



2. La respuesta europea a la crisis del gas: El *Regulatory Toolbox* y otros desarrollos recientes

La respuesta europea a la crisis del gas: el *Regulatory Toolbox* y otros desarrollos recientes

Carlos Padrós Reig

Catedrático (Ac.) de Derecho Administrativo y Derecho de la UE. UAB

Director Académico CMB

CMB DT 2/2022

Resumen: La construcción europea no ha respondido nunca a un diseño cartesiano preconcebido sino que, por el contrario, el neofuncionalismo UE aboca a una metodología «problem solving» tanto en el campo competencial (Derecho UE — ordenamientos nacionales) como en las concretas políticas públicas (política energética). La integración a través del mercado supone, de añadido, la construcción de un sistema normativo-negativo (aquello que los Estados miembros no pueden hacer) lo que implica un ulterior obstáculo a la anticipación normativa.

La europeización de sectores económicos nacionales y el concepto de servicio de interés general arroja un balance positivo en cuanto a la dimensión intracomunitaria (liberalización y defensa de la competencia atomística), pero carece de la necesaria dimensión externa-global. Ello se presenta como especialmente problemático en sectores sin soberanía de aprovisionamiento, donde la dependencia compromete la estabilidad y seguridad del suministro. Con este paradigma se examina la respuesta europea («regulatory toolbox») y algunas propuestas para superar su carácter intrínsecamente limitado.

Palabras clave: Seguridad del suministro de energía; mercado interior de la energía; integración negativa; regulatory toolbox para la crisis del gas.

Abstract: European integration has never responded to a preconceived Cartesian design but, on the contrary, EU neo-functionalism leads to a «problem solving» methodology both in the field of distribution of powers (EU Law-national legal systems) and in specific public policies (energy). Integration through the market supposes, in addition, the construction of a normative-negative system (what Member States cannot do) which implies a further obstacle to normative anticipation.

The Europeanization of national economic sectors and the concept of services of general interest yields a positive balance in terms of the intra-community dimension (liberalization and atomistic competition), but it lacks the necessary external-global dimension. This is presented as especially troublesome in sectors without supply sovereignty, where dependency compromises stability and security of markets. With this paradigm, the paper examines the European response (regulatory toolbox) and some proposals to overcome its intrinsically limited nature.

Keywords: Energy supply security; energy internal market; negative integration; regulatory toolbox for the gas crisis.

1. Premisa. El mercado como instrumento legal supranacional

No descubrimos nada nuevo si enunciamos que una de las presiones más fuertes que recibe el Derecho público actual es su interacción con las fuerzas de mercado. Ante este mercado, el Derecho se presenta muchas veces como algo entorpecedor y que no responde más que a una captura institucionalizada de las poderosas fuerzas económicas. Por ello, se imponen radicalmente los procesos liberalizadores y desreguladores que pueden suponer una huida del Derecho bien conocida por nuestra doctrina administrativista⁽¹⁾. También como premisa de nuestro análisis, la integración europea se basa principalmente en un mecanismo económico donde la cláusula de mercado único deviene el motor de la integración de los distintos sistemas jurídicos nacionales. Veremos este segundo aspecto en el epígrafe siguiente.

Resulta innegable que entre los principales retos del Derecho administrativo contemporáneo hallamos de una parte la posición del mismo en una situación de interdependencia económica con otros sistemas jurídicos, y, de otra, la transformación de los

(1) DEL SAZ, S. (1994) «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones: Aplausos y críticas». *Revista de Administración Pública*, n.º 133, págs. 57-98; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1996) «Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo» *Revista de Administración Pública*, n.º 140; LINDE PANIAGUIA, E. (1998) «El Derecho administrativo como derecho instrumental versus la huida del derecho administrativo» *Revista del Poder Judicial*, n.º 49, 1998; CHINCHILLA MARÍN, C. (2016) «El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 200, 2016 (Ejemplar dedicado a: El Derecho administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea), págs. 361-383; GARCÍA-ANDRADE, J. (2020) «¿Huida o expansión del derecho administrativo? *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 209, págs. 139-170.

instrumentos de intervención de modo que el Derecho administrativo proteja las instituciones que han de permitir el funcionamiento del mercado.

Existe una asociación muy común entre la liberalización y el Derecho orientado a la protección de la pluralidad y competencia con los mecanismos de mercado. Esta teoría, expresada con vigor por la escuela de pensamiento económico del «*Public Choice*» resulta en realidad una simplificación excesiva del papel del Derecho en la regulación económica. El mercado y el Derecho no sólo no son modos de ordenación social mutuamente excluyentes sino que son complementarios⁽²⁾. Por ello, hoy en día es impensable entender la evolución de los sistemas legales sin atender a sus implicaciones económicas, al igual que es imposible analizar los mercados como si éstos fueran una forma natural de intercambio que precediera al Derecho y a la ordenación social, pues los mecanismos de mercado necesitan de un sustrato legal e institucional para poder desarrollarse.

A pesar de que hayan sido los teóricos de la escuela del «*Public Choice*» los pioneros en identificar la interrelación entre Derecho y economía, su análisis aparece hoy como claramente insuficiente. La liberalización y la desregulación pueden entenderse como un concepto puramente económico o como una dimensión esencial de la organización social. Por ello, mientras que el análisis económico del proceso regulador sitúa la liberalización como opuesta al Derecho, una concepción más cercana al «*New Institutional Economics*»⁽³⁾ encuentra una explicación distinta: la liberalización y la desregulación son procesos de transformación del Derecho administrativo clásico de modo que introducen un neo-intervencionismo administrativo con distintos objetivos y distintas herramientas.

Sin embargo, para la ciencia del Derecho, existe una fuente de desasosiego considerable cuando se considera que la dimensión económica ha superado en gran modo nuestro entendimiento de los sistemas jurídicos como un elemento característico de la soberanía nacional. La interpretación estática de la integración supranacional no resulta un enfoque válido para entender la participación de los Estados en los procesos

(2) KOMESAR, N. (1994) *Imperfect Alternatives. Choosing among Institutions in Law, Economics and Public Choice*, Chicago.

(3) NORTH, D.C. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press; COASE, R. (1998). «The New Institutional Economics», *American Economic Review*, 88(2), pp. 72-74; COASE, R. (1991). «The Institutional Structure of Production», Nobel Prize Lecture PDF, reprinted in 1992, *American Economic Review*, 82(4), pp. 713-719. Más recientemente, WILLIAMSON, O. (2000). «The «New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead». *Journal of Economic Literature*. 38 (3) doi:10.1257/jel.38.3.595.; KEOHANE, ROBERT O. (2020). «Understanding Multilateral Institutions in Easy and Hard Times». *Annual Review of Political Science*. 23 (1): 1–18. doi:10.1146/annurev-polisci-050918-042625

de formación de un orden jurídico europeo. En este último sentido, el complejo proceso europeo utiliza dos mecanismos: la integración positiva y la integración negativa. En lo que refiere al primer mecanismo, la integración de los ordenamientos nacionales requiere de una norma centralizada europea. En el segundo, la integración requiere solo de la eliminación de ciertos obstáculos nacionales.

El reto del Derecho administrativo contemporáneo en conjunción con los procesos económicos reside precisamente en la forma de entender la sociedad. De una parte, la sociedad puede considerarse como un conjunto estable y organizado cuya organización superior (tecnicismo ilustrado) produce la regulación jurídica. De otra parte, y frente a esta visión, se presenta la de la sociedad como conjunto de individuos cuya interacción produce el agregado social (pluralismo)⁽⁴⁾.

«El proceso de mercado en su imagen simplificada opera sin una autoridad central. Constituye un proceso atomístico y el cumplimiento de los resultados sociales resulta invisible. Es decir, la organización social resulta de una infinidad de transacciones entre individuos ninguno de los cuales tiene en cuenta ni la eficiencia ni la mejor asignación de recursos»⁽⁵⁾. El nuevo Derecho europeo se encarga precisamente de establecer el marco jurídico e institucional que pueda permitir este proceso. No se trata pues de establecer las directrices *a priori* en el modelo de intervención sobrerregulador y dominante sino de recrear las condiciones que permitan una organización más flexible y dinámica.

El neo-intervencionismo administrativo expresado en el proceso de desregulación no supone un abandono por parte del Derecho de la ordenación de las actividades individuales. Lo que en realidad se produce es un cambio en las técnicas (re-regulación). Así, por ejemplo, nace un nuevo Derecho administrativo como es el derecho administrativo de defensa de la competencia que sustituye el intervencionismo del Estado por una actividad de vigilancia de la conducta de los operadores (*«surveillance»*). En definitiva, no se produciría una huida del Derecho administrativo sino un cambio en sus técnicas. Achacar estos cambios a un intento de huida del Derecho administrativo (aunque puede ser cierto en algunos casos), revela una cierta miopía en el espectro de análisis. Así lo explica SORIANO GARCÍA cuando dice que:

- (4) GERKEN, L. (1995) «Institution Competition: An Orientative Framework» in Gerken (ed.) *Competition Among Institutions*, London, p. 6. «Individual liberty is not merely one element in the definition of a market economy. It turns out that individual liberty is that ingredient in that definition upon which the success of the market process depends. Individual liberty is not a circumstance in spite of which markets work; it is the crucial circumstance which permits the market process to work», KIRZNER (1992) *The Meaning of Market Process*. Routledge, p. 52.
- (5) KOMESAR, N. (1994) *Imperfect Alternatives. Choosing among Institutions in Law, Economics and Public Choice*, Chicago, p. 98

«Una primera y un tanto burda manera de acercarse a este fenómeno (la desregulación) ha sido la de identificarlo con la pura y dura eliminación de normas. Se ha querido, intencionadamente o por pura ignorancia, formular una equivalencia entre la pura abrogación y la desregulación. Y eso no es cierto. No al menos formulado de esta forma. Por el contrario, en muchas ocasiones ha sucedido más bien lo contrario: que la desregulación ha traído una nueva y más enérgica normación. Así, la desregulación de las rutas y tarifas en el transporte aéreo en Estados Unidos, se ha traducido en una mayor regulación sobre formación de pilotos y sobre seguridad, habiendo disminuido considerablemente el número de accidentes y permitiendo un incremento considerable del uso del avión por los particulares. Todo ello, repetimos, regulando el tema concreto, no limitándose la desregulación a una pura supresión de normas. Lo que sucede es que se trata de una regulación bien distinta y de naturaleza diferente (...) Desde luego, la mayor dosis de libertad que encierran las políticas desreguladoras no implican ni mucho menos eliminación de los poderes del Estado. Todo lo contrario, puede ocurrir que incluso aumenten»⁽⁶⁾.

La teoría liberal de la evolución del Derecho administrativo presenta una visión del modelo de relaciones entre Estado y Sociedad, que se manifiesta en la afirmación del Derecho de propiedad y el carácter subsidiario de la intervención pública, todo ello bajo el prisma de la doctrina del análisis económico del Derecho. La intervención se justifica en tanto sea un instrumento para garantizar los mecanismos de mercado o corregir sus fallos. Frente a esta visión liberal, puede considerarse también la que sostiene que el Derecho es un *prius* del mercado (*metamercado*).

El Derecho es en realidad el que crea el mercado. El mercado no es una institución natural que preexista como organización de la vida social sino que se crea gracias al Derecho. Así, la explicación a la desregulación no se encuentra tanto en eliminar las trabas que el Derecho impone al mercado sino en reformular el paradigma de la defensa del interés general con otros métodos. Se trataría pues de un neo-intervencionismo administrativo que utilizaría el mercado como escenario de la regulación y el Derecho de la competencia como re-regulación de los sectores.

La transformación orgánica de la Administración económica [del reglamentismo ministerial a las Autoridades Nacionales Reguladoras (las «**ANR**»)] puede servirnos como símil. No se pretende arrinconar el Estado y el Derecho, sino todo lo contrario. Hay que modernizarlo y adaptarlo a las nuevas fuerzas de la economía para que éste cumpla eficazmente su función que no es otra que la protección de la libertad y el servicio a los

(6) SORIANO GARCÍA, J.E. (1993) *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*. Bolonia, p. 4.

ciudadanos (nuevo pluralismo). El Derecho, pues, no sólo debe limitar al Estado sino servir a sus fines.

Esta perspectiva justifica que la conclusión del debate sobre la huida del Derecho administrativo culmine con una valoración esperanzadora: es necesaria una reforma y adaptación del Derecho público que nos permita realizar una vuelta al mismo. Hay que modernizar los mecanismos de intervención y las escalas de legitimidad (valor de la gestión técnica independiente por encima de la política), para que la parálisis de las viejas estructuras no obliguen a esa huida del Derecho. Hay que alumbrar nuevas fórmulas jurídicas que permitan cumplir los principios constitucionales del poder público. Este razonamiento rechaza, en definitiva, el régimen de libertad de elección de las formas al tiempo que constata que *«un Estado liberal no puede alojarse en una Administración napoleónica, porque antes o después morirá asfixiado por ésta»*⁽⁷⁾.

Todo este panorama conforma lo que debería entenderse como una transformación de los instrumentos de intervención en los sectores económicos. El papel de los poderes públicos en la disciplina y control de la competencia es un elemento nuclear en esta nueva situación reguladora. Por todo ello, no es exacto pensar que la posición del Estado debe limitarse a la ordenación (*«a hacer lo que sabe hacer: establecer reglas»*). En una situación post-monopolística, el Estado debe ser beligerante en la creación efectiva de unos mercados competitivos a través, por ejemplo, de la disciplina de las concentraciones empresariales y el control de las conductas abusivas. En el mismo sentido, el Estado debe encargarse de suministrar las condiciones de funcionamiento de esos mercados, por ejemplo, en un tema tan crucial como la provisión de las infraestructuras. En la liberalización de los transportes aéreos, la insuficiencia de las infraestructuras nacionales se ha demostrado un factor anticompetitivo fenomenal. Y lo que es más grave, la falta de competencia beneficia a la compañía heredera del monopolio gracias al principio de *«grandfathering»* en la asignación de las franjas horarias o *slots*. Por ello, la política de infraestructuras tampoco es una política neutra sino un factor de primer orden en la regulación económica.

En definitiva, el debate entre el mercado y el Derecho es en gran medida un debate ideológico y no científico. Es común presentar los mercados y el Derecho administrativo como elementos opuestos. Quienes defienden los mercados normalmente critican las características del sistema jurídico. Los que defienden el Derecho, propugnan la necesaria intervención de éste en los casos en que se producen fallos

(7) ARIÑO, G. (1999). *Principios de Derecho Público Económico*. COMARES, Granada,

en el mercado. La formulación del debate en términos antagónicos de fuerzas de mercado que gobiernan las sociedades o de procesos políticos que distorsionan la eficiencia de los mercados resulta un tanto equivocado. Según nuestra visión del neo-intervencionismo administrativo, ambas posturas son pre-empíricas, es decir, se fundan en una concepción del mundo y no en una observación empírica o en una prueba lógica⁽⁸⁾. En este sentido:

«En el debate acerca de cómo organizar nuestras sociedades tanto los partidarios del libre mercado como los partidarios de la regulación utilizan sus argumentos. Muy a menudo, la perspectiva de la eficiencia del mercado resulta un enfoque atractivo por su novedad. Sin embargo, es un mito transformar ese objetivo social en una necesidad trascendente y última»⁽⁹⁾.

La conclusión que se puede extraer de la precedente exposición es que el debate en torno al Derecho administrativo clásico frente a la desregulación y el mercado, tomando ambas alternativas como formas ideales de organización social, es de algún modo estéril. Ninguna de las dos opciones es ni falsa ni incorrecta pero el intento de convertirlas en universales es cuestionable y obliga a utilizar elementos ideológicos.

«Si en vez de ello, percibiéramos las dos posiciones como propuestas de políticas públicas alternativas, comprenderíamos que cada una de ellas aborda problemas jurídicos distintos o aspectos distintos de un mismo tema, y se evitaría caer en afirmaciones o descalificaciones demasiado generales»⁽¹⁰⁾.

Por todo ello, la naturaleza de la controversia no parece indicar qué solución deba preferirse. El mercado y la eficiencia económica representan una opción que consigue algunos objetivos pero que en cambio frustra otros. Además, queda fuera de toda duda que el mercado no preexiste a la regulación jurídica y que por tanto necesita de ella para garantizar las condiciones de su funcionamiento.

(8) RUBIN, E.L. (1988) «Deregulation, Reregulation and the Myth of the Market», *Washington and Lee Law Review*, vol. 45

(9) RUBIN, E.L. (1988) «Deregulation, Reregulation and the Myth of the Market», *Washington and Lee Law Review*, vol. 45, p. 1264. Como expresa KOMESAR, «The market process serves a function parallel to the political process. It can serve as an alternative to government action in the achievement of social goals or interests», KOMESAR, N. (1994) *Imperfect Alternatives. Choosing among Institutions in Law, Economics and Public Choice*, Chicago, p. 98

(10) RUBIN, E.L. (1988) «Deregulation, Reregulation and the Myth of the Market», *Washington and Lee Law Review*, vol. 45, p. 1271

2. La integración europea a través de la cláusula teleológica de mercado

La Unión Europea (la «UE») agrupa hoy a la Comunidad Europea (antigua Comunidad Económica Europea) más un conjunto de políticas públicas que hacen que no pueda reconocerse la etapa inicial de integración más que en los libros de historia del Derecho. De manera similar a cómo hemos visto en el epígrafe precedente, la construcción europea no se ha basado en la idea de creación de una estructura política correspondiente a un Estado Federal. Por el contrario, desde los padres fundadores, se ha propugnado la utilidad de estructuras de cooperación supranacional sin reproducir el modelo decimonónico del Estado-Nación. Así, no hay una clara distribución competencial (sino una cláusula finalista de mercado) y no existe un cuerpo administrativo europeo diferenciado de las administraciones nacionales (gobierno multinivel).

Por ello, puede afirmarse que la construcción europea no ha respondido nunca a un diseño cartesiano preconcebido sino que, por el contrario, el neofuncionalismo UE aboca a una metodología «*problem solving*» tanto en el campo competencial (Derecho de la UE — ordenamientos nacionales) como en la aplicación de las concretas políticas públicas. La integración a través del mercado supone, de añadido, la construcción de un sistema normativo-negativo (lo que los Estados Miembros no pueden hacer) lo que implica un ulterior obstáculo a la anticipación normativa. Aunque todo conforme un paradigma interrelacionado, veamos estos varios aspectos de manera separada.

a) **Distribución de competencias:** la construcción europea no se basa en la existencia de listas competenciales sino que las competencias, aunque calificadas como «de atribución», se determinan de forma flexible⁽¹¹⁾. Así, existe la llamada cláusula teleológica del Tratado para dotar de base legal a las actuaciones para la consecución y preservación del mercado único. Ese sistema, junto con el principio de subsidiariedad supone inevitablemente una tensión vertical entre las instituciones comunitarias y los Estados respecto a la distribución de competencias pues no estamos ante un sistema cerrado de distribución competencial, sino ante difusos límites entre competencias exclusivas y concurrentes. En realidad, podemos argumentar que resulta más pragmático reconocer este hecho que intentar inútilmente compartimentar la realidad en competencias según su naturaleza y su titular. Aplicado pues a la propia asignación de competencias se puede decir que:

(11) Al respecto cabe señalar la existencia del artículo 352 TFUE que permite de forma extraordinariamente amplia y flexible que la Comunidad actúe en cualquier área susceptible de influenciar en el proceso de creación del mercado único (cláusula de flexibilidad o imprevisión).

«Si el principio de subsidiariedad se considera que establece una regla por la que determinados aspectos deben ser tratados al nivel que pueda resolverlos más eficientemente, este principio establece una competencia entre Estados para conseguir un mayor nivel de efectividad entre distintos niveles de gobierno»⁽¹²⁾.

Existe, pues, una diferencia fundamental con un modelo estático de distribución de competencias. En este caso, la distribución se efectúa mediante el establecimiento de listados competenciales predeterminados y fijos. Algunas de las competencias de esta distribución estática pretenden ser exclusivas y aunque se regule de manera autointerresada o deficiente, perjudicando al resto de la Comunidad, no existe el condicionante de que esa competencia puede serle preemcionada o absorbida por parte del poder central. En el modelo teleológico, la distribución es dinámica —y con ello inestable— y debe ser objeto de evaluación y revisión permanente.

Este entendimiento explica la fenomenal ampliación competencial entre la CEE (1958) y la UE (2020).

b) Aplicación administrativa. El sistema de administración pública comunitaria se basa en un modelo de administración dual, en la que el brazo ejecutor de las políticas no es la propia Comisión sino cada uno de los ejecutivos nacionales. El modelo de organización administrativa comunitaria se aparta del que tradicionalmente se ha seguido en los países de tradición continental-francesa donde cada una de las administraciones despliega sus órganos por todo el territorio y ejecuta por ella misma las políticas que le corresponden. En el modelo comunitario, las políticas de ejecución directa son las menos comunes (por ejemplo, la política de defensa de la competencia), mientras que la Administración nacional es ordinariamente la principal administración europea.

(12) TRACHTMAN, J.P. (1992) «L'Etat C'est Nous: Sovereignty, Economic Integration and Subsidiarity», *Harvard International Law Journal* vol 33 nº2. La efectiva puesta en práctica de la subsidiariedad debe partir de un parámetro común establecido por el Derecho comunitario para después admitir las distintas opciones de las comunidades y sensibilidades que coexisten en la Unión. La subsidiariedad, en este sentido, no sólo significa que la Comunidad debe actuar únicamente cuando ciertas cosas puedan hacerse mejor desde el nivel comunitario sino que constitucionalmente se articula que las instancias comunitarias no deben ser el único actor en la búsqueda de soluciones mejores, que sean más adecuadas a las necesidades de los ciudadanos. Por ello, la subsidiariedad «significa reconocer la premisa de que no existe ningún nivel de organización que sea apropiado para desempeñar todas las tareas que requiere una organización social. El principio en definitiva, resulta una guía para determinar qué funciones deben desempeñarse por el Estado.» El diseño constitucional de la Unión europea se asienta, pues, al menos sobre dos pilares que son las instituciones comunitarias centrales y los Estados así como sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Como afirmara CASSESE,

«La ejecución de las normas no se produce en sede comunitaria porque la comunidad es una organización pública de ejecución indirecta. Igualmente lo destaca uno de los padres fundadores: la Comunidad no ejecuta; hace que se ejecute. En general, la Comunidad opera a través de los órganos administrativos nacionales de los Estados miembros. Se produce entonces un fenómeno de co-administración»⁽¹³⁾.

Ello incide todavía más en la penetración del Derecho comunitario dentro del Derecho nacional.

c) **Integración positiva v. integración negativa.** Finalmente, podemos decir que la construcción europea se lleva a cabo principalmente mediante el Derecho⁽¹⁴⁾. La Unión se logra principalmente a través del Derecho. Es ciertamente importante destacar cómo la creación de un mercado único conlleva la supresión de las fronteras nacionales para garantizar la libre circulación de productos y servicios (integración negativa). Esta idea económica, sin embargo, se verá claramente desbordada por las «externalidades jurídicas» que supone el proceso de armonización de legislaciones nacionales (integración positiva).

En la actualidad prácticamente ninguna esfera del Derecho nacional puede comprenderse por sí misma sino que debe considerarse en relación a la dimensión europea del mismo. La integración europea, por ello, modifica la escala de legitimidad de forma que la idea de soberanía popular inserta en los Parlamentos nacionales se traslada a la co-soberanía de un ordenamiento europeo. Esta afirmación tiene por supuesto sus críticas (como se produce en la sentencia del Tribunal constitucional alemán a propósito de la ratificación del Tratado de Maastricht)⁽¹⁵⁾ y las propias limitaciones inherentes a un proceso gradual de integración (hay que reconocer que lo máximo que se logra en la formulación jurídica de este concepto es hablar de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa). No existe ciertamente la fórmula de la Constitución norteamericana «We the people ...», aunque la metodología de la integración gradual funcionalista permite aventurar su eventual existencia⁽¹⁶⁾. El Derecho, así como la creación

(13) CASSESE, S. (1991) «Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione» *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1991/3, p. 770.

(14) AAVV (1986) *Integration Through Law: Europe and the American Federal experience*. Berlin-Boston.

(15) Véase al respecto, WEILER, J.H.H. (1995) «Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht decision» *European Law Journal*, vol. 1. n.º 3.

(16) MUÑOZ MACHADO, S. (1993) *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid, Alianza; DE LA QUADRA SALCEDO, T. y ESTELLA DE NORIEGA, A. (2000) *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión. Las respuestas del Tratado de Amsterdam*. Madrid Universidad Carlos III/BOE.

de una jurisprudencia comunitaria única y encargada de la interpretación uniforme del mismo, han sido los principales motores de la integración. Con el Derecho se ha conseguido la integración de los sistemas nacionales superando la autarquía jurídica de las etapas anteriores.

Para ello, la UE dispone de dos mecanismos: la armonización mediante nomogénesis supranacional (Reglamentos, Directivas y Decisiones) y la interacción de los distintos derechos nacionales (integración horizontal). Como se ha apreciado a propósito de la integración de los mercados financieros mundiales,

«Aunque nos hallamos ante un sistema económico fuertemente integrado regido por un conjunto de sistemas nacionales interrelacionados en competencia y en constante evolución, no podemos hablar de un gobierno de los mercados sino de la necesidad de adaptar los instrumentos administrativos de los poderes públicos para desarrollar un tipo de política relacional que abandone el unilateralismo»⁽¹⁷⁾.

Se pondrá énfasis en este aspecto más adelante.

Como explica CAPELLETTI en el prólogo al libro *Integration Through Law*,

«La convergencia no necesariamente significa una centralización o una uniformización opresiva. La integración puede, y de hecho debe verse, no como un valor en sí misma sino como un valor flexible e instrumental, un enfoque en el que se mantenga la belleza de la diversidad a la vez que evite que ésta sea peligrosamente separadora. El tipo de federalismo que puede vislumbrarse para Europa es exactamente lo opuesto a un sistema unitario y centralizado de gobierno; es un sistema en el que el poder se comparte por las soberanías "central" y "local" e incluso, la soberanía "central" es una soberanía participativa, que combina a las locales»⁽¹⁸⁾.

Es innegable también que detrás de cada enfoque en el proceso de integración (negativa o positiva) reside una concepción distinta de la construcción europea, de la forma de realizarla y de las estructuras políticas y administrativas que se van configurando. Es igualmente una pugna entre dos modelos: el modelo favorecedor de un poder administrativo central, y el modelo más político-representativo y plural. Para BUCHANAN, el nuevo modelo comunitario supone definitivamente la superación del modelo intervencionista centralizado para establecer:

(17) PADRÓS REIG, C. (1998) «La globalización del Derecho Bancario» *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* n. 70.

(18) CAPELLETTI, MAURO, SECCOMBE, MONICA and WEILER, JOSEPH H. H.. *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A General Introduction». Book 1 A Political, Legal and Economic Overview*, edited by Mauro Cappelletti, Monica Seccombe and Joseph H. Weiler, Berlin, Boston: De Gruyter, 2013, pp. 3-68. <https://doi.org/10.1515/9783110921540.3>

«Una unión federal europea con garantías constitucionales que impedirán el surgimiento de una Europa monolítica, como unidad política central. Las unidades nacionales existentes no serán reducidas al status de distritos administrativos provinciales»⁽¹⁹⁾.

Ello conllevaría el reconocimiento de un doble poder como así expuso el entonces presidente de la Comisión Europea JACQUES DELORS al indicar que la subsidiariedad es la base para reconciliar el Estado y los niveles inferiores de organización con la sociedad transnacional:

«Me encuentro a menudo invocando el federalismo como método, con adición del principio de subsidiariedad. Lo veo como la forma de reconciliar lo que para muchos es irreconciliable: la emergencia de una Europa unida y la lealtad a la nación de uno mismo; la necesidad de un poder europeo capaz de afrontar los problemas de nuestra era y la absoluta necesidad de preservar nuestras raíces en el marco de nuestros Estados y regiones»⁽²⁰⁾.

Sin embargo, la utilización de solo uno de los vectores puede hacer fracasar el objetivo. Así, solamente un poder regulador central (integración positiva), sería sobrerregulador y paralizante. Por el contrario, la sola integración negativa (libertad de circulación, prohibición de monopolios y ayudas de Estado) resulta insuficiente para lograr ciertos objetivos. Igual que mercado y regulación resultan complementarios, también centralización y subsidiariedad deben concurrir en la tarea europea. Un ejemplo paradigmático de lo anterior lo podemos encontrar en la transformación de los servicios públicos nacionales. El servicio público constituye una noción íntimamente ligada a cada uno de los ordenamientos nacionales. Es cada comunidad política (Estados miembros y entes subestatales) la que determina normativamente qué servicios deben ser considerados de interés general y su régimen legal de provisión. Que la Sanidad sea considerada un servicio público de provisión universal es una consideración contingente de cada Comunidad (diferencia USA-UE). Siendo ello así, la integración europea solamente ha producido una transformación del régimen legal mediante la integración negativa, pasando de la noción tradicional de servicio público (el «**SP**») a la más moderna de servicio económico de interés general (el «**SIEG**»). Lo único que prescribe el Derecho de la UE es la prohibición del artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el «**TFUE**»):

(19) BUCHANAN, J. (1993) «Una perspectiva americana de la oportunidad constitucional de Europa» *Hacienda Pública Española*. n.º 124, p. 244, alejando así el peligro de «bruselización».

(20) Conferencia del presidente DELORS en la inauguración del 40 año académico del Colegio de Europa de Brujas Bélgica, 1989. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_89_73

«Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados».

En otras palabras, no existe (no puede existir) una definición positiva de lo que deba entenderse por servicio de interés general en cada tiempo y lugar sino solamente una prohibición de distorsión de las normas de competencia por parte de esos operadores, excepto cuando logre justificarse que la aplicación de dichas normas impediría, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica al operador de SIEG.

El mismo razonamiento es trasladable a lo que aquí nos ocupa, la política energética:

«La europeización de una política determinada es un proceso bidireccional dinámico entre la UE y sus Estados miembros: las políticas comunitarias son el resultado de la proyección y acomodación de preferencias de estos últimos, pero una vez en vigor entrañan la convergencia de los Estados miembros hacia las preferencias consolidadas a nivel europeo. En el caso de la política energética exterior, la acomodación y consolidación de las preferencias nacionales resulta muy complicada, pues éstas dependen de manera crítica de factores geográficos, históricos, políticos y empresariales de interdependencia energética que algunos Estados miembros creen poder gestionar de manera más eficaz a nivel bilateral. En la medida en que la proyección de las preferencias nacionales no se plasma en políticas consideradas compatibles con dichos factores, el proceso posterior de adopción y aplicación de la normativa comunitaria se ve dificultado y no se produce la convergencia de las políticas nacionales hacia un modelo "europeizado". La europeización de la política energética exterior abarca, además, dos fenómenos diferentes. Por un lado, la convergencia hacia una política energética exterior común de la UE (europeización "hacia dentro" o interna —inward europeanization—); por otro, la extensión de manera diferenciada por corredor energético del acervo comunitario energético a la vecindad europea, en especial a los países de tránsito y, cuando ello sea posible, también a los países productores (europeización "hacia fuera" o externa —outward europeanization—)»⁽²¹⁾.

Siendo lo anterior cierto, lo que ahora interesa destacar son las características de la singular integración europea: (i) uso del mercado como cláusula teleológica de integración; (ii) integración negativa a través de la prohibición de restricciones nacionales a las libertades fundamentales de circulación en la UE; (iii) existencia de complementariedad en ambas características (mercado-Estado y centro-periferia).

(21) ESCRIBANO, G. (2012). «La hora de Europa, también en política energética exterior» DT Real Instituto Elcano 2/2012, p. 4.

3. El rey desnudo. La dimensión exterior de la liberalización intracomunitaria en materia de política energética

La base jurídica de la política energética europea puede situarse en el artículo 194 TFUE cuando establece que en el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros: a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía; b) garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión; c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y d) fomentar la interconexión de las redes energéticas.

Según la clasificación al uso (art. 4 TFUE) se trata de una competencia compartida donde los Estados miembros de la UE tienen capacidad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. Los países de la UE ejercen su propia competencia en aquellos ámbitos en los que la UE no ejerza o haya decidido no ejercer su propia competencia. Según hemos propugnado, una distribución dinámica de competencias conlleva que el nivel europeo tendrá base legal para legislar sobre las competencias estatales cuando se logren mejor los objetivos de la acción pretendida (*preemption* norteamericana).

Si se pone en relación la naturaleza de la competencia compartida con sus objetivos, resulta que pueden subdividirse en dos tipos: la actividad de garantía (correcto funcionamiento del mercado y seguridad y continuidad del suministro) y la actividad de fomento (eficiencia, ahorro e interconexión de redes). Para los segundos, la dimensión europea es claramente horizontal. Para la garantía del mercado, la cuestión puede ser algo distinta. Según nuestra proposición, al igual que el mercado interior ha requerido el desarrollo de una política comercial común, también el mercado energético interno requiere de una dimensión exterior. El neofuncionalismo como explicación de la progresiva integración europea pone así de manifiesto la necesidad de una dimensión exterior de la política energética.

Hace más de una década, la Comisión presentó una Comunicación sobre la seguridad del abastecimiento energético (COM (2011) 539 final⁽²²⁾) donde se destaca la dimensión internacional más allá de las fronteras europeas. Según dicho documento,

(22) <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0539:FIN:ES:PDF>

«La política exterior de la UE en materia de energía es crucial para la realización del mercado interior de la energía. La experiencia pasada ha demostrado que las relaciones bilaterales en materia de energía entre Estados miembros y terceros países proveedores o de tránsito pueden dar lugar a una fragmentación del mercado interior y no a un refuerzo del abastecimiento energético de la UE y de su competitividad. El marco reglamentario que se ha ido implantando paulatinamente a escala de la UE tiene importantes repercusiones para los países asociados en aspectos como el acceso a la red y las disposiciones en materia de seguridad y competitividad. Con la vista puesta en 2014, plazo fijado por el Consejo Europeo para completar el mercado interior de la electricidad y el gas, resulta urgente desplegar totalmente su dimensión exterior»⁽²³⁾.

En ese momento quedaba clara la insuficiente dimensión de la competencia exterior con la sola liberalización de los mercados nacionales. El mecanismo de mercado atomístico ofrece ventajas para mejorar el acceso, precios, bienestar del consumidor y capacidad de elección. Sin embargo, el funcionamiento interior depende en gran medida de la existencia (o menos) de la dimensión exterior. De nuevo, se constata como el mercado de la energía en la UE depende en gran medida de las importaciones para poder funcionar, así la UE es vulnerable a la inestabilidad política y de los precios. Consecuentemente, la seguridad del abastecimiento en una parte del mercado depende de la seguridad del mercado en su conjunto. La política exterior en materia de energía debería reflejar la interrelación del mercado interior y la interdependencia de los Estados miembros de la UE.

Dicho en otras palabras, la estrategia «Energía 2020» reclama la necesidad de una acción exterior en la materia, sin que el mercado interior por sí solo pueda alcanzar ese objetivo y, más dramáticamente, sin que la base legal del artículo 194 TFUE lo prevea expresamente. Este *momentum* de hace una década pareció perder fuelle en los años siguientes⁽²⁴⁾. El enfoque sobre la suficiencia del mercado interior para abordar el desafío exterior quedó, en cierto modo invertido. La dimensión exterior de la política energética europea debe evolucionar para garantizar el correcto funcionamiento interior.

(23) Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones sobre la seguridad del abastecimiento energético y la cooperación internacional — «La política energética de la UE: establecer asociaciones más allá de nuestras fronteras». COM (2011) 539 final. Bruselas, 7 de septiembre de 2011, p. 2.

(24) cfr. en general, ESCRIBANO, G. (2012). «La hora de Europa, también en política energética exterior» *DT Real Instituto Elcano* 2/2012.

En 2012 se aprobó la Decisión 994/2012/UE⁽²⁵⁾, donde se contempla un mecanismo de intercambio de información y coordinación entre los varios países UE al efecto de declarar los acuerdos nacionales existentes sobre energía. Se trata de un mecanismo de mero intercambio de información.

En julio de 2015, la Comisión publicó su comunicación «La nueva configuración del mercado de la energía de la UE: COM(2015) 340 final»⁽²⁶⁾. En ella, se abrió un proceso de consulta pública sobre la nueva configuración del mercado de la energía. El documento enfatiza que los mercados transfronterizos a corto plazo (entre otros, los intradiarios) son fundamentales para lograr un mercado de la electricidad eficiente. Su concepción debe tener presente el sistema energético del futuro, es decir, un sistema con flujos transfronterizos a gran escala y grandes volúmenes de producción a base de energías renovables variables, así como la necesidad de que la red eléctrica funcione de forma segura y estable. La realidad actual permite constatar que la proyección de la Comisión era más ideal que real.

Para ello, se proponen actuaciones en materia de infraestructuras (interconexión), diversificación de fuentes de energía, así como integración de energías renovables en el sistema eléctrico. Sin embargo, el planteamiento general es que *«mecanismos basados en el mercado pueden ayudar a solventar las deficiencias del mercado, garantizar la rentabilidad y evitar compensaciones excesivas y falseamientos de las condiciones del mercado»*. Es decir, el mercado se propone como instrumento legal de superación de las deficiencias del mercado.

Junto con ello, la Comunicación se limita a propugnar el aumento de la cooperación y coordinación regional (reforzar la función de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER) para supervisar el funcionamiento del mercado⁽²⁷⁾ y adoptar decisiones vinculantes sobre las iniciativas de la UE y los problemas transfronterizos). Incluso en lo referente al mecanismo de aumento de la capacidad de almacenamiento, la Comisión advierte que estos mecanismos pueden ser costosos y distorsionar las condiciones de mercado.

(25) Decisión n ° 994/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establece un mecanismo de intercambio de información con respecto a los acuerdos intergubernamentales entre los Estados miembros y terceros países en el sector de la energía. DOUE L 299 de 27 de octubre de 2012. Esta disposición no se encuentra actualmente en vigor.

(26) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0340&rid=49>

(27) Reglamento (UE) 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía. DOUE L 326 de 8 de diciembre de 2011, p. 1/16

En 2017 se aprueba igualmente, el Reglamento UE 2017/1938, sobre medidas para garantizar la seguridad del suministro del gas⁽²⁸⁾. El Reglamento supone una cierta europeización de la cuestión al reconocer que la responsabilidad de la seguridad y continuidad del suministro corresponde tanto a los Estados miembros como a la Comisión (competencia compartida), como a las empresas operadoras (concertación público-privada) (artículo 3.1. del Reglamento UE 2017/1938).

En gran medida se constata un escaso desarrollo de los artículos 216-218 TFUE relativos a los acuerdos de asociación. Agrupados por materias, de los 37 acuerdos existentes en materia de energía, 31 son sobre energía nuclear y 6 sobre condiciones y programas generales, sin que exista ninguno relativo a las demás fuentes de suministro o a los mecanismos de compra conjunta⁽²⁹⁾. Igualmente existen disposiciones específicas sobre redes transeuropeas (artículos 170-172 TFUE) y un artículo (el 122 TFUE) especialmente destinado a articular el concepto de solidaridad energética como parte de la política económica⁽³⁰⁾. En definitiva, la política exterior UE en materia de energía presenta un estado claramente embrionario⁽³¹⁾. En el debate sobre mercado y Derecho, parece que la mera realización del mercado interior no sería suficiente para alcanzar los objetivos y en el debate entre el nivel europeo y los niveles nacionales, parece que el nivel nacional resultaría igualmente incapaz de afrontar la garantía de seguridad del suministro.

4. El *Regulatory Toolbox* de la Unión Europea ante la crisis⁽³²⁾

Los elevados precios de la energía de los últimos meses han puesto en evidencia la importancia de la seguridad energética, especialmente cuando los mercados mundiales sufren inestabilidad o incluso amenaza de disrupción. La Comisión es consciente de los grandes costes para el mercado interior de la energía que puede provocar la

(28) Reglamento (UE) 2017/1938 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, sobre medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 994/2010. DOUE 280, de 28 de octubre de 2017.

(29) Datos EURLEX a 18 de febrero de 2022. https://eur-lex.europa.eu/browse/directories/inter-agree.html?root_default=CC_1_CODED%3D12#arrow_12

(30) Tenemos noticia de la reciente aparición de la STJUE Alemania c. Polonia de 15 de julio de 2021 (As. C-848/19) que resuelve desestimar el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal General (Sala primera ampliada) de 10 de septiembre de 2019 (As. T-883/16), relativa a las tarifas de acceso de terceros al gasoducto OPAL.

(31) Por ello no es extraño que se haya afirmado que «la realidad de la política energética exterior europea no ha estado a la altura del discurso del Consejo ni de la Comisión» o que «la europeización de la política energética de la UE ha sido en el mejor de los casos limitada y fragmentaria». ESCRIBANO, G. (2012). «La hora de Europa, también en política energética exterior» *DT Real Instituto Elcano* 2/2012, pp. 2 y 4.

(32) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_21_5213

situación actual. En concreto, el impacto de las subidas de precios pueden poner en jaque no solamente la asequibilidad de la materia sino la propia consecución del mercado único (mayor fragmentación), así como las debidas inversiones en el sector de la energía y el proceso de transición ecológica (descarbonización).

La Comisión propone mediante la nueva Comunicación de 13 de octubre de 2021⁽³³⁾, mejorar la resiliencia del sistema de gas y reforzar las disposiciones vigentes relativas a la seguridad del suministro. En caso de desabastecimiento, se propugna una mayor solidaridad transfronteriza gracias a nuevas aclaraciones y disposiciones sobre los controles y las compensaciones del mercado interior de la energía. La Comunicación amplía las normas actuales a las energías renovables y a los gases hipocarbónicos, e introduce nuevas disposiciones para cubrir los riesgos emergentes en materia de ciberseguridad. Por último, supone un enfoque más estratégico del almacenamiento de gas, integrando las consideraciones relativas al almacenamiento en la evaluación de riesgos a nivel regional.

En su estructura, la comunicación contiene un conjunto de herramientas (toolbox) que pueden agruparse bajo dos grandes epígrafes:

I. Consumo

- Medidas de protección al consumidor. Aumentar la protección del bono social para las familias más vulnerables y evitar las suspensiones de suministro mediante mecanismos de aplazamiento del pago de facturas. Ayudar al consumidor mediante pagos directos. Apoyar un mayor empoderamiento del consumidor mediante la facilitación de los cambios de comercializadoras. Aconsejar a los consumidores cómo reducir su nivel de consumo así como fomentar la autoproducción de energía.
- Medidas fiscales: reducir temporalmente la fiscalidad de la energía o establecer exenciones por segmentos de consumidores (consumidor doméstico vulnerable).

(33) Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. «Un conjunto de medidas de actuación y apoyo para hacer frente al aumento de los precios de la energía». COM/2021/660 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2021%3A660%3AFIN>

- Medidas para las industrias: apoyo a los consumidores industriales de forma compatible con el régimen legal de ayudas de Estado a las empresas⁽³⁴⁾.

II. Mercados

- Investigar posibles conductas anticompetitivas por parte de los operadores energéticos.
- Instar a la ESMA para intensificar la vigilancia de los mercados de emisiones de CO₂.
- Revisar el conjunto del diseño del mercado eléctrico.
- Fomentar la compra conjunta de stocks de gas por parte de los Estados miembros.

Nadie puede dudar del fuerte impacto que el contexto de alza de precios presenta sobre los consumidores (efectos sociales y salvaguarda de los consumidores vulnerables), y sobre los parámetros macroeconómicos generales (inflación subyacente e inducida). Pero siendo todo ello de enorme importancia, no requiere ahora nuestra atención. Por el lado de los mercados, en cambio, se reafirma la necesidad de un mayor intercambio de información y cooperación nacional.

Las autoridades nacionales de defensa de la competencia pueden vigilar con mayor intensidad la integridad del funcionamiento de los mercados que podrían verse afectados mediante prácticas manipulativas o abusivas. Por otro lado, las mismas autoridades de competencia pueden ofrecer un enfoque deferente con los procesos de agregación de demanda de los usuarios finales sin que ello se considerara una práctica anticompetitiva de los consumidores industriales. Lo mismo puede decirse de los riesgos especulativos de los mercados de emisiones⁽³⁵⁾. Sin embargo, ni en uno ni en otro caso la Comunicación va más allá de un llamamiento a extremar la actividad vigilante.

(34) La Comisión ha aprobado en enero de 2022 una nueva guía con el título: *Guidelines on State Aid for climate, environmental protection and energy*. (2022/C 80/01). DOUE C-80/1 de 18 de enero de 2022. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2022.080.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2022%3A080%3ATOC

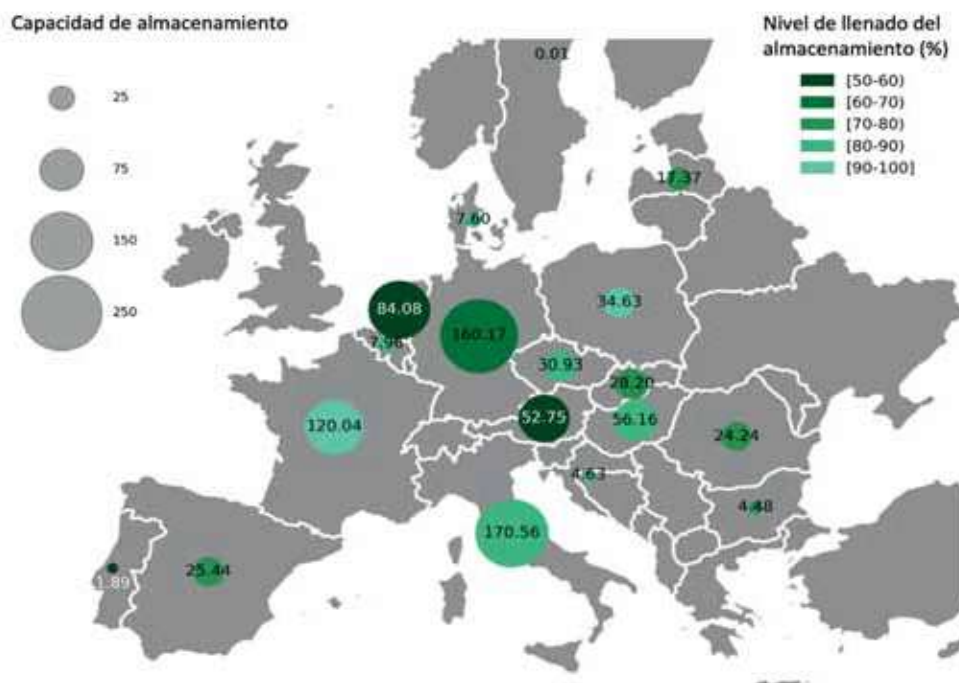
(35) ESMA *Preliminary Report Emission Allowances and Derivatives thereof*. 15 noviembre 2021. Disponible en https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-445-7_preliminary_report_on_emission_allowances.pdf

Por lo que refiere a la dimensión exterior, la Comunicación supone un cierto avance (o la recuperación de la filosofía previa de 2011). El apartado 3.2.1. de la Comunicación dispone que:

*«La Comisión estudiará también las posibles ventajas de la **adquisición conjunta de reservas de gas** por parte de entidades reguladas o autoridades nacionales para permitir aunar esfuerzos y la creación de reservas estratégicas. La participación en el régimen de compra conjunta sería voluntaria y el régimen debería estructurarse de manera que no interfiera en el funcionamiento del mercado interior de la energía y respete las normas de competencia. Sobre la base del Reglamento (UE) 2017/1938, sobre medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas, la Comisión tiene la intención de adoptar en breve un acto delegado por el que se establezcan nuevos **grupos regionales transfronterizos de riesgo gasista**. Los grupos de riesgo analizarán los riesgos para los próximos cuatro años y asesorarán a los Estados miembros y a la Comisión sobre las medidas para gestionarlos adecuadamente. Se prestará especial atención a las regiones con un nivel de almacenamiento inusualmente bajo. Los grupos de riesgo también evaluarán la posibilidad de acuerdos de almacenamiento regional voluntario conjunto»⁽³⁶⁾. (énfasis añadido).*

La capacidad de almacenamiento debe ponerse en relación al porcentaje de llenado del mismo.

(36) España se encuentra en el grupo de riesgo de suministro de gas procedente del norte de África, desde Argelia, junto a Grecia, Francia, Croacia, Italia, Malta, Austria, Portugal y Eslovenia; y también en el del mar del Norte, desde Noruega, junto a Bélgica, Dinamarca, Alemania, Irlanda, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal y Suecia. La Comisión fijó estos grupos de riesgo a través de un acto delegado el 18 de noviembre 2021: Commission Delegated Regulation (EU) .../... amending Regulation (EU) 2017/1938 of the European Parliament and of the Council as regards the composition of the risk groups. C/2021/7797 final. Disponible [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=PL_COM:C\(2021\)7797&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=PL_COM:C(2021)7797&from=EN)

UGS Capacity (TWh) y Storage filling level (%)⁽³⁷⁾

Así, a grandes rasgos, los países puede agruparse según varias situaciones: (i) gran capacidad y gran utilización de la misma (Francia e Italia); (ii) gran capacidad y utilización media (Alemania); (iii) capacidad media y utilización baja (Países Bajos y Austria); y (iv) poca capacidad y utilización media (España, Rumania, Eslovaquia). No existen normas europeas homogéneas sobre capacidad y utilización⁽³⁸⁾.

Ello no es sorprendente debido a la heterogeneidad de intereses domésticos:

«Se intuye que los Estados miembros más importantes (Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido) tienden a recibir mejores condiciones contractuales que los demás, bien debido a la mayor dimensión de su mercado y por tanto de su poder de negociación, bien debido a que mantienen relaciones políticas privilegiadas con sus suministrado-

⁽³⁷⁾ Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2021. op. cit. nota al pie 33, supra.

⁽³⁸⁾ El nivel de almacenamiento de la UE es en la actualidad uno de los más bajos de todas las previsiones de suministro invernal. Las reservas han seguido bajando desde octubre de 2021 hasta el primer trimestre de 2022: se encuentran al 63%, cuando hace un año por estas fechas estaban al 81%, según datos de GIE, la asociación que representa los intereses de los operadores europeos de infraestructuras de gas. El análisis destaca el bajo nivel de almacenamiento

res estratégicos, o porque cuentan con empresas y tecnología de interés para los países productores. Gazprom, por ejemplo, parece cargar precios del gas más altos a los Estados miembros del Este, que carecen de los atributos precedentes o simplemente de otras alternativas de suministro. La prueba es que la reacción de los Estados miembros a la europeización de los acuerdos energéticos propuesta por la Comisión ha variado entre países según su tamaño y grado de diversificación. Los Estados miembros pequeños o con menor poder de negociación han celebrado la propuesta de una conformidad previa de los acuerdos en negociación, mientras que los más grandes prefieren someterlos a dicha conformidad sólo después de ser firmados»⁽³⁹⁾.

Al mismo tiempo, la Comunicación 2021 encarga a la ACER una evaluación de los riesgos e inconvenientes —que el texto no detalla— del sistema actual del mercado mayorista de la electricidad. Ello no ha de suponer el abandono del sistema de precios marginales y de pago por compensación (*pay-as-clear*) que se califican como el «*más eficiente para los mercados liberalizados de la electricidad*».

De forma casi imperceptible, la Comunicación apunta un nuevo principio: «**la transición rentable**»⁽⁴⁰⁾. Consciente de que el proceso de descarbonización y la internalización de los costes de la compra de derechos de emisión supone un coste para los operadores, el buen desarrollo del proceso requiere de la capacidad de traslado de los mismos al consumidor final de manera que los costes de la transición no sean asumidos por las empresas operadoras. Dicho en otras palabras, la descarbonización deben pagarla los consumidores de manera justa y equitativa, pero en otro plano, el éxito de la transición depende de la garantía de rentabilidad de las empresas energéticas en la transición hacia un sistema de cero emisiones.

Hay que notar como las medidas de la Comunicación 2021 tiene como actores tanto a las empresas, como a los Estados como a las propias instituciones europeas. Se consolida de este modo un sistema tanto multinivel-interadministrativo como multinivel-

de Alemania, Países Bajos y Austria, países que representan un 42% del almacenamiento total de la UE. Alemania estaba al 67%, Países Bajos al 58% y Austria al 53%. Y los tres han seguido cayendo, hasta el 59%, el 47% y el 40%, respectivamente. España, por el momento, se encuentra en el mismo punto que en octubre (ha pasado del 73% al 71%), pero el informe avisa de que en el caso español, es preferible no bajar del 55%, para hacer frente a posibles casos de estrés provocados por una disrupción en el suministro desde Argelia. El informe advierte en especial de la situación de los países de los grupos de riesgo de Ucrania, los Estados Bálticos y Finlandia, que pueden estar expuestos «a la reducción de la demanda en caso de temperaturas extremas combinadas con interrupciones de las rutas de importación desde Ucrania o Rusia» *ENTSOG Informe sobre Suministro Invierno 2021*. Disponible en https://www.entsog.eu/sites/default/files/2021-10/SO0032-21_Winter%20Supply%20Outlook_2021-22.pdf

(39) ESCRIBANO, G. (2012). «La hora de Europa, también en política energética exterior» *DT Real Instituto Elcano* 2/2012, p. 20

(40) Apartado 3.2. «Medidas a largo plazo», §12.

holístico, superando las barreras de distinción entre centro-periferia y público-privado en los mecanismos de intervención. Los operadores son también co-responsables de la garantía del suministro a la vez que no deben verse perjudicados por el proceso de descarbonización y la internalización de los costes de emisión. Junto con lo anterior, el Derecho de la Unión Europea sigue manteniéndose en un plano puramente propositivo con intervenciones no uniformizadoras. Se trata de garantizar una mayor cooperación, un mayor intercambio de información, una mayor convergencia y capacidad conjunta. No contiene, sin embargo, la imposición de un sistema común, más allá de la integración negativa (respeto a las reglas de mercado eficiente y garantía de los derechos de propiedad).

La Comisión anunció la voluntad de revisar en diciembre de 2021 el Reglamento de seguridad en el suministro⁽⁴¹⁾, así como la emisión de recomendaciones una vez evaluado el sistema actual de mercado eléctrico (abril 2022), con lo que se demuestra el carácter permanentemente evolutivo de la cuestión.

En el momento de cerrar la redacción de estas páginas irrumpe un factor más de agravamiento de la crisis energética que ocupa nuestro análisis: la operación militar por parte de la Rusia que ataca la integridad territorial de Ucrania. La Comisión acaba de hacer pública una nueva Comunicación en fecha 8 de marzo de 2022 bajo la rúbrica **«REPowerEU: Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible»**⁽⁴²⁾. La Comunicación tiene por finalidad presentar nuevas acciones para aumentar la producción de energía ecológica, diversificar los suministros y reducir la demanda, con especial atención al gas, que influye significativamente en el mercado de la electricidad. Se trata en definitiva de explorar acciones para reducir la dependencia del gas ruso mediante una diversificación de proveedores.

En lo que a nosotros interesa, se encarga a la Comisión que evalúe distintas opciones para «optimizar el diseño del mercado de la electricidad» encargo que se reitera respecto de la Comunicación anterior de 13 de octubre de 2021 y a los trabajos en curso de HACER sobre los beneficios e inconvenientes del mecanismo actual (método marginalista) de fijación de precios. Sin perjuicio de un posterior comentario más detallado, destaca como se propugna la compatibilidad entre el objetivo de la asequibilidad del

(41) Reglamento (UE) 2017/1938 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, sobre medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 994/2010. DOUE 280, de 28 de octubre de 2017.

(42) 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 (2022) 108 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A108%3AFIN>

coste de la energía y el mantenimiento de las inversiones necesarias para llevar a cabo la transición ecológica.

5. Recapitulación: la subsidiariedad ascendente y algunas propuestas recientes

Llegados a este punto, resulta obligado plantearse la siguiente cuestión: ¿Resulta acorde con el principio de subsidiariedad avanzar en la dimensión exterior de la política energética europea sin haber completado su dimensión interior? O lo que es lo mismo, ¿se ordenan temporalmente las dimensiones interior y exterior del mercado energético europeo de manera que para respetar el principio de subsidiariedad la cooperación horizontal nacional debe preceder a adopción de ulteriores medidas?

Aunque no siempre se repare en ello,

«El principio de subsidiariedad indica que una determinada política se debe abordar en el nivel de la sociedad desde donde se pueda realizar de forma más efectiva. Como consecuencia de esto, se requiere una competencia vertical continua entre los diferentes niveles de gobierno para determinar cuál de ellos responde a una mayor efectividad reguladora»⁽⁴³⁾.

La subsidiariedad presenta pues una dimensión tanto ascendente como descendente y lo verdaderamente relevante es que esta formulación introduce un criterio, en cierta forma revolucionario, para la asignación de competencias concurrentes entre la Comunidad y los Estados, como es el de la eficacia de la política pública que se persiga⁽⁴⁴⁾.

La subsidiariedad se ha considerado como un nuevo principio legal que permite una redistribución de poderes entre las cada vez crecientes competencias europeas, la pérdida de jurisdicción por parte de los Estados Miembros y el no reconocimiento de entidades regionales como actores políticos en la UE. Este concepto sugiere pues que existe una dimensión ascendente de la subsidiariedad europea y que la distribución territorial del poder se basa en la evaluación de los «resultados de la acción pretendida» según la fórmula legal del artículo 5 TUE.

Si previamente hemos afirmado que no existe un sólo centro de poder que sea capaz de desarrollar satisfactoriamente todas las tareas encomendadas, el principio de subsidiariedad significa introducir el factor eficacia como legitimador de la asunción de competencias.

(43) TRACHTMAN, J.P. (1992) op. cit. p. 100

(44) PAREJO ALFONSO, L. (1989), «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública» *Documentación Administrativa* n.º 218-219. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i218-219.5132>.

Por ello, esta especie de examen competitivo entre distintos niveles de gobierno —europeo, estatal, regional o local— para demostrar que pueden ejercer mejor una determinada competencia va a significar un incentivo para elaborar una regulación de calidad y no extralimitarse en una regulación proteccionista de unos intereses particulares nacionales. Al contrario, una regulación deficiente y oportunista por parte de los Estados miembros lo único que conseguiría es que la UE se viese compelida a ejercer su primacía.

En una situación como la actual donde ya no se discute que la disrupción de los mercados energéticos no se debe exclusivamente al incremento de demanda por la recuperación económica, existen varios elementos que reclaman una mayor europeización. De forma casi enunciativa, la proposición se presenta en elementos como:

- **Plataforma europea centralizada de compra de gas.** El objetivo del desarrollo de este mecanismo es que los países puedan hacer frente a períodos críticos de desabastecimiento o de precios disparados. Se podrán acoger al esquema de compra conjunta los países que lo deseen y dirigir estas adquisiciones a abastecer las reservas estratégicas negociando de manera única con los proveedores.
- **Almacenamiento de reservas.** En la actualidad, la UE tiene capacidad de almacenamiento para apenas el 20% de su consumo anual de gas, pero no todos los países tienen instalaciones u obligaciones de almacenamiento, al ser esta una cuestión no armonizada directamente por la política energética UE. La propuesta que baraja actualmente la Comisión establece que son los Estados los que podrán decidir que los operadores del sector mantengan un volumen determinado de gas almacenado. Es decir, es el Gobierno de cada país el que toma la decisión sobre compras conjuntas y reservas estratégicas y el que le encarga a la compañía operadora que compre el suministro destinado a formar parte de esos almacenamientos. La nueva normativa pide que los Estados miembros notifiquen a la Comisión los planes que tienen y detallen cómo lo pretenden financiar. Con ello se incrementaría el poder de negociación europeo en los mercados internacionales y se reduciría la exposición a las fluctuaciones del mercado. En la Comunicación de 8 de marzo de 2022, la Comisión se compromete a «realizar una propuesta legislativa a más tardar en abril para garantizar un nivel de almacenamiento anual adecuado»⁽⁴⁵⁾.

(45) 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 (2022) 108 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A108%3AFIN>. Apartado 1.2. «Preparación para el próximo invierno con la garantía de un almacenamiento suficiente de gas».

- **Facilitación de la implantación de energías verdes.** La Directiva 2018/2001, de 11 de diciembre de 2018 sobre el fomento de las energías renovables⁽⁴⁶⁾, permite un desarrollo ulterior mediante una reducción de los complejos procedimientos administrativos de autorización y puesta en marcha de estos proyectos. El próximo mes de junio está prevista la adopción de una recomendación europea sobre los procedimientos administrativos nacionales que paradójicamente parecen erigirse en una barrera a la descarbonización y diversificación energética.
- **Alteración del mecanismo de precios.** Se propugna la fijación de un *price cap* para la tarifa eléctrica, un desacoplamiento del precio del gas como componente del mix energético en la producción de electricidad o el abandono del sistema marginalista y la limitación de beneficios empresariales.

La posición española se ha visto en parte respaldada con la adopción de algunas de las anteriores medidas por parte de la UE. Sin embargo, no en lo relativo al marco regulatorio sobre la formación de los precios y la suspensión de los mecanismos de mercado. España propugnaba, vista la excepcionalidad de la situación una suspensión del mecanismo europeo de fijación de precios con la consecuente vuelta a la libertad nacional para fijar sus propios precios de la electricidad. Ello podría suponer un retroceso en la europeización de la política energética claramente en discordancia con la evolución que hemos presentado. Además, si se repara en ello, el *regulatory toolbox* europeo permite la política fiscal y de ayudas estatales como elemento de distorsión del mercado. Los recursos excepcionales se movilizan siempre con cargo a los presupuestos públicos nacionales (menos ingreso o más gasto) o incluso con recurso a los fondos europeos. Se rechaza, en cambio, el enfoque por el cual deban ser los participantes (empresas y consumidores) quienes asuman la carga de la corrección o salvaguarda del suministro.

La propuesta llega en un momento crítico en la UE debido a la inestabilidad geopolítica que genera la reciente invasión rusa de Ucrania. En una situación de escalada notable del precio del gas, la repercusión del aumento de la materia sobre el sistema marginal de precios puede hacer necesario excluir esa fuente de energía del cálculo. También desagregar la carga de los derechos de emisión sobre el total de la factura, de manera que la descarbonización se centre en la proporción de electricidad que se genera con la tecnología gasista (no sobre el total de la tarifa que incluye las energías renovables).

(46) Directiva (UE) 2018/2001 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-328/82 de 21 de diciembre de 2018.

De ahí también el debate sobre si considerar la tecnología nuclear y el gas como energías verdes.

Puede también explorarse la aplicación del artículo 5.7. de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. En él se contemplan las **obligaciones de servicio público** como forma de fijación de precios para el suministro de electricidad como excepción al principio de libre mercado (tarifa regulada frente a la tarifa de mercado libre). En circunstancias como las presentes, resulta una gran dificultad mantener el carácter eficiente del mercado. Se trataría en cualquier caso de intervenciones respecto beneficiarios claramente definidos y limitadas en el tiempo, dada su condición de excepciones a la regla general. El Considerando 23 dispone que:

«Dichas circunstancias podrían darse, por ejemplo, cuando el suministro esté muy limitado, lo que provoca unos precios de la electricidad considerablemente más elevados de lo normal, o en caso de deficiencia del mercado, cuando las intervenciones de las autoridades reguladoras y de las autoridades encargadas de la competencia hayan resultado ineficaces».

Como hemos indicado al principio de este texto, las reglas de mercado no suponen un paradigma absoluto. Sirven para lograr unos objetivos pero no son universales y puede darse una situación de convivencia entre libre competencia e intervención por obligaciones de servicio público que logre una protección no desproporcionada de los consumidores finales. El encargo de misiones de servicio público a operadores debería ser objeto de compensación mediante un sistema objetivo y transparente, conocido de antemano por todos los operadores y sujeto a las reglas de publicidad y competencia en su adjudicación de acuerdo con la asentada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Altmark Trans*⁽⁴⁷⁾. En gran parte, el debate arroja una conclusión general: mercado y derecho son complementarios. Las medidas de intervención administrativa deben poder encauzar los aspectos que el mercado no logra disciplinar por ser ajenos a la propia naturaleza del mecanismo, sin suponer una descalificación a su esencia (derechos de propiedad y asignación eficiente de recursos).

(47) STJUE de 24 de julio de 2003 As. C-280/00. Cfr. BRICE ALLIBERT, A.S. (2004) «La Commission applique pour la première fois la jurisprudence Altmark dans le domaine d'électricité» *Competition Policy Newsletter*, n.º. 1; RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A. (2010) «La jurisprudencia post-Altmark y la financiación de los SIEG» *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 30.

También en el momento de cerrar la redacción, se tiene conocimiento de las **conclusiones adoptadas por el Consejo europeo de 24 y 25 de marzo de 2022**⁽⁴⁸⁾ relativo a la excepcional situación del mercado energético de España y Portugal que admite tener «en cuenta las circunstancias nacionales y la combinación energética de los Estados miembros». Ello se concreta en «las condiciones de los intercambios comerciales» y «el nivel de interconectividad eléctrica con el mercado único de la electricidad.» (apartado 16), de manera que a menor interconectividad, menor afectación al mercado único y consecuentemente mayor proclividad a la tolerancia UE de medidas contrarias al mercado único europeo. De nuevo, parece que la Comisión está dispuesta a aceptar un régimen excepcional pero limitado temporal y espacialmente, es decir allí donde se constata la escasa operatividad del mecanismo de mercado europeo. Todo ello, en constante evolución, se remite a la aprobación para el mes de mayo 2022 de un Plan Global elaborado en estrecha colaboración entre las instituciones UE y los Estados miembros que, de igual forma, en ningún modo debe suponer la renacionalización de la política energética europea ya fuertemente aquejada de su debilidad exterior.

6. Bibliografía

- ARIÑO, G. (1999). *Principios de Derecho Público Económico*. COMARES, Granada.
- BRICE ALLIBERT, A.S. (2004) «La Commission applique pour la première fois la jurisprudence Altmark dans le domaine d'électricité» *Competition Policy Newsletter*, n.º. 1.
- BUCHANAN, J. (1993) «Una perspectiva americana de la oportunidad constitucional de Europa» *Hacienda Pública Española*. n.º 124.
- CAPPELLETTI, MAURO, SECCOMBE, MONICA and WEILER, JOSEPH H. H.. *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A General Introduction». Book 1 A Political, Legal and Economic Overview*, edited by Mauro Cappelletti, Monica Secombe and Joseph H. Weiler, Berlin, Boston: De Gruyter, 2013, pp. 3-68. <https://doi.org/10.1515/9783110921540.3>
- CASSESE, S. (1991) «Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione» *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1991/3.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (2016) «El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 200, 2016 (Ejemplar

(48) Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2022-INIT/es/pdf>

dedicado a: El Derecho administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea), págs. 361-383;

COASE, R. (1998). «The New Institutional Economics,» *American Economic Review*, 88(2), pp. 72-74.

COASE, R. (1991). «The Institutional Structure of Production,» Nobel Prize Lecture PDF, reprinted in 1992, *American Economic Review*, 82(4), pp. 713-719.

DE LA QUADRA SALCEDO, T. y ESTELLA DE NORIEGA, A. (2000) *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión. Las respuestas del Tratado de Amsterdam*. Madrid Universidad Carlos III/BOE.

DEL SAZ, S. (1994) «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones: Aplausos y críticas». *Revista de Administración Pública*, n.º 133, págs. 57-98.

ESCRIBANO, G. (2012). «La hora de Europa, también en política energética exterior» *DT Real Instituto Elcano* 2/2012.

GARCÍA-ANDRADE, J. (2020) «¿Huida o expansión del derecho administrativo? *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 209, págs. 139-170.

GERKEN, L. (1995) «Institution Competition: An Orientative Framework» in Gerken (ed.) *Competition Among Institutions*, London.

KEOHANE, ROBERT O. (2020). «Understanding Multilateral Institutions in Easy and Hard Times». *Annual Review of Political Science*. **23** (1): 1-18. doi:10.1146/annurev-polisci-050918-042625

KIRZNER, I.M. (1992) *The Meaning of Market Process*. Routledge. Foundations of the Market Economy.

KOMESAR, N. (1994) *Imperfect Alternatives. Choosing among Institutions in Law, Economics and Public Choice*, Chicago.

LINDE PANIAGUIA, E. (1998) «El Derecho administrativo como derecho instrumental versus la huida del derecho administrativo» *Revista del Poder Judicial*, n.º 49, 1998

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1996) «Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo» *Revista de Administración Pública*, n.º 140

MUÑOZ MACHADO, S. (1993) *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid, Alianza.