

INFLUENCIA DEL CASO “*COLOMBIA – PUERTOS DE ENTRADA*” EN LA LIBERALIZACIÓN DEL TRÁNSITO ENERGÉTICO**

*Beatriz Huarte Melgar**

Resumen:

El tránsito energético en derecho internacional está regulado en el art.7 del Tratado sobre la Carta de la Energía (Tratado ECT) y ha sido desarrollado por el borrador del Protocolo de la Carta de la Energía (Protocolo ECTP). Por tanto, considerando que el Tratado ECT se basa en los principios de la OMC (art.4 Tratado ECT), debe mencionarse que el art. V del GATT establece la libertad de tránsito de mercancías y que existe la posibilidad de considerar la energía como una mercancía dentro del ámbito de la OMC.

Así, las conclusiones del Grupo Especial en el caso *Colombia – Puertos de entrada* sobre el Art. V del GATT son importantes porque, aplicadas a la infraestructura fija, implican la obligación de permitir el acceso a gaseoductos, oleoductos y redes eléctricas. Este estudio analizará las consecuencias de las conclusiones del Grupo Especial en el caso *Colombia – Puertos de entrada* sobre tránsito energético, lo cual es fundamental no sólo para aclarar la relación Tratado ECT-OMC, sino para encontrar una solución legal al complicado asunto del tránsito energético, que es vital para el suministro energético de muchos países.

Palabras clave:

OMC, artículo V del GATT, Tratado sobre la Carta de la Energía, borrador del Protocolo de la Carta de la Energía, Colombia – Puertos de entrada, tránsito energético.

Abstract: The concept of energy transit in international law is regulated in article 7 of the 1994 Energy Charter Treaty (ECT) and it has been developed by the draft Energy Transit Protocol of the Energy Charter Treaty. Therefore, taking into account that the ECT is based on the principles of the GATT (art.4 ECT), it is noteworthy that art. V of the GATT establishes the freedom of transit of goods and that there is a possibility of considering energy as a good under the definition of the GATT.

Thus, the WTO Panel findings in the case *Colombia – Ports of entry* on GATT’s article V is significant because, applied to fixed infrastructure, they imply a duty to permit access to pipelines or grids. Hence, this study will analyze the consequences of the WTO Panel findings in the case *Colombia – Ports of entry* over energy transit, which is fundamental not only to clarify the relationship between the Energy Charter Treaty-WTO/GATT, but also to

** Premio al tercer lugar en el concurso de investigación Cátedra OMC México/SIEL, organizado conjuntamente por el Centro de Derecho Económico Internacional del ITAM y la Sociedad de Derecho Económico Internacional.

* Beatriz Huarte Melgar es Licenciada en Derecho por la Universidad de Vigo (beca *Erasmus* 2005-2006 en la Universidad de Göttingen) con prácticas en Munich (2007) – beca *Leonardo da Vinci* – y en Dublín (2008). Entre 2008-2009 estudió su *Master of European Law* (LL.M.) en el *Europa-Institut der Universität des Saarlandes* (especialidades: *Europäischer Menschenrechtsschutz* y *WTO law*). Desde 2010 hace su Doctorado en Derecho Económico Internacional en la *Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg* (beca de la Fundación Friedrich-Naumann), donde da clase de Derecho Español y ha sido investigadora visitante de UCLA (marzo-mayo de 2012).

find a legal solution to the complicated energy transit issue that is vital for the energy supply of many countries.

Key words: WTO, GATT Article V, Energy Charter Treaty, Draft Protocol to the Energy Charter Treaty, Colombia – Ports of entry, energy transit.

I. Introducción

La cuestión del tránsito de la energía es un tema de mucha actualidad, en el que juega un papel fundamental la situación política internacional debido a que hay intereses energéticos y económicos contrapuestos. De esta forma cabe destacar el conflicto del tránsito energético entre Rusia y Ucrania en 2008 o la actual polémica con las políticas sobre la energía nuclear de Irán. La dependencia de la energía representa un problema de seguridad nacional, por ello los grandes consumidores y dependientes energéticos, como es el caso de la Unión Europea con respecto a Rusia, intentan negociar la liberalización del comercio y tránsito de la energía dentro del marco jurídico del Tratado sobre la Carta de la Energía (Tratado ECT),¹ cuyo artículo 7 regula el tránsito energético basado en la libertad de tránsito establecida por el artículo V del GATT 1994.

El Tratado ECT consta de una serie de instrumentos relacionados, entre ellos se encuentra el borrador del Protocolo de la Carta de la Energía sobre Tránsito (Protocolo ECTP),² que desarrolla de manera exhaustiva el artículo 7 del Tratado ECT en relación al tránsito energético. Sin embargo, como se indica, dicho Protocolo todavía no tiene validez jurídica porque se trata de un borrador.

En base a lo anteriormente mencionado y a la relación existente entre el GATT y el Tratado ECT –fundada en el artículo 4 Tratado ECT–, el presente artículo analizará la influencia del único caso resuelto ante un Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en relación a la libertad de tránsito erigida en el artículo V del GATT 1994, sobre el tránsito energético establecido en el artículo 7 Tratado ECT.

Así, el documento se divide en seis partes. Después de esta breve introducción el capítulo II presenta la diferencia WT/DS366 basando su influencia en la relación entre la libertad de tránsito del GATT 1994 y el Tratado ECT. El capítulo III se centra en la definición de tránsito o tráfico en tránsito, según el convenio internacional en cuestión y las interpretaciones del Grupo Especial, para entender las semejanzas y diferencias de ambos ámbitos del derecho internacional público, *i.e.*, el GATT 1994 y el Tratado ECT. En consecuencia la libertad de tránsito, consagrada en el artículo V GATT, será estudiada en el capítulo IV aplicada al marco del Tratado ECT y en relación a las conclusiones del Grupo Especial en el caso WT/DS366 para entender sus implicaciones en el tránsito energético. Finalmente, y antes de la conclusión en el capítulo VI, el capítulo V hace referencia al asunto que el Grupo Especial en la diferencia WT/DS366 no analizó, es decir, a la cuestión no resuelta en el ámbito internacional del significado de “las rutas más convenientes para el tránsito internacional”.

¹ Su nombre en inglés es “*Energy Charter Treaty*” (Tratado ECT), por ello de aquí en adelante, para abreviar, el artículo hará referencia al Tratado ECT en lugar de al nombre completo del Tratado en castellano.

² El nombre original del borrador en inglés es: *Energy Charter Treaty Protocol on Transit*. Por economía del lenguaje, al hacer referencia a este Protocolo - aunque no se indique - siempre se entenderá como “borrador del Protocolo”.

II. Presentación del caso WT/DS366 y su influjo en el tránsito energético basado en la relación entre el GATT 1994 y el Tratado ECT

La diferencia WT/DS366³ es, hasta el momento, el único caso relacionado con el artículo V del GATT 1994 resuelto por un Grupo Especial de la OMC. A pesar de la relevancia del mismo, el Grupo Especial sólo analizó algunas cuestiones relacionadas con el artículo V:2 y V:6 GATT 1994, lo que todavía deja algunos interrogantes sin resolver.

Este capítulo presenta las alegaciones de las partes en el caso a modo introductorio, así como la relación entre el GATT 1994 y el Tratado ECT, para comprender la relevancia del caso en el tránsito energético. El capítulo siguiente se centra en el análisis de las conclusiones del Grupo Especial.

La parte reclamante es el Estado de Panamá y la parte demandada es el Estado de Colombia. La primera solicitud de consultas con Colombia fue emitida por Panamá el 12 de julio 2007 con motivo de los precios indicativos - establecidos por Colombia - aplicables a mercancías específicas, así como a causa de las restricciones de los puertos de entrada en lo concerniente a determinadas mercancías.

Con respecto al tema que nos ocupa, el tránsito, Panamá alegó que Colombia había violado la libertad de tránsito, en concreto el artículo V:2 GATT 1994, de todos los textiles, ropa y calzado que se encontraban en tránsito internacional. De este modo el derecho colombiano sólo exceptuaría los textiles, ropa y calzado de los puertos de entrada y del tránsito sin restricciones en el caso de que las mercancías fuesen transbordadas.⁴ De la misma forma, Panamá alega una violación del artículo V:2 GATT 1994 argumentando una conducta discriminatoria por parte de Colombia porque los textiles, ropa y calzado procedentes de o que transiten en Panamá deben pagar derechos de aduana en Bogotá o Barranquilla, a diferencia de otros Estados Miembros de la OMC, que pueden elegir entre los once puertos de Colombia – siempre y cuando las mercancías no hayan transitado previamente por Panamá – para entrar en tránsito en el país sin tener que pagar derechos de aduana.⁵ Por contra, Colombia alegó que no existía tal violación del artículo V:2 GATT 1994 porque la medida de los puertos de entrada no es aplicable a las mercancías que se encuentran en tránsito internacional, sino a aquéllas que son enviadas desde Panamá y que tienen como destino final Colombia.⁶

Por otra parte, Panamá argumentó una violación del artículo V:6 GATT 1994 basándose en que la medida colombiana de los puertos de entrada proporciona un tratamiento menos favorable a las mercancías que se encuentran en tránsito en el Estado de Panamá que a aquellas mercancías que han sido enviadas directamente desde su lugar de origen sin haber transitado por Panamá.⁷ Sin embargo, la postura de Colombia es contraria a tal alegación, así Colombia reitera su argumento en relación al artículo V:2 GATT 1994 al argumentar que todos los textiles, ropa y calzado procedentes de Panamá que se encuentran en tránsito internacional a través de Colombia están exentos de cualquier tipo de restricción.⁸

³ Informe del Grupo Especial, *Colombia – Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada (Colombia – Puertos de entrada)*, WT/DS366/R, adoptado el 27 de abril de 2009.

⁴ *Ibid.*, párrafo 7.368, p.167.

⁵ *Ibid.*, párrafo 7.369, p.168.

⁶ *Ibid.*, párrafo 7.370, p.168.

⁷ *Ibid.*, párrafo 7.432, p.183.

⁸ *Ibid.*, párrafo 7.436, p.183.

Como se ha indicado anteriormente, la importancia de este caso radica en que es la primera vez que un Grupo Especial de la OMC se pronuncia en base a la libertad de tránsito del artículo V del GATT 1994.

Haciendo referencia a lo señalado en la introducción, la relación entre el Tratado ECT y el GATT se fundamenta en el artículo 4 del Tratado ECT, el cual establece lo siguiente:

“Nada de lo dispuesto en el presente Tratado deroga, entre Partes Contratantes que sean partes en el GATT, las disposiciones del GATT y los instrumentos relacionados con éste, tal como se aplican en virtud del mismo entre las Partes Contratantes que son miembros del GATT.”

De este modo las obligaciones del GATT 1994 se extienden a las Partes Contratantes del Tratado ECT, que se incorporan por referencia.

Además, debido a que no todas las Partes Contratantes del Tratado ECT son Miembros de la OMC, como es el caso de⁹ Rusia^{10*} - que también se ha retractado del Tratado ECT desde que expiró su aplicación provisional en virtud del artículo 45 del Tratado ECT -, el Tratado ECT establece en su artículo 29 disposiciones transitorias sobre cuestiones comerciales, que según su primer párrafo, “se aplicarán al comercio de materias y productos energéticos cuando alguna de las Partes Contratantes no sea Parte en el GATT y los instrumentos relacionados con éste”. No obstante es necesario hacer una aclaración con respecto a este precepto legal y su relación con el artículo V del GATT 1994. Como se ha indicado, el artículo 29 del Tratado ECT establece unas disposiciones transitorias sobre cuestiones comerciales concernientes al comercio de materias y productos energéticos cuando alguna de las Partes contratantes no es Miembro de la OMC. De este modo, aunque la noción de “comercio” *in strictu sensu* se refiere al intercambio de mercancías¹¹ - importaciones y exportaciones en caso del comercio internacional -, el título del artículo 29

⁹ Es importante destacar que entre las relaciones bilaterales concernientes al comercio de mercancías entre Rusia y la Unión Europea se aplica la libertad de tránsito establecida por el artículo V del GATT 1994, en virtud del artículo 12 del *Partnership and Cooperation Agreement*, el cual dice:

“1. The Parties agree that the principle of freedom of transit is an essential condition of attaining the objectives of this Agreement.

In this connection each Party shall provide for freedom of transit through its territory of goods originating in the customs territory or destined for the customs territory of the other Party.

2. The rules described in Article V, paragraphs 2, 3, 4 and 5 of the GATT shall be applicable between the Parties.”

^{10*} *Nota del Editor*: Al día de hoy, Rusia aún no es miembro *de jure* de la OMC. Aunque durante la Octava Conferencia Ministerial de la OMC, el 16 de diciembre de 2011, Rusia fue aceptada como un nuevo Miembro de la OMC, la formalización de esta membresía aun necesita la ratificación de acuerdo al derecho interno de Rusia, quien debe ratificar los instrumentos de la adhesión en los próximos 220 días a la fecha mencionada y pasará a ser Miembro de pleno derecho de la OMC 30 días después de que notifique la ratificación a la OMC. Esto aún no sucede. *Cfr.* “Adhesiones, Federación de Rusia”, http://www.wto.org/spanish/thewto/s/acc/s/al_russie_s.htm, y, OMC: Noticias 2011, 16 de diciembre de 2011, Adhesiones, “La Conferencia Ministerial aprueba la adhesión de Rusia a la OMC”, en http://www.wto.org/spanish/news/s/news11/s/acc_rus_16dec11_s.htm.

¹¹ Real Academia Española (RAE), *Comercio*: “Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías.”, disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=comercio; Diccionario Económico BusinessCol.com, *Comercio*: “Se denomina comercio a la actividad económica consistente en la compra y venta de bienes, bien sea para su uso, para su venta o para su transformación. Es el cambio o transacción de algo a cambio de otra cosa de igual valor.”, disponible en: <http://www.businesscol.com/productos/glosarios/economico/glossary.php?word=COMERCIO>.

Tratado ECT menciona la expresión “cuestiones comerciales”; por tanto podría entenderse que también se refiere al tránsito de materias y productos energéticos como una “cuestión comercial”. Sin embargo, el primer párrafo del artículo 29 del Tratado ECT reza: “Las disposiciones del presente artículo se aplicarán al comercio de materias y productos energéticos cuando alguna de las Partes Contratantes no sea Parte en el GATT y los instrumentos relacionados con éste.” Así, se indica expresamente “comercio de materias y productos energéticos”, lo que unido a la locución de los párrafos 4 y 5 de ese mismo precepto, los cuales aluden explícitamente a las “importaciones y exportaciones”, podría concluirse que el artículo 29 del Tratado ECT no cubre el tránsito de materias y productos energéticos en relación con la libertad de tránsito establecida por el artículo V del GATT 1994. Es decir, las cuestiones comerciales a las que se refiere el precepto estarían relacionadas con temas concernientes a las importaciones y exportaciones, como por ejemplo los aranceles y otros gravámenes, etc. El tránsito energético para los Estados que no sean Miembros de la OMC, pero sí Estados contratantes del Tratado ECT, estaría cubierto exclusivamente por el artículo 7 del Tratado ECT.

A causa de la relación entre ambas convenciones internacionales, la resolución del Grupo Especial en el caso WT/DS366 tiene una influencia directa en la libertad de tránsito del artículo V del GATT 1994 y por consiguiente, sobre el tránsito energético establecido en el artículo 7 Tratado ECT.

III. Definición de tránsito

Debido al hecho de que tanto el artículo 7 del Tratado ECT como el artículo V del GATT 1994 tienen el mismo ámbito de aplicación sustantivo - regulan el tránsito de mercancías - con la particularidad de que el Tratado ECT trata en concreto la reglamentación del tránsito de materias y productos energéticos; y a su vez, a causa de la relación establecida entre ambos acuerdos multilaterales por el artículo 4 del Tratado ECT, así como por el artículo 7(1), el cual basa el tránsito energético en el “principio de libre tránsito”, el artículo 7 del Tratado ECT es considerado como un precepto legal “GATT-Plus” con nuevas implicaciones jurídicas.¹² En este sentido, se entiende que el artículo 7 del Tratado ECT aporta nuevos elementos a la libertad de tránsito consagrada por el GATT 1994: posibilidad de construir nuevas facilidades para el transporte energético,¹³ lo cual está relacionado con las inversiones; garantía de los flujos de tránsito energético;¹⁴ un procedimiento de conciliación¹⁵ y un nivel particular concerniente al principio de no discriminación: las materias y productos energéticos en tránsito deberán ser tratados “de forma no menos favorable que las materias y productos de este tipo que procedan de o estén destinados, en todo o en parte, a su propio territorio, salvo si un acuerdo internacional ya existente dispone otra cosa.”¹⁶ La noción de “GATT-Plus” del artículo 7 del Tratado ECT

¹² Bamberger, Craig S., *An overview of the Energy Transit Treaty*, en Wälde, Thomas W.: “*The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*”, p. 6, Kluwer Law International, Londres, 1996.

¹³ Tratado ECT Art.7(2) y Protocolo ECTP Art.9. De este modo podría afirmarse que la libertad de tránsito en la OMC está más relacionada con el concepto de “capacidad” (vía “las rutas más convenientes para el tránsito internacional”), mientras que la noción de tránsito del Tratado ECT se centra más en la cuestión de la “construcción”.

¹⁴ Tratado ECT Art.7(5).

¹⁵ Tratado ECT Art.7(7).

¹⁶ Tratado ECT Art.7(3).

podría llevar a la interpretación de que se trata de una *lex specialis* del artículo V del GATT 1994 y por lo tanto, en una diferencia entre Estados, sería probable que un Grupo Especial o el Órgano de Apelación de la OMC tomase en cuenta el Tratado ECT para deliberar sobre casos relacionados con el tránsito de la energía dentro del marco de la OMC.¹⁷ Sin embargo, la consideración *in strictu sensu* del artículo 7 del Tratado ECT como *lex specialis* del artículo V del GATT 1994 no sería del todo correcta, debido al hecho de que no todos los Estados firmantes del Tratado ECT son Miembros de la OMC y *vice versa*. No obstante cabría la posibilidad de interpretar el artículo 7 del Tratado ECT como *lex specialis* del artículo V del GATT 1994 sólo en el caso particular de conflicto entre Estados que son signatarios de ambas convenciones internacionales.¹⁸

En cambio, Danae Azaria afirma que la caracterización del artículo 7 del Tratado ECT como “GATT-Plus” puede ser engañosa puesto que, por un lado, el artículo 7 del Tratado ECT no hace ninguna referencia explícita al GATT 1994 y por otro lado, tanto el objetivo e intención de ambos tratados, así como el espíritu y aplicación de las disposiciones de los artículos V GATT 1994 y 7 Tratado ECT, son diferentes.¹⁹ Según el artículo 4 Tratado ECT, el comercio entre partes contratantes del Tratado ECT que a su vez son Estados Miembros de la OMC será regulado por las normas de la Organización Mundial del Comercio.²⁰ Del mismo modo, el comercio entre Partes Contratantes del Tratado ECT que no sean Miembros de la OMC se regulará conforme a las normas de la OMC en virtud del artículo 29(2)(a) Tratado ECT.²¹ Además, aunque la Enmienda a las Disposiciones Comerciales del Tratado sobre la Carta de la Energía todavía está en proceso de ratificación, el documento requiere que los grupos especiales del Tratado ECT se guíen en sus interpretaciones por las normas de la OMC.²² Todo ello indica que, aunque efectivamente el artículo 7 del Tratado ECT no hace referencia explícita al GATT 1994 y a pesar de que tanto el Tratado ECT como el GATT 1994 son convenciones internacionales

¹⁷ Azaria, Danae, *Energy Transit under the Energy Charter Treaty and the General Agreement on Tariffs and Trade*, 27(4), *Journal of Energy and Natural Resources Law* 2009, pp. 559-596, 2009, p.594.

¹⁸ Siguiendo las normas generales de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: El artículo 31(3)(c) dispone lo siguiente: “Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: [...] c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.” Lo que significa que, en el caso de una disputa sobre tránsito energético ente dos Estados signatarios tanto del Tratado ECT como del GATT 1994, será necesario tener en cuenta el artículo 7 del Tratado ECT en primer lugar.

¹⁹ Azaria, Danae, *op. cit.*, p.560.

²⁰ Artículo 4 del Tratado ECT: “Nada de lo dispuesto en el presente Tratado derogará, entre Partes Contratantes que sean partes en el GATT, las disposiciones del GATT y los instrumentos relacionados con éste, tal como se aplican en virtud del mismo entre las Partes Contratantes que son miembros del GATT.”

²¹ Artículo 29(2)(a) del Tratado ECT: “El comercio de materias y productos energéticos entre Partes Contratantes cuando alguna de ellas no sea Parte en el GATT o los instrumentos relacionados con éste, se regirá, dependiendo de las letras b) y c) y de las excepciones y normas establecidas en el Anexo G, por las disposiciones del GATT 1947 y los instrumentos relacionados con éste, como han sido aplicadas hasta el 1 de marzo de 1994 aplicadas a las materias y productos energéticos por las partes en el GATT 1947 entre ellas mismas como si todas las Partes Contratantes fueran partes del GATT 1947 y los instrumentos relacionados con éste.”

En este punto conviene recordar que la Enmienda a las Disposiciones Comerciales del Tratado sobre la Carta de la Energía, adoptada en julio de 1998 pero sin haber entrado todavía en vigor, se refiere a la incorporación por referencia de las disposiciones de la OMC, en lugar de las disposiciones del GATT 1947.

²² Artículo 3 de la Enmienda (párrafo 3(a)), *Amendment to the Trade-Related Provisions of the Energy Charter Treaty*; en *Energy Charter Secretariat, The Energy Charter Treaty and Related Documents, A Legal Framework for International Energy Cooperation*, Bruselas, 2004, p.177.

con objetivos distintos,²³ el Tratado sobre la Carta de la Energía sí se vincula explícitamente con las normas de la OMC y en consecuencia, dado que el objeto del artículo 7 del Tratado ECT es el mismo objeto que el del artículo V del GATT 1994 –el tránsito de mercancías– pero con la particularidad de que el ámbito de aplicación del primero son los productos y materiales energéticos, podría caracterizarse al artículo 7 del Tratado ECT como un precepto legal “GATT-Plus”.

1. *Artículo 7 del Tratado ECT*

El artículo 7(10) del Tratado ECT define “tránsito” de la siguiente manera:

“i) el transporte a través del territorio de una Parte Contratante, o hacia o desde instalaciones portuarias de su territorio para la carga y descarga, de materias y productos energéticos originarios del territorio de otro Estado y con destino al territorio de un tercer Estado, siempre que este segundo o tercer Estado sea Parte Contratante;

ii) el transporte a través del territorio de una Parte Contratante de materias y productos energéticos originarios del territorio de otra Parte Contratante y destinados al territorio de esta segunda Parte Contratante, a menos que las dos Partes Contratantes en cuestión decidan otra cosa y hagan constar su decisión mediante una declaración conjunta en el Anexo N. Las dos Partes Contratantes pueden excluirse del Anexo N si así lo notifican conjuntamente por escrito a la Secretaría, la cual a su vez lo notificará a las demás Partes Contratantes. Esta exclusión surtirá efecto a las cuatro semanas de la primera notificación.”

De la definición se puede observar que no es necesario que todos los Estados implicados en el suministro energético sean Estados signatarios del Tratado ECT. De esta forma, es suficiente que el Estado de tránsito, o bien el Estado de origen, o bien el Estado de destino, sean Partes Contratantes de dicho Tratado. También estaría cubierto el caso en que el Estado de origen sea el mismo que el de destino pero el tránsito tenga lugar a través de un segundo territorio.

Para algunos autores, el artículo 7 del Tratado ECT pone un mayor acento en el principio de soberanía del Estado que el artículo V del GATT 1994, porque mientras que éste último establece que “habrá libertad de tránsito”, lo que en la versión en inglés se traduce como “*there shall be freedom of transit*”, el artículo 7(1) del Tratado ECT indica “Las Partes Contratantes tomarán las medidas necesarias para facilitar el tránsito de materias y productos energéticos con arreglo al principio de libre tránsito”. Sin embargo es el artículo 18 del Tratado ECT el que establece el principio de soberanía, centrándose exclusivamente en los recursos energéticos. Ello implica que los Estados signatarios del Tratado ECT son libres para desarrollar sus recursos energéticos de acuerdo con los objetivos de sus políticas nacionales y al mismo tiempo son libres para decidir hasta qué punto desean abrir el sector energético a los inversores extranjeros, facilitando el acceso a los recursos energéticos de forma no discriminatoria.²⁴ Teniendo en cuenta que en la relación de tránsito la parte más débil suele ser el Estado en cuyo territorio tiene lugar el

²³ Preámbulo del GATT 1994: “logro de niveles de vida más altos, a la consecución del pleno empleo y de un nivel elevado, cada vez mayor, del ingreso real y de la demanda efectiva, a la utilización completa de los recursos mundiales y al acrecentamiento de la producción y de los intercambios de productos”.

Artículo 2 Tratado ECT: “El presente Tratado establece un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta.”

²⁴ Selivanova, Yulia: “The Energy Charter and the International Energy Governance”, *Regulation of Energy in International Trade Law – WTO, NAFTA and Energy Charter*, ed. Yulia Selivanova, Wolters Kluwer Law & Business, vol. 34, Holanda, 2011, pp.375-376.

tránsito, el cual no es el propietario de los recursos energéticos, el argumento de soberanía no debe ser utilizado en la interpretación del artículo 7(1) del Tratado ECT como un posible obstáculo a la libertad de tránsito.

El hecho de que la obligación del artículo 7 del Tratado ECT se centre en la facilitación de las medidas necesarias, ha sido interpretado por algunos como una limitación al ámbito de aplicación del artículo.²⁵

No obstante, el párrafo segundo del artículo 7 del Tratado ECT describe los ámbitos de cooperación, lo que ayuda a la concreción de dichas “medidas necesarias”:

- a) modernizar las infraestructuras de transporte de energía necesarias para el tránsito de materias y productos energéticos,
- b) desarrollar y explotar las infraestructuras de transporte de energía que se encuentren en el territorio de más de una Parte Contratante,
- c) adoptar medidas que disminuyan los efectos de la interrupción del suministro de materias y productos energéticos,
- d) facilitar la interconexión de infraestructuras de transporte de energía.

Así, el artículo 7(2) del Tratado ECT podría considerarse como una medida de *soft law* porque, en lugar de expresar una obligación del tipo “deberán cooperar”, solamente insta a “fomentar la cooperación”. En cualquier caso, el ámbito de aplicación del artículo 7 está limitado por su párrafo 10(b), pues sólo regula transporte en tránsito a través de unas instalaciones determinadas.²⁶

Es interesante destacar que el artículo 7(5) del Tratado ECT establece la posibilidad, siempre que no se ponga en peligro la seguridad o eficacia de los sistemas energéticos, de que se construyan o modifiquen las infraestructuras del transporte. Por consiguiente existe la posibilidad de crear nuevas rutas que beneficien al tránsito energético internacional sin tener que ceñirse a las rutas ya existentes.²⁷

2. Artículo V del GATT

A diferencia del artículo 7 Tratado ECT, el artículo V del GATT 1994 no define el concepto de “tránsito” *per se*, sino la noción de “tráfico en tránsito”, como se observa en su párrafo primero:

“Las mercancías (con inclusión de los equipajes), así como los barcos y otros medios de transporte serán considerados en tránsito a través del territorio de una parte contratante, cuando el paso por dicho territorio, con o sin transbordo, almacenamiento, fraccionamiento del cargamento o cambio de medio de transporte, constituya sólo una parte de un viaje completo que comience y termine fuera de las fronteras de la parte contratante por cuyo territorio se efectúe. En el presente artículo, el tráfico de esta clase se denomina

²⁵ Roggenkamp, Martha M.: “*Transit of Network-bound Energy: the European Experience*”, en: Wälde, Thomas W.: *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, p.509, Kluwer Law International, London, 1996.

²⁶ Artículo 7(10)(b) del Tratado ECT: “Infraestructuras de transporte de energía, gasoductos de transporte a alta presión, redes y líneas de transporte de electricidad a alta tensión, oleoductos de transporte de crudo, canalizaciones para lodos de carbón, oleoductos de transporte de derivados del petróleo y otras instalaciones fijas específicamente dedicadas al transporte de materias y productos energéticos.”

²⁷ El artículo V del GATT 1994 no hace referencia a si las rutas “más convenientes para el tránsito internacional” deben ser las existentes o si cabe la posibilidad de construir nuevas vías. Esto es importante porque la libertad de tránsito del GATT se basa en la Convención y Estatuto de Barcelona sobre Libertad de Tránsito de 1921, cuyo artículo 2 (del Estatuto) especifica que las rutas deberán ser aquéllas que ya se encuentran “en uso”.

“tráfico en tránsito”.”

De la misma manera, el artículo tampoco define en concreto el significado de “libertad de tránsito”, sino que se limita a establecerla en su párrafo 2 de una manera descriptiva: “para el tráfico en tránsito con destino al territorio de otra parte contratante o procedente de él, que utilice las rutas más convenientes para el tránsito internacional” basándose en el principio de no discriminación (segunda frase del artículo V:2 GATT 1994).

Los Miembros de la OMC sólo podrán cargar a las mercancías en tránsito los gastos de transporte, los gastos administrativos derivados del tránsito y el costo de los servicios prestados, estando exentas de cualquier otro tipo de carga relativa al tránsito (artículo V:3 GATT 1994). Estas cargas permitidas deberán ser razonables (párrafo 4) y no discriminatorias (párrafo 5).

A continuación serán analizadas las conclusiones del Grupo Especial en el caso WT/DS366 en relación a la libertad de tránsito consagrada en el artículo V GATT 1994, lo que ayudará a tener un mejor entendimiento de dicha disposición legal. No obstante, debido al hecho de que el Grupo Especial sólo se expresó en relación a los párrafos 2 y 6 del artículo V del GATT 1994, todavía quedan algunas cuestiones sin resolver.

El Grupo Especial de la OMC comenzó el estudio del artículo V:2 GATT 1994 a la luz del artículo V:1 GATT 1994. Así el Grupo Especial entendió que la definición de “tráfico en tránsito” del párrafo 1 es lo suficientemente clara y por ello la “libertad de tránsito” del párrafo 2 debe ser aplicada a todo el tráfico en tránsito – mercancías y medios de transporte – con la excepción de las aeronaves, como establece el artículo V:7 GATT 1994.²⁸

A consecuencia de la falta de definición de “libertad de tránsito” por parte del GATT 1994, Panamá presentó una clarificación del concepto basada en el *New Oxford Dictionary of English* (2001), la cual define “libertad” como “*the unrestricted use of something*”. Puesto que Colombia no estuvo en desacuerdo con tal noción, el Grupo Especial la aceptó como válida y por lo tanto declaró que en base a tal definición, la “libertad de tránsito” del artículo V:2 GATT 1994 debería ser entendida como “*unrestricted access via the most convenient routes for the passage of goods in international transit [...]*.”²⁹

De este modo el Grupo Especial comentó que la frase “para el tráfico en tránsito con destino al territorio de otra parte contratante o procedente de él” indica que la libertad de tránsito se aplica al tráfico en tránsito “entrando y a continuación saliendo del territorio del Estado Miembro.”³⁰ Por lo tanto, según el Grupo Especial, la definición de “tráfico en tránsito” del párrafo 1 debe ser leída en consonancia con el párrafo 2 del artículo V del GATT 1994 y por ello las regulaciones colombianas fallaron al extender la libertad de tránsito dentro del significado de la primera frase del artículo V:2 GATT 1994.

En lo concerniente a la segunda frase del artículo V:2 GATT 1994, el Grupo Especial de la OMC concluyó que es clara y que complementa a la primera frase de la misma disposición legal. Así la segunda frase representa un refuerzo a la libertad de tránsito mediante el establecimiento del principio de no discriminación para el tratamiento de las mercancías en base a su origen, trayectoria, propiedad o tipo de transporte usado. De este modo las mercancías de cualquier Estado Miembro de la OMC deberán tener el mismo

²⁸ Informe del Grupo Especial, *Colombia – Puertos de entrada*, párrafo 7.396, p.175.

²⁹ *Ibid*, párrafo 7.401, p.176.

³⁰ *Ibid*, párrafo 7.400, p.176.

nivel de acceso y las mismas condiciones cuando se encuentren en tránsito internacional.³¹ En consecuencia el Grupo Especial entendió que Colombia había cometido una violación de la segunda frase del artículo V:2 GATT por una discriminación basada en el origen o destino de las mercancías, puesto que las mercancías procedentes de Panamá o de su Zona Libre de Colón sufrían restricciones.

Con respecto al artículo V:6 GATT 1994, debido a la dificultad de la interpretación de la frase “productos que hayan pasado en tránsito por el territorio de cualquier otra parte contratante” a causa del uso del pretérito perfecto de subjuntivo – hayan pasado –, lo que en inglés sería el *present perfect tense*, para entender el ámbito de aplicación del artículo V:6 GATT 1994 el Grupo Especial optó por leer la primera frase del párrafo 6 en consonancia con la segunda frase de la misma disposición legal. En base a ello el Grupo Especial entendió que la primera frase del párrafo 6 extiende el trato general de la nación más favorecida a todas las mercancías que hayan estado en tránsito internacional, con la excepción de obligaciones de envío directas, específicas y pre-existentes. Debido a que tales envíos directos son tomados como requisitos de elegibilidad para la entrada de mercancías a tarifas privilegiadas, el Grupo Especial concluyó que ambas frases del artículo V:6 GATT 1994 son aplicables al territorio de un Estado Miembro que representa el destino final de las mercancías. Así el artículo V:6 GATT 1994 extiende el trato general de la nación más favorecida al principio de no discriminación, fundado en el curso geográfico de las mercancías en tránsito hasta llegar a su destino final.³²

En relación a la obligación sustantiva del artículo V:6 GATT 1994, el Grupo Especial diferenció la obligación de garantizar el trato general de la nación más favorecida del párrafo 6 con respecto a la misma obligación del artículo I:1 GATT 1994 basándose en que, mientras que el artículo I:1 establece dicho trato a productos semejantes de todos los orígenes, en el caso del artículo V:6 el tratamiento de la nación más favorecida se fundamenta en la trayectoria de productos semejantes de origen diferente, es decir, no-discriminación basada en el territorio sobre el cual las mercancías se encuentran en tránsito.³³

IV. La libertad de tránsito del GATT artículo V aplicada al marco legal del Tratado ECT

1. Consideración de las materias y productos energéticos en el ámbito de la OMC

Como se ha indicado, la libertad de tránsito dentro del marco de la OMC está regulada por el artículo V del GATT 1994, cuyo objeto es el tránsito de mercancías. Por ello, y en base a la relación existente entre el GATT y el Tratado ECT, la cuestión es si las materias y productos energéticos reguladas por el Tratado ECT y sus instrumentos relacionados pueden ser consideradas como “mercancías” dentro del ámbito del GATT 1994.

En primer lugar es importante distinguir las nociones de productos y servicios energéticos, ya que el ámbito de aplicación tanto del GATT 1994 como del Tratado ECT son las mercancías – en el caso del Tratado ECT, concretamente los productos y materiales energéticos – y no los servicios. Además, la industria tradicionalmente no ha hecho ninguna

³¹ *Ibid*, párrafo 7.402, p.176.

³² *Ibid*, párrafo 7.467, p. 191.

³³ *Ibid*, nota a pie de página 783, p. 193.

distinción entre ambos términos.³⁴ El artículo 1(4) Tratado ECT define en una lista exhaustiva “materias y productos energéticos” basándose “en el Sistema Armonizado del Consejo de Cooperación Aduanera y en la Nomenclatura Combinada de las Comunidades Europeas, son las partidas incluidas en el Anexo EM.” Es decir, se considerarán materias y productos energéticos la energía nuclear, el carbón, gas natural, petróleo y productos petrolíferos, energía eléctrica y otras fuentes de energía: leña en troncos, zoquetes, ramas, haces de leña y similares, así como el carbón vegetal.³⁵ De la misma forma la OMC considera productos energéticos el petróleo y combustibles sólidos, ya que pueden ser fácilmente almacenados y comercializados; por ello las normas de la OMC han sido más escépticas con el gas natural – el cual puede almacenarse y transportarse en forma de gas natural licuado – y con la electricidad, la cual no es almacenable.³⁶ No obstante finalmente se ha considerado a la electricidad como una materia prima – tanto por la mayoría del los Estados Miembros de la OMC como por la Organización Mundial de Aduanas (OMA) – cuya producción primaria y secundaria está dentro del ámbito de aplicación del GATT 1994.³⁷

El concepto de “servicio” en el ámbito de la OMC está regulado en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, por sus siglas en inglés)³⁸. No obstante este acuerdo internacional no contiene una definición exacta del término “servicio”, sino del término “comercio de servicios”, al cual describe “como el suministro de un servicio:

- a. del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro (modo 1);
- b. en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro (modo 2);
- c. por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro (modo 3);
- d. por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro (modo 4).”³⁹

Los cuatro modos de suministro de servicios son relevantes en el ámbito de los servicios energéticos porque el modo 1 (comercio transfronterizo) cubriría los servicios de asesoría en materia energética; el modo 2 (consumo en el extranjero) podría darse en el caso de que una *compañía adquiriera equipamiento para productos energéticos reparado en otro país; el modo 3 (establecimiento de una presencia comercial) cubriría el establecimiento de compañías eléctricas y garantizaría la posibilidad de invertir en empresas existentes; el modo 4 (presencia temporal en el extranjero de personas naturales suministradoras de servicios) incluiría al personal empleado por compañías eléctricas y suministradores de servicios energéticos independientes.*⁴⁰

³⁴ WTO, *Energy Services*, Background Note by the Secretariat, S/C/W/311, 12 de enero de 2010, p. 2.

³⁵ Para una mayor concreción, ver el Anexo EM, en relación a materias y productos energéticos, del Tratado sobre la Carta de la Energía.

³⁶ WTO, *Energy Services*, Background Note by the Secretariat, S/C/W/311, 12 de enero de 2010, p.2.

³⁷ *Ibid*, p.3.

³⁸ La versión en castellano es: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). No obstante serán utilizadas las siglas en inglés (GATS), por tener un uso más extendido.

³⁹ Artículo I:2 GATS.

⁴⁰ Cossy, Mireille, “Energy Services under the General Agreement on Trade in Services”, *Regulation of Energy in International Trade Law – WTO, NAFTA and Energy Charter*, ed. Yulia Selivanova, Wolters Kluwer Law & Business, vol. 34, Holanda, 2011, p.163-164.

Del mismo modo, el artículo XXVIII(b) GATS define “suministro de un servicio” como: aquello que “abarca la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio.” En base a los dos artículos citados del GATS es interesante citar la interpretación de “servicio” que proporciona T.P. Hill:

“A change in the condition of a person, or of a good belonging to some economic unit, which is brought about as the result of the activity of some other economic unit, with the prior agreement of the former person or economic unit. This definition [...] is consistent with the underlying idea which is inherent in the concept of a service, namely that one economic unit performs some activity for the benefit of another.”⁴¹

La definición de Hill se fundamenta en el concepto de “propiedad”, es decir, el propietario de la mercancía o del bien en relación al cual el servicio es suministrado es el consumidor del servicio, no el suministrador del servicio, ya que de lo contrario se trataría de una producción de bienes en lugar de un suministro de servicios.⁴² Esta perspectiva es importante en la aplicación del GATS a los servicios energéticos.

En el ámbito de la OMC la producción de bienes por una entidad que es propietaria de las materias primas constituyentes de dichos bienes no se considera como un “servicio” y por lo tanto no entraría dentro del ámbito de aplicación del GATS. En cambio, si la entidad productora de los bienes no es la propietaria de las materias primas y dicha producción es retribuida a través del pago de unos honorarios o por mediación de un contrato, no está especificado en el GATS que se pueda tratar de un servicio. No obstante, el GATS no especifica lo contrario y cubre gran variedad de servicios ligados a la producción;⁴³ además, según la *United Nations Central Product Classification* (CPC), la producción de un bien por una entidad que no es propietaria de las materias primas basada en una relación contractual o en el pago de honorarios sí se considera como un “servicio”.⁴⁴ La dificultad en el GATS se origina en la distinción entre “producción” y “producción ligada a los servicios”; en particular y para el caso de los servicios energéticos, la cuestión es cómo deberían calificarse actividades como la refinería de petróleo, la licuefacción y la regasificación, ya que para algunos Estados Miembros de la OMC tales actividades son consideradas como producción y para otros Miembros de la OMC se trata de servicios relativos a la producción debido a que el producto sufre una transformación.⁴⁵

En este sentido, además del CPC, los Miembros de la OMC también se guían por el *Services Sectorial Classification List* de 1991 (W/120),⁴⁶ el cual contiene tres sectores exclusivamente relacionados con las actividades energéticas: servicios relacionados con la minería (CPC 883 y CPC 5115), servicios relacionados con la distribución de la energía (CPC 887) y el transporte de combustibles por tuberías (CPC 7131). Además, según la

⁴¹ Hill, T.P, “On Goods and Services”, *Review of Income and Wealth* 23, 315-338, diciembre, 1977; citado en Cossy Mireille, *op. cit.*, p.150.

⁴² *Ibid.*, p.151.

⁴³ Artículo XXVIII(b) GATS: El “suministro de un servicio abarca la *producción*, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio.”

⁴⁴ Para más información sobre el tema ver: Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Estadística, Documentos estadísticos, *Manual de Estadísticas del Comercio Internacional de Servicios*, ST/ESA/STAT/SER.M/86, Ginebra, Luxemburgo, Nueva York, París, Washington DC, 2003.

⁴⁵ Cossy, Mireille, *op. cit.*, p.151.

⁴⁶ En castellano: *Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios*, Nota de la Secretaría, MTN.GNS/W/120, 10 de julio de 1991.

OMC, el transporte y distribución de la energía si son provistos de forma independiente se consideran “servicios” dentro del ámbito del GATS.⁴⁷

Es conveniente mencionar que la Tratado ECT ha creado un borrador, el cual no ha sido adoptado por ningún Estado signatario del Tratado ECT y de momento parece que ha sido abandonado, el cual se basa tanto en la clasificación del W/120 como en la del CPC y se centra en la energía relativa a los servicios.⁴⁸ Aunque sólo es un borrador, su importancia radica en que es un documento de la Tratado ECT con la intención de clasificar los servicios energéticos y que a su vez se fundamenta en las normas de la OMC. La clasificación que realiza es la siguiente:

Subsectores energéticos: medidor de calibre, certificación y servicio; topografía geológica y sísmica; análisis de peligro y evaluación de riesgos. *Eficiencia energética:* gestión de contratos energéticos (empresas de servicios energéticos); análisis de la tarifa de energía; auditoría energética; diseño de aislamiento e instalación. *Producción de petróleo y de gas:* simulación y evaluación de embalses; servicios de perforación pozo abajo; financiación de proyectos sin recursos. *Transporte de petróleo:* fletamento de tanques marinos. *Refinación, venta y distribución de petróleo:* combustible búnker; transporte de productos petrolíferos por oleoductos. *Refinación, venta y distribución de gas:* supervisión, reparación y mantenimiento de gaseoductos; comercio del gas. *Carbón:* hundimiento de pozos de carbón y construcción de túneles en la calzada; contratación de minería a cielo abierto. *Electricidad:* personal docente en ingeniería eléctrica; sistema de diseño. *Energía nuclear:* enriquecimiento de combustible. *Energías renovables:* medida de los recursos; energía forestal.⁴⁹

Algunos autores opinan que las materias y productos energéticos no son objeto de la libertad de tránsito en el marco de la OMC debido a la importancia estratégica de la energía en el mundo económico y a que durante la etapa del borrador del GATT no hubo la intención de incluir la energía como un elemento a regular por el Tratado.⁵⁰ La importancia del tránsito energético puede observarse por ejemplo durante la crisis del petróleo de 1973, cuando la energía fue tratada *de facto* como un elemento ajeno al GATT 1947.⁵¹

Al contrario, hay otra teoría que considera a la energía como una mercancía dentro del significado del GATT. Se basa en el hecho de que existe jurisprudencia de la OMC relacionada con el petróleo⁵² y en que los materiales y productos energéticos no están

⁴⁷ WTO, *Energy Services*, Background Note by the Secretariat, S/C/W/311, 12 de enero de 2010, p.3.

⁴⁸ *Ibid*, p.4.

⁴⁹ Traducción libre de la autora. Para evitar confusiones en caso de una posible traducción errónea de algunos conceptos técnicos, el texto original en inglés es el siguiente: “*Affecting several Energy sub-sectors:* meter calibration, certification and servicing; geological and seismic surveying; hazard analysis and risk evaluation. *Energy Efficiency:* contract energy management (energy service companies); energy tariff analysis; energy auditing; insulation design and installation. *Oil and Gas Production:* reservoir simulation and appraisal; drilling and downhole services; non-recourse project finance. *Oil Transport:* marine tanker chartering. *Downstream Oil:* bunkering; carriage of oil products by pipeline. *Downstream Gas:* pipeline monitoring, repair and maintenance; gas trading. *Coal:* Coal shaft sinking and roadway tunnelling; opencast contracting. *Electricity:* staff training in electrical engineering; system design. *Nuclear:* fuel enrichment. *Renewables:* resource assessment; energy forestry.”

⁵⁰ Azaria, *op. cit.*, p.565.

⁵¹ Roggenkamp, Martha M., *op. cit.*, p.507.

⁵² *Vid.* Informe del órgano de Apelación, *Estados Unidos – Estándares para gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.

específicamente excluidos del ámbito de aplicación del GATT 1994.⁵³ De hecho, el documento de la OMC anteriormente citado, el W/120, incluye el petróleo, los combustibles sólidos, el gas natural (licuado) y la producción primaria y secundaria de electricidad – como materia prima – dentro del ámbito de aplicación del GATT 1994.⁵⁴

Apoyando esta última teoría es interesante mencionar que las negociaciones de la Ronda Doha sobre facilitación del comercio hacen referencia a mercancías transportadas mediante infraestructura fija, es decir, tuberías y redes de suministro, lo que cubriría petróleo, gas y electricidad.⁵⁵ En este sentido, en 2006 un grupo de países formado por las Comunidades Europeas, Armenia, Canadá, República del Kirguistán, Mongolia, Nueva Zelanda, Paraguay y la República de Moldavia, presentaron una propuesta de clarificación del concepto “tráfico en tránsito” para incluir en la definición de manera explícita bienes movidos a través de infraestructura fija.⁵⁶ Refiriéndose al mismo tema, en 2009 hubo otra propuesta presentada por Suiza, la República de Macedonia, Mongolia y Swazilandia, que, *inter alia*, también apostaba por la inclusión de bienes movidos vía infraestructura fija – como las tuberías – dentro de la definición de “tráfico en tránsito”.⁵⁷

De este modo, la última versión del borrador del *Trade Facilitation Agreement* (TFA)⁵⁸ en su artículo 11 (libertad de tránsito) cubriría el tránsito de petróleo y gas a través de oleoductos y gaseoductos respectivamente, así como el tránsito de energía mediante infraestructuras fijas.⁵⁹ Lo que significa que tanto el petróleo como el gas y la energía entrarían dentro de la definición de tráfico en tránsito establecida por el artículo V:1 GATT 1994. Con lo cual, y en vista de la evolución de las negociaciones en el marco de la OMC, puede concluirse que las materias y productos energéticos son mercancías que también son objeto del GATT 1994.⁶⁰ La excepción es la energía hidroeléctrica, que está considerada como un servicio.⁶¹

También es relevante que en el caso SIOT⁶² el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) concluyó que, aunque el GATT 1947 no tiene efecto directo en relación a terceros países y por tanto no se aplica al tránsito dentro de la Comunidad Europea la importancia del artículo V GATT 1947 es indiscutible respecto al transporte de las redes energéticas, es decir en lo referente a petróleo, gas natural y electricidad.⁶³

⁵³ Azaria, *op. cit.*, p. 565.

⁵⁴ WTO, *Energy Services*, Background Note by the Secretariat, S/C/W/311, 12 de enero de 2010, p.3.

⁵⁵ Artículo 11(1) (libertad de tránsito) del borrador del *Trade Facilitation Agreement*, TN/TF/W/165/Rev.11, 7 de octubre de 2011.

⁵⁶ Grupo Negociador de la OMC en Facilitación del Comercio, TN/TF/W/79, 15 de febrero de 2006.

⁵⁷ Grupo Negociador de la OMC en Facilitación del Comercio, TN/TF/W/133/Rev.3, 26 de junio de 2009.

⁵⁸ La traducción al castellano sería: Acuerdo sobre Facilitación del Comercio. No obstante será utilizada la nomenclatura inglesa, ya que es de uso más extendido.

⁵⁹ Artículo 11 (Libertad de Tránsito) del Borrador del TFA: “*Article 11: Freedom of Transit. 1. Goods subject to the provisions on Freedom of Transit of GATT 1994 and of this Agreement include those moved [via fixed infrastructure] [, inter alia pipelines and electricity grids].*”, TN/TF/W/165/Rev.11, 7 de octubre de 2011.

⁶⁰ Azaria, *op. cit.*, p.566.

⁶¹ Saunders, Owen J.: *Energy, Natural Resources and the Canada-United States Free Trade Agreement*, Journal of Energy and Natural Resources Law, vol.8, no.1, 1990, p.7; Roggenkamp, Martha M., *op. cit.*, p.507.

⁶² Caso 266/81 SIOT, [1983] ECR.

⁶³ Roggenkamp, Martha M., *op. cit.*, p. 507.

Por consiguiente podría afirmarse que las materias y productos energéticos - así como las redes de energía e infraestructuras fijas - también son objeto del ámbito de aplicación del artículo V del GATT 1994, lo cual es fundamental para observar la influencia de las interpretaciones del Grupo Especial en el caso WT/DS366 en lo concerniente al tránsito energético.

2. Influencia del caso WT/DS366 en el tránsito energético

El artículo V del GATT 1994 ha sido estudiado, junto con las conclusiones del Grupo Especial, en la sección III.b *supra* de este escrito. Sin embargo, a causa de la relación existente entre el Tratado ECT y el GATT 1994 esta sección analizará las posibles consecuencias del caso WT/DS366 sobre el tránsito de la energía, que está consagrado en el Tratado ECT y sus instrumentos relacionados, como el borrador del Protocolo ECTP.

De este modo es importante clarificar en primer lugar la relación entre el Tratado ECT y el Protocolo ECTP. En la interpretación (*Understandings*) número 2 del borrador del Acta Final de la Conferencia de la Carta de la Energía del 31 de octubre de 2003 se dice que el Protocolo deberá estar en consonancia con el artículo 6 Tratado ECT, el cual regula las normas de competencia. Ello indica que el Protocolo ECTP en su conjunto debe respetar las normas sobre libre competencia establecidas por el Tratado. De la misma forma, en el artículo 1(1) del borrador del Protocolo se define “Parte Contratante” como un Estado o una Organización de Integración Económica Regional que ha consentido vincularse por el Protocolo. Esta definición sugiere que no todas las Partes signatarias del Tratado ECT son automáticamente Partes Contratantes del Protocolo ECTP, sino solamente aquellas Partes que voluntariamente quieran vincularse al Protocolo. Sin embargo, para ser Parte Contratante del Protocolo ECTP es condición necesaria ser Parte Contratante del Tratado ECT. De hecho, según el artículo 31(2) del Protocolo ECTP, cualquier Parte Contratante del Protocolo ECTP que se retracte del Tratado se considerará automáticamente que deja de ser Parte signataria del Protocolo.

No obstante el artículo 3 del Protocolo ECTP establece explícitamente cómo debe ser la relación entre el Protocolo y el Tratado, mencionando tres aspectos:

1. Ningún aspecto del Protocolo debe derogar o alejarse de los preceptos legales del Tratado.
2. Los preceptos legales del Protocolo deberán complementar, suplementar, extender o amplificar los preceptos legales del Tratado.
3. La normativa del Tratado perteneciente a su artículo 7 deberá aplicarse en consonancia con el Protocolo.

En consecuencia, debido a que el Protocolo regula el tránsito energético en profundidad, el hecho de que haya Partes signatarias del Tratado ECT que sean Partes Contratantes del Protocolo ECTP y otras no, podría dar lugar a una reglamentación del tránsito energético a “dos velocidades”. Es decir, se produciría una situación en la que un grupo de países signatarios de ambos instrumentos jurídicos (Tratado ECT y Protocolo ECTP) gestionaría una mayor integración de la reglamentación del tránsito energético, mientras que los países que sólo hayan firmado el Tratado ECT carecerían de una regulación en profundidad en dicho ámbito, el cual es crucial para el buen desarrollo del comercio energético a nivel internacional. Este escenario daría lugar a que el grupo de países que sólo haya firmado y ratificado el Tratado ECT avanzaría de forma más lenta en

la regulación del tránsito, y por consiguiente del comercio, de la energía en el Derecho Internacional.

Según el Grupo Especial de la OMC, el artículo V:1 GATT en su definición de “tráfico en tránsito” sólo se refiere a las mercancías como “tráfico en tránsito”. Esto puede ser discutible, ya que el artículo también incluye medios de transporte en su definición: “Las mercancías (con inclusión de los equipajes), así como los barcos y otros medios de transporte serán considerados en tránsito [...]”.⁶⁴ De esta forma, si se aplica la opinión del Grupo Especial al borrador del Protocolo ECTP – que desarrolla el artículo 7 del Tratado ECT y cuyo ámbito de aplicación se define en su artículo 4 –⁶⁵ entonces sólo las materias y productos energéticos serían objeto del artículo V del GATT 1994. No obstante esto no es del todo preciso. Así, tras leer detenidamente el artículo 4(1) Protocolo ECTP, también las “instalaciones del transporte energético” son objeto del Protocolo, las cuales podrían ser consideradas como “otros medios de transporte” dentro del marco jurídico de la OMC. Por consiguiente, la interpretación restrictiva del Grupo Especial a la consideración únicamente de las mercancías como tráfico en tránsito podría perjudicar una interpretación más extensiva en relación a los medios de transporte, lo que en el tráfico de la energía serían los gasoductos, oleoductos y redes eléctricas.

En relación a ello, algunos teóricos consideran que la infraestructura fija, como son los gasoductos, oleoductos y las redes eléctricas, no pueden considerarse como “tráfico en tránsito” dentro del ámbito de la OMC porque no están en movimiento, valga la redundancia de la expresión.⁶⁶ En cambio, los acuerdos e interpretaciones del borrador del Protocolo ECTP respecto a su artículo 4 revelan que “las instalaciones del transporte energético usadas para el tránsito excluyen otras instalaciones fijas en el sentido de que tales instalaciones no sean necesarias para excluir el flujo de materias y productos energéticos en tránsito a través de transmisiones de gas a alta presión, redes de alto voltaje para la transmisión de energía, oleoductos y conductos de carbón líquido”⁶⁷ Acorde con ello los gasoductos, oleoductos y redes eléctricas podrían ser considerados “instalaciones del transporte energético” en el borrador del Protocolo ECTP, lo que sería interpretado como “otros medios de transporte” dentro del ámbito del artículo V del GATT 1994, ya que, de hecho, el artículo V del GATT 1994 no excluye específicamente la infraestructura fija.

El asunto del principio de no discriminación expresado como “nivel de acceso idéntico” en el caso WT/DS366 es un tema controvertido. Así, el Grupo Especial entendió que el artículo V:2 GATT 1994 establece el tratamiento no discriminatorio en su segunda frase: “No se hará distinción alguna que se funde en el pabellón de los barcos, en el lugar de origen, en los puntos de partida, de entrada, de salida o de destino, o en consideraciones

⁶⁴ Azaria, *op. cit.*, p. 569.

⁶⁵ Artículo 4(1) ECTP: “*Unless otherwise provided for in this Protocol, it shall apply to Energy Materials and Products in Transit through Energy Transport Facilities in the Area of a Contracting Party, Energy Transport Facilities used for such Transit and to International Energy Swap Agreements.*”

⁶⁶ Azaria, *op. cit.*, p. 569.

⁶⁷ *Understandings with respect to Art. 4 ECT Protocol: “For the purposes of this Protocol, it is understood that notwithstanding Article 7(10)(b) of the Treaty, the expression “Energy Transport Facilities used for Transit” excludes “other fixed facilities” to the extent that such facilities are not necessary to secure the flow of Energy Materials and Products in Transit through high-pressure gas transmission pipelines, high-voltage electricity transmission grids and lines, crude oil transmission pipelines, coal slurry pipelines and oil product pipelines.”*

relativas a la propiedad de las mercancías, de los barcos o de otros medios de transporte.” En base a ello, el Grupo Especial de la OMC expresó que dicha segunda frase del artículo V:2 GATT 1994 “requiere que las mercancías de todos los Miembros deben tener asegurado un *nivel de acceso idéntico* y las mismas condiciones cuando se encuentren en tránsito internacional.”⁶⁸ El tránsito internacional puede entenderse como “tráfico en tránsito”⁶⁹, por tanto, para aplicar un “nivel de acceso idéntico” a la infraestructura fija, e.g., gasoductos, oleoductos y redes eléctricas, es indispensable, según el principio de transparencia, que el Estado de tránsito establezca un sistema que provea de posibilidades de acceso a la infraestructura idénticas a todos los propietarios de las mercancías.⁷⁰

En la interpretación de “condiciones cuando [las mercancías] se encuentren en tránsito internacional” aplicadas a la infraestructura fija, dichas condiciones pueden entenderse como tarifas o aranceles al transporte en tránsito, que son cuantitativamente – monetariamente hablando – diferentes, dependiendo de las características de los gasoductos, oleoductos o redes eléctricas.⁷¹ El estándar de las “*equal conditions*” es consistente con el artículo 10(1) del Protocolo ECTP, puesto que establece que los aranceles deben ser “son objetivos, razonables, transparentes y no discriminatorios”, en lugar de “iguales” – *equal* –, y también con la Nota al artículo V:5 GATT 1994, que indica que las cargas del transporte se refieren a “productos semejantes” – *like products* – bajo “condiciones semejantes” – *like conditions* –.

Aunque el Grupo Especial de la OMC en la diferencia WT/DS366 no emitió sus conclusiones en base al tránsito energético vía infraestructura fija, su entendimiento del artículo V del GATT 1994 juega un papel muy importante para la interpretación del tránsito de la energía, ya que el Tratado ECT y sus instrumentos relacionados se fundamentan en la libertad de tránsito consagrada dentro del marco jurídico de la OMC.

V. Una oportunidad perdida: aclaración del significado de “las rutas más convenientes para el tránsito internacional”

La expresión “rutas más convenientes para el tránsito internacional” de la primera frase del artículo V:2 GATT 1994, es causa de varios problemas de interpretación porque dichas rutas, y quién debe establecerlas, no están definidas dentro del marco legal de la OMC.

En la diferencia WT/DS366 el Grupo Especial reconoce que la primera frase del artículo V:2 GATT 1994 introduce la obligación para los Estados Miembros de la OMC de permitir la libertad de tránsito a través de sus propios territorios vía “las rutas más convenientes para el tránsito internacional”. Esta condición es interpretada como una restricción a la libertad de tránsito, ya que la única obligación es permitir el tránsito por esas rutas – las más convenientes para el tránsito internacional – y no por otras. Esta apreciación está en consonancia con la nota de la Secretaría de la OMC en 2002 sobre el artículo V del GATT 1994, que describe dicha frase como “una restricción importante, ya que significa que la obligación de garantizar la libertad de tránsito no se extiende a todas las rutas”.⁷² Sin embargo, la dificultad de aclaración radica en que el Grupo Especial en el caso WT/DS366 no opinó sobre cómo deben determinarse dichas rutas.

⁶⁸ Informe del Grupo Especial, *Colombia – Puertos de entrada*, párrafo 7.402, p.176.

⁶⁹ Azaria, *op. cit.*, p. 572.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² G/C/W/408, p.5.

El concepto de “conveniencia” depende de “la posición geográfica del consumidor y del productor”⁷³, por lo que dicha noción es relativa en el caso de la infraestructura fija, ya que está subordinada a su propia existencia, ubicación y capacidad. No obstante, la expresión se refiere a las rutas más convenientes “para el tránsito internacional”, lo que implica que la “conveniencia” debe ser medida desde la perspectiva de la operación de tránsito y no desde la del punto de vista del gobierno.⁷⁴

De este modo, en el caso del tránsito energético, los Estados tienen que hacer uso de la infraestructura fija ya existente. No obstante, según el artículo 7(5) del Tratado ECT, también cabe la construcción de nuevas infraestructuras siempre que ello no ponga en peligro la seguridad o eficacia de los sistemas energéticos o de su abastecimiento. En consecuencia, y debido a la complejidad de la construcción de infraestructura fija para el tránsito energético, podría concluirse que, aunque el Grupo Especial en el caso WT/DS366 no aclaró la cuestión sobre qué rutas son las más convenientes para el tránsito internacional, tal expresión aplicada al tránsito de la energía podría ser resuelta en base al principio de soberanía territorial del Estado. Así, sería el Estado implicado en el cual se construirían las infraestructuras, el que debe decidir sobre la conveniencia de dichas rutas.

Sin embargo teniendo en cuenta que, como ha sido indicado anteriormente, el Tratado ECT establece el principio de soberanía sobre los recursos energéticos (artículo 18 del Tratado ECT), otra lectura sería que el propietario de los recursos energéticos - como operador - debería ser quién decidiese qué rutas son las más convenientes según el tipo de productos o materiales energéticos que se encuentren en tránsito, con la dificultad añadida de que en ocasiones podría darse el caso en que las infraestructuras no sean estatales sino que estén privatizadas,⁷⁵ por lo que habría que negociar también con los propietarios de dichas infraestructuras.

Ambas interpretaciones son excluyentes, ya que la primera – basándose en el principio de soberanía del Estado – resultaría en que la decisión recaería en el Estado de tránsito y la segunda – basándose en el principio de soberanía sobre los recursos energéticos – resultaría en que la decisión debería ser tomada por el Estado propietario de los productos y materiales energéticos. Por ello, para solucionar el conflicto de intereses, y siguiendo la evolución de las propuestas en las Negociaciones de Doha sobre Facilitación del Comercio,⁷⁶ una tercera interpretación sería que dichas rutas deben ser decididas en base a un acuerdo bilateral entre el Estado de tránsito y el Estado que solicita el tránsito y que es propietario de los recursos energéticos, de manera que se puedan reducir las barreras al comercio y mejorar la libertad de tránsito.

VI. Conclusión

Como ha quedado demostrado mediante este artículo, la cuestión del tránsito de la energía es un tema de relevancia internacional que, debido a sus consecuencias políticas y

⁷³ Azaria, *op. cit.*, p.571.

⁷⁴ Ehring, Lothar y Selivanova, Yulia, “Energy Transit”, *Regulation of Energy in International Trade Law – WTO, NAFTA and Energy Charter*, ed. Yulia Selivanova, Wolters Kluwer Law & Business, Vol. 34, Holanda, 2011, p. 71.

⁷⁵ *Ibid*, pp. 68-69.

⁷⁶ ‘WTO Negotiations on Trade Facilitation, Compilation of Members’ Textual Proposals: K. Matters Related to Goods in Transit, “Members shall promote bilateral and regional transit agreements or arrangements with a view to reducing trade barriers and enhance freedom of transit”, TN/TF/W/43/Rev.19, 30 de junio de 2009.

económicas, se intenta regular mediante el Tratado sobre la Carta de la Energía (Tratado ECT) y sus instrumentos relacionados, entre los cuales destaca el borrador del Protocolo de la Carta de la Energía sobre Tránsito (Protocolo ECTP), que desarrolla el tránsito de la energía -regulado por el artículo 7 del Tratado ECT y fundado en la libertad de tránsito del artículo V del GATT 1994- para conseguir la liberalización del comercio y tránsito energético. La liberalización del comercio y tránsito energético es fundamental para los grandes importadores y dependientes energéticos, como la Unión Europea, ya que la falta de suministro energético puede representar un problema grave de seguridad nacional.

Debido a la relación existente entre el Tratado ECT y el GATT 1994 en relación a la libertad de tránsito, es fundamental el análisis del único caso que, hasta el momento, ha sido resuelto por un Grupo Especial de la OMC en lo concerniente al artículo V del GATT 1994 para observar cómo las interpretaciones de dicha disposición legal pueden afectar al tránsito de la energía. De este modo el presente escrito ha mostrado que, a causa de que el Grupo Especial sólo se pronunció en lo concerniente a los párrafos 2 y 6 del artículo V del GATT 1994 y en particular, debido a la opinión restrictiva del Grupo Especial respecto a la definición de “tráfico en tránsito”, la diferencia WT/DS366 no ha tenido una gran influencia a la hora de entender cómo la libertad de tránsito de la OMC puede afectar al tránsito energético. Ello también puede ser el resultado del hecho de que el objeto de las conclusiones del Grupo Especial en el caso WT/DS366 no fue el análisis del tránsito de la energía, el cual quizá debería ser estudiado de un modo particular, como consecuencia de las características específicas de ese tipo de tránsito.

En cambio todavía quedan diversos asuntos abiertos a otras interpretaciones que no han sido resueltos por el Grupo Especial de la OMC en la diferencia WT/DS366, como son la inclusión de las materias y productos energéticos como “mercancías” dentro del ámbito jurídico de la OMC; el entendimiento de la infraestructura fija – gaseoductos, oleoductos y redes eléctricas – como “tráfico en tránsito” por ser considerada como “otros medios de transporte” dentro del significado del artículo V del GATT 1994; el “nivel de acceso idéntico” a la infraestructura fija; la “igualdad de condiciones” en la aplicación de tarifas y cargas ocasionadas por el transporte en el caso del tránsito energético; y la cuestión de las “rutas más convenientes para el tránsito internacional”. Por ello, además del análisis del caso WT/DS366, esta investigación ha intentado arrojar un poco de luz sobre todos esos temas intentando suplir la falta de interpretación del Grupo Especial sobre tales cuestiones.