

Los negocios internacionales de electricidad. El *mixti fori* de lo público y lo privado

International businesses of electricity. The *mixti fori* of the public and private

LIDIA MORENO BLESÁ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido:15.11.2022 / Aceptado:22.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7556

Resumen: El sistema energético mundial se encuentra sometido a una enorme perturbación como consecuencia de la agresión militar de Rusia contra Ucrania. Para la Unión Europea ha supuesto un aumento considerable de los precios del gas, por la gran dependencia que tiene de las importaciones de esta materia prima procedentes del territorio invasor. Como consecuencia, la electricidad también ha experimentado un aumento de los precios alarmante por su condición de energía derivada que puede ser obtenida de las fuentes primarias como el gas. Esta situación ha provocado que se tenga que pagar más por los bienes y servicios, ya que la energía resulta necesaria para cualquier actividad humana. Por lo tanto, se comprende la importancia que tiene en estos momentos asegurar el suministro y reducir la inflación. Para que las transacciones no se vean afectadas, se presta atención a la aplicación de las normas del comercio internacional, así como al *pactum de lege utenda* en los contratos de electricidad. El objetivo es ofrecer una visión panorámica del funcionamiento de las normas de Derecho internacional privado en este particular sector de la actividad económica sin que se pierdan de vista las peculiaridades que gobiernan el uso de electricidad y que condicionan cualquier actuación en materia de intercambios.

Palabras clave: el comercio de electricidad, los contratos internacionales, las normas de la OMC y el *pactum de lege utenda*.

Abstract: The world energy system is unstable because of Russia's military aggression against Ukraine. For the European Union, it has meant a considerable increase in gas prices, due to its great dependence on imports of this raw material from the invading territory. Therefore, electricity has also suffered an alarming increase in prices, due to its status as derived energy that can be obtained from primary sources such as gas. This situation has caused that price of goods and services also increased, since energy is necessary for any human activity. Ensuring supply and reducing inflation is important now. The application of international trade regulations is considered, as well as the *pactum de lege utenda* in electricity contracts. The objective is to offer an overview of the rules of private international law in this sector of economic activity and learn about the peculiarities that govern the use of electricity.

Keywords: electricity trade, international contracts, WTO rules, *pactum de lege utenda*.

* Este trabajo se incluye en el marco del Proyecto de Investigación: El Derecho del Comercio Internacional en la era de la economía digital y las guerras comerciales. PID2020-113968RB-I00.

Sumario: I. Introducción. II. El comercio de la electricidad. 1. La liberalización de los intercambios eléctricos. 2. La naturaleza jurídica de la electricidad: ¿mercancía o servicio? III. El pactum de lege utenda en los contratos de electricidad. 1. Los Acuerdos de la OMC y el Tratado sobre la Carta de la Energía. 2. El Derecho aplicable a los contratos de electricidad. IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. En la actualidad, el mercado energético, tanto a nivel global, como a nivel regional en Europa, se encuentra afectado por una gran volatilidad de los precios. En concreto, la invasión rusa en Ucrania ha provocado una subida del precio del gas sin precedentes, por la gran dependencia que tiene la Unión Europea (UE) de esta materia prima procedente de esta parte del mundo. Esta situación ha provocado un efecto dominó, ya que el gas no solo se utiliza como energía primaria, sino también para la producción de electricidad. Además, la energía resulta necesaria para la producción de bienes y la prestación de servicios, por lo que también han sufrido un aumento de precios considerable. Hasta tal punto se han producido vaivenes en este sector económico que la Comisaria de energía, Kadri Simson, ha manifestado lo siguiente: «los mercados de la energía mundiales y europeos atraviesan tiempos turbulentos, especialmente desde la invasión rusa de Ucrania...»¹.

2. En el caso de España, se ha propuesto a la UE una excepción ibérica, tanto para nuestro país como para Portugal. Se trataría de que ambos países fueran considerados una isla energética, para que se pudiera establecer un precio de referencia del gas y que no se trasladara a los consumidores finales, ya bien sean personas físicas o jurídicas. La particular posición de estos dos países se traduce en una escasa interconexión energética con el resto de Europa, calculada en aproximadamente un 2%. De tal forma que cualquier alteración que se produzca dificulta o prácticamente hace imposible buscar alternativas para compensarla. Como consecuencia, la Comisión Europea ha aprobado, en virtud de las normas sobre ayudas estatales de la UE, una medida española² y portuguesa³ por valor de 8.400 millones de euros destinada a reducir los precios mayoristas de la electricidad en el mercado ibérico (MIBEL)⁴. Este último significa la creación de un único mercado de la electricidad, que supone la integración económica de los mercados eléctricos español y portugués⁵. Su establecimiento quedó refrendado por el Convenio firmado en Santiago de Compostela, el 1 de octubre de 2004⁶, que ha sido revisado por el Convenio hecho en Braga el 18 de enero de 2008⁷. Se trata de una normativa internacional que armoniza las condiciones entre los dos sistemas eléctricos ibéricos, por el que se garantiza el acceso de todos los interesados en condiciones de igualdad, transparencia y objetividad.

3. La situación descrita permite comprender el escaso margen de maniobra de MIBEL, lo que ha dado lugar a que se consideren compatibles con el artículo 107, apartado 3, letra b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) las ayudas otorgadas⁸. La Comisión ha sido la encargada de evaluar la medida con arreglo a las normas de la UE, para lo que ha concluido que se ajusta a los requisitos exigidos de legalidad. De entrada, se ha constatado una perturbación especialmente grave de las

¹ *Vid.*, Comunicado de prensa: “La Comisión propone una serie de opciones para paliar los efectos de los elevados precios de la energía con compras conjuntas de gas y unas obligaciones mínimas de almacenamiento de gas”, Bruselas, 23 de marzo de 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1936 (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

² Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo, por el que se establece con carácter temporal un mecanismo de ajuste de costes de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista. BOE núm. 115, de 14/05/2022.

³ Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio. Diário da República n.º 93-A/2022, Série I de 2022-05-14, páginas 2 – 8.

⁴ DOUE C 253 de 1 de julio de 2022.

⁵ J. SALMADOR SEGURA, “La energía eléctrica: producción, transporte y distribución”, en M. SANTOS RECH Y F. CAMEO BEL (Coords.), *Derecho de la Energía*, La Ley, 2006, p. 332.

⁶ BOE núm. 121, de 22 de mayo de 2006, páginas 19208 a 19212.

⁷ BOE núm. 298, de 11 de diciembre de 2009, páginas 104682 a 104686.

⁸ C(2022) 3942 final, “State Aid SA. 102454 (2022/N) – Spain and SA.102569 (2022/N) – Portugal – Production cost adjustment mechanism for the reduction of the electricity wholesale price in the Iberian market”, Brussels, 8.6.2022.

economías española y portuguesa, lo que deriva de las circunstancias particulares del mercado mayorista ibérico de la electricidad. En concreto, se aprecia una limitada capacidad de interconexión de la Península Ibérica, una elevada exposición de los consumidores a los precios mayoristas de la electricidad y una fuerte influencia del gas en la fijación de los precios de la electricidad. También se ha considerado adecuada, necesaria y proporcionada la ayuda concedida, por lo que no se han advertido contradicciones con los parámetros normativos requeridos. La adecuación se ha constatado por su contribución a la bajada de los precios mayoristas de la electricidad en favor de los consumidores y sin afectar a las condiciones comerciales en forma contraria al interés común. Por su parte, la necesidad se ha justificado en atención a la poca probabilidad a corto o medio plazo de que las fuerzas del mercado resuelvan la situación actual de precios de la energía excepcionalmente altos. En relación con la proporcionalidad de la ayuda concedida, se ha vinculado con la idea de considerarse que reduce al mínimo las consiguientes distorsiones de la competencia. Todo ello, además, basado en el carácter estrictamente temporal de la medida, ya que solo se aplicará hasta el 31 de mayo de 2023.

4. No cabe duda del activismo de la UE en materia de energía y, más aún en la actualidad, de su compromiso con la situación provocada por el gas. Además de las medidas adoptadas coyunturalmente para compensar los descalabros energéticos provocados por la agresión militar de Rusia contra Ucrania, también se han conseguido acuerdos para eliminar gradualmente la dependencia de Europa de las importaciones de energía rusas. Para ilustrar esto último, se puede hacer referencia al Plan REPowerEU⁹, que trata de reducir la dependencia excesiva de la UE de las importaciones de combustibles fósiles rusos, esto es, gas, petróleo y carbón, acelerando la transición hacia una energía limpia. Para lograrlo se deben unir fuerzas para conseguir un sistema energético más resiliente y una verdadera Unión de la Energía. En concreto, se presta atención a una serie de medidas para ahorrar energía, diversificar los suministros, sustituir rápidamente los combustibles fósiles acelerando la transición hacia una energía limpia en Europa y combinar de forma inteligente inversiones así como reformas. En el caso de los combustibles fósiles y la transición hacia una energía limpia, se apuesta por la aceleración y expansión masivas de las energías renovables en la generación de electricidad, la industria, los edificios y el transporte, para conseguir la eliminación progresiva de los combustibles fósiles rusos. Además, la promoción de las energías limpias en detrimento de las contaminantes reducirá, con el paso del tiempo, los precios de la electricidad y las importaciones de combustibles fósiles. En suma, una Europa más segura, barata y limpia desde la óptica del aprovisionamiento energético.

5. En definitiva, resulta evidente que el mercado energético está pasando por una etapa muy convulsa, lo que tampoco parece que se ha conseguido mitigar por la pertenencia de la UE, Rusia y Ucrania a la Organización Mundial del Comercio (OMC). Aunque se ha planteado la posibilidad de retirar al invasor la condición de nación más favorecida, lo que supondría un aumento considerable de aranceles para Rusia, parece que en materia energética todavía no hay un consenso mundial para un tratamiento jurídico global. Es por ello que, en la UE, los contratos internacionales de electricidad se gobiernan por sus propias normas, aunque no puedan desconocerse las que a nivel mundial disciplinan el comercio. Se produce una coexistencia de técnicas de reglamentación que debe conducir a la determinación del ordenamiento aplicable. En esta labor resultan indispensables tanto las normas directas como las de conflicto, ya que estas últimas se pueden ver preteridas por las primeras tanto *ex ante* como *ex post*, en función de la relación que establezcan entre sí los diferentes instrumentos jurídicos existentes en materia de electricidad.

6. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado (DIPr) son las relaciones jurídicas con elemento extranjero las que se tienen en cuenta en este momento. Se trata de actuaciones que requieren de un tratamiento diferenciado por la internacionalidad presente en las mismas. La normativa que las gobierna se aplica cuando el asunto presenta conexiones con varios ordenamientos jurídicos con

⁹ COM (2022) 230 final, Bruselas, 18.5.2022.

independencia de la posición que ocupen los intervinientes en estos casos¹⁰. Se podría equiparar al *ius gentium* romano, en tanto que considerado un Derecho positivo que se había ido formando como consecuencia de la expansión de las relaciones comerciales romanas y que amparaba las relaciones jurídicas trabadas entre gentes que no gozaban de la ciudadanía romana¹¹. En definitiva, es la heterogeneidad normativa generada por la vinculación de algún componente del supuesto con otro sistema la que provoca el recurso a esta rama del ordenamiento¹², al margen de que esto se produzca dentro de los límites territoriales de un Estado.

7. Por lo tanto, podrían identificarse tres presupuestos del Derecho internacional privado, siendo el primero la existencia de relaciones caracterizadas por la presencia de un elemento de extranjería. En segundo lugar, el mencionado elemento extranjero cobra sentido por la pluralidad de sociedades o comunidades políticas. Sin que pueda perderse de vista, en tercer lugar, la existencia de soluciones contradictorias entre las diferentes reglamentaciones, lo que provoca la necesidad de respuestas coordinadas e incluso uniformes¹³. Se produce, por tanto, una particular categoría de supuestos, los denominados de tráfico jurídico externo, que surgen de la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos diversos, unida a una actividad de las personas más allá del ámbito de aplicación de uno solo de tales ordenamientos¹⁴. Para lo que resulta indiferente dónde aparezca situado jurídicamente el sujeto, ya que lo importante es su vinculación con más de un ordenamiento y la necesidad de ofrecer en cada caso la solución más justa.

II. El comercio de la electricidad

8. En el contexto de la UE, la electricidad representa una parte completa y vital dentro del balance energético de la Organización Internacional. Su uso contribuye de manera importante a la productividad industrial y la calidad de vida. Además, la electricidad es el principal vector de contribución al uso de las energías primarias como el carbón, el petróleo, el gas natural, la nuclear y las renovables (hidráulica, solar y eólica, fundamentalmente)¹⁵. Sin embargo, la industria eléctrica tradicional ha sido monopolista y nacionalista, contraria a la competencia interior, al libre acceso a las redes y a la libertad de circulación¹⁶. Esta situación descrita se ha debido a los condicionamientos específicos que afectan a dicho sector. Así, por un lado estarían los que podríamos denominar físicos, es decir, aquellos derivados de las propias peculiaridades del sector. Por otro lado, se podrían encontrar los que cabría catalogar de estructurales. Se trata, en este último caso, de los originados por la diversidad de formas que adoptan las empresas eléctricas en los diferentes Estados miembros.

¹⁰ C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Proyecto Docente e Investigador presentado a la prueba de Habilitación Nacional que faculta para concurrir a concursos de acceso al cuerpo de profesores titulares de Universidad (código 2/155/0104), convocada por Resolución de la Secretaría General de Coordinación Universitaria de 5 de marzo de 2004 (BOE NÚM. 78 de 31 de marzo)*, fundamentalmente páginas 15 a 38.

¹¹ Incluso se caracterizaba, en lo formal, por su gran sencillez y en su orientación de fondo, por el respeto a la voluntad de las partes y la *aequitas* como criterio inspirador. *Vid.*, J. ARIAS RAMOS Y J.A. ARIAS BONET, *Derecho Romano I. Parte general. Derechos reales*, 18.ª edición, EDESA, 1986, p. 41.

¹² Por eso, cada vez que una situación o relación incluya en su economía interna elementos vinculados con órdenes jurídicos diferentes se suscita la duda en la que se funda la existencia del Derecho internacional privado, tal y como señala J.M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Civitas, 1997, p. 61.

¹³ A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1988, pp. 34 y 35. Se añade, además, que la autonomía del Derecho internacional privado quedaría así justificada por su contribución al establecimiento de respuestas adecuadas ante la diversidad de ordenamientos y de soluciones nacionales, que pueden ser de carácter directo o indirecto.

¹⁴ E. PÉREZ VERA, "El Derecho internacional privado", en M. GUZMÁN ZAPATER, *Lecciones de Derecho internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 36.

¹⁵ Aunque también el gas presenta similitudes con el sector eléctrico, el mayor peso específico de este último, basado en una fuente de energía derivada que puede ser obtenida de una variada gama de recursos energéticos primarios, concentra especialmente nuestra atención.

¹⁶ *Vid.* G. ARIÑO ORTIZ, "El mercado interior de la electricidad en Europa. Estado de la cuestión y tendencias en el umbral de 1995", *Noticias de la UE*, n.º 125, junio de 1995, p. 14.

9. Dentro de los condicionamientos físicos, podríamos empezar por señalar los tres momentos que integran necesariamente la actividad del sector eléctrico¹⁷. Así, en una primera fase aparece la producción de electricidad a partir de las fuentes de energía primaria, que sigue con la fase de transporte a través de las grandes redes y finaliza con la distribución o suministro a los consumidores. Ahora bien, el transporte por las redes desempeña una función substancial en el correcto funcionamiento del ciclo eléctrico. La electricidad, a diferencia de otros bienes, no puede ser almacenada por el usuario, por lo que la oferta y la demanda tienen que mantener constantemente una correspondencia equilibrada para asegurar el abastecimiento. De tal forma que, en esta labor de ajuste, el transporte de electricidad se convierte en un elemento indispensable, al poner en relación tanto la oferta de electricidad producida como la distribución demandada.

10. Además, la necesidad de coordinar la producción y el consumo de electricidad sin interrupción exige garantizar unos niveles aceptables de fiabilidad y suministro seguro. Esto último, unido al peculiar sistema de transporte empleado en este sector (cables eléctricos, también conocidos como “redes de distribución”) permite calificar esta fase de monopolio natural con intervención del estado¹⁸. Al respecto, se entiende que se origina un monopolio natural, cuando el coste de producción de una empresa individual para producir una cantidad determinada es inferior al que obtendrían varias empresas para producir la misma cantidad¹⁹. En definitiva, ciertas actividades económicas (v.g. las relativas al sector eléctrico), por su propia naturaleza, suelen ser explotadas bajo forma de monopolio. Esta solución parece justificada por las economías de escala que procura un solo operador a nivel nacional²⁰. Es más, las propias peculiaridades del sector eléctrico han conducido a su inserción dentro de la noción de “monopolio natural”, calificado así porque la falta de competencia se debe, en principio, a causas naturales, siendo inimaginable que la concurrencia de otras empresas mejorara la eficiencia de la industria²¹.

11. Asimismo, la electricidad puede ser catalogada como un bien público, esto es, como un bien caracterizado por ser no exclusivo (por ejemplo, el alumbrado público que beneficia a todos con independencia de quien lo pague) o no divisible (por ejemplo, el uso de una biblioteca pública por un individuo que no restringe o impide el uso por otros). Por consiguiente, los bienes públicos pueden ser considerados como necesarios porque son esenciales para el bienestar de la sociedad. Pero surge un problema ya que, debido a la naturaleza de estos bienes, el libre mercado es incapaz de suministrarlos. La causa principal se encuentra en la existencia de las externalidades, es decir, en el hecho de que los particulares no estarán incentivados en invertir en un bien cuyo coste sólo pagan ellos, mientras que los

¹⁷ En este sentido se manifiesta J.M. DÍAZ LEMA, *Sector energético: política y derecho*, Serie ensayos - 6, Palma de Mallorca, 1984, p. 39, que puntualiza, además, lo siguiente: “Tradicionalmente, doctrina y jurisprudencia han acogido la tesis de que era necesario distinguir dentro de la actividad del sector eléctrico tres momentos...”. Por su parte, también J. SALAS HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, reconoce la existencia de tres fases en todo el conjunto del ciclo eléctrico. Mientras que R. MARTÍN MATEO, *Derecho público de la economía*, Editorial CEURA, 1985, p. 146, considera que el sistema eléctrico abarca hasta cuatro segmentos: producción, transporte, distribución y suministro. Además, I. ORTEGA JACKSON, “Modelos de organización de la industria eléctrica”, *Información Comercial Española*, nº 723, noviembre 1993, p. 51, sostiene que un sistema eléctrico se compone de cuatro fases de muy distintas características en cuanto a su consideración económica. Así, mientras que la producción admite la introducción de un cierto grado de competencia, los sistemas de transporte y distribución presentan rasgos de monopolio natural, en tanto que la comercialización del producto eléctrico se presta a la libre concurrencia de agentes.

¹⁸ M. JACCARD, “Oscillating currents. The changing rationale for government intervention in the electricity industry”, *Energy Policy*, vol. 23, nº 7, 1995, p. 580. Además, según este autor, en el sector eléctrico se puede constatar que duplicar los sistemas de distribución a través de empresas competitivas supone unos costes mucho más altos; así como también unas plantas amplias de generación acaban por tener unos costes de producción más bajos que las pequeñas unidades. Por consiguiente, en un sector de este tipo, el resultado óptimo se obtiene cuando el monopolio está permitido, a pesar de tener que estar controlado por alguna forma de intervención estatal con el fin de asegurar una gestión eficiente aunque se renuncie a la obtención de un mayor beneficio.

¹⁹ E. ÁLVAREZ PELEGRY, *Economía industrial del sector eléctrico: estructura y regulación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 43.

²⁰ V. HATZOPOULOS, “L’<Open network provisions> (ONP) moyen de la dérégulation”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 30 (1) janv.-mars 1994, p.63.

²¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y J.M.^a NEBOT LOZANO, “La libre circulación de la energía eléctrica en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 4639, miércoles, 30 de septiembre de 1998, p. 1.

beneficios favorecen a un núcleo más amplio de la sociedad. En tales circunstancias, la intervención estatal es el único medio de asegurar la provisión de estos bienes²². Todo lo cual, crea un obstáculo muy importante para que el sector eléctrico pueda gestionarse en completa libertad, esto es, sin interferencias gubernamentales que dificulten el comercio transfronterizo de electricidad.

12. Por su parte, los condicionamientos estructurales resultan de la variedad de tipos de organización empresarial que existen en el panorama eléctrico. Un primer dato característico de la industria eléctrica en Europa es la elevada concentración en los mercados nacionales. Lo que en el pasado eran industrias eléctricas basadas en un modelo cerrado con derechos de exclusiva²³, en la actualidad se han transformado en estructuras empresariales sustentadas en oligopolios²⁴. Además, en la mayor parte de los casos se produce una considerable integración vertical y se constata una presencia elevada de titularidad pública en el capital de las empresas. Esto último, por ejemplo, genera una importante asimetría entre las privatizadas y las que presentan un volumen significativo de capital público²⁵. En virtud de esa asimetría, se identifican mercados más exigentes o competitivos, frente a otros con una menor disciplina y pocas restricciones. En este segundo caso, se obtienen mayores ventajas que los supuestos donde hay una mayor supervisión y exigencia²⁶. Todo lo cual introduce una gran diversidad, por el diferente grado de intervencionismo que el Estado puede llegar a ejercer sobre el sector.

13. A su vez, la circunstancia relativa a los distintos tipos de organización empresarial existentes, también acaba siendo un obstáculo a la consecución de un mercado eléctrico libre de toda interferencia. Desde países que mantienen la estructura precedente, donde una única empresa controla la mayor parte de las fases del ciclo eléctrico, como Portugal o Grecia, hasta los que muestran una situación más descentralizada, como Italia. También hay situaciones intermedias, donde predomina un grupo de empresas privadas que mantienen el control vertical del ciclo eléctrico, tal y como ocurre en Alemania, España, Holanda y Luxemburgo²⁷. En definitiva, poca homogeneidad que es susceptible de establecer trabas al comercio transfronterizo intracomunitario -por ende, también con terceros Estados- y comprometer las operaciones de intercambio en el sector eléctrico.

1. La liberalización de los intercambios eléctricos

14. Con los datos esgrimidos en el epígrafe anterior, se puede comprender que el mercado eléctrico permanece muy compartimentado, impidiendo el desarrollo normal de las operaciones de intercambio. Por lo tanto, se ha considerado imprescindible proceder a su reestructuración, mediante el establecimiento de medidas legislativas y la aplicación del Derecho de la Unión. En estas dos tareas,

²² B. MITTRA, N. LUCAS & I. FELS, "European energy: balancing markets and policy", *Energy Policy*, vol. 23, nº 8, 1995, p. 690.

²³ G. ARIÑO ORTIZ Y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, "Regulación del sector de la energía", en Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Comares, Granada, 1999, p. 607.

²⁴ E. PALAZUELOS MANSO Y M.J. VARA MIRANDA, "Las reformas liberalizadoras en el sector energético de la Unión Europea", *Revista de Economía Mundial*, 18, 2008, p. 429.

²⁵ L. LÓPEZ DE CASTRO, "Estructura empresarial de la industria eléctrica y gasista. Situación y tendencias", en Ariño y Asociados, *Energía en España y Desafío Europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006, p. 69.

²⁶ J. DE LA CRUZ FERRER, "Las asimetrías reguladoras en el mercado interior de la energía", en Varios autores, *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas jurídicas del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 2002, p. 497.

²⁷ E. PALAZUELOS MANSO Y M.J. VARA MIRANDA, *op.cit.* nota 24, pp. 430 - 432. También el Reino Unido presenta una situación muy descentralizada, con cuotas de mercado diseminadas en todas las fases. Esta característica podría generar preocupación en las autoridades británicas ante la nueva etapa post Brexit. La inquietud estaría relacionada con la segmentación de actividades existente, a cargo de empresas de tamaño medio y pequeño, lo que sería susceptible de favorecer la penetración de grandes compañías extranjeras. De tal forma que la entrada de nuevos competidores sería susceptible de producirse con la adquisición de paquetes mayoritarios o de la totalidad de las empresas nacionales. Este escenario daría lugar a una dinámica concentradora que tendería a re-verticalizar las fases del ciclo eléctrico, pero ahora con mayor control extranjero.

conducentes a la total liberalización del sector eléctrico en la UE, participa activamente la Comisión. Así, las propuestas de medidas legislativas, en concreto directivas²⁸, ante el Consejo para abrir la producción, el transporte y la distribución de electricidad se han debido, sobre todo, a la actuación de la Comisión con arreglo al artículo 114 del TFUE. Aunque también la Comisión ha procedido a la aplicación de las normas del actual TFUE, a través de las decisiones en materia de competencia. Así mismo, se ha exigido por la Comisión ante el Tribunal de Luxemburgo el cumplimiento del Derecho de la UE vigente, en particular, de las normas sobre libre circulación de bienes y sobre competencia. Junto a ello, las instancias judiciales han tenido la ocasión de pronunciarse sobre la interpretación del Derecho de la UE, suministrando las pautas para la correcta apreciación del alcance que la liberalización del sector eléctrico ha de tener en el contexto de la actual Europa de los 27.

15. Por lo tanto, de la combinación adecuada del Derecho derivado y del recurso al actual TFUE se ha ido progresando en la integración del sector eléctrico. Se trata de eliminar los obstáculos existentes en el camino hacia la total liberalización del sector. Liberalización que tiene como objetivo una estructura plenamente concurrencial. Aunque un obstáculo evidente a este respecto podría originarse como consecuencia de la posición dominante de los operadores históricos sobre los mercados liberalizados (por ejemplo, porque posean una parte amplia del mercado o las infraestructuras de red o cualesquiera otros recursos esenciales). Además, su tendencia natural será la de abusar de esta posición dominante para evitar la entrada de nuevos competidores²⁹. Así, hace tiempo que se ha impuesto un enfoque basado en la desregulación y la privatización de las empresas eléctricas³⁰, en tanto en cuanto entra en quiebra la doctrina de los monopolios naturales³¹ y se postula la ideología de la liberalización³². Esto último consiste en la eliminación de todas las regulaciones prolijas y confusas y su sustitución por reglas escasas, de aplicación en espacios territoriales amplios y con los contenidos más claros³³. Igualmente, afecta a

²⁸ A este respecto, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 288 del TFUE, la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

²⁹ D. GERADIN, "L'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau - analyse des principaux enjeux du processus de libéralisation", *Cahiers de Droit Européen*, nº 1 - 2, 1999, p. 28.

³⁰ A este respecto, dicha tendencia se origina como consecuencia de los cambios económicos que se producen en el Reino Unido y en los Estados Unidos a finales de los años 70 y a comienzos de los 80, que se imponen internacionalmente y devienen los elementos de un movimiento que implanta un concepto de gestión pública aceptado de forma casi universal. Así pues, el papel esencial de los poderes públicos se pone en duda y, en su lugar, aparece un movimiento de desregulación y un retorno a las ideas de libre mercado. Además, desde un punto de vista conceptual, la diferenciación tradicional entre sector público y privado se hace menos evidente. En este sentido, *vid.* J. JOHNSTON Y G. CALLENDER, "Gouvernements vulnérables: disqualification inconsciente dans le nouveau modèle mondial économique et managérialiste?", *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1/1997, p.47.

³¹ La doctrina de los monopolios naturales entra en quiebra por haberse opuesto al desarrollo de las empresas en algunos sectores económicos básicos; por el mínimo dinamismo de este tipo de monopolios en materia de innovación tecnológica; su escaso efecto de economía de escala, que no trasciende en reducciones efectivas de los costes; la mínima independencia entre las instancias de regulación y los operadores, que determina inmediatamente la aparición del fenómeno de la captura del regulador por el operador, etc. En este sentido, se manifiesta S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado: I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 18 y 19.

³² A este respecto, el valor libertad económica es el valor estrella. Siendo sus características principales las siguientes: liberalismo político y económico, privatizaciones, eficiencia, competitividad, crítica al igualitarismo, disminución de las redes de seguridad para el perdedor del mercado, enfoque empresarial y neoclasicismo económico. En este sentido, *vid.* L. GÁMIR, "Nuevos valores y el papel relativo del sector público", *Economía española, cultura y sociedad, Homenaje a Juan Velarde*, EUDEMA, Tomo II, 1992, pp. 50 y 51.

³³ En consecuencia, existe, parece ser, un consenso generalizado de que un mínimo de regulación es un componente necesario de los cambios actuales que se están produciendo en el sector eléctrico. De tal forma que habría regulación en todos los Estados miembros, con independencia de que estuviera formalizada o no. Así, en algunos Estados, un acuerdo contractual de planificación tendría una función cuasi-regulatoria; mientras que en otros, un control sobre los precios o las autoridades de la competencia jugarían un papel similar. *Vid.* F. MCGOWAN, "Electricity reform in the EC: Issues and consequences", *Energy Utilities*, November 1993, p. 35. La regulación se configura como el conjunto de reglas legales introducidas en la Unión Europea y en otros países, cuyo objetivo es incentivar la competencia en actividades que se caracterizan por la presencia de una red. Esto último se considera esencial para asegurar la conexión con los usuarios. Al mismo tiempo, produce ventajas importantes y condiciona el balance de la economía, por lo que se justifica la aplicación de unas reglas específicas. *Vid.* J.-P. TRAN THIET, "The regulation of networks and relations between industry and trade: a french perspective", *European Competition Law Review*, Issue 7, 1998, p. 474.

las posiciones jurídicas especiales de que han disfrutado las empresas públicas, sobre todo aquellas encargadas de la gestión de servicios públicos en los Estados europeos³⁴. En consecuencia, se asiste a un aperturismo del mercado, donde el comercio de electricidad deja de estar intervenido solo por el Estado y en el que hay espacio para la iniciativa privada.

2. La naturaleza jurídica de la electricidad: ¿mercancía o servicio?

16. La operaciones internacionales de electricidad podrían verse condicionadas por la consideración que cabría otorgar al objeto sobre el que versan las mismas. Se trata de dilucidar ahora si los intercambios transfronterizos recaen sobre una mercancía o un servicio. Con carácter previo, conviene señalar que por mercancías se entienden aquellas que pueden ser valoradas en dinero y objeto de transacciones comerciales³⁵. Como es posible apreciar se acoge una noción amplia de bienes, dentro de la cual podría estar incluida la electricidad, al satisfacer completamente los requisitos exigidos. No obstante, la consideración de la electricidad como mercancía no ha sido unánimemente acogida en todos los Estados miembros. Así, por lo que respecta a España, en la contestación dada por el Gobierno a una carta de emplazamiento que, en uso del artículo 169 del Tratado de Roma (actual artículo 258), dirigió la Comisión a distintos países durante el mes de agosto del año 1991, entre ellos a nuestro país, por la que se declaraba la incompatibilidad del régimen de monopolio estatal de carácter comercial en el ámbito de la electricidad con el Tratado CE (actual TFUE), se niega que la electricidad deba ser catalogada como mercancía a efectos del Derecho comunitario³⁶.

17. En concreto, el Ministro español alegó que la cuestión de si la energía eléctrica debía caracterizarse a efectos jurídicos como mercancía, como servicio o como un *tertium genus* era muy debatida y objeto de soluciones divergentes. Ello deriva de la extrema dificultad intelectual de clasificar el fenómeno físico de la energía eléctrica como un producto que pueda ser objeto de entrega, y eventualmente de entregas sucesivas hasta su consumo por el adquirente final. En efecto, la energía eléctrica no puede identificarse como producto en cada uno de los momentos ideales en que puede ser objeto de intercambio. Por el contrario, sólo es perceptible en sus efectos, esto es, en el momento de ser utilizada por el usuario final. La energía eléctrica se utiliza de modo inmediato en el mismo instante en que se genera, se transporta y se distribuye. En consecuencia, no es almacenable (a diferencia de las mercancías), de manera que el sistema eléctrico debe utilizar en todo momento la capacidad necesaria para atender instantáneamente la demanda. Por otra parte, entre los dos polos del circuito eléctrico (generación y consumo) tiene lugar una serie de actividades sin las cuales la interacción sería imposible, de manera que no cabe concebir la adquisición de la energía eléctrica en cuanto que supuesto producto sin la adquisición simultánea de los servicios que le son inseparables. En este sentido, el transporte de energía eléctrica cumple funciones de transformación, ya que, por razones técnicas, la electricidad generada en las centrales no es directamente utilizable por los usuarios finales³⁷.

18. Por consiguiente, de los datos anteriores cabría extraer la conclusión de que la electricidad estaría comprendida más bien en el concepto de servicio que en el de mercancía. Lo que, además, se podría desprender de la jurisprudencia comunitaria. Así, en la sentencia *Schindler*³⁸, que resolvió una cuestión prejudicial, el Juez nacional solicitó que se dilucidase si las loterías estaban comprendidas, al menos parcialmente, en el ámbito del artículo 30 del Tratado (actual artículo 34), en la medida en que

³⁴ S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado: I. Los fundamentos*, op.cit. nota 31, pp. 18 - 21.

³⁵ Sentencia de 10 de diciembre de 1968, asunto 7/68, *Commission of the European Communities c. Italian Republic*, EU:C:1968:51, p. 423, apartado 1, párrafo 5.

³⁶ Respuesta Oficial del Ministro de Industria español al Comisario de política de competencia e instituciones financieras, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 4, 1991, pp. 27 y ss.

³⁷ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

³⁸ Sentencia de 24 de marzo de 1994, asunto C-275/92, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler y Jörg Schindler*, EU:C:1994:119.

suponían el envío y la difusión, en grandes cantidades, de objetos materiales como cartas, prospectos publicitarios o billetes de lotería. Al respecto, el Tribunal de Justicia respondió de manera negativa, señalando que dichas actividades no eran modalidades concretas de organización o de funcionamiento de una lotería y, con arreglo al Tratado, no podían considerarse con independencia de la actividad de lotería a la que estaban vinculadas. La importación y la difusión de objetos no eran fines en sí mismos, sino que estaban destinados solamente a permitir la participación en la lotería de los habitantes de los Estados miembros en los que dichos objetos se importan y difunden. En consecuencia, las actividades de lotería no eran actividades relativas a mercancías, sino que debían considerarse actividades de servicios en el sentido del Tratado.

19. Por su parte, en la sentencia *ERT*³⁹, el Tribunal de Justicia recordó que las emisiones de mensajes televisados estaban comprendidas dentro de las reglas del Tratado relativas a las prestaciones de servicios y que un monopolio en materia de televisión, al ser un monopolio para la prestación de servicios, no era, de por sí, contrario al principio de la libre circulación de mercancías. Ahora bien, los intercambios relativos a toda clase de materiales, soportes de sonido, películas y otros productos utilizados para la difusión de mensajes televisados estaban sujetos a las normas relativas a la libre circulación de mercancías. En consecuencia, la concesión a una sola empresa de derechos exclusivos en materia de emisión de mensajes televisivos y la atribución a tal efecto de la facultad exclusiva de importar, alquilar o distribuir los materiales y productos necesarios para la difusión no constituía, de por sí, una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, en el sentido del artículo 30 del Tratado (actual artículo 34), salvo que se diera lugar, directa o indirectamente, a una discriminación entre productores nacionales y productos importados en perjuicio de estos últimos.

20. Así pues, de las sentencias *Schindler* y *ERT* se podría deducir que las actividades consistentes en la importación o exportación de una mercancía realizada con el único objetivo de prestar un determinado servicio quedan absorbidas por este último y, por esa razón, no entran en el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre la libre circulación de mercancías. Lo que, además, sería predicable de la electricidad, ya que su importación y exportación constituyen meros actos de gestión de la red de que se trate, lo que conduce a que sólo pueden considerarse incluidos en el concepto de servicio. No obstante, el Abogado General, Sr. Georges Cosmas, en las sentencias de 23 de octubre de 1997⁴⁰, señaló que en Derecho comunitario -habida cuenta de que el concepto de servicio tiene, como directamente se desprende del artículo 60 del Tratado (actual artículo 57), carácter subsidiario con respecto al concepto de mercancía- la mediación de servicios sin cuya prestación no es posible el uso de un bien no basta para privar a éste del carácter de mercancía si, pese a todo, este bien es el objeto primero y principal perseguido por los contratantes. Por consiguiente, a pesar de las particularidades de la electricidad, esta forma de energía puede ser, y es en la práctica, objeto de transacciones comerciales, en el marco de las cuales los contratantes (como, por ejemplo, el distribuidor o el consumidor final) la consideran como un bien que no sólo conserva plenamente su autonomía con respecto a las diversas actividades necesarias para hacer posible, tras la producción, su transporte, distribución y consumo, sino que mantiene, respecto a esas actividades, una relación de principal a secundario.

21. Además, el Abogado General abordó en sus conclusiones la posibilidad de que las sentencias *Schindler* y *ERT* pudieran justificar que la importación y exportación de electricidad fueran actividades sujetas a las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios. Así, por lo que respecta a la primera sentencia, se establece que las diferencias entre la actividad a la que se refiere la sentencia *Schindler* y una actividad consistente en importar o exportar electricidad para su posterior distribución o

³⁹ Sentencia de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas*, EU:C:1991:254.

⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Georges Cosmas, presentadas el 26 de noviembre de 1996, asuntos C-157/94, C-158/94, C-159/94 y C-160/94, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de los Países Bajos, República Italiana, República Francesa y Reino de España*, en especial, apartados 12 - 17.

consumo son claras. En el marco de esta última actividad, el objetivo de la correspondiente transacción es la adquisición o transmisión de la electricidad sin que la autonomía de dicho objetivo (su carácter de fin en sí mismo) se vea afectada en lo más mínimo por el hecho de que, para su realización, el interesado deba probablemente convertirse en destinatario de unos servicios prestados a cambio de remuneración. Mientras que en el caso *ERT* se señala que en modo alguno puede considerarse que la apreciación, según la cual la facultad exclusiva de importación de mercancías que se concede para facilitar el ejercicio del derecho exclusivo de prestación del servicio, no constituye, de por sí, una medida de efecto equivalente, excluya *a priori* del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías la actividad de importación o exportación de una mercancía cuya adquisición o transmisión están vinculadas a la prestación de un servicio o, incluso, la presuponen, cuando, como sucede en el caso de la importación o exportación de electricidad, dicha adquisición o transmisión constituyen fines que conservan plenamente su autonomía con respecto al mencionado servicio.

22. Por consiguiente, la electricidad constituye una mercancía a efectos del Derecho de la UE y actividades como la importación o exportación de esta forma de energía están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones referentes a la libre circulación de mercancías. A este respecto, el Consejo de Estado español, en su Dictamen núm. 1.616/92, Sección 8ª, 21-01-93, estima que la configuración de la electricidad como servicio supondría una mayor complejidad técnica y una mayor dificultad argumental, que además no evitaría la posible aplicación de otras reglas del Tratado con efectos similares a los que se contemplan⁴¹. Lo que, además, han venido a corroborar, tanto la Nomenclatura Aduanera Comunitaria, donde la electricidad se considera una mercancía (código NC 27.16)⁴², como la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1994 en el caso *Almelo*⁴³, cuando expresamente señala que en Derecho comunitario, y también por otra parte en los Derechos nacionales, se acepta comúnmente que la electricidad constituye una mercancía. Tampoco la OMC ha permanecido al margen de esta polémica y se ha manifestado en idénticos términos, en el caso *Canadá-determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable/Canadá-medidas relativas al programa de tarifas reguladas*⁴⁴, resuelto por el Órgano de Apelación del Mecanismo de Solución de Diferencias. En concreto, se ha considerado que las adquisiciones gubernamentales de electricidad son compras de bienes por el gobierno en el sentido del artículo 1.1. a) 1) iii) del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC).

III. El *pactum de lege utenda* en los contratos de electricidad

23. La apertura del mercado energético presenta especiales dificultades en los sectores del gas y la electricidad, ya que al ser redes de distribución han disfrutado de una mayor protección nacional. Así, mientras que el resto de las energías presentan una estructura más competitiva, las dos anteriores están condicionadas por su sistema de transporte y distribución, que solo puede ser realizado a través de redes y en la mayoría de los casos dichas redes se encuentran en manos de monopolios o empresas con derechos exclusivos. Aunque también el gas presenta problemas relativos a la libre circulación en el mercado, se considera que la electricidad es la que tiene un mayor peso específico. Este protagonismo deriva de su catalogación como una fuente de energía derivada que puede ser obtenida de una variada gama de recursos energéticos primarios, entre ellos, los del gas⁴⁵. En cualquier caso, la relación entre ambas energías es di-

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, “Sistema eléctrico, explotación unificada, Ley 49/1984, de 26 de diciembre”, *Recopilación de Doctrina Legal*, Año 1993, p. 1431.

⁴² DOCE nº C 212 A, de 23 de julio de 1999, p. 894.

⁴³ Sentencia de 27 de abril de 1994, asunto C-393/92, *Gemeente Almelo y otros c. Energiebedrijf Ijsselmij NV*, EU:C:1994:171, p. I-1477, apartado 28.

⁴⁴ WT/DS412/AB/R y WT/DS426/AB/R, de 6 de mayo de 2013, apartado 5.128, que se puede consultar en el siguiente enlace: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/412ABR.pdf&Open=True> (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁴⁵ L. MORENO BLESA, *Derecho de la Unión Europea*, 1ª edición, Colex, 2002, p. 301.

rectamente proporcional, ya que los impactos que afecten a cualquiera de ellas, se van a traducir inmediatamente en consecuencias para la que le corresponda. Así, se comprende cómo el incremento del precio en el gas ruso ha elevado exponencialmente el de la electricidad, lo que también se ha reflejado en el de los bienes y servicios por la necesidad de energía para la realización de cualquier actividad humana.

24. Se entiende que la UE se haya preocupado de este trascendental ámbito de la actividad económica y haya adoptado, por un lado, el Reglamento (UE) 2019/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativo al mercado interior de la electricidad⁴⁶ y, por otro, la Directiva 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad⁴⁷. Mientras que el primero contiene normas fundamentalmente sobre el mercado mayorista y la explotación de la red, la segunda regula principalmente los mercados minoristas de electricidad. En ambos casos, se constata que, en la actualidad, el sector eléctrico está considerado un mercado donde las empresas se inclinan hacia la satisfacción de intereses económicos y en el que se tiende a la fijación de los precios según las leyes de la oferta y la demanda. Aunque, al mismo tiempo se comprueba la presencia de un alto componente público, lo que responde a la intervención del Estado en aras de garantizar la seguridad del suministro. El resultado es un *mixti fori* de lo público y lo privado en la regulación aplicable a las relaciones contractuales entre los operadores económicos⁴⁸. Para ilustrar aún más si cabe los condicionamientos que afectan en estos momentos a los intercambios de electricidad, se hará referencia, a continuación, a las normas de la OMC y al Derecho aplicable a los contratos en este particular sector.

1. Los Acuerdos de la OMC y el Tratado sobre la Carta de la Energía

25. Aunque se constata la inexistencia de una regulación específica en materia de energía en los Acuerdos de la OMC, resulta posible indicar que sus disposiciones se aplican a todas las formas de comercio y, por ende, también al de electricidad⁴⁹. La falta de atención de las normas que disciplinan el comercio internacional se puede achacar a que, en el momento de la negociación de las reglas del GATT, la demanda mundial de energía era una fracción de lo que representa hoy y, por lo tanto, también los precios jugaban un papel menos preponderante en el conjunto de la economía global⁵⁰. Tampoco la energía se trató como un sector separado en las negociaciones sobre los servicios que tuvieron lugar durante la Ronda Uruguay. En aquel momento, el mercado de la energía estaba controlado en gran medida por empresas estatales de servicios públicos cuyas operaciones abarcaban toda la cadena de actividades⁵¹. Sin embargo, la tendencia a la privatización y liberalización de los mercados energéticos nacionales iniciada en la década de 1990 ha aumentado la participación de operadores privados en el sector e introducido inestabilidad al sistema. Hasta tal punto se han desestabilizado los mercados, que la invasión Rusa de Ucrania y sus efectos perniciosos en los suministros de energía junto con el incremento exponencial de los precios han activado la alarma en la OMC sobre la necesidad de contar con un acuerdo sectorial de carácter integral en materia de energía. Incluso se ha planteado la posibilidad de utilizar el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) como modelo para elaborar ese otro de mayor calado en el contexto de las normas que disciplinan el comercio internacional a nivel mundial⁵².

⁴⁶ DOUE L 158/54 de 14.06.2019.

⁴⁷ DOUE L 158/125 de 14.06.2019.

⁴⁸ S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes. Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la competencia*, Comares, Granada, 2001, pp. 297 y 322.

⁴⁹ T. COTTIER, G. MALUMFASHI, S. MATTEOTTI-BERKUTOVA, O. NARTOVA, J. DE SÉPIBUS AND S. Z. BIGDELI, "Energy in WTO Law and Policy", in T. COTTIER AND P. DELIMATSIS (Eds.), *The prospects of international trade regulations: from fragmentation to coherence*, Cambridge University Press, 2011, p. 215.

⁵⁰ M.A. ADELMAN, "World Oil Production and Prices 1947-2000", *Quarterly Review of Economics and Finance*, 42, 2002, pp. 169 y 170.

⁵¹ OMC, *Servicios de energía*, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/energy_s/energy_s.htm (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁵² R. LEAL-ARCAS Y E. ÁLVAREZ ARMAS, "The climate-energy-trade nexus in EU external relations", in *EU Climate Diplomacy Politics, Law and Negotiations*, Routledge, 2018, pp. 153-168.

26. Por lo que respecta al Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), cabe indicar que sus orígenes más remotos se remontan a la desintegración de los regímenes comunistas de la Europa Central y del Este. Como consecuencia, el Primer Ministro holandés, Ruud Lubbers, propuso en el Consejo Europeo de Dublín, celebrado el 25 y 26 de junio de 1990, la creación de una red europea de la energía. En concreto, el memorándum presentado en Dublín por el Primer Ministro Lubbers, proponía aprovechar los aspectos complementarios que se daban entre la entonces Comunidad (actual UE), la URSS y los países de la Europa Central y del Este, mediante la creación de una Comunidad Europea de la Energía⁵³. Como consecuencia, todas las partes implicadas dispondrían de un nuevo marco que les permitiría aumentar los intercambios y reforzaría la estabilidad del conjunto del sistema energético. Para la mayoría de los países de Europa occidental, la creación de una Comunidad Europea de la energía ofrecía la oportunidad de asegurar flujos de energía a largo plazo procedentes de la antigua Unión Soviética. En particular, dentro de la UE la dependencia de las importaciones de gas estaba incrementándose y muchos Estados miembros se encontraban en una situación de dependencia elevada respecto de las importaciones petrolíferas de países no europeos. Por consiguiente, a la vista del aumento de la inestabilidad en el Oriente Medio después de la invasión de Kuwait y la intensidad de los conflictos entre el gobierno y los fundamentalistas islámicos en Argelia, la seguridad de los suministros futuros de petróleo y gas desde otras regiones se convierte en el objetivo fundamental de la UE y de muchos de sus Estados miembros⁵⁴.

27. Las negociaciones finalizaron en 1991 con la adopción de una Carta Europea de la Energía (CEE), que fue adoptada mediante la firma de un documento final en una conferencia celebrada en la Haya los días 16 y 17 de diciembre de 1991. Los signatarios de la Carta fueron un total de 40 Estados más la UE⁵⁵, aunque posteriormente se fueron adhiriendo nuevos países⁵⁶. En la práctica, la CEE era un acuerdo intergubernamental, pero diseñado fundamentalmente para movilizar al sector privado. A este respecto, más de 20 países tendrían que pasar de una economía planificada a un sistema donde la responsabilidad gubernamental estaría limitada al establecimiento de unas reglas básicas para el correcto funcionamiento del mercado y su control⁵⁷. Con todo, la naturaleza jurídica de la Carta constituía una especie de código de conducta o declaración solemne de principios políticos, económicos, energéticos y medioambientales que los países signatarios se comprometían a respetar. Tal declaración de intenciones no tendría un carácter vinculante. Sin embargo, el valor de este texto reside en demostrar por primera vez un consenso en las afinidades e interdependencias existentes en el sector energético europeo. De tal forma que este código de conducta establece las reglas básicas generales por etapas para responder a los cambios en la seguridad y la diversificación de los suministros energéticos y la protección del medio ambiente⁵⁸.

28. En cualquier caso, los signatarios de la CEE se comprometieron a perseguir los objetivos y principios de la Carta, así como a aplicar y ampliar su cooperación a la mayor brevedad mediante la negociación de buena fe de un acuerdo básico y ciertos protocolos. Con esta finalidad, la Conferencia sobre la CEE inició los trabajos relativos a un acuerdo básico, más adelante denominado el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), cuyo objetivo sería el fomento de la cooperación industrial Este-Oeste mediante el establecimiento de salvaguardias jurídicas en campos como la inversión, el tránsito y el comercio. Se iniciaron también negociaciones sobre Protocolos en el campo de la eficacia energética, seguridad nuclear e hidrocarburos, si bien en este último caso se suspendieron posteriormente hasta la conclusión del TCE.

⁵³ COM (91) 36 final, Una Carta Europea de la Energía, Bruselas, 20 de febrero de 1991, p. 2.

⁵⁴ J. DORÉ, "Negotiating the Energy Charter Treaty", in Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, pp. 137 - 155.

⁵⁵ Albania, Armenia, Australia, Austria, Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Kazajistán, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, La Federación Rusa, España, Suecia, Suiza, Tayikistán, Turquía, Ucrania, Reino Unido, Estados Unidos y Uzbekistán.

⁵⁶ La lista de los países miembros de la Carta Europea de la Energía puede encontrarse actualizada en la página web dedicada a la Carta Internacional de la Energía: <https://www.energycharter.org> (fecha de consulta. 2 de enero de 2023).

⁵⁷ R. BAUW, "Government promotion of markets: The European Energy Charter", *Energy Policy*, vol. 20, nº 5, May 1992, p. 431.

⁵⁸ C. WAETERLOOS, "Why a European Energy Charter?", *Energy in Europe*, nº 17, July 1991, p. 10.

29. Finalmente, las tareas relativas al TCE y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados fueron concluidas satisfactoriamente y el 17 de diciembre de 1994 eran firmados en Lisboa los textos del Tratado y el Protocolo respectivamente⁵⁹, entrando en vigor para la UE el 16 de abril de 1998, tras el depósito del trigésimo instrumento de ratificación el 16 de enero de 1998, de conformidad con el apartado 1 del artículo 44 del Tratado sobre la Carta de la Energía y del apartado 1 del artículo 18 del Protocolo⁶⁰. No obstante, de acuerdo con el artículo 45 del TCE que permite la aplicación provisional del Tratado a la espera de su entrada en vigor, la UE se decantó por dicha aplicación desde el momento de su firma⁶¹. A este respecto, los signatarios del Tratado fueron un total de 41 Estados más la UE⁶²; mientras que los signatarios del Protocolo se quedaron en un total de 39 Estados más la UE⁶³. Aunque tanto en un caso como en otro, la lista de los participantes fue ampliándose posteriormente⁶⁴.

30. La necesidad de poner al día los postulados del TCE llevaron a las partes contratantes a la firma, en 2015, de la Carta Internacional de la Energía (CIE). Se trata de una declaración de intenciones política que tiene como objetivo fortalecer la cooperación energética entre los Estados signatarios y que no conlleva ninguna obligación legalmente vinculante o compromiso financiero. Establece principios comunes para la cooperación internacional en el campo de la energía y refleja algunos de los desafíos energéticos más actuales del siglo XXI, entre otros el peso creciente de los países en desarrollo para la seguridad energética mundial o el “trilema” entre seguridad energética, desarrollo económico y protección del medio ambiente. En definitiva, la CIE promueve la cooperación energética mutuamente beneficiosa entre las naciones en aras de la seguridad y la sostenibilidad energéticas. Pero no cabe duda de que es el TCE el que más beneficios puede reportar a los sujetos destinatarios de sus normas, por el efecto directo o carácter obligatorio de los preceptos que contiene. Esto último resulta evidente, sobre todo, a la luz del artículo 26, apartado 2, letra a) del Tratado⁶⁵, que permite a un inversor de una Parte contratante, implicado en una controversia relativa al supuesto incumplimiento de otra Parte contratante de una obligación derivada de la Parte III del Tratado, plantear la resolución del litigio ante los Tribunales ordinarios o administrativos del potencial infractor.

31. En definitiva, el TCE cubre la protección de las inversiones, el tránsito, el comercio y la eficiencia energética. Es un instrumento importante para conseguir una base legal en materia de seguridad energética y contribuir al fortalecimiento del estado de Derecho en cuestiones de energía. Su objetivo es

⁵⁹ Vid., DOCE n° L 380, de 31 de diciembre de 1994:

- Acta final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía;
- Anexo 1: El Tratado sobre la Carta de la Energía;
- Anexo 2: Decisiones con respecto al Tratado sobre la Carta de la Energía;
- Anexo 3: Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados.

⁶⁰ Información sobre la entrada en vigor del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, DOCE n° L 69/116, de 9.3.98.

⁶¹ Decisión del Consejo 94/998/CE, de 15 de diciembre de 1994, relativa a la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía por parte de la Comunidad Europea; y Decisión del Consejo 94/1067/Euratom, de 15 de diciembre de 1994, por la que se aprueba la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía mediante Decisión de la Comisión en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; ambas en DOCE n° L 380, de 31 de diciembre de 1994.

⁶² Albania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Kazajstán, Kirguizistán, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, La Federación Rusa, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Tayikistán, Turquía, Ucrania, Reino Unido.

⁶³ Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Kazajstán, Kirguizistán, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Países Bajos, Polonia, Portugal, La Federación Rusa, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Tayikistán, Turquía, Ucrania, Reino Unido.

⁶⁴ La lista de los países miembros del Tratado y del Protocolo puede encontrarse actualizada en la página web dedicada a la Carta Internacional de la Energía: <https://www.energycharter.org> (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁶⁵ P. MUCHLINSKI, “The Energy Charter Treaty: Towards a new international order for trade and investment or a case of history repeating itself?”, en *Wälde, Thomas W.: The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*, Kluwer, London, 1996, p. 222.

crear un conjunto de reglas que deben observar todos los gobiernos participantes, mitigando los riesgos asociados con la inversión y el comercio relacionados con la energía. El TCE se basa en los principios de mercados abiertos, competitivos y desarrollo sostenible, así como en la provisión de normas legales para las inversiones, el comercio y el tránsito. Además, cuando el TCE se refiere a la regulación del comercio de energía, se remite a las reglas de la OMC, por lo que ambos instrumentos jurídicos mantienen concomitancias más que evidentes⁶⁶. Ahora bien, el TCE no se aplica a Rusia, ya que no es Parte contratante, aunque sí lo son la UE y Ucrania. Por lo tanto, estas últimas podrían regular sus relaciones a través de este acuerdo sectorial, mientras que los contenciosos sobre el comercio internacional de energía con Rusia tendrían que resolverse por las normas de la OMC. En concreto, los tres son miembros de esta Organización Internacional⁶⁷, por lo que cualquier intercambio internacional de electricidad entre ellos debería de respetar todo el conglomerado normativo surgido tras la Ronda Uruguay.

32. En consecuencia, deben tenerse en cuenta los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías, donde el GATT se erige en la piedra angular del sistema. La no discriminación es el núcleo del sistema multilateral de comercio y está consagrada en el GATT de varias maneras. Así, a través de la cláusula de la nación más favorecida (NMF) (artículo I), donde se prescribe que el trato más favorable otorgado a un miembro de la OMC debe extenderse a todos los demás miembros de la OMC. También la cláusula de trato nacional (TN) (artículo III:2), al garantizar que cuando los bienes ingresan al territorio de otro miembro de la OMC, no pueden recibir un trato menos favorable que los bienes nacionales 'similares'. Además, la aplicación de restricciones cuantitativas a la importación y exportación está prohibida en el artículo XI:1 del GATT. Con todo, las obligaciones anteriores podrían ser excepcionadas a través de los artículos XX (excepciones generales) y XXI (excepciones relativas a la seguridad). Este último es el que cobraría una importancia mayor en este momento, por cuanto en la letra b), apartado ii) permite desviarse del cumplimiento de las obligaciones GATT en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional. Pero no serían las únicas normas de la OMC aplicables al comercio internacional de electricidad, ya que también habría que tener en cuenta el GATS sobre el comercio de servicios, el TRIP's en materia de propiedad intelectual y el Acuerdo Plurilateral sobre la Contratación Pública, aunque en este último Rusia no participa como miembro de pleno Derecho, sino solo en calidad de observador⁶⁸. En definitiva, se constata la existencia de normas de obligado cumplimiento para la gobernanza del comercio internacional de electricidad, aunque podría ser el momento de plantear también la conveniencia de una regulación más especializada o sectorial.

2. El Derecho aplicable a los contratos de electricidad

33. De forma parecida a lo que pudiera suceder en los contratos petrolíferos internacionales⁶⁹, en los de electricidad también hay un elevado componente de lo público en el negocio. No en vano, la ley española del sector eléctrico, la 24/2013, de 26 de diciembre⁷⁰, declara en su artículo 2, apartados 2 y 3, que el suministro de energía eléctrica constituye un servicio de interés económico general y que corresponde al Gobierno y a las Administraciones Públicas la regulación y el control de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica. En cualquier caso, lo anterior no es óbice para que las diferentes relaciones jurídicas que puedan entablarse en el conjunto del sistema tengan naturaleza contractual. Así,

⁶⁶ S. DEFILLA, "Good governance for a global electricity grid: What are the ingredients?", in T. COTTIER AND I. ESPA (Eds.), *International Trade in Sustainable Electricity. Regulatory Challenges in International Economic Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 91 y 92.

⁶⁷ Vid. el listado de los miembros de la OMC en el siguiente enlace: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁶⁸ A.-A. MARHOLD, *Energy in International Trade Law. Concepts, Regulation and Changing Markets*, Cambridge University Press, 2021, pp. 67 a 101.

⁶⁹ Vid. C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, "Consideraciones sobre la ley aplicable a los contratos petrolíferos internacionales", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno XLV, N. 2, Aprile-Giugno 2009, pp. 351-386.

⁷⁰ BOE núm. 310, de 27/12/2013.

en el caso de los *power purchase agreement* (PPA)⁷¹, la *European Federation of Energy Traders* ha publicado un modelo estándar de contrato de suministro de energía, que contiene una cláusula 31 donde se permite sujetar el mismo a la legislación de cualquier país y, asimismo, se posibilita elegir la fórmula de resolución de los conflictos o controversias a través del arbitraje o sometimiento a la jurisdicción nacional⁷². De conformidad con la norma española de DIPr que permite el *pactum de lege utenda* que se acaba de indicar, esto es, el Reglamento 593/2008 (Roma I)⁷³, se acepta que las partes designen una ley que no tenga conexión con los hechos del contrato o que elijan diferentes leyes para distintas partes del contrato, así como modificar la ley aplicable en cualquier momento. Incluso si los contratantes no han determinado la ley, pero han seleccionado una concreta jurisdicción, podría servir para derivar de la sumisión expresa una elección implícita del Derecho aplicable, salvo que todos los demás aspectos de la relación jurídica apunten a la toma en consideración de otro ordenamiento⁷⁴. Se infiere de lo anterior una apuesta indubitada por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que otorga el protagonismo a los sujetos que intervienen en el contrato para la determinación del *forum* y el *ius*.

34. También hay que tener en cuenta la participación de los consumidores en la contratación del suministro eléctrico, lo que se realizará sin excepción alguna a través del correspondiente comercializador⁷⁵. No cabe duda sobre la posible conexión del contrato con más de un ordenamiento jurídico, ya que en el listado de comercializadoras de electricidad que facilita la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia⁷⁶, las hay nacionales y extranjeras. Se trata de contratos que se hallan desregulados, por lo que, únicamente estarán sujetos al régimen que libremente pacten las partes y a las disposiciones aplicables del Derecho privado⁷⁷. Aunque también se encuentran afectados por ciertas intromisiones administrativas, lo que parece consustancial con un sector, como el eléctrico, en el que resulta característica la presencia de un régimen de <Derecho administrativo privado>⁷⁸. Por lo tanto, se configura como un sistema donde confluyen reglas de Derecho privado, junto a otras de Derecho público. Esta situación da lugar a un régimen jurídico de mixtura normativa compuesto por un Derecho administrativo regulador de agentes que se mueven en una órbita de Derecho privado⁷⁹. Esta última característica, unida a la presencia del elemento extranjero en la relación jurídica considerada es la que permite acudir a las normas de DIPr para la determinación de la ley aplicable al contrato de suministro eléctrico.

35. De nuevo, resultará pertinente acudir al Reglamento Roma I para resolver los conflictos de leyes en materia de contratos de consumo. Para este supuesto se recurre al principio de mayor favorabilidad, permitiendo a las partes la elección de la ley aplicable, pero sin que ello prive al consumidor de la protección que le ofrecen las leyes del país de su residencia habitual si el contrato se ha concluido en determinadas circunstancias⁸⁰. También habría que tener en cuenta para el contrato de consumo o entre

⁷¹ Se trata de acuerdos de consumo de energía a largo plazo entre empresas consumidoras de energía y promotores de instalaciones de energía renovable, que actúan como un mecanismo para garantizar la estabilidad de las inversiones en renovables. El desarrollador se beneficia de la garantía de ingresos fijos a largo plazo, que aportan viabilidad al proyecto y facilita su financiación externa, mientras que el consumidor consigue un consumo energético 100% verde y con precio estable. *Vid.* J.I. PEÑA, R. RODRÍGUEZ Y S. MAYORAL, *Productos financieros para la transición energética*, Funcas, 2020, <https://www.funcas.es/wp-content/uploads/2020/09/Productos-financieros-para-la-transición-energética-DIGITAL.pdf> (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁷² European Federation of Energy Traders, *Power Purchase Agreement*, <https://www.efet.org/home/documents?id=31> (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁷³ Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DOUE L177/6 de 4.7.2008.

⁷⁴ A. BRIGGS, *The conflicts of laws*, Oxford University Press, 2002, pp. 159 y 160.

⁷⁵ N. ENCINAR ARROYO, *Derecho del comercio eléctrico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 689.

⁷⁶ Listado de comercializadoras de electricidad de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia: <https://sede.cnmec.gob.es/listado/censo/2> (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

⁷⁷ L. MATA MAYRAND, “Contratos no regulados”, en V. ÁLVAREZ RIERA, et al., *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas jurídicas del sector eléctrico*, Civitas, 2002, p. 112.

⁷⁸ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “El suministro en el sector energético”, en M. SANTOS RECH Y F. CAMEO BEL (Coords.), *Derecho de la Energía*, La Ley, 2006, p. 160.

⁷⁹ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general...*, op. cit. nota 48, p. 324.

⁸⁰ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Editorial Aranzadi, sexta edición, 2021, pp. 377 y 378.

empresas las leyes de policía del ordenamiento del foro y se podría dar efecto a las normas imperativas del país en que las obligaciones derivadas del contrato tuvieran que ejecutarse. Se trata de prestar atención a todas las técnicas de reglamentación que incidan en la solución de las controversias, cuando estas últimas hayan surgido de la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos. En concreto, lo que deberá ser observado es la relación existente entre el Derecho público y privado y las reglas de conflicto. De tal forma que se podrán dar casos de interpenetración, que incluyan Derecho público con elementos de Derecho privado o lo contrario, reglas entrelazadas de Derecho público y Derecho privado, así como finalmente, alternativas de Derecho público-Derecho privado para la regulación del correspondiente contrato⁸¹.

36. En cualquier caso, tanto los contratos entre empresas como los celebrados por los consumidores, se encuentran condicionados por reglas de intervención económica de obligado cumplimiento existentes a nivel internacional. En efecto, las normas de la OMC facilitan la continuidad de los flujos de energía gracias al establecimiento de reglas que disciplinan los intercambios internacionales. El tráfico energético externo entre la UE, Rusia y Ucrania se mantiene y queda circunscrito a las reglas del mercado, transparencia y no discriminación. Estas últimas, en tanto que suponen obligaciones económicas previstas en un marco jurídico multilateral y destinadas a disciplinar el comercio internacional, pueden llegar a invalidar las normas discriminatorias de DIPr⁸². Así, en el caso de que las reglas de conflicto condujeran a la elección de un Derecho aplicable que resultara contrario a las obligaciones económicas internacionales, dicha designación podría llegar a ser rechazada⁸³. Se trata, en definitiva, de la confluencia de las normas directas e indirectas en las relaciones que se vinculan con más de un ordenamiento jurídico. De otro modo dicho, lo que se produce es una inextricable convivencia entre las obligaciones positivas y las normas basadas en puntos de conexión, que debe resolverse a través de la confluencia y el enriquecimiento mutuo, en lugar de acudir al choque y la absorción de unas por otras⁸⁴.

37. El objetivo es conseguir un enfoque holístico que tenga en cuenta todas las estructuras normativas que inciden en la regulación del tráfico jurídico externo. Sin que se impida cuestionar la aplicación indiscriminada de lo que parezcan valores absolutos, lo que podrá realizarse a través del principio de la razonabilidad. De tal forma que se admita un planteamiento misceláneo del DIPr sobre la base de conceptos tales como las expectativas razonables, vínculos más estrechos, el deber de evaluar y equilibrar, la distinción entre solapamiento normativo y conflicto directo, así como entre colisión potencial y enfrentamiento real⁸⁵. Por lo que, para el caso que nos ocupa, se trataría de permitir la determinación del derecho aplicable por la norma de conflicto, pero sin desvirtuar las exigencias imperativas que correspondan. De manera que, cuando esto último se conculca, lo primero quedará desactivado, lo que da buena muestra de la importancia que tienen unos aspectos u otros. Estas normas imperativas, por tanto, presentan un carácter reforzado en su aplicación al tráfico externo, en tanto que encuentran su origen en un interés público de tal envergadura que justifica su aplicación directa, al margen de lo dispuesto por la *lex contractus*⁸⁶.

Respecto a las circunstancias determinadas que deben de producirse para que la elección de la ley por las partes no prive al consumidor de la protección que le ofrecen las leyes del país de su residencia habitual, se concretan en dos variables, una de carácter material y la otra de naturaleza territorial. En relación con la primera, se exige que el contrato se haya celebrado entre un profesional que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional y una persona física que intervenga para un uso ajeno a su actividad comercial o profesional. Por lo que se refiere a la segunda, sólo se protege a los consumidores pasivos o sedentarios, es decir, aquéllos que consumen en el mercado donde tienen su residencia habitual y son incitados a celebrar el contrato por la otra parte contratante que se traslada, física o comercialmente a través de oferta o publicidad, a dicho mercado.

⁸¹ W. RIPHAGEN, "The relationship between public and private law and the rules of conflict of laws", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 102, 1961, p. 328.

⁸² Sobre los requisitos que podrían llevar a considerar discriminatoria una norma estatal desde la perspectiva del artículo III del GATT, puede verse en R.M.^a FERNÁNDEZ EGEA, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, 2008, pp. 72 a 112.

⁸³ A. MILLS, *The confluence of public and private international law. Justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law*, Cambridge University Press, 2009, p. 290.

⁸⁴ H. MUIR WATT, "Private International Law Beyond the Schism", *Transnational legal theory*, vol. 2-3, 2011, p. 403.

⁸⁵ A.F. LOWENFELD, *International litigation and the quest for reasonableness*, Clarendon Press-Oxford, 1996, pp. 229 y 230.

⁸⁶ S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Introducción al Derecho de los contratos internacionales*, Editorial Funglode, 2013, p. 186.

IV. Reflexiones finales

38. Una vez analizado el panorama jurídico en el que se encuentra el sector energético en este momento, se podría pensar que hay luz al final del túnel. También habría margen para plantear una simbiótica relación entre lo público y lo privado, que permita un adecuado entendimiento entre ambos ordenamientos. Bien es cierto que, a veces, habrá yuxtaposición, otras superposición y siempre interacción, pues los márgenes de su coexistencia cada vez son más difusos. Hasta tal punto ello es así, que más bien podría plantearse una convivencia pacífica entre técnicas de reglamentación, siempre que la controversia presente elemento extranjero. Por lo tanto, sería la conexión de la relación jurídica con más de un ordenamiento, lo que provocaría su toma en consideración por las normas de DIPr. Resultará indiferente la posición jurídica que ocupe el sujeto, ya que la internacionalidad presente en la controversia obligará a tener en cuenta tanto normas directas como las de conflicto, en función del cumplimiento del ámbito de aplicación del ordenamiento que corresponda. Es más, las primeras podrán actuar en lugar de las indirectas o una vez estas últimas se hayan aplicado, dejando inoperantes las fórmulas de reglamentación del tráfico jurídico externo basadas en puntos de conexión. Tal es el caso de lo que podría suceder, cuando el *pactum de lege utenda*, en un contrato internacional de electricidad, pudiera dar lugar a la aplicación de un ordenamiento que fuera contrario a los postulados económicos previstos en una norma directa de obligado cumplimiento. No cabe duda de que la elección del Derecho aplicable quedaría neutralizada, en la medida en que resultara incompatible con normas que están fuera del poder de disposición de las partes. Pero parecería recomendable que cualquier decisión jurídica a este respecto se basara en el principio de la razonabilidad, que se decanta por planteamientos comedidos para buscar la justicia del resultado.

39. Es la solución más justa la que debe presidir en cada momento la forma de articular la preponderancia de unas técnicas jurídicas sobre otras, aunque parece claro que la contradicción insalvable entre ellas suele decantarse a favor de las que tienen un carácter positivo rigurosamente obligatorio. Resulta necesario, por tanto, tenerlas en cuenta, ya que condicionarán la debida aplicación de las normas que resuelvan los conflictos de leyes. Para los contratos internacionales de electricidad resultan relevantes las normas de la OMC en materia de energía, aunque no se dirijan específicamente a la regulación de este sector. La aplicación de las normas adoptadas tras la conclusión de la Ronda Uruguay a cualquier forma de comercio, sin que se excluya el energético, permite entender que este último también queda cobijado por esta rama del ordenamiento jurídico. Ahora bien, la particular idiosincrasia que presentan los intercambios de electricidad a nivel internacional aboga por la adopción de normas específicas para regularlos. Así, aunque la energía eléctrica se haya considerado una mercancía, el suministro de electricidad debe ser considerado una prestación de servicios. Por lo tanto, resulta necesario articular un acuerdo en el contexto de la OMC que tenga en cuenta la singularidad del comercio internacional de energía. Podría utilizarse como modelo el Tratado sobre la Carta de la Energía, por cuanto se considera una norma omnicompreensiva al mismo tiempo que específica sobre el particular. Se trata, en definitiva, de conseguir un instrumento relevante que permita contar con una base legal para la seguridad energética y que contribuya, al mismo tiempo, al fortalecimiento del Estado de Derecho en materia de energía.