

CONCEPTO, CONTENIDOS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA ENERGÍA¹

ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA
Universidad de Almería

Cómo citar/Citation

Guayo Castiella, I. del (2020).

Concepto, contenidos y principios del derecho de la energía.

Revista de Administración Pública, 212, 309-346.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.12>

Resumen

El desarrollo experimentado por el derecho de la energía en los últimos cincuenta años, a partir del derecho administrativo, ha conducido al establecimiento de sus propios principios estructurantes, que responden a necesidades propias de todo sistema energético y que han sido incorporados al ordenamiento jurídico, de variadas maneras. Se trata de los principios de seguridad del suministro, de eficiencia económica y de sostenibilidad medioambiental. El derecho de la energía es algo distinto de la regulación de la energía, aun cuando el componente regulatorio es uno de los principales de las normas energéticas. La justicia energética permite emitir un juicio moral sobre el derecho de la energía, a partir de sus propios principios. Las medidas adoptadas durante la crisis derivada de la COVID-19 deberían moverse en las coordenadas marcadas por esos tres principios.

¹ Este trabajo se concluyó el 6 de mayo de 2020.

Palabras claves

Derecho de la energía; principios; seguridad del suministro; eficiencia económica; sostenibilidad medioambiental.

Abstract

The development experienced by energy law in the last fifty years, as of Administrative Law, has led to the establishment of its own structuring principles, which respond to the needs of any energy system and which have been incorporated into the legal system in various ways. These are the principles of security of supply, economic efficiency and environmental sustainability. Energy law is somewhat different from energy regulation, even though the regulatory component is one of the key elements within energy law. Energy justice and its own principles allows a moral judgment to be made on the legal norms pertinent to energy law. Measures adopted during the crisis derived from COVID-19 should move in the coordinates marked by those three principles.

Keywords

Energy Law; principles; security of supply; economic efficiency; environmental sustainability.

SUMARIO

I. CONCEPTO DE DERECHO DE LA ENERGÍA: 1. Definición: 1.1. *Definiciones disponibles*. 1.2. *Definición que se propone*. 2. Derecho de la energía, Administración pública y derecho administrativo. II. CONTENIDOS DEL DERECHO DE LA ENERGÍA: 1. Las crisis del petróleo (1970-1980). 2. Liberalización (1980-1990). 3. Regulación (1990-2000). 4. Globalización digital (2000-2010). 5. Sostenibilidad (2010-2020). 6. Derecho de la energía y regulación de la energía. III. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA ENERGÍA: 1. Una aclaración previa. Principios del derecho público, principios de la buena regulación y principios del derecho de la energía. 2. Principios estructurantes del derecho de la energía: 2.1. *Principio de seguridad del suministro*: 2.1.1. Accesibilidad y asequibilidad de los servicios energéticos modernos. La protección de los consumidores vulnerables y la lucha contra la pobreza energética. 2.1.2. Principio de resiliencia. 2.2. *Principio de eficiencia económica*: 2.2.1. Técnicas de equilibrio de la libertad de empresa con (otras) exigencias de interés general. Planificación, regulación y reservas. 2.2.2. 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). 2.2.3. Eficiencia económica y digitalización. 2.3. *Principio de sostenibilidad medioambiental*: 2.3.1. La sostenibilidad medioambiental significa hoy, primariamente, descarbonización (neutralidad carbónica). 2.3.2. Principio de uso prudente, racional y sostenible de los recursos naturales. 2.3.3. La descentralización y empoderamiento del consumidor. 3. La operación conjunta de los tres principios. Dilemas y trilemas. 4. Otros principios del derecho de la energía. IV. LA JUSTICIA ENERGÉTICA. V. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA ENERGÍA Y LA COVID-19.

I. CONCEPTO DE DERECHO DE LA ENERGÍA

1. DEFINICIÓN

1.1. Definiciones disponibles

La utilidad práctica de una definición del derecho de la energía es escasa, pero en la construcción de un sistema científico sobre una materia es imprescindible. El objetivo primero de una definición del derecho de la energía sería individuar el derecho de la energía dentro del derecho, para distinguirlo de otras disciplinas, particularmente de aquellas en cuyo seno se gestó, antes de nacer como un subsector autónomo del ordenamiento jurídico. El segundo objetivo de una definición sería contribuir a una mejor y más detallada determinación de sus contenidos. El reconocimiento de una nueva disciplina científica implica el reconocimiento no solo de la existencia de unas normas propias, sino también de unos principios específicos. Tales principios no son nuevos principios generales del derecho, distintos u opuestos a los existentes, sino algo más modesto: los principios inspiradores del sistema objeto de regulación jurídica. El derecho de la energía tiene sus propios principios.

Los esfuerzos en la búsqueda de una definición y en la determinación de los contenidos se remontan a los últimos años, dada la relativa juventud de este derecho. Una aportación pionera, adelantada varias décadas a su tiempo, por los temas abordados y la perspectiva del análisis, fue el *Nuevo Derecho Energético* de Ramón Martín Mateo en 1982². En la comunidad internacional del derecho de la energía se acostumbra a escoger la definición ofrecida en 1996 por Bradbrook como el punto de partida en el esfuerzo definitorio, para quien el derecho de la energía es el derecho relativo «a la asignación de derechos y deberes sobre la explotación de los recursos energéticos entre particulares, entre particulares y el gobierno, entre gobiernos y entre Estados»³. Esta definición se formuló hace veinticinco años y debe ser renovada, dada la rápida evolución del sector energético desde que fue propuesta. Bradbrook ha enriquecido su primera definición con exigencias provenientes de la sostenibilidad y ha propuesto una serie de principios no vinculantes para alcanzar un consenso global sobre la producción y el consumo sostenibles de energía⁴. Se han hecho algunas otras importantes aportaciones al concepto y al contenido del derecho de la energía en el ámbito

² R. Martín Mateo (1982), *Nuevo Derecho Energético*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

³ A. Bradbrook (1996), «Energy Law as an Academic Discipline», *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 14, págs. 193-217.

⁴ A. J. Bradbrook y R. D. Wahnschaft (2005), «International Law and Global Sustainable Energy Production and Consumption», en A. J. Bradbrook, R. Lyster, R. Ottinger y W. Xi (eds.), *The Law of Energy for Sustainable Development*, Cambridge: Cambridge University Press, págs. 181-201.

académico⁵. Heffron y Talus lo definen como *la regulación de las obligaciones y derechos relacionados con la energía, de las variadas partes interesadas, a lo largo del ciclo energético*⁶. Resulta claro que la Unión Europea (en adelante, UE) ha contribuido a unificar y estandarizar muchos aspectos del derecho de la energía, que ya no consiste (ni debe consistir) en la mera aplicación del derecho general al sector energético.

1.2. Definición que se propone

Una definición debe incluir la finalidad de lo definido, su *telos*. Puede así definirse el derecho de la energía como aquella parte del ordenamiento jurídico que establece las reglas para que el suministro final de energía a los usuarios sea seguro, económicamente eficiente y sostenible medioambientalmente. Lógicamente, está constituido por normas de derecho público y de derecho privado, de origen internacional, europeo, nacional, autonómico y local, agrupadas *ratione materiae*. Una parte importante del derecho de la energía tiene que ver con la regulación de las actividades energéticas⁷.

2. DERECHO DE LA ENERGÍA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

El derecho de la energía ha estado en España ligado al derecho administrativo porque en los orígenes del actual sistema las actividades energéticas estaban mayoritariamente monopolizadas por empresas integradas en el sector público y porque la Administración pública intervenía intensamente sobre las empresas privadas existentes, que operaban normalmente con concesiones de servicio público. Entre las décadas de los años cincuenta y de los años noventa del siglo XX, el derecho de la energía en España es una parte del derecho administrativo especial, y es comprendido como el derecho de la intervención de la Administración pública en la actividad energética⁸. En el sector de la electricidad y del gas

⁵ R. J. Heffron, A. Rønne, J. P. Tomain, A. Bradbrook y K. Talus (2018), «A treatise for energy law», *The Journal of World Energy Law and Business*, 11, págs. 34-48 y y bibliografía ahí citada.

⁶ R. J. Heffron y K. Talus, K. (2016), «The Evolution of Energy Law and Energy Jurisprudence: Insights for Energy Analysts and Researchers», *Energy Research and Social Science*, 19, págs. 1-10. La definición está en pág. 4.

⁷ Véase el epígrafe II, 6.

⁸ Se escoge la década de los años cincuenta porque en ella se aprueban las grandes leyes administrativas y algunas normas energéticas señeras, como el Decreto de 12 marzo de 1954 por el que se aprueba el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía (*BOE*, 105, de 15 de abril de 1954), y la década de los años noventa porque en ella se aprueban las leyes liberalizadoras en el sector energético.

natural hubo en aquella época una presencia de la empresa privada, pero siempre vigilada, tutelada, monitorizada por la Administración pública y acompañada por la empresa pública (ENDESA y ENAGAS).

Matizadamente, esa era también la situación existente en el resto de Europa, hace cincuenta años. En ese momento, el derecho de la energía era en la Europa continental una parte más o menos relevante del derecho público. En un continente sin recursos petrolíferos significativos (con algunas salvedades), las industrias del petróleo y del gas natural estaban nacionalizadas, como lo estaba el resto de sectores energéticos (carbón y electricidad, fundamentalmente). No existía el derecho de la energía como rama autónoma del ordenamiento jurídico porque no existía nada más que un operador público en cada país y en cada uno de los sectores energéticos (carbón, electricidad, gas natural, petróleo...). El carácter monopólico de las actividades energéticas hacía innecesario el nacimiento de un derecho propio de la energía. Dado que no había competencia en ninguna fase del ciclo energético, no había tampoco conflictos entre distintos sujetos y, en consecuencia, se reputaba innecesario crear un derecho específico relativo a las distintas fases de la cadena de la energía.

En el caso español, el sector energético estaba nacionalizado en la década de los años setenta del siglo XX, con algunas notables excepciones en la electricidad y en el gas natural. Se había generalizado ya en esa década la configuración de empresas públicas con formas jurídico-mercantiles (sociedades mercantiles) o de entes públicos sujetos al derecho privado en sus relaciones con terceros (piénsese en CAMPSA o ENDESA). Una parte importante del derecho aplicable a la actividad de las empresas públicas energéticas era el derecho propio de la organización administrativa, concretamente del derecho relativo a la determinación de la naturaleza jurídica y del régimen jurídico de los entes integrantes del sector público, a su actuación frente a terceros y a las relaciones entre el poder político y tales empresas (control político, de eficacia y jurídico de las decisiones y de la actuación de esas empresas). El derecho de la energía era, en una parte considerable, el derecho atinente la dirección gubernamental de las empresas públicas energéticas.

En estas circunstancias, no había lugar para la emergencia de un verdadero derecho de la energía, sino que el derecho relativo a la intervención administrativa en este sector siguió considerándose como una parte del llamado derecho administrativo especial. La fuerza de la tradición empujó a que el derecho administrativo español tratase de encajar los aspectos propios de la actividad de las empresas energéticas, tanto *hacia arriba* (en las relaciones de esas empresas con el poder público) como *hacia abajo* (en las relaciones de esas empresas con los usuarios), en las categorías del servicio público, la policía administrativa, la potestad tarifaria, la organización administrativa..., en un intento de defender la permanencia de la actividad energética dentro de los confines del derecho administrativo. Fue en esa década cuando se discutió, por ejemplo, acerca de la naturaleza de las tarifas eléctricas y de la potestad gubernamental que las aprobaba. Esa discusión y otras

existentes en torno al derecho del sector eléctrico estuvieron enmarcadas dentro de categorías jurídicas de naturaleza administrativa.

El derecho de la energía en España fue evolucionando desde 1970, junto con el de los países de su entorno, al calor del desarrollo de los mercados energéticos internacionales. En estos cincuenta años, el derecho español de la energía ha estado fuertemente determinado por el derecho de la UE, sobre todo en materia de liberalización, sostenibilidad (*medioambientalización*), regulación, conexión con otros Estados y seguridad. El derecho de la energía en España no es hoy una parte del derecho administrativo, aunque ese derecho tiene una trascendencia especialmente intensa sobre las actividades energéticas, por variadas razones. En 2013 se creó la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁹ (en adelante, CNMC), que integra a su predecesora inmediata en materia de energía, la Comisión Nacional de Energía, creada por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos¹⁰ (en adelante, LSH). La regulación que ejerce la CNMC sobre el sector se lleva a cabo con acrisoladas fórmulas del derecho administrativo o con nuevas categorías, pero de esa misma disciplina, y las competencias gubernamentales se vehiculizan de la misma manera: disposiciones administrativas de carácter general, actos administrativos (sanciones, autorizaciones, concesiones...) y un largo etcétera. Las formas de regulación (supervisión, control e inspección) son jurídico-administrativas. Los conflictos entre los sujetos privados del sistema energético, el regulador, la Administración pública con competencias en materia energética o el Gobierno, se resuelven en sede contencioso-administrativa, con sus modos propios de enjuiciamiento de la actividad administrativa.

II. CONTENIDOS DEL DERECHO DE LA ENERGÍA

El actual derecho de la energía nace durante la década de los años setenta del siglo XX, cuando alcanza cierta autonomía como disciplina jurídica respecto de otras ramas tradicionales del ordenamiento jurídico. El contenido del derecho de la energía cambia en la medida en que cambia la realidad sobre la que se proyecta, pero también el sector energético cambia por influjo del derecho. Para la comprensión de cuáles son los contenidos actuales del derecho de la energía es preciso analizar lo acaecido en estos últimos cincuenta años. A continuación, se analiza ese período, dividido en cinco décadas. El derecho de la energía del momento presente es el resultado de la adición de las características de cada uno de los cinco períodos.

⁹ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE, 134, de 5 de junio de 2013).

¹⁰ BOE, 241, de 8 de octubre de 1998.

1. LAS CRISIS DEL PETRÓLEO (1970-1980)

Esta década representa el cénit de los hidrocarburos como fuente principal de energía, pero también el comienzo de su ocaso. La década está jalonada por dos crisis mundiales del petróleo, una al principio (1973) y otra al final (1979). En esos años, el derecho de la energía es principalmente un derecho relativo a la prospección, investigación y explotación de gas y petróleo, a los contratos internacionales de compraventa de hidrocarburos y a los contratos de transporte de tales productos. El petróleo y el gas eran entonces las fuentes principales de energía y era lógico que ocupasen un lugar central en el derecho de la energía. La década de los años setenta del siglo XX representa el punto álgido de la dominancia del petróleo en las economías del mundo, pero también el punto de inflexión hacia una nueva estructura, como consecuencia de las crisis de 1973 y 1979.

Se acentuó la conciencia de la vulnerabilidad de las economías de los países desarrollados, dependientes de petróleo y de gas natural, localizados fuera de sus fronteras. La disponibilidad del recurso a precios asequibles desapareció y la seguridad del suministro de energía se convirtió en un asunto de la máxima prioridad, que se tradujo en la creación de Ministerios específicos para la energía¹¹. En esta década, el derecho de la energía es una disciplina jurídica que existe en países productores de petróleo y gas. Lógicamente, existían otras variadas manifestaciones del derecho de la energía, como las normas relativas a la electricidad, las normas de distribución de los productos petrolíferos y del gas natural. La crisis del petróleo provocó un relanzamiento del carbón y de la energía nuclear, así como del derecho respectivo a esas fuentes energéticas. Todos estos contenidos eran considerados en España como parte del derecho administrativo especial. En España se aprobó la Ley 21/1974, de 27 de junio, sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos (derogada desde 1998)¹², en cuya estructura y filosofía pesó sobremanera el derecho de minas, contenido en la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas¹³ (en adelante, LMi).

2. LIBERALIZACIÓN (1980-1990)

El derecho de la energía actual nace como consecuencia de los procesos de liberalización de los mercados y de la privatización de las empresas públicas energéticas que se llevaron a cabo en esta década. La liberalización se gestó con los cambios políticos que se produjeron en Europa y en Estados Unidos a partir de 1979 (victoria de los conservadores en el Reino Unido) y 1981 (victoria de los republicanos en EE. UU.), que condujo al establecimiento del llamado *Washington Consensus* en

¹¹ Es el caso del Ministerio español de Industria y Energía, creado mediante Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio (BOE, 159, de 5 de julio de 1977).

¹² BOE, 155, de 29 de junio de 1974.

¹³ BOE, 176, de 24 de julio de 1973.

las principales instituciones financieras internacionales (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional), en 1988. La liberalización del sector energético significó que donde antes había solo un suministrador, aparecieron una pluralidad de suministradores. Ese nuevo ambiente se extiende por las Comunidades Europeas, como se pone de manifiesto en 1986 con el Acta Única Europea y la introducción de la idea de un Mercado Interior, que promueve una mayor integración, por medio de una acentuación de las libertades económicas¹⁴. España ingresó en las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1986 y durante esa década el derecho de la energía español se caracteriza por la adaptación de sus normas al derecho europeo (fundamentalmente, en el ámbito de los productos petrolíferos). Como consecuencia del abandono de los planes nucleares, el gas natural irrumpe con fuerza en la política energética española y se convertirá en una exitosa fuente de energía a partir de la siguiente década (tras la aprobación de la Ley 10/1987, de 15 de mayo, de disposiciones básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en materia de combustibles gaseosos¹⁵, ya derogada).

3. REGULACIÓN (1990-2000)

Los procesos de liberalización y privatización se mostraron insuficientes en varios ámbitos y países porque, a veces, el monopolio público fue sustituido por otro privado. Si un monopolio público es malo, uno privado es todavía peor. Eso explica que durante esta década se amplificaran y perfeccionaran los mecanismos de regulación, con dos finalidades: por un lado, sujetar a las empresas privatizadas a un marco regulatorio de operación que les obligase a actuar como si tuviesen competencia y, por otro lado, fomentar la aparición de nuevos operadores. En el tiempo transcurrido desde la liberalización de los mercados energéticos hasta hoy una idea se fue abriendo paso hasta quedar claramente reflejada en los textos legales vigentes europeos y españoles: la liberalización y la competencia deben existir en el ámbito de la producción (generación) y del suministro, mientras que las redes deben ser objeto de regulación para que se conviertan en activos neutrales a disposición de todos los operadores, al no ser posible por diversas razones la existencia de competencia entre redes. En ese contexto fue entonces necesario un nuevo derecho que regulase las relaciones entre los nuevos operadores entre sí, entre los operadores y los clientes (libres de elegir a su suministrador), entre los propietarios de las redes y los usuarios de las redes, entre el poder político (transmutado ahora en un regulador profesional) y los intervinientes en el mercado, etc. Esto es lo que explica la eclosión de la regulación y de la normación. Donde antes había una o dos normas, hay ahora centenares, de todos los rangos y características. Gracias al Acta Única Europea de 1986 se pudieron aprobar las primeras normas europeas dirigidas a crear un Mercado Interior de la electricidad y del

¹⁴ DOCE, L 169, de 29 de junio de 1997.

¹⁵ BOE, 144, de 17 de junio de 1987.

gas natural, que en España condujeron a la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Sector Eléctrico¹⁶ y de LSH en 1998. La necesidad de regulación para que la apertura de los mercados energéticos fuese efectiva conllevó la aparición de los organismos reguladores, cuya situación de dependencia inicial respecto del poder político fue derivando hacia una mayor independencia. Este ha sido en España el caso de la CNMC.

4. GLOBALIZACIÓN DIGITAL (2000-2010)

Como consecuencia de procesos iniciados en décadas anteriores, y de un ambiente propicio al libre comercio, durante estos años tiene lugar una intensa internacionalización de los mercados energéticos y del derecho de la energía, acompañada de las tecnologías digitales. En Europa, la caída del Muro de Berlín en 1989 y el derrumbe de la URSS en 1991 posibilitaron la ampliación de la UE hacia el Este, de manera que entre 1995 y 2013, además de la reunificación de Alemania, se incorporaron dieciséis países, la mayoría de los cuales había estado bajo la influencia de la URSS. La original Carta Europea de la Energía (suscrita en 1991) evolucionó hasta el actual Tratado de la Carta de la Energía, que entró en vigor en abril de 1998. Este Tratado, que persigue la extensión de las exigencias del Estado de derecho a las jurisdicciones de los países signatarios, contribuyó notablemente a crear un ambiente internacionalizado en el ámbito del derecho de la energía¹⁷. Este proceso integrador se produce en otras regiones del mundo, como Norteamérica, América Latina o Asia-Pacífico. Como fruto de los esfuerzos en el seno de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático¹⁸ (UNFCCC, en sus siglas en inglés), se aprobó el Protocolo de Kioto en 1997¹⁹, el primer compromiso internacional y serio en favor de la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero (en adelante, GEI), causantes del calentamiento global del planeta (o del cambio climático). El Protocolo activó durante esta década 2000-2010 un esfuerzo global para reducir la emisión de GEI, de los cuales la industria energética es la principal responsable. En la UE, por ejemplo, se aprobó la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se estableció un régimen para el comercio

¹⁶ *BOE*, 285, de 28 de noviembre de 1997. Esta ley fue sustituida por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE): *BOE*, 310, de 27 de diciembre de 2013.

¹⁷ www.energycharter.org.

¹⁸ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: FCCC/INFORMAL/84* GE.05-62301 (S) 220705, realizada en Nueva York el 9 de mayo de 1992.

¹⁹ Protocolo de Kioto sobre la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: FCCC/INFORMAL/83* GE.05-61702 (S) 130605 130605, realizado en Kioto el 11 de diciembre de 1997.

de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad²⁰. Estos desarrollos contribuyeron a fomentar el comercio internacional de energía y estuvieron acompañados de nuevas interconexiones eléctricas y gasistas. Los mercados energéticos se han globalizado gracias a las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información. Existen unas nuevas técnicas energéticas globales, potencialmente a disposición de todos los países y que van a permitir la digitalización del sector energético, con un cambio de su fisonomía. Junto a estas técnicas digitales, existen otras novedosas, como las baterías eléctricas (que facilitan la extensión del coche eléctrico), el hidrógeno y otros gases renovables.

5. SOSTENIBILIDAD (2010-2020)

De la misma manera que en la década 2000-2010 tiene lugar una globalización gracias a la siembra realizada en años anteriores, también la eclosión de la preocupación por la sostenibilidad en la década 2010-2020 es el fruto de actuaciones llevadas a cabo con anterioridad. En el año 2000, los Objetivos del Milenio de Naciones Unidas se refieren a la necesidad de garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, pero no mencionan expresamente la energía²¹. La Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, adoptada en 2015 por 193 de sus miembros, contiene diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible²², donde la energía y sus consecuencias sobre el cambio climático cobran una gran importancia. Entre los objetivos se encuentran la garantía de una vida saludable, las medidas urgentes para combatir el cambio climático, la conservación y utilización sostenible de los océanos, mares y recursos marinos, de los ecosistemas terrestres, y de los bosques, la lucha contra la desertificación y la degradación de la tierra, y el freno de la pérdida de diversidad biológica. La industria energética está implicada en todos esos objetivos y puede contribuir decididamente a alcanzarlos: por ejemplo, en la disminución de la contaminación urbana, en la reducción de emisiones de GEI, en la eliminación de la contaminación de los mares, en el empleo sostenible de la biomasa, en la generación sostenible de biocombustibles, etc. El Objetivo número 7 se refiere a la necesidad de asegurar que todos tengan acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna. En el centro de esta década se encuentra un desarrollo trascendental para el futuro de la energía en España, la UE y el mundo, cual es el Acuerdo de París de 2015²³, adoptado en el

²⁰ DOUE L 257, de 25 de octubre de 2003.

²¹ *Declaración del Milenio* de 13 de septiembre de 2000, Resolución aprobada por la Asamblea General, UN Doc. A/Res 55/2 (2000).

²² *Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 25 de septiembre de 2015, UN Doc. A/Res/70/1.

²³ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Conferencia de las partes, Decisión 1/CP.21, Aprobación del Acuerdo de París, el 12 de diciembre de 2015 (FCCC/CP/2015/10/Add.1).

marco de la UNFCCC, donde la descarbonización se convierte en la primera y prioritaria política de los Estados signatarios.

Durante estos años, la UE diseñó en 2015 una nueva política energética, con el nombre de Unión de la Energía (*Energy Union*, en inglés)²⁴, dentro de la cual se propuso y aprobó un ambicioso paquete normativo (el paquete de invierno o cuarto paquete), con el lema *Clean Energy for All Europeans*. La nueva Comisión Europea surgida de las elecciones de 2019 promovió un *Pacto Verde Europeo*, donde la descarbonización es también la prioridad. En estos años, España aprobó la LSE de 2013, que contribuyó a poner fin y a encauzar la grave situación financiera del sector eléctrico español e inaugurar un nuevo sistema de promoción de las renovables. El sistema anterior, sujeto a tantos cambios, provocó una cascada de demandas en foros internacionales de arbitraje. La segunda parte de la década estuvo en España sujeta a inestabilidad política, pero en esos años se creó el Ministerio para la Transición Ecológica y se atribuyeron a la CNMC competencias que tradicionalmente habían estado en manos del Gobierno.

Como consecuencia de los procesos acaecidos en estos últimos cincuenta años, nace el moderno derecho de la energía²⁵. Uno de los frutos de esos desarrollos es el consenso existente acerca de la necesidad de una transición energética hacia un sistema donde el aprovisionamiento no descansa en la combustión de combustibles fósiles. Esa transición va a ser facilitada por un conjunto de nuevas tecnologías. En el futuro, la descarbonización va a ser el objetivo preeminente, junto con la digitalización. De ambas cosas se seguirá una descentralización del sistema energético, así como otras consecuencias jurídicas.

6. DERECHO DE LA ENERGÍA Y REGULACIÓN DE LA ENERGÍA

La expresión «regulación» tiene una multiplicidad de sentidos. En sentido amplio (sin adjetivos), en cuanto dirección del sistema energético hacia un suministro seguro, eficiente y sostenible de energía, todo o la mayor parte del derecho de la energía sería de naturaleza regulatoria. Se cumpliría así en el energético una de las características principales del derecho público contemporáneo, su función directiva. Desde esa perspectiva, el derecho de la energía consiste en la traslación a las normas del ordenamiento jurídico de un conjunto de objetivos de política energética.

²⁴ *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.

²⁵ Un estudio muy completo de los contenidos de ese derecho, en A. J. Sánchez Rodríguez (ed.) (2019), *Manual de Derecho y Mercado de la Energía*, Valencia: Tirant lo Blanch.

En una acepción reducida, la regulación (como regulación económica) es el sustituto de la competencia ante situaciones de monopolio natural, para que las empresas que disfrutaban de esa posición operen como si hubiese competencia. Esto explica que tanto la LSE como la LSH distingan entre unas actividades liberalizadas y unas reguladas. En este sentido restringido, la regulación económica es solo una parte del derecho de la energía, bien que la parte más importante y de mayor trascendencia económica. La regulación se referiría a las autorizaciones necesarias, el acceso a la red, la separación de actividades, la retribución de las redes... En 2019 se inauguraron en España las potestades más intensas de la CNMC en materia de regulación económica, mediante la aprobación de un conjunto de circulares (peajes de electricidad y de gas, acceso y conexión a las redes, tasas de retribución del transporte y la distribución...)²⁶. Los principios de la buena regulación no son, propiamente, principios específicos del derecho de la energía, sino principios exigibles en toda regulación, también en la regulación energética.

III. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA ENERGÍA

La determinación de cuáles son los principios del derecho de la energía contribuye a la comprensión de cómo se ha diseñado y desarrollado este sector del derecho, en respuesta a diferentes circunstancias históricas y geopolíticas. Los principios del derecho de la energía constituyen el *telos* del sistema energético, de manera que se erigen en criterios para enjuiciar la justicia del sistema y del derecho que lo rige²⁷. A diferencia de lo que ocurre en el derecho del medio ambiente y en el derecho del cambio climático, no existen todavía unos principios definidos y comúnmente aceptados en el ámbito del derecho de la energía.

1. UNA ACLARACIÓN PREVIA. PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO, PRINCIPIOS DE LA BUENA REGULACIÓN Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA ENERGÍA

Los principios del derecho de la energía son principios que informan y guían el sistema energético y que, incorporados de muy diversas formas al ordenamiento jurídico, deben ser tenidos en cuenta por las distintas instancias públicas con responsabilidades (gobiernos y regulador), así como por todos

²⁶ Tales potestades le fueron conferidas a la CNMC por el Real Decreto Ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario (BOE, 11, de 12 de enero de 2019).

²⁷ M. J. Sandel (2016), *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Barcelona: Penguin Random House, en particular págs. 209-235.

los sujetos de los subsistemas energéticos (electricidad e hidrocarburos). Son distintos de los principios característicos del derecho público. El derecho de la energía debe responder a las exigencias derivadas de los principios constitucionales, como cualquier otra rama del ordenamiento y, de modo principal, a los del art. 9, 3, de la CE (principios de legalidad, jerarquía, publicidad...). Esos principios constitucionales no son específicos del derecho de la energía. El art. 103 de la CE y las leyes administrativas (particularmente las de régimen jurídico y de procedimiento) mencionan numerosos principios de la actuación de la Administración, del ejercicio de variadas potestades (como la sancionadora) y de la buena regulación²⁸. Tampoco se trata de principios específicos del derecho de la energía, pero deben observarse en su integridad cuando las Administraciones públicas ejercitan sus potestades en el sector energético. En ocasiones, las leyes energéticas extienden la aplicación de esos principios a todos los sujetos, tanto a las empresas y consumidores que participan en los distintos mercados como a la Administración pública, incluyendo aquí al organismo regulador. Por ejemplo, el principio de transparencia, tan relevante en el derecho administrativo, tiene su acomodo en la LSE que persigue adecuar el suministro de electricidad al principio de transparencia²⁹ (específicamente, el principio debe regir el mercado de producción eléctrica³⁰), y en la LSH, pues a ese principio deben sujetarse las actividades destinadas al suministro de hidrocarburos líquidos y gaseosos³¹. Los principios del derecho de la energía no son los mismos que los principios de la buena regulación. Mientras que los primeros son principios emergentes del propio sistema energético (que el ordenamiento jurídico ha hecho suyos), los segundos constituyen derivaciones del Estado de derecho en su aplicación a la regulación. Los principios de la buena regulación se exigen a las Administraciones públicas en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, y son los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

El análisis que se contiene en estas páginas sobre los principios del derecho de la energía no versa sobre esos principios del derecho público, sino sobre los tres principios estructurantes que emergen del propio sistema energético y que están recogidos en el derecho de la UE y en el derecho español. Dicho lo anterior, es necesario subrayar cuán relevantes y trascendentales son los principios esenciales del derecho público para la práctica del derecho de la energía. En el

²⁸ Por ejemplo (entre otros muchos), arts. 55, 1 y 71, 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y arts. 3, 4, y 140 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (ambas leyes en *BOE*, 236, de 2 de octubre de 2015).

²⁹ Art. 1, 1, de la LSE.

³⁰ Art. 11, 6, de la LSE.

³¹ Art. 1, 3, de la LSH.

sistema español de justicia administrativa, las cuestiones debatibles más difíciles e intrincadas del derecho de la energía van a resolverse frecuentemente mediante el recurso a principios elementales jurídico-públicos, tales como el principio de audiencia en la elaboración de las disposiciones generales, el principio de jerarquía, etc.

2. PRINCIPIOS ESTRUCTURANTES DEL DERECHO DE LA ENERGÍA

En las normas energéticas existen variados y numerosos principios, pero tres de ellos merecen el nombre de estructurantes o fundantes, porque responden a necesidades originarias del suministro de energía, están universalmente reconocidos y son atemporales. Si los principios del derecho de la energía son los principios que guían o rigen este sector del ordenamiento, estos tres son los principales: se trata de los principios de seguridad del suministro, de eficiencia económica y de sostenibilidad medioambiental. No todos los principios son iguales, pues.

Puede decirse que estos tres son los verdaderos principios del derecho de la energía. La mayoría de los demás principios identificables o designados como principios por el ordenamiento jurídico no son sino conceptos jurídicos indeterminados o son derivaciones de estos principios estructurantes o son derechos subjetivos³². A veces son denominados como criterios³³, como cuando la LSE afirma que «para las actividades con retribución regulada, la ley refuerza y clarifica *los principios y criterios* para el establecimiento de los regímenes retributivos»³⁴. Hay así una cierta confusión entre principios, conceptos, criterios, cánones y pautas.

³² La LSE habla del *principio de acceso de terceros a las redes* y del *principio de separación jurídica de actividades* (exposición de motivos, I, párrafo 3º, y art. 34, 5, de la LSE). Sin embargo, ni uno ni otro son principios. El acceso de terceros (distintos del propietario) no es un principio, sino tanto un derecho que se confiere a determinados sujetos (comercializadores y CDM) como una obligación que se impone a los propietarios de las redes de transporte y distribución. Y la separación de actividades es una obligación que, con detalles concretos, se impone sobre las empresas que actúan en el sector eléctrico.

³³ Por ejemplo, el transportista debe garantizar el desarrollo y ampliación de la red de transporte ejecutando la planificación de la red de transporte aprobada, asegurando el mantenimiento y mejora de una red configurada bajo «criterios homogéneos coherentes y de mínimo coste»: art. 36, 3, letra f, de la LSE.

³⁴ Exposición de motivos, II, párrafo 12º, de la LSE. De acuerdo con su art. 36, 3, letra f, el transportista debe garantizar el desarrollo y ampliación de la red de transporte ejecutando la planificación de la red de transporte aprobada, asegurando el mantenimiento y mejora de una red configurada bajo «criterios homogéneos coherentes y de mínimo coste»: art. 36, 3, letra f, de la LSE.

En la medida en que los principios recogidos en las leyes energéticas traducen una determinada política energética, en esa misma medida son contingentes, pues dentro del marco constitucional caben políticas energéticas diferentes. Sin embargo, los tres principios estructurantes no son meras opciones de política legislativa, sino que le vienen impuestos al legislador por las exigencias del propio sistema energético. Son principios permanentes, no temporales (por ejemplo, el sistema energético deberá seguir luchando por ser sostenible medioambientalmente, incluso cuando se alcance la neutralidad carbónica). En esa condición están reconocidos por normas internacionales, europeas y españolas.

La normatividad de los principios no deriva de su incorporación a las normas escritas, sino de su reconocimiento como axiomas en la comunidad jurídica. La tendencia consiste en incorporar los principios a las normas, pero esa tendencia no debe oscurecer el origen de su normatividad, la cual procede —en el caso de los principios energéticos— de que condensan necesidades sentidas de modo universal en la organización de los sistemas de energía. Es decir, su normatividad jurídica procede de su normatividad sistémica, como elementos definidores del sistema. La normatividad deriva de que el ordenamiento ha descubierto, en diálogo con el sistema energético, que la satisfacción de la justicia energética se consigue con el reconocimiento y/o incorporación al derecho positivo de los principios sobre los que descansa el sistema energético. Estos tres principios son los auténticos porque son los que orientan el sistema energético: orientan la acción de los poderes públicos para que el sistema pueda alcanzar los fines que le son propios, así como la acción de los sujetos privados (empresas y particulares), y orientan el juicio de quienes deben controlar (también jurídicamente) la acción de los sujetos del sistema.

Los principios de derecho de la energía son designados, en ocasiones, como principios-guía o *guiding principles*, en inglés³⁵. La expresión podría traducirse como principios orientadores (u orientativos), principios directivos, principios conductores o principios-guía. La expresión de la Constitución española, *principios rectores*, pudiere ser también una traducción, pero lo cierto es que el verbo *regir* tiene una intensidad semántica mayor que *guiar*. Los principios rectores de la Constitución española de 1978 no consisten en una mera guía, pues aunque no configuran (por lo general) derechos subjetivos, contienen deberes impuestos

³⁵ Los principios de derecho de la energía deben actuar como una «guía» para diseñadores de políticas energéticas (*policymakers*), académicos, abogados, jueces y árbitros, a la hora de adjudicar, hacer cumplir, realizar o formular documentos, normas, regulaciones, sentencias, etc., en derecho de la energía. En ocasiones, la expresión *guiding* se utiliza para indicar la ausencia de obligatoriedad: en relación con los objetivos contenidos en el TFUE se afirma que el derecho secundario ha convertido esos *political goals into binding commitments*: R. J. Heffron, A. Rønne, J. P. Tomain, A. Bradbrook y K. Talus (2018: 44 y 47).

sobre los poderes públicos o mandatos dirigidos al legislador³⁶. Algunos principios rectores de la CE están relacionados directamente con la energía³⁷.

2.1. Principio de seguridad del suministro

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.

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 den 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)³⁸. La LSE tiene por obje-

³⁶ Los principios-guía (*guiding principles*) son algo distinto de los principios y/o directrices del *soft law* a pesar de que en lengua inglesa la expresión *guiding principles* no está muy lejos de la expresión *guidelines*. La manifestación más clara del *soft law* en el derecho de la energía de la UE son las *Directrices* (o *guidelines*), que se adoptan en el seno de los *Gas and Electricity Regulatory Fora*. El proceso normal es que esas directrices no vinculantes de los *Fora* terminen por incorporarse a un reglamento, de manera que dejan de ser no vinculantes (*soft law*), para convertirse en vinculantes (*hard law*). Es el caso de las directrices contenidas en el RE y en el RG. Incorporadas a esas normas, las directrices gozan de las características de los reglamentos europeos (art. 288 del TFUE). Sobre el *soft law* en la Unión Europea, véase R. Alonso García, R. (2001), «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública*, 154, págs. 63-94.

³⁷ Según se expone en los lugares pertinentes: véase epígrafes III, 2.2.1 y 2.3.2.

³⁸ El 28 de octubre de 2016, la Comisión adoptó la Decisión C (2016) 6950 final, por la que se modificaron las condiciones establecidas en una decisión anterior (adoptada con fundamento en las 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*

tivo establecer la regulación del sector eléctrico con la finalidad de garantizar la seguridad del suministro de energía eléctrica³⁹. En la LSH, la seguridad del suministro tiene igualmente gran importancia en variados aspectos, como las obligaciones de mantener existencias mínimas de seguridad (petrolíferas y gasistas) y la diversificación de aprovisionamientos⁴⁰.

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* anglonorteamericana y que se expresa también como confiabilidad (*reliability*).

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

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*⁴¹. Eso es algo distinto del mero acceso a la energía, porque incluye el alumbrado, la refrigeración, el aire acondicionado, la cocina y el transporte (entre otros), y porque implica el acceso a una energía limpia o sostenible. 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 moderna⁴². La organización internacional Sustainable Energy for All (SEforALL) trabaja para que ese objetivo se consiga más rápidamente⁴³.

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.

³⁹ Art. 1, 1, de la LSE.

⁴⁰ Arts. 98 a 101 de la LSH.

⁴¹ The United Nations Development Programme, The United Nations Department of Economic and Social Affairs, and the World Energy Council (2000), *World energy assessment: energy and the challenge of sustainability*, United Nations Development Programme, Nueva York, disponible en D:/datos/descargas/World%2520Energy%2520Assessment-2000.pdf.

⁴² Véase el epígrafe I, 3, período 2010-2020 y nota 21.

⁴³ www.seforall.org.

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. Uno de los enganches constitucionales de la seguridad del suministro está en el art. 51 de la CE, que contiene un principio rector de la política económica y social relativo a la defensa de los consumidores, y tanto la LSE como la LSH han incluido una detallada lista de derechos de los consumidores de electricidad y de hidrocarburos.

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 subsahariana. 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 derecho⁴⁴.

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 vehiculizado 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 discriminatorios⁴⁵. La DE tiene por finalidad garantizar que los consumidores

⁴⁴ El derecho a la energía no está reconocido en ningún instrumento jurídico internacional como un derecho humano, tampoco en el derecho español. Mientras ese reconocimiento llega, cabría la posibilidad de ligar el derecho a unos servicios energéticos modernos al derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 de la CE) o al derecho a la protección de la salud (art. 43 de la CE).

⁴⁵ Art. 27 de la Directiva 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).

europeos paguen precios asequibles de electricidad⁴⁶. 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 consumidores⁴⁷.

2.1.2. Principio de resiliencia

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 resilientes⁴⁸.

2.2. Principio de eficiencia económica

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

⁴⁶ Art. 1 de la DE.

⁴⁷ Arts. 9, 28 y 29 de la DE y art. 3 de la Directiva 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio 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).

⁴⁸ Heffron, Rønne, Tomain, Bradbrook y Talus (2018: 46-47).

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 empresa⁴⁹, 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).

El art. 38 de la CE reconoce, como derecho público subjetivo (no como principio rector), 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 solo 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. Este derecho debe poder ejercerse con normalidad en el sector energético español, que está hoy liberalizado y privatizado.

La LSE viene a impulsar el principio de competencia en el sector eléctrico y toda ella tiene por objeto establecer la regulación del sector eléctrico de acuerdo con el principio de eficiencia (en el contexto en que esto se dice resulta claro que se refiere a la eficiencia económica, no a la eficiencia energética). La LSE se refiere expresamente a la eficiencia económica en cuatro ocasiones: a) como una de las causas excepcionales para modificar aspectos puntuales de los planes de desarrollo; b) como un objetivo que ha de incentivarse mediante la retribución de las actividades eléctricas reguladas; c) como principio al que debe sujetar sus funciones el operador del sistema eléctrico; y d) como criterio para la concesión de un permiso de acceso. Las actuaciones de las Administraciones públicas y de los demás agentes de los sistemas eléctrico y gasista están sujetos al principio de sostenibilidad económica y financiera. La libre competencia debe regir específicamente el mercado de producción de electricidad. Bajo el principio de libre competencia han de ejercerse las actividades destinadas al suministro de hidrocarburos líquidos y gaseosos⁵⁰.

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

⁴⁹ Entre otras muchas referencias, véase el considerando 22 del Reglamento 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 [...]».

⁵⁰ Exposición de motivos, II, párrafo 24º, de la LSE y arts. 1,1 y 3; 4, letra c; 14, 2; 33, 2; 13, 1; 11, 6; todos ellos de la LSE y art. 59 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE, 252, de 15 de octubre de 2014).

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. Lógicamente, el carácter libre de actividades energéticas tales como la producción de electricidad o la comercialización de gas y/o electricidad es compatible con la existencia de normas continentales de reglas detalladas sobre el modo de desarrollar esas actividades (sin llegar, sin embargo, a determinar la retribución y/o la rentabilidad de sus activos, que son el núcleo de la regulación).

Desde el año 2013 ha alcanzado relevancia en derecho español el concepto de «empresa eficiente y bien gestionada», inicialmente en materia de retribución de las instalaciones de generación mediante instalaciones de energías renovables, pero hoy también para la determinación de la retribución de las actividades reguladas (art. 14 de la LSE). Se trata de un concepto jurídico indeterminado, traído al derecho español desde la jurisprudencia del TJUE.

2.2.1. Técnicas de equilibrio de la libertad de empresa con (otras) exigencias de interés general. Planificación, regulación y reservas

En la CE de 1978 se abrió 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 ejerce. Estas limitaciones son frecuentes en el derecho de la energía, como la planificación, la regulación o —casi ya inexistentes— las reservas⁵¹.

Establece el art. 38 de la CE que el derecho a la libertad de empresa debe ser protegido de acuerdo con las exigencias, en su caso, de la planificación. 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 mantuvo la planificación vinculante, porque el mercado no proporcionaría siempre las señales económicas a las empresas sobre dónde, cuándo y en qué invertir. Eso explica que los arts. 4

⁵¹ 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 320/2020, de 12 de marzo de 2020 (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, ES:TS:2020:763).

de la LSE y de la LSH contengan previsiones sobre la planificación, particularmente de las redes de transporte⁵². 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*)⁵³.

De acuerdo con el art. 38 de la CE, el derecho a la libertad de empresa debe ser protegido de acuerdo con las exigencias de la economía general. En esas exigencias encuentran su justificación constitucional algunas de las medidas de intervención del poder público en el sector energético. Los poderes de regulación podrían encontrar ahí su justificación, pero existe una justificación más específica en las medidas contempladas en el art. 128 (apdo. 2) de la CE, sin alcanzar las más radicales medidas de la reserva de servicios esenciales o recursos esenciales y de la intervención de empresas. Los servicios energéticos son mayoritariamente servicios esenciales (producción de electricidad, transporte y distribución de electricidad de gas natural, almacenamiento de productos energéticos, distribución de productos petrolíferos, refinerías, etc.) y los minerales de valor energético son recursos esenciales.

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. En los mercados energéticos existen fallos, como los monopolios (en las redes), los oligopolios (mercado de producción de electricidad), posiciones de dominio (como en el suministro de electricidad y gas), las externalidades medioambientales (emisiones de GEI), los costes de transacción (millones de contratos de suministro) y la asimetría informativa (los grupos energéticos disponen de más información que los millones de pequeños clientes). Estos fallos deben ser corregidos mediante la regulación económica que lleva a

⁵² Art. 4 de la LSE y de la LSH.

⁵³ Para los planes decenales de las redes de transporte de electricidad y de gas, véase, respectivamente, el RE y el Reglamento (CE) 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) 1775/2005 (DOUE L 211, de 14 de agosto de 2009).

cabo la CNMC sobre aspectos esenciales de la actividad energética (como las redes). Otras exigencias de interés general explican que el sector energético esté sujeto a una intensa ordenación jurídica.

2.2.2. 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)

La libertad de empresa va acompañada del reconocimiento del derecho a la propiedad privada (art. 33 de la CE), 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. Otra expresión de la función social de la propiedad privada se encuentra en el apdo. 1 del art. 128 de la CE, a cuyo tenor «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general».

Así como la regulación energética (y las decisiones más extremas de la reserva de servicios energéticos esenciales y la intervención de empresas energéticas), en cuanto excepción y modulación a la libre competencia, tiene su cobertura constitucional en los arts. 38 y 128 de la CE, el derecho a la propiedad privada tiene su polo opuesto en el reconocimiento de la constitucionalidad de la existencia de bienes de dominio público, que no son susceptibles de apropiación privada, como establece el art. 132 de la CE. La ubicación del precepto dentro del título constitucional relativo a la economía y hacienda expresa el significado del dominio público, no solo como propiedad pública, sino como *bien público* en sentido económico.

El art. 132 de la CE establece que son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. El art. 3 (apdos. 2 y 3) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas⁵⁴, reitera y detalla esa previsión constitucional (añade las aguas interiores, y el lecho y el subsuelo del mar territorial). Estos espacios marítimos son relevantes para el derecho de la energía, porque suele haber abundantes recursos petrolíferos y gasistas en ellos, aunque no en los españoles. El art. 2, 1, de la LSH establece que tienen la consideración de bienes de dominio público estatal los yacimientos de hidrocarburos y almacenamientos subterráneos existentes en el territorio del Estado y en el subsuelo del mar territorial y de

⁵⁴ BOE, 181, de 29 de julio de 1988. Véase la Ley 10/1971, de 4 de enero, sobre el mar territorial (BOE, 7, de 8 de enero de 1977) y la Ley 15/1978, de 20 de febrero, sobre zona económica (BOE, 46, de 23 de febrero de 1978).

los fondos marinos que estén bajo la soberanía del Reino de España conforme a la legislación vigente y a los convenios y tratados internacionales de los que sea parte.

También el art. 2, 1, de la LMi dispone que todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, son bienes de dominio público. Esta previsión se aplica íntegramente a los recursos mineros de la Sección D⁵⁵, que incluye los carbones, los minerales radiactivos, los recursos geotérmicos, las rocas bituminosas y cualesquiera otros yacimientos minerales o recursos geológicos de interés energético que el Gobierno acuerde incluir en esa Sección D, a propuesta del ministro competente, previo informe del Instituto Geológico y Minero de España.

La institución del dominio público es una expresión española 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 apdo. 1 de ese precepto no pueden afectar al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos⁵⁶.

2.2.3. Eficiencia económica y digitalización

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)⁵⁷, la generación flexible, la interconexión y la activación del papel del consumidor en el sistema.

⁵⁵ Sección creada por la Ley 54/1980, de 5 de noviembre, de modificación de la Ley de Minas, con especial atención a los recursos minerales energéticos (*BOE*, 280, de 21 de noviembre de 1980).

⁵⁶ El principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales fue proclamado por la Resolución 1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1962, de la Asamblea General de Naciones Unidas y recogida en otros variados instrumentos internacionales.

⁵⁷ 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>.

2.3. Principio de sostenibilidad medioambiental

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). Se trata de un principio insertado también en nuestro derecho, pues el art. 45, 1 de la CE reconoce el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado. La LSE afirma que sus objetivos han de alcanzarse dentro de los principios de protección medioambiental de una sociedad moderna.

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, ni ha evolucionado tanto como los dos primeros. Tanto el derecho medioambiental como el derecho del cambio climático, han desarrollado algunos principios (en parte, coincidentes) que han sido incorporados a los ordenamientos internacional, europeo y nacional 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 del derecho de los recursos naturales⁵⁸, pero debe defenderse la sustantividad propia del derecho de la energía. Sin embargo, es lógico que la regulación energética vaya de la mano con la medioambiental y la climática.

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

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.

⁵⁸ R. Salter, C. G. González y E. A. Kronk Warner (2018), «Energy justice: frameworks for energy law and policy», en R. Salter, C. G. González y E. A. Kronk Warner (eds.), *Energy Justice. US and international perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar, págs. 1-11.

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)⁵⁹. 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.

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)⁶⁰, 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*. Destacan, en materia de sostenibilidad medioambiental, el Reglamento de Gobernanza⁶¹ (transido todo él de la necesidad de una estrategia para la neutralidad carbónica en 2050), dos nuevas directivas en materia de eficiencia energética⁶², y la Direc-

⁵⁹ Véase el epígrafe I, 3, período 2010-2020.

⁶⁰ *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.

⁶¹ Reglamento 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.

⁶² Directiva 2018/844/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética: DOUE L 156, de 19 de junio de 2018 y la Directiva 2018/2002/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo,

tiva en materia de renovables, que establece una cuota de al menos un 32% de energías renovables en 2030⁶³. La nueva Comisión Europea surgida de las elecciones de 2019 promovió un *Pacto Verde Europeo*, donde la descarbonización es también la prioridad⁶⁴ y donde se anunciaba, para marzo de 2020, una Ley del Clima, para que quede consagrado legislativamente el objetivo de la neutralidad climática.

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

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). La plasmación normativa de este principio en derecho español se encuentra en el art. 45, 2, de la CE, que incluye como principio rector la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. La referencia a la explotación racional debe hoy ser leída también como explotación sostenible. Esta *relectura* de la CE es legítima cuando se relaciona el principio rector con el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y con el art. 10, 2, de la CE, que impone la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la CE reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

2.3.3. La descentralización y empoderamiento del consumidor

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

de 11 de diciembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética: DOUE L 328, de 21 de diciembre de 2018.

⁶³ Art. 3, 1, de la Directiva 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 (versión refundida): DOUE L 328, de 21 de diciembre de 2018.

⁶⁴ *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 (eds.) (2019), *Legal pathways to deep decarbonization in the United States*, Washington: Environmental Law Institute.

el sentido de 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 competencias 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. 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.

3. LA OPERACIÓN CONJUNTA DE LOS TRES PRINCIPIOS. DILEMAS Y TRILEMAS

Constituye una *communis opinio* entre los especialistas que el sistema energético debe satisfacer tres finalidades esenciales: la seguridad, la eficiencia económica y la sostenibilidad. La seguridad no fue un invento de los soviéticos, que llenaron el país de centrales eléctricas sucias y baratas, con capacidad de generación muy superior a la demanda; ni la eficiencia económica fue una imposición ideológica de la fiebre neoliberal, para llenar las arcas de grandes corporaciones; ni la sostenibilidad es una variación del nuevo milenarismo medioambiental de grupos ecologistas. Al contrario, son objetivos-principios universales de todo sistema energético y deben ser implementados conjunta y armoniosamente. Los diseñadores de la política energética, los reguladores y cuantas autoridades tengan alguna responsabilidad sobre la energía deben tener en cuenta estos principios y sus exigencias, de modo equilibrado. Su

aplicación genera ineludibles tensiones que conducen a dilemas, por ejemplo, entre la eficiencia económica y la seguridad (la apertura de la infraestructura al uso general por terceros puede poner en riesgo la necesaria inversión en las redes), o entre la eficiencia económica y la sostenibilidad (la generación mediante carbón puede resultar más barata que la generación mediante energías renovables) o entre la seguridad y la sostenibilidad (la energía nuclear proporciona energía base segura durante todas las horas del año, pero genera unos residuos potencialmente muy dañinos). Ante un dilema, debe maximizarse alguno de los tres principios, a costa de los otros dos, pero sin llegar al punto de prescindir completamente de la influencia del principio modulado o preterido.

En los últimos años el World Energy Council ha extendido la aceptación de un trilema energético⁶⁵. La sostenibilidad energética se define por tres dimensiones principales: la seguridad energética, la equidad energética y la sostenibilidad medioambiental. La seguridad energética implica la gestión efectiva del suministro de energía primaria a partir de fuentes domésticas y exteriores de energía, la confiabilidad de la infraestructura energética y la habilidad de los suministradores para atender la demanda presente y futura. La equidad energética consiste en la accesibilidad y asequibilidad del suministro de energía para toda la población. La sostenibilidad medioambiental abarca el logro de eficiencias en la oferta y la demanda y el desarrollo de suministros energéticos a partir de energías renovables y de otras energías bajas en carbono. Sin embargo, lo que el World Energy Council llama trilema no constituye un verdadero trilema, porque las exigencias de contenidos de cada uno de los principios no están potencialmente contrapuestas. No es tanto un trilema cuanto una tríada de principios.

4. OTROS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA ENERGÍA

Existen otros varios principios específicos del derecho de la energía, plasmados en las leyes energéticas en cuyo análisis no podemos detenernos ahora. Se trata, por ejemplo, de los principios de transparencia y objetividad⁶⁶, no discriminación⁶⁷, publicidad⁶⁸, independencia⁶⁹, reciprocidad⁷⁰ y un conjunto de principios retributivos, como el principio de sostenibilidad económica y

⁶⁵ World Energy Council, *World Energy Trilemma Index 2018*, en trilemma.worldenergy.org.

⁶⁶ Art. 1, 1, de la LSE y art. 1, 3, de la LSH.

⁶⁷ Art. 8, 1, segundo párrafo, de la LSH y art. 53, 6, de la LSE.

⁶⁸ Arts. 70, 2, y 76, 3, ambos de la LSH, y arts. 33, 11 y 41, 2 (en relación con el art. 33, 11), ambos de la LSE.

⁶⁹ Arts. 64, 1, segundo párrafo, y 65 ter, 1, ambos de la LSH y arts. 29, 1, segundo párrafo, y 30, 1, ambos de la LSE.

⁷⁰ Arts. 41, 5 y 70, 1, de la LSH.

financiera⁷¹, de suficiencia⁷², de equilibrio entre ingresos y gastos⁷³, de rentabilidad razonable⁷⁴...

IV. LA JUSTICIA ENERGÉTICA

La discusión acerca del concepto y contenido de justicia energética ha cobrado relevancia en la última década, al rebufo de la importancia que ha adquirido la justicia medioambiental. Se habla de la justicia energética en ambientes académicos desde 2013⁷⁵, como un movimiento moral y filosófico. El derecho de la energía es distinto de la justicia energética, en el mismo sentido que la justicia es algo distinto del derecho. Existen aspiraciones colectivas, reflejadas en los principios de la justicia energética, ideales o valores que el derecho se ha de esforzar por conseguir. Los principios del derecho de la energía son más concretos y deberían tratar de traducir las exigencias de la justicia energética al derecho positivo. El derecho de la energía contiene las técnicas para alcanzar la justicia energética, por eso debe ser objeto de constante evaluación, para reformarlo y así mejor permita la implantación de la justicia energética. En definitiva, el análisis de las exigencias de la justicia energética debería mejorar el derecho de la energía, para facilitar la realización de acciones afirmativas e integrar decididamente en el ordenamiento la preocupación por el bien común⁷⁶.

Hay cuatro principales tipos de justicia energética (además, por supuesto, de la justicia conmutativa): la distributiva, la procedimental (o participativa), la correctiva (o restaurativa) y la de reconocimiento o social. La distributiva consiste en la equitativa distribución de las cargas y los beneficios de las actividades energéticas, un ideal cuyo principal reto es la pobreza energética. La justicia procedimental reconoce el derecho de los individuos y de las comunidades a las que pertenece a participar en los procesos de decisión sobre las infraestructuras energéticas. Ese derecho incluye la participación pública del art. 105 de la CE, pero es más amplio, pues promueve una consulta más detallada y postula un principio de aceptabilidad pública. La justicia restaurativa implica el cumplimiento equitativo de las normas energéticas, así como el derecho de acceso a remedios jurídicos

⁷¹ Art. 13, 1, de la LSE y art. 59 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre (véase la nota 71).

⁷² Exposición de motivos, III, párrafo 4º y art. 13, 4, ambos de la LSE y art. 59, 4, de la Ley 18/2014 (véase la nota 71).

⁷³ Exposición de motivos, III, párrafo 4º, de la LSE y art. 59, 5 de la Ley 18/2014. Véase la nota 71.

⁷⁴ Art. 14, 7 de la LSE y art. 92, 1, párrafo 5º, de la LSH.

⁷⁵ R. J. Heffron y D. McCauley (2018), «What is the 'Just Transition'?', *Geoforum*, 88, págs. 74-77; y B. K. Sovacool y M. H. Dworkin (2014), *Global Energy Justice. Problems, Principles, and Practices*, Cambridge: Cambridge University Press.

⁷⁶ Sandel (2016: 190-208 y 277-304).

cuando los derechos han sido violados. La justicia de reconocimiento significa que las injusticias energéticas no pueden ser separadas de otros males sociales, tales como la pobreza o la dependencia, cuyo origen está en la raza, la etnia, el sexo u otras consideraciones, y exige que se tengan en cuenta en la adopción de decisiones energéticas⁷⁷. En definitiva, la justicia energética persigue la protección y fomento de los derechos humanos en el sector energético.

Es preciso un juicio moral sobre los sistemas energéticos a la luz de la justicia energética, en el ámbito nacional e internacional. Por ejemplo, a la luz de la pobreza energética y de la minimización de los impactos medioambientales acumulados. La justicia energética se hace descansar sobre ocho principios principales: disponibilidad, sostenibilidad, asequibilidad, proceso debido (*due process*), transparencia y dación de cuentas, equidad intrageneracional, equidad intergeneracional y responsabilidad⁷⁸.

V. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA ENERGÍA Y LA COVID-19

Tras el desencadenamiento de la pandemia, podría parecer que el edificio jurídico, institucional y regulatorio levantado en el campo de la energía en los últimos cincuenta años se derrumba. Es evidente que la crisis impondrá cambios, pero acontecerán (deberían acontecer) dentro de las coordenadas que trazan los tres principios estructurantes de seguridad, eficiencia (económica) y sostenibilidad. Son principios existentes en cualquier sistema energético, amén de que sean referibles a principios y derechos constitucionales. En otras palabras, los cambios se deberían llevar a cabo dentro de unas pautas ya establecidas, pero no debieran generar la desfiguración del sistema, ni mucho menos su desaparición. El sistema energético sigue respondiendo a las exigencias de esos tres principios y en el futuro la regulación deberá adoptar decisiones que prioricen o maximicen una de esas tres exigencias a costa de las otras dos, pero sin convertir en irreconocible aquellas características que resulten moduladas.

La propagación de la COVID-19 y los consiguientes confinamientos de la población y paralización de la actividad económica tuvieron como primer efecto un espectacular descenso de la demanda de energía. En el ámbito de la industria del petróleo, la caída en picado del precio del barril de petróleo en los mercados internacionales provocó que cotizase, por primera vez en la historia, a valores negativos entre el 20 y el 21 de abril de 2020, de manera que los productores recibirían dinero por no colocar más petróleo en el mercado. El descenso de demanda de energía tuvo un efecto positivo sobre el medio ambiente, cual fue la reduc-

⁷⁷ A. McHarg (2020), «Energy justice: understanding the “ethical turn” in energy law and policy», en I. del Guayo, L. Godden, D. N. Zillman, M. F. Montoya y J. J. González (eds.) (2020), *Energy Justice and Energy Law*, Oxford: Oxford University Press, págs. 31-47.

⁷⁸ R. Salter, C. G. Gonzalez y E. A. Kronk Warner (2018: 1-11).

ción de emisiones GEI. La disminución de la demanda conllevó la reducción de la producción eléctrica, lo cual, unido a la drástica reducción del transporte (terrestre, marítimo y aéreo), redujo notablemente la contaminación de la atmósfera, por la reducción de emisiones de GEI. El año 2020 va camino de ser el año de mayor caída de la historia de emisiones de CO₂ (un 5% de los GEI de los gases de 2019). Sin embargo, el efecto de reducción de los GEI no puede reputarse como globalmente positivo sobre el sistema energético, dado el incuantificable daño que infligió a la eficiencia económica.

La pandemia exacerbó el principio de seguridad, el primero de los principios estructurantes. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19⁷⁹ (en adelante, RDA), habilitó a las autoridades competentes delegadas para adoptar las medidas necesarias para garantizar el suministro de energía eléctrica, de productos derivados del petróleo, así como de gas natural, de acuerdo con lo previsto en la LSE y la LSH⁸⁰.

El RDA obliga a los operadores críticos de servicios esenciales a adoptar las medidas necesarias para asegurar su prestación⁸¹. La normativa española sobre infraestructuras críticas no menciona ninguna concreta infraestructura, ni siquiera se refiere a la energía, pero es evidente que determinadas infraestructuras energéticas son infraestructuras críticas (y sus operadores son operadores críticos). Esa normativa constituye una transposición de una directiva europea de 2008, que expresamente establece que sus previsiones se aplican a determinadas infraestructuras energéticas⁸². En todo caso, el RDA impone la obligación de adoptar medidas, también a las empresas y los proveedores que, no teniendo la consideración de críticos, son esenciales para asegurar el abastecimiento de la población y los propios servicios

⁷⁹ *BOE*, 67, de 14 de marzo de 2020.

⁸⁰ Art. 17, que remite al art. 7 de la LSE y a los arts. 49 y 101 de la LSH.

⁸¹ Art. 18 del RDA, que remite a la Ley núm. 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de infraestructuras críticas (*BOE*, 102, de 29 de abril de 2011). Fue desarrollada por el Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección de las infraestructuras críticas (*BOE*, 121, de 7 de mayo de 2011). El art. 4, 3, recuerda que el Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas tiene, de acuerdo con la normativa vigente en materia de secretos oficiales, el carácter de secreto (conferido por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007).

⁸² Infraestructuras e instalaciones de generación y transporte de electricidad, en relación con el suministro de electricidad, infraestructuras de producción de petróleo, refino, tratamiento, almacenamiento y distribución por oleoductos, e instalaciones de producción de gas, refino, tratamiento, almacenamiento y transporte por gasoductos: Anexo de la Directiva 2008/114/CE del Consejo de 8 de diciembre de 2008 sobre la identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección (*DOUE L* 345, de 23 de diciembre de 2008).

esenciales. La esencialidad es característica no sólo de las infraestructuras críticas de energía, sino también de otras infraestructuras energéticas.

El suministro de productos petrolíferos tiene el carácter de esencial, como lo ilustra el propio RDA, donde la circulación de vehículos particulares por vías o espacios de uso público se pudo realizar para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio; de la suspensión decretada de la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, quedaron exceptuados los establecimientos comerciales minoristas de combustible para la automoción⁸³.

Tras el RDA, el Gobierno reguló los suministros de energía, en los Reales Decretos Leyes, 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, y 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la COVID-19⁸⁴. El primero adoptó las siguientes medidas en su art. 4: a) durante el mes siguiente a su entrada en vigor, los suministradores de energía eléctrica y gas natural no pudieron suspender el suministro a aquellos consumidores en los que concurriese la condición de consumidor vulnerable, vulnerable severo o en riesgo de exclusión social definidas; b) prorrogó de forma automática hasta el 15 de septiembre de 2020 la vigencia del bono social para aquellos beneficiarios a los que les venciese con anterioridad; c) suspendió la vigencia de varios preceptos relativos a los sistemas de actualización de precios regulados, concretamente relativos a gases licuados del petróleo y la tarifa de último recurso de gas natural.

El segundo real decreto ley adoptó las siguientes medidas: a) confirió el derecho al bono social a aquellos trabajadores autónomos que hayan cesado su actividad o hayan visto reducida su facturación como consecuencia de la COVID-19, con un máximo de seis meses; b) mientras esté en vigor el estado de alarma, no puede suspenderse el suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo, incluidos los gases manufacturados y los gases licuados del petróleo, gas natural y agua a los consumidores personas físicas en su vivienda habitual, por motivos distintos a la seguridad del suministro, de las personas y de las instalaciones; c) se flexibilizan enormemente los contratos de suministro de electricidad y de gas natural, en relación con su suspensión, modificación, prórroga, cambio de potencia, modificación del caudal, etc.; d) mientras esté en vigor el estado de alarma, los puntos de suministro de energía eléctrica, gas natural, gases manufacturados y GLP por canalización, titularidad de autónomos, pueden solicitar a su comercializador o a su distribuidor la suspensión del pago de las facturas que correspondan a periodos de facturación que contengan días integrados en el estado de alarma, incluyendo todos sus conceptos de facturación⁸⁵.

⁸³ Arts. 7, 3 y 10, 1, respectivamente, del RDA.

⁸⁴ BOE, 73, de 18 de marzo y de 1 de abril de 2020, respectivamente.

⁸⁵ Arts. 28, 29, 42, 43 y 44.

La compensación a favor de los sistemas gasista y eléctrico por la reducción de ingresos derivada de algunas de esas medidas a favor de los autónomos será realizada por los presupuestos generales del Estado. El Real Decreto Ley 11/2020 manda que en las leyes de Presupuestos Generales del Estado que se aprueben tras su entrada en vigor se dote un crédito por el importe equivalente a la reducción de ingresos atribuible al ejercicio anterior, que será transferido a la CNMC, e incorporado de una sola vez, como ingreso, al sistema de liquidaciones de los sistemas eléctrico y gasista gestionado por ese organismo. La reducción temporal que experimenten las comercializadoras de gas o electricidad o las distribuidoras de electricidad o distribuidoras o transportistas de gas natural, por la suspensión de las facturas, puede ser compensada mediante el recurso a los avales contemplados en el art. 29 del Real Decreto Ley 8/2020 u otros avales que se creen con este fin.

Al principio de seguridad responde igualmente la introducción por parte del Real Decreto Ley 8/2020 de un art. 7 bis en la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior⁸⁶, conforme al cual se suspende el régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras, concretamente de las que afectan al ámbito de la energía (el Real Decreto Ley 11/2020 modifica el art. 7 bis).

Del lado de la sostenibilidad, las normas aprobadas durante la alarma tienen una previsión que refuerza ese principio. De acuerdo con la LSE, los permisos de acceso y conexión a las redes eléctricas otorgados antes de su entrada en vigor caducaban si, con anterioridad al 31 de marzo de 2020, no se había obtenido la autorización de explotación de la instalación de generación asociada a tales permisos. Esta fecha límite se vio alterada por la suspensión de plazos prevista en la DA 3ª del Real Decreto 463/2020, conforme a la cual se reanuda el cómputo de los plazos una vez concluido el estado de alarma. Pues bien, el Real Decreto Ley 11/2020 dispuso un plazo adicional de vigencia de esos permisos de dos meses, a contar de la finalización del estado de alarma⁸⁷. La finalidad es proporcionar seguridad tanto a los promotores de los que dependen cuantiosas inversiones imprescindibles para el cumplimiento de los objetivos de penetración de nuevas energías renovables como a los gestores de las redes eléctricas responsables de la concesión de los permisos de acceso y conexión.

La primera reacción del Gobierno español fue garantizar la seguridad del suministro, no solo como aseguramiento de que la energía va a fluir hasta los puntos de consumo, sino también en su aspecto de *asequibilidad*, como suministro con un precio asequible para todos los consumidores (o, incluso, suspendiendo el pago). El Gobierno abordó con cierto equilibrio entre la seguridad y la eficiencia económica las primeras medidas adoptadas en la segunda mitad de marzo de 2020. Sin embargo, el Real Decreto Ley 11/2020, que entró en vigor el primer día de abril, se desbordó por el lado de la seguridad e impuso unos costes

⁸⁶ BOE, 160, de 5 de julio de 2003.

⁸⁷ DF 5ª del Real Decreto Ley 11/2020, que modifica la DA 8ª de la LSE.

elevados sobre las empresas de los tres subsistemas energéticos (eléctrico, gasista y petrolífero), sin la debida redistribución de esa carga y sin la garantía de una compensación suficiente. Los costes derivados de la regulación de los contratos de suministro de electricidad y gas natural y sus correlativos riesgos financieros recaen desproporcionadamente sobre algunas partes del sistema eléctrico (concretamente, los comercializadores). Se trata de la prohibición de suspensión del suministro a todas las personas físicas en su vivienda habitual, de las amplias posibilidades de suspensión del pago de las facturas, del derecho a modificar gratuitamente el contrato y sin respetar los plazos habituales, etc. La imposición de la financiación de estas medidas sobre las empresas del sistema excede evidentemente de aquello que, *prima facie*, podría hacerseles soportar legítimamente. Por el contrario, son necesarias medidas de amortiguación, más allá de las compensaciones presupuestarias (y de otro tipo, como avales) que contemplan los dos reales decretos leyes. La defensa del cumplimiento de los contratos es una de las finalidades esenciales del ordenamiento jurídico, en un Estado de derecho (como la defensa de la competencia y la protección de la propiedad privada). Los Reales Decretos Leyes 8/2020 y 11/2020 tienen una excesiva incidencia sobre la autonomía de la voluntad, que no se aviene con la CE y que pueden estimular el incumplimiento. Debe superarse toda visión trasnochada que sitúe a las empresas energéticas en una dirección distinta a la propia del sistema eléctrico. Muy al contrario, junto con los demás sujetos del sistema eléctrico, las empresas apoyan durante la crisis sanitaria y son agentes principales para la superación de la crisis económica que le seguirá⁸⁸.

La seguridad del suministro se torna en vector particularmente directriz del sistema energético, pues hay que garantizar que todos los ciudadanos tienen la energía que necesitan. Sin embargo, sería un error dismantelar el sistema regulatorio construido en los últimos años, en el aspecto relativo al fomento de la competencia y de la liberalización. Será, sin duda, el momento de afinar las técnicas regulatorias dirigidas a garantizar la eficiencia distributiva o redistributiva, que gozan de amplio y suficiente respaldo constitucional. Cualquier medida que sajase alguno de los elementos nucleares del edificio regulatorio elaborado entre 1997 y 2020 debería ser reputada como excepcional y transitoria, para permitir que el sistema retorne cuanto antes a la libre competencia entre operadores.

Sería igualmente un error pensar que el objetivo de la descarbonización era un lujo propio de una situación de bonanza. Por el contrario, la potenciación del principio de sostenibilidad será recurso más para sortear la crisis, en la medida en que ese nuevo paradigma requiere inversiones, capacidades (formación e i + D + I), nuevos trabajos, etc. Es decir, la salida de la crisis económica no solo no se opone a la descarbonización, sino que exige que se camine aún más decidida-

⁸⁸ P. González (2020), «COVID19: Impacto sobre el sector eléctrico», en <https://www.energynews.es/impacto-del-covid-19-en-el-sector-electrico/>

mente en ese camino⁸⁹. Los ministros de Medio Ambiente y Cambio Climático de diez países europeos (Austria, Dinamarca, España, Finlandia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Holanda, Portugal y Suecia) dirigieron un escrito a la Comisión Europea para expresar que la salida a la crisis económica derivada de la pandemia debe ser verde. La tentación de mantener en funcionamiento centrales baratas de combustibles fósiles debe ser rechazada. Abogan por que el Pacto Verde propuesto por la Comisión antes de la pandemia sea el instrumento para salir de este enorme atolladero. Deben aumentar las inversiones en movilidad sostenible, energías renovables y eficiencia energética para reactivar la economía y generar empleos. A pesar del aplazamiento de la cumbre del clima de Glasgow, los compromisos derivados de la Cumbre de París y su calendario, siguen en pie. El escrito señala que el liderazgo europeo será un ejemplo para otros países, fuera y dentro de la UE y defiende la subsistencia del sistema de comercio de emisiones en la UE. En resumen, abogan por una *reconstrucción económica verde*.

⁸⁹ A. Llardén Carratalá (2020), «Una recuperación sin dejar a nadie atrás», *ABC*, 18 de abril de 2020: «El liderazgo climático de la UE será una de las bases para salir de esta crisis siendo más resilientes y más sostenibles».

