

El Derecho administrativo global y la energía. Hacia un Derecho transnacional de la energía

Global administrative law and the energy sector. Towards a transnational energy law

ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

Recibido: 19.05.2024 / Aceptado: 15.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8926

Resumen: Para un amplio sector de los especialistas en Derecho Administrativo, el Derecho de la energía es un componente más, entre otros muchos, de la llamada parte especial del Derecho Administrativo. Sin embargo, por variadas razones, el Derecho de la energía dispone ya de sus propios principios, no estrictamente principios jurídicos, sino principios rectores que, al estar incorporados al ordenamiento jurídico de la Unión Europea y al español, consiguen individualizar esta disciplina respecto del Derecho Administrativo, en cuyo seno nació. En realidad, cuando se habla de Derecho de la energía se está queriendo hablar, en un gran número de ocasiones, de regulación energética, para expresar el carácter directivo del Derecho. Los profundos procesos de liberalización y privatización de finales del siglo XX, en la medida en que multiplicaron las transacciones energéticas entre agentes privados de los sistemas energéticos, han contribuido al nacimiento de un incipiente Derecho transnacional de la energía.

Palabras clave: Derecho administrativo, derecho de la energía, regulación energética, principios del Derecho de la energía, Derecho transnacional de la energía.

Abstract: For a large sector of Administrative Law specialists, energy law is one more component, among many others, of the so-called special part of Administrative Law. However, for various reasons, Energy Law already has its own principles, not strictly legal principles, but guiding principles that, when incorporated into the legal system of the European Union and the Spanish one, manage to individualize this discipline with respect to Law Administrative, from where Energy Law (in Latin jurisdictions) has departed. In reality, when we talk about energy law, we mean, on a large number of occasions, energy regulation, to express the directive nature of Law. The profound liberalization and privatization processes of the late 20th century, to the extent that they multiplied energy transactions between private agents in energy systems, have contributed to the birth of an incipient transnational energy law.

Keywords: Administrative law, energy law, energy regulation, energy law principles, Transnational Energy Law.

Sumario: I. Introducción; II. El Derecho Administrativo Global y la energía: 1. Derecho Administrativo y Derecho de la energía; 2. Regulación energética; III. Los principios del Derecho Global de la energía: 1. Principio de seguridad del suministro: 1.1. Accesibilidad y asequibilidad de los servicios energéticos modernos. La protección de los consumidores vulnerables y la lucha contra la pobreza energética; 1.2. Principio de resiliencia; 2. Principio de eficiencia económica: 2.1. Técnicas de equilibrio de la libertad de empresa con (otras) exigencias de interés general. Planificación y regulación; 2.2. Derecho a la propiedad privada en el sector energético. El principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales y sus manifestaciones (dominio público y soberanía energética); 2.3. Eficiencia económica y digitalización; 3. Principio de sostenibilidad medioambiental: 3.1. La sostenibilidad medioambiental significa hoy, primariamente, descarbonización

(neutralidad carbónica): 3.2. Principio de uso prudente, racional y sostenible de los recursos naturales: 3.3. La descentralización y empoderamiento del consumidor; IV. Conclusión. Hacia el nacimiento de un Derecho energético transnacional.

I. Introducción

1. El Derecho de la energía ha ganado paulatinamente importancia, principalmente desde que en la última década del siglo XX se liberalizaron las actividades energéticas y se privatizaron los antiguos monopolios públicos. Ese proceso determinó la multiplicación de las transacciones energéticas entre empresas (y ciudadanos), lo cual, a su vez, puso las bases para el nacimiento de un Derecho transnacional de la energía. Otro vector determinante para la individuación del Derecho de la energía frente a otras ramas del ordenamiento ha sido el reto global de lucha contra el calentamiento global y el cambio climático, porque el Derecho de la energía ha venido a impulsar y ordenar esa transición hacia un nuevo modelo descarbonizado. Dado que, entre muchos especialistas en Derecho Público, el Derecho de la energía es todavía un componente del Derecho Administrativo especial (o de la Parte Especial del Derecho Administrativo), el apartado II está dedicado a mostrar si, y cómo, el Derecho de la energía ha ganado una mayor autonomía. A continuación, el apartado III analiza cuáles serían los principios del Derecho transnacional de la energía para, finalmente, ofrecer una conclusión en el apartado IV.

II. El Derecho Administrativo Global y la energía

1. Derecho Administrativo y Derecho de la energía

2. Para poder llegar a pronunciarse acerca de los contenidos de un Derecho Administrativo Global de la energía, es preciso conocer antes la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho de la energía. En España, al menos entre los profesores del Derecho Administrativo, parecería que hay una opinión extendida sobre que el Derecho de la energía constituye un componente de la llamada parte especial del Derecho Administrativo. Este entendimiento del Derecho de la energía como elemento integrante de la parte especial del Derecho Administrativo hunde sus raíces en la comprensión estatutaria del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo es el Derecho de una persona jurídica (su estatuto jurídico), la Administración Pública, un sujeto que tiene propiedades (especiales) y que interviene en sectores variados de la vida social (en realidad, en todos los sectores de la vida social). Esas propiedades especiales (el dominio público), opera particularmente sobre recursos de valor energético, como las minas, los hidrocarburos, las aguas, determinados montes... Y esa intervención del sujeto-Administración se proyecta sobre un multiforme espectro de actividades, entre ellas las actividades energéticas... Por esta razón hay una idea generalizada en España sobre la amplia extensión del Derecho Administrativo, tan extensa, casi inabarcable, como los ámbitos de la vida social, donde hay siempre una presencia de la Administración, más o menos intensa...

3. Ninguna otra rama del ordenamiento pretende un dominio casi completo sobre el Derecho de la energía, como el Derecho Administrativo, pues las actividades energéticas están sujetas, de un modo u otro, más o menos intensamente, a las potestades de alguna Administración Pública y, por exigencias del Derecho europeo, a una Administración Pública peculiar, cual es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. No existe el Derecho Administrativo de la energía, como tampoco existe el Derecho tributario de la energía, sino que existe el Derecho de la energía, a secas, una parte del ordenamiento, individualizado *ratione materiae*, que es el resultado de la suma de todas las posibles ramas del ordenamiento que afectan a la industria energética (administrativo, tributario, civil, mercantil, laboral...). Ahora bien, así individualizado, ese Derecho de la energía no sería distinto, esencialmente, a ninguno de las ramas jurídicas que se yuxtaponen por razón de la materia, salvo aquellas especialidades que puedan identificarse.

4. ¿Por qué otras realidades igualmente sujetas al Derecho no llegan a alcanzar el estatuto de una rama autónoma del ordenamiento? ¿Por ejemplo, el Derecho ornitológico? Vaya por delante que el hecho de que existan normas sobre los pájaros no supone que haya nacido una nueva rama del ordenamiento. En realidad, el Derecho de la energía no es un Derecho con sus propios principios (jurídicos), tan sólo ocurre que, a diferencia de otros ámbitos materiales donde también existen leyes específicas, la energía es un aspecto esencial, estratégico, para cada ciudadano, para toda la sociedad y, por ende, para los poderes públicos. Por esta razón puede hablarse de un Derecho de la energía, pero no se habla de un Derecho ornitológico. Para los juristas españoles, ambos Derechos (de la energía y ornitológico) se integran en la parte especial del Derecho Administrativo. Sin embargo, el Derecho de la energía, frente al Derecho de las aves, goza de una mayor visibilidad, por la mayor relevancia social, económica, estratégica, diplomática y geoestratégica de la energía. Esa relevancia explica que el número de normas jurídicas relativas a la energía es notablemente superior al de las normas sobre las aves. Esto explica que hablemos de un Derecho de la energía, pero que sea desconocido ese Derecho ornitológico (que, obviamente, existe). Muy probablemente, un ornitólogo y, en general, los medioambientalistas, discreparán al leer esta afirmación. Llevan razón, en la medida en que la razón para admitir que existe un Derecho de la energía y para negar, al mismo tiempo, que exista un Derecho ornitológico es meramente cuantitativa y no cualitativa.

2. Regulación energética

5.Cuál es la diferencia que hay entre la ley eléctrica y la ley de transportes? La diferencia estriba en sus diversas finalidades, tan dispares, tan alejadas (aun cuando confluyentes en algún punto, como la descarbonización). Aquí es donde aparece el concepto de regulación, que implica la acentuación de un aspecto del Derecho, cual es su carácter directivo o rector. Esto no es una novedad, porque el nacimiento mismo del Derecho Administrativo responde a esa función directiva del derecho, que no la había tenido hasta mediados del siglo XIX. El Derecho había sido considerado como una técnica reactiva, para la resolución del conflicto, sin propósito alguno de cambio jurídico o de empuje de la sociedad hacia un punto. Por supuesto que el Derecho ha tenido siempre una función Directiva, pero tal función directiva del Derecho se aceleró en extremo hace unos doscientos años, dando lugar al Derecho Administrativo, para mutarse en nuestros días en regulación...

6. Superficialmente, el ámbito de lo regulatorio vendría a coincidir hoy con el ámbito de aquello que nuestros maestros sistematizaron como el Derecho Administrativo especial. La palabra regulación no sería nada más que una nueva palabra para denominar aquella amalgama de intervenciones que se escondían dentro del Derecho Administrativo especial. Tratando de ir un tanto más allá de esa visión epidérmica, la palabra regulación vendría a expresar el reconocimiento de que el Derecho, en un amplio número de ámbitos, esté mezclado, contaminado, con otras ciencias y disciplinas. Es preciso un esfuerzo dirigido a deslindar ambas cosas (Derecho y regulación), en el bien entendido que no se trata de crear ningún espacio exento del Derecho. El desenmarañamiento de la madeja tiene dos finalidades principales: por un lado, contribuir a que el Derecho pueda cumplir con más eficacia su control del poder y, por otro lado, ubicar las discusiones propiamente regulatorias en las instituciones adecuadas, de manera que, perfeccionada la estructura y las funciones de determinadas instituciones, se evite que ese debate se traslade a los tribunales. De esa manera podríamos en España ir saliendo paulatinamente del agujero cavado a partir de la idea de que una buena regulación es una buena victoria en un pleito ante la Audiencia Nacional o ante el Tribunal Supremo. Resulta aquí innecesario detenerse en ponderar con detalle la relevancia del poder judicial en un Estado Social y Democrático y de Derecho. Sin necesidad de desarrollar aquí esa idea, sí es preciso subrayar cuán trascendente es para el enriquecimiento de un Estado de esa naturaleza la posibilidad de que todas las decisiones del Gobierno o de un ente regulador sean examinadas con criterios jurídicos (y, en su caso, anuladas), por un tribunal. Dado que ese examen tiene lugar ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, el Derecho Administrativo está llamado a tener un papel preponderante en el examen jurídico de las decisiones regulatorias. Sin embargo, esos mismos principios constitucionales abogan por un perfeccionamiento de la estructura regulatoria, de

manera que la regulación salga del bucle (negativo para todos los agentes de un sistema) consistente en que el órgano competente toma una decisión, la cual es impugnada antes los tribunales, quienes anulan o refrendan (varios años después de adoptada) esa decisión. Este bucle hunde sus raíces en un problema de cultura política, cual es la idea de que las empresas persiguen sólo su propio beneficio, mientras que los gobiernos persiguen el interés común o general, una dicotomía falsa que, aunque es ciertamente universal, cobra en España una especial fuerza.

7. No proliferan en España los trabajos sobre el concepto de regulación porque, en realidad, poco o nada ha cambiado en comparación con el momento en que se teorizó acerca de un Derecho Administrativo especial. En el fondo, estamos ante un mero cambio terminológico. El campo semántico que antes ocupaba el Derecho Administrativo especial es hoy ocupado por la regulación. No se siente la necesidad de hacer ningún esfuerzo conceptual de delimitación entre ambas cosas porque son lo mismo, para el entendimiento de una inmensa mayoría de especialistas. Si bien se mira, el nacimiento mismo del Derecho Administrativo acontece como una manifestación máxima de la vertiente directiva del Derecho, en el mismo momento en que la primera industrialización acelera el tránsito a una sociedad más compleja y necesitada de dirección. El Derecho Administrativo nace, precisamente, como un instrumento para ordenar esas realidades complejas y su protagonismo cristaliza con la consolidación del Estado Social en el siglo XX. El Derecho Administrativo es, pues, un Derecho regulador de la sociedad, que persigue una multiplicidad de fines económicos, sociales, culturales... Basta con examinar los contenidos de los libros escritos por los llamados *iniciadores* de la disciplina para advenir que el Derecho Administrativo está dirigido a ordenar y dirigir la vida ciudadana, a proveer la satisfacción de servicios públicos, y a la fomentación de diversas actividades. En definitiva, el Derecho Administrativo nació para que los sistemas sociales derivados de la primera revolución industrial fuesen eficientes y justos.

8. En realidad, cuando hablamos de Derecho de la energía, como algo autónomo, distinto de las demás ramas del ordenamiento, estamos realmente queriendo referirnos a la regulación de la energía, es decir, a la potenciación del aspecto directivo del Derecho, hasta convertirlo en regulación, en una ciencia distinta (no contraria, ni aislada) del Derecho. La regulación energética, en el tiempo presente, es la regulación de la transición energética, es decir, el conjunto de técnicas (entre las que sobresalen las de naturaleza jurídica), para conducir el sistema energética hacia uno descarbonizado. Esa condición directiva del Derecho en que consiste la regulación tiene hoy su máximo exponente en el hidrógeno renovable, puesto que no se trata de regular una *commodity* ya existente (el derecho, detrás de la vida, en este ejemplo, la tecnología), sino en desplegar una panoplia de instrumentos (jurídicos, también, y principalmente) para conseguir que surja un mercado de hidrógeno renovable (el derecho que crea la vida, en este caso una nueva *commodity*). La evolución que está experimentando la regulación energética de la transición es notable, porque la necesidad misma de descarbonizar se está erigiendo en un meta-principio donde la pregunta jurídica no es ya acerca de cuánta transición permiten los derechos adquiridos de las empresas, sino cuánta afectación puede admitirse sobre esos derechos adquiridos, sin llegar a dañar el Estado de Derecho, para que la transición sea posible¹.

9. Todo el planteamiento anterior (el Derecho de la energía como parte del Derecho Administrativo) sería descabellado en el ámbito anglosajón, sencillamente porque en ese sistema jurídico el Derecho Administrativo es el Derecho relativo al control judicial de la *discretion* gubernamental, o sea, la *judicial review of the administrative action*. Todo el polimórfico mundo del Derecho Administrativo se condensa en la *regulation*. Al mismo tiempo, en ese mundo anglosajón resulta meridianamente diáfano que una cosa es el Derecho (*law*) y otra cosa es la regulación (*regulation*), no como realidades opuestas,

¹ Esta idea está tomada de la ponencia presentada por la profesora Kaisa Huhta, de la *University of Eastern Finland*, titulada «Rethinking the right to property in the European low-carbon energy transition», en la 1st ELAWNET Conference “Energy Law in the light of the green transition towards net zero emissions”, los días 14 y 15 de mayo de 2024, en la Universidad de Oslo, Facultad de Derecho (Noruega).

ni independientes, sino como realidad distintas, pero unidas². De hecho, en la estructura de la mayoría de los (grandes) despachos de abogados de origen anglosajón, los departamentos de Derecho Público y de regulación están juntos.

III. Los principios del Derecho Global de la energía

1. Principio de seguridad del suministro

10. La seguridad del suministro consiste en la garantía de que todo consumidor que necesite consumir energía podrá satisfacer esa necesidad en cualquier momento. Con esa finalidad, las normas imponen diversas obligaciones a las empresas, también de inversión en mantenimiento y extensión de la infraestructura. Este principio no se refiere a la seguridad industrial, es decir, a la evitación de daños para las cosas o las personas. La seguridad industrial es importante en el Derecho de la energía, pero es un principio común a todas las actividades industriales (energéticas, o no). Cada país debe garantizar la seguridad del suministro de acuerdo con sus propias características, porque unos deben importar la mayoría de su energía y otros son exportadores. El fomento de las energías renovables, como el sol o el viento, tiene una ventaja medioambiental, pero también en términos de seguridad.

11. El art. 194, 2 (segundo párrafo), del TFUE establece que las medidas que adopte la UE para alcanzar sus objetivos energéticos no pueden afectar a las posibilidades de un Estado miembro de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético. Ahora bien, el TFUE contempla que el Consejo adopte, por unanimidad, medidas que de forma significativa a ambas cosas (art. 192, 2, letra c, del TFUE). Estas previsiones responden a lo que se ha llamado la *soberanía energética*, pero deben también ser entendidas como un reforzamiento de la soberanía estatal para garantizar la seguridad del suministro de energía en su territorio, mediante la elección de las fuentes más seguras. La soberanía está equilibrada con el principio de solidaridad, específico del Derecho europeo de la energía (art. 194 del TFUE)³.

12. Cuando la industrialización condujo a la instauración del gas natural y de la electricidad como fuentes principales de energía, la necesidad de garantizar la seguridad del suministro se hizo sentir desde el primer momento. Dado que ambas industrias energéticas se organizaron a comienzos del siglo XX como monopolios (ineluctablemente), el Derecho se vio enseguida en la necesidad de imponer sobre las empresas energéticas la obligación de prestar el servicio de forma regular y continua, algo que modernamente se designa como seguridad del suministro, inspirada en la *security of supply* anglo-norteamericana y que se expresa también como confiabilidad (*reliability*).

13. La invasión de Ucrania por parte de Rusia acentuó la importancia de la seguridad de suministro, y la respuesta de la UE, en términos energéticos, llegó con el plan *REPower EU*, el 18 de mayo de 2022⁴. Como respuesta al ataque, la UE reforzó su ambición en materia de sostenibilidad del sistema energético, con más renovables, más ahorro, más eficiencia energética y más diversificación. El plan *REPower EU* demuestra que los tres principios están interrelacionados y pueden llegar a exigirse unos a otros.

² Así, la entrada al *2023 Annual Report* en la página web del despacho de abogados *White & Case*, dice así: «Nuestro informe ofrece un nuevo modelo conceptual que demuestra cómo los desarrollos jurídicos y regulatorios acaecidos en todo el mundo están rediseñando la interconexión global».

³ El 28 de octubre de 2016, la Comisión adoptó la Decisión núm. C (2016) 6950 final, por la que se modificaron las condiciones establecidas en una Decisión anterior (adoptada con fundamento en la Directivas sobre gas natural de 2003 y 2009) conforme a la cual el gasoducto OPAL (entre Alemania y la República checa, que es la sección terrestre del gasoducto *Nord Stream 1*) podía quedar exento de las normas relativas al acceso de terceros y a la normativa sobre tarifas. Impugnada por Polonia, el TJUE consideró que la Decisión vulneraba el principio de solidaridad energética: Sentencia del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 10 de septiembre de 2019 (texto modificado mediante Auto de 20 de diciembre de 2019), dictada en el asunto T-883/16.

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité europeo de las regiones «Plan REPower EU55», COM (2022) 230 final, Bruselas, 18.5.2022.

1.1. Accesibilidad y asequibilidad de los servicios energéticos modernos. La protección de los consumidores vulnerables y la lucha contra la pobreza energética

14. Para la consecución de un desarrollo sostenible (particularmente en los países en vías de desarrollo), se habla desde hace ya más de veinte años de la necesidad de garantizar que todas las personas tengan acceso a unos *servicios energéticos modernos*⁵. El Objetivo de Desarrollo Sostenible número 7 de Naciones Unidas se refiere a la necesidad de asegurar que todos tengan acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna⁶. La organización internacional ‘*Sustainable Energy for All*’ (SEforALL) trabaja para que ese objetivo se consiga más rápidamente⁷.

15. El principio de acceso a unos servicios energéticos modernos es una parte esencial del principio de seguridad del suministro, pero también de los otros dos principios estructurantes, pues debe tratarse de una energía asequible (en términos económicos) y sostenible (en términos medioambientales). La seguridad del suministro es la seguridad del suministro de todos y cada uno de los consumidores del Estado, más las reservas adicionales que se dispongan en casos de escasez o de interrupciones.

16. El esfuerzo por asegurar que todos los habitantes del planeta tienen acceso a unos servicios energéticos modernos ha de ser entendido en ese contexto de seguridad del suministro. Hay todavía una gran parte de la población mundial sin acceso a fuentes de energía seguras y limpias, sobre todo en el África sub-sahariana. Debe reconocerse que se han hecho grandes progresos en los últimos treinta años. En este punto alcanza la mayor intensidad el debate acerca de si el derecho a acceder a los servicios energéticos modernos constituye un derecho humano, y el papel que los Estados y sus tribunales pueden jugar en la garantía de este derecho.

17. El esfuerzo por garantizar el acceso universal a los servicios energéticos modernos constituye el meollo de la lucha contra la pobreza energética (entendida como ausencia de acceso a la energía o como falta de recursos económicos para pagar esa energía) y de la implantación de la justicia energética. En la UE, el llamado ‘cuarto paquete’ o ‘paquete de invierno’ (que conllevó la aprobación de ocho Directivas y Reglamentos) entre 2018 y 2019, se denominó ‘energía limpia para todos’. En la UE, esta aspiración de Naciones Unidas se ha vehiculado mediante varios instrumentos. Las normas europeas sobre el Mercado Interior de la electricidad y del gas natural imponen varias obligaciones a los Estados miembros, como la de garantizar el derecho a un servicio universal en el ámbito eléctrico, es decir, el derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios competitivos, fácil y claramente comparables, transparentes y no discriminatorios⁸. La DE tiene por finalidad garantizar que los consumidores europeos paguen precios asequibles de electricidad⁹. Como se aprecia, el principio de seguridad (en su versión de accesibilidad y asequibilidad) se traduce en el establecimiento de un derecho (al servicio universal). En otras regiones la accesibilidad y/o asequibilidad de la energía eléctrica puede ser un principio (entendido como aspiración), pero en la UE es ya un derecho. Los Estados Miembros deben proteger a los clientes vulnerables, tanto en el sector eléctrico, como en sector del gas natural. Contienen previsiones expresas sobre la pobreza energética y admiten que los Estados miembros impongan sobre las empresas energéticas obligaciones de servicio público relativas a la protección de los consumidores¹⁰.

⁵ The United Nations Development Programme, The United Nations Department of Economic and Social Affairs, and the World Energy Council, *World energy assessment: energy and the challenge of sustainability*, United Nations Development Programme, Nueva York 2000, disponible en

[D:/datos/descargas/World%2520Energy%2520Assessment-2000.pdf](#)

⁶ Véase el epígrafe I, 3, período 2010-2020 y nota 21.

⁷ www.seforall.org

⁸ Art. 27 de la Directiva núm. 2019/944/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (en adelante, DE: DOUE L 158, de 14 de junio de 2019)

⁹ Art. 1 de la DE.

¹⁰ Arts. 9, 28 y 29 de la DE y art. 3 de la Directiva núm. 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio

1.2. Principio de resiliencia

18. Se habla de la resiliencia como una cualidad añadida a la confiabilidad y a la seguridad del suministro. El transporte de electricidad presenta más dificultades que el de los combustibles fósiles, porque son productos almacenables). La imposibilidad (hasta tiempos recientes) de almacenar electricidad explica el contenido de una gran parte del Derecho eléctrico de los últimos cien años. Esta circunstancia invita a prestar particular atención a la resiliencia del sistema eléctrico frente a agentes perturbadores, como las catástrofes naturales o los ciberataques. Deben realizarse más inversiones para reducir el impacto de esas interrupciones, proporcionar rutas alternativas al transporte eléctrico y facilitar una rápida vuelta a la operación normal. La masiva introducción de fuentes renovables de energía para la producción de electricidad (sol y viento, principalmente) y la desaparición de un sistema centralizado de despacho de grandes unidades de generación, imponen un reto a las redes eléctricas, porque se transita hacia la generación distribuida y, por tanto, la descentralización. Las redes deben seguir siendo resilientes.

2. Principio de eficiencia económica

19. El principio de eficiencia económica exige que el suministro de energía se haga al menor coste posible. El principio podría haberse formulado, a secas, como principio de eficiencia, pero en asuntos energéticos existe el riesgo claro de confundir la eficiencia (económica) con la eficiencia energética, algo bien distinto. La eficiencia energética es otro principio nuclear del Derecho de la energía contemporáneo, pero que persigue una reducción del consumo de energía, por ejemplo, mediante la mejora de los sistemas productivos y de las condiciones de aislamiento de edificio. El objetivo de eficiencia económica se alcanza mediante la libre competencia en el mercado y la libertad de empresa¹¹, sin perjuicio de la necesaria regulación. El primer objetivo de la UE en materia de energía es garantizar el funcionamiento del mercado de la energía (art. 194, 1, letra a, del TFUE).

20. Variadas constituciones reconocen, como derecho público subjetivo, el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, también, por supuesto, en el sector de la energía. La libertad de empresa y la competencia pertenecen a las libertades nucleares de un sistema constitucional democrático, porque el poder económico de los monopolios y los oligopolios no sólo es una amenaza para los usuarios y para la eficiencia económica, sino también para el propio poder político. Este derecho tiene que ser protegido y garantizado por los poderes públicos, quienes han de defender igualmente la productividad.

21. En los inicios de la liberalización, la libre competencia se proclamó sobre todas las actividades energéticas, como consecuencia de un exceso ideológico. Progresivamente, el propio ordenamiento se ha ido refinando para distinguir entre unas actividades liberalizadas y unas actividades reguladas. Están liberalizadas, por ejemplo, la producción y la comercialización de electricidad, sujetas al principio de libre competencia. Son actividades reguladas, fundamentalmente, el transporte y la distribución de gas y electricidad, donde la competencia no es posible o lo es limitadamente y han de ser objeto de regulación, como sustitutivo de la competencia, por concurrir elementos propios de un monopolio natural.

de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (en adelante, DG: DOUE L 211, de 14 de agosto de 2009).

¹¹ Entre otras muchas referencias, véase el Considerando núm. 22 del Reglamento núm. 2019/943/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019 relativo al mercado interior de la electricidad (en adelante, RE: DOUE L 158, de 14 de junio de 2019): «Los principios esenciales del mercado deben establecer que los precios de la electricidad sean determinados por la oferta y la demanda. Esos precios han de señalar cuándo se necesita electricidad, ofreciendo así incentivos basados en el mercado (...)»

2.1. Técnicas de equilibrio de la libertad de empresa con (otras) exigencias de interés general

Planificación y regulación:

22. Se ha abierto paso la expresión *interés general*, a costa de la expresión *interés público*, de manera tal que la defensa del derecho público subjetivo a la libertad de empresa (en un libre mercado donde hay competencia entre operadores) es una exigencia derivada del interés general. Otras finalidades de interés general distintas pueden imponer modulaciones, limitaciones o excepciones al disfrute de ese derecho, o al marco de libertad económica donde se ejercita. Estas limitaciones son frecuentes en el Derecho de la energía, como la planificación o la regulación¹².

23. Con la liberalización energética se abandonó el modelo anterior de planificación vinculante en la energía (por ejemplo, sobre las centrales de producción eléctrica), porque generaba sobrecapacidad e ineficiencia económica. No obstante, en materia de infraestructura de transporte se ha mantenido la planificación vinculante, porque el mercado no proporcionaría siempre las señales económicas a las empresas sobre dónde, cuándo y en qué invertir. El Derecho de la UE ha venido reforzando en años pasados la necesidad de la planificación del transporte, con una perspectiva europea, pero a partir de la planificación que hagan las propias empresas encargadas de la red de transporte (*bottom up*)¹³.

24. Precisamente por la necesaria regulación en algunos sectores energéticos he preferido designar al principio aquí analizado como *principio de eficiencia económica* más que como *principio de libre competencia*, porque en el sector energético hay algunos ejemplos de cómo la mayor eficiencia económica no se alcanza con la competencia, sino con la regulación de monopolios naturales. La competencia en el mercado alcanza de modo óptimo la eficiencia asignativa (*allocative efficiency*), contribuyendo así a la justicia conmutativa. Es el caso de los mercados de energía. A veces esa competencia no es posible (o lo es muy limitadamente) en el sector energético. La red de transporte, por ejemplo, es un monopolio natural, donde la eficiencia económica radica en la existencia de un solo prestador. En esas ocasiones surge la regulación económica como sustitutivo de la competencia en favor de la eficiencia redistributiva, que es también un tipo de eficiencia económica, y que contribuye a la justicia social.

2.2. Derecho a la propiedad privada en el sector energético. El principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales y sus manifestaciones (dominio público y soberanía energética)

25. La libertad de empresa va acompañada del reconocimiento del derecho a la propiedad privada, que debe ser respetado también en el sector energético. La función social de la propiedad delimita su contenido, una función que explica la detallada delimitación legal de los derechos y obligaciones de los propietarios de activos energéticos. Es el caso de las obligaciones de acceso y de separación impuesta sobre las redes de transporte y electricidad, dada su ineludible concurrencia en la creación de un mercado de la energía.

26. De conformidad con el art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar. La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esa Convención y otras normas de derecho internacional.

¹² La jurisprudencia subraya la compatibilidad entre la libre competencia y «una intervención administrativa más o menos intensa en virtud de su incidencia en intereses generales, como lo es la actividad de producción de energía eléctrica»: STS núm. 320/2020, de 12 de marzo de 2020 (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, ES:TS:2020:763).

¹³ Para los planes decenales de las redes de transporte de electricidad y de gas, véase, respectivamente, el RE y el Reglamento (CE) núm. 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1775/2005 (DOUE núm. L 211, de 14 de agosto de 2009).

27. La institución del dominio público, existente en varias jurisdicciones, es una expresión del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, propio del Derecho internacional público y estrechamente unido al principio democrático. También es manifestación de ese principio el art. 194, 2 (segundo párrafo), del TFUE, que establece que las medidas que adopte la UE para alcanzar los objetivos energéticos establecidos en el apartado 1 de ese precepto no pueden afectar al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos¹⁴.

2.3. Eficiencia económica y digitalización:

28. La digitalización del sector energético tiene beneficios sobre los costes energéticos y permite multiplicar la eficiencia. Mediante la digitalización se consigue, por ejemplo, que existan unas redes inteligentes y unos contadores inteligentes. Permite gestionar de manera más adecuada la generación renovable, introducir medidas de eficiencia energética, incorporar tecnologías innovadoras (por ejemplo, de almacenamiento) y, sobre todo, gestionar el consumo. La digitalización va a fomentar la respuesta de demanda (la flexibilidad de la demanda eléctrica, tradicionalmente inelástica)¹⁵, la generación flexible, la interconexión y la activación del papel del consumidor en el sistema.

3. Principio de sostenibilidad medioambiental

29. En virtud de la sostenibilidad ambiental, se ha de perseguir que el suministro de productos energéticos produzca un daño mínimo o nulo sobre el medio ambiente. En el sector energético, la sostenibilidad y la protección medioambiental son conceptos casi intercambiables. El art. 11 del TFUE manda que las exigencias de la protección del medio ambiente se integren en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. Y uno de los objetivos energéticos de la UE es fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables (art. 194, 1, letra c).

30. El Derecho medioambiental, el Derecho del cambio climático y el Derecho de la energía están interrelacionados. La industria energética es responsable de la mayoría de las emisiones de GEI y, por tanto, del cambio climático derivado del calentamiento global. El Derecho de la energía no ha conseguido una individualización tan intensa. Tanto el Derecho medioambiental, como el Derecho del cambio climático, han desarrollado algunos principios, que han sido incorporados a los ordenamientos jurídicos y son aceptados por los profesionales y empresas de ese ámbito. Para algunos especialistas, el Derecho de la energía ha nacido como una especialización del Derecho medioambiental y de los recursos naturales, pero debe defenderse la sustantividad propia del Derecho de la energía.

3.1. La sostenibilidad medioambiental significa hoy, primariamente, descarbonización (neutralidad carbónica):

31. La combustión indiscriminada de energías fósiles (hidrocarburos y carbón) durante los últimos doscientos años ha sido dañina para el medio ambiente. Concretamente, la emisión de GEI (donde la mayor responsabilidad corresponde a la industria energética), es la causa fundamental del cambio climático derivado del calentamiento del planeta. Hay una creciente y justificada alarma social ante ese fenómeno.

¹⁴ El principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales fue proclamado por la Resolución núm. 1803 (XVII) of 14 de diciembre de 1962, de la Asamblea General de Naciones Unidas y recogida en otros variados instrumentos internacionales.

¹⁵ I. HERRERA ANCHUSTEGUI, y A. FORMOSA (2019), «Regulation of Electricity Markets in Europe in Light of the Clean Energy Package: Prosumers and Demand Response». Disponible en

^SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3448434>

32. Desde la adopción del Protocolo de Kioto en 1997 hasta la aprobación del Acuerdo de París de 2015, el objetivo de la sostenibilidad se ha focalizando en la reducción de las emisiones de GEI a la atmósfera. En medio de ambos instrumentos internacionales, e impulsándolos, se encuentran otras dos iniciativas de Naciones Unidas: el Acuerdo del Milenio 2000 y la Agenda 2030 (con sus objetivos de desarrollo sostenible)¹⁶. En París se acordó mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2° C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5° C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático. Para cumplir ese objetivo se propuso una rápida reducción de las emisiones de GEI –y el consiguiente descenso del uso de combustibles fósiles- en la segunda mitad del siglo, sobre la base de la equidad y en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza. La reducción debe ir acompañada de otras medidas, como el secuestro y captura de emisiones y la compensación de carbono. En resumen, se persigue la neutralidad de carbono (que se emita la misma cantidad CO₂ a la atmósfera de la que se retira por distintas vías), para alcanzar la *huella cero de carbono*. Ese esfuerzo debe ir acompañado por la introducción masiva de fuentes renovables de energía, principalmente para la producción de electricidad, por el aumento de la eficiencia energética y la conservación de energía.

33. La descarbonización es un objetivo prioritario de la política energética de una mayoría de países del mundo, con la UE a la cabeza, que persigue convertirse en una región baja en carbono en 2050. La UE diseñó en 2015 una nueva política energética, con el nombre de Unión de la Energía (*Energy Union*, en inglés)¹⁷, donde la descarbonización es uno de los cinco pilares. En ese contexto se aprobó un ambicioso paquete normativo entre 2018 y 2019 (el llamado *paquete de invierno* o cuarto paquete), con el lema *Clean Energy for All Europeans*. Destaca, en materia de sostenibilidad medioambiental, el Reglamento de Gobernanza¹⁸, transido de la necesidad de una estrategia para la neutralidad carbónica en 2050. La Comisión Europea surgida de las elecciones de 2019 promovió un *Pacto Verde Europeo*, donde la descarbonización era también la prioridad¹⁹, y donde se anunciaba, para marzo de 2020, una Ley del Clima para que quedara consagrado legislativamente el objetivo de la neutralidad climática.

34. En diciembre de 2020, los líderes europeos acordaron incrementar el objetivo de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero a 2030 hasta, al menos, el 55%, respecto de 1990, frente al 40% anterior, de ahí el nombre «Objetivo 55» (*Fit for 55*). Ese compromiso se introdujo en la *Ley europea del Clima*, aprobada en 2021²⁰. Como continuación de la *Ley europea del Clima*, la Comisión adoptó el 14 julio de 2021 el conjunto de propuestas del paquete *Fit for 55*, encaminadas a revisar la normativa energética y climática europea y establecer nuevas iniciativas legislativas con vistas a cumplir con la reducción neta de gases de efecto invernadero fijado para la década 2020-2030²¹. El paquete *Fit for 55*, cuyos objetivos finales son garantizar una transición equitativa y socialmente justa, mantener y reforzar la innovación y la competitividad de la industria de la UE, garantizando al mismo tiempo la igualdad de condiciones frente a operadores económicos de terceros países y mantener la posición de

¹⁶ Véase el epígrafe I, 3, período 2010-2020.

¹⁷ *Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, COM (2015) 80 final, Bruselas, 25 de febrero de 2015.

¹⁸ Reglamento núm. 2018/1999(UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima: DOUE L 328, de 21 de diciembre de 2018.

¹⁹ *El Pacto Verde Europeo*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2019) 640 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2019. Sobre los EE.UU., véase M. B. GERRARD y J. C. DERNBACH (editores) (2019), *Legal pathways to deep decarbonization in the United States*, Washington: Environmental Law Institute.

²⁰ Reglamento (UE) 2021/1119, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima») (DOUE L 243, de 9 de julio de 2021).

²¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones «Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática, COM (2021) 550 final, Bruselas, 14.7.2021

liderazgo de la Unión en la lucha global contra el cambio climático. El paquete previó un buen número de medidas legislativas para actualizar los objetivos de reducción de emisiones de los Estados miembros en línea con el plan de objetivos climáticos para 2030. Fueron las siguientes: revisión del régimen de comercio de derechos de emisión de la UE, revisión de la fiscalidad de la energía, despliegue de infraestructura para los combustibles alternativos, iniciativa sobre los combustibles sostenibles en la aviación, iniciativa sobre los combustibles con bajas emisiones de carbono en el transporte marítimo, regulación de las normas de comportamiento en materia de emisiones de CO² de los turismos y vehículos comerciales ligeros nuevos, reforma del mecanismo de ajuste en frontera de las emisiones de carbono, reforma del reparto del esfuerzo entre los Estados miembros para las actividades no incluidas en el régimen de comercio de derechos de emisión, reforma de la Directiva de fuentes de energía renovables, reforma de la Directiva de eficiencia energética, revisión del Reglamento sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de GEI resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura, y la creación del fondo social para la acción climática.

35. Como consecuencia de la invasión rusa de Ucrania, la UE diseñó una respuesta, también en términos energéticos, que condujo a la adopción del plan *REPower EU*, el 18 de mayo de 2022, donde se acentúa la necesidad de alcanzar la independencia energética respecto de Rusia y, por tanto, de potenciar las fuentes de energía autóctonas, como las fuentes renovables y la mejora de la eficiencia energética. Con este documento y los que le acompañaban, se aumentó la ambición de la UE en materia de reducción de penetración de energías renovables, de eficiencia energética y de diversificación de los suministros de energía²².

36. Entre otros frutos de esas políticas se encuentran las nuevas Directivas en materia de eficiencia energética, de 2023 y 2024, respectivamente²³, así como la Directiva en materia de renovables, de 2023, que establece una cuota de al menos un 42,5 % de energías renovables en el consumo final bruto en 2030²⁴.

3.2. Principio de uso prudente, racional y sostenible de los recursos naturales

37. El Derecho internacional se refiere en variados instrumentos al principio de uso sostenible de los recursos naturales y muy particularmente en el UNFCCC y documentos ancilares. El art. 191, 1, del TFUE dispone que la política de la UE en el ámbito del medio ambiente debe contribuir a alcanzar el objetivo de la utilización prudente y racional de los recursos naturales (que incluyen los recursos energéticos).

3.3. La descentralización y empoderamiento del consumidor

38. La descarbonización y la digitalización van a tener como consecuencia la descentralización y el consiguiente empoderamiento del consumidor. En los últimos cien años los sistemas eléctricos nacionales se centralizaron, en el sentido que la demanda eléctrica se satisfacía con unas cuantas grandes y limitadas unidades de producción, de gran potencia, conectadas con los centros de consumo mediante redes de transporte y distribución. Esta realidad justificaba la atracción de la mayoría de las competen-

²² Véase la nota. 7.

²³ Por un lado, está la Directiva (UE) 2023/1791 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023 relativa a la eficiencia energética y por la que se modifica el Reglamento (UE) 2023/955 (refundición) (DOUE L 231, de 20 de septiembre 2023). Por otro lado, está la Directiva (UE) 2024/1275 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, relativa a la eficiencia energética de los edificios (refundición) (DOUE L 1275, de 8 de mayo de 2024).

²⁴ Art. 3,1 de la Directiva núm. 2018/2001/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DOUE L 328, de 21 de diciembre de 2018), según la redacción que le dio la Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70/CE en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo (DOU L 2413, de 31 de octubre de 2023).

cias a favor del poder central. Aquellas grandes unidades de producción serán cerradas porque contaminan (centrales de carbón), o porque su uso no goza del apoyo político suficiente (nucleares). No existe futuro para nuevas grandes centrales hidroeléctricas, distintas de la existentes, por sus grandes costes económicos y medioambientales. La potencia térmica y de carbón que se vaya cerrando va a ser sustituida por ciclos combinados de gas natural, por potencia eléctrica de origen renovable, en la modalidad de centrales fotovoltaicas o eólicas grandes o, más probablemente, por autoconsumo individual o colectivo.

39. Habrá una descentralización porque el poder de decisión acerca de cuánto, cuándo y qué se consume estará cada vez más en manos del consumidor (demanda), y no en manos del productor (oferta). Esto llegará al punto que una gran cantidad de electricidad consumida habrá sido producida por el propio consumidor (autoconsumo o autoproducción). Este proceso va a cambiar el sistema centralizado, hacia uno descentralizado. La descentralización energética es primariamente un fenómeno energético, que tendrá consecuencias en la distribución de las competencias políticas sobre esta materia. En un contexto de mayor participación de las renovables, la conexión de los sistemas nacionales entre sí, mediante redes transfronterizas, sigue siendo un objetivo trascendental, para asegurar el suministro y fomentar la cooperación entre sistemas. Los sistemas eléctricos nacionales seguirán manteniendo la red interconectada. Habrá, pues, mayor interconexión mediante redes nacionales e internacionales, pero eso no significará una mayor centralización, pues el origen de la electricidad será descentralizado.

Conclusión. Hacia el nacimiento de un Derecho energético transnacional

40. El Derecho de la energía ha adquirido una gran importancia en las últimas décadas. Dudosamente puede seguir siendo considerado como un componente de la llamada parte especial del Derecho Administrativo. Esta disciplina alcanza su impulso con ocasión de los procesos de liberalización y privatización, y posterior regulación, hace treinta años. Antes de esa fecha, dado que existían monopolios verticalmente integrados, en mano pública, esta rama del ordenamiento era más fácilmente encuadrable dentro del derecho Administrativo, Por supuesto que el Derecho Administrativo se aplica profusamente sobre las actividades energéticas, pero eso no justifica ni que ese Derecho sea llamado Derecho de la energía (pues sigue siendo Derecho Administrativo), ni que el Derecho de la energía sea considerado como una parte del Derecho Administrativo. En realidad, aquello que individúa el Derecho de la energía respecto del Derecho Administrativo es la regulación energética. En realidad, cuando hablamos de Derecho de la energía, hablamos de regulación energética, para expresar una vertiente del Derecho, la directiva, que tiene en nuestros días la expresión máxima en la regulación para la transición: la regulación es la conducción del sistema energético hacia un nuevo modelo descarbonizado, basado en las energías renovables, tarea en la cual el derecho es un instrumento decisivo. Los principios del Derecho de la energía (seguridad, eficiencia económica y sostenibilidad) son principios rectores, jurídicos en la medida en que han sido incorporados al Derecho positivo. Esos principios constituyen y pueden reclamar para sí, con justicia, la naturaleza de principios de un derecho internacional transnacional. La liberalización del sector energético tuvo como consecuencia el aumento exponencial de las transacciones y, con ellas, la aparición de un conjunto de elementos propios de un Derecho transnacional de la energía. Puede ser definido como el conjunto de principios y normas surgido de la práctica comercial internacional en el sector energético, con unas fuentes propias, fundamentalmente los usos comerciales, y unos medios de solución de los conflictos de intereses específicos al margen del poder judicial de los Estados y de los tribunales internacionales, a través del arbitraje²⁵.

²⁵ Diccionario panhispánico del español jurídico. Voz «Derecho internacional transnacional» <https://dpej.rae.es/lema/derecho-internacional-transnacional>