

LUIS FERNEY
MORENO CASTILLO

VÍCTOR RAFAEL
HERNÁNDEZ-MENDIBLE

(COORDINADORES)

DERECHO DE LA ENERGÍA EN AMÉRICA LATINA

TOMO I

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Derecho de la energía en América Latina : tomo I / Floriano de Azevedo Marques Neto [y otros] ; Luis Ferney Moreno Castillo, Víctor Rafael Hernández-Mendible (coordinadores). - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. Primera edición.

953 páginas; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587727197

1. Recursos energéticos – Legislación -- América Latina 2. Sector energético -- América Latina 3. Política energética -- América Latina 4. Hidrocarburos Aspectos Jurídicos -- América Latina 5. Recursos naturales renovables -- América Latina I. Moreno Castillo, Luis Ferney, coordinador II. Hernández-Mendible, Víctor Rafael, coordinador III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

348.3

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Mayo de 2017

ISBN 978-958-772-719-7

© 2017, LUIS FERNEY MORENO CASTILLO (COORD.)
© 2017, VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE (COORD.)
© 2017, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: junio de 2017

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	JUAN FRANCISCO MACKENNA
GILBERTO BERCOVICI	PABLO MORALES
JULIÁN DE CÁRDENAS GARCÍA	LUIS FERNEY MORENO CASTILLO
EZEQUIEL CASSAGNE	JUAN FELIPE NEIRA CASTRO
IGNACIO M. DE LA RIVA	MARGARITA TERESA NIEVES ZÁRATE
JULIO C. DURAND	PABLO E. PERRINO
LUZARDO FARIA	SHERALDINE PINTO OLIVEROS
MARINA FONTÃO ZAGO	VITOR RHEIN SCHIRATO
MARTÍN GALLI BASUALDO	ESTELA B. SACRISTÁN
ANA PATRICIA GUGLIELMINETTI	ANDRÉ SADDY
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE	LEONARDO SEMPÉRTEGUI VALLEJO
JUANITA HERNÁNDEZ VIDAL	ROBERTO PABLO SOBRE CASAS
HENRY JIMÉNEZ GUANIPA	ALEJANDRO VERGARA BLANCO
DANIEL WUNDER HACHEM	

CONTENIDO

Presentación	11
<i>Luis Ferney Moreno Castillo</i>	
<i>Víctor Rafael Hernández-Mendible</i>	
I. CONTEXTO GENERAL DEL SECTOR ENERGÉTICO	
El marco regulatorio del desarrollo energético sostenible	21
<i>Víctor Rafael Hernández-Mendible</i>	
La Carta Internacional de la Energía: antecedentes, realidades y oportunidades para América Latina	73
<i>Juan Felipe Neira Castro</i>	
El derecho humano de acceso a la energía eléctrica: fundamentos jurídicos y desdoblamientos en el derecho brasileño	107
<i>Daniel Wunder Hachem</i>	
<i>Luzardo Faria</i>	
II. MARCO INTERNACIONAL DE LOS HIDROCARBUROS	
Tendencias transnacionales en la reglamentación del sector de hidrocarburos. La hibridación del derecho estatal y el derecho transnacional del petróleo	155
<i>Julián de Cárdenas García</i>	
Contratos petroleros en América Latina: una introducción	199
<i>Sheraldine Pinto Oliveros</i>	
Reformas y contrarreformas energéticas: los casos de Venezuela y Brasil	255
<i>Henry Jiménez Guanipa</i>	
Dominio originario y dominio eminente: a propósito del artículo 124 de la Constitución Nacional argentina	315
<i>Estela B. Sacristán</i>	

III. REGULACIÓN DE LA ENERGÍA POR LOS PAÍSES

A. La regulación del sector energético en Argentina

La regulación del sector eléctrico en Argentina	343
<i>Julio C. Durand</i>	

La regulación de la industria eléctrica en la República Argentina	391
<i>Roberto Pablo Sobre Casas</i>	

La regulación de las energías renovables en Argentina	431
<i>Ezequiel Cassagne</i>	

A propósito de las energías renovables: la bioenergía en la República Argentina	465
<i>Martín Galli Basualdo</i>	

Régimen jurídico del petróleo en Argentina	485
<i>Ignacio M. de la Riva</i>	

Breve panorama de la regulación del transporte y la distribución de gas natural en la República Argentina	527
<i>Pablo E. Perrino</i>	
<i>Ana Patricia Guglielminetti</i>	

B. La regulación del sector energético en Brasil

Regulación del sector eléctrico brasileño	573
<i>André Saddy</i>	

El marco regulatorio del petróleo y el gas en Brasil	603
<i>Floriano de Azevedo Marques Neto</i>	
<i>Marina Fontão Zago</i>	

Petróleo y soberanía energética en Brasil	629
<i>Gilberto Bercovici</i>	

El régimen jurídico de la industria del gas natural en Brasil <i>Vitor Rhein Schirato</i>	661
--	-----

C. La regulación del sector energético en Colombia

Los modelos de regulación de electricidad en América Latina y en particular el modelo de Colombia <i>Luis Ferney Moreno Castillo</i>	713
--	-----

Regulación petrolera en Colombia: entre la seguridad jurídica y la adaptación a las coyunturas del sector <i>Margarita Teresa Nieves Zárate</i>	743
---	-----

La regulación de los hidrocarburos gaseosos (gas) <i>Juanita Hernández Vidal</i>	779
---	-----

D. La regulación del sector energético en Chile

Derecho eléctrico en Chile: bases fundamentales <i>Alejandro Vergara Blanco</i>	815
--	-----

Marco regulatorio de los hidrocarburos en Chile <i>Juan Francisco Mackenna</i>	851
---	-----

E. La regulación del sector energético en Ecuador

El régimen regulatorio económico del sector eléctrico ecuatoriano <i>Pablo Morales</i>	873
---	-----

La regulación de la actividad energética en Ecuador <i>Leonardo Sempértegui Vallejo</i>	909
--	-----

Esta nueva publicación del Departamento de Derecho Minero Energético tiene lugar en el marco de la conmemoración de los 130 años de fundación de la Universidad Externado de Colombia, que celebramos con la presentación de la obra colectiva *Derecho de la Energía en América Latina*; trabajo en el que se recogen los artículos de los más destacados académicos y profesionales de la región, estudiosos del sector energético.

El presente libro constituye un nuevo espacio de encuentro, intercambio y reflexiones, orientado a promover la mejora de la regulación, difundir el conocimiento del sector energético en cada uno de los países representados por los distintos autores y una apuesta por exponer y comprender de manera directa el estado actual de los subsectores de los hidrocarburos, la energía eléctrica y las energías renovables.

Dicho esto, es un auténtico honor la presentación a la comunidad latinoamericana de la obra colectiva *Derecho de la Energía en América Latina*, en la cual autores de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela abordan con absoluta solvencia teórica y práctica, producto del conocimiento académico y la experiencia profesional en sus propias realidades nacionales e internacional, los temas de mayor actualidad en el ámbito de la energía.

Tal abordaje lleva a exponer sucintamente las razones que motivaron este ambicioso proyecto de investigación y a referir brevemente los contenidos de la publicación, invitando al lector a descubrir la riqueza de las colaboraciones y a efectuar su valoración de conjunto.

I. JUSTIFICACIÓN DE ESTA OBRA

Esta investigación, de auténtica proyección latinoamericana, tiene su justificación tanto en el interés de comprender y dejar constancia de los avances experimentados por el derecho de la energía en los países que tienen mayores fuentes de energías fósiles y renovables en la región, como en el conocimiento del marco de las relaciones internacionales, que se han constituido en auténticos compromisos adquiridos, tanto en el ámbito energético como en el ambiental.

Durante lo que va del presente siglo se han producido cambios en la regulación económica de los países que integran América Latina, los cuales en unos casos han supuesto avances importantes (*v. gr.* México de manera cuali-

ficada con la nueva regulación¹, Colombia de forma cuantitativa al superar la producción del millón de barriles diarios², que luego alcanzó este promedio mensual en el año 2015^[3], o Uruguay con el incremento del aprovechamiento de las fuentes de energías renovables⁴), en otros se ha mantenido con ligeros cambios (*v. gr.* Colombia en el sector eléctrico) y en los menos se han experimentado retrocesos (*v. gr.* Venezuela con la disminución de la producción de la cesta petrolera que en el año 2000 rondaba los 3 millones 300 mil barriles diarios aproximadamente, a la actualidad que según la OPEP es de 2 millones 653 mil barriles diarios aproximadamente⁵, mientras en ese mismo período se incrementó la nómina de empleados en la industria petrolera, de 40.000 a 140.626^[6], o en el sector eléctrico, con la universalización del racionamiento de suministro, luego de la estatización de todo el sector⁷), pero, sin duda, ninguno se encuentra en la misma situación que en el año 2000.

De muchos de estos cambios se ha dado cuenta mediante observatorios internacionales, redes de investigación, veedurías, informes de entes multilaterales y de estudios emprendidos en el mundo académico universitario, con la particularidad de las dificultades que se tienen cuando se investigan y estudian desde la distancia, pues además de desconocerse de manera íntegra la realidad del país, en ocasiones se encuentra la complejidad de que no existe libre acceso a la información pública o simplemente no existe tal información.

A estas dificultades se suma el hecho del rezago en la elaboración y presentación de los resultados de tales estudios o reportes, que impiden conocer con la mayor certeza posible lo ocurrido en el año, semestre, trimestre o mes

1 <http://reformas.gob.mx/reforma-energetica/reformas-y-leyes>; y <http://reformas.gob.mx/reforma-en-competencia-economica/reformas-y-leyes>

2 <http://www.eluniversal.com.co/economica/colombia-produjo-mas-de-un-millon-de-barriles-de-crudo-diarios-en-2013-147195>

3 <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/produccion-de-petroleo-cayo-al-nivel-del-2011/16624767>

4 <http://www.elpais.com.uy/economia-y-mercado/uruguay-sera-pais-mundo-mayor.html>

5 OPEP, Monthly Oil Market Report, 13 may. 2016, http://www.opec.org/opec_web/static_files_project/media/downloads/publications/MOMR%20May%202016.pdf

6 http://www.pdvs.com/index.php?tpl=interface.sp/design/faq.tpl.html&newsid_temas=8

7 El periódico *El Universal* titula, el día 21 de abril de 2016, “Gobierno anuncia racionamiento eléctrico de cuatro horas diarias”, http://www.eluniversal.com/noticias/economia/gobierno-anuncia-racionamiento-electrico-cuatro-horas-diarias_305989 y el periódico *El Nacional* señala: “Suspendarán el servicio eléctrico 4 horas diarias durante 40 días”. http://www.el-nacional.com/sociedad/Suspendaran-servicio-electrico-horas-diarias_o_833916713.html

inmediatamente anterior, pues al producirse estos existe una suerte de *jetlag* informativo que impide opinar, sacar conclusiones o, lo más sencillo, actuar con conocimiento pleno en tiempo real.

Todos estos hechos motivaron a ubicar y convocar a destacados especialistas en materia energética en sus respectivos países —muchos de ellos integrantes de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER)—, para estudiar, desde el conocimiento de su propia realidad nacional, cuál es el estado de la regulación en que se encuentran las energías, es decir, las convencionales que tienen sus principales fuentes en los hidrocarburos líquidos (petróleo) y gaseosos (gas). Cabe mencionar que en esta obra se ha omitido deliberadamente el estudio de la regulación de los yacimientos no convencionales, pues ello fue abordado en recientes publicaciones entre las que se destaca la realizada por el Departamento de Derecho Minero-Energético de la Universidad Externado de Colombia⁸.

Además se analiza la regulación de las fuentes de energías limpias (solar, eólica, hidráulica, biomasa, geotérmica, marina e hidrógeno), que son las que predominan en la región, siendo consideradas renovables y sostenibles, tanto en los documentos internacionales como en la literatura jurídica, técnica, económica y ambiental sobre el tema.

De allí que sea oportuno adelantarse a mencionar los temas que se encuentran desarrollados en esta obra, y que se presentan en seguida.

II. CONTENIDO DE LA OBRA

A partir de 2010 la energía ha adquirido mayor relevancia de la que tenía tradicionalmente, posicionándose en el centro de los intereses y esfuerzos de los organismos internacionales, que de manera convergente se han orientado a inducir un cambio de paradigma hacia sistemas de energías hipocarbónicas, economías verdes, mayor eficiencia energética y ahorro, erradicación de la pobreza en todas sus formas y, en última instancia, al desarrollo sostenible.

8 VÍCTOR R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, “El paradigma del desarrollo sostenible como condicionante del uso y explotación de los recursos naturales en el Mercosur”, *Petróleo. Bendición o Maldición. 100 años de Zumaque I*, (coords. Carlos Tablante y Henry Jiménez Guanipa), La Hoja del Norte, Caracas, 2014, pp. 581-614; AA.VV., (Coord. Milton Fernando Montoya), *Regulación comparada de yacimientos no convencionales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Esto ha planteado que el debate se centre entre dos orillas: por un lado, el calificado como trilema energético⁹ –seguridad energética, equidad social y sostenibilidad ambiental–; y por el otro, los objetivos de la Década del Desarrollo Sostenible para todos (2014-2024)¹⁰, conocida como SE4ALL –acceso universal, energías renovables y eficiencia energética–, que han sido asumidos dentro del Objetivo 7, de los Objetivos del Desarrollo Sostenible¹¹, lo que conlleva los siguientes retos: transformar la matriz energética (económico), asegurar el suministro universal (social) y reducir a la mitad las emisiones de los gases de efecto invernadero (ambiental). En este último aspecto, además, cobra especial relevancia la Conferencia sobre Cambio Climático en la que se adoptó el Acuerdo de París, alcanzado en el COP XXI, en diciembre de 2015¹².

La investigación se ha dividido en dos grandes áreas, una que aborda los aspectos transversales del sector energético y otra que se dedicada a los aspectos nacionales, sin desconocer que aquellos influyen sobre estos.

Es así como en la primera parte se estudia el contexto general del sector energético, que comprende desde la propuesta del marco regulatorio para el desarrollo energético sostenible propuesto por el Parlamento Andino con el apoyo técnico de la OLADE y se realizan algunas referencias de otros procesos de integración energética, para luego pasar al estudio de la Carta Internacional de la Energía¹³ y su potencial interés para América Latina, para seguir con un asunto que cada vez cobra mayor fuerza en la comunidad internacional y que incluso presenta algunos progresos nacionales en países como Francia y en varios países de África, como lo constituye el derecho humano de acceso a los recursos y servicios energéticos¹⁴.

9 Consejo Mundial de la Energía y Oliver Wyman Consultores, *Informe Trilema Mundial de la Energía: Acciones prioritarias sobre el cambio climático y de cómo equilibrar el trilema*, 2015 <https://www.worldenergy.org/publications/2015/world-energy-trilemma-2015-priority-actions-on-climate-change-and-how-to-balance-the-trilemma/>

10 ONU, *Reporte del Foro Energía Sostenible para todos*, 4-6 de junio de 2014, Nueva York, 2014, http://www.se4all.org/sites/default/files/1/2014/09/SE4ALL_forum_report_final.pdf

11 ONU, *Objetivos del Desarrollo Sostenible*, <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

12 <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/lo9s.pdf>

13 Carta Internacional de la Energía, de 21 de mayo de 2015, http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/IEC_ES.pdf

14 CHRISTOPHE KROLIK, “Por un derecho universal a los servicios energéticos modernos”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* n.º 9, mayo-julio, Ábaco, Buenos Aires, 2016, pp. 197-213.

En la segunda parte se estudia el marco internacional de los hidrocarburos, comenzando por analizar las actuales tendencias transnacionales en la regulación de los hidrocarburos y de la interrelación entre el derecho estatal o nacional y el derecho transnacional del petróleo, lo que se vincula con un tema clave como es la contratación en la industria petrolera en el ámbito geográfico de América Latina; para luego seguir con el análisis de los aciertos y desaciertos en los procesos de reformas y contrarreformas en los casos de Venezuela y Brasil; finalizando esta segunda parte con el tema de la naturaleza de los recursos, por lo que se analiza el dominio originario y el dominio eminente, a partir de la realidad argentina.

En la tercera parte se procede al abordaje de la regulación de las fuentes de energías por países, habiendo sido agrupados los trabajos en atención a las realidades nacionales de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Perú y Uruguay, en las que se exponen los regímenes normativos del petróleo, gas, electricidad y renovables. Asimismo, esta sección se orienta al desarrollo de otro asunto transversal, como lo es la regulación ambiental en el sector energético, aunque analizado a partir de la realidad de Venezuela, y más adelante se estudia el tema no menos importante del impacto ambiental del sector energético y en concreto del efecto invernadero y el cambio climático, finalizando esta sección con la puesta en perspectiva de la Responsabilidad Social Empresarial y su impacto en la sostenibilidad dentro del sector energético, donde se brinda toda la visión transnacional del asunto y la importancia de su comunicación estratégica a la red de públicos de interés.

Finalmente, se incluyen dos colaboraciones que sirven de referencia para entender brevemente el mercado eléctrico regional de América Central¹⁵, sobre lo que se han efectuado comentarios en los trabajos iniciales y la regulación de la electricidad en Estados Unidos, que permitirá ver a la distancia las coincidencias y las diferencias entre las realidades nacionales en el sector eléctrico y este país, que se incluyen referencialmente en esta parte del trabajo.

Es así como esta obra, además de constituir un testimonio del estado del derecho de las energías en América Latina, busca fomentar el conocimiento de primera mano sobre las fuentes normativas (constitucionales, tratados o convenciones internacionales, legales, reglamentarias y actos administrativos

15 Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central, de 30 de diciembre de 1996, http://www.crie.org.gt/wp/wp-content/uploads/2014/01/tratado_marco_del_mercado_electrico_de_america_cen.pdf

regulatorios), jurisprudenciales y doctrinales que se utilizan y aplican en los distintos ordenamientos jurídicos, con la pretendida finalidad de contribuir a la armonización de los principios, difundir las similitudes y las diferencias regulatorias, promover la convergencia y el intercambio de conocimientos de las costumbres y las buenas prácticas, que permitan a partir de las diversidades nacionales transitar el camino para la construcción de un *Ius Commune Energiarum* de América Latina, en beneficio y progreso de las sociedades en las que vivimos.

Este es el contexto en el que los países de América Latina deberían enfocar sus esfuerzos a mediano y largo plazo para asegurar las energías asequibles, seguras, sostenibles y modernas para todos, que impulsen el progreso económico al menor costo y garanticen el desarrollo sostenible en sus aspectos ambientales y sociales, permitiendo un nivel de calidad de vida digna de las personas que integran la presente generación, quienes requieren la cantidad de energía necesaria para satisfacer sus necesidades energéticas, sin comprometer los recursos para las personas que vivirán en las futuras generaciones.

III. TESTIMONIO DE AGRADECIMIENTO

En todo trabajo cooperativo se requiere el compromiso y esfuerzo de diversas personas para que este concluya exitosamente, y ello conduce a realizar los respectivos agradecimientos, lo que se hará —antes de finalizar estas palabras de presentación—, de manera inmediata.

En primer lugar, el agradecimiento es para la Universidad Externado de Colombia, en concreto, para todo el equipo del Departamento de Derecho Minero-Energético de la Facultad de Derecho, espacio académico que acogió esta iniciativa de proyecto editorial de dimensión internacional, sobre el Derecho de la Energía en América Latina y lo asumió como propio para contribuir a llevarlo a buen puerto.

En segundo término, agradecemos al doctor Juan Carlos Henao, Rector de la Universidad Externado de Colombia, por su permanente apoyo a este proyecto de investigación, así como al doctor Jorge Sánchez Oviedo, Director del Departamento de Publicaciones, quien ha puesto todo su empeño para lograr esta publicación que tenemos en las manos.

Asimismo, manifestamos nuestro agradecimiento al traductor Eustaquio Jiménez Rodríguez.

Finalmente, pero no por ello menos importante, corresponde agradecer a todos los colaboradores –juristas, economista, ingeniero y comunicador social– que gracias a sus aportes intelectuales han hecho posible la aparición de esta publicación, que pretende constituirse en un punto de partida para contribuir desde las realidades nacionales a la investigación, el desarrollo y la innovación en la formación del *Ius Commune Energiarum* de América Latina.

LUIS FERNEY MORENO CASTILLO
Director del Departamento de Derecho
Minero-Energético de la Facultad de Derecho
de la Universidad Externado de Colombia
luis.moreno@uexternado.edu.co

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
Profesor Investigador del Departamento de Derecho
Minero-Energético de la Facultad de Derecho
de la Universidad Externado de Colombia
victor@hernandezmendible.com

I. CONTEXTO GENERAL DEL SECTOR ENERGÉTICO

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

*El marco regulatorio del desarrollo
energético sostenible*

La apuesta efectuada por la Organización de las Naciones Unidas respecto a un modelo de desarrollo sostenible lleva varias décadas de construcción y ha alcanzado sus iniciativas más relevantes mediante dos recientes propuestas: la primera, la Década de la Energía Sostenible para Todos (2014-2024)¹, y la segunda, el establecimiento de los Objetivos del Desarrollo Sostenible², que se ha trazado alcanzar entre 2016 y 2030.

Estas iniciativas tienen en común que ponen de relieve la especial atención que le merece el tema energético a la ONU, pues, por un lado, la energía es vida³ tanto para la biota como para los seres humanos, y en lo que respecta a estos últimos, sin energía no hay posibilidad de erradicar la pobreza en todas sus formas y mejorar la calidad de vida, ni de garantizar la dignidad de las personas; y por el otro, la garantía de acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos contribuye a alcanzar la eficiencia energética y a disminuir la producción de gases que generan el efecto invernadero, contribuyendo así a mitigar el cambio climático, es decir, a cumplir varios de los Objetivos del Desarrollo Sostenible.

Es por tal razón que estas propuestas no han dejado indiferente a la comunidad internacional; de allí que los líderes mundiales a nivel gubernamental, los líderes de opinión, los empresariales, el mundo de las ciencias y las academias, así como la sociedad civil global, en la medida que están vinculados con el sector energético, se han visto motivados a convocar foros, cumbres o asambleas para formular propuestas de actuación e intercambiar experiencias de las mejores prácticas sobre la gestión, la garantía de suministro y acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.

En este contexto de construcción de un mundo que garantice a todas las personas seguridad energética sostenible para satisfacer sus necesidades, se han producido dos importantes declaraciones que van en la misma línea de las iniciativas formuladas por la ONU.

1 ONU, *Reporte del Foro Energía Sostenible para todos*, 4-6 de junio de 2014, Nueva York, 2014, en: http://www.se4all.org/sites/default/files/1/2014/09/SE4ALL_forum_report_final.pdf

2 ONU, *Objetivos del Desarrollo Sostenible*, en: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

3 VENTOSA RODRÍGUEZ, MARIANO y PRADA Y NOGUEIRA, ISAAC, “Introducción. La energía: el origen de la fuerza”, en *Energía Eléctrica. Manual básico para juristas*, AGÚNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (dirs.), Wolters Kluwer, Madrid, 2014, p. 23.

Se trata, por una parte, de la Carta Internacional de la Energía⁴, del 20 de mayo de 2015, adoptada en La Haya –que no será objeto de estudio en esta ocasión–, y por otra parte, del Marco Regulatorio del Desarrollo Energético Sostenible⁵, del 21 de julio de 2015, adoptado por el Parlamento Andino, en cuyo análisis consiste en esencia el presente trabajo.

Cabe destacar que para la elaboración de esta propuesta se ha contado con el apoyo de la OLADE⁶, organización de carácter público intergubernamental, de cooperación técnica sobre políticas de desarrollo sostenible integral, coordinación y asesoría, que tiene como propósito fundamental la integración, protección, conservación, racional aprovechamiento, comercialización y defensa de los recursos energéticos dentro del ámbito de Latinoamérica.

La propuesta formulada por el Parlamento Andino ocurre después de la iniciativa de la Década de la Energía Sostenible para Todos y antes de que se produzca la formal declaración de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, lo que lleva a inferir que se realiza en plena sintonía con ambas declaraciones.

En razón de lo anterior y en aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se divide en los siguientes aspectos: (I) El contexto institucional y jurídico de la Comunidad Andina (II); Las razones que motivaron la iniciativa del Marco Regulatorio del Desarrollo Energético Sostenible (III); Los conceptos comunes propuestos en el marco regulatorio andino (IV); Los fundamentos, objetivos y principios que fundamentan la iniciativa del desarrollo energético sostenible (V); El estatuto de los involucrados en el desarrollo energético sostenible (VI); Las acciones, tácticas y estrategias para la implementación del Marco Regulatorio del Desarrollo Energético Sostenible (VII); Las propuestas de mejores prácticas en los subsectores energéticos (VIII); El potencial del desarrollo energético sostenible en otros modelos de integración (IX); y, Consideraciones finales.

4 Carta Internacional de la Energía, La Haya, 20 de mayo de 2015, en: http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/IEC_ES.pdf

5 *Gaceta Oficial del Parlamento Andino*, año 12, n.º 7, agosto de 2015. Decisión n.º 1347, de 21 de julio de 2015, Marco Regulatorio de Desarrollo Energético Sostenible, en: <http://www.parlamentoandino.org/banners/pdf/proyectoenergetico.pdf>

6 <http://www.olade.org/quienes-somos/>

I. EL CONTEXTO INSTITUCIONAL Y JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

La formulación de la iniciativa del marco regulatorio del desarrollo energético sostenible conduce a precisar el contexto en el cual se produce y quién lo hace, pues las otras iniciativas aludidas fueron formuladas a nivel global por la ONU.

En primer lugar cabe mencionar que la Comunidad Andina se encuentra constituida por cuatro países de Suramérica: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, quienes mediante el tratado de creación, conocido como Acuerdo de Integración Subregional Andino, Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena –que inicialmente fue suscrito por Chile y al que posteriormente se adhirió Venezuela, aunque actualmente ambos están fuera de la Comunidad– y los posteriores protocolos fueron definiendo los órganos e instituciones con sus respectivas competencias.

Es así como en el Sistema Andino de Integración, que tiene por finalidad la efectiva coordinación entre los órganos e instituciones andinas, se han delimitado las competencias y funciones de naturaleza normativa, política, ejecutiva, deliberantes, jurisdiccionales, educativas, sociales y financieras.

Esta coordinación se establece entre los órganos intergubernamentales, que en esencia son: el Consejo Presidencial, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión Andina; y las instancias orgánicas comunitarias que la integran, a saber, la Secretaría General, el Tribunal de Justicia y el Parlamento Andino.

Otros órganos de la Comunidad Andina son el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF), el Fondo Latinoamericano de Reservas, el Organismo Andino de Salud, la Universidad Andina Simón Bolívar y el Convenio Socio-laboral Simón Rodríguez.

Cabe advertir que, aun cuando no interesa a los efectos de este trabajo analizar integralmente la organización institucional andina, pues ello ha sido hecho apropiadamente con anterioridad⁷, sí resulta de especial relevancia determinar las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, para lo que se debe acudir al Protocolo modificadorio del Tratado de creación

7 Por ejemplo, y en especial, véase SUÁREZ MEJÍA, JORGE LUIS, *El derecho administrativo en los procesos de integración: la Comunidad Andina*, FUNEDA, Caracas, 2005.

del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁸, en el cual se dispone que este comprende⁹:

1. El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales.
2. El Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus protocolos modificatorios.
3. Las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión Andina.
4. Las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina.
5. Los convenios de complementación industrial y los otros que adopten los países miembros entre sí, en el marco del proceso de integración andina.

Es así como las decisiones son obligatorias desde su aprobación¹⁰, siendo que estas y las resoluciones son directamente aplicables a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina, salvo que tales decisiones difieran su entrada en vigencia o cuando en ellas se disponga la necesidad de su posterior incorporación al derecho nacional mediante acto expreso¹¹. Corresponde a los países miembros la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina¹².

Ahora bien, de lo expuesto se evidencia que entre los órganos comunitarios que emiten actos jurídicos con trascendencia en el ordenamiento jurídico de la Comunidad no se encuentra el Parlamento Andino.

De aquí surge la necesidad de precisar cuáles son las funciones del Parlamento Andino, y la trascendencia de un acto como la decisión aprobatoria del Marco Regulatorio del Desarrollo Energético Sostenible.

8 Protocolo modificatorio del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=29&tipo=SA&title=tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina>.

9 Artículo 1 del Protocolo modificatorio del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

10 Artículo 2 del Protocolo modificatorio del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

11 Artículo 3 del Protocolo modificatorio del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

12 Artículo 4 del Protocolo modificatorio del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El Parlamento Andino es el órgano deliberante del Sistema Andino de Integración, que representa a los pueblos de la Comunidad Andina, y lo componen cinco representantes elegidos a nivel nacional en cada país, mediante sufragio universal, libre, directo y secreto.

El funcionamiento se realiza por medio de la mesa directiva, de las comisiones y de la plenaria que es el órgano supremo de conducción y toma de decisiones del Parlamento Andino, quien se expresa a través de recomendaciones, decisiones, declaraciones, actos de coordinación y control.

Finalmente se debe destacar que las funciones del Parlamento Andino comprenden las siguientes:

1. La promoción y la orientación del proceso de integración.
2. El control político del desarrollo del proceso de integración y el cumplimiento de sus objetivos.
3. El estímulo a la armonización de las legislaciones entre los países miembros.
4. La participación en la generación normativa del proceso de integración, mediante la formulación de iniciativas normativas que guarden relación con los objetivos programáticos y la estructura del Sistema Andino de Integración, cuya actividad deberá orientarse a su incorporación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.
5. La promoción de las relaciones de cooperación y coordinación con los Parlamentos de los países miembros, los órganos y las instituciones del Sistema Andino de Integración y con los órganos parlamentarios de integración o cooperación de terceros países.

Dicho lo anterior, se observa que el marco regulatorio del desarrollo energético sostenible constituye una iniciativa adoptada mediante la Decisión 1347, del 21 de julio de 2015, por la Plenaria del Parlamento Andino y que fue publicada en la *Gaceta Oficial del Parlamento Andino*, en agosto de ese mismo año.

Dicho lo anterior se advierte que orgánicamente se trata de un acto jurídico expedido por un órgano (Parlamento Andino) que no tiene competencia para emitir decisiones que integren el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; materialmente, la decisión no crea normas, no supone actos de ejecución de disposiciones contenidas en tratados, protocolos o decisiones legítimamente adoptadas por los órganos competentes de la Comunidad Andina, así como tampoco supone el ejercicio de competencias jurisdiccionales; y formalmente se trata de una decisión de la Plenaria, publicada en la *Gaceta*

Oficial del Parlamento Andino, no en la *Gaceta Oficial de la Comunidad Andina*, que es el único instrumento oficial de publicación de los actos jurídicos de los órganos de la Comunidad Andina, por lo que carece de fuerza obligatoria y no es de aplicación directa, ni obliga a los países miembros a cumplirla, al no formar parte del ordenamiento jurídico andino.

Entonces, ¿cuál es la naturaleza de la decisión de la Plenaria del Parlamento Andino, publicada en la *Gaceta Oficial del Parlamento Andino* en agosto de 2015, en la cual se establece el marco regulatorio del desarrollo energético sostenible?

En realidad, lo aprobado tan sacramentalmente por el Parlamento Andino, jurídicamente no es más que una recomendación, una propuesta, una sugerencia o una directriz, que persigue la armonización del marco regulatorio para que los países de la Comunidad Andina tengan un modelo de referencia normativo similar, que contribuya a la integración en general y a la energética en particular.

Este instrumento, que se inspira en los principios, las normas y las prácticas comunes de los países de la Comunidad Andina, es un texto que como ha quedado establecido carece de rango normativo y no integra el ordenamiento jurídico andino, al no haber sido expedido por ninguno de los órganos competentes para producir actos jurídicos con fuerza normativa dentro de la Comunidad Andina, por lo que actualmente constituye una suerte de *soft law*¹³; en efecto, al no ser de cumplimiento obligatorio, no poseer eficacia vinculante, no producir consecuencias jurídicas su incumplimiento, queda a la discrecionalidad de los países miembros asumir la decisión en estudio en sus relaciones jurídicas energéticas, con la finalidad de facilitarlas y avanzar en la integración o esperar a que se produzca una aprobación formal por las autoridades comunitarias andinas competentes, para que pueda considerarse de aplicación directa, inmediata, obligatoria y vinculante.

Ahora bien, si bien la decisión de la Plenaria no es jurídicamente vinculante, ello no le resta importancia para que pueda considerarse como una especie de pauta comunitaria, cuya relevancia viene otorgada por la *auctoritas* que puedan proyectar en sus destinatarios quienes la elaboraron y aprobaron, valga decir, el Parlamento Andino con el apoyo técnico de un órgano de carácter público intergubernamental cualificado en materia energética como es la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE).

13 SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL, *El soft law administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.

Es conforme a tales términos que seguidamente se procederá al análisis del denominado Marco Regulatorio del Desarrollo Energético Sostenible.

II. LAS RAZONES QUE MOTIVARON LA INICIATIVA DEL MARCO REGULATORIO DEL DESARROLLO ENERGÉTICO SOSTENIBLE

El Parlamento Andino expide su propuesta normativa luego de efectuar diversas consideraciones dentro de la técnica que se utiliza en la redacción de los instrumentos internacionales. Es así como expresa lo siguiente.

Inicia por reconocer el carácter estratégico que de manera general envuelve al sector energético, en concreto en lo que concierne a la administración, regulación, control y gestión de acceso a la energía.

Reconoce el papel principal que ostenta la energía para el desarrollo económico y social, su importancia en el proceso industrial y la trascendencia que tiene, en el índice de desarrollo humano, el que se logre el acceso a los productos y los servicios energéticos.

Realiza una valoración positiva respecto a que la adecuada gestión de las actividades que integran la cadena energética dentro del principio del desarrollo sostenible, fomenta el acceso universal tanto a los productos y los servicios energéticos como a la conservación del ambiente.

También destaca la importancia e influencia que tiene la energía en el proceso de integración andina.

Todo ello lleva a rememorar y ratificar que desde el Tratado fundacional del Acuerdo de Cartagena se contempla entre sus objetivos la progresiva armonización de las políticas económicas y sociales, al igual que las aproximaciones entre las legislaciones nacionales, como instrumentos idóneos para la promoción del desarrollo equilibrado y armónico, mediante la integración y la cooperación económica y social de los países de la Comunidad Andina, en condiciones de equidad, propendiendo a la disminución de la vulnerabilidad externa y el mejoramiento de la posición de los países miembros en el contexto económico internacional.

Sumado al apoyo de implementación de la Agenda Estratégica Andina (AEA) en lo referente a la integración energética, que es considerada una de las doce áreas estratégicas relevantes de dicha Agenda, así como al fortalecimiento institucional en beneficio de la integración energética, se promueve: el fomento del incremento de la seguridad energética regional, el abastecimiento y el intercambio energético regional protegiendo el ambiente; la promoción

del desarrollo y uso de energías renovables, así como el fomento y apoyo a procesos de integración energética en la región, tales como las interconexiones eléctricas y de los sistemas de gasíferos.

Invoca como justificación de esta actuación el ejercicio de las atribuciones conferidas por el Acuerdo de Cartagena al Parlamento Andino, en lo que concierne a su participación en el proceso de generación normativa, mediante sugerencias a los órganos del Sistema Andino de Integración y la formulación de proyectos de normas sobre temas de interés común, para su incorporación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, así como la promoción de la armonización de las legislaciones de los países miembros.

Expresa estar guiado por los propósitos establecidos en el Tratado constitutivo del Parlamento Andino, en lo atinente a promover en los pueblos de la región andina la toma de conciencia y la más amplia difusión de los principios y normas que orientan el establecimiento de un nuevo orden internacional, así como a fomentar el desarrollo e integración de la comunidad latinoamericana, a lo que se suma que el ejercicio de las atribuciones del Parlamento Andino le permite promover medidas coadyuvantes en la búsqueda de la armonización legislativa entre los países miembros.

Finalmente considera el Parlamento Andino que todo lo antes expuesto lo habilita para ejercer las atribuciones y funciones “supranacionales y reglamentarias”, que lo conducen a aprobar el Marco Regulatorio del Desarrollo Energético Sostenible, el cual se encuentra dividido en 5 capítulos y 12 artículos.

III. LOS CONCEPTOS COMUNES PROPUESTOS EN EL MARCO REGULATORIO ANDINO

Cabe destacar como un hecho curioso en la redacción del instrumento que propone el Marco Regulatorio del Desarrollo Energético Sostenible, que ni en las consideraciones que se emplean para exponer los motivos de su formulación, ni en el objeto general o los objetivos especiales, se le atribuye la condición de “Ley Marco” al texto que se analiza, pero sorprendentemente en la disposición que establece las definiciones se comienza señalando que a “los efectos de la presente Ley Marco”¹⁴ se efectúan las definiciones.

Ello hace pensar que el empleo de esa expresión constituye una inadvertencia de los parlamentarios andinos al momento de aprobar el texto final,

14 Artículo 5 del Marco Regulatorio de Desarrollo Energético Sostenible.