrada al mercado de producción eléctrica, sin regirse por los principios de necesidad y de proporcionalidad, de esta

forma identificándose en ella a un instrumento de control previo excesivo que no limita a la libertad de empresa conforme a criterios objetivos.

En una industria como la eléctrica en la que es indispensable la conexión a las infraestructuras de red, la autorización de acceso a la capacidad de transporte existente contemplada por la Normativa de Transporte es el instrumento de control previo que limita a la libertad de empresa conforme a los principios de proporcionalidad y necesidad, y de acuerdo a razones de asignación de recursos escasos y de riesgo, necesitándose que la licencia de generación sea suprimida para que la libertad de empresa en relación con la producción de electricidad sea limitada en lo necesario y en proporción a la protección de los intereses generales.

Un régimen de entrada libre al mercado de generación no solo es el más adecuado a los principios de proporcionalidad y necesidad, sino que su viabilidad ha sido demostrada por la experiencia legislativa de Chile y Guatemala.

LISTA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blanquer Criado, D. (2012). *La concesión de servicio público*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Caballero Sánchez, R. (2003). *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Recuperado de <https://app.vlex.com/#WW/vid/284567991>
- Comunicación 96/C281/03. *Comunicación sobre servicios de interés general*. Publicada en Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. C281, del 26 de septiembre de 1996.
- Decreto Ejecutivo No. 11-D. Ley sobre la Industria Eléctrica. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 86, del 11 de abril de 1957. (Nicaragua).
- Decreto 93-96. Ley General de Electricidad. Publicado en Diario de Centroamérica, del 21 de noviembre de 1996. Guatemala.
- Decreto con Fuerza de Ley 4/20018. Ley General de Servicios Eléctricos. Publicado en Diario Oficial de la República de Chile No. 38.681, del 5 de febrero del 2007. (Chile).
- Decreto Ejecutivo No. 20-2017. Sistema de Evaluación Ambiental de Permisos y Autorizaciones para el Uso Sostenible de los Recursos Naturales. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 228, del 29 de noviembre del 2017. (Nicaragua).
- Directiva 2006/123/CE. Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Publicada en Diario Oficial de la Unión Europea No. 376, del 27 de diciembre del 2006.
- Esteve Pardo, J. (2021). *Principios de Derecho Regulatorio. Servicios Económicos de Interés General y Regulación de Riesgos*. Madrid: Marcial Pons.
- Franco Escobar, S. E. (2017). *La autorización administrativa en los servicios de interés económico general. Intervención administrativa en los mercados de las comunicaciones, la energía y los transportes*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Fuentejada Pastor, J. A. (2003). Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes. (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones). *Revista de Administración Pública*, (160), 87-119.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2008). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo 2*. Bogotá-Lima: Temis-Palestra.
- Garrido Falla, F. (1953), Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa. *Revista de Administración Pública*, (11), 11-31.
- Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo.

- Revista de Estudios Políticos*, 28 (48), 41-54.
- Laguna de Paz, J. C. (2006). *La autorización administrativa*. 1ªed. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Leiva López, A. D. (2017). Regulación y uso de las redes de transporte y distribución de electricidad. *Revista Vasca de Administración Pública*, (108), 87-126.
- Ley No. 272. Ley de la Industria Eléctrica. Publicada en la Gaceta, Diario Oficial No. 74, del 23 de abril de 1998. (Nicaragua).
- Ley No. 40. Ley de Municipios con reformas incorporadas. Publicada en la Gaceta, Diario Oficial No. 6, del 14 de enero del 2013. (Nicaragua).
- Ley 20/2013. Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Publicada en Boletín Oficial del Estado No. 295, del 10 de diciembre del 2013. (España).
- Montero Pascual, J.J. (2020). *Regulación Económica*. (La actividad administrativa de regulación de los mercados). 4ª ed. Valencia:Tirant Lo Blanch.
- Navarro, K. (2019). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. El Servicio Público*. Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores.
- Rebollo Puig, M. (Dir.), Vera Jurado, D. J. (Dir.), López Benítez, M. (coord.), Izquierdo Carrasco, M. (coord.) (2019). *Derecho Administrativo*. Tomo III. Modos y Medios de la Actividad Administrativa. 2a ed. Editorial Tecnos. Edición Kindle.
- Resolución No. 04-2000 [Instituto Nicaragüense de Energía]. *Normativa de Transporte del Sistema Eléctrico de Nicaragua*. 12 de mayo de 2000. Nicaragua.
- Rivera Staff, J. (2014). *Análisis jurídico del sector eléctrico en Panamá para su evolución hacia las energías renovables: una aproximación desde el derecho español*. [Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid]. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/28143/1/T35659.pdf>
- Rivero Ortega, R. (2021). *Derecho Administrativo Económico*. 9ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-390/99 entre Canal Satélite Digital S.L. y Administración General del Estado. 22 de enero del 2002. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A2002%3A34>